

L 12 AS 4599/11 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

12

1. Instanz

SG Stuttgart (BWB)

Aktenzeichen

S 3 AS 5229/11 ER

Datum

29.09.2011

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 12 AS 4599/11 ER-B

Datum

27.01.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

1. Die Beschwerde des Antraggegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 29. September 2011 wird zurückgewiesen.

2. Der Antragsgegner trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller.

3. Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlungsanordnung bewilligt. Zur Wahrnehmung ihrer Rechte wird ihnen Rechtsanwalt ..., S., beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes über die vorläufige Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II.

Die 1981 geborene Antragstellerin Ziffer 1, rumänische Staatsangehörige, ist Mutter des 2011 in S. geborenen Antragstellers Ziffer 2. Vater des Antragstellers Ziffer 2 ist der türkische Staatsangehörige B. B., der seine Vaterschaft anerkannt hat. Die Antragstellerin Ziffer 1 lebt nach eigenen Angaben seit ca. drei Jahren in der Bundesrepublik Deutschland; seit Mitte Mai 2011 hält sie sich in S. auf. Im Besitz rumänischer Ausweispapiere ist sie derzeit nicht. Nach ihren Angaben hat sie ihren Pass verloren (vgl. Verlustanzeige vom 28. Juli 2011). Sie verfügte über keine Freizügigkeitsbescheinigung oder Arbeitserlaubnis. Die Antragsteller wohnen derzeit bei einer Freundin; Mietkosten fallen nicht an.

Am 28. Juli 2011 wandte sich die Antragstellerin Ziffer 1 mit der Bitte um Unterstützung an den Antragsgegner und verwies darauf, dass sie über kein Einkommen verfüge, um für sich und ihr Baby zu sorgen. Mit Bescheid vom 10. August 2011 lehnte der Antragsgegner den Antrag auf Leistungen ab. Die gesetzlichen Voraussetzungen lägen nicht vor, weil die Antragstellerin Ziffer 1 lediglich ein allgemeines Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland habe. Dagegen legten die Antragsteller Widerspruch ein (Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 05. September 2011), über den der Antragsgegner bisher noch nicht entschieden hat.

Das Jugendamt der Stadt S. teilte dem Antragsgegner im August 2011 mit, dass die Antragstellerin Ziffer 1 kein Geld habe, den Lebensunterhalt für sich und das Kind zu bestreiten und im Grunde wohnsitzlos sei. Sie habe zuletzt in L. gewohnt und ihre letzte Wohnung aufgrund finanzieller Schwierigkeiten verloren. Die Antragstellerin Ziffer 1 sei in Deutschland noch nie einer angemeldeten Beschäftigung nachgegangen und habe sich in der Vergangenheit noch nie arbeitslos gemeldet. Der verheiratete Vater des Antragstellers Ziffer 2 habe zwar die Vaterschaft anerkannt, sich jedoch seiner Familie zugewandt. Die Antragsteller wohnten derzeit bei der Familie einer Freundin, wobei die Wohnsituation für alle Beteiligten unerträglich sei. Das Fehlen von finanziellen Mitteln stelle eine massive Kindeswohlgefährdung dar, die beseitigt werden müsse. Aufgrund fehlender Papiere könne derzeit nicht gesagt werden, welche Staatsangehörigkeit der Antragsteller Ziffer 2 habe und welcher Aufenthaltsstatus bestehe.

Ausweislich eines Aktenvermerks des Antragsgegners vom 12. September 2011 über ein Telefonat mit der Ausländerbehörde, liege eine Freizügigkeitserlaubnis nicht vor. Auch eine Arbeitserlaubnis liege nicht vor; eine solche sei auch nicht beantragt worden. Der Antragsteller Ziffer 2 sei bei der Ausländerbehörde nicht registriert. Ausweislich eines weiteren Aktenvermerks über ein Telefonat mit dem Standesamt S.-B. sei die Geburt des Antragstellers Ziffer 2 noch nicht beurkundet, da Unterlagen fehlten.

