
Datum: 16.03.2017
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 19. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 19 AS 190/17 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2017:0316.L19AS190.17B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 53 AS 5732/16 ER
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 26.01.2017 geändert. Die Beigeladene wird einstweilig verpflichtet, dem Antragsteller ab dem 01.12.2016 bis zum 28.12.2016 vorläufig Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII in Höhe des Regelbedarfs nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erbringen. Im Übrigen wird die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Kosten des Antragstellers sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt N, C, beigeordnet.

Gründe: 1

I. 2

Der Antragsteller begehrt die vorläufige Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ab dem 01.12.2016. 3

Der am 00.00.1969 geborene Antragsteller ist spanischer Staatsbürger. Er reiste im Oktober 2014 mit seiner Lebensgefährtin sowie den gemeinsamen Kindern, E M, geb. 00.00.2013, und K M, geb. 00.00.2006, in die Bundesrepublik Deutschland ein. Die Anmeldung bei der Meldebehörde mit Einzugsdatum 08.10.2014 erfolgte am 11.11.2014. Der Sohn K besucht die Grundschule. 4

- Der Antragsgegner bewilligte dem Antragsteller und seiner Familie ab März 2015 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, nachdem der Antragsteller bei der P-Logistic - Internationale Möbelspedition - am 20.04.2015 einen vom 01.05.2015 bis 31.04.2016 befristeten Arbeitsvertrag als Packer/Helfer geschlossen hatte. Die regelmäßige Arbeitszeit sollte 22,5 Stunden/Woche betragen, die Vergütung war mit 9,25 Euro/Stunde vereinbart. Das Arbeitsverhältnis wurde zum 30.06.2015 beendet. Der Antragsteller erhielt für Mai 2015 eine Vergütung von 170,00 Euro (netto) und für Juni 2015 von 391,00 Euro (netto). 5
- Im Oktober 2015 trennte sich der Antragsteller von seiner Lebensgefährtin und zog aus der gemeinsamen Wohnung aus. Seit dem 06.04.2016 ist er über die Wohnungslosenhilfe des Diakonischen Werkes C zu erreichen. Die ehemalige Lebensgefährtin des Antragstellers und die Kinder beziehen weiterhin Leistungen nach dem SGB II, nachdem die ehemalige Lebensgefährtin ab dem 01.05.2016 eine geringfügige Beschäftigung als Reinigungskraft aufgenommen hat. 6
- Der Antragsteller erhielt zuletzt bis zum 30.11.2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Form des Regelbedarfs auf Grundlage von einstweiligen Rechtsschutzverfahren (S 37 AS 92/16 B ER und S 37 AS 2549/16 ER). Am 12.10.2016 beantragte er die Weiterbewilligung von Leistungen nach dem SGB II ab dem 01.12.2016. Eine Bescheidung dieses Antrags ist bislang nicht erfolgt. 7
- Der Antragsteller hat am 01.12.2016 einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Der Antragsgegner verweigere weiterhin die Bewilligung von Leistungen, weil dieser meine, dass er nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen sei. Dies sei unrichtig, da der Leistungsausschluss gegen höherrangiges Recht verstoße und er sich als spanischer Staatsbürger auf das Europäische Fürsorgeabkommen berufen könne. Zudem könne er sein Aufenthaltsrecht wegen des Schulbesuch seines Sohnes aus Art. 10 VO 492/11/EU ableiten. 8
- Der Antragsteller hat erstinstanzlich beantragt, 9
- den Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig zu verpflichten, dem Antragsteller Leistungen nach dem SGB II/Sozialgeld als Hilfe zum Lebensunterhalt (ohne KdU) ab Eilrechtsschutzantrag zu gewähren. 10
- Das Sozialgericht Dortmund hat mit Beschluss vom 26.01.2017 den Antrag abgelehnt. Es fehle an einem Anordnungsgrund, soweit sich der Antrag auf die Zeiträume beziehe, die vor der gerichtlichen Entscheidung lägen. Soweit sich der Antrag auf die Zeiträume ab dem 01.01.2017 beziehe, fehle es an einem Anordnungsanspruch. Der Antragsteller sei nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II in der Fassung vom 22.12.2016 von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Er könne ein Aufenthaltsrecht allenfalls aus § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a FreizügG/EU oder aus Art. 10 VO 492/2011/EU ableiten. Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII. Die unsubstantiierten europarechtlichen Bedenken gegen den Ausschluss von Personen, die ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011/EU ableiten, würden von der Kammer nicht geteilt. 11
- Gegen den am 26.01.2017 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 26.01.2017 Beschwerde eingelegt. Er könne sein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011/EU ableiten. Er sei in den Monaten Mai und Juni 2015 sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen und sein Kind K besuche seit mehr als zwei Jahren die Schule. Es werde insoweit auf die Entscheidung des BSG vom 03.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - verwiesen. Sein Sorgerecht ergebe sich aus spanischem Recht, da er zur Zeit der Geburt mit der Kindesmutter in Spanien zusammengelebt habe. 12

