

## L 7 AS 427/17 B ER

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung

7

1. Instanz  
SG Augsburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 14 AS 437/17 ER

Datum  
03.05.2017

2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 7 AS 427/17 B ER

Datum  
24.07.2017

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

1. Es ist höchstrichterlich nicht geklärt, ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2](#) Buchstabe b SGB II bzw. nach [§ 23 Abs 3 Nr 2 SGB XII](#) in der ab 29.12.2016 geltenden Fassung für nicht erwerbstätige, nicht ausreisepflichtige Unionsbürger mit [Art 1 Abs 1 GG](#) iVm [Art 20 Abs 1 GG](#) vereinbar ist.

2. Aufgrund des Vorlagebeschlusses des Sozialgerichts Mainz vom 18.4.2016, [S 3 AS 149/16](#), anhängig beim Bundesverfassungsgericht unter dem Aktenzeichen [1 BvL 4/16](#), sind die Tatbestandsvoraussetzungen für eine vorläufige Leistungsgewährung nach [§ 41a Abs 7 Nr 1 SGB II](#) erfüllt.

3. Das nach [§ 41a SGB II](#) eingeräumte Ermessen ist im Regelfall auf Null reduziert. Dies folgt aus dem existenzsichernden Charakter dieser Grundsicherungsleistungen.

I. Auf die Beschwerde werden Ziffer I und II des Beschlusses des Sozialgerichts Augsburg vom 3. Mai 2017 teilweise aufgehoben und der Beschwerdegegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet, dem Beschwerdeführer vorläufige Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 20.4. bis 30.4.2017 in Höhe von 104,94 EUR, für die Zeit vom 1.5.2017 bis 30.6.2017 in Höhe von monatlich 286,30 EUR und für die Zeit vom 1.7.2017 bis 31.7.2017 in Höhe von 155,10 EUR zu gewähren.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Der Beschwerdegegner übernimmt 1/3 der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers.

IV. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren ab Antragstellung Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung unter Beiordnung von Rechtsanwältin C. B., B-Straße, B-Stadt bewilligt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller und Beschwerdeführer (Bf) begehrt zuletzt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 20.4.2017 bis 31.7.2017. Der 1988 geb. Bf ist kroatischer Staatsangehöriger. Er ist am 28.10.2013 in die Bundesrepublik eingereist. Vom 1.7.2015 bis 1.2.2016 war er sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Bei einer persönlichen Vorsprache beim Jobcenter B-Stadt am 1.3.2016 gab er an, dass er Anfang Februar krank geworden und ihm am 12.2.2016 gekündigt worden sei. Auf seinen Antrag vom 8.6.2016 bewilligte das Jobcenter B-Stadt für die Zeit ab 28.7.2016 bis 30.11.2016 SGB II-Leistungen. Im Übrigen wurde der Antrag abgelehnt. Die Ablehnung für die Zeit vom 15.7.2016 bis 27.7.2016 erfolgte wegen der stationären Unterbringung in der H. auf Kosten des Bezirks Oberbayern. Mit Bescheid vom 25.1.2017 bewilligte der Bezirk Oberbayern für die Zeit vom 1.12.2016 bis 30.11.2017 Eingliederungshilfe nach dem SGB XII in Form der Übernahme der Kosten für betreutes Einzelwohnen in der A-Straße in A-Stadt. Die tatsächlichen Kosten der Unterkunft betragen 340 EUR. Die Unterkunft wurde zum 30.6.2017 gekündigt. Es bestehen Mietschulden seit 27.12.2016 in Höhe von 2.765 EUR. Seit 8.7.2017 wird der Bf stationär in der geschlossenen Psychiatrie des I-Klinikums in C-Stadt behandelt. Der Bf steht unter Betreuung (Ausweis vom 21.10.2016).

Am 31.1.2017 beantragte der Betreuer für den Bf beim Antrags- und Beschwerdegegner (Bg) Leistungen nach dem SGB II. Im Antrag gab er an, dass er von September bis Dezember 2013 und vom 1.7. bis 30.9.2015 und noch weitere 3 Monate sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Mit Bescheid vom 1.3.2017 wurde der Antrag abgelehnt. Der Bf unterliege dem Leistungsausschluss von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Sein Aufenthaltsrecht ergebe sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche. Hiergegen legte der Betreuer am 10.3.2017

Widerspruch ein. Der Bf sei bereits im Arbeitsmarkt integriert gewesen. Er könne krankheitsbedingt aktuell vorübergehend keiner Beschäftigung nachgehen. Mit Widerspruchsbescheid vom 21.3.2017 wurde der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen. Nur in der Zeit vom 1.7.2015 bis 1.2.2016 sei er nachweislich sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Da der Bf zuletzt weniger als ein Jahr als Arbeitnehmer tätig gewesen und er seit 2.2.2016 arbeitslos sei, sei sein Status als Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU nach Ablauf von 6 Monaten ab 3.8.2016 weggefallen. Das Recht als Arbeitnehmer bestehe auch nicht mehr aufgrund vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU. Die Krankheit sei bereits am 8.6.2016 eingetreten und habe somit länger als 6 Monate im Zeitpunkt der Antragstellung bestanden. Es handle sich nicht um eine vorübergehende Erwerbsminderung.

