
S 25 AS 1473/13 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	19
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 25 AS 1473/13 ER
Datum	22.05.2013

2. Instanz

Aktenzeichen	L 19 AS 942/13 B ER
Datum	19.07.2013

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 22.05.2013 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin zu 1) Regelbedarf in Höhe von 345,00 EUR mtl. und der Antragstellerin zu 2) Regelbedarf in Höhe von 306,00 EUR mtl. für die Zeit ab dem 06.05.2013 bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens, längstens bis zum 31.10.2013 vorläufig zu gewähren. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt. Der Antragsgegner trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerinnen in beiden Rechtszügen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren um Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende.

Die Antragstellerinnen sind bulgarische Staatsangehörige. Die am 00.00.1995 geborene Antragstellerin zu 2) ist die Tochter der am 00.00.1971 geborenen Antragstellerin zu 1). Seit dem 01.10.2008 hielt sich die Antragstellerin zu 1) in

Spanien auf. Sie lebte mit Herrn A (A.), einem deutschen Staatsangehörigen, zusammen. Die Antragstellerin zu 1) arbeitete in Spanien als Restauranthelferin. Am 27.03.2009 zog die Antragsstellerin zu 2) von Bulgarien nach Spanien. Sie besuchte in Spanien die Schule, erwarb aber keinen Abschluss. Ende Oktober/Anfang November 2011 wurden die Arbeitsverhältnisse der Antragstellerin zu 1) und von A. arbeitgeberseitig gekündigt. Anfang 2012 reisten die Antragstellerinnen in die Bundesrepublik Deutschland ein. A. war bereits im November 2011 nach Deutschland gekommen.

Der Kreis W erteilte der Antragstellerin zu 2) unter dem 22.05.2012 eine Bescheinigung nach § 5 FreizügG/EU, wonach sie Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union und nach Maßgabe des FreizügG/EU zur Einreise und zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt ist. Zur Aufnahme einer unselbständigen arbeitsgenehmigungspflichtigen Erwerbstätigkeit benötige die Antragstellerin zu 2) eine Arbeitserlaubnis- oder Arbeitsberechtigung/EU. Seit dem 23.11.2012 besucht die Antragstellerin zu 2) einen durch die Bewilligung von Fahrtkosten geförderten Integrationskurs bei den Euroschulen W. Der Kurs endet voraussichtlich am 15.08.2013. Die Antragstellerin zu 1) ist nicht im Besitz einer Freizügigkeitsbescheinigung.

Am 08.05.2012 beantragte A. für sich und die Antragstellerinnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Er habe in den Jahren von 2005 bis 2011 in Spanien als Koch gearbeitet. Wegen der Insolvenz seines Arbeitgebers sei er mit den Antragstellerinnen zur Arbeitsuche in die Bundesrepublik zurückgekehrt. Den Lebensunterhalt habe er bisher aus seinen Ersparnissen finanziert. Der Antragsgegner bewilligte A. für die Zeit ab dem 03.05.2012 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von 473,66 EUR mtl. (337,00 EUR Regelbedarf + 136,66 EUR Kosten für Unterkunft und Heizung, Bescheide vom 12.06.2012, 04.10.2012 und 05.11.2012). Als Kosten für Unterkunft und Heizung übernahm der Antragsgegner 1/3 der tatsächlichen Bruttowarmmiete. In dem Bescheid vom 12.06.2012, adressiert an A., wird ausgeführt, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für die Antragstellerinnen gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1](#) und 2 SGB II nicht bestehe. Insoweit werde der Antrag abgelehnt.

Der Antragsgegner schloss am 26.03.2013 mit der Antragstellerin zu 2) eine Eingliederungsvereinbarung ab. Die Antragstellerin zu 2) verpflichtete sich hierin zur regelmäßigen Teilnahme an dem Integrationskurs ohne unentschuldigte Fehlzeiten.

