

L 12 AS 596/17 B ER, L 12 AS 597/17 B

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
12
1. Instanz
SG Gelsenkirchen (NRW)
Aktenzeichen
S 44 AS 482/17 ER
Datum
20.03.2017
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 12 AS 596/17 B ER, L 12 AS 597/17 B
Datum
12.07.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 20.03.2017 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig ab 17.02.2017 bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, längstens jedoch für sechs Monate, Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) in Höhe des Regelbedarfs nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu zahlen. Den Antragstellern wird für beide Rechtszüge Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt L aus I beigeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Der Antragsgegner trägt 2/3 der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller in beiden Rechtszügen.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) von dem Antragsgegner im Wege einstweiligen Rechtsschutzes.

Die Antragsteller sind bulgarische Staatsangehörige. Sie reisten am 15.11.2015 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Die am 00.00.1987 geborene Antragstellerin zu 1) ist die Mutter der am 00.00.2004 geborenen Antragstellerin zu 2), der am 00.00.2007 geborenen Antragstellerin zu 3), dem am 00.00.2010 geborenen Antragsteller zu 4) und der am 00.00.2016 geborenen Antragstellerin zu 5). Sie wohnen in einem gemeinsamen Haushalt in I.

Die Antragstellerin zu 1) schloss unter dem 23.03.2016 einen Arbeitsvertrag mit "H Restaurant" mit Wirkung ab dem 01.04.2016. Das Arbeitsverhältnis endete durch arbeitgeberseitige Kündigung mit Schreiben vom 24.06.2016 zum 30.06.2016. Als Grund der Kündigung wurde angegeben, dass aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage ein Bedarf an Arbeitnehmer nicht bestehe. Die Antragstellerin zu 1) hat gegen die Kündigung keine rechtlichen Schritte unternommen.

Die Antragsteller bezogen zuletzt Leistungen nach dem SGB II mit Bescheid vom 28.10.2016, mit welchem vorläufig Leistungen für die Zeit von Oktober 2016 bis Dezember 2016 gewährt wurden.

Die Antragsteller beantragten am 23.01.2017 die Weiterbewilligung der Leistungen nach dem SGB II. Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 26.01.2017 ab. Die Antragsteller hätten keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II, weil sich das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zwecke der Arbeitsuche herleite. Der Arbeitnehmerstatus ende sechs Monate ab dem Kündigungsdatum der letzten Beschäftigung. Somit würde die Anspruchsvoraussetzung für einen Leistungsanspruch seit dem 01.01.2017 nicht mehr vorliegen.

Hiergegen erhoben die Antragsteller Widerspruch. Es bestehe ein eigenes Aufenthaltsrecht. Das Kind der Antragstellerin zu 1) - die Antragstellerin zu 5) - sei am 18.08.2016 geboren worden. Eine Frau, welche ihre Erwerbsfähigkeit oder Arbeitsuche wegen der körperlichen Belastung im Spätstadium einer Schwangerschaft und nach der Geburt aufgabe, habe trotzdem die Arbeitnehmereigenschaft inne.

Die Antragsteller haben am 17.02.2017 einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutz sowie auf Gewährung von Prozesskostenhilfe gestellt. Der Arbeitnehmerstatus der Antragstellerin zu 1) wirke aufgrund des Mutterschutzes fort. Jedenfalls würde sich ein Anspruch auf Leistungen gegenüber dem Sozialhilfeträger ergeben.

Die Antragsteller haben schriftsätzlich beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen vorläufig, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, Leistungen nach dem SGB II entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen, hilfsweise darlehensweise, zu bewilligen.

Der Antragsgegner hat schriftsätzlich beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er hat vorgetragen, dass der Arbeitnehmerstatus spätestens sechs Monate nach Ende der letzten Beschäftigung ende.

