

L 2 AS 127/17 B ER

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
2
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 18 AS 4188/16 ER

Datum
30.01.2017
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 2 AS 127/17 B ER

Datum
07.03.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2017 wird abgeändert und der Antragsgegner wird verpflichtet, den Antragstellern vorläufig für den Zeitraum vom 1. November 2016 bis zum 28. Dezember 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches in gesetzlicher Höhe zu erbringen.

Die Beigeladene wird verpflichtet, den Antragstellern vorläufig Leistungen der Sozialhilfe zur Sicherung des Lebensunterhalts in gesetzlicher Höhe für die Zeit vom 29. Dezember 2016 bis zum Ende des Monats April 2017 zu gewähren.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat den Antragstellern ein Drittel und die Beigeladene hat den Antragstellern zwei Drittel der außergerichtlichen Kosten des Antrags- und des Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) bzw. nach dem Zwölften Buch - Sozialhilfe (SGB XII).

Die am ... 1986 geborene Antragstellerin zu 1. ist in Angola geboren und portugiesische Staatsangehörige. Sie reiste nach eigenen Angaben im März 2013 nach Deutschland ein. Die am ... 2006 geborene Antragstellerin zu 2. und der am ... 2009 geborenen Antragsteller zu 3. sind die Kinder der Antragstellerin zu 1. und ebenfalls portugiesische Staatsangehörige. Der Vater der Kinder hält sich nach den Angaben der Antragstellerin zu 1. in Angola auf. Die Antragsteller bewohnen eine im Februar 2014 von der Antragstellerin zu 1. angemietete Wohnung in der H. Straße in H ... Für Unterkunft und Heizung sind monatlich 339,61 EUR für Miete und Nebenkostenvorauszahlung und 64,89 EUR als Vorauszahlung für Heizung und Wassererwärmung aufzuwenden. Insoweit haben die Antragsteller den Leistungsanspruch an die Vermieterin abgetreten.

Die Antragstellerin zu 1. war vom 11. September 2015 bis 7. November 2015 bei der Firma K. GmbH in G. beschäftigt. In dem Arbeitsvertrag war vereinbart, dass sie als Reinigungskraft in einem R. Markt in K. jeweils montags bis samstags für 1,5 Stunden arbeiten sollte. Als Vergütung war ein Stundenlohn von 9,55 EUR vereinbart. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Oktober 2015. Darüber hinaus war die Antragstellerin zu 1. vom 1. bis 31. Oktober 2015 als Küchenhilfe in einem Restaurant in P. (in der Nähe von K.) beschäftigt. Vereinbart war eine Arbeitszeit von 50 Stunden im Monat und eine Vergütung von 9 EUR pro Stunde. Dieses Arbeitsverhältnis endete ebenfalls durch eine Kündigung seitens des Arbeitgebers. Aus diesen beiden Beschäftigungen erzielte die Antragstellerin zu 1. im Oktober 2015 Einkommen in Höhe von insgesamt 636,74 EUR (186,78 EUR als Reinigungskraft und 450 EUR als Küchenhilfe). Im November 2015 erzielte die Antragstellerin zu 1. aus der Beschäftigung als Reinigungskraft ein Einkommen von 364,73 EUR.

Die Antragstellerin zu 2. ist Schülerin und besucht die Grundschule H. Straße in H ... Nach dem von dieser Schule erteilten Halbjahreszeugnis der 4. Schulklasse vom 23. Januar 2017 über den Schulbesuch im Schuljahr 2016/2017 erscheint die Antragstellerin zu 2. regelmäßig zum Unterricht. Der Antragsteller zu 3. besucht seit dem Beginn des Schuljahres 2016/2017 ebenfalls regelmäßig die erste Klasse der Grundschule H. Straße. Die Antragstellerin zu 2. und der Antragsteller zu 3. erhalten Kindergeld in Höhe von jeweils monatlich 190 EUR bis

Dezember 2016 sowie 192 EUR ab Januar 2017.

Die Beteiligten haben bereits mehrere einstweilige Rechtsschutzverfahren geführt. Zuletzt hat der Senat den Antragsgegner verpflichtet, den Antragstellern vorläufig für den Zeitraum vom 1. Mai bis zum 31. Oktober 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu erbringen (wegen der näheren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Senats vom 24. August 2016, [L 2 AS 449/16 B ER](#) verwiesen, der den Beteiligten bekannt ist).

Einen neuen Antrag der Antragsteller auf Weiterbewilligung von Leistungen lehnte der Antragsgegner mit Hinweis auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#)

Nr. 2 SGB II ab. Hiergegen haben die Antragsteller Widerspruch eingelegt, über den der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 16. Februar 2017 entschieden hat. Wegen näherer Einzelheiten hierzu wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten verwiesen.