Der Antragsgegner hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.	13
Der Senat hat mit Beschluss vom 23.02.2017 die Stadt C als Sozialhilfeträger notwendig beigeladen.	14
II.	15
Die zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen die Ablehnung seines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist teilweise begründet. Der Antragsteller hat zwar nicht gegen den Antragsgegner (1.), jedoch gegenüber der Beigeladenen (2.) einen Anspruch auf Erlass der begehrten Regulationsanordnung für den Zeitraum 01.12.2016 bis 28.12.2016. Ein Anspruch des Antragstellers auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners oder der Beigeladenen ab dem 29.12.2016 besteht nicht (3.).	16
Nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruches (d.h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie das Vorliegen des Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 86 Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).	17
1. Vorliegend hat der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner für den Zeitraum 01.12.2016 bis 28.12.2016 einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Bei der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte greift zu Ungunsten des Antragstellers der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II i.d.F. bis zum 28.12.2016 (a.F.) ein. Dabei kann dahinstehen, ob der Antragsteller als Unionsbürger über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU verfügt. Denn sowohl erwerbsfähige Unionsbürger, die nur über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügen als auch solche, die kein materielles Aufenthaltsrecht innehaben, unterfallen dem Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a.F. (vgl. BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 59/13 R, - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 und - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139, vom 16.12.2015 - B 14 AS 33/14 R und vom 20.01.2016 - B 14 AS 35/15 R - SozR 4-4200 § 7 Nr. 47).	18
Die Voraussetzungen der Aufenthaltsrechte aus §§ 2, 3, 4, 4a FreizügG/EU sind nicht glaubhaft gemacht. Der Antragsteller kann sein Aufenthaltsrecht weiterhin nicht aus Art. 10 der Verordnung Nr. 492/2011 vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (VO 492/11/EU; zuvor Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968) wegen des Schulbesuchs seines Sohnes (dazu a)) oder aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU. i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 AEUV wegen Innehabung des Sorgerechts (dazu b) ableiten). Der Antragsteller kann sich auch nicht auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) berufen (dazu c)).	19
a) Der Antragsteller hat kein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011/EU glaubhaft gemacht (vgl. zu diesem Aufenthaltsrecht Beschlüsse des Senats vom 18.12.2016 - L 19 AS 2118/16 B ER, vom 05.12.2016 - L 19 AS 1946/16 B ER, vom 29.07.2016 - L 19 AS 1199/16 B ER, vom 27.01.2016 - L 19 AS 29/16, vom 20.01.2016 - L 19 AS 1824/15 B ER und vom 16.03.2015 - L 19 AS 275/15 B ER). Danach können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschäftigt ist oder	20

