

L 4 AS 1225/17 B ER

Land
Freistaat Thüringen
Sozialgericht
Thüringer LSG
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

4
1. Instanz
SG Gotha (FST)
Aktenzeichen
S 35 AS 3042/17 ER

Datum
02.10.2017
2. Instanz
Thüringer LSG
Aktenzeichen
L 4 AS 1225/17 B ER

Datum
01.11.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gotha vom 2. Oktober 2017 wird zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander auch für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erstatten. Den Antragstellern wird Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beordnung von Rechtsanwalt V., E., bewilligt.

Gründe:

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Die Antragsteller haben im Rahmen des Eil-verfahrens keinen Anspruch auf Leistungen zur Grundsicherung nach dem SGB II. Nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache, soweit ein Fall von [§ 86 b Abs. 1 SGG](#) - wie hier - nicht vorliegt, auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn anders die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Satz 1). 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).

Der Antrag ist dann begründet, wenn das Gericht auf Grund hinreichender Tatsachenbasis durch Glaubhaftmachung ([§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2](#), [294 Abs. 1 ZPO](#)) und bzw. im Wege der Amtsermittlung ([§ 103 SGG](#)) einen Anordnungsanspruch bejahen kann. Er liegt vor, wenn das in der Hauptsache materielle Recht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Darüber hinaus muss in Abwägung der für die Verwirklichung des Rechts bestehenden Gefahr einerseits und der Notwendigkeit einer Regelung andererseits ein Anordnungsgrund zu bejahen sein.

Es fehlt schon am Anordnungsanspruch. Die Antragsteller haben nicht glaubhaft gemacht, dass sie einen Anspruch auf Leistungen zur Grundsicherung haben.

Nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) in der ab 29. Dezember 2016 gültigen Fassung erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die 1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7 a noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte)

Die Antragstellerin erfüllt eben genannte Voraussetzungen. Nach S. 2 sind von Leistungen ausgenommen

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthaltes,

2. Ausländerinnen und Ausländer, a. die kein Aufenthaltsrecht haben b. deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt oder c. die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27. 5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22. April 2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten, und ihre Familienangehörigen. 3. Satz 2 Nr. 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Abweichend von Satz 2 Nr. 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie mindestens fünf Jahre ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben, dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde.

Die Antragsteller sind nach [§ 7 S. 2 Nr. 2](#) b bzw. c SGB II von Leistungen ausgeschlossen. Der Senat hat nach der im Eilverfahren gebotenen, summarischen Prüfung keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsteller einen Aufenthaltstitel nach dem AufenthaltG haben. Sie selbst haben diesbezüglich auch nichts vorgetragen. Ebenso wenig greift [§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#), denn die Antragsteller haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt frühestens seit 2014 in der Bundesrepublik. Die Antragstellerin hat kein Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#), denn sie ist derzeit arbeitslos. Das eben genannte Aufenthaltsrecht wirkt auch nicht über [§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG fort](#). Nach der Mitteilung der Agentur für Arbeit verlor die Antragstellerin ihren Arbeitsplatz nicht unfreiwillig. Überdies ist sie nach Lage der Akten im Zeitpunkt des Eilantrages schon länger als sechs Monate arbeitslos. Im Hinblick auf das FreizügG steht ihr nur das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 a FreizügG/EU](#) zu. Nach dem Wortlaut des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) b SGB II (allein zur Arbeitssuche) führt dies nicht zum Leistungsausschluss, denn die Antragstellerin kann ihr Aufenthaltsrecht auch auf Art. 10 VO (EU) 492/2011 stützen. Nach dieser Norm können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschäftigt oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates am allgemeinen Unterricht teilnehmen sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Nach der Rechtsprechung des EUGH leitet sich hieraus zunächst ein eigenständiges Aufenthaltsrecht des Kindes ab. Nach der ständigen Rechtsprechung des EUGH leitete sich aber auch ein Aufenthaltsrecht für den Elternteil ab, der die tatsächliche Sorge für das Kind ausübt, das die Schule besucht. Die Voraussetzungen sind in Person der Antragstellerin erfüllt.

Die Antragstellerin ist aber nach der eindeutigen Regelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) c SGB II vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Gleiches gilt für den Antragsteller als Sohn der Antragstellerin. Der normierte Leistungsausschluss verstößt nach der gebotenen überschlüssigen Prüfung nicht gegen das GG. Der Senat vermag dem von den Antragstellern zitierten Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18. April 2016 - [S 3 AS 149/16](#) nicht beizutreten.

Das GG gebietet nicht die Gewährung bedarfsunabhängiger, voraussetzungsloser Sozialleistungen. Es liegt in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers im Rahmen des ihm zu-stehenden Gestaltungsspielraums zu bestimmen, welche Leistungen in welcher Höhe zur Existenzsicherung gewährt werden und die hierbei erforderlichen Wertungen vorzunehmen. Die Regelungen zur Gewährung von Leistungen zur Existenzsicherung sind mit dem Grundrecht der Antragsteller auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1](#) i. V. m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) vereinbar. Sie können darauf verwiesen werden, Leistungen ihres Heimatlandes Rumänien zur Sicherung des Lebensunterhaltes in Anspruch zu nehmen oder von ihrem Freizügigkeitsrecht innerhalb der EU Gebrauch zu machen. Flankierend hierzu haben Ausländer nach [§ 23 Abs. 3 S. 5 und Abs. 3](#) a SGB XII in der ab 29. Dezember 2016 gültigen Fassung Anspruch auf Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise und Anspruch auf Übernahme von angemessenen Reisekosten.

