

L 19 AS 249/18 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
19
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 33 AS 282/18 ER
Datum
31.01.2018
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 19 AS 249/18 B ER
Datum
26.02.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Die Beschwerde der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 31.01.2018 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Der Antrag der Antragstellerinnen auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerinnen begehren die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II.

Die 1997 geborene Antragstellerin zu 1) besitzt die rumänische Staatsangehörigkeit und ist seit dem 11.11.2013 in der Bundesrepublik gemeldet. Seit dem 01.01.2016 ist sie unter der Anschrift des Herrn P.(P.) gemeldet. Unter dieser Anschrift sind die Antragstellerin zu 1), Herr P. und dessen Eltern gemeldet. Laut Mietbescheinigung wird die Wohnung (Doppelhaushälfte) von vier Erwachsenen und fünf Kindern genutzt.

Die Antragstellerin zu 1) übte in der Zeit vom 01.09.2016 bis zum 03.12.2016 eine Erwerbstätigkeit aus. Am 13.10.2017 gebar sie die Antragstellerin zu 2). In der Geburtsurkunde ist kein Vater eingetragen. Die Antragstellerin zu 1) bezieht für die Antragstellerin zu 2) Elterngeld in Höhe von 300,00 EUR.

Der 1992 geborene Herr P. übte mit Unterbrechungen seit dem 15.07.2014 Erwerbstätigkeiten aus. Zuletzt war er für die Zeit vom 11.08.2017 bis 16.10.2017 sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Auf das Konto der Antragstellerin zu 1) erfolgte am 03.11.2017 eine Gutschrift des Lohnes von Herrn P. i.H.v. 900,00 EUR sowie am 05.12.2017 eine Gutschrift i.H.v.1430,00 EUR.

Am 28.04.2017 beantragte Herr P. die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes für sich und die Personen, mit denen er in einer Bedarfsgemeinschaft lebt. Mit Bescheid vom 16.05.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.10.2017 versagte der Antragsgegner der Antragstellerin zu 1) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes wegen fehlender Mitwirkung nach [§§ 60, 66 Abs. 1 SGB I](#). Hiergegen erhob die Antragstellerin zu 1) Klage, S 33 AS 4326/17.

Mit Bescheid vom 06.09.2017 bewilligte der Antragsgegner Herrn P. auf seinen Antrag vom 25.07.2017 für die Zeit vom 01.07.2017 bis zum 31.12.2017 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes i.H.v. 492,00 EUR monatlich. In dem Bescheid wird ausgeführt, dass für die Antragstellerin zu 1) ein Leistungsausschluss bestehe, da diese als Unionsbürgerin keine Erwerbstätigkeit ausübe und sich zum Zwecke der Arbeitsuche noch keine fünf Jahre in Deutschland befinde. Nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit seitens Herrn P. hob der Antragsgegner mit Bescheid vom 26.09.2017 den Bescheid vom 06.09.2017 mit Wirkung zum 01.11.2017 auf.

Am 19.10.2017 beantragte Herr P. für sich und für die mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes. Mit Bescheid vom 14.11.2017 bewilligte der Antragsgegner Herrn P. vorläufig unter Berufung auf [§ 41 a Abs. 1 SGB II](#) Grundsicherungsleistungen für November 2017 i.H.v. 0,00 EUR sowie für die Zeit vom 01.12.2017 bis zum 30.04.2018 i.H.v. 116,01 EUR monatlich. Im Übrigen lehnte der Antragsgegner den Antrag ab. Mit Änderungsbescheid vom 25.11.2017 erhöhte der Antragsgegner die vorläufigen Leistungen für die Zeit ab dem 01.01.2018 auf 122,15 EUR monatlich.

