

# 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
Selbstständige .....	20
Art. 10 VO 492/2011 .....	23
Familienangehörige.....	33
Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII).....	41
Deutsch-Österreichisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB II).....	47
Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII) .....	49
Anspruch bei Daueraufenthaltsrecht.....	58
Überbrückungsleistungen .....	59
Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“) .....	69
Leistungsanspruch für „nahestehende Personen“ (§ 3a FreizügG) .....	74
Anspruch nach Verlust des Freizügigkeitsrechts (AsylbLG / Überbrückungsleistungen) .....	75
Verfassungsrechtliche Diskussion .....	77
Bundessozialgericht zur alten Rechtslage.....	83

**Stand: 27. Juni 2022**

### 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 Ausschlusstatbestände 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 Ausschlusstatbeständen 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 Ausschlusstatbestand 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

[BSG, Urteil vom 29.3.2022, B 4 AS 2/21 R](#)

Das BSG deutet an, dass Beschäftigungszeiten, die von Zeiten der Arbeitslosigkeit von bis zu sechs Monate unterbrochen worden sind, zusammengerechnet werden müssen für die Prüfung des unbefristet fortbestehenden Arbeitnehmer\*innenstatus.

*Aus dem Terminbericht: „Ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers als Arbeitnehmer bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit kann bei Unterbrechungen jedenfalls nicht auf Beschäftigungszeiten gestützt werden, die zeitlich vor einer länger als sechs Monate andauernden Arbeitslosigkeit liegen.“*

[BSG, Urteil vom 9.3.2022; B 7/14 AS 79/20 R](#)

Beschäftigungszeit von genau einem Jahr führt bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit grundsätzlich zu einem unbefristeten Fortbestand des Arbeitnehmer\*innen-Status und damit zu einem fortbestehenden SGB II-Anspruch. Hierfür ist grundsätzlich die Bestätigung über die Unfreiwilligkeit durch die Agentur für Arbeit Voraussetzung. Wenn die Agentur für Arbeit jedoch im Anschluss an die Beschäftigung ohne Sperrzeit Alg I bewilligt hat, ist auch ohne explizite Bestätigung davon auszugehen, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

„Ist vom Vorliegen dieser Voraussetzungen schon wegen des Bezugs von Alg nach dem SGB III (und zusätzlich aufstockendem Alg II) auszugehen, bedarf es in diesem (Sonder-)Fall einer (weiteren) förmlichen Bestätigung der Agentur für Arbeit nicht. Die erforderliche Prüfung ist durch die zuständige Behörde bereits durchgeführt worden, die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit durch die Bewilligung von Alg nach dem SGB III im unmittelbaren Anschluss an die letzte Beschäftigung inzident geprüft und bejaht worden.“

[BSG, Urteil vom 9.3.2022; B 7/14 AS 91/20 R](#)

Arbeitnehmer\*innenstatus bleibt für die Dauer der Elternzeit (bis zu drei Jahre pro Kind) bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Arbeitsverhältnis nicht beendet ist, sondern wegen der Elternzeit nur ruht. Damit bleibt auch ein SGB-II-Anspruch bestehen.

*Aus dem Terminbericht: „Dies entspricht auch der Rechtslage nach der RL 2019/1158/EU vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der RL 2010/18/EU des Rates, der Deutschland am 6.2.2019 zugestimmt hat und deren Umsetzung in nationales Recht bis Anfang August 2022 zu erfolgen hat. Bereits die RL 2010/18/EU hatte der deutsche Gesetzgeber ua durch das BEEG umgesetzt. Nach § 18 Abs 1 Satz 1 und 3 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist und während der Elternzeit grundsätzlich nicht kündigen. Während der Elternzeit ruht das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes.*

*Auch vermag der Senat - im Gegensatz zum LSG - in der Rechtsprechung des EuGH keine Beschränkung der Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus auf die Mutterschutzfristen oder für die in der Richtlinie vorgesehenen Mindestzeiträume des Elternurlaubs von vier Monaten zu erkennen. Soweit die bundesdeutschen Schutzvorschriften des BEEG über die der Richtlinie hinausgehen, bedeutet dies nicht, dass eine Freizügigkeitsberechtigung nur innerhalb der "Mindestfristen" der Richtlinie eingeräumt wird. Die Mitgliedstaaten sind durch das Primärrecht berechtigt, über die Mindeststandards der europäischen Regelungen hinaus zu gehen. Wandernde Arbeitnehmer sind alsdann innerhalb der nationalen Regelungen mit Inländern gleich zu behandeln.*

*Die vom LSG herangezogene Entscheidung "Saint Prix" (EuGH vom 19.6.2014 - C 507/12) trifft für den vorliegenden Fall keine Aussage. Der Entscheidung des EuGH lag ein Sachverhalt zugrunde, nach dem das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet war.“*

[LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 20.10.2021 – L 8 SO 157/21 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen wegen (wohl unbefristetem) Fortbestehen des Arbeitnehmer\*innenstatus über sechs Monate hinaus nach genau einem Jahr Erwerbstätigkeit.

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

„Die Tätigkeit der Antragstellerin zu 1 währte nicht mehr als ein Jahr, wie es § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU nach seinem Wortlaut voraussetzt, aber genau ein Jahr. In diesen Fall ist zur Schließung einer vom Gesetzgeber unbeabsichtigten Regelungslücke § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU analog anzuwenden. Die Dauer der Fortwirkung der Arbeitnehmereigenschaft bei einer (genau) ein Jahr währenden Beschäftigung ist gesetzlich nicht geregelt (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 FreizügG/EU und Art. 7 Abs. 3 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG). Rechtsprechung des EuGH und der Grundsatz der europarechts- und freizügigkeitsfreundlichen Auslegung sprechen aber eindeutig dafür, dass bei einem auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag und der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zum vorgesehenen Zeitpunkt der Arbeitnehmerstatus grundsätzlich erhalten bleibt (vgl. EuGH, Urteil vom 11.4.2019 – C-483/17 – juris Rn. 47; so auch Hessisches LSG, Urteil vom 9.9.2020 – L 6 AS 126/18 – juris Rn. 41 ff.; Leopold in jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 7 Rn. 105; Zieglmeier, NZS 2021, 448; so auch Ziff. 2.3.1.2 der AVV zum FreizügG/EU). Hierfür sprechen zudem systematische Erwägungen, weil das FreizügG/EU auch in anderen Zusammenhängen auf eine Erwerbstätigkeit von mindestens zwölf Monaten abstellt (vgl. § 4a Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU).“

**Hinweis:** Zur Frage des unbefristeten Fortbestands der Arbeitnehmer\*inneneigenschaft nach unfreiwilligem Verlust der Arbeit nach mindestens einem Jahr Tätigkeit vgl. Urteil des EUGH vom 11. April 2019, C-483/17 („Tarola“), Randnummer 44:  
„Somit bleibt dem Unionsbürger, der im Aufnahmemitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger ausgeübt hat, die Erwerbstätigeneigenschaft zeitlich unbegrenzt erhalten, wenn er erstens gemäß Art. 7 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig ist, zweitens gemäß Art. 7 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie über ein Jahr lang im Aufnahmemitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger ausgeübt hat und dann unfreiwillig arbeitslos wird (Urteil vom 20. Dezember 2017, Gusa, C-442/16, EU:C:2017:1004, Rn. 29 bis 46), oder drittens gemäß Art. 7 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie eine Berufsausbildung begonnen hat.“

[LSG Hessen, Beschluss vom 01.10.2021 - L 6 AS 403/21 B ER](#)

Bei europarechtskonformer Auslegung von § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU spricht vieles dafür, dass das Aufenthaltsrecht des Arbeitnehmers für den Zeitraum des Bezugs von Arbeitslosengeld nach dem SGB III fortbesteht und der Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II unterfällt. Daher hat das LSG im Eilverfahren vorläufig SGB II-Leistungen zuerkannt, obwohl die sechs Monate nach Verlust der Arbeitsstelle vorbei waren, aber noch ein weitergehender Anspruch auf Arbeitslosengeld I bestand.

[LSG Berlin-Brandenburg \(25. Senat\): Urteil vom 22. Februar 2021; L 25 AS 43/21](#)

Keine starre Untergrenze für Arbeitnehmer\*inneneigenschaft. Diese kann auch bei einer Tätigkeit als Haushaltshilfe mit 12 Stunden monatlich (3 Stunden wöchentlich) und 100 Euro monatlich bestehen. Dass Urlaubsansprüche und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht im Arbeitsvertrag geregelt sind, spricht dem nicht entgegen.

„Vorstehende Ausführungen erhellen, dass starre Lohn- und Arbeitszeitstunden für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft nicht herangezogen werden können. Die Annahme, die Grenze der Unwesentlichkeit sei bei einer Wochenarbeitszeit von sechs Stunden erreicht (Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Auflage 2020, § 2 FreizügG/EU, Rn. 49), findet demnach in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Stütze und sie erscheint auch nicht sachgerecht (warum sechs Stunden und nicht fünf oder sieben?). Die Argumente für eine Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin hat das Sozialgericht bereits genannt. Sie seien hier nochmals in Kurzform wiederholt:

1. Die Klägerin hat eine Tätigkeit von wirtschaftlichem Wert ausgeübt.
2. Sie ist dafür bezahlt worden.

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

3. Sie und ihre Arbeitgeberin haben einen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen.

4. Die Tätigkeit ist nachweislich bei der Minijob-Zentrale angemeldet worden.

*Dass eine Entgeltfortzahlung und Urlaubsansprüche nicht ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelt worden sind, spricht nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft, weil insoweit gesetzliche Ansprüche nach Maßgabe des Entgeltfortzahlungsgesetzes und des Bundesurlaubsgesetzes bestehen. Auch der Umstand, dass die Klägerin nur drei Monate beschäftigt gewesen ist, spricht nicht gegen eine Arbeitnehmereigenschaft, zumal der Arbeitsvertrag nicht befristet gewesen ist.“*

[LSG Berlin-Brandenburg \(19. Senat, Urteil vom 28. Oktober 2020; L 19 AS 2630/17](#)

Arbeitnehmer\*innen-Eigenschaft kann auch bei einer Beschäftigung als Gebäudereiniger im Umfang von vier bis viereinhalb Wochenstunden bei 172 Euro Monatseinkommen gegeben sein. Barzahlung des Lohns, fehlende Regelungen zum Urlaubsanspruch und zur Lohnfortzahlung im Arbeitsvertrag stehen dem nicht entgegen.

*„Dass das Arbeitsverhältnis nur zum Schein bestand, wie der Beklagte wohl andeuten will, kann der Senat nicht feststellen. Allein die Vereinbarung, dass das Arbeitsentgelt bar gezahlt werde, reicht hierfür nicht. (...) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Einwand des Beklagten, in dem Arbeitsvertrag sei weder ein Urlaubs- noch ein Entgeltfortzahlungsanspruch vereinbart worden, ins Leere geht. Zwar enthält der Arbeitsvertrag tatsächlich keine derartigen Regelungen, allerdings ist in solchen Fällen die gesetzliche Regelung anzuwenden, worauf bereits das Sozialgericht in seinem Urteil zu Recht hingewiesen hat. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht nach § 3 Abs. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses, Anspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz nach 6-monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses.“*

[LSG Hessen \(6. Senat\), Urteil vom 9. September 2020; L 6 AS 126/18](#)

Anhängig beim BSG, B 14 AS 79/20 R

Ein befristeter Arbeitsvertrag von genau einem Jahr (1. März 2012 bis 28. Februar 2013) führt zum unbefristeten Fortbestand des Arbeitnehmer\*innenstatus und nicht nur zu einer sechsmonatigen Fortgeltung.

*Der Kläger war aufgrund zweier in der Summe auf genau ein Jahr befristeter Verträge vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 versicherungspflichtig beschäftigt. Genau für diesen Fall enthält die gesetzliche Regelung - wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat - eine Lücke. Weder die Regelung des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügigG/EU ("nach mehr als einem Jahr Tätigkeit") noch die des § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügigG/EU ("nach weniger als einem Jahr Beschäftigung") erfasst ihrem Wortlaut eine genau einjährige Beschäftigung. (...) Auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Neculai Tarola und unter dem europarechtlichen Gebot des effet utile ist die planwidrige Regelungslücke daher europarechtsfreundlich und damit freizügigkeitsfreundlich dadurch zu schließen, dass auf den Kläger, der ein Jahr aufgrund eines auf ein Jahr befristeten Vertrages beschäftigt war, die Regelung des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügigG/EU anzuwenden ist. Der Kläger verfügte damit über ein unbegrenztes Aufenthaltsrecht und war damit im streitgegenständlichen Zeitraum 8. Oktober 2013 bis 31. März 2014 nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.*

[LSG Baden-Württemberg \(7. Senat\); Beschluss vom 7. August 2020; L 7 AS 1376/20 ER-B](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen wegen fortwirkender Arbeitnehmer\*innen-Eigenschaft auch ohne Bestätigung der Arbeitsagentur über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit. Die (Nicht-)Bestätigung über die Unfreiwilligkeit entfaltet keine Tatbestandswirkung, erforderlich ist lediglich die Bestätigung über die Arbeitslosigkeit selbst. Es ist davon auszugehen, dass das Jobcenter zur Prüfung der (Un-)Freiwilligkeit in eigener Verantwortung verpflichtet ist. Eine unfreiwillige Arbeitslosigkeit ist wahrscheinlich, obwohl der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung vorwirft. Der Arbeitnehmer ist diesen Aussagen entgegengetreten.

*„Dem Bestehen eines fortwirkenden Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU steht jedenfalls nicht bereits entgegen, dass die Bundesagentur für Arbeit mit Schreiben vom 25. März 2020 mitgeteilt hat, dass eine unfreiwillige Arbeitslosigkeit im Sinne der Vorschrift nicht bestätigt werden könne. Zwar wird in der Literatur vertreten, dass die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit von der*

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

Agentur für Arbeit zu bestätigen sei (so Brinkmann in Huber, AufenthG, 2. Aufl. 2016, FreizügG/EU § 2 Rdnr. 48; Tewocht a.a.O., Rdnr. 51). Auch nach den Ausführungen des Bundessozialgerichts (BSG) im Urteil vom 13. Juli 2017 – [B 4 AS 17/16 R](#) – SozR 4-4200 § 7 Nr. 54, juris Rdnr. 34) soll die Bestätigung über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts im Sinne einer konstitutiven Bedingung sein. Dieser Auslegung der Vorschrift steht jedoch schon deren ausdrücklicher Wortlaut entgegen, wonach eine unfreiwillige, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigte Arbeitslosigkeit erforderlich ist, sich die Bestätigung demnach ausschließlich auf die Arbeitslosigkeit und nicht auf deren Unfreiwilligkeit zu beziehen hat. Auch die (AVV FreizügG/EU, auf die in der Literatur (auf die auch das BSG verweist) regelmäßig Bezug genommen wird, spricht dafür, dass lediglich die Arbeitslosigkeit und nicht die Unfreiwilligkeit im Sinne der oben dargestellten Definition von der Agentur für Arbeit zu bestätigen ist. Nach Artikel 1 Ziff. 2.3.1.2 AVV FreizügG/EU soll zwar die Bestätigung der Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts sein. Allerdings heißt es dort weiter, dass die Bestätigung erfolge, "wenn der Arbeitnehmer sich arbeitslos meldet, den Vermittlungsbemühungen der zuständigen Arbeitsagentur zur Verfügung steht und sich selbst bemüht, seine Arbeitslosigkeit zu beenden (§ 138 SGB III)". Danach betrifft die Bestätigung wiederum ausschließlich die für das Bestehen von Arbeitslosigkeit in § 138 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) genannten Voraussetzungen (Beschäftigungslosigkeit, Eigenbemühungen, Verfügbarkeit). Das Bestehen von Arbeitslosigkeit einschließlich der Bereitschaft zur Beendigung der Arbeitslosigkeit wurde von der Bundesagentur für Arbeit unter dem 25. März 2020 gerade bestätigt. Es ist auch nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage durch die Bundesagentur für Arbeit ein eigenes Verschulden bezüglich des Eintritts der Arbeitslosigkeit bescheinigt hat. Die Annahme einer Tatbestandswirkung der Bestätigung, ohne eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Bescheinigung der Agentur für Arbeit wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Vielmehr dürfte davon auszugehen sein, dass – jedenfalls solange keine Entscheidung der **Ausländer**behörde ergangen ist – im Zusammenhang mit der Prüfung eines Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II der Leistungsträger zur Prüfung der Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit im Sinne des unfreiwilligen Arbeitsplatzverlustes im Rahmen des Leistungsanspruchs verpflichtet und diese Entscheidung gerichtlich überprüfbar ist (vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 2. Februar 2018 – [L 7 AS 2309/17 B](#) – juris Rdnr. 20)."

[LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. Juli 2020; L 2 AS 202/20 B ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen wegen unbefristetem Fortbestand des Arbeitnehmer\*innenstatus auch bei unterbrochenen Tätigkeiten von insgesamt mehr als einem Jahr (hier: 8,5 Monate Erwerbstätigkeit, drei Monate Unterbrechung, 4,5 Monate Erwerbstätigkeit).

[SG Bremen \(26. Kammer\), Urteil vom 11. März 2020; S 26 AS 2522/16](#)

Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für mehr als sechs Monate wegen Fortwirkung des Arbeitnehmer\*innenstatus. Zwei Tätigkeiten von jeweils sieben Monaten, die durch eine zweimonatige Arbeitslosigkeit unterbrochen worden sind, führen zu einem unbefristeten Erhalt des AN-Status.

„Eine Arbeitslosigkeit von zwei Monaten ist nach Auffassung der Kammer weder eine längere Unterbrechung, noch auf dem Arbeitsmarkt unüblich. Die wenigsten Arbeitnehmer können - insbesondere, wenn es sich um eine unfreiwillige Arbeitsaufgabe handelt - nahtlos ein neues Arbeitsverhältnis aufnehmen. Die Kammer sieht den vom Gesetzgeber gewollten Zweck der Integration in den Arbeitsmarkt daher bei einer Unterbrechung von zwei Monaten nicht als gefährdet an.“

[LSG Hessen \(6. Senat\); Beschluss vom 11. Dezember 2019; L 6 AS 528/19 B ER](#)

Vierköpfige Familie, der Vater hat einen Vertrag als Gärtner mit Einkommen von 850 Euro brutto, 680 Euro netto, 80 Stunden pro Monat, 10,50 Euro Stundenlohn. Nach nur fünf Tagen Ausübung der Arbeit erlitt er einen Arbeitsunfall und ist seitdem arbeitsunfähig erkrankt, mit Verletzten- und Krankengeld. Das Beschäftigungsverhältnis ist ungekündigt.



## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

Es handelt sich nach Auffassung des LSG um ein „tatsächliches und „echtes“ Beschäftigungsverhältnis, das nicht völlig „untergeordnet und unwesentlich“ ist - trotz der nur fünf Tage andauernden Beschäftigung. Es handelt sich auch nicht um eine „missbräuchliche“ Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer.

*Dementsprechend vermag sich der Senat im Übrigen auch bei einer Gesamtwürdigung unter Einbeziehung der Umstände des Einzelfalles der Bewertung, die Berufung auf den europarechtlichen Status als Arbeitnehmer sei rechtsmissbräuchlich, nicht anzuschließen. Dies gilt zunächst für den Verweis auf die bislang nur wenige Tage andauernde tatsächliche Arbeitstätigkeit des Antragstellers zu 1.: Der Senat sieht keinen Anhaltspunkt, dass dies nicht allein durch den kurz nach der Arbeitsaufnahme erlittenen und nicht vorhersehbaren Unfall und die daran anknüpfende Arbeitsunfähigkeit verursacht wäre. Wegen des (auch) an die subjektive Vorhersehbarkeit der Entwicklung anknüpfenden Missbrauchstatbestandes gibt die kurze Dauer der realen Beschäftigung daher für eine Bewertung als rechtsmissbräuchlich nichts her.*

*Die Höhe des im konkreten Fall vertraglich vereinbarten Einkommens kann, wie bereits ausgeführt, als Beleg für die Missbräuchlichkeit gerade nicht herangezogen werden, nachdem es ausreichend ist, den Bedarf desjenigen, der sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beruft, (nahezu) vollständig zu decken. Im vorliegenden Einzelfall ist zudem zu berücksichtigen, dass die soziale Lage der Antragsteller nach ihren glaubhaften und insoweit auch in Bulgarien im Wesentlichen als prekär einzustufen war. In einem derartigen Fall scheidet die Qualifizierung der Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit als missbräuchlich aber nach Auffassung des Senats regelmäßig schon dann aus, wenn es als nicht fernliegend erscheint, dass die Migration zumindest zu einer Verbesserung der Chancen führen kann, den Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit zu sichern, auch wenn absehbar sein sollte, dass dies zunächst nicht vollständig gelingt. Eine "willkürliche" oder "künstliche" Herbeiführung der formalen Voraussetzungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, um ein mit den europarechtlichen Verbürgungen nicht geschütztes Ziel zu erreichen, liegt dann nach Auffassung des Senats gerade nicht vor (vgl. zum subjektiven Element des Missbrauchstatbestandes auch Hess. LSG, Beschluss vom 9. Oktober 2019 – [L 4 SO 160/19 B ER](#) –, juris, Rn. 44).*

[LSG NRW \(6. Senat\), Beschluss vom 24. Oktober 2019; L 6 AS 1304/19 B ER und L 6 AS 1305/19 B](#)

Arbeitnehmer\*inneneigenschaft liegt vor bei befristeter Tätigkeit einer Frau in Gebäudereinigung mit 35 bis 40 Stunden im Monat und 362 bis 415 Euro Monatseinkommen. Es handelt sich um eine achtköpfige Familie. Das Jobcenter hatte die Ablehnung damit begründet, dass es sich bei der Beschäftigung um „Rechtsmissbrauch“ handle. Denn es seien „innerhalb kurzer Zeit mehrere Leistungsanträge rumänischer Familien eingegangen, die ihren Leistungsanspruch aus einer geringfügigen Beschäftigung eines Familienmitglieds bei dem Arbeitgeber "I Facility Services" ableiten wollten. Sowohl die jeweiligen Leistungsanträge nebst Antragsbegründungen als auch die jeweiligen Arbeitsverträge seien - der Handschrift nach - durch dieselbe Person ausgefüllt worden. Es liege daher die Vermutung nahe, dass hier - eventuell sogar in größerem Stil - eine Vielzahl von Arbeitsverträgen einzig zu dem Zweck des ergänzenden Sozialleistungsbezugs abgeschlossen worden sei. Die Antragstellerin zu 1) möge zwar formell die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfüllen. Eine Absicht, durch diese Erwerbstätigkeit die Existenz der 8-köpfigen Familie zu sichern, sei jedoch nicht erkennbar, so dass das Berufen auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit vorliegend als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei. Bis heute seien keine glaubhaften Tatsachen vorgetragen, die geeignet seien, die Offensichtlichkeit des Rechtsmissbrauchs zu entkräften.

Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Einreise, der Wohnungsanmietung, der Arbeitsaufnahme, der Antragstellung und dem Wegfall der vorgegebenen vorherigen Unterstützung durch Angehörige lege sehr wohl eine Beschäftigungsaufnahme allein zum Zwecke des ergänzenden Sozialleistungsbezugs nahe.“

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

Das Jobcenter stützt seine Ablehnung offensichtlich auf die Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit in ihrer Geheimarbeitshilfe „Bekämpfung von bandenmäßigem Leistungsmissbrauch durch Unionsbürger“ vom 12. Februar 2019, die nahezu wortgleich die zitierten Kriterien als Maßstab für „Rechtsmissbrauch“ und eine damit begründete Leistungsverweigerung heranzieht.

Das LSG folgt dem jedoch nicht. Es seien keine Anzeichen für einen „Rechtsmissbrauch“ zu erkennen:

*„Lediglich durch den vom Antragsgegner vorgetragenen zeitlichen Zusammenhang zwischen Einreise, Abschluss des Mietvertrages und Arbeitsaufnahme vermag der Senat nicht zu schließen, dass die Arbeitsaufnahme allein zur Erlangung von Sozialleistungen für die Bedarfsgemeinschaft erfolgte. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob die Antragsteller zu 1) und 2) - wie der Antragsgegner behauptet - kein Interesse an der Aufnahme einer zeitlich umfangreicheren Tätigkeit haben. Jedenfalls aus den vorgelegten Akten ergibt sich nicht, dass den Antragstellern zu 1) und 2) Arbeitsangebote unterbreitet wurden, die diese abgelehnt haben.“*

*Der Vortrag des Antragsgegners, es wären zeitgleich mehrere geringfügige Beschäftigungsverhältnisse einzelner Mitglieder größerer Bedarfsgemeinschaften bei demselben Arbeitgeber geschlossen worden, ist - unterstellt er trifft zu - kein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Rechts auf Freizügigkeit. Es ist genauso gut möglich, dass sich die Option einer Arbeitsaufnahme bei einem Arbeitgeber in einem bestimmten Umfeld herumgesprochen hat.*

*Dass das Arbeitsverhältnis nur geringfügig ist und nur einen geringen Teil des Bedarf der Bedarfsgemeinschaft deckt, ist im Bereich der Gebäudereinigung, in dem über 50 % der Arbeitnehmer\*innen geringfügig beschäftigt sind und ein Großteil dieser Beschäftigten ergänzende Sozialleistungen bezieht (vgl. Branchenreport Gebäudereinigung - Berlin und Deutschland - 2. Aufl. 2017, Seite 13 ff), kein Indiz für den Vortrag des Antragsgegners.*

*Auch die Tatsache, dass die Betreuung der minderjährigen Kinder eine Arbeitsaufnahme erschwert, führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Die Antragsteller haben nachgewiesen, dass für die drei noch nicht schulpflichtigen Kinder der Bedarfsgemeinschaft Betreuungsanfragen bei der städtischen Kita gestellt wurden.“*

[LSG Hessen \(7. Senat\); Beschluss vom 16. Oktober 2019; L 7 AS 343/19 B ER](#)

Arbeitnehmer\*inneneigenschaft bei seit zwei Monaten bestehender Beschäftigung im Rahmen von ca. 6 Wochenstunden und 230 Euro Monatsverdienst.

*„Es liegt nach der zutreffenden Annahme des Antragsgegners eine Beschäftigung mit 25,03 Stunden im Monat und ein Verdienst in Höhe von 230 Euro im Monat vor. Der Senat hält diese nunmehr seit mehr als zwei Monaten ausgeübte Tätigkeit, auch wenn der Vertrag die ungewöhnliche Regelung enthält, dass der Antragsteller "gehalten" ist, für Zeiten des Urlaubs oder der Krankheit einen "Ersatz zu stellen", nicht für eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, so dass vorläufige Leistungen für den Zeitraum vom 1. August bis 30. September 2019 - wegen der Glaubhaftmachung des Vorliegens der übrigen Leistungsvoraussetzungen nach §§ 7 ff. SGB II - zu Recht dem Grunde nach zugesprochen wurden.“*

[LSG NRW \(9. Senat\); Beschluss vom 14. Oktober 2019; L 9 SO 255/19 B ER](#)

Arbeitnehmer\*innen-Eigenschaft trotz Erreichens des Renteneintrittsalters. Es kommt auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit an (hier: seit gut einem halben Jahr eine Tätigkeit im Rahmen von 500 Euro Monats-Brutto-Einkommen und 50 Stunden monatlich). Damit besteht Anspruch auf aufstockende Leistungen der Grundsicherung im Alter nach SGB XII. Dieser Anspruch besteht auch für den nicht-erwerbstätigen Ehemann der Arbeitnehmerin, da er über ein materielles Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger verfügt.

*„Die Antragstellerin kann sich ab Antragstellung auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung als Unionsbürgerin nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU berufen, weil sie aufgrund ihrer am 01.03.2019 begonnenen Beschäftigung als Reinigungskraft bei der Fa. J*

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

Arbeitnehmerin ist und daher keinem Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 3 SGB XII unterliegt. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann sich die Antragstellerin auf diese Freizügigkeitsberechtigung trotz Erreichens der Altersgrenze nach § 7a Satz 2 SGB II bzw. § 41 Abs. 2 Satz 3 SGB XII berufen. Dem steht weder das nationale Recht (SGB XII, FreizügG/EU), noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht (Richtlinie 2004/38/EG), in welchem die nationalen Rechtsvorschriften ihre Grundlage finden und entsprechend auszulegen sind, entgegen.“

[LSG Hessen \(4. Senat\); Beschluss vom 9. Oktober 2019; L 4 SO 160/19 B ER](#)

Anspruch auf aufstockende Leistungen der Grundsicherung im Alter für eine Arbeitnehmerin (seit vier Monaten, 450 Euro Einkommen, zehn Stunden wöchentlich) sowie ihren nicht-erwerbstätigen Ehemann. Dieser Anspruch besteht trotz einer erfolgten Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts, gegen die noch eine Klage beim Verwaltungsgericht anhängig ist. Denn:

- Das Sozialamt sowie das Jobcenter haben die Pflicht, das Vorliegen eines (neuen) materiellen Freizügigkeitsrechts in eigener Verantwortung zu prüfen.
- Die Verlustfeststellung hat sich durch das Aufleben eines neuen Freizügigkeitstatbestandes automatisch erledigt.

„Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch, der die Berufung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit ausschließt (vgl. EuGH Urteil vom 6. November 2003, Rs. C-413/01 – Ninni-Orasche – Slg 2003, I-13187, Rn. 31 und Rn. 36 m.w.N.; Kamanabrou, EuZA 2018, 18) sind nicht ersichtlich. Hiergegen spricht bereits die bisherige Erwerbsbiografie der Ehefrau des Antragstellers. Allein der Umstand, dass die Erwerbstätigkeit in der Vergangenheit nicht von Dauer und durch Zeiten der Arbeitslosigkeit unterbrochen war, kann aus sich heraus keinen Missbrauch begründen, ebensowenig, wie die jeweils nicht existenzsichernde Entlohnung. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Bezug aufstockender existenzsichernder Leistungen bzw. der Bezug von Leistungen nach unfreiwilliger Arbeitslosigkeit gerade in den Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen und unter anderem von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011 garantiert werden. Die Grenze zum Rechtsmissbrauch ist erst überschritten, wenn objektive Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung (hier: der Arbeitnehmerfreizügigkeit) nicht erreicht wird und das subjektive Element gegeben ist, nämlich die Absicht, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen "willkürlich" oder "künstlich" geschaffen werden (so allgemein EuGH, Urteil vom 12. März 2014, Rs. C-456/12 – O – ZAR 2014, 377, Rn. 58 m.w.N.; vgl. Kamanabrou, EuZA 2018, 18 (47f.)). Hierzu ist nichts ersichtlich. Ergänzend nimmt der Senat auf die überzeugenden Gründe des Beschlusses des Sozialgerichts vom 3. September 2019 – S 27 AS 617/19 ER – Bezug.

Dem Entstehen der Freizügigkeitsberechtigung jedenfalls seit 10. Juni 2019 nach § 3 FreizügG/EU steht die Verlustfeststellung der **Ausländer**behörde vom 31. August 2017 nicht entgegen. Erstens hat sich die Verlustfeststellung mit dem nach ihrem Erlass kraft Gesetzes verwirklichten neuen Freizügigkeitstatbestand nach § 3 FreizügG/EU im Sinne des § 43 Abs. 2 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HVwVfG) auf andere Weise als durch Zeitablauf jedenfalls mit Wirkung ex nunc erledigt. Selbst wenn man dieser Rechtsauffassung nicht folgen wollte, ist zweitens nach dem SGB XII – wie auch bei den Leistungsausschlüssen des SGB II – eine eigenständige materielle Prüfung geboten, in der jedenfalls Umstände, die eine materielle Freizügigkeitsberechtigung verwirklichen und die zeitlich nach Erlass der Verlustfeststellung eintreten, trotz der Rechtswirkungen einer Verlustfeststellung berücksichtigt werden müssen.“

[LSG Berlin Brandenburg \(25. Senat\), Urteil vom 24. August 2019; L 25 AS 1831/18](#)

Auch Unterbrechungszeiten der Erwerbstätigkeit von drei Monaten innerhalb von 18 Monaten sind als kurzfristig im Sinne des BSG-Urteils vom 13. Juli 2017 - [B 4 AS 17/16 R](#). Die Zeiten der Erwerbstätigkeit sind daher zusammen zu rechnen. Da der Kläger insgesamt auf mehr als ein Jahr Erwerbstätigkeit kommt, bleibt sein Arbeitnehmerstatus länger als sechs Monate (unbefristet, zumindest aber für zwei Jahre – unklar!) erhalten. Damit besteht SGB-II-Anspruch.

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen (vgl. Urteil vom 13. Juli 2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) – juris). Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte auf eine Wendung der genannten Entscheidung des BSG, der – dem BSG - vorliegende Fall einer nur einmaligen, kurzfristigen Unterbrechung von 15 Tagen im Verlauf einer insgesamt 14,5 Monate andauernden eventuellen Beschäftigung in zwei Tätigkeiten gebe keinen Anlass der weiteren Frage nachzugehen, ob der am Integrationsgedanken orientierten Zielsetzung des Gesetzes § 2 Abs. 3 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. Denn ein solcher vom BSG erwogener Ausnahmefall liegt hier nicht vor, weil der Kläger Beschäftigungszeiten von mehr als einem Jahr in nur rund 18 Monaten erreicht hat, so dass keine Rede davon sein kann, der Kläger habe die Tätigkeitsdauer von mehr als einem Jahr "eher zufällig" erreicht. Soweit sich der Beklagte auf Nr. 7.17 der fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II beruft, denen zufolge eine Unterbrechung in der Regel nur dann kurz sei, wenn sie im Verhältnis zur Dauer der Beschäftigung nicht mehr als 5 Prozent beträgt, findet diese Grenze weder im Gesetz noch in der genannten Rechtsprechung ihren Niederschlag.

Kann sich der Kläger demnach auf das Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU berufen, kann dahinstehen, ob dieses generell zeitlich begrenzt ist. Denn insoweit wird vertreten, die Arbeitnehmereigenschaft bleibe für die Dauer von insgesamt zwei Jahren erhalten (Dienelt in: Bergmann/Dienelt, [Ausländerrecht](#), 12. Auflage 2018, § 2 FreizügG/EU, Rn. 118). Diese Zeit war während des hier streitigen Monats nicht verstrichen.

[SG Berlin \(144. Kammer\)](#), Urteil vom 29. April 2019; S 144 AS 20797/15

Arbeitnehmer\*innen-Eigenschaft auch mit 20 Wochenstunden kurzer Tätigkeit von einem Monat. Dies ist kein Rechtsmissbrauch. Für Fortgeltung des AN-Status ist Bescheinigung über die unfreiwillige Arbeitslosigkeit der BA konstitutive Voraussetzung. Diese entfaltet Tatbestandswirkung.

„Nach diesen Kriterien verleiht die Tätigkeit der Klägerin ihr den Status als Arbeitnehmerin. Grundlage hierfür ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 07.05.2015. Darin ist eine wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin von 20 Stunden, der Inhalt der weisungsgebundenen Tätigkeit als Helferin im Hotel und Servicebereich, die tarifliche Stundenvergütung von 8,20 EUR als auch Regelungen über Urlaub und Krankheit enthalten. Diese geringfügige Beschäftigung genügt nach Arbeitszeit und Vergütung den höchstrichterlichen Anforderungen an einen anzunehmenden Arbeitnehmerstatus (vergleiche beispielsweise BSG Ur. v. 12.9.2018 – B 14 AS 18/17 R: 30 Stunden im Monat für ein monatliches Entgelt von 100 EUR). Daran ändert nach Ansicht der Kammer auch die relativ kurze Dauer der ausgeübten Tätigkeit von etwas mehr als einem Monat nichts. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann auch eine weniger als einen Monat dauernde Beschäftigung eine Arbeitnehmereigenschaft begründen, wenn eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht (vgl. Brinkmann in Huber AufenthG, 2. Aufl. 2016, FreizügG/EU § 2 Rn. Randnummer 10; Rs. C-22/08 und 23/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585 = EuZW 2009, 702). Eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt besteht hier nach Ansicht der Kammer in Anbetracht der zwar jeweils nur relativ kurz aber immer wieder aufgenommenen Beschäftigungsverhältnisse. Sie war im Zeitraum von 15 Monaten für 6 ½ Monate beschäftigt. Von einer Arbeitsaufnahme mit dem missbräuchlichen Ziel, sich einen Status als Arbeitnehmerin zu verschaffen geht die Kammer daher, anders als der Beklagte, nicht aus.“

[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

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

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 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.

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

*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 Handwerkshelfer 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 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*

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

	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.“
<a href="#">LSG Hessen, Beschluss vom 10. Juli 2018; L 9 AS 142/18 B ER</a>	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.
<a href="#">LSG Sachsen-Anhalt (2. Senat); Beschluss vom 22. Februar 2018; L 2 AS 859/17 B E</a>	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.
<a href="#">SG Landshut (11. Kammer); Urteil vom 31. Januar 2018 (S 11 AS 624/16)</a>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➔ 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): „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.).“</li> <li>➔ Fortwirkung des AN-Status setzt keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen.</li> <li>➔ Auch eine Eigenkündigung kann einen „unfreiwilligen“ Verlust der Arbeit bedeuten, jedenfalls dann, wenn diese medizinisch begründet ist.</li> <li>➔ 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.</li> <li>➔</li> </ul>
<a href="#">LSG NRW (7. Senat), Beschluss vom 28.1.2018, L 7 AS 2299/17 B</a>	„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.“
<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom 22. August 2017 (L 18 AS 1626/17 B ER)</a>	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).
<a href="#">LSG NRW (12. Senat); Beschluss vom 21. August 2017 (Az.: L 12 AS 2015/16 B ER)</a>	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.
<a href="#">Bundessozialgericht (4. Senat); Urteil vom</a>	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

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[13. Juli 2017; B 4 AS 17/16 R](#)

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.

[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



## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

*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 hindere 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 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.“

[Sozialgericht Dortmund \(19. Kammer\); Beschluss vom 17. März 2017; S](#)

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

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

<a href="#">19 AS 2057/17 ER</a>	<p>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>
<a href="#">Sozialgericht Chemnitz (26. Kammer), Beschluss vom 14. März 2017; S 26 AS 405/17 ER</a>	<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.</p> <p>„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>
<a href="#">Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom 27. Februar 2017; L 18 AS 2884/16</a>	<p>Arbeitnehmer*innenstatus ist auch mit einer Tätigkeit von fünf Wochenstunden und 180 Euro Monatseinkommen gegeben, daher SGB-II-Anspruch</p>
<a href="#">Landessozialgericht Bayern (11. Senat), Beschluss vom 6. Februar 2017; L 11 AS 887/16 B ER</a>	<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>
<a href="#">Sozialgericht Karlsruhe (4. Kammer); Urteil vom 24. Januar 2017; S 4 AS 1827/16</a>	<p>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.</p>
<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (20. Senat), Beschluss vom</a>	<p>Beschluss erging zur alten Rechtslage, ist aber vollständig übertragbar auf die neue Rechtslage ab Dezember 2016!</p> <ul style="list-style-type: none"><li>Für die Fortwirkung des Arbeitnehmer*innenstatus ist zwar eine Bestätigung der Arbeitsagentur über die Arbeitslosigkeit erforderlich, nicht aber eine Bestätigung über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit.</li></ul>

## Arbeitnehmer\*inneneigenschaft

[27. Oktober 2015: L 20](#)  
[AS 2197/15 B ER](#)

- Das Verhängen einer Sperrzeit durch die Arbeitsagentur wegen Eigenkündigung führt nicht zwingend zum Verlust des Arbeitnehmer\*innenstatus. Vielmehr hat das Jobcenter eigene Ermittlungen über die Gründe und Rechtfertigung der Eigenkündigung – und damit die Frage, ob die Arbeitslosigkeit freiwillig oder unfreiwillig ist – durchzuführen.
- Die Arbeitnehmer\*inneneigenschaft besteht unabhängig von der (Un-)Freiwilligkeit und trotz Ende des Arbeitsverhältnisses während des Alg I-Bezugs fort, weil aufgrund des Alg-I-Bezugs eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung besteht.

*„Eine unionsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft, auf die es im Rahmen der Rechte nach § 2 FreizügG/EU ankommt, ist nämlich bereits dann anzunehmen, wenn unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses eine Pflichtversicherung in einem besonderen System der sozialen Sicherung besteht. (...) Entsprechend dieser Systematik des europäischen Freizügigkeitsrechts und der Koordinierungsregelungen zu Ansprüchen aus Systemen der sozialen Sicherung ist daher von einer Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU und damit von einem Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer auch dann auszugehen, wenn aufgrund des Bezuges einer Sozialversicherungsleistung bei Arbeitslosigkeit nach dem SGB III Versicherungspflicht in einem weiteren System der sozialen Sicherheit - wie hier in der gesetzlichen Krankenversicherung - besteht.“*

## Selbstständige

[LSG Hamburg, Urt. v. 02.12.2021 - L 4 AS 127/20](#)

Eine selbstständige Tätigkeit als Verkäufer\*in der Straßenzeitung kann zu einem Freizügigkeitsrecht als Selbstständige und damit zu einem Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II führen.