Am 04.04.2013 beantragte A. die Weiterbewilligung von Leistungen für sich und die Antragstellerinnen. Durch Bescheid vom 26.04.2013 bewilligte der Antragsgegner A. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit vom 01.05.2013 bis zum 31.10.2013 in Höhe von 481,66 EUR monatlich (345,00 EUR Regelbedarf + 136,66 EUR Kosten für Unterkunft und Heizung). Durch Bescheid vom 07.05.2013, adressiert an die Antragstellerin zu 2), lehnte der Antragsgegner die "Aufnahme" der Antragstellerin zu 2) "in die Bedarfsgemeinschaft" ab. In dem Bescheid vom 12.06.2012 habe er festgestellt, dass für die Antragstellerin zu 2) und die

Antragstellerin zu 1) kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bestehe.

Gegen den Bescheid vom 26.04.2013 legten A. und die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 26.04.2013 Widerspruch ein, über den bislang noch nicht entschieden ist.

Am 06.05.2013 haben die Antragstellerinnen beantragt,

den Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, ihnen vorläufig für den Zeitraum vom 01.05.2013 bis 30.11.2013 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu zahlen.

Sie haben dargelegt, sie hätten sich seit dem 01.10.2007 in Spanien aufgehalten und dort gearbeitet. In Spanien habe die Antragstellerin zu 1) A. kennengelernt, der ihr Lebensgefährte sei und mit dem sie zusammenlebe. Sie hätten ihren Lebensunterhalt bislang aus Ersparnissen sowie aus dem Erlös eines Immobilienverkaufs in Bulgarien in Höhe von ca. 7.000,00 EUR bestritten. Diese Mittel seien zwischenzeitlich vollständig aufgebraucht. Sie verfügten über keine Krankenversicherung. A. und die Antragstellerin zu 1) beabsichtigten, bald zu heiraten.

Mit Beschluss vom 22.05.2013 hat das Sozialgericht Düsseldorf den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellerinnen vorläufig ab dem 06.05.2013 bis zu einer bestandskräftigen oder rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum 31.10.2013, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der angemessenen Kosten für die Unterkunft und Heizung jeweils nach weiterer Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Im Übrigen hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen den ihm am 22.05.2013 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner am 27.05.2013 Beschwerde eingelegt. Er meint, das Sozialgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) bereits deshalb nicht eingreifen könne, weil die Antragstellerinnen zusammen mit dem Partner der Antragstellerin zu 1) eingereist seien, um mit diesem hier zu leben. Die Antragstellerin zu 1) sei als nichteheliche Lebensgefährtin von A. keine Familienangehörige i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sei europarechtskonform. Im Rahmen der Folgenabwägung sei auch zu prüfen, ob das Existenzminimum der Antragstellerinnen durch Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII gedeckt werden könnte. Hinsichtlich der Leistungen für Unterkunft und Heizung hätten die Antragstellerinnen darüber hinaus keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Ein solcher liege erst vor, wenn eine konkrete Gefährdung der Unterkunft durch Zustellung einer Räumungsklage eingetreten sei.

II.

Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

Die Beschwerde ist insoweit unbegründet, als das Sozialgericht den Antragsgegner verpflichtet hat, den Antragstellerinnen vorläufig den Regelbedarf nach [§ 20 SGB II](#) zu gewähren. Hinsichtlich der Kosten für Unterkunft und Heizung ist die Beschwerde begründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 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. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt einen Anordnungsanspruch (d. h. einen materiellen Anspruch, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie einen Anordnungsgrund (Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen ([§ 86 Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)).

Hinsichtlich der Kosten für Unterkunft und Heizung nach [§ 22 SGB II](#) haben die Antragstellerinnen einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht (A). Hinsichtlich des Regelbedarfs nach [§ 20 SGB II](#) sind Anordnungsanspruch und -grund glaubhaft gemacht (B). Daher kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob eine Verpflichtung der Beigeladenen zur Erbringung von Sozialhilfe besteht (C).