Am 20.4.2017 erhob die Bevollmächtigte des Bf Klage zum Sozialgericht Augsburg (S [14 AS 442/17](#)) und beantragte einstweiligen Rechtsschutz ab sofort bis 30.6.2017 sowie die Gewährung von Prozesskostenhilfe. Es werde bestritten, dass der Bf aufgrund der nicht durchgängig einjährigen Beschäftigung seinen Arbeitnehmerstatus verloren habe. Er bemühe sich sehr um Arbeit, was ihm aber krankheitsbedingt schlecht gelinge. Das grundrechtlich garantierte Existenzminimum gelte für alle Menschen, die sich in Deutschland aufhielten. Ein Entzug des Grundrechts, damit Ausländer ausreisten, verstoße gegen europäisches Recht. Der Bf sei mittellos und könne seine Krankenversicherung nicht bezahlen. Es sei am 15.3.2017 auch ein Leistungsantrag beim SGB XII-Träger gestellt worden. Es werde dessen Beiladung angeregt.

Mit Beschluss vom 3.5.2017 wurde der Eilantrag als unbegründet abgelehnt. Es fehle an einem Anordnungsanspruch. Der Bf sei nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), als auch nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) (jeweils in der ab 29.12.2016 geltenden Fassung) von Leistungen ausgeschlossen. Daher habe die Beiladung des Sozialhilfeträgers unterbleiben können. Eine Freizügigkeitsberechtigung (und damit ein Recht zum Aufenthalt) ergebe sich nicht aus der Ausübung einer Arbeitnehmertätigkeit (§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU). Die letzte Beschäftigung des Bf habe am 1.2.2016 geendet. Auch der Verlängerungstatbestand nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU greife nicht ein. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Im Rahmen der Antragstellung habe der Betreuer angegeben, dass der Bf gesundheitlich in der Lage sei, eine Tätigkeit von mindestens drei Stunden täglich auszuüben. Gründe für Zweifel an dieser Einschätzung seien nicht ersichtlich, zumal der Bf nach dem Vortrag seiner Bevollmächtigten weiterhin sehr bemüht sei, eine neue Beschäftigung aufzunehmen. Soweit die Bevollmächtigte des Antragstellers an anderer Stelle geltend mache, der Bf könne krankheitsbedingt aktuell einer Beschäftigung vorübergehend nicht nachgehen, bleibe unklar, auf welchen Zeitraum sich die sinngemäß behauptete Arbeitsunfähigkeit beziehe. Da zudem weder medizinische Unterlagen vorgelegt noch zumindest Diagnosen und behandelnde Ärzte des Bf benannt worden seien, seien weitere Ermittlungen des Gerichts ins Blaue hinein nicht veranlasst. Ebenso wenig greife der Verlängerungstatbestand nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU ein. Es fehle an einer Tätigkeitsdauer von mehr als einem Jahr. Der Bf sei lediglich vom 1.7.2015 bis zum 1.2.2016 beschäftigt gewesen. Ein Daueraufenthaltsrecht gemäß § 4a FreizügG/EU, das einen fünfjährigen Aufenthalt im Bundesgebiet voraussetze, scheitere daran, dass der Bf erst im Oktober 2013 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sei. Hieraus folge zugleich, dass die in [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) bzw. [§ 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII](#) geregelten Ausnahmen von den Leistungsausschlüssen der [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bzw. [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) nicht eingriffen. Diese Vorschriften verlangten einen Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens fünf Jahren, der hier gerade nicht gegeben sei.

Hiergegen legte die Bevollmächtigte des Bf unter Bezugnahme auf die bisherige Begründung Beschwerde beim Bay. Landessozialgericht ein. Vorgelegt wurden auf gerichtliche Aufforderung die Kontoauszüge für die Zeit vom 31.3.2017 bis 21.6.2017, die zuletzt einen Negativsaldo aufwiesen.

Die Bevollmächtigte des Bf beantragt mit Schriftsatz vom 23.5.2017, den Beschluss des Sozialgerichts Augsburg vom 3.5.2017 aufzuheben und dem Bf die SGB II-Leistungen, hilfsweise die Grundsicherungsleistungen ab sofort bis 31.7.2017 zu gewähren.