*„Eine Gewinnerzielungsabsicht muss nicht vorrangiges oder einziges Ziel sein, sie muss aber vorhanden sein. Rein karitative Tätigkeiten fallen nicht hierunter; die Tätigkeit muss daher erwerbsorientiert sein, wobei alle Tätigkeiten erfasst werden, sofern sie mit einer entgeltlichen Gegenleistung verbunden sind und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen (vgl. BSG, Urteil vom 3.12.2015 – B 4 AS 44/15 R, Rn. 28 m.w.N.). Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist die Tätigkeit der Kläger als selbstständige Tätigkeit anzusehen. Der Verkauf des Magazins K1 stellt eine Teilnahme am Wirtschaftsleben dar und ist nicht lediglich als „Bettelei“ einzustufen.*

*Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Verkäufer ein echtes wirtschaftliches Risiko tragen. Sie erhalten das Magazin nicht etwas als Kommissionsware, sondern müssen die Zeitungen zu einem festen Preis abkaufen, wobei eine Rückgabe nicht weiterverkaufter Zeitungen ausgeschlossen ist. Das Risiko, eingekaufte Zeitungen nicht loszuwerden und somit den Einkaufspreis vergeblich investiert zu haben, liegt damit allein beim Verkäufer. Zum anderen ist K1 ein redaktionell durchgestaltetes Magazin. Die Käufer erhalten einen echten Gegenwert für den Kaufpreis. Damit ist ein wirtschaftlicher Gütertausch Hauptzweck der Tätigkeit, auch wenn auf Seiten der Käufer daneben karitative Gesichtspunkte eine Rolle spielen mögen.*

*Schließlich handelte es sich auch nicht um eine völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben nicht zu begründen vermöchte. Die Kläger zu 1. und 4 waren seit 2013 als Verkäufer tätig. Es ist ihnen über mehrere Jahre offensichtlich gelungen, mit dem Erlös aus dieser Tätigkeit sowie dem Kindergeld ihren Lebensunterhalt zu finanzieren. Auch wenn es sich bei K1 um ein niedrigschwelliges Arbeitsprojekt für Menschen in prekärer Lage handelt, ist nach der Auffassung des Senats im Fall der Kläger zu 1. und 4. in der Gesamtschau aufgrund der Dauer und Kontinuität und des insoweit zu bewertenden wirtschaftlichen „Erfolgs“, den sie damit erzielt haben, auch in diesem Rahmen bereits von einer kontinuierlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben i.S. der genannten Rechtsprechung des EuGH auszugehen.“*

[LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. April 2021; L 29 AS 314/21 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für selbstständige Sexarbeiterin. Der Status als Selbstständige bleibt bestehen während eines pandemiebedingten Tätigkeitsverbots, solange die Tätigkeit nicht dauerhaft eingestellt wird. Die Frau verfügt über eine Anmeldung nach § 3 ProstSchG. Eine „feste Einrichtung“ ist nicht erforderlich, auch die Arbeit auf der Straße erfüllt die Voraussetzungen eines Freizügigkeitsrechts als Selbstständige. Eine gewerberechtliche Anmeldung ist nicht erforderlich und eine fehlende steuerrechtliche Anmeldung beim Finanzamt steht dem nicht entgegen. Die Frau hatte vor der Pandemie Einnahmen von durchschnittlich 200 Euro monatlich erzielt. Dies ist nicht „völlig untergeordnet und unwesentlich“.

[SG Berlin, Beschluss vom 30. Dezember 2020; S 138 AS 7816/20 ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für selbstständige Sexarbeiterin. Der Status als Selbstständige bleibt bestehen während eines pandemiebedingten Tätigkeitsverbots, solange die Tätigkeit nicht dauerhaft eingestellt wird. Der Nachweis der TZätigkeit durch Quittungen o.ä. ist nicht erforderlich, da lebensfremd.

*„Die Antragstellerin hat für das Gericht ausreichend glaubhaft gemacht, dass sie selbstständig tätig ist seit August 2020. Weitere Nachweise in Form von Quittungen können insofern auch nicht verlangt werden von der Antragstellerin, dies ist lebensfremd im Bereich der Prostitution.*

*Sofern die Tätigkeit derzeit nicht ausgeübt werden kann, ist dies durch Gründe des Hygieneschutzes wegen der Coronapandemie bedingt. Die Tätigkeit ist jedoch nicht eingestellt oder beendet, so dass es auf eine evtl. Fortwirkung des Aufenthaltsrechts nicht ankam. Die Antragstellerin ist weiterhin als selbstständig Tätige anzusehen.“*

## Selbstständige

[LSG Hessen \(6. Senat\), Beschluss vom 5. August 2020; L 6 AS 362/20 B ER](#)

Anspruch auf SGB-Leistungen für eine selbstständige Sexarbeiterin auf dem Straßenstrich (seit 2018 angemeldet gem. § 3 Prostituiertenschutzgesetz), die ihre Arbeit aufgrund des Tätigkeitsverbots im Zuge der Corona-Pandemie aufgeben bzw. unterbrechen musste. Sie kann sich auf die Fortwirkung ihres Status als Selbstständige aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG berufen, da sie die Selbstständigkeit aufgrund von Umständen unfreiwillig aufgeben musste, die sie nicht beeinflussen konnte.

Das Gericht stellt in dem Beschluss fest:

1. Die Tätigkeit als selbstständige Sexarbeiterin erfüllt den Tatbestand einer „niedergelassenen selbstständigen Erwerbstätigkeit“ nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Tätigkeit gem. § 3 Prostituiertenschutzgesetz angemeldet worden ist, aber wohl auch dann, wenn die Tätigkeit als „rechts- und sittenwidrig“ angesehen wird (vgl. : [EuGH, Urteil vom 20. November 2001; C-268/99](#) sowie [BVerwG, Beschluss vom 24.10.2002 - 1 C 31.02](#)). Eine Wohnsitzanmeldung ist hierfür nicht Voraussetzung, wenn die „nachhaltige“ Ausübung der Tätigkeit im Inland anderweitig glaubhaft gemacht werden kann.

2. Eine über § 3 Prostituiertenschutzgesetz hinausgehende Gewerbeanmeldung nach der Gewerbeordnung ist nicht vorgesehen und daher nicht erforderlich. Ebenso wenig kommt es für das Vorliegen eines Freizügigkeitsrechts als Selbstständige auf die Erfüllung der steuerrechtlichen Pflichten an, denn ein steuerrechtlicher Verstoß würde die Tätigkeit selbst nicht „illegal“ werden lassen.

3. Die Berufung auf ein Freizügigkeitsrecht als selbstständige Sexarbeiterin ist auch nicht „rechtsmissbräuchlich“ im Sinne des Unionsrechts. Denn dies könnte – wenn überhaupt – nur der Fall sein, wenn eine Tätigkeit nur „zum Schein oder von vornherein mit dem (primären) Ziel verfolgt“ worden wäre, sich entsprechende Sozialleistungsansprüche zu verschaffen. Dies ist hier nicht der Fall, denn die Frau hat die Tätigkeit als Sexarbeiterin aufgenommen, um ihren Lebensunterhalt zu sichern.

[LSG Sachsen-Anhalt \(2. Senat\); Beschluss vom 26. März 2020, L 2 AS 267/19 B ER](#)

Freizügigkeitsrecht als Selbstständige „wahrscheinlich“ bei Umsatz von 427 Euro monatlich aus Schrottsammlung. Daher im Eilverfahren Anspruch auf aufstockende Leistungen nach SGB II.

*Für Schrottsammler/Altmetallsammler hat der Senat die Anforderungen an eine selbstständige Tätigkeit weiter konkretisiert: Alleine die Vorlage von Nachweisen über erzielte Einkünfte aus Schrottverkäufen sind nicht ausreichend, um eine selbstständige Tätigkeit als Schrotthändler nachzuweisen. Solche Quittungen sagen für sich genommen nichts darüber aus, welche Personen auf welche Weise den Schrott gesammelt beziehungsweise erworben haben und ob der Leistungen nach dem SGB II geltend Machende hierbei selbständig gehandelt hat, für einen anderen tätig war oder ob der Schrott von Personen des erweiterten Familienverbundes gesammelt wird und jeweils von der Person eingeliefert wird, für die es leistungsrechtlich aktuell von Bedeutung ist, eine selbstständige Tätigkeit nachzuweisen. Es bedarf außerdem der erforderlichen Ausrüstung, um eine solche selbstständige Tätigkeit durchzuführen. Trägt der "Schrottsammler" vor, als "Einzelunternehmer" mit einem Fahrzeug Baustellen oder Straßen abzufahren und das gesammelte Metall nicht auf einem dafür vorgesehenen Lagerplatz, sondern im Fahrzeug zu lagern, kommt der eigenverantwortlichen Nutzung des Fahrzeuges eine besondere Bedeutung zu. Die nachvollziehbare uneingeschränkte Nutzung eines geeigneten Transportfahrzeuges ist dann eine der Mindestvoraussetzungen für eine stabile kontinuierliche gewerbliche Tätigkeit im Bereich des Schrotthandels (vgl. Senatsbeschluss vom 7. Februar 2019 - [L 2 AS 860/18 B ER](#) - juris).*

*Es ist nicht fernliegend, dass der Antragsteller zu 1) diese Anforderungen erfüllt. Denn der Antragsteller zu 1) hat glaubhaft gemacht, das er nunmehr über ein ihm gehörendes Fahrzeug und einen zu dessen Nutzung erforderlichen Führerschein verfügt. Außerdem ist der Abschluss einer Versicherung belegt worden.*

## Selbstständige

*Die Erlöse aus den Verkäufen, die der Antragsteller zu 1) durchschnittlich monatlich erzielt, sind nach den vorgehend geschilderten Grundsätzen auch nicht als wirtschaftlich völlig unwesentlich anzusehen. Im Februar bis Juli 2019 habe der Antragsteller zu 1) nach Bestätigung des Altmetallhändlers an ihn Schrott im Wert von insgesamt 2.564,73 Euro verkauft. Dies entspricht einem durchschnittlichen Monatsumsatz von rund 427 Euro. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Angaben nicht zutreffen bzw. nicht mit einer Tätigkeit des Antragstellers zu 1) einhergehen. Die Anzahl der Abgaben von zwei bis vier Mal monatlich deuten bei der Art der Tätigkeit mit Sammlungen im Fahrzeug nicht auf eine nur sporadische Tätigkeit hin. Im Hauptsacheverfahren müsste ggf. noch abschließend die Höhe der Verkaufserlöse ermittelt werden.*

[LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. Oktober 2019; L 18 AS 1832/19 B PKH](#)

**Anspruch auf Prozesskostenhilfe für einen früheren Selbstständigen, da zum einen möglicherweise wegen krankheitsbedingter Einstellung der Selbstständigkeit der Status als Selbstständiger fortbesteht. Zudem bestehen „erhebliche Zweifel“, ob ein vollständiger Leistungsausschluss verfassungskonform sei.**

*„Denn zur Prüfung, ob das Aufenthaltsrecht des Klägers als selbständig Tätiger gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) wegen vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit (ggfs wie lange?) unberührt blieb oder gar von einer krankheitsbedingten Einstellung der selbständigen Tätigkeit erst nach mehr als einem Jahr Tätigkeit auszugehen sein könnte (vgl § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU), bedarf es weiterer Sachermittlungen zum Schicksal der selbständigen Tätigkeit und der Krankheitsgeschichte. Eine Ablehnung von PKH kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht.(...) In Ansehung der Rspr 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 des Klägers, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, dh unmittelbar kraft Verfassungsrechts, bekräftigt.“*

[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 N r. 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

[BSG, Urteil vom 9. März 2022, B 7/14 AS 30/21 R](#)

Anspruch auf SGB II für Familie mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Ausreichend ist eine frühere dreimonatige Beschäftigung. Dafür ist nicht Voraussetzung, dass der Elternteil bereits zum Zeitpunkt der Einschulung des Kindes oder gar zum Zeitpunkt der Wohnsitznahme in Deutschland Arbeitnehmer\*in war.

[BSG, Urteil vom 27. Januar 2021; B 14 AS 42/19 R](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für Familie mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011, eine frühere nur kurze Beschäftigungsdauer von zwei Monaten steht dem nicht entgegen

In dem Fall ging es um die Frage des Leistungsanspruchs eines Schulkindes, dessen Vater kurzfristig eine Beschäftigung ausgeübt hatte. Das BSG stellt fest:

- Der Schulbesuch eines Kindes führt zu einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011, wenn einer der Elternteile zuvor Arbeitnehmer\*in in Deutschland waren.
- Dieses Freizügigkeitsrecht erstreckt sich dann sowohl auf die Kinder als auch auf die Eltern, die die Personensorge tatsächlich ausüben und besteht unabhängig von ausreichenden Existenzmitteln.
- Auch eine kurzfristige Beschäftigung von zwei Monaten und 500 Euro Monatseinkommen kann zum Arbeitnehmer\*innenstatus führen, sodass nach Verlust der Arbeit das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 besteht. Hierbei ist jede Beschäftigung zu berücksichtigen, die nicht „nur untergeordnet und unwesentlich“ ist, so dass sie nicht ins Gewicht fällt. Dabei ist eine Gesamtbewertung vorzunehmen, bei der „mit Rücksicht auf einschlägige Rechtsprechung des EuGH ein weites Verständnis zugrunde zu legen“ ist.
- Die Leistungsausschlüsse sind in diesem Fall nicht anwendbar.
- Anmerkung: Eine Arbeitshilfe zu dem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 gibt es [hier](#).

[LSG NRW; Beschluss vom 13.11.2020 - L 6 AS 1275/20 B ER](#)

Das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 und damit ein Leistungsanspruch erstreckt sich auch auf den unverheirateten anderen Elternteil, der selbst noch nicht Arbeitnehmer\*in gewesen ist.

*„Eine Unterscheidung zwischen der elterlichen Sorge desjenigen Elternteils, das einmal Arbeitnehmer war und des anderen Elternteils findet gerade nicht statt. Das Aufenthaltsrecht der Kinder begründet sich durch den Schulbesuch während der Arbeitnehmereigenschaft eines sorgeberechtigten Elternteils. Das Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Elternteils leitet sich, unabhängig davon, ob bereits ein anderes Aufenthaltsrecht bestand oder weggefallen ist, dann von dem Aufenthaltsrecht der Kinder aus Art. 10 (EU) 492/2011 ab. Maßgeblich ist allein, dass die elterliche Sorge tatsächlich ausgeübt wird. Vorliegend wohnt die Antragstellerin gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten und den Kindern in einem Haushalt. Anhaltspunkte dafür, dass sie die auch ihr gesetzlich zustehende elterliche Sorge nicht ausübt, liegen nicht vor.“*

[EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020; Rechtssache C-181/19 \(„J.D. gegen Jobcenter Krefeld“\)](#)

Menschen mit einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 (schulpflichtige Kinder ehemaliger Arbeitnehmer\*innen und deren Eltern) dürfen in Deutschland nicht pauschal von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen werden dürfen. Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c) SGB II ist europarechtswidrig. Weitere Infos gibt es hier: <http://www.der-paritaetische.de/fachinfo/detailseite/eugh-erklaert-leistungsausschluss-von-eltern-schulpflichtiger-kinder-mit-dem-aufenthalt-nach-art-10/>

[Sozialgericht Landshut \(11. Kammer\), Beschluss vom 28. Mai 2020; S 11 AS 249/20 ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II im Eilverfahren für ein Kind, das die Schule besucht sowie seine Eltern, die ehemalige Arbeitnehmer\*innen sind. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c ist mit hoher Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig.

## Art. 10 VO 492/2011

„Allerdings spricht die überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II europarechtswidrig ist, da eine den Leistungsausschluss rechtfertigende gemeinschaftsrechtliche Schrankenregelung nicht bestehen dürfte. Insbesondere dürfte als eine solche Schrankenregelung Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG nicht greifen (ebenso Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht, Beschluss vom 17. Februar 2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#) -, m. w. N.).“

[LSG NRW \(12. Senat\), Beschluss vom 21. Januar 2020; L 12 AS 1753/19 B ER](#)

Anspruch auf SGB II für ehemalige Arbeitnehmerin wegen einer Tochter, die die Schule besucht. Daher besteht ein autonomes Aufenthaltsrecht für Tochter und Mutter nach Art. 10 VO 492/2011. Der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II ist nach vorläufiger Würdigung nicht europarechtskonform und daher unanwendbar.

[Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 11. September 2019 \(BVerwG 1 C 48.18\), nur Pressemitteilung](#)

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 11. September 2019 ein Urteil zur Frage des Freizügigkeitsrechts nach Art. 10 VO 492/2011 gefällt. Das Urteil liegt im Wortlaut noch nicht vor, sondern nur eine [Pressemitteilung](#) (s. u.).

Es geht hierbei um die Frage, ob bei einem Aufenthalt nach Art. 10 VO 492/2011 die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung gem. § 5 Abs. 4 FreizügG treffen, also das Freizügigkeitsrecht entziehen darf, weil die Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht nicht mehr vorliegen würden. Ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 besteht für Kinder von Unionsbürger\*innen, wenn die Kinder die Schule besuchen (ab Grundschule) und zumindest ein Elternteil früher einmal in Deutschland gearbeitet hat – unabhängig davon, warum die Arbeit verloren gegangen ist und wie lange das her ist (also auch dann, wenn der EU-rechtliche Arbeitnehmer\*innenstatus nicht mehr vorliegt). Das Aufenthaltsrecht gilt dann für die Kinder bis zum Abschluss einer Schulausbildung und besteht auch für die Eltern, die tatsächlich die Personensorge ausüben. Die Konstellation des Art. 10 VO 492/2011 ist in ziemlich vielen Fällen erfüllt und daher von großer praktischer Bedeutung.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nun – soweit dies aus der Pressemitteilung hervorgeht – einige wichtige Feststellungen getroffen:

1. Es handelt sich bei diesem Aufenthaltsrecht für die Kinder und ihre Eltern um ein eigenständiges **Freizügigkeitsrecht „im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG“** – auch wenn diese Konstellation dort gar nicht aufgeführt ist. Das Freizügigkeitsrecht ergibt sich nämlich unmittelbar aus der Verordnung 492/2011.
2. Eine **Verlustfeststellung** wegen Nichterfüllens der Freizügigkeitsvoraussetzungen ist in diesen Fällen **nicht zulässig**.
3. Aus der Pressemitteilung lässt sich schließen, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 auch dann besteht, wenn der **Lebensunterhalt der Familie nicht gesichert** ist. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010; C-480/08; Rechtssache „Texeira“; sowie: EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, C 310/08; Rechtssache „Ibrahim“).
4. Zeiten mit einem Freizügigkeitsrecht *allein* nach Art. 10 VO 492/2011 führen jedoch nach Auffassung der Richter\*innen **nicht zu einem Daueraufenthaltsrecht** nach § 4a FreizügG und können hierfür **nicht mitgerechnet** werden. Dies ergebe sich daraus, dass es sich zwar um einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt handelt – aber nicht im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie, sondern eben nur im Sinne der Verordnung 492/2011. Ob diese Auslegung vom Europäischen Gerichtshof auch so gesehen wird, bleibt abzuwarten.

Was das Ganze nun für den **Sozialleistungsanspruch** heißt, bleibt indes unklar: Denn sowohl § 7 SGB II als auch § 23 SGB XII sehen für Personen, die *allein* ein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 haben, einen Leistungsausschluss vor. Dieser Leistungsausschluss ist jedoch juristisch hoch umstritten. Da es sich hierbei nämlich um ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach der VO 492/2011 handelt und nicht um ein Freizügigkeitsrecht nach der UnionsRL, ist für diese das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 der Verordnung 883/2004 zu beachten. Zahlreiche Gerichte haben daher bereits festgestellt, dass aus diesem Grund der



## Art. 10 VO 492/2011

Leistungsausschluss im deutschen SGB II nicht mit europäischen Vorschriften zu vereinbaren ist. Das Landessozialgericht NRW etwa hält den Ausschluss für europarechtswidrig und hat die Frage dem EuGH zur Klärung vorgelegt ([LSG NRW, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 22. Februar 2019; L 19 AS 1104/18](#)). In Eilverfahren bewilligen in diesen Fällen in Folge dessen zahlreiche Sozialgerichte vorläufig Leistungen nach SGB II.

### Aus der Pressemeldung:

*„Wird davon ausgegangen, dass die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU nicht in einzelne Zeitabschnitte teilbar ist, kann sie grundsätzlich insgesamt keinen Bestand mehr haben, wenn der betroffene Unionsbürger oder sein Familienangehöriger im Verlauf des Verfahrens (neuerlich) freizügigkeitsberechtigt wird und die Behörde die Verlustfeststellung nur noch für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum aufrechterhält.*

*Wird hingegen von einer zeitlichen Teilbarkeit der Verlustfeststellung und damit einer zeitabschnittswisen Betrachtung ausgegangen, war die verbliebene Verlustfeststellung ebenfalls rechtswidrig. Denn die Klägerinnen waren auch seinerzeit freizügigkeitsberechtigt i.S.d. FreizügG/EU. Gemäß Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Dies vermittelt ihnen und - hiervon abgeleitet - auch ihren tatsächlich die Personensorge ausübenden Eltern ein Aufenthaltsrecht. Aufenthaltszeiten, die allein auf der Grundlage des Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 zurückgelegt wurden, ohne dass die für die Inanspruchnahme eines Aufenthaltsrechts nach der sogenannten Unionsbürger-Richtlinie (RL 2004/38/EG) vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt waren, können zwar nicht für die Zwecke eines Daueraufenthaltsrechts i.S.d. § 4a FreizügG/EU berücksichtigt werden. Jedoch vermitteln sie den Kindern eines Wanderarbeitnehmers und dem Elternteil, der die tatsächliche Sorge für diese ausübt, Freizügigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU in dem Aufnahmemitgliedstaat des (vormaligen) Wanderarbeitnehmers, so dass eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU ausscheidet.“*

[SG Duisburg \(38. Kammer\); Beschluss vom 19. Juli 2019; S 38 AS 2700/19 ER](#)

Anspruch Leistungen nach SGB II im Eilverfahren für Person mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 (Kind in der Schule, Elternteil frühere EU-Arbeitnehmerin). Verweis auf Vorlagebeschlüsse des LSG NRW an den EuGH und die mögliche Europarechtswidrigkeit der Leistungsausschlüsse.