Die Antragsteller haben am 30. November 2016 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht Halle (SG) gestellt mit dem Antrag, den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen ab dem 1. Oktober 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren. Sie haben vorgetragen, über keine finanziellen Mittel mehr zu verfügen. Weiter haben sie vorgetragen, der Vermieter habe angekündigt, wegen der mittlerweile wieder aufgelaufenen Mietrückstände aus einem vorhandenen Räumungsurteil vorgehen zu wollen.

Mit einer Veränderungsmeldung vom 12. Dezember 2016 haben die Antragsteller mitgeteilt, dass der am ... 1995 geborene Herr B. mit bei ihnen in der Wohnung wohnt. Dies dauere nur solange an, bis dieser eine eigene Wohnung gefunden habe. Es bestünde keine eheähnliche Gemeinschaft mit der Antragstellerin zu 1 ...

Das SG hat die Stadt H. als örtlichen Sozialhilfeträger beigezogen.

Mit Beschluss vom 30. Januar 2017 hat die 18. Kammer des SG durch den Kammervorsitzenden den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt und ausgeführt: Der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) greife zu Lasten der Antragstellerin zu 1. und damit auch ihrer Kinder als Familienangehörige ein. Das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1. ergebe sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche. Ein sich aus Art. 10 der Verordnung 492/11 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der EU ergebendes Aufenthaltsrecht sei ein abgeleitetes Recht und damit kein weiteres Aufenthaltsrecht im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#).

Gegen den ihnen am 14. Februar 2017 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 20. Februar 2017 Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt: Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) handele es sich bei dem sich aus Art. 10 der Verordnung 492/11 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der EU ergebenden Aufenthaltsrecht um ein eigenes und nicht nur abgeleitetes Aufenthaltsrecht.

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2017 aufzuheben und den Antragsgegner - hilfsweise die Beigeladene - zu verpflichten, ihnen vorläufig für die Zeit ab dem 1. Oktober 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in gesetzlicher Höhe zu erbringen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung des SG für richtig.

Die Beigeladene beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen, soweit hilfsweise ihre Verpflichtung zur Leistungsgewährung begehrt wird.

Die Beigeladene meint, dass jedenfalls sie nicht leistungspflichtig sein könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragsteller ist zulässig und überwiegend begründet.

Die nach [§ 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist statthaft nach [§ 172 Abs. 1 und 3 Nr. 1 SGG](#). Der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigt den Berufungswert des [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) in Höhe von 750 EUR. Es ist davon auszugehen, dass vorläufige Leistungen zumindest für sechs Monate begehrt werden.

Soweit die Antragsteller eine Verpflichtung des Antragsgegners oder der Beigeladenen zur vorläufigen Leistungserbringung für den Monat Oktober 2016 begehren, kann die Beschwerde schon deshalb keinen Erfolg haben, weil es insoweit am Rechtsschutzbedürfnis für einen Eilantrag fehlt. Denn eine solche Verpflichtung ergibt sich für den Antragsgegner schon aus dem Beschluss des Senats vom 12. Juli 2016 - [L 2 AS 449/16 B ER](#). Die Antragsteller haben keine Gründe dafür vorgetragen, wieso eine insoweit nur wiederholende Verpflichtung erforderlich sein sollte.

Im Übrigen ist aber die Beschwerde mit dem Hauptantrag für die Zeit vom 1. November bis zum 28. Dezember 2016 und mit dem

Hilfsantrag für die Zeit vom 29. Dezember 2016 bis zum 30. April 2017 begründet.

Rechtsgrundlage für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ist [§ 86b Abs. 2 SGG](#). Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte oder eine Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die [§§ 920, 921, 923, 926, 928 bis 932, 938, 929 Abs. 1 und Abs. 3 sowie die §§ 930 bis 932, 938, 939 und 945](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) gelten entsprechend. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist danach stets, dass sowohl ein Anordnungsgrund, d. h. die Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, und ein Anordnungsanspruch, d. h. die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines in der Sache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs, glaubhaft gemacht werden (vgl. [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) iVm [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)).

Der Beweismaßstab im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfordert im Gegensatz zu einem Hauptsacheverfahren nicht die volle richterliche Überzeugung vom Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen. Ein Anordnungsanspruch und der Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen überwiegend wahrscheinlich sind. Dies erfordert, dass mehr für als gegen die Richtigkeit der Angaben spricht (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., § 86b, Rn. 16b). Ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Die grundrechtlichen Belange der Antragsteller sind umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 22. November 2002 - [1 BvR 1586/02](#)).

Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch gegenüber dem Antragsgegner sind die [§§ 19 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 20 Abs. 1](#) und 2, 23 sowie 22 Abs. 1 SGB II. Nach diesen Vorschriften erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Arbeitslosengeld II. Nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten Sozialgeld, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des Zwölften Buches haben. Die Leistungen umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung. In Höhe dieser Bedarfe werden sie erbracht, soweit sie nicht durch das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen gedeckt sind. Leistungsberechtigt sind gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) Personen, die u. a. erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Hilfebedürftig ist nach [§ 9 Abs. 1 SGB II](#), wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Nach [§ 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) sind bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, auch das Einkommen und Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Einkommen und Vermögen sind nach Maßgabe der [§§ 11 ff, 12 SGB II](#) anzurechnen.