Der Bg beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladenen stellten keine Anträge.

Der Bg als auch der Beigeladene zu 1 halten die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend.

Der Beigeladene zu 2 teilte mit, dass die Prüfung einer etwaigen Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts bislang nicht eingeleitet worden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Akten des Sozialgerichts Augsburg und des Bg Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ([§§ 172, 173 SGG](#)) ist im tenorierten Umfang begründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) 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. 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. Eine derartige Anordnung setzt sowohl einen Anordnungsanspruch im Sinne einer materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage, als auch einen Anordnungsgrund im Sinne einer besonderen Eilbedürftigkeit voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund müssen gemäß [§ 86b Abs. 4 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§§ 920 Abs. 2](#) und [§ 294](#) Zivilprozessordnung (ZPO) glaubhaft sein.

Die Bevollmächtigte hat erstinstanzlich "ab sofort bis 30.6.2017" Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II beantragt, im Beschwerdeverfahren hilfsweise auch SGB XII-Leistungen und den Zeitraum bis 31.7.2017 erweitert. Der Bg hat diesem Antrag in seinem Schriftsatz vom 19.6.2017 nicht widersprochen ([§ 99 SGG](#)). Streitgegenständliche ist somit die Zeit vom 20.4.2017 bis 31.7.2017.

Ob der Bf für die Zeit ab 20.4.2017 bis 31.7.2017 leistungsberechtigt ist oder ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) Buchstabe b SGB II in der ab 29.12.2016 geltenden Fassung bzw. ab 8.7.2017 der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) wegen der stationären Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus greift, kann nach summarischer Prüfung nicht abschließend beantwortet werden. Insbesondere bedarf ein etwaiger Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) der weiteren Sachverhaltsaufklärung in der Hauptsache.

Ein Aufenthaltsrecht des Bf zu 1 könnte sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergeben nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 a FreizügigG/EU. Seine Beschäftigung endete am 1.2.2016, spätestens mit Ablauf des 12.2.2016 (s. Gesprächsvermerk vom 1.3.2016 des Jobcenters B-Stadt). Da die Tätigkeit weniger als ein Jahr andauerte, bleibt der Arbeitnehmerstatus ungeachtet der weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU maximal für sechs Monate nach Beschäftigungsaufgabe erhalten. Dies ist hier bis zum 1.8.2016 bzw. 12.8.2016 der Fall. Der Bf ist nicht vollziehbar ausreisepflichtig. Der Beigeladene zu 2 hat diesbezüglich keinerlei Maßnahmen getroffen, noch sind solche aktuell beabsichtigt.

Es erscheint zwar höchstrichterlich geklärt, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II](#) europarechtskonform ist (vgl. EuGH vom 15.9.2015, Rs. [C-67/14](#) -Alimanovic). Jedoch ist höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt, ob der Leistungsausschluss für nicht ausreisepflichtige, nicht erwerbstätige Unionsbürger mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist, [Art. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) (vgl. u.a. das Ergebnis der Sachverständigenanhörung Ausschussdrucksache 18(11)821, insbesondere Stellungnahme von Prof. Dr. Berlit, S. 55 ff; BVerfG vom 14.2.2017, [1 BvR 2507/16](#) Rn 19). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf den Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.4.2016, [S 3 AS 149/16](#), beim Bundesverfassungsgericht anhängig unter dem Aktenzeichen [1 BvL 4/16](#). Auch wenn die Vorlage des SG zum [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG](#) a.F. ergangen ist, ist er auch für die ab 29.12.2016 geltende Fassung von Bedeutung, da die Vorschrift bzgl. des Leistungsausschlusses bei einem allein aus dem Zweck der Arbeitssuche sich ergebenden Aufenthaltsrecht im Wesentlichen unverändert geblieben ist.

Diese Frage ist auch für den vorliegenden Fall entscheidungserheblich, denn, wenn der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b](#) SGB II verfassungswidrig sein sollte, ergäben sich Leistungsansprüche unmittelbar aus dem SGB II. Auf einen Rückgriff auf [§ 23 SGB XII](#) käme es dann nicht weiter an.