*„Nach diesen Maßstäben kommt die Kammer zu einer Abwägung der Interessen der Antragstellerinnen an einer Gewährung existenzsichernder Leistungen mit dem von der Antragsgegnerin vertretenen öffentlichen Interessen zu dem Ergebnis, dass die Antragstellerinnen im Wege der Regelungsanordnung zur vorläufigen Leistungsgewährung im tenorierten Umfang zu verpflichten ist.*

*Grund hierfür ist der Beschluss des Landessozialgerichts NRW vom 14.2.2018, Az. [L 19 AS 1104/18 ER B](#), mit dem eine Vorabentscheidung dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt wurde. Es soll geklärt werden, ob der Ausschluss von Unionsbürgern,*

## Art. 10 VO 492/2011

die über ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Richtlinie 492/2011 verfügen, vom Bezug von Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 EGRL 38/2004 mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 10 und Art. 7 EUV 492/2011 vereinbar ist.“

[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 Arbeitsuche 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 NRW \(6. Senat\); Beschluss vom 30. Januar 2019; L 6 AS 1923/18 B ER](#)

Vorläufiger Anspruch auf SGB II-Leistungen, auch auf Unterkunftskosten bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011. Der Leistungsausschluss ist nach vorläufiger Würdigung europarechtswidrig.

## Art. 10 VO 492/2011

[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 Leistungsausschluss 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.

*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; Devetzki/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](#)*

## Art. 10 VO 492/2011

	<p><a href="#">ER</a>, vom 12.07.2017 - <a href="#">L 12 AS 596/17 B ER</a> und vom 01.08.2017 - <a href="#">L 6 AS 860/17 B ER</a>; LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 17.02.2017 - <a href="#">L 6 AS 11/17 B ER</a>; 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.“</p>
<p><a href="#">LSG NRW (7. Senat), Beschluss vom 21. Dezember 2017; L 7 AS 2044/17 B ER</a></p>	<p>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.</p> <p>„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 <b>Ausschluss</b>norm ihrem Wortlaut nach gegeben. Danach sind <b>Ausländer</b> und <b>Ausländerinnen</b> 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.</p> <p>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 - <a href="#">L 19 AS 1577/17 B ER</a>, vom 12.07.2017 - <a href="#">L 12 AS 596/17 B ER</a> und vom 01.08.2017 - <a href="#">L 6 AS 860/17 B ER</a>; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17.02.2017 - <a href="#">L 6 AS 11/17 B ER</a>; Derksen, info also 2016, 257; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197).“</p>
<p><a href="#">LSG NRW (6. Senat); Beschluss vom 10. November 2017; L 6 AS 1256/17 B ER</a></p>	<p>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 <a href="#">63/76</a>, <a href="#">Slg 1976, 2057</a> - Inzirillo).</p> <p>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). (...)</p> <p>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 <a href="#">63/76</a>, <a href="#">Slg 1976, 2057</a> - Inzirillo).</p> <p>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 <b>Ausschlussgrund</b> (für Familienangehörige) des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II greift nicht.</p>

## Art. 10 VO 492/2011

[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 (ABl. 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 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

## Art. 10 VO 492/2011

	<p>durchgreifen, wird sich im Ergebnis zudem erst nach einer entsprechenden Befassung des EuGH mit ihnen zeigen beimisst.“</p>
<p><a href="#">LSG Sachsen-Anhalt (2. Senat); Beschluss vom 6. September 2017 ; L 2 AS 567/17 B ER</a></p>	<p>Anspruch auf SGB II, weil der Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig sein dürfte.</p> <p>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 <b>Ausschluss</b>klausel mit Unionsrecht deren Nichtanwendbarkeit. Die Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit einer nationalen Regelung ist letztlich dem EuGH vorbehalten. Weil aber im einstweiligen 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, <a href="#">L 6 AS 11/17 B ER</a>, zitiert nach juris, Rn. 23 ff.),</p>
<p><a href="#">LSG NRW (19. Senat); Beschluss vom 21. August 2017; L 19 AS 1577/17 B ER und L 19 AS 1578/17 B</a></p>	<p>Anspruch auf SGB II, weil der Leistungsausschluss für Personen mit Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 europarechtswidrig sein dürfte.</p> <p>„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 - <a href="#">2 BvR 2013/16</a> 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.“</p>
<p><a href="#">LSG NRW (6. Senat); Beschluss vom 1. August 2017; L 6 AS 860/17 B ER</a></p>	<p>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.</p> <p>„Der Leistungs<b>ausschluss</b> 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 <a href="#">63/76</a>, <a href="#">Slg 1976, 2057</a> - Inzirillo).</p> <p>Bei dem Leistungs<b>ausschluss</b> 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).</p>

## Art. 10 VO 492/2011

Eine den Leistungs[ausschluss](#) 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 - 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](#) - Teixeira; 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 auszulegen, 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](#) - Teixeira; 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](#)

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

## Art. 10 VO 492/2011

[26. Mai 2017, S 15 AS 1874/17.ER](#)

*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 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.*

[Sozialgericht Köln \(25. Kammer\), Beschluss vom 28. April 2017, S 25 AS 1170/17 ER](#)

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.

[LSG Schleswig-Holstein \(6. Senat\), Beschluss vom 17. Februar 2017, L 6 AS 11/17 B ER](#)

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

<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 17.02.2022 - L 1 AS 108/22 B ER</a>	Anspruch auf SGB II-Leistungen für Familienangehörige einer Arbeitnehmerin. Familienangehörige sind nicht nur Kinder, sondern auch Enkel und Urenkel. Für die über 20Jährige Tochter ebenfalls Anspruch auf SGB II-Leistungen, da Unterhalt in Form von kostenlosem Wohnrecht erbracht wird.
<a href="#">LSG NRW (9. Senat), Beschluss vom 26. März 2020; L 9 SO 1/20 B ER</a>	Anspruch auf Leistungen nach SGB XII für die Mutter von drei erwachsenen Söhnen. Die Söhne gewähren ihr mietfreie Unterkunft und 120 Euro monatlich. Dies kann als Unterhaltsgewährung für das Bestehen eines materiellen Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige in aufsteigender Linie ausreichen. Die Söhne haben sie zudem bereits vor ihrer Einreise mit Geldzuwendungen in Höhe von 100 Euro, Essen, Unterkunft und Kleidung unterstützt. Die Einreise ist nicht zum Zweck des Sozialhilfebezugs erfolgt, weil dieser nicht das prägende Motiv war, sondern nur „billigend in Kauf genommen wurde“. „Es spricht daher viel dafür, dass der Wunsch, zu den Kindern nach Deutschland zu ziehen, um in einem für sie vertrauten familiären Umfeld leben zu können, prägendes Motiv für die Einreise gewesen ist und nicht vordergründig der Wunsch nach Erhalt staatlicher Fürsorgeleistungen.“
<a href="#">LSG Baden-Württemberg; Beschluss vom 9. Februar 2021, L 9 AS 218/21 ER-B</a>	Anspruch auf Leistungen nach SGB II für drittstaatsangehörige Ehefrau eines Unionsbürgers mit Daueraufenthaltsrecht, auch wenn der Unionsbürger im Gefängnis inhaftiert ist. Das Aufenthaltsrecht der Ehefrau begründet sich auf ihrem Status als Familienangehörige eines daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürgers. Damit hat sie einen eigenständigen SGB-II-Anspruch auch wenn der Unionsbürger selbst aufgrund der Strafhaft ausgeschlossen ist. Die Strafhaft führt nicht zu einer Aufhebung der Bedarfsgemeinschaft. Mehr unter: <a href="https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/lsg-keine-beendigung-bedarfsgemeinschaft-durch-haft">https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/lsg-keine-beendigung-bedarfsgemeinschaft-durch-haft</a>
<a href="#">LSG Bayern (16. Senat); Beschluss vom 6. August 2019; L 16 AS 450/19 B ER</a>	Anspruch auf Leistungen nach SGB II für Mutter eines volljährigen früheren Arbeitnehmers. Sie ist als Familienangehörige freizügigkeitsberechtigt, weil der Sohn ihr zumindest einen Teil des Unterhalts in Form von kostenlosem Wohnrecht, Übernahme der Krankenversicherungsbeiträge sowie Verpflegung und Pflege erbracht hat. Damit besteht eindeutig ein Abhängigkeitsverhältnis. Auch wenn der Unterhalt nur durch die Aufnahme von Darlehen durch den jetzt arbeitslosen Sohn erbracht werden kann, spricht dies nicht gegen eine tatsächliche Unterhaltsgewährung. Außerdem kommt es bei der Prüfung der Unterhaltsleistung nicht auf die aktuelle Situation an, sondern auf den Zeitpunkt der Einreise der Mutter. Zu diesem Zeitpunkt war der Mann noch erwerbstätig und eigenständig unterhaltsfähig. „Allein die Überlassung einer kostenfreien Wohnung ist eine Unterhaltsgewährung im Sinn des § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG.“
<a href="#">LSG NRW (7. Senat); Beschluss vom 30. Januar 2019; L 7 AS 2006/18 B ER</a>	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 - <a href="#">L 7 AS 1512/17</a> , Beschlüsse vom 02.06.2016 - <a href="#">L 7 AS 955/16 B ER</a> , vom 28.05.2015 - <a href="#">L 7 AS 372/15 B ER</a> und vom 15.04.2015 - <a href="#">L 7 AS 428/15 B ER</a> ; zustimmend Bayerisches LSG Beschluss vom 19.11.2018 - <a href="#">L 11 AS 912/18 BER</a> ; in diesem Sinne auch BVerwG Urteil vom 20.10.1993 - <a href="#">11 C 1/93</a> ).  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

## Familienangehörige

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 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.“

[SG Berlin \(150. Kammer\); Beschluss vom 7. Dezember 2018; S 150 AS 9734/18 ER](#)

Estrnische Pflegekinder haben zusammen mit ihrer estnischen Mutter Anspruch auf ALG II.

Pflegekinder sind jedenfalls dann als „sonstige“ Familienangehörige iSv § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU i.V.m. § 36 Abs. 2 S. 1 AufenthG anzusehen, wenn zwischen ihnen und der Pflegemutter / dem Pflegevater / den Pflegeeltern ein intensiv gelebtes Pflegekindschaftsverhältnis besteht.

„Die Antragsteller sind auch nicht nach § [7](#) Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, denn sie genießen als sonstige Familienangehörige der Frau S. das Freizügigkeitsrecht gem. § 11 FreizügG/EU i.V.m. § [36](#) Abs. 2 S. 1 AufenthG. Sie können sich somit auf ein anderes materielles Aufenthaltsrecht als das zur Arbeitssuche stützen und unterfallen aus diesem Grunde nicht dem Leistungsausschluss des § [7](#) Abs. 2 SGB II. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU ist auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben, u.a. die Vorschrift des § [36](#) des Aufenthaltsgesetzes entsprechend anwendbar. § [36](#) Abs. 2 S. 1 AufenthG regelt, dass sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers zum Familiennachzug eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Dies bedeutet, dass nicht nur die in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU genannten Familienangehörigen das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben, wenn sie einen Unionsbürger begleiten, sondern auch sonstige Familienangehörige im Sinne von § [36](#) Abs. 2 S. 1 AufenthG.

Frau S. war in Deutschland mehr als ein Jahr erwerbstätig und genießt deshalb ein Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU. Die Antragsteller haben Frau S. begleitet. Entgegen der Auffassung des Antragstellers sind sie unter Berücksichtigung des grundgesetzlichen Gebotes des Schutzes der Familie in Art. [6](#) Grundgesetz jedenfalls als "sonstige Familienangehörige" im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU i.V.m. § [36](#) Abs. 2 S. 1 AufenthG anzusehen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind und die Eltern diese Pflicht in der Familie erfüllen, die vor allem Erziehungsgemeinschaft, aber auch Wirtschaftsgemeinschaft ist (BVerfG, Beschluss vom 10. November 1998 – [2 BvR 1057/91](#) –, Rn. 62, juris). Der Familienbegriff wird dabei weit ausgelegt.“

[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

## Familienangehörige

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 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](#)).

## Familienangehörige

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 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

## Familienangehörige

*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.“*

[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 berücksichtigte. 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

## Familienangehörige

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,- 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.“

[LSG NRW \(12. Senat\); Beschluss vom 23. Oktober 2017; L 12 AS 1849/17 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen für unverheiratete Eltern von zwei minderjährigen Kindern wegen analoger und fiktiver Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Die minderjährigen Kinder leiten einen materiell rechtmäßigen Aufenthalt als Familienangehörige (Enkel) von ihrem erwerbstätigen Großvater ab. Dann haben auch die Eltern dieser Enkelkinder ebenfalls einen rechtmäßigen Aufenthalt aufgrund fiktiver Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG i. V. m. § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG.

[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](#)

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.

## Familienangehörige

<a href="#">1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER</a>	<p>„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.“</p>
<a href="#">LSG NRW (19. Senat); Beschluss vom 1. August 2017 (L 19 AS 1131/17 B ER)</a>	<p>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 Leistungssauschluss nicht.</p> <p>„§ 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 - <a href="#">L 19 AS 1713/15 B ER</a>, vom 20.01.2016 - <a href="#">L 19 AS 1824/15 B ER</a> und vom 22.06.2016 - <a href="#">L 19 AS 924/16 B ER</a>; Urteil des Senats vom 01.06.2015 - <a href="#">L 19 AS 1923/14</a>; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.06.2016 - <a href="#">L 25 AS 1331/16 B ER</a>; Dienelt in: Bergmann/Dienelt, <a href="#">Ausländerrecht</a>, 11. Aufl., § 11 FreizügG/EU, Rn. 38f; a. A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2017 - <a href="#">L 31 AS 1000/17 B ER</a>; Kloesel/Christ/Häußer, <a href="#">Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht</a>, Stand Dezember 2013, § 11 FreizügG/EU Rn. 107).</p> <p>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.“</p>
<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (31. Senat); Beschluss vom 18. Juli 2017 (L 31 AS 1007/17 B ER)</a>	<p>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).</p>
<a href="#">LSG Baden-Württemberg (1. Senat); Beschluss vom 31. Mai 2017; L 1 AS 1815/17 ER-B</a>	<p>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.</p> <p>„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.“</p>

## Familienangehörige

--	--



Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

[BSG, Urteil vom 29.3.2022, B 4 AS 2/21 R](#)

Für Staatsangehörige der EFA-Staaten kann bei Ausschluss vom SGB II ein Anspruch auf Leistungen nach SGB XII bestehen, wenn sie über einen erlaubten Aufenthalt, z. B. für den Zweck der Arbeitsuche, verfügen.

„Das Urteil des LSG war aber aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuweisen, damit dieses den örtlich zuständigen Sozialhilfeträger beiladen und ggf zur Leistung verurteilen kann. Es besteht angesichts der Rechtsprechung des BSG zu § 23 SGB XII aF die Möglichkeit, dass der Sozialhilfeträger aufgrund Art 1 EFA leistungspflichtig ist. Wegen der fehlenden Beiladung und des dem Beizuladenden zu gewährenden rechtlichen Gehörs kann der Senat zum jetzigen Zeitpunkt nicht entscheiden, ob diese Rechtsprechung auf § 23 SGB XII in der hier maßgeblichen Fassung zu übertragen ist.“

[LSG Bayern, Beschluss v. 10.02.2022; L 7 AS 539/21 B ER](#)

Eine arbeitssuchende italienische Staatsangehörige kann trotz Leistungsausschluss nach dem SGBG II einen Leistungsanspruch auf Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII aufgrund des Europäischen Fürsorgeabkommens haben. Der Antrag auf Leistungen nach dem SGB II führt dazu, dass das zuständige Sozialamt Kenntnis von der Hilfebedürftigkeit hatte (§ 16 SGB I). Der Aufenthalt ist auch nach mehr als sechs Monaten materiell rechtmäßig, wenn die Person sich weiterhin um Arbeit bemüht und es nicht von vornherein aussichtslos ist, dass sie Arbeit finden wird. Aufgrund Art. 1 EFA ist der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende im SGB XII für Angehörige der EFA-Staaten (hier Italien) nicht anwendbar.

[SG Münster, Beschluss vom 12. Oktober 2020; S 20 SO 177/20 ER](#)

Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach SGB XII für eine spanische Staatsangehörige mit Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche aufgrund EFA.

„Nach summarischer Prüfung findet der Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII keine Anwendung, weil sich die Antragstellerinnen auf das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 1 EFA berufen können. (...) Die Antragstellerinnen haben glaubhaft gemacht, dass sie aktuell die Voraussetzungen des Gleichbehandlungsgebotes erfüllen. Spanien gehört zu den Unterzeichnerstaaten des EFA. Außerdem ist vom Vorliegen materieller Aufenthaltsrechte auszugehen. Bei der Antragstellerin zu 1 ergibt sich das Aufenthaltsrecht, wie ausgeführt, aus dem Zweck der Arbeitsuche (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU). Unter Zugrundelegung eines Aufenthaltsrechts der Antragstellerin zu 1 nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU hat die Antragstellerin zu 2 ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 6, § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU.“

[LSG Baden-Württemberg \(2. Senat\); Urteil vom 17. April 2019; L 2 SO 1477/18](#)

Anspruch auf Kostenübernahme einer Maßnahme in Werkstatt für Menschen mit Behinderung nach § 23 SGB XII (Eingliederungshilfe) für spanische Staatsangehörige aufgrund EFA. Das EFA setzt materiell rechtmäßigen Aufenthalt voraus. Dieser ist hier aufgrund eines fiktiven Aufenthaltsrechts nach § 36 AufenthG gegeben.

„Rechtsfolge des Art. 1 EFA ist also bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen, dass die Klägerin so zu stellen ist, als wäre sie deutsche Staatsangehörige (vgl. BSG, Urteil vom 3.12.2015 – [B 4 AS 59/13 R](#) – juris Rn. 21).