Das Sozialgericht Gelsenkirchen hat mit Beschluss vom 20.03.2017 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sowie auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Die Antragsteller hätten einen Anordnungsanspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsteller seien gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in der Fassung vom 22.12.2016, gültig ab dem 29.12.2016, von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Für die Antragstellerin zu 1) ergebe sich neben einem Aufenthaltsrecht zu dem Zweck der Arbeitsuche kein weiteres materielles Aufenthaltsrecht. Sie könne sich nicht auf ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin berufen. Denn sie gehe keiner Beschäftigung nach. Sie könne sich auch nicht mehr auf eine entsprechende Fortwirkung berufen. Denn das mit Arbeitsvertrag vom 23.03.2016 zum 01.04.2016 begründete Arbeitsverhältnis der Antragstellerin zu 1) sei zum 30.06.2016 durch arbeitgeberseitige Kündigung beendet worden. Eine Arbeitnehmereigenschaft der Antragstellerin zu 1) folge auch nicht aufgrund des Mutterschutzes. Der Leistungsausschluss sei nicht europarechtswidrig. Die Antragsteller hätten zudem keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe (SGB XII). Durch die neue Formulierung des [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) sei klargestellt, dass ausgeschlossene Personen nach dem SGB II keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII haben.

Gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen haben die Antragsteller am 22.03.2017 Beschwerde eingelegt. Aufgrund der Geburt der Antragstellerin zu 5) sei die Antragstellerin zu 1) nicht in der Lage, eine Verknüpfung zum Arbeitsmarkt zu erlangen. Im Übrigen reichen die Antragsteller Bestätigungen der Josefschule - Städtische Gem. Grundschule sowie der Gesamtschule Wanne-Eickel ein, dass die Antragstellerinnen zu 2) und 3) regelmäßig am Unterricht teilnehmen. Der Antragsteller zu 4) fehle jedoch mindestens einen Tag pro Woche unentschuldig.

Der Antragsgegner hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

Das Sozialgericht hat zu Unrecht den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutz in Bezug auf Leistungen nach dem SGB II in Form des Regelbedarfs abgelehnt.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 S. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer solchen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (d.h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie eines Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen, [§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i. V. m. [§§ 920 Abs. 2, 294](#) Zivilprozessordnung (ZPO). Eine Tatsache ist dann glaubhaft gemacht, wenn ihr Vorliegen überwiegend wahrscheinlich ist. Die bloße Möglichkeit des Bestehens einer Tatsache reicht noch nicht aus, um die Beweisanforderungen zu erfüllen. Es genügt jedoch, dass diese Möglichkeit unter mehreren relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach der Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung: BSG Urteil vom 17.04.2013, [B 9 V 1/12 R](#) und Beschluss vom 08.08.2001, [B 9 V 23/01 B](#)).

Die mit einer einstweiligen Anordnung auf die Durchführung einer Maßnahme in der Regel zugleich verbundene Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache erfordert darüber hinaus erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes, da der einstweilige Rechtsschutz trotz des berechtigten Interesses des Rechtsuchenden an unaufschiebbaren gerichtlichen Entscheidungen nicht zu einer Vorverlagerung der Entscheidung in das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes führen soll. Erforderlich ist mithin das Vorliegen einer gegenwärtigen und dringenden Notlage, die eine sofortige Entscheidung unumgänglich macht. Eine solche besondere Eilbedürftigkeit, die den Anordnungsgrund kennzeichnet, ist nur zu bejahen, wenn dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung seiner Rechte droht, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (BVerfG Beschluss vom 16.05.1995, [1 BvR 1087/91](#)).

Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für Anfechtungs- und (wie hier) für Vornahmesachen dürfen grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden (vgl. BVerfG Beschlüsse vom 06.08.2014, [1 BvR 1453/12](#), SGB 2015, 175, m.w.N. und vom 06.02.2013, [1 BvR 2366/12](#), [BVerfGK 20, 196](#)). Die summarische Prüfung kann sich insbesondere bei schwierigen Fragen auch auf Rechtsfragen beziehen (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage 2017, § 86b Rn. 16c), wobei dann die Interessen- und Folgenabwägung stärkeres Gewicht gewinnt. Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine etwaige Verletzung von Grundrechten nach Möglichkeit zu verhindern (BVerfG Beschluss vom 13.04.2010, [1 BvR 216/07](#), [BVerfGE 126, 1](#) (27 f.), m.w.N.; vgl. zur Prüfungsdichte bei rechtlichen Fragen: BVerfG Beschluss vom 27.05.1998, [2 BvR 378/98](#), [NVwZ-RR 1999, 217](#)). Dabei ist eine weitergehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs aus verfassungsrechtlichen Gründen dann erforderlich, wenn dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung seiner Grundrechte droht, die durch eine nachträgliche Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann. Je

gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl. BVerfG Beschluss vom 06.02.2013, [1 BvR 2366/12](#), a.a.O.). Ist einem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. In diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen.