Der angeordnete Nachrang deutscher Sozialleistungen gegenüber dem Herkunftsland ist nicht zu beanstanden. Auch der aus dem gesetzlichen Leistungsausschluss resultierende faktische Zwang, ins Herkunftsland zurückzukehren oder in einen anderen Mitgliedstaat reisen zu müssen, weil es ihm nicht möglich ist, seinen Lebensunterhalt in der Bundesrepublik zu sichern, stellt keine Verletzung des Existenzminimums dar. Die Situation ist vergleichbar mit der von Auszubildenden und Studenten, die keine Ansprüche nach dem BAföG oder dem SGB III haben und nach [§ 7 Abs. 5 SGB II](#) von Leistungen zur Grundsicherung ausgeschlossen sind. Auch diese müssen ihre Arbeitskraft zum Bestreiten des Lebensunterhaltes einsetzen oder sind gezwungen ihre Ausbildung abzubrechen. Aus diesen Gründen verstößt auch der in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) c SGB II normierte Ausschluss der Kinder von EU-Bürgern nicht gegen das GG, denn das GG gebietet nicht, den Kindern von nicht leistungsberechtigten EU-Bürgern den Schulbesuch durch Gewährung von Leistungen zur Grundsicherung zu ermöglichen.

Aus dem GG folgt auch nicht zwangsläufig, dass der Gesetzgeber über die bereits getroffenen Regelungen verpflichtet sein soll, jedem Menschen, der sich aus welchen Gründen auch immer, also legal oder illegal - in der Bundesrepublik aufhält, voraussetzungslos Sozialleistungen zu gewähren und die drei heutigen Existenzsicherungssysteme, deren verfassungsrechtlicher Kern das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i. V. m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) ist, um eine weitere Regelung zu ergänzen. Es liegt - wie oben ausgeführt - in der Verantwortung des Gesetzgebers im Rahmen seiner insoweit grundsätzlich freien Entscheidung zu bestimmen, welche Sozialleistungen in welcher Höhe gewährt werden und die hierbei erforderlichen Wertungen vorzunehmen (vgl. zum Ganzen: LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11. August 2016 - [L 3 AS 376/16 B ER](#), Hess. LSG, Beschluss vom 31. Oktober 2016 - [L 7 AS 565/16 B ER](#) und LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 15. Januar 2016 - [L 15 AS 226/16 B ER](#)).

Sofern die Antragsteller ihren Anspruch (auch) auf den Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 12. Juli 2017 - [L 12 AS 696/17 B](#) und den Beschluss des LSG Schleswig-Holstein vom 17. Februar 2017 - [L 6 AS 11/17 B ER](#) stützen, konnte sich der Senat im Rahmen der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit davon überzeugen, dass der normierte Leistungsausschluss gegen das Recht der EU, insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 EGV 883/2004 verstößt. Ausgangspunkt sind die Urteile des EUGH vom 15. September 2015 - [C 67/14](#) - Alimanovic und vom 11. November 2014 - [C 333/13](#) - Dano. Nach diesen Urteilen verstößt der Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger nicht gegen das Recht der EU. Die Urteile kann man durchaus so verstehen, dass ein Unionsbürger hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates nur dann verlangen kann, wenn sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet dieses Staates die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38/EG erfüllt. Das in Art. 10 VO (EU) 492/2011 normierte Aufenthaltsrecht ist aber nicht in der Richtlinie geregelt. In der Sache Alimanovic hat der EUGH nicht im Ansatz erwogen, dass die Klägerinnen einen Anspruch auf Sozialleistungen aus einem (abgeleiteten) Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO (EU) 492/2011 haben könnten, obwohl zwei minderjährige Kinder eine reguläre Schule besuchten. Auf diesen Umstand hat der Generalanwalt in seinem Schlussbericht vom 26. März 2015 im Übrigen ausdrücklich hingewiesen: "Über die Fragen des BSG hinaus meint Generalanwalt W., dass, wenn nachgewiesen ist, dass die Kinder V. und Vo. ihrer Schulausbildung in einer in Deutschland gelegenen Einrichtung regelmäßig nachkommen (was vom BSG zu überprüfen ist), diese beiden Kinder - und ihre Mutter - nach dem Unionsrecht ein Recht auf Aufenthalt im deutschen Hoheitsgebiet haben. Den Kindern eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, der im Aufnahmemitgliedstaat erwerbstätig ist oder gewesen ist, und dem Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, steht eine Recht auf Aufenthalt in diesem Staat nämlich allein deshalb zu, weil das Unionsrecht (VO EU Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union - ABl. L 141, S.) diesen Kindern ein Recht auf Zugang zur Ausbildung verleiht."