Die Klägerin kann sich jedoch auf ein Aufenthaltsrecht nach § 36 AufenthG berufen. Zwar ist grundsätzlich das FreizügG/EU ein abschließendes Spezialgesetz, das dem Aufenthaltsgesetz vorgeht (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). Das Aufenthaltsgesetz ist nur anwendbar, soweit das FreizügG/EU es für anwendbar erklärt (Dienelt in Bergmann/Dienelt **Ausländerrecht**, 12. Aufl., Vorbemerkung Rn. 35 und § 11 FreizügG/EU Rn. 3). Nach § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU ist auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben, unter anderem § 36 AufenthG - Nachzug der Eltern und sonstiger Familienangehöriger - anwendbar. Die Schwester der Klägerin, A. R., ist unzweifelhaft freizügigkeitsberechtigt, u.a. weil sie seit vielen Jahren in der Bundesrepublik lebt und über ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU verfügt sowie auch als Arbeitnehmerin nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Soweit die Voraussetzungen im Übrigen vorliegen, kann sie Familienangehörige nachziehen lassen. Nach § 36 Abs. 2 S. 1 AufenthG kann sonstigen Familienangehörigen eines **Ausländers** zum Familiennachzug eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Unter sonstige

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

*Familienangehörige sind nach dem AufenthG alle Mitglieder der Großfamilie außer den Ehegatten und den ledigen Kindern zu verstehen (Dienelt, aaO. § 36 AufenthG, Rn. 17), somit unterfällt auch die Klägerin als Schwester in der Seitenlinie dieser Norm.*

*Eine außergewöhnliche Härte in diesem Sinne setzt grundsätzlich voraus, dass der schutzbedürftige Familienangehörige ein eigenständiges Leben nicht führen kann, sondern auf die Gewährung familiärer Lebenshilfe dringend angewiesen ist, und dass diese Hilfe in zumutbarer Weise nur in Deutschland erbracht werden kann. Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung aller im Einzelfall relevanten, auf die Notwendigkeit der Herstellung oder Erhaltung der Familiengemeinschaft bezogenen konkreten Umstände beantwortet werden (BVerwG, Urteil vom 30.7.2013 – [1 C 15/12](#) –, [BVerwGE 147, 278-292](#), juris Rn. 12 m.w.N.). Hierbei sind wegen des Schutzes nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die familiären Bindungen des **Ausländers** an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, umfassend zu berücksichtigen (BVerwG aaO. juris Rn. 15). Die Klägerin kann auf Grund ihrer geistigen Behinderung kein eigenständiges Leben führen und ist auf Hilfe angewiesen. Sie hat bis zum Tod des letzten Elternteils immer im Familienverbund überwiegend im Bundesgebiet gelebt und war nur dem Wunsch der Eltern entsprechend 2008 mit ihnen nach Spanien gegangen, damit die Eltern sich dort weiterhin um sie kümmern konnten. Nach dem Tod des letzten Elternteils gibt es in Spanien keine verwandtschaftlichen Bindungen mehr, wo die Klägerin Aufnahme finden könnte. Beide Schwestern leben in Deutschland. Zudem kehrt sie in ihre Heimat, wo sie vom ersten Lebensjahr an 30 Jahre verbracht hat, zurück. Ausweislich des MDK Gutachtens vom 31.5.2017 besteht eine enge Bindung zur Schwester A. R., an die sich die Klägerin klammert und die ihre Bezugsperson ist. A. R. hingegen lebt mit ihrer Familie seit langem im Bundesgebiet. Sie und ihr Mann arbeiten hier, sodass eine enge Bindung zur Bundesrepublik besteht. Daraus folgt, dass die der Klägerin geleistete Lebenshilfe auch nur zumutbar im Bundesgebiet erbracht werden kann. Der Senat sieht hierdurch die Voraussetzungen für eine außergewöhnliche Härte als erfüllt an. Damit hält sich die Klägerin erlaubt im Bundesgebiet auf mit der Folge, dass sie hinsichtlich der Leistungen der Sozialhilfe wie eine Inländerin zu behandeln ist und die Ausschlussgründe in § 23 SGB XII nicht anwendbar sind. Auch auf die Erlangung von Krankenversicherungsschutz erst durch den Abschluss des Werkstattvertrages, den der Beklagte deshalb als "Vertrag zulasten Dritter ansieht" kommt es deshalb nicht an.“*

[LSG Berlin-Brandenburg \(15. Senat\); Beschluss vom 14. März 2019; L 15 SO 15/19 B ER](#)

*Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im Eilverfahren nach dem SGB XII für einen italienischen Staatsangehörigen aufgrund EFA auch ohne materielles Aufenthaltsrecht – entgegen der Rechtsauffassung des BSG. Selbst wenn keine Leistungen nach EFA zu erbringen sein sollte, wären Überbrückungsleistungen in voller Höhe und über einen Monat hinaus nach der Härtefallregelung zu erbringen. Die Härtefallregelung wäre aufgrund schwerer Erkrankungen (Psychosen, Suizidalität, Fehlhandlungen, sozialer Desintegration, Verwahrlosung und Hilflosigkeit) anwendbar. Überbrückungsleistungen müssten auch ohne gesonderten Antrag erbracht werden, da über sämtliche möglichen Leistungen zur Existenzsicherung zu entscheiden wäre.*

*Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass Unionsbürger, die - zugleich - Staatsangehörige eines Signatarstaats des EFA - wie hier Italien - und gemäß den §§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Sozialgesetzbuch/Zweites Buch (SGB II), 23 Abs. 3 Satz 1 Sozialgesetzbuch/Zwölftes Buch (SGB XII, idF ab 29. Dezember 2016), wegen der Art ihres materiellen Freizügigkeitsrechts oder des Fehlens eines materiellen Freizügigkeitsrechts von Leistungen zur Sicherung des laufenden Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende und der Sozialhilfe **ausgeschlossen** sind, aufgrund der Inländergleichstellung des EFA einen Anordnungsanspruch auf einstweilige Gewährung laufender Hilfe zum Lebensunterhalt aus der Sozialhilfe haben können (...) Das Bundessozialgericht (BSG) hat die Frage, wann ein Aufenthalt "erlaubt" ist im Sinn des Art. 1 EFA, zwar in mehreren Entscheidungen dahingehend beantwortet, dass ein materielles Aufenthaltsrecht notwendig ist, so zuletzt im Urteil vom 9. August 2018 (Az. [B 14 AS 32/17 R](#), juris Rn. 34) mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BSG. Dies widerspricht jedoch nach Auffassung des Senats der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) als für die Frage von Aufenthaltsrechten von **Ausländern** zuständigem obersten Bundesgericht. Nach dessen Rechtsprechung spricht bei Unionsbürgern eine Vermutung für ein Freizügigkeitsrecht, welche (erst dann) nicht greift, wenn gegen die Betroffenen eine bestandskräftige und weiterhin wirksame Ausweisungsverfügung ergangen ist, die mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot verknüpft ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.*

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

Dezember 2016, Az. [1 C 13.16](#), juris Rn. 20 = [BVerwGE 157, 34](#); so auch Urteile vom 16. Juli 2015, Az. [1 C 22/14](#), juris Rn. 12 = Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 4; sowie vom 11. Januar 2011, Az. [1 C 23/09](#), juris Rn. 12 = [BVerwGE 138, 353](#)).

*Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass das EFA für den Antragsteller nicht greift, wären ihm Leistungen gemäß § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII zu gewähren. Nach dieser Vorschrift werden Leistungsberechtigten nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII, soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von § 23 Abs. 1 SGB XII gewährt; 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. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Sozialgerichts, dass über Leistungen auf Grund der Härtefallregelung nicht zu befinden sei, weil es sich um einen anderen Streitgegenstand handeln würde. Der Antragsteller hat um Leistungen nachgesucht, die sein Existenzminimum betreffen. Unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsgrundsatzes ist daher über sämtliche Leistungen zu befinden, die das Existenzminimum sicherstellen sollen. Die Befassung mit den Härtefalleistungen scheitert auch nicht an einem fehlenden Antrag. Ein solcher ist nicht erforderlich, sondern es gilt auch hier der Kenntnisgrundsatz des § 18 SGB XII. Kenntnis von der Notlage, auch der Erkrankung des Antragstellers, hat der Antragsgegner bereits seit längerem, da er ihm ja auch bereits auf Grund des Beschlusses des 28. Senats des LSG Berlin-Brandenburg Leistungen zu gewähren hatte.*

*Auf Grund der Angaben der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. B vom S. Krankenhaus Berlin in dem vom Senat eingeholten Befundbericht vom 28. Februar 2019 wären, sofern nicht nach Auffassung des Senats bereits das EFA greifen würde, dem Antragsteller Leistungen auf Grund der Härtefallregelung zu gewähren, dann in dem in § 23 Abs. 3 Satz 5 SGB XII geregelten Umfang. Frau Dr. B hat ausgeführt, dass der Antragsteller gesundheitlich nicht in der Lage ist, Deutschland zu verlassen und sich nach Italien oder Tunesien zu begeben. Sofern er dies dennoch müsste, würden die Dekompensation der psychischen Grunderkrankung drohen mit Psychosen, Suizidalität, Fehlhandlungen, sozialer Desintegration, Verwahrlosung und Hilflosigkeit. Dies ist ausreichend, um eine Härte anzunehmen. Das Ermessen wäre auf Null reduziert. Insbesondere wenn wegen der Notwendigkeit von unaufschiebbaren Krankenbehandlungsmaßnahmen das Recht auf Leben (Gesundheit) und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz berührt ist, muss die Erbringung von entsprechenden Leistungen bei Mittellosigkeit gewährleistet sein; das Ermessen ist dann auf Null reduziert (BSG, Urteil vom 18. November 2014, Az. [B 8 SO 9/13 R](#), juris Rn. 28 = SozR 4-3500 § 25 Nr. 5, allerdings zu § 23 SGB XII in der vor dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung)*

[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.“*

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

[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 Ausländerinnen 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, 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.“

[LSG Baden-Württemberg \(7. Senat\); Beschluss vom 31. Juli 2017 \(L 7 SO 2557/17 ER-B\)](#)

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.

[LSG Berlin-Brandenburg \(15. Senat\); Beschluss vom 20. Juni 2017 \(L 15 SO 104/17 B ER\)](#)

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.

„Hinreichend wahrscheinlich ist ein Anspruch der Antragsteller auf Hilfe zum Lebensunterhalt aufgrund der Inländergleichstellung des

## Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

Art. 1 *Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA; s. hierzu bereits den Beschluss des Senats vom 14. März 2017 – [L 15 SO 321/16 B ER](#) –). 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.*

*Das EFA ist unmittelbar geltendes Bundesrecht (ausführlich BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 - [B 14 AS 23/10](#) -, 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 - [B 14 AS 15/15 R](#) -, Rn 29). Der Zugang zu Leistungen des SGB XII für Staatsangehörige von EFA-Signatarstaaten ist somit unter den Voraussetzungen des EFA ohne die für **Ausländer** geltenden **Ausschluss**statbestände des § 23 Abs. 3 SGB XII 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.“*

[Sozialgericht Düsseldorf \(29. Kammer\), Beschluss vom 26. Mai 2017; S 29 AS 1333/17 ER](#)

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.  
Der Leistungsausschluss des § 23 Abs. 3 SGB XII sind für Staatsangehörige der EFA-Staaten nicht anwendbar.

[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.](#)

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).

Europäisches Fürsorgeabkommen (Leistungen nach SGB XII)

**Senat, Beschluss**  
**vom 7. März 2017; L**  
**2 AS127/17 B ER**

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

[LSG Hessen, Urteil vom 15. September 2021; L 6 AS 316/17](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen für eine österreichische Staatsangehörige aufgrund des Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommens. Die Erfüllung eines materiellen Freizügigkeitsgrunds ist nicht Voraussetzung. Vielmehr ist die Tatsache, dass die ABH keine Verlustfeststellung getroffen hat, ausreichend, um sich auf den Gleichbehandlungsanspruch des DÖFA berufen zu können.

*„So verlangt dieser als weitere Anwendungsvoraussetzung – anders als Art. 1 EFA – jedenfalls seinem Wortlaut nach gar nicht, dass sich der Betroffene „erlaubt“ in der Bundesrepublik Deutschland aufhält. Der Senat kann offenlassen, ob – dennoch – auch für das Deutsch-Österreichische Fürsorgeabkommen von einem – dann ungeschriebenen – Tatbestandsmerkmal des rechtmäßigen Aufenthalts im Inland auszugehen ist. Jedenfalls wäre ein derartiges ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eng auszulegen und daher davon auszugehen, dass bei einer Unionsbürgerin die nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU bestehende Vermutung eines rechtmäßigen Aufenthalts ausreicht, um auch im Sinne des Abkommens von einem „erlaubten Aufenthalt“ auszugehen; die sogenannte Freizügigkeitsvermutung vermittelt bis zur – im Falle der Klägerin nicht erfolgten – Feststellung ihres Nichtbestehens nach § 5 Abs. 4 FreizügigG/EU einen als rechtmäßig geltenden Aufenthalt (vgl. Dienelt, in: Bergmann/ders., Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 7 FreizügigG/EU Rn. 9). Eine weitergehende Einschränkung der durch das Abkommen eingeräumten Rechtsposition auf Personen, die sich mit einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung im Inland aufhalten, (nur) aufgrund eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals kommt nach Auffassung des Senats nicht in Betracht.“*

SG Köln, Beschluss vom 18. Dezember 2020 (S 30 AS 4100/20 ER)

**Leitsatz Dr. Manfred Hammel**

Zur Bejahung der Einschränkung der Anspruchsausschlussgründe gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II im Fall einer im Bundesgebiet lebenden österreichischen erwerbsfähigen Leistungsberechtigten (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II) aufgrund des aus Art. 2 Abs. 1 des „Deutsch-Österreichischen Abkommens für Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege (DÖFA)“ vom 17.01.1966 hervorgehenden Gleichbehandlungsgebots.

Das DÖFA wirkt als unmittelbares Bundesrecht.

Ein Vorsatz zur Inanspruchnahme von Leistungen der öffentlichen Fürsorge im Bundesgebiet liegt nicht vor, wenn unmittelbar nach der Einreise einer nichtdeutschen Person von ihr hier eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt wurde, und bedingt durch die Auswirkungen der Corona-Pandemie sich die weitere Arbeitsuche sehr schwierig darstellte.

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Urteil vom 8. Juni 2020; L 18 AS 1641/19](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für österreichischen Staatsangehörigen, der als wohnsitzloser und erwerbsloser Mann in Berlin lebt, aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 2 Abs. 1 des [Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommens \(DÖFA\)](#). Der Leistungsausschluss ist daher nicht anwendbar. Ein materiell rechtmäßiger Aufenthalt ist hierfür nicht erforderlich.

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Urteil vom 11.](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für österreichischen Staatsangehörigen, der als wohnsitzloser und erwerbsloser Mann in Berlin lebt, aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 2 Abs. 1 des [Deutsch-Österreichischen Fürsorgeabkommens \(DÖFA\)](#). Der Leistungsausschluss ist daher nicht anwendbar. Ein materiell rechtmäßiger Aufenthalt ist hierfür nicht erforderlich.

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

[Mai 2020: L 18 AS 1812/19](#)

[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; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

<a href="#">LSG Hessen, Beschluss v. 13.06.2022 - L 6 AS 196/22 B ER</a>	Kein Leistungsausschluss nach fünfjährigem Aufenthalt, wenn zwar eine Verlustfeststellung von der ABH getroffen wurde, diese aber noch nicht bestandskräftig ist (weil die Klage dagegen vor dem VG läuft) und auch nicht die sofortige Vollziehung angeordnet wurde. (mit sehr ausführlicher Begründung, verfassungsrechtlichen Argumenten)
<a href="#">LSG NRW, Beschluss v. 19.04.2022 - L 7 AS 1746/21 B ER</a>	Für den SGB-II-Anspruch nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt ist keine durchgehende Meldebescheinigung erforderlich, wenn der tatsächliche Aufenthalt anderweitig glaubhaft gemacht werden kann (hier durch Zeug*innenaussagen).
<a href="#">LSG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 7. Februar 2022, L 18 AS 12/22 B ER</a>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 bis 4 SGB 2 erhalten Ausländer auch ohne Aufenthaltsrecht und ohne finanzielle Absicherung ihrer Existenz nach Ablauf von fünf Jahren Aufenthalt in der BRD Leistungen der Grundsicherung, weil in einem solchen Fall von einer Verfestigung des Aufenthalts ausgegangen werden kann.<a href="#">(Rn.7)</a></li><li>2. Die Fünfjahresfrist beginnt nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB 2 mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob einem Wohnungs- bzw. Obdachlosen eine Meldepflicht nicht obliegt und ihm daher das Erfüllen der Rückausnahme i. S. des § 7 Abs. 1 S. 2, S. 4 bis 6 SGB 2 bei fehlender Anmeldung nicht möglich ist, ist bisher nicht erfolgt.<a href="#">(Rn.9)</a></li><li>3. Die hiernach im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotene Folgenabwägung führt wegen der Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums zur Gewährung von Leistungen der Grundsicherung bei beantragtem einstweiligem Rechtsschutz</li></ol>
<a href="#">LSG NRW, Beschluss v. 08.12.2021; L 12 AS 1644/21 B ER</a>	Keine durchgehende Wohnsitzanmeldung von fünf Jahren für den Leistungsanspruch erforderlich. Erforderlich ist lediglich ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet, der auch anderweitig glaubhaft gemacht werden kann (Zeug*innenaussagen, eidesstattliche Versicherung,
<a href="#">LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25. November 2021; L 8 SO 207/21 B ER</a>	Anspruch auf SGB II-Leistungen wegen fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt: Ein gewöhnlicher Aufenthalt kann auch in einer Einrichtung (wie z.B. einer JVA) begründet werden (vgl. BVerwG v. 08.12.2006 - <a href="#">5 B 65/06</a> . Zeiten der Verbüßung einer Freiheitsstrafe sind bei der Fünfjahresfrist iSd § 7 Abs. 1 Satz 4 Hs. 1 SGB II grundsätzlich zu berücksichtigen und führen nicht zu einem Neubeginn dieser Frist.
	Anmerkung: Mit dieser Entscheidung widerspricht das LSG ausdrücklich der Rechtsauffassung der BA, die Haftzeiten als nicht anrechenbar sieht für den SGB-II-Anspruch nach fünf Jahren gewöhnlichen Aufenthalts (vgl.: <a href="#">BA, Fachliche Weisung zu § 7 SGB II</a> , Randnummer 7.35a). Für die Rechtsauffassung der BA gibt es keine nachvollziehbare Grundlage; vermutlich verwechselt sie es mit der Tatsache, dass Haftzeiten nach der EuGH-Rechtsprechung für das Erreichen des Daueraufenthaltsrechts nicht anrechenbar sind. Dies ist aber eine andere Konstellation.
<a href="#">Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. Oktober 2021, L 19 AS 929/21 B ER</a>	<p>§ 7 Abs 1 S 4 und 5 SGB II setzten nicht voraus, dass der Betreffende fünf Jahre ununterbrochen nach dem Bundesmeldegesetz im Bundesgebiet gemeldet ist. Erforderlich ist lediglich ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet seit (erster) Anmeldung.</p> <p><i>„Zu einer zwischenzeitlichen Abmeldung kann es etwa kommen, wenn der zuvor Meldepflichtige sich aufgrund besonderer persönlicher Beziehungen bei einem Wohnungsinhaber in dessen Wohnung eine vorübergehende Zeit aufhält, ohne hierfür ein Entgelt zu entrichten; eine allgemein anerkannte zeitliche Beschränkung des Besuchsrechts existiert nicht. Ein solcher Besuch löst</i></p>

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

*keine Anmeldepflicht aus. Es liegt auf der Hand, dass bei einer späteren Neuanmeldung auf die älteste Anmeldung abzustellen ist. Nachdem die Frist einmal dokumentiert zu laufen begonnen hat, kommt es allein darauf an, dass die Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen ihren gewöhnlichen Aufenthalt fünf Jahre im Bundesgebiet hatten.“*

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 20. Oktober 2021 (L 8 SO 158/21 B ER)

**Leitsätze von Dr. Manfred Hammel ([Tacheles Rechtsprechungsticker](#)):**

Eine fortlaufend aufrechterhaltene einwohnerrechtliche Meldung stellt keine Voraussetzung für die Bejahung einer fünfjährigen Aufenthaltsverfestigung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II dar, sondern hier reicht ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt (gA) im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II in Verbindung mit § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB II nach erstmaliger ordnungsbehördlicher Anmeldung im Inland aus.

Für die Beurteilung, in welchem Zeitraum ein gA bestanden hat, ist nicht auf die Rechtmäßigkeit dieses Aufenthalts abzustellen.

Ein Unionsbürger darf erst dann als ausreisepflichtig aufgefasst werden, wenn die Ordnungsbehörde festgestellt hat, dass diese Person ein Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr geltend machen kann (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Bis zum Erlass einer solchen Verfügung besteht aufgrund der generellen Freizügigkeitsvermutung ein Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet.

Die Ausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4, 1. Halbsatz SGB II von den Leistungsausschlüssen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II kann dann zur Anwendung gelangen, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts entsprechend § 2 Abs. 1 FreizügG/EU zwar festgestellt, vom Betroffenen hiergegen aber mit aufschiebender Wirkung Widerspruch erhoben wurde.

[LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13. September 2021; L 2 AS 446/21 B ER](#)

Ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet iS von § 7 Abs 1 S 4 SGB II setzt nicht zwingend eine durchgehende Meldung bei einer Meldebehörde während des gesamten Zeitraums voraus. Die Anmeldung ist gemäß § 7 Abs 1 S 5 SGB II lediglich Voraussetzung des Fristbeginns.

LSG NRW, Beschluss vom 26. Juli 2021; L 7 AS 715/21 B ER

Anspruch auf Leistungen nach SGB II im Eilverfahren obwohl seit vier Jahren keine Wohnsitzanmeldung mehr vorliegt, wenn der gewöhnliche Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechungen anderweitig glaubhaft gemacht werden kann.

[LSG NRW, Beschluss vom 5. Mai 2021; L 9 SO 56/21 B ER](#)

Anspruch auf reguläre SGB-XII-Leistungen nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt auch ohne Wohnsitzanmeldung

In dem Fall hatte ein rumänischer Staatsangehöriger seit dem Jahr 2009 durchgehend obdachlos auf der Straße bzw. in Notübernachtungsstellen gelebt. Eine Wohnsitzanmeldung hatte er zu keinem Zeitpunkt, allerdings Bestätigungen von Notschlafstellen, des Straßenmagazins und von Streetworker\*innen, dass er sich ohne wesentliche Unterbrechung in Deutschland aufgehalten habe. Ein Antrag auf Grundsicherung im Alter wurde vom Sozialamt mit Verweis auf die fehlende (erstmalige) Wohnsitzanmeldung abgelehnt. Das LSG NRW hat das Sozialamt verpflichtet, vorläufig GruSi in voller Höhe zu erbringen. Dazu hat es folgendes festgestellt:

- Er hat Anspruch auf reguläre Leistungen aufgrund der Rückausnahme des § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII (im SGB II gibt es eine entsprechende Rückausnahme in § 7 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB II), nach der die ausländerrechtlichen Leistungsausschlüsse nach einem fünfjährigen „gewöhnlichen“ Aufenthalt nicht mehr greifen.
- Entgegen dem Gesetzeswortlaut darf für den Beginn der Fünfjahresfrist nicht zwingend eine (erstmalige oder durchgehende) Wohnsitzanmeldung vorausgesetzt werden, wenn der Aufenthalt anderweitig nachgewiesen oder glaubhaft gemacht werden kann.