Auch die Landeshauptstadt Stuttgart lehnte den Antrag der Antragsteller auf Gewährung von Leistungen zum Lebensunterhalt (nach dem SGB XII) ab (Bescheid vom 17. August 2011).

Am 08. September 2011 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Stuttgart (SG) einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Der Antragsteller Ziffer 2 sei bislang nicht im Besitz von Ausweispapieren. Dies scheitere daran, dass das Standesamt S. die Vorlage eines gültigen Ausweises durch die Antragstellerin Ziffer 1 verlange, den sie jedoch im Frühjahr verloren habe. Daher könne die Zustimmung der Antragstellerin Ziffer 1 zum Anerkenntnis der Vaterschaft ohne Vorlage ihres Ausweises nicht beurkundet werden. Der Antragsteller Ziffer 2 sei wie ein Staatenloser zu behandeln, obwohl er aufgrund des 17-jährigen Inlandsaufenthalts des Vaters die deutsche Staatsangehörigkeit erworben habe. Die Antragstellerin Ziffer 1 könne sich rumänische Ausweispapiere nur in Rumänien beschaffen; eine solche Reise sei ihr nicht zuzumuten. Die Antragstellerin Ziffer 1 habe als Mutter eines minderjährigen Deutschen einen gebundenen Aufenthaltsanspruch gem. [§ 28 Aufenthaltsgesetz](#). Sie habe auch als Rumänin ein Aufenthaltsrecht, da sie sich nicht nur zur Arbeitssuche im Bundesgebiet aufhalte, sondern im Interesse des Kindes.

Das SG hat mit Beschluss vom 29. September 2011 den Antragsgegner verpflichtet, vorläufig ab dem 08. September 2011 bis zum 28. Februar 2012, längstens jedoch bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, der Antragstellerin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von monatlich 495,- EUR und dem Antragsteller Ziffer 2 in Höhe von monatlich 215,- EUR zu gewähren. Das einstweilige Rechtsschutzbegehren sei nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) statthaft. Es sei auch begründet, da der Anordnungsanspruch bei der gebotenen summarischen Prüfung nach einer Folgenabwägung gegeben sei. Die Folgenabwägung gehe zugunsten der Antragsteller aus. Da diese nicht in der Lage seien, ihren Lebensunterhalt anderweitig zu sichern, seien die Nachteile, die ihnen entstünden, wenn dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nachgekommen würde, sehr viel gravierender als die Nachteile der öffentlichen Verwaltung, die rein finanzieller Natur seien und die durch eine vorläufige Leistungsbewilligung entstünden. Es sei nicht ausgeschlossen, dass die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) vorliegen. Zweifellos habe die Antragstellerin Ziffer 1 das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7 a SGB II](#) noch nicht erreicht, sei hilfebedürftig und habe ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Bei summarischer Prüfung sei der Anspruch nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Antragstellerin Ziffer 1 aus rechtlichen Gründen gehindert sei, erwerbstätig zu sein. Erwerbsfähig nach [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) sei, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außer Stande sei, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkt mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Nach [§ 8 Abs. 2 SGB III](#) könnten Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme der Beschäftigung erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach [§ 39](#) des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen, sei nach [§ 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) ausreichend. Die Antragstellerin Ziffer 1 dürfe nach der Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 17. Dezember 2008 bis 31. Dezember 2011 als rumänische Staatsangehörige eine Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt gemäß [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) nur mit einer Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben. Eine solche Genehmigung liege nach Aktenlage nicht vor. Auch habe die Antragstellerin nicht vorgetragen, eine Arbeitsgenehmigung beantragt zu haben. Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren sei nach summarischer Prüfung nicht ausgeschlossen, dass der Antragstellerin eine Arbeitserlaubnis entsprechend [§ 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) erteilt werden könne.

