

L 19 AS 1260/15 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
19
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)

Aktenzeichen
S 18 AS 1454/15 ER
Datum
25.06.2015

2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 19 AS 1260/15 B ER

Datum
09.09.2015

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 25.06.2015 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin für den Zeitraum vom 22.04.2015 bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens, längstens bis zum 31.10.2015 den Regelsatz für alleinstehende Erwachsene nach [§ 20 Abs. 2 SGB II](#) zu erbringen. Der Antragsgegner trägt die erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin in beiden Rechtszügen. Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt H, E, beigeordnet.

Gründe:

I.

Die am 00.00.1993 geborene Antragstellerin ist litauische Staatsangehörige. Ihre Eltern sind seit 2000 geschieden. Im Jahr 2009 zog die Antragstellerin zu ihrer Mutter, Frau K D (D.). Laut Meldeunterlagen ist die Antragstellerin in der Bundesrepublik für die Zeit vom 29.04.2009 bis 31.08.2009, vom 15.09.2009 bis zum 13.09.2011 und ab dem 01.06.2012 gemeldet. In der Zeit vom 09.11.2009 bis zum 21.07.2011 besuchte die Antragstellerin ein Gymnasium. Sie verfügt über keinen Schul- und Berufsabschluss.

Frau D. war in der Zeit vom 02.05.2009 bis zum 30.06.2010 sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Zum 01.08.2009 mietete die Frau D. die Wohnung, F-straße 00, X an, unter der die Antragstellerin seit dem 15.09.2009 gemeldet war.

Bei ihrem Erstantrag bei Jobcenter X gab Frau D. an, dass sie in den Jahren 2006 bis 2008 selbständig tätig ("Verkauf von Restwaren aus Katalogen) war. Frau D. bezog zusammen mit der Antragstellerin vom Jobcenter X durchgehend Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit vom 16.11.2009 bis zum 31.05.2012.

Zum 01.06.2012 zog die Antragstellerin nach E. Die Antragstellerin hat zwei Kinder (T geboren am 00.00.2012 und Z geboren am 00.00.2014). Der Vater der Kinder ist marokkanischer Staatsangehöriger. Er bezog Leistungen nach dem AsylbLG. Ab dem 01.04.2014 ist die Antragstellerin mit ihren Kindern von der Stadt E in Ausübung ihrer ordnungsbehördlichen Aufgaben in eine Unterkunft gegen Erhebung einer Nutzungsgebühr eingewiesen worden. Seit Juni 2014 befindet sich die Tochter T in Tagespflege. Das Jugendamt der Stadt E gewährt Leistungen gemäß [§§ 23, 24 SGB VIII](#).

Ab Dezember 2012 erhielt die Antragstellerin vom Antragsgegner Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes in Form des Regelbedarfs. Mit Bescheid vom 23.03.2015 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Antragstellerin vom 01.12.2014 unter Berufung auf [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ab. Der Aufenthaltsgrund der Antragstellerin in der Bundesrepublik beschränke sich allein auf den Bezug von Sozialleistungen. Hiergegen erhob die Antragstellerin Widerspruch. Das Widerspruchsverfahren ist ruhend gestellt.

Die Antragstellerin bezieht Kindergeld i.H.v. insgesamt 368,00 EUR mtl. sowie Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz i.H.v. insgesamt 266,00 EUR mtl.

Am 22.04.2015 hat die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, ihr Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II i.H.v. 399,00 EUR mtl. zu gewähren.

Durch Beschluss vom 25.06.2015 hat das Sozialgericht Düsseldorf den Antrag abgelehnt. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen den am 29.06.2015 zu gestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 24.07.2015 Beschwerde eingelegt.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Der Antragstellerin steht für den Zeitraum von der Antragstellung im Eilverfahren beim Sozialgericht am 22.04.2015 bis zum 31.10.2015 ein Anspruch auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Regelleistungen nach dem SGB II zu, der im Wege der Folgenabwägung zuzuerkennen ist.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (d. h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie eines Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen ([§ 86 Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)). Glaubhaftmachung bedeutet das Dargelegen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, d.h. der guten Möglichkeit, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung BSG, Beschluss vom 07.04.2011 - [B 9 VG 15/10 B](#) -; BSG, Beschluss vom 08.08.2001 - [B 9 V 23/01 B](#) - [SozR 3-3900 § 15 Nr. 4](#)).

Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn dem Antragsteller der zu sichernde Hauptsacheanspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zusteht, wenn also eine Vorausbeurteilung des Widerspruchs bzw. der Klage in der Hauptsache nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist. Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für Anfechtungs- und (wie hier) Vornahmesachen dürfen grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 06.08.2014 - [1 BvR 1453/12](#) - SGB 2015, 175, m.w.N. und vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#) - [BVerfGE 20, 196](#)). Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine etwaige Verletzung von Grundrechten nach Möglichkeit zu verhindern (BVerfG, Beschluss vom 13.04.2010 - [1 BvR 216/07](#) - [BVerfGE 126, 1](#) (27 f.), m.w.N.; vgl. zur Prüfungsdichte von rechtlichen Fragen: BVerfG, Beschluss vom 27.05.1998 - [2 BvR 378/98](#) - [NVwZ-RR 1999, 217](#)). Dabei ist eine weitergehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs von Verfassungs wegen dann erforderlich, wenn dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch eine nachträgliche Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann. Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#), a.a.O.). Ist einem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. In diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen.

Nach diesen Maßgaben entscheidet der Senat auf Grund einer Folgenabwägung, weil nach dem derzeitigen Sachstand mehr für als gegen ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache spricht.

Der Anordnungsgrund ergibt sich aus dem glaubhaft gemachten Fehlen von Eigenmitteln. Verbleibende Zweifel sind der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Ob auch ein Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruchs auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II glaubhaft gemacht ist, muss offen bleiben. Zwar hat die Antragstellerin das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) bzw. [§ 7 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) glaubhaft gemacht (hierzu unter 1.). Es spricht auch mehr dagegen als dafür, dass zu ihren Lasten der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) eingreift (hierzu unter 2.).

1. Die Antragstellerin hat das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II](#)). Sie ist ferner erwerbsfähig im Sinne von [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#), 8 SGB II. Anhaltspunkte für eine fehlende (gesundheitliche) Erwerbsfähigkeit liegen nicht vor. Die Antragstellerin hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) i.V.m. [§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I](#).

Die Antragstellerin hat auch ihre Hilfebedürftigkeit i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#), 9 SGB II glaubhaft gemacht. Sie hat in der Zeit seit dem 22.04.2015 nicht über Einkommen, auch nicht in Form von überschießendem Kindergeld, oder Vermögen verfügt, um ihren Lebensbedarf zu sichern. Der Bedarf ihrer beiden Kindern von insgesamt 399,57 EUR (234,00 EUR Regelbedarf + 165,57 EUR anteilige Nutzungsgebühr (1/3 von 496,11 EUR)) wird durch die Leistungen nach dem UVG (133,00 EUR) und dem Kindergeld (184,00 EUR) i.H.v. insgesamt 317,00 EUR nicht gedeckt. Allein die Tatsache, dass auch ohne Leistungen durch den Träger der Grundsicherung jedenfalls das Lebensnotwendige offenbar gesichert ist, lässt eine Hilfebedürftigkeit nicht entfallen. Entscheidend ist, ob Einkommen in Geld oder Geldeswert im jeweils zu beurteilenden Zeitraum in einer Höhe konkret zur Verfügung steht, das den Gesamtbedarf vollständig deckt (vgl. BSG Urteil vom 18.02.2010 - [B 14 AS 32/08 R](#) - SozR 4-4200 § 9 Nr. 9). Dafür, dass die Antragstellerin ab Antragstellung bei Gericht über unbekanntes Einkommen oder Vermögen verfügt hat, liegen keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor. Die Antragstellerin hat auch nachvollziehbar dargelegt, dass sie den Lebensunterhalt von sich und ihren Kindern aus den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln von insgesamt 634,00 EUR (368,00 EUR Kindergeld + 266,00 EUR Leistungen nach dem UVG) bestreiten kann, da sie die von der Stadt E erhobenen Nutzungsgebühren nicht begleicht. Der Senat hat keinen Anlass an der Richtigkeit der Angaben zu zweifeln.

Soweit die Auffassung vertreten wird, dass die in [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) normierten Leistungsvoraussetzungen um die ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des Bestehens eines (materiellen) Aufenthaltsrechts zu erweitern sei (so das LSG Hessen, Beschluss vom 11.12.2014 - [L 7 AS 528/14 B ER](#)), folgt der Senat dem nicht (vgl. Urteil des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#) (Revision anhängig B 14 AS 35715 R)).

2. Ob die Antragstellerin vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen ist, kann der Senat nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abschließend beurteilen. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländer und Ausländerinnen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen.