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin zu 1. erfüllt die Anspruchsvoraussetzungen der [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 und 4 SGB II](#). Sie hat das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht. Auch ist sie, da ihr die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt werden könnte, in der Lage, in dem in [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) beschriebenen Umfang erwerbstätig zu sein. Denn nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) reicht hierfür die rechtliche Möglichkeit aus, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach [§ 39](#) des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) aufzunehmen. Zudem hat die Antragstellerin zu 1. ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach [§ 30 Abs. 3 Satz 2](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil (SGB I) im Sinne eines zukunfts offenen Verbleibs (vgl. dazu BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#), juris, Rn. 18) in der Bundesrepublik Deutschland begründet. Seit dem 29. Januar 2013 tritt bei Unionsbürgern an die Stelle der Überprüfung der Voraussetzungen für die Ausstellung einer Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht die Prüfung über das Vorliegen oder den Fortbestand der Voraussetzungen für die Ausübung des Freizügigkeitsrechts nach [§ 2 Abs. 1, § 5 Abs. 3](#) des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU). Die Antragstellerin zu 2. und der Antragsteller zu 3. erfüllen die Anspruchsvoraussetzungen nach [§ 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), da sie mit der Antragstellerin zu 1. in einer Bedarfsgemeinschaft leben und keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII haben.

Der Leistungsanspruch ist bis zum 28. Dezember 2016 auch nicht nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB II](#) ausgeschlossen. Anwendung findet die Norm in ihrer bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung durch das Gesetz vom 26. Juli 2016 ([BGBl. I, S. 1824](#)).

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) haben Ausländer und ihre Familienangehörigen in den ersten drei Monaten keinen Leistungsanspruch, wenn sie weder in der Bundesrepublik Arbeitnehmer oder Selbständige, noch aufgrund von [§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU](#) freizügigkeitsberechtigt sind. Dieser Leistungsausschluss kann hier nicht einschlägig sein, weil die Antragsteller schon deutlich länger als drei Monate in der Bundesrepublik Deutschland leben.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) haben Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, keinen Leistungsanspruch.

Die Antragstellerin zu 1., die nach Lage der Akten zuletzt bis Ende Oktober 2015 abhängig beschäftigt und seither auch nicht selbständig erwerbstätig war, kann ein Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 2 FreizügG/EU](#) nur aus der Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche ableiten. Sie übt derzeit weder eine abhängige noch eine selbständige Erwerbstätigkeit aus noch hält sie sich zur Berufsausbildung in der Bundesrepublik Deutschland auf. Das nachgehende Freizügigkeitsrecht aufgrund ihrer vorangegangenen, zuletzt bis Ende Oktober 2015 ausgeübten Erwerbstätigkeit von unter einem Jahr nach [§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU](#) besteht nach Ablauf von sechs Monaten nicht mehr. Der Antragstellerin zu 1. steht auch kein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige nach [§ 3 FreizügG/EU](#) zu.

Es besteht dennoch ein anderes Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1. als das zum Zwecke der Arbeitsuche. Dieses ergibt sich aus 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 (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 (im Folgenden als Art. 10 der Verordnung 492/11 bezeichnet). Deshalb greift der hier alleine in Betracht kommende Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht ein. Aufgrund des Leistungsanspruchs der Antragstellerin zu 1. gegen den Antragsgegner besteht gemäß [§ 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) auch ein Leistungsanspruch der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Diese bilden als mit der Antragstellerin zu 1. zusammenlebende Kinder eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des SGB II.

Der Antragstellerin zu 1. steht ebenso wie der Antragstellerin zu 2. und dem Antragsteller zu 3. ein Aufenthaltsrecht unmittelbar aus Art. 10 der Verordnung 492/11 zu. Danach können Kinder eines Mitgliedsstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedsstaats am allgemeinen Unterricht sowie der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedsstaates wohnen. Diese Kinder haben nach der Rechtsprechung des EuGH ein eigenständiges Aufenthaltsrecht unabhängig von dem ggf. beendeten Aufenthaltsrecht der Eltern nach einer abhängigen Beschäftigung. Denn wenn das Aufenthaltsrecht der Kinder entfallen würde, weil das Aufenthaltsrecht der Eltern als Arbeitnehmer beendet worden ist, könnten diese Kinder ihre Ausbildung nicht fortsetzen. Dieses ausbildungsbezogene Aufenthaltsrecht der Kinder besteht unabhängig von den Voraussetzungen der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 29. April 2004 (ABl. L 158 vom 30. April 2004). Insbesondere müssen diese Kinder und der sorgeberechtigte Elternteil nicht über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen (vgl. Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Urteil vom 23. Februar 2010 - [C-480/08 "Texeira"](#) zu der inhaltsgleichen Regelung in Art. 12 der Verordnung Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968). Zusammen mit dem in der Ausbildung befindlichen Kind hat der sorgeberechtigte Elternteil ein von diesem abgeleitetes Aufenthaltsrecht, auch wenn das auf den Freizügigkeitsregelungen beruhende eigene Aufenthaltsrecht des Elternteils bereits nicht mehr besteht (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - [B 4 AS 43/15 R](#), juris, Rn. 31).