Mit Schreiben vom 05.12.2017 zeigten die Prozessbevollmächtigten die Vertretung des Herrn P. dem Antragsgegner an und legten gegen den Bescheid vom 14.11.2017 Widerspruch ein. In dem Schreiben heißt es:

"Zur Begründung wird ausgeführt, dass wir an sich beantragt hatten, dass Herr P. mit Frau T J in eine gemeinsame BG kommt. Offensichtlich haben Sie dies allerdings nicht in rechtmäßiger Art und Weise durchgeführt. Darüber hinaus ist es so, dass auch für den Monat November 2017 Leistungen zu erbringen waren; Sie haben die Leistungen von November 2017 auf 0,00 EUR festgesetzt. Hinsichtlich des Verdienstes unseren Mandaten P. verweisen wir auf die Arbeitsbescheinigung gem. [§ 312 SGB II](#), dort entnehmen Sie, was Herr P. verdient hat. "

Mit Schreiben vom 21.12.2017 wandten sich die Prozessbevollmächtigten an den Antragsgegner. In dem Schreiben heißt es:

"In vorbezeichneter Angelegenheit vertreten wir die Interessen sowohl des Herrn P. als auch der Frau J und überreichen den Elterngeldbescheid 16.11.2017. "

Am 18.01.2018 haben die Antragstellerinnen beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen SGB II Leistungen nach Maßgabe des Eingangs bei Gericht zu gewähren.

Sie haben vorgetragen, sie befänden sich mit Herrn P. in einer Bedarfsgemeinschaft. Es sei nicht entscheidend, von wem ein Kind stamme, sondern ob die Beteiligten füreinander einstünden. Die Antragstellerinnen haben eidesstaatliche Versicherungen der Antragstellerin zu 1) sowie von Herrn P. vorgelegt, wonach Herr P. der Vater der Antragstellerin zu 2) ist und eine Heirat in Kürze beabsichtigt sei.

Mit Beschluss vom 31.01.2018 hat das Sozialgericht Köln den Antrag abgewiesen. Die Voraussetzungen der Leistungsausschlüsse nach [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) und [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) seien erfüllt. Neben dem Zweck zur Arbeitssuche habe die Antragstellerin zu 1) kein anderes Aufenthaltsrecht. [§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU](#) greife nicht ein. Die Antragstellerin zu 1) halte sich auch nicht mehr als 5 Jahre in der Bundesrepublik auf. Ferner sei ein Aufenthaltsrecht aus Art.10 VO(EU) 492/11 nicht ersichtlich. Für die Antragstellerin zu 2) bestehe auch kein Leistungsanspruch. Sie könne von ihrer Mutter, der Antragstellerin zu 1), keine Rechte nachweisen. Ein Vater sei in der Geburtsurkunde der Antragstellerin zu 2) nicht eingetragen, so dass sie auch von dem Vater keine Rechte herleiten könne. Über weitergehende Ansprüche sei im vorliegenden Fall nicht zu befinden. Aus dem Vorbringen der Antragstellerin sei ersichtlich, dass sie die Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) nicht begehrten.

Gegen den am 01.02.2018 zugestellten Beschluss haben die Antragstellerinnen am 09.02.2018 Beschwerde beim Sozialgericht Köln eingelegt.

Sie begehren die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ab Antragsstellung. Sie beantragen, die Stadt Kerpen als Trägerin der SGB XII Leistungen beizuladen.

Sie tragen vor, dass nach dem grundlegenden Urteil des Bundessozialgerichts vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) aus dem Zusammenleben von Partnern mit einem Kind ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen gegeben sei. Dieser Aufenthaltstitel liege vorliegend vor. Die Antragstellerin zu 1) sowie ihr Lebensgefährte P. hätten übereinstimmend erklärt, dass sie die Eltern der Antragstellerin zu 2) seien. Des Weiteren hätten sich die Antragstellerin zu 1) und Herr P. die Ehe versprochen. Damit liege ein wirksames Verlöbnis vor und könne die Antragstellerin zu 1) ein Aufenthaltsanspruch aus [Artikel 6 GG](#) herleiten. Eine Beiladung des Sozialhilfeträgers sei erforderlich, denn der Aufenthalt der Antragstellerin habe sich nicht verfestigt, so dass ihr aus [§ 23 SGB XII](#) Ansprüche zuständen. Sie nehmen Bezug auf den Beschluss des LSG NRW vom 21.08.2017 - L [19 AS 1577/17](#) BER.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (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 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](#)).

1. Die Antragstellerinnen haben keinen Anordnungsanspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II gegenüber dem Antragsgegner glaubhaft gemacht.