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. Art. 10 VO 492/11/EU verleiht den Kindern eines Arbeitnehmers ein eigenes Recht auf Zugang zum Unterricht an einer allgemeinbildenden Schule und damit ein autonomes, d.h. nicht vom Aufenthaltsrecht seiner Eltern abhängiges, eigenständiges Aufenthaltsrecht. Dieses Recht hängt weder von der Rechtsstellung als Kind, dem Unterhalt gewährt wird, noch von dem Recht der Eltern auf Aufenthalt im Aufnahmestaat ab. Es gilt für Kinder von Arbeitnehmern wie auch für die Kinder ehemaliger Arbeitnehmer. Art. 10 VO 492/11/EU verlangt nur, dass das Kind mit seinem Eltern und seinem Elternteil in der Zeit in einem Mitgliedstaat lebte, in der dort zumindest ein Elternteil als Arbeitnehmer wohnte (vgl. EuGH, Urteile vom 30.06.2016 - C-115/15, vom 13.06.2013 - C-45/12 -, vom 08.05.2013 Alarape und Tijani - C-529/11 -, vom 14.06.2012 - C-542/09 -, vom 06.09.2012 Czop und Punakova - C-147/11/148/11 - und vom 23.02.2010 Ibrahim - C 310/08 - und Teixeira - C-480/08).

Soweit und solange die regelmäßig minderjährigen Kinder eines Arbeitnehmers oder ehemaligen Arbeitnehmers für die Wahrnehmung ihrer Ausbildungsrechte aus Art 10 VO 492/2011/EU weiterhin der Anwesenheit und der Fürsorge des Elternteils bedürfen, um ihre Ausbildung fortsetzen und abschließen zu können, besteht darüber hinaus in gleicher Weise für den Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt aus Art 10 VO 492/2011/EU. Dies hat der EuGH damit begründet, dass die Versagung der Möglichkeit für die Eltern, während der Ausbildung ihrer Kinder im Aufnahmemitgliedstaat zu bleiben, geeignet sein könnte, den Kindern ein - ihnen vom Unionsgesetzgeber zuerkanntes - Recht zu nehmen (vgl. EuGH, Urteile vom 30.06.2016 - C-115/15 -, vom 13.06.2013 - C 45/12 -, vom 08.05.2013 Alarape und Tijani - C-529/11, vom 14.06.2012 - C-542/09 -, vom 06.09.2012 Czop und Punakova - C-147/11/148/11 - und vom 23.02.2010 Ibrahim - C-310/08 - und Teixeira - C-480/08). Ohne Belang ist, ob die Eltern der betreffenden Kinder inzwischen geschieden sind oder der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmende Elternteil nicht mehr Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat ist (vgl. EuGH, Urteile vom 30.06.2016 - C-115/15 -, vom 08.05.2013 Alarape und Tijani - C-529/11 -; Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 3 FreizügG/EU Rn. 60 ff).

21

Die Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht erfüllt der Antragsteller nicht. Denn der Sohn des Antragstellers hat zwar aufgrund seines Schulbesuchs ein eigenständiges Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/11/EU. Dieses Recht leitet er aus der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung seiner Mutter ab, die ergänzend Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bezieht. Insoweit kann der Senat offenlassen, ob die 2-monatige Beschäftigung des Antragstellers im Jahr 2015 einen Arbeitnehmerstatus i.S.d. Arbeitnehmerbegriffs im Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV begründet hat. Hiergegen und für eine untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten spricht jedoch die Dauer der Tätigkeit von 2 Monaten und die Höhe des Entgelts von 170,00 Euro netto im Mai 2015 und 391,00 Euro netto im Juni 2015 (vgl. BSG, Urteil vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R, SozR 4-4200 § 7 Nr. 48). Ein Unionsbürger kann sich nur dann auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/11/EU berufen, wenn er die elterliche Sorge für das Kind tatsächlich wahrnimmt. Dies ist vorliegend nach dem Auszug des Antragstellers im Oktober 2015 aus dem gemeinsamen Haushalt nicht mehr der Fall.