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

- Die Wohnsitzanmeldung darf leistungsrechtlich insbesondere dann nicht vorausgesetzt werden, wenn aufgrund von Obdachlosigkeit gar keine Pflicht und noch nicht einmal die Möglichkeit einer Wohnsitzanmeldung besteht.
- Eine hilfreiche Darstellung der äußerst widersprüchlichen Rechtsprechung zur Bedeutung der Wohnsitzanmeldung für die Rückausnahme nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt hat der Kollege Bernd Eckhardt in seiner Veröffentlichung [„Sozialrecht Justament“](#) (März 2021) zusammengestellt (ab S. 7)

[SG Hamburg, Beschluss vom 19. März 2021; S 62 AS 732/21 ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen aufgrund der Rückausnahme, obwohl die ABH eine Verlustfeststellung getroffen hat, die noch nicht bestandskräftig ist, weil noch ein Widerspruchs- bzw. Klageverfahren läuft.

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Urteil vom 8. Juni 2020; L 18 AS 1641/19](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt. Der Zeitraum beginnt mit erstmaliger Wohnsitzanmeldung. Eine durchgehende Wohnsitzanmeldung ist nicht erforderlich.

*„Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung es der Vereinheitlichung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zuwiderliefe, wenn dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus – hier das Erfordernis einer ununterbrochenen melderechtlichen Anmeldung – aufgestellt würde und damit einzelnen Personen-gruppen – wie etwa Obdachlosen – der Zugang zu existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts versperrt würde (vgl. BSG, a.a.O. Rn. 19).“*

[LSG Berlin-Brandenburg \(18. Senat\); Urteil vom 11. Mai 2020; L 18 AS 1812/19](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt. Der Zeitraum beginnt mit erstmaliger Wohnsitzanmeldung. Eine durchgehende Wohnsitzanmeldung ist nicht erforderlich.

*„Der Kläger hatte zur Überzeugung des Senats (jedenfalls) seit seiner erstmaligen Anmeldung in B im Mai 2003 – mithin mehr als ein Jahrzehnt vor der gegenständlichen Antragstellung beim Beklagten – seinen gewöhnlichen und nicht nur vorübergehenden Aufenthalt im Inland begründet. Dies schließt der Senat – wie bereits das SG – aus der Vielzahl an glaubwürdigen Bescheinigungen und schriftlicher Erklärungen mit ihm bekannter Personen sowie insbesondere auch belegten Krankenhaus-aufenthalten (zB 2006), dem zwischenzeitlichen Bezug von Sozialleistungen (für 2007) und schließlich der Ausstellung des Reisepasses durch die Österreichische Botschaft in B im März 2015, woraus sich für den Senat als Gesamtbild zweifellos ergibt, dass sich der Kläger seither ununterbrochen und überwiegend wohnungslos in B aufhielt. Angesichts der in jener Zeit durchgehend bestehenden Mittellosigkeit ist insbesondere ein Verlassen des Inlands ins Ausland auch nicht plausibel. Hierfür bestehen schließlich keinerlei konkrete Anhaltspunkte, so dass sich der Senat zu weiteren Ermittlungen insofern ins Blaue hinein nicht gedrängt sah (vgl. § 103 SGG). (...)*

*Mithin ist eine durchgehende Anmeldung keine Voraussetzung für die Begründung einer mindestens fünfjährigen Aufenthaltsverfestigung, sondern nur das Vorliegen eines entsprechenden mindestens fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts nach erstmaliger Anmeldung im Inland.“*

[LSG Baden-Württemberg \(7. Senat\); Beschluss vom 8. Mai 2020; L 7 AS 1070/20 ER-B](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt, der mit Wohnsitzanmeldungen nachgewiesen worden ist. Ein materielles Freizügigkeitsrecht oder ein Daueraufenthaltsrecht muss hierfür nicht vorliegen.

*„Den von dem Antragsgegner vorgelegten Verwaltungsakten entnimmt der Senat, dass der Antragsteller zum 1. November 2013 aus Bulgarien kommend in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, in der Zeit vom 1. November 2013 bis zum 31. Juli 2014 in der Wohnung K.gasse in G. gewohnt hat und seit 1. August 2014 die Wohnung E.straße in G. (Mietvertrag vom 9. Juli 2014) bewohnt sowie sich jeweils bei der zuständigen Meldebehörde ordnungsgemäß gemeldet hat (Meldebescheinigung der Stadt G. vom 7.*

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

November 2018). Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland seit 1. November 2013 unterbrochen hat oder seinen melderechtlichen Pflichten nicht nachgekommen ist, sind nicht ersichtlich. Ebenso liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die **Ausländerbehörde** den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt hat. So hat der Antragssteller unter dem 22. Januar 2019 ausdrücklich erklärt, dass ihm "die Freizügigkeit von der **Ausländerbehörde**" nicht entzogen worden sei. Die **Ausländerbehörde** der Stadt G. hat unter dem 13. Januar 2020 mitgeteilt, dass sie ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU geprüft und verneint habe. Darüber, dass sie nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU durch Bescheid festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht mit der Folge, dass der Antragsteller ausreisepflichtig wäre, hat sie nicht berichtet. Offensichtlich hat der Antragsgegner den Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II nicht geprüft und sich allein auf die Prüfung eines Daueraufenthaltsrechts i.S.d. § 4a FreizügG/EU beschränkt.“

[LSG Schleswig-Holstein \(6. Senat\); Beschluss vom 9. Dezember 2019; L 6 AS 152/19 B ER, L 6 AS 160/19 B PKH](#)

Anspruch auf SGB II nach fünfjährigem Aufenthalt für EU-Bürger, der nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche bzw. über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügt. Die Wohnsitzanmeldung muss nicht durchgehend bestehen. Erstmalige Wohnsitzanmeldung genügt, anschließende Zeiten können auch auf andere geeignete Weise glaubhaft gemacht werden (Aufenthalt in Wohnungsloseneinrichtungen, stationäre Krankenhausaufenthalte, Nachweise über regelmäßige Auszahlungen durch den gesetzlichen Betreuer.)

„Dass der Antragsteller seit diesem Zeitpunkt bis heute nicht durchgehend melderechtskonform gemeldet war, ist vorliegend unbeachtlich, da der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechungen in der Bundesrepublik bis heute hinreichend glaubhaft hat. Zwar geht der Senat weiterhin davon aus, dass für das Vorliegen der tatbestandlich eng gehaltenen Rückausnahme des § 7 Abs. 1 Sätze 4 und 5 SGB II eine fortwährende und überdies melderechtskonforme Anmeldung bei der zuständigen Behörde grundsätzlich das geeignete Mittel der Glaubhaftmachung bzw. in einem Klageverfahren des Nachweises ist (vgl. Beschluss des Senats vom 4. Mai 2018 – [L 6 AS 59/18 B ER](#) – juris Rn. 27). Dies aber als einzig geeignetes Mittel zur Glaubhaftmachung bzw. zum Nachweis des Vorliegens der Rückausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II anzusehen, ginge zu weit (siehe auch LSG Hamburg, Beschluss vom 20. Juni 2019 – [L 4 AS 34/19 B ER](#) – juris Rn. 5; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. Juni 2017 – [L 15 SO 112/17 B ER](#) – juris Rn. 25; LSG NRW, Beschluss vom 23. April 2018 – juris Rn. 21; a.A. LSG Hessen, Beschluss vom 16. Oktober 2019 – [L 7 AS 343/19 B ER](#)). Dies ist weder dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 Satz 4 und 5 SGB II, der lediglich für den Fristbeginn auf eine Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde abstellt, noch der Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 18/10211, S. 13 ff.](#)) oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu entnehmen. In der Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 18/10211, S. 15](#)) heißt es wie folgt, dass ausländische Personen, "die sich auf die Rückausnahme vom Leistungsausschluss berufen und einen mindestens fünfjährigen Aufenthalt in Deutschland behaupten, hierfür im Zweifelsfall Beweismittel zu bezeichnen und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers geeignete Nachweise zu erbringen (haben) (vgl. § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Sozialgesetzbuch Erstes Buch – SGB I)". Eine durchgehende melderechtskonforme Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde ist dem nicht zu entnehmen, vielmehr wird auf § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB I abgestellt. Sinn und Zweck der Rückausnahme ist es, ausländischen erwerbsfähigen Personen, deren Aufenthalt sich auch ohne materielles Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrechts (allein) aufgrund ihres mindestens fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland so verfestigt hat, Leistungen nach dem SGB II zu kommen zu lassen ([BT-Drs. 18/10211, S. 14](#)). Mithin ist der durchgehende mindestens fünfjährige Aufenthalt nach erstmaliger Meldung bei der zuständigen Meldebehörde nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen. Hierzu ist auf die allgemeinen Mittel der Beweisführung bzw. Glaubhaftmachung zurückzugreifen. Gelingt es dem Leistungsberechtigten nach der ersten Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet fortwährend nachzuweisen bzw. im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen, ist der Tatbestand auch ohne durchgehende Meldung bei der zuständigen Behörde erfüllt.“

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

[SG Mainz, Urt. v. 30.07.2019 - S 14 AS 260/19](#)

Gewährung von ALG II auch an unter fünfjährige Kinder, denn der Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II ist dahingehend zu reduzieren, dass leibliche Kinder eines Ausländers, der diese Norm erfüllt, die in Deutschland geboren sind und aufwachsen und das fünfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, nur für ihre Lebensdauer ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben müssen.

Es war eine teleologische Reduktion dahingehend vorzunehmen, dass die Fünfjahresfrist in § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II nicht auf Familienangehörige zu beziehen ist, die als leibliche Kinder in Deutschland geboren wurden und hier aufwachsen.

(Leitsätze von Detlef Brock, Redakteur von Tacheles)

[LSG Hamburg \(4. Senat\), Beschluss vom 20. Juni 2019; L 4 AS 34/19 B ER](#)

Für den Anspruch auf SGB II-Leistungen nach fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt reicht erstmalige Wohnsitzanmeldung aus. Eine durchgehende Wohnsitzanmeldung ist nicht erforderlich, wenn gewöhnlicher Aufenthalt anderweitig glaubhaft gemacht werden kann.

„Es wirkt sich auch nicht zu Lasten der Antragstellerin aus, dass sie seit dem 13. Januar 2014 nicht durchgehend in H. oder Z. – oder in einem anderen Ort im Bundesgebiet – gemeldet war. Zwar kommt der Meldung nach dem Willen des Gesetzgebers konstituierende Wirkung für die Rückausnahme des § 7 Abs. 1 S. 4 SGB II zu: Mit ihr, so heißt es in der Gesetzesbegründung, dokumentiere der Betroffene seine Verbindung zu Deutschland, die Voraussetzung für eine Aufenthaltsverfestigung sei ([BT-Drucks. 18/10211, S. 14](#); ferner LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 4.5.2018 – [L 6 AS 59/18 B ER](#), juris Rn. 27). Es ginge aber zu weit, für das Vorliegen der Rückausnahme nach § 7 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB II nicht nur eine einmal erfolgte Anmeldung bei der (damals) zuständigen Meldebehörde – und im Übrigen die Glaubhaftmachung (bzw. in einem Klageverfahren den Nachweis) eines fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts im Bundesgebiet ohne wesentliche Unterbrechungen – genügen zu lassen, sondern fortwährende und überdies melderechtskonforme Anmeldungen während der gesamten Dauer der Fünfjahresfrist zu verlangen (so aber wohl LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 4.5.2018 – [L 6 AS 59/18 B ER](#), juris Rn. 27; offenlassend LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 7.2.2019 – [L 2 AS 860/18 B ER](#), juris Rn. 48ff.; wie hier LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6.6.2017 – [L 15 SO 112/17 B ER](#), juris Rn. 25, und LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23.4.2018 – [L 7 AS 2162/17 B ER](#), juris Rn. 21). Der Senat kann weder dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB II noch der Gesetzesbegründung (vgl. nochmals [BT-Drucks. 18/10211, S. 13ff.](#)) entnehmen, dass für die Rückausnahme vom Leistungsausschluss eine durchgehende melderechtliche Erfassung des Begünstigten zu verlangen ist. Vielmehr spricht der Gesetzgeber selbst davon, dass ausländische Personen, "die sich (.) auf die Rückausnahme vom Leistungsausschluss (.) berufen und einen mindestens fünfjährigen Aufenthalt in Deutschland behaupten, ( ) hierfür im Zweifelsfall Beweismittel zu bezeichnen und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers geeignete Nachweise zu erbringen (haben)" ([BT-Drucks. 18/10211, S. 15](#)). Er spricht nicht davon, dass eine (melderechtskonforme) Meldung bei den zuständigen Meldebehörden unverzichtbar und in jedem Fall beizubringen ist bzw. dass es auf den Beweis eines mehr als fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts durch andere Beweismittel als eine Anmeldung überhaupt nur dann ankommt, wenn jedenfalls eine durchgehende Meldung vorliegt und sich unabhängig von ihr Zweifel an der Dauer des gewöhnlichen Aufenthalts ergeben. Der Senat geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass nach der ersten Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde spätere Umzüge in Deutschland auch ohne Ummeldung unschädlich sind, solange und soweit nachgewiesen – bzw. im Eilverfahren: glaubhaft gemacht – wird, dass der gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet fortbestand. Diese Voraussetzung hat die Antragstellerin erfüllt. Es begegnet mithin keinen Bedenken, dass das Sozialgericht ihr Leistungen ab dem 13. Januar 2019 zugesprochen hat.

(...)

So ist nicht **ausgeschlossen**, dass die Antragstellerin ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU erworben hat aufgrund ihrer mutmaßlich rechtmäßigen Aufenthalte in H. von 2007 bis 2013 (Meldungen liegen vor für die Zeit vom 19. November 2007 bis zum 23. Februar 2012 und vom 3. August 2012 bis zum 30. April 2013). Rechtmäßig könnte ihr Aufenthalt allein deswegen gewesen sein,

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

	<p>weil ihre Tochter in dieser Zeit in H. zur Schule ging, während die Unterbrechung ihres Aufenthalts (24. Februar 2012 bis 2. August 2012) allein nach § 4a Abs. 6 Nr. 1 FreizügG/EU unbeachtlich sein könnte. Dieses Daueraufenthaltsrecht hätte die Antragstellerin auch nicht durch ihren anschließenden Aufenthalt in Ö. (Mai 2013 bis Januar 2014) wieder verloren (vgl. § 4a Abs. 7 FreizügG/EU).“</p>
<p><a href="#">LSG Niedersachsen-Bremen (8.Senat); Beschluss vom 28. Mai 2019; L 8 SO 109/19 B ER</a></p>	<p>Anspruch auf Leistungen nach SGB II wegen fünfjährigem gewöhnlichen Aufenthalt auch dann, wenn die ABH den Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat, dagegen aber Widerspruch eingelegt wurde und dieser eine aufschiebende Wirkung hat.</p> <p>Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, nach der die Ausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II von den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreifen kann, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG festgestellt wurde, aber gegen die Feststellung Widerspruch erhoben worden ist und der Widerspruch aufschiebende Wirkung hat. Der Verlustfeststellung kommt insoweit keine Tatbestandswirkung zu (Senatsbeschluss vom 6. November 2017 - <a href="#">L 8 SO 262/17 B ER</a> - juris Rn. 29 f.; Hess. LSG, Beschluss vom 10. Juli 2018 - <a href="#">L 9 AS 142/18 B ER</a> - juris Rn. 12; Sächs. LSG, Beschluss vom 20. März 2018 - <a href="#">L 3 AS 73/18 B ER</a> - juris Rn. 39 ff.; Siefert in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 Rn. 83 m.w.N.; a.A.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19. März 2018 - <a href="#">L 19 AS 133/18 B ER</a>, <a href="#">L 19 AS 134/18 B</a> - juris Rn. 9; LSG Hamburg, Beschluss vom 28. September 2017 - <a href="#">L 4 SO 55/17 B ER</a> - juris Rn. 6; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017 - <a href="#">L 15 AS 62/17 B ER</a> - juris Rn. 11 f. und vom 25. November 2016 - <a href="#">L 11 AS 567/16 B ER</a> - juris Rn. 17). Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) der Verlustfeststellung des Migrationsamts liegt nach Aktenlage nicht vor.</p>
<p><a href="#">LSG Sachsen-Anhalt; Beschluss vom 15. Mai 2019; L 2 AS 125/19 B ER und L 2 AS 126/19 B</a></p>	<p>Anspruch auf Leistungen nach § 7 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB II (Leistungen nach fünf Jahren gewöhnlichem Aufenthalt) gegenüber dem Jobcenter, auch wenn kein materielles Freizügigkeitsrecht vorliegt, solange noch keine Verlustfeststellung erfolgt ist. Beginn der Fünfjahresfrist ist das Datum der behördlichen Anmeldung.</p> <p><i>„Aus dem Wortlaut der Norm ist nicht ersichtlich, dass es für die Rückausnahme vom Leistungsausschluss für <b>Ausländerinnen</b> und <b>Ausländer</b> ohne Aufenthaltsrecht, mit Aufenthaltsrecht allein zum Zwecke der Arbeitsuche oder mit Aufenthaltsrecht allein oder neben Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und ihren Familienangehörigen auf die materielle Freizügigkeitsberechtigung ankommt, was der Senat schon mit Beschluss vom 4. Februar 2019 im Verfahren</i></p> <p><i>L 2 AS 23/19 B ER entschieden hat. Die Rückausnahme vom Leistungsausschluss soll grundsätzlich (Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1) für <b>Ausländerinnen</b> und <b>Ausländer</b> und ihre Familienangehörigen im Sinne des Absatz 2 Satz greifen, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Einschränkungen dieses Grundsatzes greifen bei festgestelltem Verlust des Freizügigkeitsrechts (Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2) hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Rückausnahmeregelung sowie bei bestehender oder bestandener Ausreisepflicht (Abs. 1 Satz 6) hinsichtlich der Berechnung des Fünf-Jahres-Zeitraums. Weitere Beschränkungen der Rückausnahme vom Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sind in § 7 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB II nicht beschrieben.“</i></p>
<p><a href="#">LSG Hessen; Beschluss vom 10. Juli 2018; L 9 AS 142/18 B ER</a></p>	<p>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.</p>
<p><a href="#">LSG NRW (7. Senat); Beschluss vom 2. Juli 2018; L 7 AS 633/18 B ER</a></p>	<p>Zur Glaubhaftmachung des fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts bei Bestehen von Wohnsitzanmeldungen</p> <p><i>„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</i></p>

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

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 **Ausländern** 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 Sprachkurszeugnisse vorlegen.“

[SG Duisburg; Beschluss vom 13. März 2018; S 49 AS 472/18](#)

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.

[LSG Sachsen \(3. Senat\); Beschluss vom 20. März 2018; L 3 AS 73/18 B ER](#)

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.