Letztendlich ist auch beachtlich, dass es sich bei dem Aufenthaltsrecht der Antragstellerin aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 quasi um ein doppelt abgeleitetes Aufenthaltsrecht handelt. Das Aufenthaltsrecht des Kindes setzt voraus, dass ein Elternteil während der Ausbildung Arbeitnehmer war oder gewesen ist. Von diesem Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Ausbildung leitet sich dann in einem weiteren Schritt

das Aufenthaltsrecht des Sorge tragenden Elternteils ab. Ist aber Ausgangspunkt bzw. Grundvoraussetzung, dass zu einem Zeitpunkt eine Arbeitnehmereigenschaft vorgelegen hat und führt dieser, das Aufenthaltsrecht des Kindes begründende Umstand isoliert betrachtet - wie in der Sache Alimanovic - nach einem bestimmten Zeitablauf ohne Verstoß gegen das Recht der EU zum Leistungsausschluss, ist es wenig nachvollziehbar, dass der Leistungsausschluss dann nicht mehr greifen soll, wenn das Kind weiter in schulischer Ausbildung ist, denn dem (nur) abgeleiteten Recht kommt bei der Frage des Leistungsausschlusses keine Schutzwirkung zu. Der Schulbesuch des Antragstellers ist nur Folge und nicht Ursache der Einreise der Antragsteller. Es ist schwer nachvollziehbar, wenn nach dem Wegfall des anspruchsbegründenden Lebenssachverhaltes (vorliegend die Arbeitsaufnahme) ein Lebenssachverhalt (hier Schulbesuch) anspruchsbegründend sein soll, der für sich allein genommen bei Einreise keinen anderweitigen Aufenthaltsstatus begründet hätte (vgl. zum Ganzen: LSG Rheinland-Pfalz, Hess. LSG und LSG Niedersachsen-Bremen, ebenda).

Die Antragsteller können mit ihrem Begehren im Rahmen des Eilverfahrens auch nicht über die Vorschrift des [§ 41 a Abs. 7 Nr. 1 SGB II](#) durchdringen. Danach kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Buches, von der Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens bei dem BVerfG oder EUGH ist.

Zu der ab 29. Dezember 2016 hier einschlägigen Fassung des [§ 7 SGB II](#) ist - soweit ersichtlich - kein Verfahren beim BVerfG oder EUGH anhängig. Der Vorlagebeschluss des SG Mainz betrifft den Leistungsausschluss nach [§ 7 SGB II](#) a. F.

Ungeachtet dessen können die Antragsteller im Eilverfahren nur obsiegen, wenn eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt. Zur Überzeugung des Senats ist dies nicht der Fall, obwohl um existenzsichernde Leistungen gestritten wird. Allein die Anhängigkeit eines Verfahrens vor dem BVerfG oder EUGH kann den zuständigen Träger nicht ohne weiteres zur Gewährung existenzsichernder Leistungen verpflichten. Dies folgt schon allein daraus, dass dem Gesetzgeber bewusst sein gewesen muss, dass in den Fällen des [§ 41 a Abs. 7 SGB II](#) in aller Regel existenzsichernde Leistungen im Streit sind. Gleichwohl hat er dem Träger der Grundsicherung nach dem klaren Wortlaut "kann" Ermessen eingeräumt. Andernfalls wäre die Formulierung "soll" naheliegender gewesen oder die Vorschrift wäre als gebundene Entscheidung zu fassen. Maßgebend bei der Ermessenausübung können sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit mit einem Obsiegen der Hilfebedürftigen zu rechnen ist, die Möglichkeit der Inanspruchnahme anderer existenzsichernder Leistungen oder die Autorität des vorliegenden Gerichts.

Der Antragsgegner kann bei seinem Entschließungsermessen berücksichtigen, dass bisher eine höchstrichterliche Vorlage zum BVerfG oder ein Vorabentscheidungsersuchen beim EUGH nicht anhängig ist. Ebenso wenig hat sich in der Rechtsprechung oder Literatur ein verbreiteter Konsens dergestalt herausgebildet, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) c SGB II in der ab 29. Dezember 2016 gültigen Fassung gegen das GG oder das Recht der EU verstößt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Antragsteller einstweilen Leistungen nach [§ 23 Abs. 3 S. 3 bis 6 SGB XII](#) in Anspruch nehmen können (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017 - [L 15 AS 62/17 B ER](#) und Bayer. LSG, Beschluss vom [L 8 SO 130/17 B](#)).

Eine Beiladung des zuständigen Trägers der Sozialhilfe war nicht geboten. Nach der eindeutigen Fassung des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) sind die Antragsteller auch von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. Der Ausschluss verstößt nach summarischer Prüfung nicht gegen das GG und das Recht der EU. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

Den Antragstellern war Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren zu bewilligen. Insbesondere fehlt es nicht an der hinreichenden Aussicht auf Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung. Die von den Antragstellern vertretene Rechtsposition ist nicht abwegig und wird von einigen Landessozialgerichten vertreten. Der Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FST

Saved

2017-11-13