22

b) Dem Antragsteller steht ferner kein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 AEUV zu. Nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU findet das AufenthG vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine

23

günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU (vgl. hierzu VGH Hessen, Urteil vom 16.11.2016 - 9 A 242/15). § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG sieht vor, dass einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge - auch ohne Existenzsicherung i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG - eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG liegen nicht vor. Denn neben der tatsächlich ausgeübten Personensorge i.S.v. § 1626 BGB ist auch Voraussetzung, dass der Ausländer mit dem Kind zusammenlebt (vgl. Dienelt, a.a.O., § 28 AufenthG Rn. 26 m.w.N.). Dies ist seit dem Auszug des Antragstellers im Oktober 2015 nicht mehr der Fall.

c) Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht dem Leistungsausschluss des Antragstellers nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II a.F. nicht entgegen, weil sich der Antragsteller als spanischer Staatsangehöriger - bezogen auf die SGB II-Leistungen - nach der Erklärung des Vorbehalts durch die Bundesregierung am 19.12.2011 nicht mehr auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA berufen kann (vgl. hierzu BSG Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 43/15 R, a.a.O. vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R - und vom 20.01.2016 - B 14 AS 15/15 R, a.a.O.) 24

Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dem Leistungsausschluss i.S.v. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a.F. nicht entgegen (vgl. BSG, Urteile vom 20.01.2016, a.a.O. und vom 17.02.2016 - B 4 AS 24/14 R). 25

2. Dem Antragsteller ist im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig Hilfe zum Lebensunterhalt in Form des Regelbedarfs nach §§ 19, 27, 27a SGB XII für den Zeitraum 01.12.2016 bis 28.12.2016 zuzuerkennen. 26

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII an den Antragsteller sind nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte jedenfalls bis zum 28.12.2016 gegeben. 27

Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Gewährung des Regelbedarfes als Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 19, 27, 27a SGB XII dem Grunde nach glaubhaft gemacht. Glaubhaftmachung bedeutet das Dartun der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, d.h. der guten Möglichkeit, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung BSG, Beschlüsse vom 07.04.2011 - B 9 VG 15/10 B - und vom 08.08.2001 - B 9 V 23/01 B - SozR 3-3900 § 15 Nr. 4; Urteil vom 17.04.2013 - B 9 V 3/12 R). 28

Der Antragsteller ist hilfebedürftig i.S.v. § 19, 27 Abs. 1 SGB XII. Er verfügt über kein weiteres Einkommen oder Vermögen. Insoweit stützt sich der Senat auf die Angaben des Antragstellers in seiner - strafbewehrten, vgl. § 156 StGB - eidesstattlichen Versicherung vom 30.11.2016, wonach er bis Ende November im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungen nach dem SGB II zugesprochen bekommen hat. Eine eidesstattliche Versicherung stellt ein geeignetes Beweismittel in Verfahren nach § 86b SGG dar. Dafür, dass der Antragsteller ab Antragstellung bei Gericht über weiteres, unbekanntes Einkommen oder Vermögen verfügt haben könnten, liegen keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor. 29

Der Leistungsausschluss des § 23 SGB XII i.d.F. bis zum 28.12.2016 (a.F.) greift nicht zu Ungunsten des Antragstellers ein. Zwar kann sich der Antragsteller als Staatsangehöriger 30

eines EFA-Staates - Spanien - nicht auf den in Art. 1 EFA statuierten Inländergleichbehandlungsgrundsatz berufen. Staatsangehörigen eines EFA-Staates sind Sozialhilfeleistungen in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege einer Gleichbehandlung mit inländischen Staatsangehörigen nur zu erbringen, soweit die Anwendungsvoraussetzungen nach dem EFA vorliegen. (vgl. BSG, Urteil vom 20.01.2016 - B 14 AS 15/15 R - a.a.O.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Denn Art. 1 EFA setzt einen erlaubten Aufenthalt des Staatsangehörigen voraus. Ein erlaubter Aufenthalt eines Unionsbürgers liegt vor, wenn er materiell aufenthaltsberechtigt ist, also über Aufenthaltsrechte i.S.d. FreizügG/EU verfügt (BSG, Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Insbesondere ist ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche aus § 2 Abs. 1 Nr. 1a FreizügG/EU nicht gegeben. Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind danach Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche 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. Der Antragsteller kann vorliegend nicht weiterhin freizügigkeitsrechtlich als arbeitssuchend angesehen werden. Denn es besteht keine begründete Aussicht, dass er eingestellt wird. Die letzte Beschäftigung war im Jahr 2015. Anhaltspunkte für dauerhafte Bewerbungsbemühungen sind nicht ersichtlich.