„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 ([BT-Drs. 16/5065, S. 211](#)) oder wenn gegen den Verlustfeststellungsbescheid der **Ausländer**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.“

[LSG Niedersachsen-Bremen \(8. Senat\); Beschluss vom 6. November 2017; L 8 SO 262/17 B ER](#)

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 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-**Ausländer**recht, 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.**

## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

**§ 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 **Ausländerbehörde** 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 **Ausländerbehörde** 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 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



## Anspruch nach Fünfjahreszeitraum (§ 7 Abs. 1 S. 4ff SGB II; § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII)

*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

<p><a href="#">LSG Baden-Württemberg;</a> <a href="#">Beschluss vom 9. Februar 2021, L 9 AS 218/21 ER-B</a></p>	<p>Anspruch auf Leistungen nach SGB II für drittstaatsangehörige Ehefrau eines Unionsbürgers mit Daueraufenthaltsrecht, auch wenn der Unionsbürger im Gefängnis inhaftiert ist. Das Aufenthaltsrecht der Ehefrau begründet sich auf ihrem Status als Familienangehörige eines daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürgers. Damit hat sie einen eigenständigen SGB-II-Anspruch auch wenn der Unionsbürger selbst aufgrund der Strafhaft ausgeschlossen ist. Die Strafhaft führt nicht zu einer Aufhebung der Bedarfsgemeinschaft. Mehr unter: <a href="https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/lsg-keine-beendigung-bedarfsgemeinschaft-durch-haft">https://www.wolterskluwer.com/de-de/expert-insights/lsg-keine-beendigung-bedarfsgemeinschaft-durch-haft</a></p>
<p><a href="#">Sozialgericht Augsburg (8. Kammer), Beschluss vom 21. März 2017, S 8 AS 288/17 ER</a></p>	<p>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.</p>

# Überbrückungsleistungen

<a href="#">SG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2021; S 22 SO 155/21</a>	Anspruch auf Überbrückungsleistungen ohne zeitliche Obergrenze bis zur bestandskräftigen Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit. Erklärung eines Ausreisewillens ist keine Voraussetzung.
<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (14. Senat), Beschluss vom 8. Dezember 2020; L 14 AS 1531/20 B ER</a>	<p>Anspruch auf Überbrückungsleistungen für Antragstellerin mit Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche in Höhe von 191 Euro ohne Befristung auf einen Monat.</p> <p>„Allerdings stellen sich die Fragen, ob § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) nicht ausreisepflichtige Unionsbürger – wie die Antragsteller – ohne über den Zweck der Arbeitsuche hinausreichendes Aufenthaltsrecht in verfassungskonformer Weise von Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII ausschließt bzw. ob solche Unionsbürger (Überbrückungs-)Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach § 23 Abs. 3 S. 6 Halbs. 2 SGB XII (in der ab dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung) in Anspruch nehmen können, nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts als schwierig und ungeklärt dar (BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 2020 – <a href="#">1 BvR 1246/19</a> –, juris, mit Nachweisen zum Meinungsstand). Der Senat hält daher eine Folgenabwägung für erforderlich.</p> <p>2. Die Folgenabwägung fällt zugunsten der Antragsteller aus. Denn die streitigen Leistungen der Sicherung des Existenzminimums betreffen in Gestalt der Menschenwürde i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz [GG]) ein absolut wirkendes Grund- und zugleich Menschenrecht, welches unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Aufenthaltsstatus eines Menschen über den Erhalt der physischen Existenz auf ein Mindestmaß an Teilhabe am Leben in der Gesellschaft gerichtet ist (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – <a href="#">1 BvL 10/10</a> u.a. –, juris). Niemand hat sich deshalb dafür zu rechtfertigen, dass er das ihm von Gesetzes wegen zustehende Existenzminimum "wirklich" benötigt (Landessozialgericht [LSG] Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. September 2020 – <a href="#">L 15 SO 124/20 B ER</a> –, juris, m.w.N.).“</p>
<a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (14. Senat), Beschluss vom 25. September 2020; L 15 SO 124/20 B ER</a>	Anspruch auf Überbrückungsleistungen ohne Befristung auf einen Monat in Höhe von 191 Euro monatlich mit Verweis auf <a href="#">LSG Berlin-Brandenburg; Urteil vom 11.07.2019; L 15 SO 181/18</a> .
<a href="#">LSG Hessen, Urteil vom 1. Juli 2020; L 4 SO 120/18</a>	<p>Im Kern kommt das LSG Hessen darin zu dem Ergebnis, dass <b>stets und zu jeder Zeit während eines tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland das gesamte Existenzminimum sichergestellt werden muss, die Begrenzung auf einen Monat also unzulässig ist. Auch die Beschränkung auf gekürzte Leistungen (Streichung des gesamten soziokulturellen Bedarfs!) ist demnach verfassungsrechtlich unzulässig.</b> Allerdings sollen nach dem Urteil die soziokulturellen Bedarfe (also für Fahrtkosten, Telekommunikation, Freizeit, Unterhaltung, Kultur, Bildung usw.) gegebenenfalls individuell geltend gemacht werden müssen – was in der Praxis indes kaum funktionieren dürfte.</p> <p>Der Anspruch auf Überbrückungsleistungen endet demnach erst, wenn die Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung getroffen haben sollte und damit die vollziehbare Ausreisepflicht eintritt – denn dann besteht Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG. Oder – wie in dem vorliegenden Fall: Der Anspruch auf Überbrückungsleistungen endet mit Beginn eines grundsätzlichen Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II, weil die betreffende Person eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen hat.</p> <p>Es handelt sich dabei nach meiner Kenntnis erst um die dritte Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren zur Frage der Überbrückungsleistungen (nach dem positiven Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 11. Juli 2019; <a href="#">L 15 SO 181/18</a> sowie dem skandalösen, von verfassungsrechtlicher Ignoranz geprägten Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 7. November 2019; <a href="#">L 7 SO 934/19</a>). Umstritten war die Frage, wie lange, in welcher Höhe und unter welchen Voraussetzungen das Sozialamt</p>

# Überbrückungsleistungen

Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3ff SGB XII an Unionsbürger\*innen erbringen muss, die über kein materielles Aufenthaltsrecht verfügen, bei denen die Ausländerbehörde aber bislang auch keine Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts gefällt hatte.

Das LSG Hessen stellt in der Entscheidung einige wichtige Grundsätze auf, die in der Auseinandersetzung mit den Sozialbehörden immer wieder umstritten sind:

1. Überbrückungsleistungen sind **von einem Antrag auf die reguläre Hilfe zum Lebensunterhalt umfasst, sie müssen nicht gesondert beantragt werden.**
2. Es gilt auch bei den Überbrückungsleistungen der Kenntnisgrundsatz ohne Antragsersfordernis: Sie müssen dann erbracht werden, wenn dem Sozialamt bekannt wird, dass der Bedarf besteht und nicht durch eigene Mittel gedeckt werden kann. **Ein formelles Antragsersfordernis gibt es für die Überbrückungsleistungen nicht.** Dies gibt es nur für die Übernahme der „Rückreisekosten“ gem. § 23 Abs. 3a SGB XII.
3. Außer der Bedürftigkeit und dem Ausschluss von der regulären Hilfe zum Lebensunterhalt ist keine weitere Voraussetzung zu erfüllen. **Inbesondere ist die Äußerung eines „Ausreisewillens“ ist keine Voraussetzung für den Anspruch auf Überbrückungsleistungen.**
4. Für die gesamte Zeit des tatsächlichen Aufenthalts muss das gesamte Existenzminimum sichergestellt werden und (zumindest) Überbrückungsleistungen erbracht werden. **Eine zeitliche Beschränkung auf einen Monat ist nach verfassungskonformer Auslegung unzulässig.** Dafür muss die Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII herangezogen werden und – entgegen dem Gesetzeswortlaut – auch bei nicht befristeten Bedarfslagen greifen: „Die Härtefallregelung muss jeden während des tatsächlichen Aufenthalts entstehenden Bedarfsfall der Leistungen nach dem Dritten und Fünften Kapitel erfassen.“ – also Hilfe zum Lebensunterhalt und alle notwendigen Gesundheitsleistungen.
5. Aber: Alle Bedarfe, die über die in § 23 Abs. 3 Satz 5 genannten (also Ernährung, Körper-, Gesundheitspflege, Unterkunftskosten, Gesundheitsnotversorgung und Schwangerschaft) hinausgehen, müssen individuell geltend gemacht werden und die Bedarfslage tatsächlich vorliegen. Die Pauschalierung sei nicht anwendbar: „Der Unterschied zu Leistungen nach dem Dritten Kapitel besteht mithin darin, dass die bedürftige Person von dem pauschalierten Leistungsmodell des Dritten Kapitels auf die Anmeldung des individuellen Bedarfs insbesondere im Bereich der soziokulturellen Existenz verwiesen wird und im Falle der fehlenden Darlegung des Bedarfes auch nicht von der Pauschalierung profitieren kann.“ **Die gesamten soziokulturellen Bedarfe müssen also individuell geltend gemacht werden – müssen dann aber ebenfalls erbracht werden.**
6. Das LSG deutet an, dass es dieses spezielle Erfordernis einer individuellen Geltendmachung soziokultureller Bedarfe ausschließlich für Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht als zulässig ansieht, nicht aber für Personen mit Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche oder nach Art. 10 VO 492/2011: „Inbesondere bei den Leistungsausschlüssen der § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 2. Var SGB XII und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Var. SGB XII handelt es sich um Personen mit einem materiellen Aufenthaltsrecht, das von einem Bezug existenzsichernder Leistungen unberührt bleibt. Die dortigen Personenkreise sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Voraussetzungen erfüllen, die stets eine positive Prognose zur (Arbeitsmarkt-)Integration begründen, nämlich im Falle der Nr. 2 2. Var. die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs.“

## Überbrückungsleistungen

1a FreizügG/EU (vgl. dazu auch aus unionsrechtlicher Perspektive: EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 12. März 2009, Rs. [C-22/08](#) und [C-23/08](#), [Slg. 2009, I-4585](#), Vatsouras und Koupatanze, juris Rn. 51 ff., 63) oder aber aufgrund vorheriger Erwerbstätigkeit und in das Bildungssystem integrierter Kinder hier sozial integriert sind. **Es wäre offensichtlich fehlsam, diesem Personenkreis einen geminderten Bedarf wegen einer bevorstehenden Ausreise zu unterstellen.**“

7. Der Verweis auf Rückreise und Bedarfsdeckung im Herkunftsland ist kein legitimer Zweck für Kürzung oder Ausschluss des menschenwürdigen Existenzminimums: **„Die bloße Heimkehrmöglichkeit bei tatsächlichem Inlandsaufenthalt ist für die Geltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ohne Bedeutung.“**

Das Urteil ist am 20. Oktober 2020 durch [BSG, Beschluss vom 20. Oktober 2020; B 8 SO 15/20 R](#) rechtskräftig geworden.

[SG Duisburg \(3. Kammer\), Urteil vom 4. Dezember 2019; S 3 SO 616/16 ER](#)

Anspruch auf Überbrückungsleistungen in gesetzlicher Höhe der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII und ohne die Befristung auf einen Monat für einen albanischen Staatsangehörigen, der unter einer schweren psychischen Erkrankung leidet. Er verfügte ursprünglich über ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger einer bulgarischen Ehefrau und eines bulgarischen Kindes, das nach Scheidung jedoch nicht erhalten geblieben war. Seitdem verfügte der Mann über kein materielles Freizügigkeitsrecht.

„Schließlich setzt eine Leistungsgewährung nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII auch keinen Ausreisewillen des Hilfebedürftigen voraus (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 30.05.2019 - [L 20 AY 15/19 B ER](#); Beschluss vom 28.03.2018 - [L 7 AS 115/18 B ER](#)). Zwar knüpft die Vorschrift an die Regelung der Überbrückungsleistungen in § 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" ([BT-Drucks. 18/10211 S. 16](#)). Es lässt sich aber nicht feststellen, dass der Gesetzgeber **Ausländer 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 Rückkehrproption sich gerade nicht ohne Weiteres verwirklichen lässt** (s.o., vgl. auch LSG NRW, Beschluss vom 28.03.2018 - [L 7 AS 115/18 B ER](#) m. w. N.).“

[LSG Berlin-Brandenburg; Urteil vom 11.07.2019; L 15 SO 181/18](#)

Das LSG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 11.07.2019 zum Az. L 15 SO 181/18 entschieden, dass eine tschechische Staatsangehörige ohne Aufenthaltsrecht, die sich aber mangels Feststellung des Nichtvorliegens der Freizügigkeit rechtmäßig in Deutschland aufhält, Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 5 SGB XII hat. Der Zeitraum ist dabei nicht auf einen Monat beschränkt, sondern kann sich auch über Jahre erstrecken (im hiesigen Fall sind es knapp 2 Jahre).

Das Gericht begründet dies im Wesentlichen damit, dass sich faktisch geduldete in Deutschland aufhaltende Unionsbürger nicht dauerhaft von Sozialleistungen ausgeschlossen werden können. Dies wäre mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

### **(Anmerkungen von RA Sebastian Lingens)**

Weitere Hinweise zu dem Urteil:

- Für die „Überbrückungsleistungen“ ist **kein gesonderter Antrag erforderlich**, vielmehr muss das Sozialamt die Leistungen ab Kenntnis der Hilfebedürftigkeit von Amts wegen prüfen und erbringen – falls ein Leistungsausschluss für die „normalen“

## Überbrückungsleistungen

Leistungen nach SGB II / XII besteht. Die Kenntnis des Sozialamts besteht spätestens mit dem Antrag auf bzw. der Bitte um reguläre Hilfe zum Lebensunterhalt bzw. Grundsicherung im Alter nach SGB XII. Auch mit einem Antrag auf Leistungen nach SGB II dürfte dem Sozialamt eine „Kenntnis“ zuzurechnen sein, da das Jobcenter den Antrag von Amts wegen weiterzuleiten hat (§ 16 Abs. 1 SGB I).

- Für den Anspruch auf „Überbrückungsleistungen“ sind **kein „Ausreisewille“ und keine Ausreiseabsicht erforderlich**: *„Eine solche ‚innere Tatsache‘ ist keine tatbestandliche Voraussetzung für die Leistung.“* Dies entspricht auch der Rechtsauffassung des BMAS ([siehe hier](#)).
- Die Überbrückungsleistungen müssen auch **über einen Monat hinaus bewilligt werden, solange die Ausländerbehörde das Freizügigkeitsrecht nicht aberkannt hat** – im vorliegenden Verfahren bislang zwei Jahre. Der Anspruch besteht, solange eine Ausreise nicht zumutbar ist. Für Unionsbürger\*innen geht das LSG davon aus, dass die Ausreise stets unzumutbar ist, solange die Ausländerbehörde keine formale und bestandskräftige Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts getroffen hat – das formale Freizügigkeitsrecht also noch besteht: *„Ausgehend hiervon sieht der Senat die Situation der Klägerin, die als Unionsbürgerin die Vermutung eines Freizügigkeitsrechts für sich in Anspruch nehmen kann und gegen die die Ausländerbehörde aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht ergriffen hat, deren Aufenthalt also faktisch geduldet wird, als besonderen, mit einer besonderen Härte verbundenen Umstand an, der eine Ausreise unzumutbar macht.“*

Das LSG sieht nur unter dieser verfassungskonformen Auslegung die Leistungsausschlüsse für bestimmte Unionsbürger\*innen als nicht eindeutig verfassungswidrig an – obwohl es „verfassungsrechtliche Bedenken“ äußert. Bedenklich und nicht nachvollziehbar ist indes, dass das LSG die Höhe der Überbrückungsleistungen (gekürzte Leistungen entsprechend § 1a AsylbLG) als „noch verfassungskonform“ einschätzt. Allerdings muss das Sozialamt bei besonderen Umständen „zur Überwindung einer besonderen Härte“ auch Leistungen darüber hinaus (in Höhe der regulären Sozialhilfe) gewähren. In konsequenter Anwendung der Argumentation des LSG müssten diese Voraussetzungen ebenfalls stets bei Unionsbürger\*innen bis zur bestandskräftigen Verlustfeststellung erfüllt sein. Diese besonderen Umstände sollten vorgetragen und die zusätzlichen Leistungen ausdrücklich beantragt werden. Nicht nachvollziehbar ist außerdem, dass das LSG die Definition des Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige sehr restriktiv auslegt und auch den Anspruch eines fiktiven Aufenthaltsrechts aus dem AufenthG (hier z. B. § 36 Abs. 2 AufenthG) nicht geprüft hat.

(Anmerkungen Claudius Voigt)

[LSG NRW \(20. Senat\); Beschluss vom 30. Mai 2019; L 20 AY 15/19 B ER](#)

Anspruch auf Überbrückungsleistungen in Höhe regulärer SGB XII-Leistungen inkl. Gesundheitsversorgung ohne zeitliche Beschränkung für einen litauischen Staatsbürger nach Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts. Der Mann ist schwer krank, alkoholabhängig und pflegebedürftig und im Besitz einer Duldung. Eine Ausreise ist nicht möglich bzw. nicht zumutbar. Trotz Duldung kein Anspruch auf AsylbLG (aufgrund teleologischer Auslegung des Gesetzeswortlauts), sondern auf Überbrückungsleistungen in Höhe regulärer SGB-XII-Leistungen. Der Antrag auf AsylbLG ist zugleich als Antrag auf sämtliche denkbaren existenzsichernden Leistungen – auch auf Überbrückungsleistungen – zu werten. Die Erklärung eines Ausreisewillens ist nicht Voraussetzung hierfür.

## 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 heroinsüchtigen 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 Rückkehrproption 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 Härtefalleistungen.“

[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 Leistungs**ausschluss** 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

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.

[SG Hildesheim \(55. Kammer\); Beschluss vom 13. Februar 2017; S 55 AS 4029/17 ER](#)

**Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII auch ohne Erklärung eines Ausreisewillens**

„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 ([Bundestagsdrucksache 18/10211, Seite 16](#)), vorsieht, legt nahe, dass der Gesetzgeber mit fehlendem (dauerhaften) Ausreisewillen der Leistungsberechtigten gerechnet hat.“

## Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“)

[LSG Saarland, Urteil v. 22.02.2022; L 4 AS 1/19](#)

Anspruch auf SGB II für slowenische Mutter eines deutschen Kindes. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG war noch nicht erteilt worden, das Jobcenter muss aber in eigener Verantwortung prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen dafür erfüllt waren: „Der Klägerin als Mutter eines deutschen minderjährigen Kindes, für das sie die Personensorge hierzulande gemeinsam mit dem deutschen Kindsvater ausübt, existenzsichernde Leistungen nach dem SGB II wegen eines noch nicht ausgestellten Aufenthaltstitels bei tatsächlich bestehendem Aufenthaltsrecht zu verweigern, wäre mit Art. 6 GG schlechterdings nicht zu vereinbaren.“

„1. Der hilfebedürftige Unionsbürger hat Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung, wenn er über ein materielles Aufenthaltsrecht verfügt. Hierzu zählt ein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs 1 S 11 FreizügG (juris: FreizügG/EU 2004) iVm § 28 Abs 1 S 1 Nr 3 AufenthG (juris: AufenthG 2004). [\(Rn.25\)](#)

2. Soweit Aufenthaltsrechte nach § 11 Abs 1 S 11 FreizügG/EU iVm den Vorschriften des AufenthG im Rahmen der Prüfung eines Ausschlusses von den Leistungen nach dem SGB 2 zu prüfen sind, ist allein entscheidend, ob ein Anspruch auf einen solchen Aufenthaltstitel besteht; nicht von Bedeutung ist, ob der Titel durch die Ausländerbehörde bereits tatsächlich erteilt wurde. [\(Rn.28\)](#)

3. Im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung kommt dem SGB II-Leistungsträger hierbei eine eigene Pflicht zur Aufklärung des aufenthaltsrechtlichen Sachverhalts im Rahmen der Prüfung des § 7 Abs 1 S 2 SGB 2 zu.“

[LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. November 2021, L 29 AS 1199/21 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen im Eilverfahren für rumänische Mutter eines 13jährigen Sohnes, die mit dem erwerbstätigen Vater des Kindes unverheiratet zusammen lebt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Mutter ein Aufenthaltsrecht nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG (unter Berücksichtigung der Wertungen des Art. 6 des Grundgesetzes und des Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention in analoger Anwendung) zusteht. Dies ist vom Jobcenter eigenständig zu prüfen.

„Denn es steht insbesondere die schwierige und weiterhin – auch in Anbetracht des vom Sozialgerichts angeführten Urteils des 34. Senats des [Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 9. Juni 2021 – L 34 AS 850/17](#) (juris) – umstrittene Frage im Raum, ob der Antragstellerin unter Berücksichtigung der Wertungen des Art. 6 des Grundgesetzes und des Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) als Elternteil eines minderjährigen ledigen Kindes zur Ausübung der Personensorge zusteht, mit dem sie zusammenlebt und das sich zusammen mit dem Kindsvater und Lebensgefährten der Antragstellerin erlaubt in Deutschland aufhält (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020 – 1 BvR 1094/20 – juris Rn. 15 zu einer vergleichbaren familiären Konstellation und dem Erfordernis, unter diesen Umständen im Rahmen einer Folgenabwägung zu entscheiden; entsprechend auch bereits Senatsbeschluss vom 7. Oktober 2020 – L 29 AS 1314/20 B ER – m.w.N. <nicht veröffentlicht>).“

[LSG Hessen \(7. Senat\); Beschluss vom 8. September 2020; L 7 AS 25/20 B ER](#)

Über die vorläufige Gewährung von Leistungen nach dem SGB II im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ist auf der Grundlage einer Folgenabwägung zu entscheiden, wenn der allein streitige Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nur ein Elternteil eines minderjährigen Kindes betrifft. (vgl. BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 8. Juli 2020 – 1 BvR 932/20)

[BVerfG; 1 BvR 1094/20; Beschluss vom 8. Juli 2020](#)

Am 8. Juli 2020 hat das [Bundesverfassungsgericht \(1 BvR 1094/20\)](#) höchstrichterlich bestätigt, dass eine fiktive Anwendung des Aufenthaltsgesetzes (hier: § 28 AufenthG) in derartigen Konstellationen durchaus geboten sein kann und damit Leistungen erbracht werden müssen. Das BVerfG gab darin einer Verfassungsbeschwerde gegen eine negative Eilentscheidung des LSG Hessen statt.

## Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“)

Das LSG Hessen hatte Leistungen für die nicht erwerbstätige Partnerin eines erwerbstätigen Mannes abgelehnt. Beide sind nicht verheiratet, haben aber gemeinsame Kinder. Das LSG Hessen argumentierte (wie gehabt) damit, dass für die Frau nur ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche bzw. kein materielles Aufenthaltsrecht bestehe. Eine fiktive Anwendung von § 28 AufenthG komme nicht in Betracht. Das BVerfG kassierte diesen Beschluss und ordnete eine Neuentscheidung an. Die Frage der analogen und fiktiven Anwendung von § 28 AufenthG ist nach Überzeugung der höchsten deutschen Richter\*innen eine „*ungeklärte und schwierige Rechtsfrage, in welcher auch die Wertungen der Art. 6 GG und Art. 6 EMRK zu berücksichtigen sind*“.

Mit anderen Worten: Die Jobcenter und Sozialgerichte müssen sehr genau und intensiv prüfen, ob ein fiktives Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG besteht und im Zweifelsfall Leistungen gewähren. Denn eine Leistungsverweigerung würde dazu führen, dass ein Familienangehöriger (in diesem Fall die Mutter) gezwungen sein könnte, ins Herkunftsland zurückzukehren. Damit würde aber das Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 6 GG und Art 8 EMRK) verletzt.