Aufgrund der vorgelegten Bescheinigungen der Grundschule sowie der Halbjahreszeugnisse sowie der darin festgehaltenen Fehlzeiten sieht der Senat jedenfalls im einstweiligen Rechtsschutzverfahren keine Veranlassung daran zu zweifeln, dass die Antragstellerin zu 2. und der Antragsteller zu 3. die Schule auch tatsächlich und regelmäßig besuchen.

Auch die weiteren Voraussetzungen für das sich aus Art. 10 der Verordnung 492/11 ergebende Aufenthaltsrecht liegen vor.

Die Antragstellerin zu 1. hatte durch die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit ab dem 11. September 2015 ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizüg/EU als Arbeitnehmerin erworben. Sie nahm am 11. September 2015 eine Beschäftigung als Reinigungskraft auf. Bei dieser Tätigkeit handelte es sich nicht nur um eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer, die eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausüben mit Ausnahme derjenigen Arbeitnehmer, deren Tätigkeit einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rs. "Geven" - [C-213/05](#), [Slg. 2007, I-6347](#), Rn. 16). Eine nur völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit hat der EuGH für eine Arbeitnehmertätigkeit mit einem Durchschnittslohn von etwa 175 EUR pro Monat verneint, ohne sich auf eine feste Untergrenze festzulegen. Dabei hat der EuGH auch herausgehoben, dass es auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände ankommt (Urteil vom 4. Februar 2010 in der Rs. "Genc" - [C-14/09](#), [Slg. 2010, I-931](#)). Die im konkreten Fall bekannten Umstände sprechen dafür, dass es sich bei der Reinigungstätigkeit der Antragstellerin zu 1. um eine normale Teilzeitbeschäftigung gehandelt hat, die die Arbeitnehmereigenschaft begründete. Die Antragstellerin zu 1. sollte neun Stunden in der Woche tätig sein und die Arbeitgeberin hatte sich verpflichtet, ein Entgelt von 9 EUR in der Stunde zu zahlen. An Entgelten flossen aus dieser Tätigkeit im Oktober 2015 186,78 EUR und im November 2015 364,73 EUR zu. Die Tätigkeit endete aufgrund einer Arbeitgeberkündigung am 7. November 2015. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass die Tätigkeit aus Sicht der Antragstellerin zu 1. von vornherein nur für kurze Zeit ausgeübt werden sollte. Dies ergibt sich auch nicht zwingend aus der familiären Situation der Antragstellerin zu 1., die in der Zeit dieser Tätigkeit während der Woche in K. gelebt und die Kinderbetreuung in H. über eine Bekannte geregelt hatte. Eine berufsbedingte Abwesenheit einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers von der Restfamilie in der Woche ist nicht unüblich. Ob sich hier aufgrund des verhältnismäßig geringen Umfangs der Tätigkeit und des Entgelts und der Situation der Antragstellerin zu 1. als Alleinerziehenden etwas anderes in dem Sinne ergibt, dass die Tätigkeit von Anfang an nur für kurze Zeit ausgeübt werden sollte, was für eine untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit sprechen könnte, mag im Hauptsacheverfahren aufgeklärt werden. Nach Sicht des Senats drängen sich jedenfalls im Eilverfahren keine gewichtigen Gründe dafür auf, den Arbeitnehmerstatus der Antragstellerin zu 1. aufgrund dieser Beschäftigung in Zweifel zu ziehen.

Das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1. ist auch nicht als Aufenthaltsrecht im Rahmen des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) unbeachtlich, weil diese ihr Aufenthaltsrecht daraus ableitet, dass sie die Fürsorge für ihre sich in der Schulausbildung befindlichen freizügigkeitsberechtigten Kinder ausübt. In der hier anzuwendenden Fassung findet der Leistungsausschluss keine Anwendung, wenn sich das Aufenthaltsrecht alleine aus dem Zwecke der Arbeitsuche ableitet. Hier hat auch die Antragstellerin zu 1. ein Aufenthaltsrecht aus einem anderen Grunde. Nach der "Qualität" des anderen Aufenthaltsrechts wird nach dem hier maßgeblichen Wortlaut des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht differenziert. Das BSG hat in diesem Zusammenhang überzeugend ausgeführt, dass sich ein Aufenthaltsrecht im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auch aus einem "abgeleiteten" Aufenthaltsrecht der Eltern oder eines Elternteils aus Art. 10 der Verordnung 492/11 ergeben kann (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 zu [B 4 AS 43/15 R](#), juris, Rn. 27).