Ein Leistungsanspruch des Antragstellers ist aber nach § 23 SGB XII a.F. nicht ausgeschlossen. Bei dem Antragsteller handelt es sich um einen Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht. Deshalb hat er zwar nach § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII a.F. keinen Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII, jedoch steht ihm ein Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt als Ermessensleistung nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII a.F. zu (BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 59/13 R, - B 4 AS 44/15 R a.a.O. und - B 4 AS 43/15 R a.a.O., vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R, - B 14 AS 18/14 R und - B 14 AS 33/14 R, vom 20.01.2016 - B 14 AS 15/15 R und - B 14 AS 35/15 R a.a.O. vom 17.02.2016 - B 4 AS 24/14 R und vom 17.03.2016 - B 4 AS 32/15 R). Durchgreifende Anhaltspunkte für eine Einreise zur Erlangung von Sozialhilfe im Sinne des Ausschlussgrundes nach § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt. SGB XII a.F. (vgl. hierzu BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R, a.a.O. und vom 20.01.2016 - B 14 AS 35/15 R, a.a.O.) liegen nicht vor.

31

Das Ermessen der Beigeladenen ist im Hinblick auf die Dauer des Aufenthaltes des Antragstellers von mehr als sechs Monaten auf Null reduziert (vgl. BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R, a.a.O. und vom 20.01.2016 - B 14 AS 35/15 R, a.a.O.). Im Hinblick auf die Dauer seines Aufenthaltes in der Bundesrepublik seit 2015 und wegen fehlender Anhaltspunkte für die Einleitung oder auch nur Vorbereitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen hat der Antragsteller einen bereits verfestigten Aufenthalt (vgl. hierzu BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R a.a.O. und vom 20.01.2016 - B 14 AS 35/14 R a.a.O.). Gesichtspunkte, die trotz Vorliegens eines verfestigten Aufenthaltes gegen eine Ermessensreduzierung auf Null sprechen könnten, fehlen.

32

Der Senat sieht in fortgesetzter Rechtsprechung (vgl. z.B. Urteil vom 11.04.2016 - L 19 AS 555/15; Beschlüsse vom 24.02.2016 - L 19 AS 1834/15 B ER, vom 24.03.2016 - L 19 AS 289/16 B ER, vom 22.06.2016 - L 19 AS 919/16 B ER und vom 01.08.2016 - L 19 AS 1437/16 B ER) auch unter Berücksichtigung gegenteiliger Rechtsprechung (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.01.2016 - L 29 AS 20/16 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.02.2016 - L 3 AS 668/15 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschlüsse vom 22.02.2016 - L 9 AS 1335/15 B ER und vom 17.03.2016 - L 9 AS 1580/15 B ER; LSG Hamburg, Beschluss vom 14.04.2016 - L 4 AS 76/16 B ER; LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 07.07.2016 - L 9 SO 12/16 B ER, L 9 SO 13/16 B PKH) keinen Anlass, von

33

der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Anwendung und Auslegung des § 23 SGB XII a.F. bei Unionsbürgern abzuweichen.