Einem Leistungsanspruch der Antragsteller stehe nicht mit hinreichender Sicherheit die Regelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) entgegen. Ausgenommen von der Leistungsberechtigung seien nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe, und ihre Familienangehörigen. Die Antragstellerin könne sich nicht auf ein anderes Aufenthaltsrecht als zum Zwecke der Arbeitssuche nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1](#) des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) berufen. Hiernach seien gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen. Trotz der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sei dennoch eine Folgenabwägung bezüglich der Leistungsgewährung vorzunehmen. Es spreche einiges dafür, dass die Regelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) mit dem Recht der Europäischen Union nicht vereinbar sei und auf Unionsbürger wie die Antragsteller zumindest nicht einschränkungslos anwendbar sei. Die Wirksamkeit des Ausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) stehe nicht mit hinreichender Sicherheit fest. Die Regelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) werde vorliegend zwar nicht wegen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) verdrängt. Denn Rumänien habe dieses Abkommen nicht ratifiziert. Die Frage der europarechtlichen Konformität der Regelung der [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) gehe auf die Überlegung zurück, ob sich der deutsche Gesetzgeber auf die Vorschrift des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/39/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen vom 29. April 2004 berufen könne. Danach sei der Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 b einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung in Form eines Stipendiums oder Stundendarlehens zu gewähren. Umstritten sei insbesondere, ob Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG mit höherrangigem Europarecht vereinbar sei. Fraglich sei insbesondere, ob dadurch ein Verstoß gegen den aus [Art. 18](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) folgenden Gleichbehandlungsgrundsatz vorliege. Es sei nicht auszuschließen, dass Arbeitslosengeld II (Alg II) nicht als Sozialhilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG gelte. Die Zweifel, die an der Europarechtskonformität des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) in der Rechtsprechung und Literatur vorgebracht würden, seien nach Auffassung der Kammer vorliegend ausreichend, um im Rahmen der Folgenabwägung einen vorläufigen Leistungsanspruch der Antragsteller zu begründen. Denn es sei nicht ausgeschlossen, dass ihnen nach späterer Rechtsprechung des Bundessozialgerichts oder des Europäischen Gerichtshofs ein Anspruch zustehe. Bei der Verpflichtung des Antragsgegners sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin Ziff. 1 eine Regelleistung in Höhe von monatlich 364,- EUR gemäß [§ 20 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) und dem Antragsteller Ziff. 2 Sozialgeld in Höhe von 215,- EUR gemäß [§ 23 Nr. 1 SGB II](#) zustehe. Kosten der Unterkunft und Heizung seien nicht zu gewähren. Der Antragstellerin Ziffer 1 sei weiterhin ein Mehrbedarf für Alleinerziehende nach [§ 21 Abs. 3 Nr. 1 SGB II](#) zu gewähren.

Gegen den ihm am 06. Oktober 2011 zugestellten Beschluss richtet sich die am 25. Oktober 2011 eingelegte Beschwerde des Antragsgegners, mit der er gleichzeitig auch die Aussetzung der Vollstreckung aus dem Beschluss des SG gemäß [§ 199 Abs. 2 SGG](#) beantragt hat. Zur Begründung führt er unter Bezugnahme auf den Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 2011 ([L 19 AS 317/11 B-ER](#)) aus, dass die Antragstellerin Ziffer 1 bereits keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland habe. Es sei ein prognostisch auf Dauer gesicherter Aufenthalt zu fordern, der ein Erreichen des Regelungszieles des SGB II - Beseitigung von Bedürftigkeit durch Aufnahme einer Tätigkeit mit existenzsicherndem Ertrag - ungefährdet erscheinen lasse. Diese Voraussetzungen seien

