
Datum: 05.08.2017
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 6. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 6 AS 783/17 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2017:0805.L6AS783.17B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 12 AS 1159/17 ER
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 11.04.2017 wird bezogen auf den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten. Den Antragstellern wird zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens ratenfreie Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt L aus N zu ihrer Vertretung beigeordnet.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragsteller begehren im einstweiligen Rechtsschutzverfahren Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). 3

Die am 00.00.1982 geborene Antragstellerin zu 1) und der am 00.00.1964 geborene Antragsteller zu 2) sind miteinander verheiratet. Die in den Jahren 2001, 2002 und 2006 geborenen Antragsteller zu 3) bis 5) sind die Kinder der Antragstellerin zu 1). Zwischenzeitlich hat die Antragstellerin zu 1) ein weiteres Kind geboren, dessen Vater der Antragsteller zu 2) ist. Die Antragsteller zu 1), 3), 4) und 5) sind spanische Staatsangehörige, der Antragsteller zu 2) ist Staatsangehöriger der Dominikanischen Republik. 4

Die Antragsteller sind im Juli 2016 aus Spanien in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Der Antragsteller zu 2) war von Juli 2016 bis November 2016 bei einer Möbelspedition beschäftigt. Ausweislich einer vom Antragsgegner eingeholten Arbeitgeberauskunft wurde das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil der Antragsteller zu 2) nicht mehr zur Arbeit erschienen sei. Er habe einem Kollegen gegenüber geäußert, dass er die Arbeit nicht weiter ausüben wolle. Die Antragstellerin zu 1) ist seit September 2016 geringfügig beschäftigt in einem mexikanischen Restaurant namens "M" in N. Laut schriftlicher Bescheinigung des Arbeitgebers arbeitet die Klägerin neun Stunden monatlich bei einem Stundenlohn von 8,50 EUR. Die Antragsteller zu 3) bis 5) besuchen allgemeinbildende Schulen. Die Antragstellerin zu 1) bezieht für die Antragsteller zu 3) bis 5) Kindergeld i.H.v. 805 EUR monatlich. Sie bewohnen eine Wohnung in N, für die eine Kaltmiete i.H.v. 350 EUR, Nebenkosten i.H.v. 160 EUR und Heizkosten i.H.v. 170 EUR monatlich zu zahlen sind.

Am 14.10.2016 beantragten die Antragsteller Leistungen nach dem SGB II. Im Rahmen der Antragstellung gab die Antragstellerin zu 1) an, dass sie keiner Tätigkeit nachgehe, da sie nicht deutsch sprechen könne. Sie sei im zweiten Monat schwanger. Die Ersparnisse von 1000 EUR hätten sie für die ersten Tage zur Überbrückung aufgebraucht. Sie besäßen kein Vermögen, keine Ersparnisse, keine Immobilien, keinen PKW oder Wertpapiere. Mit dem Gehalt des Antragstellers zu 2) allein könnten sie ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten. 6

Mit Bescheid vom 13.03.2017 lehnte der Antragsgegner den Antrag auf Leistungen nach dem SGB II ab. Am 24.03.2017 legten die Antragsteller dagegen Widerspruch ein. 7

Ebenfalls am 24.03.2017 haben die Antragsteller einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht Düsseldorf (SG) gestellt. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass die wirtschaftliche Existenz der Bedarfsgemeinschaft gefährdet sei, seit drei Monaten sei keine Miete bezahlt worden. Inzwischen wüssten die Antragsteller nicht mehr, wie sie ihre Kinder ernähren sollten. 8

Der Antragsgegner hat dem entgegengehalten, dass die Antragsteller von den Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossen seien. Die Antragstellerin zu 2) sei keine Arbeitnehmerin. Sie arbeite lediglich neun Stunden monatlich und erhalte dafür ein Lohn von 76,50 EUR. Damit liege kein Beschäftigungsverhältnis vor, welches eine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt und damit einen Arbeitnehmerstatus auslöse. Eine Aufstockung der Beschäftigung sei aufgrund der Schwangerschaft und dem Entbindungstermin zum 30.04.2017 nicht zu erwarten. 9

Mit Verfügung vom 24.03.2017 hat das SG einen Nachweis über das Vorliegen von Mietrückständen, Kontoauszüge der letzten drei Monate und einen Nachweis über die Schwangerschaft der Antragstellerin zu 1) angefordert. 10