- Der Antragsteller ist auch nicht nach § 21 Abs. 1 S. 1 SGB XII vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Er ist nicht i.S.d. § 21 Abs. 1 S. 1 SGB XII als Erwerbsfähiger dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II. Denn er unterfällt § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II a.F. und ist damit trotz seiner Erwerbsfähigkeit von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen (BSG, Urteile vom 03.12.2015 - B 4 AS 59/13 R, - B 4 AS 44/15 R, a.a.O. - und - B 4 AS 43/15 R a.a.O., vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R, - B 14 AS 18/14 R und - B 14 AS 33/14 R, vom 20.01.2016 - B 14 AS 15/15 R und - B 14 AS 35/15 R a.a.O., vom 17.02.2016 - B 4 AS 24/14 R und vom 17.03.2016 - B 4 AS 32/15 R; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.01.2016 - L 29 AS 20/16 B ER; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 11.02.2016 - L 3 AS 668/15 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschlüsse vom 22.02.2016 - L 9 AS 1335/15 B ER und vom 17.03.2016 - L 9 AS 1580/15 B ER). Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Der Senat sieht keinen Anlass, von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Anwendung und Auslegung des § 21 SGB XII bei Unionsbürgern abzuweichen. 34
- Der Beigeladene hat auch seit Antragstellung beim Antragsgegner Kenntnis i.S.v. § 18 SGB XII. 35
- Der Anordnungsgrund hinsichtlich des Regelbedarfs ergibt sich bis einschließlich 28.12.2016 aus der glaubhaft gemachten Mittellosigkeit des Antragstellers. Der Antragsteller hat auch über seinen Prozessbevollmächtigten, der ein Organ der Rechtspflege ist, glaubhaft gemacht, dass er bei der Beigeladenen vorgesprochen hat. Insoweit reicht das einfache Bestreiten der Beigeladenen nicht aus, um begründete Zweifel hieran beim Senat hervorzurufen. 36
- Die Beigeladene ist als örtlicher Sozialhilfeträger für die Gewährung der Hilfe nach dem Dritten Kapitel des SGB XII zuständig, da der Antragsteller sich in ihrem Zuständigkeitsbereich tatsächlich aufhält (§§ 97 Abs. 1, 98 Abs. 1 S. 1 SGB XII i.V.m. § 1 AG SGB XII NRW). 37
3. Für die Zeit ab dem 29.12.2016 hat der Antragsteller weder einen Anordnungsanspruch gegenüber dem Antragsgegner noch gegenüber der Beigeladenen glaubhaft gemacht. 38
- Hinsichtlich des Antragsgegners ergibt sich dies ausdrücklich aus § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. a) und b) SGB II in der Fassung 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). Der Antragsteller hat insoweit kein Aufenthaltsrecht geltend gemacht, welches ihn vom Leistungsausschluss ausnimmt. Es wird auf die Ausführungen unter Ziffer 1. verwiesen. Auch hält sich der Antragsteller nicht seit fünf Jahren in der Bundesrepublik auf (§ 7 Abs. 2 S. 4 SGB II). 39
- Betreffend die einstweilige Zuerkennung von Ansprüchen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII fehlt es für die Zeit ab dem 29.12.2016 ebenfalls an einem Anordnungsanspruch. Denn nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII in der Fassung 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, 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 40

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. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII greift zu Gunsten des Antragstellers nicht ein.

Damit sind ab dem 29.12.2016 Ansprüche des Antragstellers auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII sowie Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII bzw. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen.

41

Da der Antragsteller bereits nicht die Voraussetzungen für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/2011/EU erfüllt, stehen der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Leistungsausschluss auch keine europarechtlichen Bestimmungen entgegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Regelungen eines Mitgliedstaats, nach denen Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Zugang zu Sozialhilfeleistungen i.S.v. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38, zu den auch die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen i.S.v. Art. 70 Abs. 2 VO 883/2004/EU zählen, ausgeschlossen werden, wenn ihnen kein materielles Aufenthaltsrecht zusteht (Urteil vom 11.11. 2014 Dano - C-333/13) oder wenn ihr Aufenthaltsrecht sich nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Urteil vom 15.09.2015 Alimanovic - C-67/14), mit Unionsrecht vereinbar. Vor diesem Hintergrund bestehen keine Bedenken, dass sowohl der Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII als auch derjenige nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II europarechtskonform ist.