Die Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) fordert eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw. der Gründe des Aufenthaltsrechts am Maßstab des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) und ggf. des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG; vgl. BSG, Vorlagebeschluss vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#) m.w.N.). Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik zusteht (BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#), m.w.N.).

Die Voraussetzungen für Aufenthaltsrechte gemäß § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2 - 6 FreizügG/EU liegen nicht vor. Ebenfalls ist der Tatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU - Aufenthalt zur Arbeitssuche - nicht erfüllt. Danach haben Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, bis zu sechs Monaten und darüber hinaus solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden, ein Aufenthaltsrecht. Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist besteht ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche damit nur dann, wenn ein Unionsbürger nachweisen kann, dass er ernsthaft und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, wobei dies objektivierbar nach außen hin zum Ausdruck gebracht werden muss (vgl. EuGH, Urteile vom 23.03.2004 - [C-138/02](#) - Collins, vom 20.02.1997 - [C-344/95](#); und vom 26.02.1991 - [C-292/89](#) - Antonissen; OVG Sachsen, Beschluss vom 07.08.2014 - [3 B 507/13](#) m.w.N.; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26.06.2014 - [4 LB 22/13](#); VGH Bayern, Beschluss vom 11.02.2014 - [10 C 13.2241](#)). Vorliegend hat die Antragstellerin schon keine konkreten Bewerbungsbemühungen im streitbefangenen Zeitraum glaubhaft gemacht.

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte ist die Antragstellerin jedoch daueraufenthaltsberechtigt gemäß §§ 2 Abs. 2 Nr. 7, 4a FreizügG/EU. Gemäß § 4a Abs. 1 FreizügG/EU haben Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU, das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht). Der Senat sieht es - entgegen der Auffassung des Antragsgegners - als glaubhaft gemacht an, dass die Antragstellerin sich vor Vollendung des 21. Lebensjahres am 15.10.2014 seit fünf Jahren ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Die Antragstellerin ist am 29.04.2009 in die Bundesrepublik eingereist. Die in der Meldebescheinigung aufgeführte Lücke vom 01.09.2009 bis zum 15.09.2009 lässt - auch im Hinblick darauf, dass die Mutter die Wohnung F-Straße 00, X zum 01.08.2009 - die Meldeadresse der Antragstellerin ab dem 15.09.2009 - schon zum 01.08.2009 angemietet hatte, nicht zwingend den Schluss zu, dass die Antragstellerin sich nicht in der Bundesrepublik aufgehalten hat. Auch die Aufnahme des Schulbesuchs im Gymnasium im November 2009 lässt nicht den Rückschluss zu, dass die Antragstellerin zuvor nach Litauen zurückgekehrt ist. Insoweit ist ein Wechsel der Schule während des laufenden Schuljahres naheliegend. Auch wird der ständige Aufenthalt gemäß § 4a Abs. 6 Nr. 1 FreizügG/EU nicht durch Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr berührt. Die fehlende Meldeadresse für die Zeit vom 14.09.2011 bis zum 31.05.2012 stellt ebenfalls kein zwingendes Indiz für eine Ausreise der Antragstellerin dar. Aus der Akte des Jobcenters X ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin in diesem Zeitraum wohnungslos gewesen ist, aber in ständigen Kontakt mit dem Jobcenter gestanden hat.

Ein ständiger Aufenthalt von fünf Jahren genügt allein nicht zur Begründung eines Daueraufenthaltsrechts i.S.v. § 4a FreizügG/EU; vielmehr muss ein Unionsbürger in diesem Zeitraum auch durchgehend materiell, d.h. entsprechend den Vorschriften des FreizügG/EU, aufenthaltsberechtigt gewesen sein (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 16.07.2015 - [1 C 22/14](#) m.w.N.). Die Antragstellerin hat ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige von Frau D. aus § 3 Abs. 1, 2 Nr. 1 FreizügG/EU durchgehend seit ihrer Einreise bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres innegehabt. Danach haben Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Die Tatsache, dass die Antragstellerin seit 2011 nicht mehr mit ihrer Mutter zusammenwohnt, lässt ein etwaiges Aufenthaltsrecht aus § 3 Abs. 1, 2 Nr. 1 FreizügG/EU nicht entfallen (vgl. BSG, Urteil vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#) -, SozR 4-4200 § 7 Nr. 28). Frau D. ist in der Zeit vom 02.05.2009 bis zum 30.06.2010 gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU als Arbeitnehmerin aufenthaltsberechtigt gewesen. Sie hat ihre Arbeitnehmereigenschaft auch nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte durch den Verlust der Arbeitsstelle nicht verloren. Denn sie hat nach mehr als einjähriger Beschäftigung unfreiwillig, d.h. durch eine Kündigung ihrer Arbeitgeberin, ihre Arbeitsstelle verloren und die Arbeitslosigkeit bei dem Jobcenter X als zuständige Stelle gemeldet (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU). Damit hat sich die Antragstellerin als Familienangehörige einer Arbeitnehmerin i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU vor Vollendung des 21. Lebensjahres mehr als 5 Jahre ständig rechtmäßig in der Bundesrepublik aufgehalten und damit ein Daueraufenthaltsrecht gemäß § 4a FreizügG/EU erworben.