Mit Beschluss vom 11.04.2017 hat das SG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung abgelehnt, dass die Antragsteller trotz Aufforderung die Kontoauszüge der letzten drei Monate nicht vorgelegt hätten. Vor diesem Hintergrund könne nicht nachvollzogen werden, wovon die Antragsteller aktuell lebten bzw. ob und in welchem Maße sie im Sinne des SGB II der Hilfe bedürften. Zudem spreche das prozessuale Verhalten der Antragsteller gegen die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit. 11

Am 12.04.2017 haben die Antragsteller Beschwerde eingelegt. Die Antragsteller hätten versucht, die Kontoauszüge der letzten drei Monate vorzulegen. Jedoch habe die Mitarbeiterin des Antragsgegners sich geweigert, den Empfang der Kontoauszüge zu 12

quittieren. Aufgrund der bereits nachgewiesenen Schwangerschaft und der bereits eingesetzten Wehen sei es offensichtlich, dass Reisefähigkeit nicht gegeben sei. Daher werde darum gebeten, kurzfristig über den Antrag zu entscheiden. Ein Antrag auf Leistungen sei zudem von der Stadt N mündlich abgelehnt worden. Die Antragsteller hätten zwischenzeitlich die fristlose Kündigung Ihres Mietverhältnisses erhalten.

Mit Schreiben vom 28.04.2017 hat die Stadt N den Antragstellern auf den Antrag auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII mitgeteilt, dass über den Antrag erst nach Entscheidung des Landessozialgerichts über die Beschwerde gegen den Beschluss des SG im gerichtlichen Eilverfahren entschieden werde. 13

Die Antragsteller beantragen, 14

den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 11.04.2017 zu ändern und den Antragsgegner zu verpflichten, den Antragstellern vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu Sicherung des Lebensunterhaltes zu zahlen. 15

Der Antragsgegner beantragt, 16

die Beschwerde zurückzuweisen. 17

Der Antragsgegner ist der Auffassung, die Übersendung von Kontoauszügen führe nicht zu einem Anspruch nach dem SGB II. Die Antragstellerin zu 1) habe kein Aufenthaltsrecht und keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II, weil sie weder aktuell einen Arbeitnehmerstatus noch einen fortwirkenden Arbeitnehmerstatus vorweisen könne. Das Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 2) leite sich ausschließlich vom Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) ab. 18

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte unter beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen. 19

II. 20

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. 21

Das SG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Recht abgelehnt. Der zulässige Antrag ist unbegründet. 22

Nach § 86 b Abs. 2 Satz 2 des Sozialgerichtsgesetzes (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 Anordnungsanspruchs, d.h. des materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird, sowie das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, d.h. die Unzumutbarkeit voraus, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Der geltend gemachte Hilfeanspruch (Anordnungsanspruch) und die besonderen Gründe für die Notwendigkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund), die Eilbedürftigkeit, sind glaubhaft zu machen (§ 86 Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Die Glaubhaftmachung bezieht sich auf die reduzierte Prüfungsdichte und die nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erfordernde Überzeugungsgewissheit für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes im summarischen Verfahren (BVerfG Beschluss vom 29.07.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95, 96). Können 23

ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen. Scheidet eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren aus, ist auf der Grundlage einer an der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes orientierten Folgenabwägung zu entscheiden. Die grundrechtlichen Belange der Antragsteller sind dabei umfassend in die Abwägung einzustellen (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927ff).

Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gegen den Antragsgegner, weil sie gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) SGB II aus dem Kreis der leistungsberechtigten Personen ausgeschlossen sind. Nach dieser Vorschrift sind ausgenommen von den Leistungen nach dem SGB II Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben und ihre Familienangehörigen. Dieser Ausschlusstatbestand ist bei den Antragstellern erfüllt. Obgleich es auf diese Unterscheidung nicht ankommt, weil diese Personengruppe ebenfalls vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betroffen ist, geht der Senat davon aus, dass keinem der Antragsteller ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche zusteht und sie auch über kein anderes Aufenthaltsrecht im Sinne von § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) verfügen. 24