A. Ein Anordnungsgrund liegt nur vor, wenn schwere und unzumutbare Nachteile drohen, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr revidiert werden können. Ein Anordnungsgrund für die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Leistungen für Unterkunft und Heizung nach [§ 22 SGB II](#) ist nicht glaubhaft gemacht, weil die Unterkunft der Antragstellerinnen aktuell nicht gefährdet ist. Eine solche Gefährdung ist in der Regel frühestens ab Zustellung einer Räumungsklage anzunehmen. Nach Erhebung und Zustellung der Räumungsklage bleiben gem. [§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB](#) noch zwei Monate Zeit, den Verlust der Wohnung abzuwenden, denn die auf Mietrückstände gestützte Kündigung wird unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach [§ 546a Abs. 1 BGB](#) befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (hierzu Beschluss des Senats vom 29.02.2012 - [L 19 AS 2254/11 B ER](#) - m.w.N; siehe auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.07.2007 - 1 BvR 535/07, wonach die Verneinung des Anordnungsgrundes im Hinblick auf den gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismus zur Abwendung eines drohenden Wohnungsverlustes wegen Mietrückständen verfassungsrechtlich unbedenklich ist; abweichend LSG Bayern Beschluss vom 19.03.2013 - [L 16 AS 61/13 B ER](#)). Im einstweiligen Rechtschutzverfahren sollen nur diejenigen Mittel zur Verfügung gestellt werden, die zur Behebung einer aktuellen, d.h. noch gegenwärtigen Notlage erforderlich sind. Nur ausnahmsweise, wenn die Nichtgewährung der begehrten Leistung in der Vergangenheit noch in die Gegenwart fortwirkt und infolgedessen eine aktuelle Notlage besteht, kann von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden. Gesichtspunkte, die ein Abweichen von diesem Grundsatz gebieten, sind vorliegend nicht ersichtlich. Es bestehen zwar seit Mai 2013 Mietrückstände, jedoch hat die Vermieterin bislang keine Kündigung ausgesprochen.

B. Anordnungsanspruch (hierzu 1) und -grund (hierzu 2) hinsichtlich der Gewährung des Regelbedarfs nach [§ 20 SGB II](#) sind für die Antragstellerin zu 1) in Höhe von 345,00 EUR mtl. und die Antragstellerin zu 2) in Höhe von 306,00 EUR mtl. glaubhaft gemacht.

1) Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen zu Sicherung des Lebensunterhalts nach [§ 19](#) ff SGB II an die Antragstellerinnen nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) sind vorliegend nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte dem Grunde nach gegeben.

a) Die Antragstellerinnen haben das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II](#)). Als bulgarische Staatsangehörige sind die Antragstellerinnen trotz Nichterteilung einer Arbeitsgenehmigung erwerbsfähig i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II](#) i.V.m. [§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 SGB II](#) (vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 13 ff). Die Antragstellerinnen sind i.S.v. [§§ 7 Abs. 1 S.1 Nr. 3](#), 9 SGB II hilfebedürftig. Sie verfügen über kein eigenes Einkommen. Die Antragstellerin zu 1) hat glaubhaft gemacht, dass sie ihr Barvermögen, das sich aus Ersparnissen aus ihrer Erwerbstätigkeit in Spanien und dem Erlös aus einem Immobilienverkauf in Bulgarien zusammengesetzt hat, zum Zeitpunkt der Antragstellung am 06.05.2013 aufgebraucht hat. Die Antragstellerin zu 2) verfügt über kein Vermögen. Auch A., dessen Einkommen und Vermögen als Partner i.S.v. [§ 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II](#) nach [§ 9 Abs. 2 S. 1 SGB II](#) zu berücksichtigen wäre, verfügt über kein anrechenbares Einkommen oder zu berücksichtigendes Vermögen.

Die Antragstellerinnen haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Der Senat gibt im Hinblick auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 18 ff, wonach bei einem EU-Bürger bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde nach § 6 FreizügG/EU über den Verlust des Rechts zur Einreise und auf Aufenthalt ein zukunftsöffner Aufenthalt i.S.v. [§ 30 SGB I](#) unabhängig vom Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes i.S.d. FreizügG/EU gegeben ist, seine bisherige Rechtsprechung auf, nach der bei EU-Bürgern ohne Aufenthaltsgrund i.S.d. FreizügG/EU ein gewöhnlicher Aufenthalt i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) nicht vorliegen kann (so noch Beschluss des Senats vom 18.04.2013 – L 19 AS 362/13 B ER).

b) [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), wonach Ausländer und Ausländerinnen und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen sind, steht einem Anordnungsanspruch nicht entgegen. Die Voraussetzungen des Leistungsausschlusses sind nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte nicht erfüllt. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ist als Regelung, die von existenzsichernden Leistungen ausschließt, eng auszulegen. Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik zusteht (BSG Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R, Rn 26 mwN). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich allerdings weder unter dem Gesichtspunkt des Familiennachzuges (aa), als Freizügigkeitsrecht (bb) noch aus dem Unionsbürgerstatus der Antragstellerinnen (cc). Die Antragstellerinnen sind Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund, auf die der Leistungsausschluss nicht anzuwenden ist (dd).