Wenn ein Daueraufenthaltsrecht der Antragstellerin verneint wird, handelt es sich bei der Antragstellerin um eine Unionsbürgerin ohne materielles Aufenthaltsrecht - wie vom Antragssteller unterstellt -, die sich aber wegen der fehlenden Verlustfeststellung nach §§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 FreizügG/EU formell rechtmäßig in der Bundesrepublik aufhält (siehe hierzu Dienelt in Renner/ Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 11 Rn. 13, § 7 Rn. 10). Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats (zuletzt Senatsurteil vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#) m.w.N. (Revision anhängig [B 14 AS 35/15 R](#))) ist der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) auf diesen Personenkreis nicht anwendbar. Der Senat folgt nicht der Auffassung, dass diese Vorschrift im Wege teleologischer Auslegung neben Unionsbürgern mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche auch Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht erfasst (so aber LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2015 - [L 1 AS 2338/15 B ER](#) - und Urteil vom 28.11.2014 - [L 12 AS 3227/14](#); LSG Bayern, Beschluss vom 14.04.2015 - [L 7 AS 225/15 B ER](#); LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 04.02.2015 - [L 2 AS 14/15 B ER](#); LSG NRW, Beschlüsse vom 16.07.2015 - [L 2 AS 399/15 B ER](#) m.w.N. und vom 09.01.2015 - [L 12 AS 2209/14 B ER](#); LSG Hamburg, Beschluss vom 01.12.2014 - [L 4 AS 444/14 B ER](#)). Der Wortlaut der Vorschrift stellt nur auf das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ab und ist wegen des Ausnahmecharakters des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) einer erweiternden Auslegung im Wege des "Erst-Recht-Schlusses" nicht zugänglich (so auch LSG Hessen, Beschlüsse vom 07.04.2015 - [L 6 AS 62/15 B ER](#) und vom 05.02.2015 - [L 6 AS 883/14 B ER](#) und Urteile vom 27.11.2013 - [L 6 AS 378/12](#) (Revision [B 14 AS 15/14 R](#)) und - [L 6 AS 726/12](#) (Revision [B 14 AS 18/14 R](#)); LSG NRW, Beschluss vom 03.03.2015 - [L 7 AS 2376/14 B ER](#); LSG Thüringen, Beschluss vom 25.04.2014 - [L 4 AS 306/14 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 06.03.2014 - [L 31 AS 1348/13](#) -, vom 19.03.2015 - [L 31 AS 1268/14](#) (Revision anhängig [B 14 AS 15/15 R](#)) und vom 18.06.2015 - [L 31 AS 100/14](#) -, wonach der Leistungsausschluss sich auf Unionsbürger bezieht, die sich - ohne eine tatsächliche noch andauernde Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt erlangt zu haben - zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhalten und bei denen sich - in Abgrenzung zu den Fällen eines bloßen Sozialleistungsmisbrauchs - die Ernsthaftigkeit dieser Arbeitsuche konkret manifestiert hat).

Selbst wenn angenommen wird, dass die Antragstellerin alleine ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) innehat, ist offen, ob der Leistungsausschluss mit den unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar ist (vgl. zum Meinungsstand bejahend: LSG

Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.12.2014 - [L 20 AS 2697/14 B ER](#); verneinend: LSG Hessen, Beschluss vom 07.01.2015 - [L 6 AS 815/14 B ER](#) -; Vorlagebeschluss des BSG vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#), Verfahren des EuGH [C-67/14](#) - Alimanovic). Der Senat sieht die Rechtmäßigkeit des Leistungsausschlusses (auch) für tatsächlich Arbeit suchende Unionsbürger jedenfalls nicht als durch das Urteil des EuGH vom 11.11.2014 - [C 333/13](#) Dano geklärt an. Die Aussagen in diesem Urteil beschränken sich vielmehr auf den Personenkreis der tatsächlich nicht Arbeit Suchenden, dem auch die Klägerin im dort entschiedenen Fall angehörte. Die Unionsbürger mit materiellem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche betreffende Problematik des Leistungsausschlusses besteht dagegen fort (vgl. z.B. die Sicht des Generalanwalts Wathelet in seinen Schlussanträgen [C-67/14](#) Alimanovic vom 26.03.2015 und [C-299/14](#) Garcia-Nieto vom 04.06.2015, zugänglich unter <http://curia.europa.eu/juris/document>; Schreiber, info also 2015, S. 3 f., m.w.N.).