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch auf Leistungen nach dem SGB II hinsichtlich des Regelbedarfs gem. [§ 20 SGB II](#) glaubhaft gemacht.

Die Antragstellerin zu 1) hat gem. [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7 a SGB II](#) noch nicht erreicht, ist erwerbsfähig und hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Die Antragsteller zu 2) bis 5) leben mit der Antragstellerin zu 1) in einer Bedarfsgemeinschaft gem. [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) und sind leistungsberechtigt gem. [§ 7 Abs. 2 S. 1 SGB II](#). Sie sind nach der eingereichten eidesstattlichen Versicherung auch hilfebedürftig gem. [§§ 7 Abs. 1 Nr. 3](#), 9 SGB II. Dies ist zwischen den Beteiligten unstrittig.

Dem Anspruch der Antragsteller steht der Leistungsausschluss gem. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a\), b\) SGB II](#) in der Fassung vom 22.12.2016, in Kraft seit 29.12.2016, nicht entgegen. Demnach sind Ausländerinnen und Ausländer vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgenommen, a) die kein Aufenthaltsrecht haben und b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen. Die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung erfordert eine fiktive Prüfung des Grundes bzw. der Gründe für eine im streitigen Leistungszeitraum bestehende Freizügigkeitsberechtigung nach dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU), welches die Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern in nationales Recht umsetzt, oder eines Aufenthaltsrechts nach den gemäß § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU im Wege eines Günstigkeitsvergleichs anwendbaren Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Bereits das Vorliegen der Voraussetzungen für ein anderes materiell bestehendes Aufenthaltsrecht als ein solches aus dem Zweck der Arbeitsuche hindert sozialrechtlich die positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts allein zum Zwecke der Arbeitsuche (vgl. z.B. BSG Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 43/15 R](#), und vom 30.01.2013, [B 4 AS 54/12 R](#)).

Die Antragstellerin zu 1) hat im streitigen Zeitraum kein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin noch kann sie sich auf die Fortwirkung ihres Arbeitnehmerstatus berufen. Der Senat nimmt diesbezüglich zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug und macht sich diese nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zu eigen (vgl. [§ 142 Abs. 2 S. 3 SGG](#)).

Die Antragstellerin zu 1) hat jedoch ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus dem Aufenthaltsrecht ihrer Kinder, den Antragstellerinnen zu 2) und zu 3). Diese können sich auf das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union berufen (VO (EU) 492/2011).

In Artikel 10 VO (EU) 492/2011 ist kodifiziert, dass die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen können. Aus dieser Norm folgt ein autonomes, von den Eltern unabhängiges Aufenthaltsrecht der Kinder eines Beschäftigten (BSG Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 43/15 R](#); LSG NRW Beschluss vom 16.03.2017, [L 19 AS 190/17 B ER](#); LSG Sachsen-Anhalt Beschluss vom 29.04.2016, [L 4 AS 182/16 B ER](#)). Dieses Recht hängt weder von der Rechtsstellung als Kind, dem Unterhalt gewährt wird, noch von dem Recht der Eltern auf Aufenthalt in dem Aufnahmestaat ab. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH zur inhaltsgleichen Vorschrift des Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (VO (EWG) 1612/68) ist nur Voraussetzung, dass das Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil in der Zeit in einem Mitgliedstaat lebte, in der dort zumindest ein Elternteil als Arbeitnehmer wohnte (EuGH Urteil vom 23.02.2010, [C-480/08](#) - Teixeira, m. w. N.; Tewocht in Kluth/Heusch, Ausländerrecht, § 3 FreizügG/EU Rn. 29). Aus dem Wortlaut der Norm "beschäftigt gewesen ist" folgt, dass die Kinder eines Arbeitnehmers nicht zeitgleich am allgemeinen Unterricht haben teilnehmen müssen.

Die Antragstellerinnen zu 2) und 3) leben mit ihrem Elternteil - der Antragstellerin zu 1) - zusammen. Die Antragstellerin zu 1) ist jedenfalls im Rahmen der summarischen Prüfung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens Arbeitnehmerin i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU gewesen.