aa) Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts folgt ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerinnen nicht allein dem Umstand, dass die Antragstellerin zu 1) als Lebensgefährtin des A. mit diesem nach Deutschland gekommen ist. Der Familiennachzug zu einem deutschen Staatsangehörigen ist in [§ 27 ff AufenthG](#) abschließend geregelt. Eine eheähnliche heterosexuelle Lebensgemeinschaft, wie sie zwischen A. und der Antragstellerin zu 1) besteht, wird von den Regelungen nicht erfasst. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist auf Ehepartner, Kinder und Eltern eines deutschen Staatsangehörigen beschränkt. Daher lässt sich aus dem Nachzug der Antragstellerin zu 1) zu ihrem deutschen Partner kein Aufenthaltsrecht zur Zusammenführung aus [§ 27 AufenthG](#) oder [§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG](#) ableiten (vgl. hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 33 m.w.N.; auch EUGH Urteil vom 17.04.1986 – C-[59/85](#) – wonach ein lediger Partner eines Arbeitnehmers kein Familienangehöriger ist; siehe auch BVerwG Urteil vom 04.09.2012 – [10 C 12/12](#) – zu den gesetzlichen Anforderungen eines Ehegattennachzugs zu einem deutschen Staatsangehörigen). Allein der Umstand, dass die Antragstellerin zu 1) und A. nach eigenen Angaben beabsichtigen zu heiraten, begründet kein Aufenthaltsrecht nach [§ 27 AufenthG](#).

bb) Ebenso wenig haben die Antragstellerinnen glaubhaft gemacht, dass ihnen als bulgarische Staatsangehörige und damit Unionsbürgerinnen ein Aufenthaltsgrund nach dem FreizügG/EU zusteht.

Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, das die Freizügigkeitsrichtlinie vom 29.04.2004 (RL 2004/38/EG) in nationales Recht umsetzt, haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nach Maßgabe des FreizügG/EU ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt. Seit der Antragstellung bei Gericht am 06.05.2013 sind die Antragstellerinnen weder als Arbeitnehmerinnen beschäftigt gewesen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU) noch üben sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aus (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU). Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift zu ihren Gunsten ebenfalls nicht ein, da die Antragstellerinnen nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik weder eine Beschäftigung unfreiwillig verloren noch eine nach der Einreise aufgenommene selbständige Tätigkeit infolge von Umständen, auf die sie keinen Einfluss gehabt haben, eingestellt haben. Ein Aufenthaltsrecht als nichterwerbstätige Unionsbürgerinnen nach § 4 FreizügG/EU ist auch nicht gegeben, da die Antragstellerinnen nach eigenen Angaben nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Die Antragstellerinnen können sich auch nicht auf ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU berufen. Auch § 3 FreizügG/EU greift nicht ein. Diese Vorschrift erfasst nur den Nachzug von Familienangehörigen zu einem Unionsbürger.

Schließlich haben die Antragstellerinnen nicht glaubhaft gemacht, dass aktuell ein

Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU besteht. Nach Art. 7 Abs. 1a der Freizügigkeitsrichtlinie, den § 2 Abs. 1 FreizügG/EU in nationales Recht umsetzt, hat ein Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat für einen Zeitraum von über drei Monaten ein Aufenthaltsrecht. Nach [Art. 45 Abs. 3 AEUV](#) gehört zur Freizügigkeit eines Arbeitnehmers, sich in den anderen Mitgliedstaaten frei zu bewegen und dort aufzuhalten, um eine Stelle zu suchen. Dieses Freizügigkeitsrecht umfasst auch die Ersteinreise zum Zwecke der Arbeitsuche, ein konkretes Arbeitsverhältnis muss insoweit noch nicht bestehen (VGH Bayern Urteil vom 16.01.2009 - [19 C 08.3271](#)). Das Recht eines Arbeitnehmers auf Zugang zum Arbeitsmarkt aus [Art. 45 Abs. 3 AEUV](#) begründet aber kein unbeschränktes Aufenthaltsrecht. Dieses besteht nur, wenn ein Arbeitnehmer ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und sein Bemühen nicht objektiv aussichtslos ist (vgl. EuGH Urteile vom 26.02.1991 - [C-292/89](#) (Antonissen) und 23.03.2004 - [C-138/02](#) (Collins)). Dabei ist einem Arbeitnehmer eine Zeit zur Arbeitsuche von sechs bis neun Monaten einzuräumen (vgl. auch OVG Sachsen Beschluss vom 20.08.2012 - [3 B 202/12](#) -, Rn 10).