Im Hinblick auf die vorstehend skizzierten, in der Rechtsprechung vielfältig vertretenen und kontrovers diskutierten Auffassungen über die Anwendung und Auslegung des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sowie dessen Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorschriften und der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 GG](#) (vgl. hierzu BVerfG, Urteile vom 09.02.2010 - [1 BvL 1/09](#), [1 BvL 3/09](#), [1 BvL 4/09](#) - [BVerfGE 125, 175](#) und vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#); siehe auch Kirchhof, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1, 4) sieht der Senat den Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen an. Es besteht die gute Möglichkeit, dass die Antragstellerin im Hauptsacheverfahren obsiegt. Im Hinblick auf die Bedeutung der durch den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) betroffenen grundrechtlichen Belange der Antragstellerin - Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums - hält der Senat es deshalb für gerechtfertigt, im Wege einer Folgenabwägung, die die grundrechtlichen Belange der Antragstellerin, die existenzsichernde, aber auch den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichternde Leistungen begehrt, und das Interesse des Antragsgegners an einer Verhinderung einer rechtswidrigen Mittelvergabe berücksichtigt, zu entscheiden.

Nach dieser Abwägung tritt das Vollzugsinteresse des Antragsgegners, d.h. bei ungeklärter Rechtslage keine finanziellen Aufwendungen an die Antragstellerin zu erbringen, hinter dem Interesse der Antragstellerin zurück. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass es sich um eine faktische Vorwegnahme der Hauptsache handelt. Jedoch dienen existenzsichernde Leistungen - wie die des SGB II - nach ihrer Konzeption dazu, eine gegenwärtige Notlage zu beseitigen. Die spätere, nachträgliche Erbringung von existenzsichernden Leistungen verfehlt insoweit ihren Zweck. In die Abwägung hat der Senat auch die Überlegung mit eingestellt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im nationalen einstweiligen Rechtsschutz sicherzustellen ist, dass bis zur Klärung einer europarechtlichen Frage im Vorabentscheidungsverfahren die betroffenen europarechtlichen Normen vorrangig gelten, wenn "unter Umständen" innerstaatliche Vorschriften entgegenstehen (EuGH, Urteil vom 19.06.1990 - [C-213/89](#)), also der Vollzug eines nationalen Gesetzes ausgesetzt wird (vgl. zu den Anforderungen an eine Folgenabwägung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren betreffend die Nichtanwendung eines Gesetzes: BVerfG Beschluss vom 17.02.2009 - [1 BvR 2492/08](#) - [BVerfGE 122, 342](#)). Das BSG hat als letztinstanzliches Gericht i.S.d. [Art. 267 Abs. 3 AEUV](#) den EuGH um eine Vorabentscheidung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs.1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ersucht (Vorlagebeschluss des BSG vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#), Verfahren des EuGH [C-67/14](#) - Alimanovic). Dies ist bei der Folgenabwägung mit zu berücksichtigen. Insoweit kommt dem Schlussantrag des Generalanwalts Wathelet in der Rechtsache Alimanovic - [C-67/14](#) keine präjudizielle Bedeutung zu.