Der EuGH (Urteile vom 04.06.2009, [C-22/08](#) und [C-23/08](#) Vatsouras/Koupatantze und vom 04.02.2010, [C-14/09](#) Genc) betont in ständiger Rechtsprechung, dass als Arbeitnehmer jeder anzusehen ist, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei nur Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Den EuGH-Entscheidungen lässt sich insoweit keine bestimmte Grenze für das Einkommen oder die Arbeitszeit entnehmen, unterhalb derer die Arbeitnehmereigenschaft verneint werden müsste. Der EuGH hat vielmehr stets deutlich gemacht, dass eine vorzunehmende Würdigung der Gesamtumstände letztlich den Gerichten der Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt (vgl. EuGH Urteil vom 04.02.2010, [C-14/09](#) Genc; in der Rechtssache Genc waren 5,5 Wochenstunden und eine Monatsvergütung von 175 EUR ausreichend). Danach kann zwar der Umstand, dass im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind, doch lässt es sich unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit nicht ausschließen, dass die Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses als tatsächlich und echt angesehen werden kann und es somit ermöglicht, dem Beschäftigten die Arbeitnehmereigenschaft zuzuerkennen (vgl. EuGH Urteil vom 04.02.2010, [C-14/09](#) Genc). Eine Mindestdauer für das Bestehen des Arbeitsverhältnisses darf nicht verlangt werden, eine Mindestbeschäftigung von etwas mehr als einen Monat kann die Arbeitnehmereigenschaft begründen (Brinkmann in: Huber, AufenthG, 2. Auflage 2016, § 2 FreizügG/EU Rn. 10).

Nach diesen Maßstäben ist die Antragstellerin zu 1) Arbeitnehmerin gewesen. Sie war vom 01.04.2016 bis 30.06.2016 bei dem H Restaurant für elf Wochenstunden und einer monatlichen Vergütung i. H. v. 470 EUR tätig. Dass das Arbeitsverhältnis tatsächlich ausgeübt worden ist, ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Die Tätigkeit führte auch zur vorläufigen Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II mit Bescheid vom 28.10.2016 durch den Antragsgegner unter Annahme einer Fortwirkung des Freizügigkeitsrechts aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU bis zur Dauer von sechs Monaten (hier bis zum 31.12.2016).

Ausweislich der vorgelegten Schulbescheinigungen liegt bei den Antragstellerinnen zu 2) und 3) auch ein regelmäßiger Schulbesuch vor.

Durch das Aufenthaltsrecht der Antragstellerinnen zu 2) und 3) aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 hat ebenfalls die Mutter, die Antragstellerin zu 1), ein entsprechendes Aufenthaltsrecht.

Nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 fördern die Mitgliedstaaten die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden sollen, unter den besten Bedingungen am Unterricht teilzunehmen. Hieraus wird ein Aufenthaltsrecht des Elternteils abgeleitet, welches die elterliche Sorge für die Kinder wahrnimmt. Grund hierfür ist, dass die regelmäßig minderjährigen Kinder eines Arbeitnehmers oder ehemaligen Arbeitnehmers für die Wahrnehmung ihrer Ausbildungsrechte aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 die Anwesenheit eines sorgeberechtigten Elternteils bedürfen, um ihre Ausbildung fortzusetzen und abschließen zu können. Die Versagung der Möglichkeit für die Eltern, während der Ausbildung ihrer Kinder im Aufnahmemitgliedstaat zu bleiben, ist geeignet, den Kindern ein zuerkanntes Recht zu nehmen (LSG NRW Beschluss vom 16.03.2017, [L 19 AS 190/17 B ER](#); LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 17.02.2017, [L 6 AS 11/17 B ER](#); EuGH Urteile vom 23.02.2010, [C-480/08](#) - Teixeira; vom 23.02.2010, [C-310/08](#) - Ibrahim; Brinkmann in Huber, *AufenthG*, 2. Auflage 2016, § 3 FreizügG/EU Rn. 24; m. w. N.). Dieses Aufenthaltsrecht ist zudem nicht von der Voraussetzung abhängig, dass dieser Elternteil über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er während seines Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen dieses Mitgliedstaats in Anspruch nehmen muss, und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz in diesem Staat verfügt (vgl. EuGH Urteil vom 23.02.2010, [C-480-08](#) - Teixeira). Es ist zwischen den Beteiligten unstrittig, dass die Antragstellerin zu 1) die elterliche Sorge für die übrigen Antragsteller wahrnimmt.