Vorliegend sind die Bemühungen der Antragstellerin zu 1) um einen Arbeitsplatz seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik Anfang 2012 derzeit zunächst als gescheitert anzusehen. Sie verfügt über keine qualifizierte Berufsausbildung und allenfalls über berufliche Qualifikationen im angelernten Bereich als Verkäuferin und Küchenhilfe. Ihre erfolglose Arbeitsuche hat sich nach eigenen Angaben bislang auf Tätigkeiten als Putzhilfe beschränkt. Die Arbeitsuche wird dadurch erschwert, dass die Antragstellerin zu 1) über keine deutschen Sprachkenntnisse - weder aktiv noch passiv - verfügt und sie als bulgarische Staatsangehörige bis zum 31.12.2013 einer Arbeitserlaubnis-EU/Arbeitsberechtigung-EU nach [§ 284 SGB III](#) bedarf, die grundsätzlich nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von [§ 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG](#), d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Nichtvorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer ([§ 39 Abs. 2 Satz 1 b AufenthG](#)), erteilt werden darf. Aus dem Vorbringen der Antragstellerin zu 1) ist nicht erkennbar, in welchem Bereich sie Arbeit sucht und welche konkreten Bemühungen sie unternimmt. Mithin hat sie nach Überzeugung des Senats jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Anhängigkeit des Eilantrags nicht glaubhaft gemacht, dass sie noch mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht.

Dies gilt auch für die Antragstellerin zu 2), die weder über eine abgeschlossene Schul- oder Berufsausbildung noch über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügt und derzeit durch den Besuch des Integrationskurses erst die Voraussetzungen für eine erfolgsversprechende Arbeitsuche schaffen muss.

cc) Allein aus ihrem Unionsbürgerstatus können die Antragstellerinnen keinen Aufenthaltsgrund ableiten. Nach [Art. 21 AEUV](#) hat zwar jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift begründet ein subjektiv-öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht und gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedsstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedsstaat einzureisen und sich

dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten. Dieses Recht wird in der Freizügigkeitsrichtlinie konkretisiert, die ein abgestuftes System des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat vorsieht (vgl. EuGH Urteil vom 21.12.2011 – C – 424/10 –, Rn 38 f; BVerwG Urteil vom 13.07.2010 – [1 C 14/09](#) –, Rn 24 ff). Art. 6 der Freizügigkeitsrichtlinie beschränkt für Aufenthalte von bis zu drei Monaten die für das Aufenthaltsrecht geltenden Bedingungen oder Formalitäten auf das Erfordernis des Besitzes eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses. Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten ist die Ausübung des Aufenthaltsrechts von den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie abhängig, die durch das FreizügG/EU in nationales Recht umgesetzt worden sind.

dd) Mithin lässt das Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes sich nicht positiv feststellen. Dies gilt namentlich für einen Aufenthalt zur Arbeitsuche. Es handelt sich bei den Antragstellerinnen um EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund (vgl. zum Status eines EU-Bürgers ohne Aufenthaltsgrund: Kingreen, Staatsangehörigkeit als Differenzierungsmerkmal im Sozialleistungsrecht, SGB 2013, 132 (134)). Auf EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund findet der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nach seinem Wortlaut keine Anwendung. Dieser stellt allein auf das Recht zur Arbeitsuche ab (in diesem Sinne auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 – [L 31 AS 362/13 B ER](#) –; Kingreen a.a.O., S. 134; zur Auslegung des identischen Leistungsausschlusses des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#): Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 54d). Auch kann die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht erweiternd dahingehend ausgelegt werden, dass EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund im Hinblick auf den Leistungsausschluss "erst recht" mit EU-Bürgern, die sich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhalten, gleichgestellt werden müssen. Gegen eine solche erweiternde Auslegung bzw. analoge Anwendung spricht schon der Ausnahmecharakter des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), weshalb auch das BSG die positive Feststellung eines Rechts allein zur Arbeitsuche fordert. Insoweit ist auch der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs. 1 Grundgesetz \(GG\)](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in die Erwägungen einzubeziehen, wonach das Existenzminimum eines Ausländers auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 18.07.2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) –, Rn 90 f, 120).