Die Antragstellerin zu 1) erfüllt keinen der in § 2 Abs. 2 FreizügG/EU genannten Tatbestände. Sie ist weder Arbeitnehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, noch selbstständig Erwerbstätige im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Zwar übt die Antragstellerin zu 1) eine Erwerbstätigkeit aus. Diese ist zur Überzeugung des Senats nach Art und Umfang jedoch nicht geeignet, der Antragstellerin zu 1) den Arbeitnehmerstatus im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU zu verleihen. Die Arbeitnehmereigenschaft ist gestützt auf objektive Kriterien und in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen, festzustellen. Arbeitnehmer ist, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Auch bei geringfügig Beschäftigten ist zu prüfen, ob die Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung trotz der geringen Arbeitszeit als tatsächlich und echt angesehen werden kann. Dabei sind nicht nur Gesichtspunkte wie die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung zu berücksichtigen, sondern auch solche wie der Anspruch auf bezahlten Urlaub, die Geltung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung des Tarifvertrags in der jeweils gültigen Fassung auf den Arbeitsvertrag sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Geringfügige Beschäftigungen verleihen dann keinen Arbeitnehmerstatus, wenn sie als völlig untergeordnet und unwesentlich zu charakterisieren sind (Europäische Gerichtshof (EuGH) Urteil vom 06.11.2003 - C-413/01). Die Gesamtbetrachtung aller Umstände führt hier dazu, dass die Arbeitnehmereigenschaft der Antragstellerin zu 1) nicht angenommen werden kann. Mangels Vorlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages kann das Arbeitsverhältnis hinsichtlich einiger Kriterien wie den Anspruch auf bezahlten Urlaub, die Geltung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht beurteilt werden. Der Senat muss davon ausgehen, dass eine diesbezügliche Regelung zwischen den Parteien nicht existiert. Die einzigen zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Vertragsinhalte sind offensichtlich die monatliche Arbeitszeit (neun Stunden) und der vom Arbeitgeber zu zahlende Stundenlohn (8,50 EUR; seit 01.01.2017 wahrscheinlich 8,84 EUR - gesetzlicher Mindestlohn -). Die Gesamtschau dieser Umstände führt nicht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses, das eine Arbeitnehmereigenschaft auslöst. Mit einem Monatslohn von 76,50 EUR (2016) bzw. mutmaßlich 79,56 EUR (2017), dessen Auszahlung im Übrigen weder aus den vorliegenden Kontoauszügen auch nur für einen Monat hervorgeht, noch durch Quittungen belegt worden 25

- ist, erreicht die Antragstellerin zu 1) nicht einmal die in § 11 b Abs. 2 S. 1 SGB II genannte pauschale Freibetragsgrenze, der nach der Konzeption des Gesetzgebers tatsächliche Ausgaben in Form von Versicherungsbeiträgen, Altersvorsorgebeiträgen und mit Erzielung des Einkommens verbundene notwendige Ausgaben gegenüberstehen. Auch hinsichtlich der wöchentlichen Arbeitszeit - der Senat geht hier von durchschnittlich etwa 2,1 Stunden aus - stellt sich die Beschäftigung der Antragstellerin zu 1) als unwesentlich dar, da sie gerade einmal etwas mehr als 5 % der wöchentlichen Arbeitszeit in einem herkömmlichen Vollzeit-Arbeitsverhältnis erreicht. Ohne Regelungen über eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bezahlten Urlaub sprechen auch diese Kriterien nicht für ein mehr als völlig unwesentliches Arbeitsverhältnis.
- Auch die Voraussetzungen von § 2 Abs. 3 FreizügG/EU sind nicht erfüllt. Insbesondere liegt keine durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigte Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit vor. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen scheitert bereits daran, dass die Antragstellerin in der Bundesrepublik Deutschland weder als Arbeitnehmerin (siehe oben) noch als Selbstständige mehr als ein Jahr tätig war. 26
- Der Antragsteller zu 2) kann bereits deshalb kein Freizügigkeitsrecht aus § 2 FreizügG/EU ableiten, weil er kein Unionsbürger ist. 27
- Die Antragsteller zu 3) bis 5) sind schulpflichtig und daher weder Arbeitnehmer noch auf Arbeitssuche. Ihnen steht auch kein Aufenthaltsrecht nach Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, die durch die Verordnung EU 2016/589 geändert worden ist, zu. Voraussetzung hierfür ist nämlich, dass ein Elternteil als Unionsbürger Arbeitnehmerstatus erlangt hat, was - wie oben dargestellt - bei der Antragstellerin zu 1) nicht der Fall ist. 28
- Auch erfüllen die Antragsteller nicht die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht für nicht Erwerbstätige nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU, da sie nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen. 29
- Die Antragsteller haben auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII. Eine Beiladung des Sozialhilfeträgers war daher nicht geboten. Zwar haben Ausländer gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII grundsätzlich Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII. Jedoch sind die Antragsteller durch § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII von den Leistungen nach Abs. 1 der Vorschrift ausgeschlossen. Danach erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen keine Leistungen nach § 23 Abs. 1 SGB XII und nach dem Vierten Kapitel des SGB XII, wenn sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche ergibt. Dass die Antragsteller von diesem Leistungsausschluss erfasst werden, ergibt sich aus dem oben gesagten. 30
- Die Antragsteller haben keine Leistungen gemäß § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII beantragt. Danach können Leistungen gewährt werden, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken. Auch im Wege der Auslegung lässt sich das Vorbringen der Antragsteller nicht dahingehend deuten, dass sie alsbald ausreisen wollen und zur Überbrückung des Zeitraums bis zur Ausreise eingeschränkte Hilfen gewährt bekommen möchten. Ein Antrag auf derartige Leistungen ist auch nicht im Antrag auf laufende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes enthalten (Bayerisches LSG Beschluss vom 24.04.2017 - L 8 SO 77/17 B ER). 31