42

Über weitergehende Ansprüche hatte der Senat im vorliegenden Fall in Bezug auf den Zeitraum ab dem 29.12.2016 nicht zu entscheiden.

43

Es war insbesondere nicht darüber zu entscheiden, ob ein Anspruch des Antragstellers gegen den Antragsgegner auf Überbrückungsleistungen gemäß § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII besteht. Nach dieser Vorschrift werden hilfebedürftigen Ausländern, die dem Leistungsausschluss nach Abs. 3 Satz 1 des § 23 SGB XII unterfallen, bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken. Der Anspruch stellt im Verhältnis zu dem Anspruch auf laufende Leistungen nach dem SGB XII einen eigenständigen Streitgegenstand dar (so LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - L 23 SO 30/17 B ER). Das Begehren des Antragstellers erstreckt sich erkennbar nicht auf diesen Anspruch. Im Übrigen würde eine Zuerkennung dieses Anspruchs ohne ausdrücklichen Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren dazu führen, dass der Antragsteller zwei Jahre solche Leistungen nicht mehr beanspruchen könnte. Da aus dem bisherigen Vorbringen des Antragstellers nicht erkennbar ist, dass er die Gewährung von Überbrückungsleistungen gemäß § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII begehrt, kann auch dahinstehen, ob die Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 S. 6 SGB XII im vorliegenden Fall einschlägig ist. Diese Härtefallregelung soll sicherstellen, dass innerhalb der Leistungsfrist von einem Monat des Zeitraums der Gewährung von Überbrückungsleistungen auch über das gewährte Niveau der vorgesehenen Überbrückungsleistungen hinausgehende Bedarfe wie zum Beispiel für Kleidung gedeckt werden können, soweit dies im Einzelfall zur Überwindung einer besonderen Härte erforderlich ist (vgl. BT-Drs. 587/16 S. 11). Ebenso können bei Vorliegen besonderer Umstände Bedarfe, die entstehen, soweit im Einzelfall eine Ausreise binnen eines Monats nicht möglich oder zumutbar ist (z. B. krankheitsbedingte Reiseunfähigkeit), gedeckt werden (vgl. BT-Drs. 587/16, S. 11). Es handelt sich bei der

44

Härtefallregelung mithin um eine Bestimmung, die lediglich bei Vorliegen besonderer Umstände eingreift, um im Einzelfall für einen begrenzten Zeitraum unzumutbare Härten zu vermeiden, nicht um eine Regelung, mit der ein dauerhafter Leistungsbezug ermöglicht wird (vgl. BT-Drs. 587/16 S. 11) Wie bereits dargelegt, erstrebt der Antragsteller im vorliegenden Fall nicht die Gewährung von Überbrückungsleistungen. Zudem sind keine Gründe vorgetragen, die eine besondere Härte rechtfertigen

Auch ein Anspruch auf Übernahme der Kosten der Rückreise (§ 23 Abs. 3a SGB XII) ist nicht zu prüfen. Ein dahingehendes Begehren des Antragstellers besteht nicht. 45

Der Senat sieht - ungeachtet der während des Gesetzgebungsverfahrens teilweise erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Leistungsausschlüsse nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII bzw. nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II (vgl. Dollinger, Ausschussdrs. 18(11) 851 S. 7 ff. und Berlit 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, dem Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, d. h. die Regelung des § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII zumindest auf Ermessensleistungen nach § 27 ff. SGB XII gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 SGB II nicht anzuwenden. 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 anwenden. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass das Gericht zumindest gewichtige Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des entscheidungserheblichen Gesetzes hat, die sich so weit verdichtet 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 - juris Rn. 46; SächsOVG, Beschluss vom 10.06.2016 - 1 B 104/16 -, juris Rn. 16 m.w.N.). Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller 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. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - L 23 SO 30/17 B ER; SG Gelsenkirchen, Beschluss vom 07.03.2017 - S 31 AS 370/ER ; a.A. SG Kassel, Beschluss vom 14.02.2017 - S 4 AS 20/17 ER). 46

