
S 94 AS 7290/21 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Berlin-Brandenburg
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	18.
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	einstweiliger Rechtsschutz Grundsicherung für Arbeitsuchende Unionsbürger Leistungsausschluss gewöhnlicher Aufenthalt von fünf Jahren
Leitsätze	-
Normenkette	undefined undefined

1. Instanz

Aktenzeichen	S 94 AS 7290/21 ER
Datum	29.12.2021

2. Instanz

Aktenzeichen	L 18 AS 12/22 B ER
Datum	07.02.2022

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 29. Dezember 2021 wird zur¼ckgewiesen.

Â

Der Antragsgegner trägt auch die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers im Beschwerdeverfahren.

Â

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Gründe

Â

Â

Die Beschwerde des Antragsgegners ist nicht begründet. Das Sozialgericht (SG) hat den Antragsgegner zu Recht im Wege einer gerichtlichen Regelungsanordnung iSv [Â§ 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) verpflichtet, dem Antragsteller für die Zeit vom 13. Dezember 2021 (Eingang des Rechtsschutzantrags) bis zum 12. Juni 2022 einstweilen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in der ausgeworfenen Höhe zu gewähren.

Â

Es liegt zunächst ein Anordnungsgrund vor, der sich bereits daraus ergibt, dass keine feststellbaren Tatsachen dafür ersichtlich sind, dass der Antragsteller über die von ihm genannten Einnahmen aus Betteln bzw Flaschensammeln hinaus das Existenzminimum sichernde Mittel zu Verfügung hatte bzw hat. Die örtliche Zuständigkeit des Antragsgegners ergibt sich aus Nr. I der Vereinbarung zwischen dem Land Berlin und der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg der Bundesagentur für Arbeit zur Regelung über die örtliche Zuständigkeit für wohnungslose Leistungsberechtigte nach dem SGB II in der ab 1. Juli 2019 gültigen Fassung iVm der entsprechend anwendbaren Regelung in Nr. 4 Abs. 1 und 3 der Ausführungsvorschriften über die örtliche Zuständigkeit für die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII vom 9. Mai 2019 (AVZustSoz; Anlage 1 zur Vereinbarung). Danach ist das Jobcenter Berlin Steglitz-Zehlendorf für im Juni Geborene ohne melderechtlichen Eintrag in Berlin wie den Antragsteller zuständig.

Â

Dem Antragsteller stehen für den vom SG bezeichneten Zeitraum durch eine Regelungsanordnung iSv [Â§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) zu sichernde Ansprüche auf Gewährung der bezeichneten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) in der ausgeworfenen Höhe zu. Grundlage hierfür ist im Ergebnis eine verfassungsrechtlich gebotene Folgenabwägung im Hinblick auf die im gerichtlichen Eilverfahren nicht abschließend zu klärende Frage, ob der Antragsteller einem Leistungsausschluss nach [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB I](#) unterliegt.

Â

Nach [Â§ 19 Abs. 1 SGB II](#) erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Arbeitslosengeld II. Leistungsberechtigt sind nach [Â§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) Personen, die (1) das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [Â§ 7a](#) noch nicht erreicht haben, (2) erwerbsfähig und (3) hilfebedürftig sind und (4) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Diese Voraussetzungen sind für den Antragsteller, einen Unionsbürger polnischer

Staatsangehörigkeit, erfüllt.

Ä

[Ä§Ä 7 Abs.Ä 1](#) Sätze 2Ä bisÄ [7 SGB II](#) in der seit 1. Januar 2021 geltenden Fassung des Gesetzes vom 9. Dezember 2020 ([BGBl I 2855](#)) lauten:

Ausgenommen sind (1) Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des Ä§Ä 2 AbsatzÄ 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts, (2) Ausländerinnen und Ausländer, (a) die kein Aufenthaltsrecht haben, (b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen, sowie (3) Leistungsberechtigte nach Ä§Ä 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes. Ä§ 7 Abs. 1 SatzÄ 2 NummerÄ 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Abweichend von SatzÄ 2 NummerÄ 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach Ä§Ä 2 AbsatzÄ 1 des FreizügG/EU festgestellt wurde, was hier indes nicht der Fall ist. Die Frist nach SatzÄ 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

Ä

Der Antragsteller ist Ausländer (Pole) ohne erkennbares anderweitiges Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht. Er hat aber glaubhaft gemacht, dass er bezogen auf den hier streitigen Bewilligungszeitraum seit mindestens fünf Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Ob die Tatsache, dass er als Obdachloser nicht bei der zuständigen Behörde gemeldet war und ist, dazu führt, das Vorliegen der Rückkaufnahme iSd [Ä§Ä 7 Abs. 1 Satz 2](#) Sätze 4 bis [6 SGB II](#) zu verneinen und damit das Vorliegen eines SGB II-Leistungsausschlusses zu bejahen, bedarf im vorliegenden gerichtlichen Eilverfahren keiner abschließenden Entscheidung.