Als Bedarf ist bei der Antragstellerin zu 1. der Regelsatz für Alleinstehende zuzüglich des Alleinerziehungszuschlags nach [§ 21 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB II](#) zu berücksichtigen. Die Antragsteller haben einen Sozialgeldbedarf nach [§ 23 SGB II](#). Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind in tatsächlicher Höhe kopfanteilig zu berücksichtigen. Dabei wird der Antragsgegner für die Zeit ab seinem Einzug den mit in der Wohnung wohnenden Herrn B. mit einem Kopfteil berücksichtigen können. Denn die Antragsteller haben keine abweichende Vereinbarung mit Herrn B. vorgetragen. Einkünfte sind nach [§§ 11ff. SGB II](#) auf den Bedarf anzurechnen. Das Kindergeld ist jeweils bei der Antragstellerin zu 2. und dem Antragsteller zu 3. anzurechnen. Die sich danach ergebenden Leistungsansprüche für Unterkunft und Heizung sind aufgrund der erteilten Abtretungserklärung an die Vermieterin zu zahlen.

Die Antragsteller haben auch einen Anordnungsgrund geltend gemacht. Sie konnten ihren Lebensunterhalt nur unzureichend bzw. nicht mehr sichern und auch die Aufwendungen für ihre Unterkunft nicht bestreiten. Weitere Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Leistungserbringung müssen nicht vorliegen. Denn es geht nicht um die Übernahme von Mietschulden nach [§ 22 Abs. 8 SGB II](#), sondern um die Verpflichtung zur Erbringung vorenthalten laufender Leistungen.

Keinen Erfolg hat die Beschwerde, soweit Leistungen nach dem SGB II auch für den Zeitraum ab dem 29. Dezember 2016 begehrt werden.

Denn der Antragstellerin zu 1. kann sich insoweit weder auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) erfasst ist, noch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag. Als Folge davon sind auch die Antragstellerin zu 2. und der Antragsteller zu 3. von Leistungen nach dem SGB II als Familienangehörige der Antragstellerin zu 1. ausgeschlossen, da ihnen kein eigenes

Aufenthaltsrecht zusteht, welches einen Leistungsanspruch begründen könnte.

Anwendung findet ab dem 29. Dezember 2016 [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in der geänderten Fassung durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 ([BGBl. I, S. 3155](#)). Danach sind von Leistungen nach diesem Buch ausgenommen, Ausländerinnen und Ausländer, die (a) kein Aufenthaltsrecht haben, (b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder (c) die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus 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 (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, und ihre Familienangehörigen. Abweichend von Satz 2 Nummer 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nach [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach Satz 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.

Die Voraussetzungen nach § 7 Abs.1 Satz 4 SGB II erfüllen die Antragsteller, die sich längstens seit März 2013 in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, nicht.

Nach der ab dem 29. Dezember 2016 anzuwendenden Regelung im [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II](#) kann das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 nicht mehr als anderes Aufenthaltsrecht im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) in Ergebnis zu einem Leistungsanspruch nach dem SGB II führen.

Wie bereits oben ausgeführt, steht der Antragstellerin zu 1. auch kein anderes zu einem Aufenthaltsrecht führende Freizügigkeitsrecht zu. Auch aus dem AufenthG ergibt sich kein Aufenthaltsrecht.

Nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG findet das AufenthG Anwendung, wenn es den Betroffenen eine günstigere Rechtstellung vermittelt als das FreizügG. Nach dem gemäß § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG auch auf Unionsbürger und ihre Familienangehörige anwendbaren [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) kann - unabhängig von der ansonsten geforderten Bindung der Aufenthaltserlaubnis an konkrete, im AufenthG genannte Aufenthaltswerte - in begründeten Fällen eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht genannten Aufenthaltswert erteilt werden (BSG, Urteil vom 30.1.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#), juris, Rn. 33). Jedoch ist nur ein Aufenthaltsrecht, welches 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 ist die Eröffnung des Zugangs zu diesen Leistungen - einschließlich denen zur Eingliederung in Arbeit - nicht sachgerecht (BSG, Urteil vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#), juris, Rn. 29). Daher lässt eine etwaige in Betracht kommende Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 4 Satz 1](#) und 2 AufenthG mit einem erlaubten, aber nur vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) nach dessen Sinn und Zweck unberührt (BSG, Urteil vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#), juris, Rn. 29). Wird dies in Rechnung gestellt, steht den Antragstellern kein materielles Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG zu, dass zu einem Leistungsanspruch nach dem SGB II führen kann. Ein Aufenthaltsrecht, welches den Antragstellern eine längerfristige Bleibeperspektive vermittelt, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn den Antragstellern ein Recht auf vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen zustehen sollte, hätte dies keine Auswirkungen auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#).