Zudem hat der Senat bei der Abwägung auch berücksichtigt, dass der Antragsgegner seine finanziellen Belange durch die Anmeldung eines Erstattungsanspruchs nach [§§ 102 ff. SGB X](#) beim örtlichen Sozialhilfeträger wahren kann. Denn bei einem Eingreifen des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) kommt ein Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII in Betracht. [§ 21 S. 1 SGB XII](#) greift bei Hilfebedürftigen, die von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, nicht ein (Beschlüsse des Senats vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#) m.w.N. und vom 02.10.2012 - [L 19 AS 1393/12 B ER](#) m.w.N.; LSG Hamburg, Beschluss vom 01.12.2014 - [L 4 AS 444/14 B ER](#) m.w.N.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 23.05.2014 - [L 8 SO 129/14 B ER](#) mit Zusammenfassung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur; so wohl auch BSG, Urteil vom 12.12.2013 - [B 8 SO 24/12 R](#) - SozR 4-3500 § 67 Nr. 1; siehe ferner BSG, Urteil vom 16.05.2011 - [B 4 AS 105/11 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr. 30; ablehnend LSG NRW, Beschluss vom 20.08.2015 - [L 12 AS 1180/15 B ER](#); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2015 - [L 1 AS 2338/15 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.06.2015 - [L 31 AS 100/14](#) und Beschluss vom 10.12.2014 - [L 20 AS 2697/14 B ER](#); LSG Hessen, Beschluss vom 22.05.2015 - [L 4 SO 31/15 B ER](#); LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 04.02.2015 - [L 2 AS 14/15 B ER](#); kritisch auch LSG NRW, Beschluss vom 15.05.2013 - [L 9 AS 466/13 B ER](#)). Zwar kann [§ 23 SGB XII](#) einen Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausschließen, jedoch besteht auch bei Eingreifen des Leistungsausschlusses nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) ein Anspruch auf Sozialhilfe im Ermessenswege, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (Coseriu in jurisPK-SGB XII, 2. Aufl., § 23 Rn. 75 ff; Greiser in jurisPK-SGB XII Anhang zu § 23 Rn. 119 ff; Armbrorst in LPK-SGB II, 5. Aufl., § 8 Rn. 30; Birk in LPK-SGB XII, 9. Aufl., § 23 Rn. 21; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, Stand VII/12, § 23 Rn. 50; vgl. auch OVG Berlin Beschluss von 22.04.2003 - [6 S 9 03](#); BVerfG Urteil vom 10.12.1987 - [5 C 32/85](#) zur Vorgängervorschrift des § 120 BSHG; vgl. auch LSG NRW Beschlüsse vom 18.11.2011 - [L 7 AS 614/11 B ER](#) und vom 28.11.2012 - [L 7 AS 2109/11 B ER](#); offengelassen: BSG Urteil vom 18.11.2014 - [B 8 SO 9/13 R](#); a.A. anscheinend LSG NRW, Beschluss vom 20.08.2015 - [L 12 AS 1180/15 B ER](#)). Bei Ermessensleistungen sind bei Art und Umfang der Leistungen Einschnitte möglich, die ihre Grenze bei dem zum Lebensunterhalt Unerlässlichen haben dürften (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn. 76). Insoweit ist auch der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in die Erwägungen einzubeziehen, wonach das Existenzminimum eines Ausländers auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#); siehe auch Kirchhof, a.a.O.). Inwieweit die Antragstellerin, die als Minderjährige in die Bundesrepublik eingereist und deren Integration in den Arbeitsmarkt in der Bundesrepublik bislang gescheitert ist, auf einen Existenzsicherungsanspruch in ihrem Herkunftsland Litauen resultierend aus dem Art. 13 der Europäischen Sozialcharta verwiesen werden kann, ist offen (vgl. hierzu LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 04.02.2015 - [L 2 AS 14/15 B ER](#)).

Der Geltungszeitraum der Regelungsanordnung orientiert sich an [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., § 86b Rn. 35b m.w.N.).

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren nach [§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 114 ff. ZPO](#) liegen vor. Prozesskostenhilfe steht - bei Vorliegen der Voraussetzung nach [§§ 73 a Abs. 1 S. 1 SGG, 114 ZPO](#) im Übrigen - auch unter dem Gesichtspunkt zu, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Erfolgsaussicht geboten hat. Bei der Frage der Anwendung und Auslegung des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) handelt es sich um eine schwierige, ungeklärte Rechtsfrage (vgl.

hierzu Beschluss des Senats vom 03.08.2015 - [L 19 AS 1284/15 B](#)). Da bereits die Vertretbarkeit eines Rechtsvorbringens für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ausreicht, bildet bei seiner Bewertung nicht die Rechtsansicht des jeweils erkennenden Spruchkörpers, sondern eine allgemeine/objektive Betrachtung den Maßstab (BGH, Beschlüsse vom 08.05.2013 - [XII ZB 624/12](#) - und vom 05.3.2014 - [XII ZB 220/11](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 28.2.2014 - [L 32 AS 2279/13 B PKH](#) ; a.A. offensichtlich LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse v.16.07.2015 - [L 2 AS 399/15 B ER](#) und [L 2 AS 400/15 B](#) und vom 20.08.2015 - [L 12 AS 1180/15 B ER](#)). Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-09-29