bei den Antragstellern nicht gegeben, da ihnen weder nach nationalem Recht noch europarechtlich ein Aufenthaltsrecht zustehe. Als Angehörige des Vertragsstaates Rumänien bedürften sie zudem zur legalen Ausübung einer Tätigkeit der vorherigen Genehmigung. Die Antragsteller seien nach dem FreizügG/EU aktuell nicht freizügigkeitsberechtigt. Die Antragstellerin Ziffer 1 habe seit ihrer Einreise weder gearbeitet noch sich arbeitslos gemeldet und um Arbeit bemüht. Von der Teilnahme am Wirtschaftsleben sei daher nicht auszugehen. Danach sei es ihr in einem Zeitraum von mehr als zwei Jahren nicht gelungen, auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Es sei die Annahme gerechtfertigt, dass das Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin Ziffer 1 wegen Arbeitssuche nicht mehr bestehe. Daran ändere auch die Geburt des Antragstellers Ziffer 2 im Juni 2011 nichts, da es der Antragstellerin Ziffer 1 zuvor nicht gelungen sei, auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Als nichterwerbstätige Unionsbürgerin im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU genieße die Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfüge. Dies sei schon nach der im vorliegenden Verfahren behaupteten Bedürftigkeit als Voraussetzung eines Leistungsanspruchs nach dem SGB II nicht der Fall. Ein aktuelles Aufenthaltsrecht der Antragsteller ergebe sich auch nicht aus der Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG). Ein Daueraufenthaltsrecht stehe erst nach rechtmäßigem fünfjährigen und unterbrochenem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedsstaat zu. Rumänische Staatsangehörige bedürften weiterhin einer Arbeitserlaubnis- EU/Arbeitsberechtigung-EU nach § 284 SGB III, die nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 Satz 1 Aufenthaltsgesetz, d. h. insbesondere in Abhängigkeit vom Vorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer, erteilt werden könne. Das FreizügG/EU trage dem in § 13 Rechnung, wonach das Freizügigkeitsgesetz Anwendung finden solle, wenn die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gem. § 284 Abs. 1 SGB III genehmigt worden sei. Im Ergebnis sei anzunehmen, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsangehörigen der neuen Mitgliedsstaaten nach § 13 FreizügG/EU während des Übergangszeitraumes nur in Bezug auf die Suche und Aufnahme bzw. Ausübung hiernach erlaubter Tätigkeiten bestehen könne und insofern stark eingeschränkt sei, es fehle insoweit an jeglichem Vortrag zum Vorhandensein erlaubnisgeeigneter Tätigkeiten oder solcher Tätigkeiten, um die sich die Antragstellerin Ziff. 1 bereits bemüht und bezüglich derer sie eine Arbeitserlaubnis-EU beantragt habe. Entscheidend stehe der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II durchgängig entgegen. Zweck dieser Vorschrift sei der Ausschluss von Ausländern, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe durch Umsetzung der in Art. 24 Abs. 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2004/38/EG bestehenden Regelungen. Ein anderer Aufenthaltswitz als der der Arbeitssuche sei nicht ersichtlich. Das Vaterschaftsanerkennungsverfahren stelle keinen hinreichenden Aufenthaltswitz dar. Die Vereinbarkeit der Vorschriften mit Gemeinschaftsrecht der EU sei in Rechtsprechung und Kommentarliteratur umstritten. Der Streit bestehe im wesentlichen vor dem Hintergrund der bislang nicht höchstrichterlich entschiedenen Frage, ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers durch den Vorbehalt des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG gedeckt sei, weil es sich bei den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II um Sozialhilfeleistung handele, oder ob es sich um Leistungen der sozialen Sicherheit bzw. zur Eingliederung in Arbeit handele, die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern unter Verstoß gegen das Verbot der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und/oder das allgemeine Differenzierungsverbot vorenthalten würden. Sowohl EuGH als auch das BSG hätten die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen. Die auf das Verbot der Ausländerdiskriminierung bei uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern zurückzuführenden Zweifel an der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit europäischem Primärrecht bestehe bei den Antragstellern jedoch nicht, denn sie seien nicht uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigt und ohne vorherige Genehmigung nicht zur Annahme einer Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet berechtigt. Wegen erstmaliger Zuwanderung zur Arbeitssuche dürfte sich der gemeinschaftsrechtliche Anspruch der Antragsteller auf Gleichbehandlung schon ohne Beachtung ihrer Sonderstellung als rumänische Staatsangehörige nur auf Gleichheit im Zugang zur Beschäftigung richten. Die Antragstellerin Ziffer 1 habe nicht den gleichen Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt wie deutsche Arbeitssuchende, solange sie nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis-EU sei. Hiernach bestehe unter Beachtung des allgemeinen Diskriminierungsverbots ein objektiver Grund, sie von Leistungen auszuschließen.