Der Senat vermag auch keinen Verstoß des Leistungsausschlusses gegen vorrangiges europäisches Recht festzustellen.

Grundsätzlich ist der Leistungsausschluss von Unionsbürgern von Sozialleistungen, wozu auch die Leistungen nach dem SGB II gehören, durch [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) nach den Entscheidungen des EuGH in der Rechtssache (Rs.) "Dano" (Urteil vom 11.11.2014 - [C 333/13](#)) und in der Rs. "Alimanovic" (Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#)) europarechtskonform (vgl. BSG, Urteil vom 17.2.2016 - [B 4 AS 24/14 R](#), juris, Rn. 15).

Gegen die Neuregelung des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II](#) bestehen keinen durchgreifenden Bedenken.

Die Neuregelung verstößt nach Auffassung des Senats nicht gegen den europarechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Bei der Beurteilung, ob nicht erwerbstätige Unionsbürger hinsichtlich des Anspruchs auf Sozialleistungen eine Gleichbehandlung mit den Angehörigen des Aufnahmestaates verlangen dürfen, ist zu prüfen, ob der Aufenthalt dieser Unionsbürger die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1b der RL 2004/38/EG erfüllt. Ob ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG besteht, ist auch bei arbeitsuchenden Unionsbürgern und für ihre Familienangehörigen nach den Bestimmungen dieser Richtlinie zu beurteilen (vgl. EuGH, Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) "Alimanovic", juris, Rn. 52). Zwar kann ein arbeitsuchender Unionsbürger und dessen Kind auch nach Ablauf des in Art. 7 Abs. 3c RL 2004/38/EG genannten Zeitraums von sechs Monaten, in denen bei einer vorausgegangenen Erwerbstätigkeit die Erwerbstätigeneigenschaft aufrecht erhalten bleibt, für die Dauer des in Art. 7 Abs. 3c RL 2004/38/EG abgedeckten Zeitraums ein Aufenthaltsrecht ableiten, dass einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen verschafft. Der Aufnahmemitgliedstaat kann sich in diesem Fall aber auf die Aufnahmebestimmung des Art. 24 Abs. 2 dieser Richtlinie berufen, um dem betreffenden Unionsbürger die beantragte Sozialhilfe nicht zu gewähren (EuGH, Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) "Alimanovic", juris, Rn. 57). Aus der in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG vorgenommenen Verweisung auf deren Art. 14 Abs. 4b ergibt sich, dass der Aufnahmemitgliedstaat einen Unionsbürger, dem ein Aufenthaltsrecht allein aufgrund der letztgenannten Vorschrift zusteht, jegliche Sozialhilfeleistungen verweigern darf (EuGH, Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) "Alimanovic", juris, Rn. 58). Diese Regelung steht im Einklang mit dem Ziel der Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten, das mit der RL 2004/38/EG verfolgt wird (EuGH, Urteil vom 25.2.2016 in der Rs. "García-Nieto" - [C-299/14](#), juris, Rn. 45). Dürfen die Mitgliedstaaten von den Unionsbürgern nicht verlangen, dass sie für die Dauer eines Aufenthalts im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts und eine persönliche Absicherung für den Fall der Krankheit verfügen, ist es legitim, dass den betreffenden Mitgliedstaaten nicht auferlegt wird, während des Zeitraums des Aufenthalts die Kosten für sie zu übernehmen (EuGH, Urteil vom 25.2.2016

- [C-299/14](#) "García-Nieto", juris, Rn. 45, zum bedingungslosen Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten nach Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38/EG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II). Einer individuellen Prüfung der persönlichen Verhältnisse und einer unangemessenen Belastung der Sozialsysteme durch den Aufenthalt bedarf es insoweit nicht. Die RL 2004/38/EG, die ein abgestuftes System für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft schafft, welches das Aufenthaltsrecht und den Zugang zu Sozialleistungen sichern soll, berücksichtigt nämlich selbst verschiedene Faktoren, die die jeweiligen persönlichen Umstände der die Sozialleistung beantragenden Person kennzeichnen, insbesondere die Dauer der Ausübung einer Erwerbstätigkeit (EuGH, Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) "Alimanovic", juris, Rn. 59 f.). Der Zeitraum von sechs Monaten nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit ist ein Kriterium, welches es den Betroffenen ermöglicht, ihr Rechte und Pflichten eindeutig zu erfassen und folglich geeignet ist, bei der Gewährung von Sozialhilfeleistungen im Rahmen der Grundsicherung ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten und welches zugleich im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht (EuGH, Urteil vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) "Alimanovic", juris, Rn. 61).