Für aufenthaltsbeendende Maßnahmen, d. h. die Feststellung des Verlustes des Rechts zur Einreise und zum Aufenthalt nach § 6 FreizügG/EU ist allein die Ausländerbehörde zuständig. Diese kann in ihre Erwägungen einbeziehen, dass es sich bei dem Bezug von Leistungen nach dem SGB II zumindest nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 31.05.2012 – [10 C 8/12](#), Rn 25) um aufenthaltschädliche Sozialhilfeleistungen i.S.d. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Freizügigkeitsrichtlinie handelt (vgl. hierzu kritisch BSG Urteil vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 25), wird aber andererseits u.a. berücksichtigen, dass die Antragstellerin zu 2) als Tochter der Antragstellerin zu 1) derzeit einen durch die Gewährung von Fahrtkosten öffentlich geförderten Integrationskurs besucht. Dies dürfte einen bei der Entscheidung über die Feststellung des Verlustes des

Aufenthaltsrechts (§ 6 Abs. 1 FreizügG/EU) maßgeblichen Gesichtspunkt (§ 6 Abs. 3 FreizügG/EU) darstellen. Die Nichtfeststellung des Verlustes des Aufenthaltsrechts der Antragstellerin zu 2) dürfte auch einer entsprechenden Feststellung gegenüber der Antragstellerin zu 1) entgegenstehen.

Vor dem Hintergrund von § 6 Abs. 3 FreizügG/EU lässt sich der Verneinung des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bei dauerhaft erfolgloser Arbeitsuche auch nicht entgegenhalten, dass hierdurch Personen begünstigt würden, die missbräuchlich erklären, an einer Arbeitsuche nicht interessiert zu sein. Einen derartigen Umstand müsste die Ausländerbehörde bei einer Entscheidung nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU zulasten des Unionsbürgers berücksichtigen.

c) Da der Senat die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) als nicht erfüllt ansieht, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob die Vorschrift zumindest im Fall von rumänischen oder bulgarischen Staatsangehörigen mit dem Gemeinschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaft vereinbar ist (vgl. hierzu LSG NRW Beschluss vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#) - mit Zusammenfassung des Meinungsstandes).

d) Der Anspruch der Antragstellerin zu 1) auf Regelbedarf nach [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) (Partnerin in einer Bedarfsgemeinschaft) beläuft sich auf 345,00 EUR mtl., der Anspruch der Antragstellerin zu 2) nach [§ 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (sonstige erwerbsfähige Angehörige der Bedarfsgemeinschaft nach Vollendung des 18. Lebensjahres) auf 306,00 EUR mtl.

2. Der Anordnungsgrund besteht für die Zeit ab Antragstellung bei Gericht. Der Senat hat den Zeitraum der vorläufigen Bewilligung auf den Zeitraum des Widerspruchsverfahrens, längstens aber bis zum Ablauf von sechs Monaten beschränkt ([§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)). Im Widerspruchsverfahren wird auch zu prüfen sein, ob A. höhere Leistungen zustehen, wenn der Antragsgegner die Antragstellerinnen weiterhin als vom Leistungsbezug ausgeschlossen ansieht (vgl. zum Ansatz eines Regelbedarfs als Alleinstehender, wenn der Partner vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist: BSG Urteil vom 06.10.2011 - [B 14 AS 171/10 R](#); zur Nichtanwendung des Kopfteilsprinzips: BSG Urteile vom 19.10.2010 - [B 14 AS 50/10 R](#), 23.08.2012 - [B 4 AS 32/12 R](#), 29.11.2012 - [B 14 AS 161/11 R](#)).