Der Ausschluss von Unionsbürgern ohne materielles Aufenthaltsrecht bzw. nur mit einem Recht zur Arbeitsuche von laufenden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bzw. Hilfen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII ist mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG) vereinbar, das durch das BVerfG näher konturiert worden ist (BVerfG, Urteil vom 9.2.2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09 - BVerfGE 125, 175; Urteil vom 18.7.2012 - 1 BvL 10/10, 2/11 - BVerfGE 132, 134; B Beschluss vom 23.07.2014 - 1 BvL 10, 12/12, 1 BvR 1691/13 - BVerfGE 137, 34). Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ist als Gewährleistungsrecht von vornherein auf die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angelegt. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss durch einen gesetzlichen Leistungsanspruch eingelöst werden, der indes der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedarf. Das Gewährleistungsrecht bedingt nicht, dass existenzsichernde Leistungen voraussetzungslos zur Verfügung gestellt werden müssten, und es fordert nicht, die gesetzliche Ausgestaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende in 47

Richtung auf ein bedingungsloses Grundeinkommen zu entwickeln. Bei der Ausgestaltung des Grundrechts steht dem Gesetzgeber vielmehr ein Gestaltungsspielraum zu, innerhalb dessen er die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat (BSG, Urteil vom 09.03.2016 - B 14 AS 20/15 R, SozR 4-4200 § 43 Nr. 1 m.w.N.)

- Gegenstand der Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Gewährleistungsrecht durch den Gesetzgeber sind nicht nur die Höhe der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und das Verfahren ihrer Bemessung und Anpassung. Gegenstand können vielmehr auch Leistungsvoraussetzungen und -ausschlüsse, Leistungsminderungen und Leistungsmodalitäten sein. Der Gesetzgeber hat die Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht bzw. nur mit einem Recht zur Arbeitsuche nicht gänzlich aus den existenzsichernden Leistungssystemen ausgeschlossen, sondern für diesen Personenkreis in § 23 Abs. 3 S. 3 - 6 SGB XII einen eigenständigen, differenziert ausgestalteten Anspruch auf Erhalt von existenzsichernden Leistungen, die in der Höhe und im zeitlichen Umfang von existenzsichernden Leistungen für Unionsbürger mit einem materiellen Aufenthaltsrecht abweichen, geschaffen. Die damit statuierte unterschiedliche Ausgestaltung der Leistungen zur Existenzsicherung von Unionsbürgern, die über ein materielles, auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht verfügen, und von Unionsbürgern, die über kein Aufenthaltsrecht bzw. ein zeitlich befristetes Aufenthaltsrecht, nämlich zur Arbeitsuche verfügen, kann im Hinblick auf den unterschiedlichen Aufenthaltsstatus dieser Personengruppen noch als sachlich gerechtfertigt angesehen werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.10.2016 - 1 BVR 2778/13 m.w.N.). 48
- Ob die in § 23 Abs. 3 - 6 SGB XII vorgesehene Überbrückungsleistung, einschließlich der Härtefallregelung, hinsichtlich der Bemessung und der zeitlichen Grenzen noch mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar ist, kann im vorliegenden Verfahren dahinstehen. 49
- Im Übrigen lässt sich auch - soweit man einen Verfassungsverstoß unterstellen würde - kein unmittelbarer Anspruch aus dem Grundgesetz auf einen bestimmten Geldbetrag herleiten (vgl. BVerfG, Urteil vom 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175-260 Rn. 141 u. 212; Saitzek, in Eicher, SGB II, 3. Aufl., § 20 Rn. 3). Ein Gericht ist nicht befugt, im einstweiligen Rechtschutzverfahren unmittelbar aus dem auf Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG gestützten Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums Leistungsansprüche abzuleiten (BVerfG, Beschluss vom 30.10.2010 - 1 BvR 2037/10). 50
- Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren nach § 73a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. §§ 114 ff. ZPO liegen im Hinblick auf die teilweisen Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens vor. 51
- Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG. 52
- Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar (§ 177 SGG). 53
-