Die Antragsteller sind der Beschwerde entgegengetreten. Der Antragsteller Ziffer 2 sei nach Beurkundung der Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung Deutscher. Diese Beurkundung scheitere an Umständen, die die Antragsteller nicht zu vertreten hätten. Ohne Beurkundung erhalte der Antragsteller Ziffer 2 keine Geburtsurkunde und sei selbst bei Ausreise ein Niemand. Nachdem dem Antragsteller Ziff. 2 am 17. November 2011 durch das Standesamt S.-B. eine Geburtsurkunde ausgestellt worden war, tragen die Antragsteller weiter vor, dass der Antragsteller Ziff. 2 die deutsche Staatsangehörigkeit habe und das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin Ziff. 1, das ihr einen Anspruch auf Zugang zum Arbeitsmarkt vermittele, feststehe.

Dem Antragsteller Ziff. 2 wurde am 15. Dezember 2011 durch die Landeshauptstadt Stuttgart ein Kinderreisepass ausgestellt, in dem die deutsche Staatsangehörigkeit verzeichnet ist. Der Antragstellerin Ziff. 1 wurde am 04. Januar 2012 eine bis zum 03. Januar 2015 gültige Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz erteilt, die eine Erwerbstätigkeit gestattet.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg.

Die unter Beachtung der Vorschrift des § 1793 SGG form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig, insbesondere wäre in der Hauptsache die Berufung zulässig (§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG). In der Sache ist die Beschwerde nicht begründet. Das SG hat den Antragsgegner zu Recht zur vorläufigen Leistungserbringung verpflichtet.

Nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein Fall des Abs. 1 a.a.O. vorliegt, 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. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Satz 2 a.a.O.).

Vorliegend kommt, wie das SG zutreffend erkannt hat, nur eine Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG in Betracht. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die - summarische - Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und

die Eilbedürftigkeit der angestrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO)); dabei sind die insoweit zu stellenden Anforderungen umso niedriger, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen - insbesondere mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz - wiegen (vgl. BVerfG [NVwZ 1997, 479](#); [NJW 2003, 1236](#); [NVwZ 2005, 927](#) = [Breithaupt 2005, 803](#)). Wird im Zusammenhang mit dem Anordnungsanspruch auf die Erfolgsaussichten abgestellt, ist die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) - [Breithaupt 2005, 803](#)). Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen, weil etwa eine vollständige Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden unter Berücksichtigung insbesondere der grundrechtlichen Belange des Antragstellers. Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, a.a.O., § 86b Rdnr. 42). Die Eilbedürftigkeit der erstrebten Regelung ist im Übrigen regelmäßig zu verneinen, soweit Ansprüche für bereits vor Stellung des einstweiligen Rechtsschutzantrags abgelaufene Zeiträume erhoben werden (vgl. Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 1. und 17. August 2005 - FEVS 57, 72 und 164).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze besteht jedenfalls für die Zeit ab 04. Januar 2012 ein Anordnungsanspruch bzgl. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II und ein Anordnungsgrund. Die Antragstellerin Ziff. 1 erfüllt jedenfalls ab 04. Januar 2012 sämtliche Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#). Sie hat das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht, sie ist erwerbsfähig, hilfebedürftig und hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland, nachdem ihr als Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge durch die Landeshauptstadt Stuttgart gem. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Aufenthaltsgesetz eine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden ist, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit und zwar ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit berechtigt ([§ 28 Abs. 5](#) Aufenthaltsgesetz). Damit verfügt die Antragstellerin Ziff. 1 über einen Aufenthaltstitel, der ihr einen rechtmäßigen Aufenthalt von nicht unerheblicher Dauer in der Bundesrepublik Deutschland vermittelt (vgl. zu [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) nur Hackethal in jurisPK-SGB II, 3. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 27 f.; Thie/Schoch in LPK-SGB II, 4. Aufl. 2011, § 7 Rdnr. 13 ff.). Auch ist sie erwerbsfähig, da ihr die Aufnahme einer Beschäftigung aufgrund der Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 5](#) Aufenthaltsgesetz erlaubt ist (vgl. [§ 8 Abs. 2 S. 1 SGB II](#)). Schließlich liegt weder der zeitlich beschränkte Ausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II](#) noch der Ausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) vor. Insbesondere leitet sich der Aufenthaltstitel gem. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Aufenthaltsgesetz aus der Stellung der Antragstellerin Ziff. 1 als Elternteil des Antragstellers Ziff. 2 und ihrer Personensorge ab. Der Antragsteller Ziff. 2 ist als 7-monatiges Kind der Antragstellerin Ziff. 1 gemäß [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) Mitglied der Bedarfsgemeinschaft.