Dahinstehen kann, ob die Bestandskraft der Bescheide vom 14.11.2017 und 25.11.2017, soweit in ihnen konkludent ein Anspruch der Antragstellerinnen abgelehnt worden ist, einem Anspruch der Antragstellerinnen ab dem 18.01.2018 entgegensteht. Es spricht vieles dafür, dass die Antragstellerinnen nach Ablauf der Widerspruchsfrist erst mit Schreiben vom 21.01.2017 Widerspruch eingelegt haben.

Jedenfalls sind die Antragstellerinnen vom Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) - wie das Sozialgericht zutreffend festgestellt hat - erfasst. Hiernach sind Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, die kein Aufenthaltsrecht haben, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt oder die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 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 ableiten (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1, geändert durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1). Abweichend von Satz 2 Nr. 2 erhalten Ausländerinnen und

Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben.

a) Die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a) SGB II findet Anwendung. Die Antragstellerinnen können sich nicht auf einen Aufenthalt von fünf Jahren in der Bundesrepublik berufen ([§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)). Denn die Antragstellerin zu 1) ist erst ab dem 11.11.2013 melderechtlich erfasst. Die Antragstellerin zu 2) wurde am 13.10.2017 geboren.

b) Die Antragstellerin zu 1) ist nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a\)](#) SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Sie verfügt im streitbefangenen Zeitraum über kein Aufenthaltsrecht aus dem FreizügG/EU. Denn die Voraussetzungen der Aufenthaltsrechte aus §§ 2, 3, 4, 4a FreizügG/EU liegen nicht vor. Die Antragstellerin zu 1) übt keine (abhängige oder selbständige) Tätigkeit aus (§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FreizügG/EU) und hält sich nicht zu dem Zwecke auf, Dienstleistungen zu erbringen oder in Anspruch zu nehmen (§ 2 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 FreizügG/EU). Ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU ist nicht glaubhaft gemacht. Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigten sind danach Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Anhaltspunkte für andauernde und erfolgversprechende Bewerbungsbemühungen sind weder ersichtlich noch von der Antragstellerin vorgetragen. Sie verfügt nicht über ausreichende Existenzmittel, um ihren Lebensunterhalt und Krankenversicherungsschutz selbst zu decken (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU).

Die Antragstellerin zu 1) als Partnerin von Herrn P. ist keine Familienangehörige von Herrn P. i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Denn der Familiennachzug ist in § 3 FreizügG/EU abschließend geregelt und erfasst nur den Ehegatten bzw. Lebenspartner (vgl. Art. 2 Abs. 2 b RL 2004/38/EG, wonach der Begriff "Familienangehöriger" u.a. den Lebenspartner bezeichnet, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind; BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#), [BSGE 113, 60](#) m.w.N.; vgl. auch EUGH, Urteil vom 17.04.1986 - [C-59/85](#) - wonach ein lediger Partner eines Arbeitnehmers kein Familienangehöriger ist). Das Bestehen einer Bedarfsgemeinschaft i.S.v. [§ 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II](#) begründet damit kein Aufenthaltsrecht i.S.v. § 3 FreizügG/EU. Die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht liegen für die im Januar 2013 in die Bundesrepublik eingereiste Antragstellerin zu 1) ebenfalls nicht vor (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. § 4a FreizügG/EU).

Die Antragstellerin zu 1) kann sich im streitbefangenen Zeitraum ab dem 17.05.2017 auch nicht auf ein nachwirkendes Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 3 FreizügG/EU berufen. Nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 FreizügG/EU wirkt die durch eine Erwerbstätigkeit erworbene Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU bei unfreiwilliger und durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung während der Dauer von 6 Monaten fort und vermittelt ein Aufenthaltsrecht. Die einzig belegte Erwerbstätigkeit der Antragstellerin zu 1) mit einer Dauer von etwas mehr als drei Monaten endete im Dezember 2016.

c) Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Aufenthaltsrechts der Antragstellerin zu 1) aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. Bestimmungen des AufenthG sind nicht ersichtlich und ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag der Antragstellerin zu 1). Soweit Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. den Vorschriften des AufenthG zu prüfen sind, ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#)) unerheblich, ob dem Unionsbürger ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG erteilt worden ist. Entscheidend ist, ob ihm ein solcher Titel zu erteilen wäre. Nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU findet das AufenthG vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU (vgl. hierzu VGH Hessen, Urteil vom 16.11.2016 - [9 A 242/15](#)).