Vor diesem Hintergrund ist der Senat der Auffassung, dass der Bf gegenüber dem Bg einen Anspruch auf vorläufige Leistungen nach [§ 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II](#) hat. Das Ermessen hinsichtlich der Entscheidung, vorläufig Leistungen zu bewilligen, ist vorliegend auf Null reduziert (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen vom 16.7.2014, [L 6 SF 584/14](#) Rn 14; LSG Berlin-Brandenburg vom 15.8.2014, [L 10 AS 1583/14 B ER](#) Rn 6). Dies folgt aus dem existenzsichernden Charakter der begehrten Leistungen und aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des [Art. 20 Abs. 1 GG](#) abgeleiteten Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. BVerfG vom 18.07.2012, [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#), Rn 62; BSG vom 3.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn 57 zu [§ 23 SGB XII](#) a.F.; LSG Baden-Württemberg vom 26.4.2017, [L 1 AS 854/17 ER-B](#); LSG Niedersachsen-Bremen vom 16.2.2017, [L 8 SO 344/16 B ER](#); a.A. LSG Niedersachsen-Bremen vom 19.5.2017, [L 11 AS 247/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg vom 24.3.2017, [L 5 AS 449/17 B ER](#)).

Für die Zeit ab 20.4.2017 ist der Bf grundsätzlich hilfebedürftig im Sinne von [§ 9 SGB II](#). Ausweislich der vorgelegten Kontoauszüge ist der Bf mittellos. Vermögen wurde im Antrag verneint.

Hinsichtlich der Kosten der Unterkunft und Heizung besteht zwar ein monatlicher Bedarf von 340 EUR nach [§ 22 SGB II](#). Ungeachtet dieses materiell-rechtlichen Anspruches besteht allerdings nach der Kündigung des Mietverhältnisses und der derzeitigen Unterbringung in einem Krankenhaus kein Anordnungsgrund im Sinne der Eilbedürftigkeit.

Diesbezüglich hat die Bevollmächtigte des Bf weder vorgetragen, noch glaubhaft gemacht, dass der stationäre Aufenthalt nur vorübergehender Natur ist. Sie hat auch nicht glaubhaft vorgetragen, dass allein mit einer Mietzahlung für die Zeit vom 20.4. bis 7.7.2017 bzw. 31.7.2017 die Kündigung insgesamt rückgängig gemacht werden würde und die Unterkunft für den Bf dadurch auf Dauer erhalten werden könnte. Insoweit war die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Hinsichtlich des monatlichen Regelbedarfs von 409 EUR besteht für April 2017 nur ein zeitanteiliger Anspruch von 11/30 und für Juli von 7/30. Aufgrund der stationären Unterbringung ab 8.7.2017 ist nach summarischer Prüfung ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) nicht unwahrscheinlich, zumal die Gesamtumstände (Bewilligung von Eingliederungshilfe, Betreuung und Unterbringung in psychiatrischen Einrichtungen) auf eine schwerwiegende Grunderkrankung mit langer Behandlungsbedürftigkeit hindeuten. Für den Fall, dass die Zeit ab 8.7.2017 in die Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers fällt, hätte der Bf aber nach summarischer Prüfung Anspruch auf den (zeitanteiligen) Barbetrag von 110,43 EUR nach [§ 27b SGB XII](#). Diesen Betrag kann der Bg vom zuständigen Sozialhilfeträger im Wege des Erstattungsverfahrens geltend machen, wenn sich seine Unzuständigkeit in der Hauptsache herausstellen sollte.

Ein Anordnungsgrund ist für die Zeit ab 20.4.2017 bis 31.7.2017 gegeben. Der Bf ist mittellos.

Der Senat macht im Rahmen der zu treffenden Regelungsanordnung von seinem Ermessen nach [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 938 Abs. 1 ZPO](#) Gebrauch und nimmt einen Abschlag von 30% (122,70 EUR) bei der Regelleistung zum Zwecke der Vermeidung der Vorwegnahme der Hauptsache vor (vgl. zur Zulässigkeit eines Abschlags BVerfG vom 12.5.2005, [1 BvR 569/05](#) Rn 26; st. Rspr. des 7. Senats, u.a. Bay. LSG vom 31.8.2012, [L 7 AS 601/12 B ER](#), Rn 58).

Es werden somit für die Zeit vom 20. bis 30. April 2017 104,94 EUR (11/30 von 286,30 EUR), für Mai und Juni 2017 jeweils 286,30 EUR und für die Zeit vom 1.7. bis 7.7.2017 66,78 EUR (7/30 von 286,30 EUR) sowie für die Zeit vom 8.7. bis 31.7.2017 88,32 EUR (24/30 von 110,43 EUR), daher für Juli insgesamt 155,10 EUR zugesprochen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach [§ 73a SGG](#) i.V.m. [§§ 114 ff ZPO](#) liegen vor. Der Bf ist nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen außerstande, die Kosten der Rechtsverfolgung auch nur zum Teil zu tragen. Der Rechtsstreit

hatte nach obigen Ausführungen hinreichende Aussicht auf Erfolg.

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2017-09-01