Die Antragsteller verfügen erkennbar über kein Einkommen und zu verwertendes Vermögen. Als Bedarf sind die Regelbedarfe nach [§§ 20 Abs. 2 Satz 1, 23 Nr. 1 SGB II](#) anzusetzen (364 EUR für die Antragstellerin Ziff. 1 sowie 213 EUR für den Antragsteller Ziff. 2) sowie der Mehrbedarf wegen Alleinerziehung für die Antragstellerin Ziff. 1 in Höhe von 131 EUR ([§ 21 Abs. 3 Nr. 1 SGB II](#)). Kosten der Unterkunft und Heizung hat das SG in Übereinstimmung mit den Angaben der Antragsteller nicht berücksichtigt.

Das SG hat den Antragstellern zu Recht auch für die Zeit vom 08. September 2011 bis zum 03. Januar 2012 im Wege der Folgenabwägung vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zur Gewährleistung des Existenzminimums zugesprochen, denn im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes kann das Bestehen der geltend gemachten Ansprüche nicht abschließend geklärt werden. Zweifelhaft war insbesondere, ob der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) den geltend gemachten Ansprüchen entgegen steht. Nach dieser Vorschrift sind von der Leistungsberechtigung ausgenommen Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und ihre Familienangehörige. Der Antragstellerin Ziff. 1 könnte für die Zeit vor dem 04. Januar 2012 ein Aufenthaltsrecht zustehen, das sich aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. FreizügG/EU), so dass der Anwendungsbereich der Ausschlussklausel des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) eröffnet wäre. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) wird im vorliegenden Fall auch nicht durch Art. 1 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA) verdrängt (vgl. BSG SozR 4-4200 § 7 Nr. 21), denn Rumänien gehört nicht zu den Signatarstaaten des EFA. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist zu berücksichtigen, dass zweifelhaft ist, ob der in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) geregelte Leistungsausschluss für Unionsbürger (noch) europarechtskonform ist. In der obergerichtlichen Rechtsprechung sind in letzter Zeit in vergleichbaren Fällen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ganz überwiegend Leistungen im Rahmen einer Folgenabwägung zugesprochen worden (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10. Mai 2010 - [L 7 AS 134/10 B ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 25. August 2010 - [L 7 AS 3769/10 ER-B](#) -; Bayer. LSG, Beschluss vom 22. Dezember 2010 - [L 16 AS 767/10 B ER](#) -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschlüsse vom 11. März 2011 - [L 13 AS 51/11 B ER](#) und vom 11. August 2011 - [L 15 AS 188/11 B ER](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. Juni 2011 - [L 25 AS 535/11 B ER](#) -; Hess. LSG, Beschluss vom 14. Juli 2011 - [L 7 AS 107/11 B ER](#); LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14. September 2011 - [L 3 AS 155/11 B ER](#) - (alle juris)). Der Senat hat die in Rechtsprechung und Literatur geäußerten Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Norm mit europäischem Gemeinschaftsrecht im Beschluss vom 11. Dezember 2009 (- [L 12 AS 5297/09 ER-B](#) - (juris)) nicht geteilt. Eine höchstrichterliche Klärung der hiermit verbundenen komplexen und schwierigen Rechtsfragen ist bislang noch nicht erfolgt. Die bislang vom Senat vertretene Auffassung wird durch die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die nach ihrem Art. 91 am Tag des Inkrafttretens der Durchführungsverordnung und damit am 1. Mai 2010 (vgl. Art. 97 VO (EG) 987/2009 vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) 