Auch das Diskriminierungsverbot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 spricht nicht dagegen, dass die Gewährung "besonderer beitragsunabhängiger Leistungen" im Sinne des Art. 70 Abs. 2 dieser Verordnung, zu denen die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II gehört, an nicht erwerbstätige Unionsbürger von dem Erfordernis abhängig zu machen, dass sie die Voraussetzungen der RL 2004/38/EG für ein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllen (EuGH, Urteil vom 11.11.2014 [C-333/13](#) "Dano", juris, Rn. 83). Die Vorschrift des Art. 70 der VO Nr. 883/2004, die den Begriff der "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen" definiert, soll nicht die inhaltlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anspruchs auf diese Leistungen festlegen. Daher ist es Sache des Gesetzgebers jedes Mitgliedstaats, diese Voraussetzungen festzulegen (EuGH, Urteil vom 11.11.2014 - [C-333/13](#) "Dano", juris, Rn. 89). Da sich die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen somit weder aus der VO (EG) Nr 883/2004 noch aus der RL 2004/38/EG oder aus anderen Sekundärrechtsakten der Union ergeben und die Mitgliedstaaten für die Regelung der Voraussetzungen, unter denen solche Leistungen gewährt werden, zuständig sind, sind sie auch zuständig, den Umfang der mit derartigen Leistungen sichergestellten sozialen Absicherung zu definieren (EuGH, Urteil vom 11.11.2014 - [C-333/13](#) "Dano", juris, Rn. 90).

Der Senat folgt im Rahmen der bei einem Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung nicht der Auffassung, dass sich ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der Sozialhilfeleistungen im Sinne der EuGH-Rechtsprechung auch dem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 Abs. 1 VO (EU) 492/2011 ergeben kann. In der Literatur und teils auch in der Rechtsprechung wird demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die Neuregelung sich auf keine europarechtliche Ausnahmeregelung zu [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) vom Diskriminierungsverbot, insbesondere nicht auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG, stützen lasse und daher unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsverbot des Art. 4 VO 883/2004 sei (so Derksen, info also, 2016, 257, 260; unter Bezugnahme auf diesen: Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.12.2016 - [L 7 AS 2148/16 B](#), juris, Rn. 6, wo "erhebliche europarechtliche Bedenken" geäußert werden; die Europarechtskonformität verneinend auch das Gutachten zum Referentenentwurf des Fachbereichs Europa des Deutschen Bundestages PE 6-3000-76/16, S. 18 ff). Diese Auffassung wird damit begründet, dass sich weder der Dano- noch der Alimanovic-Entscheidung des EuGH entnehmen lasse, dass nur ein Aufenthaltsrecht nach der Freizügigkeitsrichtlinie einen Anspruch auf sozial-rechtliche Gleichbehandlung begründe. Soweit sich ein europarechtliches Aufenthaltsrecht nicht (allein) auf die Freizügigkeitsrichtlinie stütze, seien die zu [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ergangenen Entscheidungen des EuGH nicht anwendbar. Sei ein Aufenthaltsrecht nicht allein aus der Freizügigkeitsrichtlinie begründet, beurteile sich der Leistungsausschluss nicht nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG, sondern nach dem sich leistungsrechtlichen Beschränkungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sperrenden Gleichbehandlungsgebot der Koordinierungsverordnung gemäß Art. 4 VO 883/2004 (so Derksen, info also, 2016, 257, 258). Dieser Auffassung hält der Senat nicht für überzeugend. Der vorgenannten Rechtsprechung des EuGH zu [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der Gerichtshof die Geltung des Diskriminierungsverbotes an ein Aufenthaltsrecht nach der Freizügigkeitsrichtlinie knüpft und andere Aufenthaltsrechte für eine Gleichbehandlung bei Sozialhilfeleistungen für nicht maßgebend ansieht. Der vom Generalanwalt Wathelet (Schlussanträge vom 26.3.2015 in der Rs. "Alimanovic" -[C-67/14](#), juris, Rn. 119-121) geforderten Berücksichtigung der familiären Verhältnisse (die in Deutschland erfolgte Geburt der Kinder von Frau A. sowie deren Schulbesuch) ist der EuGH unter Hinweis auf das abgestufte System des Art. 7 RL 2004/38/EG ausdrücklich nicht gefolgt (vgl. Kingreen, NVwZ 2015, 1503, 1505). Er hat die abweichende Beurteilung des Generalanwalts auch nicht aufgegriffen, um eine differenzierte Lösung herauszuarbeiten, sondern einen anderen rechtlichen Ansatz als maßgebend angesehen.

Auch das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) steht dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) nicht entgegen. Bezogen auf SGB II-Leistungen kann sich ein Unionsbürger nach Erklärung des Vorbehalts durch die Bundesregierung am 19.12.2011 nicht mehr auf das Gleichbehandlungsgebot des EFA berufen (BSG, Urteil vom 17.3.2016 - [B 4 AS 32/15 R](#), juris, Rn. 18). Der von der Bundesregierung erklärte Vorbehalt ist wirksam (BSG, Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 43/15](#), juris, Rn. 18 ff).