Es kann dahinstehen, ob bei dem Antragsteller zu 4) im Hinblick auf die Fehlzeiten von einem regelmäßigen Schulbesuch nicht auszugehen ist, denn sein Aufenthaltsrecht sowie das der Antragstellerin zu 5) folgen (jedenfalls) einem abgeleiteten Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen (vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013, [B 4 AS 54/12 R](#)).

Die Antragsteller zu 1) bis 5) sind auch nicht aufgrund des ab 29.12.2016 eingeführten neuen Ausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c](#)) SGB II (Fassung vom 22.12.2016) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. In diesem Sinne ausgenommen sind Ausländerinnen und Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b) aus Artikel 10 VO (EU) 492/2011 ableiten, und ihre Familienangehörigen.

Dieser Ausschlussgrund dürfte nach vorläufiger Würdigung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht europarechtskonform sein.

Der vom nationalen Gesetzgeber normierte Leistungsausschluss findet seine Rechtfertigung nicht in Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie; so jedoch [BT-Drucksache 18/10211, S. 13](#)). Die Regelung aus Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie beschränkt lediglich den Gleichbehandlungsgrundsatz, welcher sich aus Art. 24 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie ergibt. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie ("abweichend von Absatz 1"). Art. 24 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie beschränkt seinen Anwendungsbereich jedoch auf die Unionsbürger, die sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats aufhalten. Entsprechend dem Erwägungsgrund 20 der Unionsbürgerrichtlinie und auch dem in Art. 24 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie normierten Vorbehalt, enthält dieser keinen über die Richtlinie hinaus geltenden Gleichheitsgrundsatz. Denn der Gleichheitsgrundsatz gilt lediglich "vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen" (vgl. Erwägungsgrund 20 der Unionsbürgerrichtlinie; LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 17.02.2017, [L 6 AS 11/17 B ER](#); Derksen in info also 6/2016, S. 259). Das Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO EU 492/11 ist demgegenüber ein eigenständiges, von der Unionsbürgerrichtlinie unabhängiges Aufenthaltsrecht. Zu der inhaltsgleichen Vorschrift des Art. 12 VO (EWG) 1612/68 hat der EuGH entschieden, dass diese ein autonomes Recht darstelle; dieses autonome Recht werde durch den Erlass der Unionsbürgerrichtlinie nicht in Frage gestellt. Es gebe keinen Hinweis darauf, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Unionsbürgerrichtlinie die Reichweite des Art. 12 VO (EWG) 1612/68 habe beschränken wollen (EuGH Urteil vom 23.02.2010, [C-480/08](#) - Teixeira; Urteil vom 23.02.2010, [C-310/08](#) - Ibrahim). Eine solche Beschränkung wäre jedoch erforderlich, da das autonome Aufenthaltsrecht nicht an die Bedingung der eigenen Existenzsorge geknüpft ist. Der EuGH führt zur inhaltsgleichen Vorgängervorschrift auch nach Existenz der Unionsbürgerrichtlinie aus, dass das Recht der in Ausbildung befindlichen Kinder und des die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmenden Elternteils auch nicht in bestimmten Situationen davon abhängig ist, dass diese über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen (EuGH, a. a. O.). Steht somit das aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 abgeleitete Aufenthaltsrecht eigenständig neben denjenigen Aufenthaltsrechten, die sich aus der Unionsbürgerrichtlinie ergeben, und schließt zugleich die Unionsbürgerrichtlinie die Geltung von spezifischen und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehenen Bestimmungen nicht aus, hat sich der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c](#)) SGB II insbesondere an dem in Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004) niedergelegten Gleichbehandlungsgebot zu messen. Nach dieser Norm haben Personen, für die diese Verordnung gilt, sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Art. 4 VO (EG) 883/2004 verbietet jegliche Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit und fordert die Gleichbehandlung von Unionsbürgern mit ausländischer Staatsangehörigkeit mit inländischen Staatsangehörigen. Die Verordnung sieht jedoch eine Beschränkung des Gleichheitsgebotes anknüpfend an die Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. Derksen in info also, 6/2016, S. 258). Mangels wirksamer (Schranken-)Regelung dürfte der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c](#)) SGB II mithin gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.