883/2004) Gültigkeit erlangt hat und an die Stelle der VO (EWG) 1408/71 getreten ist, allerdings in Frage gestellt (Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2011 - [L 12 AS 3938/11 ER-B](#) -). Nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 haben Personen, für die diese Verordnung gilt, grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Nach Art. 3 Abs. 3 gilt diese Verordnung auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Art. 70, wozu nach Anhang X (i.d.F. der VO (EG) 988/2009 v. 16. September 2009 zur Änderung der VO (EG) 883/2004 und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge) auch die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende gehören. Nach Art. 2 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 gilt diese für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder gelten sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Die insoweit im Raum stehenden Fragen hinsichtlich der Europarechtskonformität der Ausschlussklausel des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für arbeitssuchende Unionsbürger können im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht abschließend geklärt werden, so dass der Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen bezeichnet werden muss. Weiterhin ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens für die Zeit bis zum 3. Januar 2012 auch deshalb als offen anzusehen, weil der aufenthaltsrechtliche Status der Antragstellerin Ziff. 1 im Hinblick die deutsche Staatsangehörigkeit ihres Sohnes (Antragsteller Ziff. 2), die dieser nach § 4 Abs. 3 S. 1 Staatsangehörigkeitsgesetz durch seine Geburt am 17. Juni 2011 in Stuttgart erworben hat, noch zu klären sein wird. Es spricht viel dafür, dass der Antragstellerin Ziff. 1 seit der Geburt ihres Sohnes materiell-rechtlich ein subjektives öffentliches Recht auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Aufenthaltsgesetz zustand, ihr diese

jedoch tatsächlich erst am 04. Januar 2012 erteilt wurde. Insofern ist abschließend zu klären, ob dem Aufenthaltstitel Rückwirkung zukommt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 02. September 2010 - [1 B 18/10](#) -; Urteil vom 09. Juni 2009 - [1 C 7/08](#) -) und wenn nicht, ob der Entscheidung der Ausländerbehörde - wie der Antragsgegner meint - Tatbestandswirkung zukommt (in diese Richtung LSG Hamburg, Urteil vom 24. Juni 2010 - [L 5 AS 67/07](#); Hessisches LSG, Beschluss vom 06. September 2011 - [L 7 AS 334/11 B ER](#)) oder ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung nach [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Aufenthaltsgesetz maßgeblich ist. Die folglich anhand einer Folgenabwägung zu treffende Entscheidung führt dazu, dass im Hinblick auf die zur Sicherung des Existenzminimums erforderlichen Leistungen das Interesse der Antragsteller an einer vorläufigen Leistungsgewährung höher zu bewerten ist. Das rein fiskalische Interesse des Antragsgegners muss insoweit zurückstehen.

Der Antrag des Antragsgegners auf Aussetzung der Vollstreckung aus dem Beschluss des SG vom 29. September 2011 durch einstweilige Anordnung gem. [§ 199 Abs. 2 S. 1 SGG](#) geht ins Leere, nachdem der Senat über seine Beschwerde in der Sache entschieden hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Den Antragstellern ist für das Beschwerdeverfahren nach [§ 73a SGG](#) i.V.m. [§§ 114 Satz 1, 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlungsanordnung zu bewilligen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-01-30