Soweit die Antragsteller aufgrund der Schwangerschaft und der Entbindung der Antragstellerin zu 1) fehlende Reisefähigkeit und damit Leistungen gemäß § 23 Abs. 3 S. 3, 5 i.V.m. S. 6 2. HS SGB XII über einen Zeitraum von mehr als einem Monat geltend machen wollen, so besteht auch hierauf - unabhängig von seiner systematischen Einordnung (vgl. Bayerisches LSG aaO) - kein Anspruch. Gemäß § 23 Abs. 3 S. 6 2. HS SGB XII sind Leistungsberechtigten nach S. 3 der Vorschrift Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist. Für die Annahme einer besonderen Härte sind außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls erforderlich, die dem Betroffenen ein eindeutig größeres Opfer abverlangen als eine einfache Härte und erst recht als die mit der gesetzlichen Regelung stets verbundenen Einschnitte (für viele: BSG Urteil vom 12.10.2016 - B 4 AS 4/16 R = SozR 4-4200 § 12 Nr. 27). Ein eindeutig größeres Opfer als die mit der gesetzlichen Regelung ohnehin verbundenen Einschnitte ist im Falle der Antragsteller nicht zu erkennen. Regelmäßige Folge der gesetzlichen Regelung ist, dass nicht erwerbstätige Unionsbürger, die kein anderweitiges Einkommen und kein Vermögen haben, ohne jegliche Sozialleistungen, also ohne existenzsichernde Mittel verbleiben. Dem betroffenen Personenkreis bleibt in der Regel lediglich die Rückkehr in ihr Heimatland, um auf die dortigen sozialen Sicherungssysteme zurückzugreifen. Dieselbe mit der gesetzlichen Regelung verbundene (regelmäßige) Härte trifft hier die Antragsteller. Eine besondere Härte ist auch nicht darin zu erkennen, dass die Antragsteller jedenfalls im Zeitraum unmittelbar vor und nach der Entbindung nicht in der Lage waren, aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen. Die Antragsteller haben zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht, dass sie so bald wie möglich ausreisen möchten und lediglich die Geburt des vierten Kindes sie daran hindert.

32

Der Senat ist auch nicht davon überzeugt, dass dieses Regelungskonzept der Leistungsausschlüsse für nicht am Arbeitsmarkt aktive EU-Bürger verfassungswidrig ist. Insbesondere ist der Senat nicht von einem Verstoß gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG überzeugt. Danach hat der Staat im Rahmen seines Auftrags zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins zur Verfügung stehen, wenn Menschen die hierfür notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil sie weder aus einer Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen oder durch Zuwendungen Dritter zu erlangen sind (Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Urteil vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09). Nach der im Hinblick auf die Grundleistungen nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) ergangenen Rechtsprechung des BVerfG steht dieses Grundrecht als Menschenrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen gleichermaßen zu. Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absinken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen (BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10 - juris).

33

Diese Vorgaben haben das Bundessozialgericht (BSG) dazu veranlasst, im Rahmen der Ermessensleistungen aus § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII im Falle eines verfestigten Aufenthaltes von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen (BSG Urteil vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R).

34

35

Zwar lässt sich diesem Ansatz des BSG nicht erfolgreich entgegenhalten, dass die Situation eines Asylbewerbers mit der eines EU-Bürgers, der von seinem Freizügigkeitsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche Gebrauch gemacht habe, deshalb nicht vergleichbar sei, weil der Asylbewerber - anders als der EU-Bürger, für den die Rückkehr in das Heimatland ein zumutbares Mittel der Selbsthilfe darstelle - regelmäßig nicht in sein Herkunftsland zurückkehren könne (SG Dortmund Beschluss vom 31.01.2017 - S 62 SO 628/16 ER). Dieser Einwand berücksichtigt nicht ausreichend, dass gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG auch vollziehbar ausreisepflichtige Personen zu den Leistungsberechtigten nach diesem Gesetz gehören, für die es in der Regel ebenso gut möglich und zumutbar ist, in ihr Heimatland zurückzukehren und eine Ungleichbehandlung beider Personengruppen nicht ohne weiteres gerechtfertigt erscheint, zumal eine Ausreisepflicht für EU-Bürger in aller Regel nicht besteht.