Die Antragstellerin zu 1) kann sich auf kein Aufenthaltsrecht nach dem 6. Abschnitt des AufenthG, in dem die Erteilung von Aufenthaltstiteln aus dem Aufenthaltzweck "aus familiären Gründe/Nachzug sonstiger Familienangehöriger" geregelt ist, berufen. Ein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18 AEUV](#) als Mutter eines freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers ist nicht glaubhaft gemacht (ein solches Aufenthaltsrecht bejahend LSG NRW, Beschluss vom 30.09.2015 - [L 19 AS 1491/15 B ER](#), verneinend LSG NRW, Beschluss vom 27.07.2017 - [L 21 AS 782/17 B ER](#)). Denn die Antragstellerin zu 2) ist nicht freizügigkeitsberechtigter i.S. der Vorschriften des FreizügG/EU. Sie kann kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige von Herrn P. ableiten. Die Antragstellerin zu 2) ist keine Verwandte des Herrn P. in gerader absteigender Linie i.S.v. § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Dabei ist unerheblich, dass die Antragstellerin zu 1) und Herr P. übereinstimmend angegeben haben, dass Herr P. der leibliche Vater der Antragstellerin zu 2) ist. Der Begriff des Verwandten in gerader absteigender Linie ist im FreizügG/EU nicht eigenständig geregelt, sondern richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Danach sind Personen, die voneinander abstammen, in gerader Linie verwandt ([§ 1589 Abs. 1 S. 1 BGB](#)). Die Feststellung eines Eltern-Kind-Verhältnisses richtet sich den [§§ 1591 ff. BGB](#). Nach [§ 1592 BGB](#) ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft nach [§ 1600 d BGB](#) oder [§ 182 Abs. 1](#) des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) gerichtlich festgestellt ist. Herr P. hat seine Vaterschaft bislang nicht nach [§ 1592 BGB](#) anerkannt. In der Geburtsurkunde, die neben Ort und Zeit der Geburt auch den Nachweis über die in der Urkunde enthaltenen Angaben zu den Eltern des Kindes nach [§ 54 Abs. 1 S. 2 PStG](#) führt (OLG Hamm, Urteil vom 26.10.2017 - [I-10 U 31/17](#)), ist Herr P. nicht als Vater der Antragstellerin zu 2) aufgeführt. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass Herr P. zwischenzeitlich ein Verfahren zur Anerkennung der Vaterschaft eingeleitet hat.

Die Antragstellerin zu 1) kann auch aus dem Auffangtatbestand des [§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG](#) kein Aufenthaltsrecht ableiten, weil der Familiennachzug in § 3 FreizügG/EU und den [§§ 27 ff AufenthG](#) abschließend geregelt ist. Da nichteheliche Lebensgemeinschaften von den ausdrücklichen Regelungen gerade nicht erfasst sind, ist die Anwendung von [§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG](#) grundsätzlich gesperrt (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) -, [BSGE 113, 60](#); BVerwG, Urteil vom 27.2.1996 - [1 C 41/93](#) - [BVerwGE 100, 287](#); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.11.2016 - OVG [2 B 13.16](#)). Soweit das Bundessozialgericht im Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - das Aufenthaltsrecht einer Unionsbürgerin aus [§ 7 AufenthG](#) wegen der bevorstehenden Geburt des Kindes bejaht hat, war dieser Fall dadurch gekennzeichnet, dass durch die Vaterschaftsanerkennung des freizügigkeitsberechtigten Vaters schon vor der Geburt ([§ 1594 Abs. 4 BGB](#)) absehbar war, dass die Eltern (freizügigkeitsberechtigter Vater und Unionsbürgerin) und das Kind nach der Geburt eine Familie i.S.v. [§§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1](#), 29 und 32 AufenthG bilden werden. Vorliegend bilden aber die Antragstellerinnen und Herr P. wegen der fehlenden