Ä

Der Gesetzgeber hat der genannten Rückkaufnahme vom Leistungsausschluss die Erwägung zugrunde gelegt, dass sich Ausländer auch ohne Aufenthaltsrecht und finanzielle Absicherung ihrer Existenz nach Ablauf von fünf Jahren längere Zeit in der Bundesrepublik aufgehalten haben und von einer Verfestigung des Aufenthaltes ausgegangen werden kann (vgl. [BT-Drucks 18/10211, SÄ 12](#) f, 14). Hinsichtlich des fünf-Jahres-Zeitraums hat sich der Gesetzgeber an dem Daueraufenthaltsrecht

nach [Â§ 4a FreizG/EU](#) orientiert. Allerdings setzt die [Rückkehrerlaubnis](#) in [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) anders als [Â§ 4a Abs. 1 Satz 1 FreizG/EU](#) keine materielle FreizGigkeitsberechtigung voraus (vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Mai 2020 [L 7 AS 1070/20 ER-B](#) [juris](#); Becker in Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl. 2017, [Â§ 7 Rn 53](#); Knickrehm in Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, [Â§ 7 SGB II](#) Rn 9e; Korte/Thie/Schoch in LPK-SGB II, 6. Aufl. 2017, [Â§ 7 Rn 34](#); Leopold in [jurisPK-SGB II](#), 5. Aufl. 2020, [Â§ 7 Rn 162](#)). Vielmehr genügt der gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens fünf Jahren (Knickrehm aaO [Â§ 7 SGB II](#) Rn 9e). Dabei ist zu beachten, dass von den materiellen FreizGigkeitsberechtigungen nach dem FreizG/EU die generelle FreizGigkeitsvermutung für EU-Ausländer, für deren rechtmäßige Einreise in die Bundesrepublik Deutschland ein gültiger Pass genügt ([Â§ 2 Abs. 5 FreizG/EU](#)), zu unterscheiden ist. Aufgrund dieser generellen FreizGigkeitsvermutung muss der Aufenthalt eines EU-Ausländers zumindest solange als rechtmäßig angesehen werden, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des FreizGigkeitsrechts aufgrund von [Â§ 5 Abs. 4 FreizG/EU](#) bzw. der Missbrauchstatbestände in [Â§ 2 Abs. 7 FreizG/EU](#) festgestellt und damit nach [Â§ 7 Abs. 1 FreizG/EU](#) die sofortige Ausreisepflicht begründet hat (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 20. Januar 2016 [B 14 AS 35/15 R](#) [juris](#) [Rn 25](#)). Von der begünstigenden Ausnahmevorschrift des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) werden nach der Regelung des 2. Halbsatzes daher (nur) diejenigen Unionsbürger ausgenommen, bei denen der Verlust des Rechts nach [Â§ 2 Abs. 1 FreizG/EU](#) [erfolgreich](#) festgestellt worden ist; zu diesen zählt der Antragsteller nicht.

Ä

Nach [Â§ 7 Abs. 1 Satz 5 SGB II](#) beginnt die fünf-Jahres-Frist mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Es kann im vorliegenden Verfahren letztlich offen bleiben, ob Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur zu folgen ist, dass die Vorschrift des [Â§ 23 Abs. 3 Satz 8 SGB XII](#) (gleichlautend [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#)), wonach die Frist nach Satz 7 (gleichlautend [Â§ 7 Abs. 1 Satz 5 SGB II](#)) mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde beginnt, in den Fällen generell teleologisch zu reduzieren ist, in denen der durchgehende Aufenthalt in Deutschland auf andere Weise nachgewiesen werden kann (so LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 5. Mai 2021 [L 9 SO 56/21 B ER](#) [juris](#) [Rn 14-19](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 5. April 2017 [L 15 SO 353/16 B ER](#) [juris](#) und vom 6. Juni 2017 [L 15 SO 112/17 B ER](#) [juris](#) [Rn 25](#); aA LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16. August 2018 [L 23 SO 146/18 B ER](#) [juris](#) [Rn 4](#); LSG Baden-Württemberg aaO [juris](#) [Rn 17](#); Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 9. Dezember 2019 [L 6 AS 152/19 B ER](#) [juris](#) [Rn 9](#); LSG Hamburg, Beschluss vom 20. Juni 2019 [L 4 AS 34/19 B ER](#) [juris](#) [Rn 5](#); Urteil des erkennenden Senats vom 11. Mai 2020 [L 18 AS 1812/19](#) [juris](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 31. Mai 2021 [L 5 AS 457/21 B ER](#) [L 5 AS 459/21 B ER](#) PKH [juris](#) [Rn 7 mwN](#) zum Meinungsstand in Rspr und Literatur). Denn eine hohlochstrichterliche Klärung

dieser schwierigen Rechtsfrage, die insbesondere vor dem Hintergrund verfassungsrechtliche Probleme aufwirft, dass einem Wohnungs- bzw. Obdachlosen eine Meldepflicht nicht obliegt und ihm daher das Erfüllen der Rückkaufausnahme bei einer fehlenden „Anmeldung“ von vornherein nicht möglich wäre, ist bislang nicht erfolgt. Dies gilt umso mehr, als die Rückkaufausnahme, die gleichlautend im Recht des SGB XII normiert ist, auch im Lichte des Grundrechts des Antragstellers auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) iVm dem Sozialstaatsprinzip des [Art. 20 GG](#) auszulegen ist, das deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht, dem Grunde nach unverfügbare ist und das kraft Verfassungsrechts gebietet, dass ein Leistungsanspruch eingeräumt werden muss (so ausdrücklich Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) – juris – Rn 62 mwN). Hiernach bestehen im Hinblick auf die genannten Regelungen im SGB II und SGB XII, die erst nach fünf Jahren von einem verfestigten Aufenthalt ausgehen, auch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, ob ein Leistungsausschluss bei kürzerem, aber nicht nur kurzfristigem gewöhnlichen Aufenthalt (den hier der Antragsgegner selbst bereits ab Ende 2018 bejaht) mit dem GG vereinbar ist, die sich indes nicht ohne Weiteres aus der genannten Entscheidung des BVerfG beantworten lassen (so ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 2020 –