Insgesamt spricht nach Auffassung des Senats somit deutlich mehr dafür als dagegen, dass die Antragsteller einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nur für die Zeit bis zum 28. Dezember 2016 haben.

Für den nachfolgenden Zeitraum haben die Antragsteller aber einen Anspruch auf Sozialhilfe in Form von Hilfe zum Lebensunterhalt nach den Vorschriften des SGB XII gegen die Beigeladene glaubhaft gemacht. Den Antragstellern steht ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII zu.

Der Anwendbarkeit des SGB XII auf die Antragsteller steht [§ 21 Abs. 1 SGB XII](#) nicht entgegen. Die Antragstellerin zu 1. ist danach nicht bereits wegen ihrer Erwerbsfähigkeit von Leistungen für den Lebensunterhalt ausgeschlossen, weil die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann, sondern differenzierter ist (vgl. BSG, Urteil vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#), juris, Rn. 40 ff).

Die Antragsteller unterliegen auch nicht dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) in der seit dem 29. Dezember 2016 maßgeblichen Neufassung. Die Neuregelung der Leistungsausschlüsse in [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) wurden den Leistungsausschlüssen in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) angepasst ([BT-Drucks. 18/10211, S. 15](#)). Nach der Neuregelung erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn sie 1. weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts, 2. kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, 3. ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus 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 (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 oder 4. eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#). Satz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#). Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen nach Satz 3, [§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#). Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 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 ([§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII](#)). Abweichend von Satz 1 Nummer 2 und 3 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach [§ 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU](#) festgestellt wurde ([§ 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII](#)). Neben den Überbrückungsleistungen werden auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen ([§ 23 Abs. 3a Satz 1 SGB XII](#)). Satz 1 gilt entsprechend, soweit die Personen allein durch die angemessenen Kosten der Rückreise die in Absatz 3 Satz 5 Nummer 1 und 2 genannten Bedarfe nicht aus eigenen Mitteln oder mit Hilfe Dritter decken können ([§ 23 Abs. 3a Satz 2 SGB XII](#)). Die Leistung ist als Darlehen zu erbringen ([§ 23 Abs. 3a Satz 2 SGB XII](#)).

Bei Anwendbarkeit der Neureglung würden die Antragsteller von diesem Leistungsausschluss erfasst werden und ihre Ansprüche würden sich auf die Überbrückungsleistungen für die von den Leistungen ausgeschlossenen Personen beschränken.

Der Ausschluss der Antragsteller von Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt ist aber nicht mit höherrangigem Recht vereinbar. Der Ausschluss der Antragsteller ist nicht mit dem EU-Recht vereinbar, was aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts dazu führt, dass die Ausschlussregelungen keine Anwendung finden.

Bezogen auf die Ansprüche auf Sozialhilfe nach dem SGB XII hat die Bundesregierung keinen Vorbehalt zum EFA erklärt (BSG, Urteil vom 17.3.2016 - [B 4 AS 32/15 R](#), juris, Rn. 22). Die Antragsteller sind als portugiesische Staatsbürger auch Staatsangehörige eines Unterzeichnerstaates des EFA. Dies führt dazu, dass dann, wenn die Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII erfüllt sind, diese Sozialhilfeleistungen in Form von Hilfen zum Lebensunterhalt im Wege der Gleichstellung mit inländischen Staatsangehörigen zu erbringen sind.

Es ergeben sich für den Senat keine ernstlichen Zweifel, dass die Antragsteller die Anspruchsvoraussetzungen nach [§§ 19 Abs. 1, 27 Abs. 1 SGB XII](#) erfüllen. Sie können ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln und Kräften bestreiten. Sie haben deshalb Anspruch auf den notwendigen Lebensunterhalt im in [§ 27 Abs. 1 SGB XII](#) aufgezeigten Umfang. Dieser umfasst den Regelbedarf und die Leistungen für Unterkunft und Heizung sowie bezogen auf die Antragstellerin zu 1. den Mehrbedarf für Alleinerziehende. Hinsichtlich der Bedarfsberechnung kann insofern sinngemäß auf die obigen Ausführungen zu den Leistungsansprüchen nach dem SGB II verwiesen werden.

Der Senat hält es im einstweiligen Rechtsschutzverfahren geboten, die Leistungsverpflichtung des Beschwerdegegners und der Beigeladenen auf insgesamt sechs Monate zu beschränken.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Dabei fällt es nicht ins Gewicht, dass die Antragsteller (wohl versehentlich) auch die Leistungsverpflichtung des Antragsgegners für Oktober 2016 beantragt haben.

Der Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2017-07-19