Vaterschaftsanerkennung keine Familie i.S.v. [§ 27 Abs.1](#), [28 Abs. 1](#), 29 und 32 AufenthG. Für den Familienbegriff im AufenthG sind die Bestimmungen des bürgerlichen Recht über die Verwandtschaft ([§ 1589ff BGB](#)) maßgebend (VG München, Urteil vom 16.07.2015 - [M 10 K 14.4208](#)).

d) Der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a](#)) SGB II ist europarechtskonform (vgl. EuGH, Urteile vom 20.05.2014- [C-333/13](#) Dano, vom 15.09.2015 - [C-67/14](#) Alimanovic und vom 22.04.2015 - [C-299/14](#) Garcia-Nieto). Der Senat sieht - ungeachtet der während des Gesetzgebungsverfahrens teilweise erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Leistungsausschlüsse nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) und [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) (vgl. Dollinger, Ausschussdr. 18(11) 851 S. 7 ff. und Berlitz a.a.O. S. 55 ff.; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausschluss von EU-Ausländern von Grundsicherungsleistungen - WD 6-30000-025/16; Kannalan, ZESAR 2016, 365ff, 414ff; siehe auch Thym, NZS 2016, 443; Bernsdorff, NVwZ 2016, 633) - keine Veranlassung, den Antragstellerinnen vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, d.h. die Regelung des [§ 7 Abs. 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht anzuwenden (Beschluss des Senats vom 20.09.2017 - L 19 AS 1382/17 B ER). Zwar kann sich im Einzelfall aus dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach [Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG](#) die Verpflichtung ergeben, ungeachtet des Geltungsanspruchs einer entgegenstehenden gesetzlichen Norm vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, also unter Nichtbeachtung des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts eine Gesetzesvorschrift nicht anzuwenden. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass das Gericht zumindest gewichtige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des entscheidungserheblichen Gesetzes hat, die sich soweit verdichten haben, dass die für eine Vorlage im Hauptsacheverfahren erforderliche Überzeugung von seiner Verfassungswidrigkeit voraussichtlich bejaht werden wird (OVG Saarland, Beschluss vom 12.05.2016 - [1 B 199/15](#); OVG Sachsen, Beschluss vom 10.06.2016 - [1 B 104/16](#) m.w.N.).

Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerinnen keine Umstände vorgetragen, aus denen sich für den Senat durchgreifende Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Vorschrift, zumindest betreffend den Ausschluss von Unionsbürgern von den Leistungen nach dem SGB II bzw. nach [§ 27](#) ff. SGB XII ergeben könnten (vgl. Beschluss des Senats vom 19.03.2017 - [L 19 AS 190/17 B ER](#); LSG NRW, Beschlüsse vom 08.05.2017 - L [20 SO 138/17 B ER](#), vom 05.04.2017 - L 9 SO 83/17 B ER und vom 05.08.2017 - [L 6 AS 783/17 B ER](#); LSG Bayern, Beschluss vom 24.04.2017 - [L 8 SO 77/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 13.02.2017 - [L 23 SO 30/17 B ER](#); a.A. SG Kassel, Beschluss vom 14.02.2017 - [S 4 AS 20/17 ER](#)).