Als Ergebnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich festhalten: Eine Leistungsverweigerung in derartigen familiären Konstellationen lässt sich verfassungsrechtlich nicht halten. Im Zweifelsfall müssen die Jobcenter bzw. Sozialgerichte Leistungen gewähren. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind die Erfolgsaussichten vor den Sozialgerichten gegen negative Jobcenter-Entscheidungen deutlich größer geworden. (Anmerkungen CV)

[BVerfG; Beschluss vom 8. Juli 2020; 1 BvR 932/20](#)

Das BVerfG hat die Ablehnung von SGB II-Leistungen für den nicht-erwerbstätigen Elternteil im Eilverfahren durch das LSG Hessen verworfen. Es handelt sich um unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern. Ein Elternteil arbeitet, der andere nicht. Eine Ablehnung im Eilverfahren komme anhand einer Prüfung der Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren nur in Betracht, wenn die Sach- und Rechtslage abschließend geprüft wurde. Diese Voraussetzung hat das LSG Hessen nicht erfüllt. Denn die Frage der analogen Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage, bei der auch die Wertungen aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu berücksichtigen sind. Ansonsten siehe Anmerkungen zu oben stehendem Beschluss BVerfG, 1 BvR 1094/20.

[BVerfG; Beschluss vom 4. Oktober 2019; 1 BvR 1710/18](#)

Das BVerfG hat die Ablehnung von PKH durch das LSG Hessen verworfen. Denn die Frage der analogen Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage.

*„Die Frage nach der Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist danach eine ungeklärte Rechtsfrage. Sie ist auch als „schwierig“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einzustufen, da sich die vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen aufgeworfene Frage der Reichweite des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV, insbesondere seine hier nur mittelbare Anwendung weder aus der hierzu vorliegenden Rechtsprechung noch aus den gesetzlichen Regelungen ohne Weiteres beantworten lässt. Hinzu kommt, dass die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers auch die Wertungen der Art. 6 GG und Art. 8 EMRK berücksichtigen muss.“*

[LSG Berlin-Brandenburg \(31. Senat\), Beschluss vom 16. September 2019; L 31 AS 1627/19 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II (Jobcenter als zuerst angegangene Behörde) zumindest für die Zeit der Mutterschutzfrist. Während dieser Zeit kann sich die Antragstellerin auf ein fiktives Aufenthaltsrecht nach AufenthG berufen (zumindest eine fiktive Duldung).

*„Es ist verfassungsrechtlich unter dem Aspekt der Menschenwürde i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip schlichtweg undenkbar, dass wegen eines Abschiebungshindernisses die Ausreise rechtlich nicht verlangt werden kann, gleichzeitig der Antragstellerin aber kein Leistungsanspruch zuerkannt wird, so dass sie ihr Kind ohne Krankenversicherungsschutz sozusagen "auf der Straße" zur Welt*

## Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“)

bringen müsste. Gestritten werden kann nur darüber, ob der Antragsgegner oder das Bezirksamt leistungspflichtig ist. Diese Situation regelt § 43 Sozialgesetzbuch /Erstes Buch (SGB I).

Aus alledem folgert der Senat, dass der Antragstellerin vorliegend für den Zeitraum vom 20. August 2019 (Eingang des Antrages auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes beim Sozialgericht Berlin) bis zum 30. November 2019 (voraussichtliches Ende der Mutterschutzfrist wäre unter Zugrundelegung eines Entbindungstermin am 27. September 2019 der 27. November 2019; im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes hat der Senat jedoch keine Bedenken Leistungen bis zum Monatsende zu gewähren) Leistungen zu gewähren sind. Dabei ist es vorliegend offen, ob eine solche Leistungsgewährung nach dem SGB II oder nach dem SGB XII zu erfolgen hätte, sodass vorliegend gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 SGB I der Antragsgegner vorläufig zur Leistungsgewährung zu verpflichten ist.“

[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 Aufenthaltsgesetz auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz. Nach der Rechtsprechung des BSG ist ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, insbesondere vermittels 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

## Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“)

Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Die Antragstellerin zu 1) ist nicht vollziehbar ausreisepflichtig, sondern hält sich als freizügigkeitsberechtigter 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 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 - [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 Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nach dessen Sinn und Zweck indes unberührt.

Diese Einschränkung steht im vorliegenden Fall der Nichtanwendung des Leistungsausschlusses 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.



## Analoge Anwendung des AufenthG („Fiktive Prüfung“)

*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 freizügigkeitsberechtigter Unionsbürgerin eine längerfristige Bleibeperspektive hat.“*


## Leistungsanspruch für „nahestehende Personen“ (§ 3a FreizügG)

[LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. November 2021, L 29 AS 1199/21 B ER](#)

Anspruch auf SGB II-Leistungen im Eilverfahren für rumänische Mutter eines 13jährigen Sohnes, die mit dem erwerbstätigen Vater des Kindes unverheiratet zusammen lebt. Es ist noch nicht hinreichend geklärt, ob der Mutter nicht ein Aufenthaltsrecht nach § 3a FreizügG zusteht, obwohl der Lebensunterhalt nicht gesichert ist.

*„Auch ist in der Rechtsprechung noch nicht hinreichend geklärt, ob in einer vergleichbaren Konstellation das – erst zum 1. Januar 2021 eingeführte – Aufenthaltsrecht als nahestehende Person eines Unionsbürgers nach § 3a Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 4c FreizügG/EU tatsächlich, wie vom Sozialgericht angenommen, in Anbetracht der erwähnten verfassungsrechtlichen Wertungen unter dem Vorbehalt steht, dass der Lebensunterhalt gesichert ist (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).“*

[SG Hamburg, Beschluss vom 19. März 2021; S 62 AS 732/21 ER](#)

Anspruch auf SGB-II-Leistungen für die unverheiratete Partnerin eines erwerbstätigen Unionsbürgers. Sie ist selbst ebenfalls Unionsbürgerin. Nach Ansicht des Sozialgerichts entsteht das Aufenthaltsrecht nach § 3a FreizügG automatisch, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Dies muss vom Jobcenter leistungsrechtlich berücksichtigt werden.

*„Anders als dies der Wortlaut des § 3a Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU nahelegt, ist das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1. auch nicht davon abhängig, dass ihr dieses auf Antrag „verliehen“ wurde. So ist ein solches Verfahren zur Verleihung eines Aufenthaltsrechtes überhaupt nicht vorgesehen; mithin kann eine förmliche „Verleihung“ auch nicht zur Voraussetzung des Aufenthaltsrechtes gemacht werden (vgl. hierzu jüngst ausführlich und m. w. N. SG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2021, S 49 AS 3364/20 ER). Ebenso wenig steht die Anerkennung eines Aufenthaltsrechtes trotz der Verwendung des Wortes „kann“ in § 3a Abs. 1 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU im Ermessen der zuständigen Behörde, denn ist eine Verwaltungsentscheidung nicht zu treffen, so besteht auch kein Raum für die Ausübung einer Ermessensentscheidung. Vielmehr entsteht das Aufenthaltsrecht nach § 3a Abs. 1 Freizügigkeitsrecht/EU bereits mit Erfüllung des Tatbestandes der Norm.“*

## Anspruch nach Verlust des Freizügigkeitsrechts (AsylbLG / Überbrückungsleistungen)

[LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 30. August 2021; L 6 AS 10003/21 B ER](#)

Anspruch auf Leistungen nach SGB II trotz (noch nicht unanfechtbare) Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts durch die ABH, wenn danach materiell ein neuer Freizügigkeitsgrund verwirklicht wird (hier Aufnahme einer Beschäftigung). Die Tatbestandswirkung der Verlustfeststellung wird hierdurch begrenzt. Die Sozialbehörde muss trotz der Verlustfeststellung eine materielle Prüfung der Freizügigkeitsgründe vornehmen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Arbeitsaufnahme der Ausländerbehörde mitgeteilt worden ist, damit diese die rechtswidrig gewordene Verlustfeststellung aufheben kann. Wenn die ABH die neuen Tatsachen nicht berücksichtigt oder untätig bleibt, muss die Sozialbehörde selbst diese neuen Umstände materiell berücksichtigen, ein neues Freizügigkeitsrecht bejahen und Leistungen erbringen.

Vgl. dazu auch ein aktuelles [Urteil des EuGH vom 22. Juni 2021; Rechtssache C-719/19](#), in der der EuGH hervorgehoben hat, dass eine Verlustfeststellung automatisch unwirksam wird, wenn danach ein neuer Freizügigkeitsgrund erfüllt wird:  
*„Allerdings ist klarzustellen, dass eine materielle Änderung der Umstände, die den Unionsbürger die in Art. 7 der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen ließe, der gegen ihn ergangenen Ausweisungsverfügung jede Wirkung nähme und zwingend dazu führen würde, ungeachtet ihrer Nichtvollstreckung seinen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats als rechtmäßig anzusehen.“*

[LSG NRW \(19. Senat\), Beschluss vom 16. März 2020; L 19 AS 2035/19 B ER](#)

Anspruch auf AsylbLG-Leistungen nach Verlustfeststellung, auch wenn diese noch nicht unanfechtbar ist.

*„Der Senat sieht im Hinblick auf den im AsylbLG erfassten heterogenen Personenkreis keinen Anlass, Unionsbürger aus dem Anwendungsbereich des AsylbLG auszuschließen, zumal nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU auf Unionsbürger im Fall der Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU das Aufenthaltsgesetz Anwendung findet, soweit das FreizügG/EU keine besonderen Regelungen trifft. Zu der Argumentation, der Anspruch auf existenzsichernde Leistungen aus § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII löse verfassungsrechtliche Folgefragen des Ausschlusses von Unionsbürgern aus dem Anwendungsbereich des AsylbLG ist darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII umstritten ist (siehe hierzu LSG Berlin-Brandenburg vom 11.07.2019 - [L 15 SO 181/18](#), Revision anhängig unter [B 8 SO 7/19 R](#); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.11.2019 - [L 7 SO 3873/19 ER-B](#)).“*

[LSG NRW \(20. Senat\); Beschluss vom 30. Mai 2019; L 20 AY 15/19 B ER](#)

Kein Anspruch auf Leistungen nach AsylbLG für einen litauischen Staatsangehörigen mit Duldung, stattdessen auf Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 6ff SGB XII in ungekürzter Höhe und für einen längeren Zeitraum.

[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*

## Anspruch nach Verlust des Freizügigkeitsrechts (AsylbLG / Überbrückungsleistungen)

*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 Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. März 2022, L 18 AS 232/22 B ER, L 18 AS 233/22 B ER PKH](#)

1. Besteht für einen Unionsbürger allenfalls ein Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitsuche, so gilt der Vorbehalt des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB 2 nicht für Leistungen nach dem SGB 12. [\(Rn.17\)](#)

2. Ein Unionsbürger, der sich in der BRD erlaubt aufhält, ist nach dem Urteil des BSG vom 20. 1. 2016, B 14 AS 35/15 R von den Leistungen des § 23 Abs. 1 SGB 12 nicht gemäß § 21 S. 1 SGB 12 ausgeschlossen. [\(Rn.18\)](#)

3. Der rechtmäßige Aufenthalt besteht, solange nicht ein Rechtsakt feststellt, dass der Antragsteller als Unionsbürger nicht freizügigkeitsberechtigt ist (BSG Urteil vom 30. 1. 2013, B 4 AS 54/12 R). [\(Rn.19\)](#)

4. In einem solchen Fall sind entsprechend der Wertung des § 43 Abs. 1 S. 2 SGB 1 bei streitiger Zuständigkeit des Leistungsträgers des SGB 2 bzw. des SGB 12 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes dem Antragsteller Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB 12 zu bewilligen. [\(Rn.20\)](#)

*„Spricht daher derzeit alles dafür, dass jedenfalls dem Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem SGB II ein gesetzlicher Leistungsausschluss entgegensteht, weil sich ihr Aufenthaltsrecht derzeit allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und daher der – insoweit wohl auch nach dem seit 29. Dezember 2016 geltenden Recht wirksame (vgl zur alten Rechtslage BSG, 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 -) – Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der derzeit geltenden Fassung zum Tragen kommt, gälte dieser Vorbehalt des § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II – wie das BSG zur alten Rechtslage ebenfalls ausdrücklich klargestellt hat (vgl BSG aaO) – indes nicht für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII). In Ansehung der Rechtsprechung des BVerfG 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. Dies gilt umso mehr, als die genannten Vorschriften auch im Lichte des Grundrechts der Antragstellerin auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG auszulegen sind, das deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht, dem Grunde nach unverfügbar ist und das unmittelbar kraft Verfassungsrechts gebietet, dass ein Leistungsanspruch eingeräumt werden „muss“ (so ausdrücklich BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – juris – Rn 62 mwN), ohne dass die hier einschlägigen Rechtsfragen sich damit „ohne Weiteres“ aus der genannten Entscheidung des BVerfG beantworten ließen (so ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 2020 – 1 BvR 1246/19 – juris – Rn 22); sie können letztlich nur im Hauptsacheverfahren geklärt werden.*

Randnummer 18

*Dies gilt unverändert auch in Ansehung der seit 29. Dezember 2016 erfolgten gesetzlichen Neuregelungen, die sich ebenfalls am GG messen lassen müssen. Die Antragstellerin, die sich in der Bundesrepublik Deutschland erlaubt aufhält (vgl zur generellen Freizügigkeitsvermutung bei Unionsbürgern BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 – B 14 AS 35/15 R – juris – Rn 25), dürfte 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*

## Verfassungsrechtliche Diskussion

Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen“ sind (vgl BT-Drucks 18/10211 S 14) ausgeschlossen sein.

Randnummer [19](#)

Insoweit ist auch zu beachten, dass das BVerfG zu § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII ausgeführt hat, dass diese – dem § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II weitgehend gleichende – Vorschrift nicht ausdrücklich an die Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit, sondern nur an das Nichtbestehen eines Aufenthaltsrechts anknüpft. Der Wortlaut der Vorschrift lasse „nicht darauf schließen, dass der Leistungsausschluss vor der Bestandskraft der Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit gelten soll“ (vgl Beschluss vom 26. Februar 2020 – 1 BvL 1/20 – juris – Rn 12; in diesem Sinne einen Leistungsanspruch bereits nach dem SGB II trotz fehlenden materiellen Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem der Arbeitsuche bejahend Hessisches LSG aaO Rn 165). Eine derartige „Verlustfeststellung“ liegt bei der Antragstellerin nicht vor. Der rechtmäßige Aufenthalt besteht daher, solange nicht ein Rechtsakt feststellt, dass die Antragstellerin als Unionsbürgerin nicht freizügigkeitsberechtigt ist (vgl BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – B 4 AS 54/12 R – juris – Rn 20). Ob die genannte Auslegung des BVerfG letztlich auch dazu führte, entgegen der Rspr des BSG schon den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II im Falle der Antragstellerin als nicht anwendbar zu betrachten oder ob es insoweit einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung aus einem anderen Grund als dem der Arbeitsuche, die nicht mit der Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger gleichzusetzen ist (vgl BSG, Urteil vom 30. August 2017 – B 14 AS 31/16 R – juris – Rn 23 mwN), bedarf, ist im Eilrechtsverfahren nicht abschließend zu entscheiden. Jedenfalls das BSG geht in ständiger Rspr davon aus, dass die generelle Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger weder einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II eröffnet noch dem Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II entgegensteht (BSG aaO).“

[BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020 \(1 BvR 1094/20\)](#)

Leitsatz Dr. Manfred Hammel

Ob § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG (analog) und Art. 18 Abs. 1 des „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)“, der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers ein eigenständiges Aufenthaltsrecht vermitteln kann, so dass die aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a) SGB II hervorgehende Ausschlussnorm nicht zur Anwendung gelangt, ist umstritten, schwierig und ungeklärt.

Der reine Verweis auf die Möglichkeit der Betreuung der gemeinsamen Kinder durch den aufenthaltsberechtigten Partner reicht für einen Leistungsausschluss gerade unter Berücksichtigung auch von Art. 6 GG in Verbindung mit Art. 8 EMRK nicht aus.

[BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 12. Februar 2020 - 1 BvR 1246/19 -, Rn. 1-25](#)

Leitsatz Dr. Manfred Hammel

Die Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses von Ausländern nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII mit dem menschenwürdigen Existenzminimum (Art. 1 Abs. 1 GG) ist sehr umstritten.

Die Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses für Unionsbürger, die im Bundesgebiet zwar nicht erwerbstätig, aber auch nicht ausreisepflichtig sind, stellt eine schwierige, ungeklärte Rechtsfrage dar.

## Verfassungsrechtliche Diskussion

	<p>Die Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe in einem entsprechenden sozialgerichtlichen Eilverfahren verletzt den Antragsteller in seinen Rechten aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 19 Abs. 4 GG.</p>
<p><a href="#">SG Düsseldorf (25. Kammer); Beschluss vom 14. April 2020; S 25 AS 1118/20 ER</a></p>	<p>Anspruch auf SGB-II-Leistungen im Eilverfahren, zumal nicht ausgeschlossen ist, dass ein Daueraufenthaltsrecht vorliegt. Das SG begründet die Verpflichtung (auch) ausdrücklich mit der Pandemie-bedingten Notlage. Siehe hierzu auch Bericht auf Spiegel-online: <a href="https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/coronakrise-jobcenter-muss-obdachlosem-eu-buerger-hartz-iv-zahlen-a-7a7e8808-4a13-4607-a0b1-5b7c4e5afee6">https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/coronakrise-jobcenter-muss-obdachlosem-eu-buerger-hartz-iv-zahlen-a-7a7e8808-4a13-4607-a0b1-5b7c4e5afee6</a></p> <p><i>„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, dies insbesondere in der derzeitigen Situation aufgrund der Pandemielage wegen Sars-Cov-2, die weltweit existiert. Die Antragsgegnerin ist explizit vom Gericht dazu aufgefordert worden, dazu Stellung zu nehmen, ob aufgrund der aktuellen besonderen Situation dem Antragsteller nicht einstweilen Leistungen erbracht werden können. Mit keinem Wort ist die Antragsgegnerin in ihrer An-tragserwiderung darauf eingegangen. Das Gericht hatte die Antragsgegnerin auch da-rauf hingewiesen – sollte man ihrer Auffassung folgen -, dass sie ggf. als erstangegan-gener Träger einstandspflichtig sei und dann ebenfalls Leistungen zu erbringen hätte aufgrund der Vorschriften des SGB XII, aber auch dazu hat die Antragsgegnerin keine Einlassung abgegeben. Es ist für das Gericht gerade in der derzeitigen Extremsituation aufgrund der Pandemiesituation völlig unverständlich, wie die Antragsgegnerin hier Leistungen verweigern kann. Ein ausländischer Obdachloser, der wegen geschlossener Grenzen in Europa derzeit auch nicht in sein Heimatland zurückreisen kann, um ggf. dort Sozialleistungen zu beantragen, ist nach Auffassung des Gerichts nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auch hier von deutschen Behörden ein menschenwürdiges Existenzminimum zu gewähren, dass sein Überleben in dieser Zeit si-cher, zumal aufgrund der Einschränkungen des öffentlichen Lebens es derzeit für Ob-dachlose mehr als schwierig sein dürfte, auf der Straße Leistungen ggf. zu erbetteln. Zur Vermeidung existenzieller Nachteile für den Antragsteller hinsichtlich der offenen Fragen im Tatsächlichen und der offenen Rechtsfragen ist hier die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II im einstweiligen Rechtsschutz erforderlich.“</i></p>
<p><a href="#">BVerfG, Urteil vom 5. November 2019, 1 BvL 7/16</a></p>	<p>(„Sanktionsurteil“)</p>
<p><a href="#">LSG NRW (7. Senat); Beschluss vom 16. Januar 2019; L 7 AS 1085/18 B (PKH)</a></p>	<p><i>„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 - <a href="#">B 14 AS 32/17 R</a> 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 - <a href="#">1 BvR 2778/13</a>).“</i></p>
<p><a href="#">LSG Berlin-Brandenburg (18. Senat); Beschluss vom 7. Juni 2018; L 18 AS 884/18 B ER</a></p>	<p>Der Senat äußert „erhebliche Zweifel“ daran, dass der vollständige Leistungsausschluss sowohl vom SGB II als auch vom SGB XII verfassungskonform sei.</p> <p>„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 - <a href="#">B 4 AS 59/13 R</a> ua – juris; vgl auch seine Rspr bekräftigend BSG, Urteil vom 30. August 2017 - <a href="#">B 14 AS 31/16 R</a> -), 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</p>

## Verfassungsrechtliche Diskussion

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. 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](#)

*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*



## Verfassungsrechtliche Diskussion

[28.1.2018, L 7 AS 2299/17 B](#)

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 Leistungs**ausschluss** 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 Leistungs**ausschluss** 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 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 Auschlussstatbestände 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 Auschlussstatbeständen 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.

## Verfassungsrechtliche Diskussion

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 Ausschlussbestand 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).

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.

## Bundessozialgericht zur alten Rechtslage

[BSG, Urteil vom 21. März 2019; B 14 AS 31/18 R](#)

Leistungen nach SGB XII gem. EFA für luxemburgischen Staatsangehörigen, wenn materiell rechtmäßiger Aufenthalt vorliegt. Übertragbar auf neue 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. Übertragbar auf neue Rechtslage.

*„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**

## Bundessozialgericht zur alten Rechtslage

**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).

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.“*