Im Rahmen der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich zulässigen Folgenabwägung nimmt der Senat hier einen Anordnungsanspruch an. Dabei hat der Senat zum einen berücksichtigt, dass - wie oben dargelegt - gewichtige Argumente gegen die Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses bestehen. Dies hat grundsätzlich zur Folge, dass das nationale Recht nicht zur Anwendung kommt. Nach [Art. 288 Abs. 2](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; in der Fassung aufgrund des am 01.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon) hat die Verordnung als Gesetzgebungsform der Europäischen Union allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Aufgrund seiner unmittelbaren Geltung bricht das Unionsrecht im Kollisionsfall entgegenstehendes nationales Recht und genießt Anwendungsvorrang (vgl. grundlegend in EuGH Urteil vom 15.07.1964, Rs. [6/64](#) - Costa/ENEL; Biervert in Schwarze, *EU-Kommentar*, 3. Auflage 2012, [Art. 288 AEUV](#) Rn. 5ff m.w.N.; Geiger in Geiger/Khan/Kotzur, *EUV/AEUV*, 6. Auflage 2017, [§ 4 EUV](#) Rn. 24 m.w.N.). Zum anderen war für den Senat wesentlich, dass hier

existenzsichernde Leistungen im Raum stehen, die einen aktuellen Bedarf begründen. Vor diesem Hintergrund hält der Senat hier auch eine Vorlage an den EuGH im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht für sachdienlich (vgl. zur Frage der Gewährung effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren mit dem Ziel der Vermeidung wesentlicher Nachteile im Einzelfall auch OVG NRW Beschluss vom 12.02.2013, [1 B 1316/12](#)).

Die Antragsteller haben auch einen Anordnungsgrund hinsichtlich des Regelbedarfs gem. [§ 20 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Ein solcher ist dann glaubhaft gemacht, wenn Eilbedürftigkeit im Sinne einer dringenden und gegenwärtigen Notlage, die eine sofortige Entscheidung unumgänglich macht, gegeben und eine einstweilige Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile geboten ist (Senatsbeschluss vom 17.05.2005, [L 12 B 11/05 AS ER](#)). Dies ist der Fall, wenn dem Antragsteller bzw. der Antragstellerin unter Berücksichtigung auch der widerstreitenden öffentlichen Belange ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht zuzumuten ist (Berlit, info also 1/2005, S. 3, 7).

Den Antragstellern ist ein Unterschreiten des sozio-kulturellen Existenzminimums für die Zeit bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens nicht zuzumuten. Die Antragsteller verfügen nach der eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin zu 1) sowie der eingereichten Kontoauszüge zurzeit nicht über die notwendigen Mittel zur Sicherung ihres sozio-kulturellen Existenzminimums.

Hinsichtlich der beantragten Bedarfe für Unterkunft und Heizung gem. [§ 22 Abs. 1 SGB II](#) haben die Antragsteller hingegen einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft machen.

Ein solcher kommt nach ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich erst in Betracht, wenn Wohnungslosigkeit unmittelbar droht (Senatsbeschluss vom 17.02.2015, [L 12 AS 47/15 B ER](#); LSG NRW Beschluss vom 06.07.2015, [L 19 AS 931/15 B ER](#)). Ein Anordnungsgrund ist damit im Regelfall erst bei Nachweis der Rechtshängigkeit einer Räumungsklage gegeben. Selbst eine fristlose Kündigung reicht für die Bejahung der Eilbedürftigkeit regelmäßig nicht aus (LSG NRW Beschluss vom 22.06.2016, L 19 A 721/16 B ER).

Solche Umstände sind von den Antragstellern weder vorgetragen worden noch aus den Akten ersichtlich.

Hinsichtlich der Dauer der Verpflichtung des Antragsgegners orientiert sich der Senat an der im Antragszeitpunkt regelmäßigen Dauer einer vorläufigen Leistungsbewilligung von sechs Monaten ([§ 41 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#). Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Bedarfe der Kosten der Unterkunft ca. 1/3 der zugesprochenen Leistungen betragen.

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe gem. [§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 114](#) Zivilprozessordnung (ZPO) liegen vor.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2017-07-19