Auch können die Antragstellerinnen einen Anordnungsanspruch im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Mainz vom 18.04.2016 ([1 BvL 4/16](#)) nicht auf die Vorschrift des [§ 41a Abs. 7 SGB II](#) stützen (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 02.08.2017 - [L 5 AS 1357/17 B ER](#); LSG Niedersachsen -Bremen, Beschlüsse vom 18.04.2017 - [L 13 AS 113/17 B ER](#) und vom 26.05.2017 - [L 15 AS 62/17 B ER](#); a.A. LSG Bayern, Beschluss vom 24.07.2017 - [L 7 AS 427/17 B ER](#)). Danach kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn 1. die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Buches, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens beim Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union ist oder 2. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens beim BSG ist. Es handelt sich bei der Entscheidung über die Gewährung vorläufiger Leistungen nach [§ 41a Abs. 7 SGB II](#) um eine Ermessensentscheidung des Antragsgegners. Der Gesetzgeber hat [§ 41a Abs. 7 SGB II](#) unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den Leistungen nach dem SGB II um das Existenzminimum sichernde Leistungen handelt, als Ermessensvorschrift ausgestaltet. Die Anhängigkeit eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Europäischen Gerichtshof, in dem die Vereinbarkeit einer Vorschrift des SGB II, von der die Entscheidung über einen Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand ist, verpflichtet daher den zuständigen Träger nicht ohne weiteres zur vorläufigen Gewährung unterhaltssichernder Leistungen. Die Vereinbarkeit des [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) bzw. [§ 23 SGB XII](#) in der seit 29.12.2016 geltenden Fassung ist nicht Gegenstand eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union und auch nicht Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht. Auch in Hinblick auf den beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Mainz vom 18.04.2016, [S 3 AS 99/14 \(1 BvL 4/16\)](#), der den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) i.d.F. bis zum 28.12.2016 zum Gegenstand hat, ist nach Auffassung des Senats keine Ermessenreduzierung auf null zu Gunsten der Antragstellerin gegeben. Die Wahrscheinlichkeit, dass aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a](#)) und b) SGB II nicht weiter angewandt werden kann, ist gering. Nach überwiegender Ansicht stehen der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) und der des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in Einklang (vgl. LSG NRW, Beschlüsse vom 08.05.2017 - L [20 SO 138/17 B ER](#), vom 05.04.2017 - L 9 SO 83/17 und vom 05.08.2017 - [L 6 AS 783/17 B ER](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.05.2017 - [L 11 AS 247/17 B ER](#); LSG Bayern, Beschluss vom 24.04.2017 - [L 8 SO 77/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - [L 23 SO 30/17 B ER](#); vgl. auch: BSG, Urteile vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) und vom 20.01.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) zum [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) i.d.F. bis zum 29.12.2016).

2. Die Antragstellerinnen sind nach [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) i.d.F. des Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 ([BGBl. I 3155](#)), in Kraft getreten am 29.12.2016, vom Bezug von Hilfen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausgeschlossen. Danach erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Damit erfasst der Leistungsausschluss des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) nicht mehr nur diejenigen Ausländer, die einen (Pflicht)anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt aus [§ 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII](#) haben, sondern auch diejenigen Ausländer, die einen Anspruch auf Sozialhilfe im Wege des Ermessens aus [§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII](#) haben (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 31.08.2017 - [L 20 SO 319/17 B ER](#), [L 20 SO 320/17 B](#)). Insoweit ist für die Prüfung der Vorschrift des [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) unerheblich, ob sich der Aufenthalt der Antragstellerinnen i.S. der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts verfestigt hat.

Vor diesem Hintergrund sieht der Senat sieht auch keine Veranlassung, die Stadt Kerpen als SGB XII-Träger zum Verfahren notwendig beizuladen.

Der Anspruch der Antragstellerin auf Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII](#) bzw. nach der Härtefallregelung des [§ 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII](#) ist nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen. Dieser Anspruch stellt im Verhältnis zu dem Anspruch auf Hilfen zum Lebensunterhalt nach [§ 27ff](#) SGB XII ein aliud dar und ist damit nicht in einem Antrag auf Leistungen nach [§ 27ff](#) SGB XII als "minus" enthalten (Beschlüsse des Senats vom 20.09.2017 - L 19 AS 1382/17 B ER und vom 19.03.2017 - [L 19 AS 190/17 B ER](#); LSG NRW, Beschlüsse vom 08.05.2017 - L [20 SO 138/17 B ER](#) und vom 31.08.2017 - [L 20 SO 319/17 B ER](#), [L 20 SO 320/17 B](#); LSG Bayern, Beschluss

vom 24.04.2017 - [L 8 SO 77/17 B ER](#) -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 18.04.2017 - [L 13 AS 113/17 B ER](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - [L 23 SO 30/17 B ER](#)). Auch haben die Antragstellerinnen hinsichtlich etwaiger Überbrückungsleistungen keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Antragstellerinnen solche Leistungen beim zuständigen sozialhilfeträger beantragt haben.

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

Die Antragstellerinnen haben keinen Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren, da die Rechtsverfolgung nach den obigen Ausführungen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet ([§ 73a SGG](#) i.V.m. [§§ 114 ff. ZPO](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2018-03-21