C) Da der Senat einen Anordnungsanspruch und -grund auf Leistungen nach dem SGB II als glaubhaft ansieht, kann dahinstehen, ob den Antragstellerinnen bei Eingreifen des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII als Rechtsanspruch oder Ermessensleistungen zusteht.

Es ist umstritten, ob [§ 21 S. 1 SGB XII](#) Anwendung findet, wenn bei einem Leistungsberechtigten die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) für den Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts dem Grunde nach gegeben sind, jedoch ein Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) eingreift (vgl. verneinend Beschluss des Senats vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#); LSG

Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.07.2012 – [L 9 AS 563/12 B ER](#) – m.w.N., LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 28.06.2012 – [L 14 AS 933/12 B ER](#); Eicher in jurisPK-SGB XII, [§ 21 SGB XII](#) Rn 19 ff (27); Coseriu in jurisPK-SGB XII, § 23 Rn 36.3; bejahend: LSG Berlin-Brandenburg Beschlüsse vom 21.06.2012 – [L 20 AS 1322/12 B ER](#) – und 27.03.2013 – [L 5 AS 273/13 B ER](#); siehe auch zum Meinungsstand: LSG NRW Beschlüsse vom 15.05.2013 – [L 9 AS 466/13 B ER](#) – und 28.05.2013 – [L 9 SO 37/13 B ER](#)).

Wenn der Anwendungsbereich der Sozialhilfe nicht gem. [§ 21 S. 1 SGB XII](#) verschlossen ist, dürfte ein Sozialhilfeanspruch nicht an [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) scheitern, wonach Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. Selbst wenn die Leistungsausschlüsse für Ausländer nach [§ 23 SGB XII](#) bei Unionsbürgern eingreifen (vgl. zum Meinungsstand hinsichtlich der Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#) auf freizügigkeitsberechtigte EU-Bürger: LSG NRW Beschluss vom 22.01.2013 – [L 20 SO 361/12 B](#) – m.w.N.; siehe zur Auslegung des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#): Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 54d; Birk in LPK-SGB XII, 9. Aufl., § 23 Rn 24; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.07.2008 – [L 7 AS 3031/08 ER-B](#)), ist [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) jedenfalls verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass diese Vorschrift zwar einen Rechtsanspruch auf die in [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) vorgesehenen Leistungen ausschließt, jedoch eine Hilfestellung im Ermessenswege entsprechend [§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII](#) zulässt, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 75 ff; Brühl in LPK-SGB II, 4 Aufl., § 8 Rn 30; Birk, a.a.O., § 23 Rn 21; vgl. auch OVG Berlin Beschluss vom 22.04.2003 – [6 S 9.03](#); BVerwG Urteil vom 10.12.1987 – [5 C 32/85](#) – zur Vorgängervorschrift des § 120 BSHG; vgl. auch LSG NRW Beschlüsse vom 18.11.2011 – [L 7 AS 614/11 B ER](#) und 28.11.2012 – [L 7 AS 2109/11 B ER](#)). Nach dem auch bei Anwendung von [§ 23 SGB XII](#) zu berücksichtigenden Gesamtverständnis des Sozialhilferechts kann es Lebenssachverhalte geben, in denen die Leistung von (unter Umständen eingeschränkter) Hilfe möglich sein muss. Bei Ermessensleistungen sind bei Art und Umfang der Leistungen Einschnitte möglich, die ihre Grenze bei dem zum Lebensunterhalt Unerlässlichen haben dürften (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 77). Auch insoweit ist der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in die Erwägungen einzubeziehen. Das Existenzminimum eines Ausländers muss auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein (vgl. hierzu BVerfG Urteil vom 18.07.2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) –, Rn 90 f, 12).

Der Antragsgegner kann, sofern er bei der Annahme des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bleibt und insoweit im Hauptsachverfahren bestätigt wird, anstelle einer Rückforderung der Leistungen von den Antragstellerinnen (hierzu nur LSG Hamburg Urteil vom 01.03.2012 – [1 KR 42/09](#)) seine finanziellen Interessen wahren, indem er einen Erstattungsanspruch nach [§ 102 ff SGB X](#) bei der Beigeladenen geltend macht.

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

Der Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht, [§ 177 SGG](#) angefochten werden, [§ 177 SGG](#).

Erstellt am: 25.07.2013

Zuletzt verändert am: 25.07.2013