Auch die wiederholt vorgetragene Behauptung, der Gesetzgeber habe den Nachrang des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei (Landessozialgericht (LSG) Rheinland-Pfalz Beschluss vom 05.11.2015 - L 3 AS 479/15 B ER; Bayerisches LSG Beschluss vom 13.10.2015 - L 16 AS 612/15 ER; SG Dortmund aaO), trägt nicht. Zum einen findet sich weder in den gesetzlichen Regelungen noch in den entsprechenden Gesetzesmaterialien ein Anhaltspunkt dafür, dass ein solcher Nachrang kodifiziert werden sollte. Vielmehr beabsichtigte der Gesetzgeber in erster Linie (nur) den Ausschluss des betroffenen Personenkreises aus dem deutschen Sozialleistungssystem. Zum anderen fehlt in den oben genannten Entscheidungen aber auch jegliche Begründung dafür, warum eine solche Normierung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein sollte, obwohl das BVerfG die Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht definiert, das Deutschen wie Ausländern gleichermaßen zustehe. 36

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II (BVerfG Beschluss vom 03.09.2014 - 1 BvR 1768/11) kann zur Überzeugung des Senates hierfür jedenfalls nicht fruchtbar gemacht werden. Die Situation von Auszubildenden und Studenten ist nicht vergleichbar mit der hier vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) SGB II und § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 1. Alt. SGB XII betroffenen EU-Bürger. Insbesondere hat das BVerfG im genannten Beschluss einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG mit der Begründung verneint, dass der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgehe, dass das menschenwürdige Existenzminimum, soweit eine durch die Ausbildung bedingte Bedarfslage entstanden sei, vorrangig durch Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) bzw. dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch zu decken sei. Die Frage, ob durch den darüber hinausgehenden, im BAföG verankerten Leistungsausschluss eine Grundrechtsverletzung zu sehen sei, hat das Gericht ausdrücklich offengelassen. Ein solcher Rückgriff auf ein alternatives Leistungssystem bleibt aber dem von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossenen EU-Bürger innerhalb der Bundesrepublik Deutschland verwehrt. 37

Auch die Auffassung, dass die Situation eines Auszubildenden, der seine Ausbildung abbrechen und seine Arbeitskraft zur Beschaffung seines Lebensunterhaltes einsetzen muss, mit der eines EU-Bürgers dadurch vergleichbar sei, dass dieser dem faktischen Zwang zur Rückkehr in sein Herkunftsland ausgesetzt ist, überzeugt nicht. Während sich der Auszubildende lediglich einem verhaltensbedingten Leistungsausschluss ausgesetzt sieht, beruht der Leistungsausschluss für die am Arbeitsmarkt inaktiven EU-Bürger auf einer in der Person begründeten Eigenschaft des Hilfebedürftigen. 38

Dem Hinweis darauf, dass der EU-Bürger des Schutzes des Art. 1 GG nicht bedürfe und ebenfalls durch eine Verhaltensänderung eine menschenunwürdige Situation vermeiden könne, da er seine Hilfebedürftigkeit durch eine Rückkehr in sein Herkunftsland beenden könne, ist entgegenzuhalten, dass jeder Rechtsuchende, der eine Grundrechtsverletzung geltend macht, durch eine Ausreise aus dem Geltungsbereich des Grundgesetzes die Grundrechtsverletzung beenden kann. Als verfassungsrechtliches Argument taugt die Aufforderung zur Ausreise im Falle aufenthaltsberechtigter EU-Bürger für sich genommen genauso wenig wie im Falle Deutscher, die einem Grundrechtseingriff im Ausland nicht ausgesetzt wären.

Dennoch ist der Senat von einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG nicht überzeugt. Zwar ist eine Beeinträchtigung des Art. 1 Abs. 1 GG prinzipiell nicht rechtfertigungsfähig mit der Folge, dass bereits die Beeinträchtigung einen verfassungswidrigen Verstoß impliziert, die Beeinträchtigung selbst der Verstoß ist (vgl etwa Sodan in: Sodan, GG, 2. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 27). Ob eine solche Beeinträchtigung vorliegt, ist aber nicht allein über die die Leistungen ausschließende Funktion des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 Nr. 2 1. Alt SGB XII zu beurteilen, die dazu führt, dass eine Bedarfslage, in der einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins materiellen Mittel fehlen, nicht beseitigt wird. Für die Frage nach einer Beeinträchtigung des Art. 1 Abs. 1 GG ist vielmehr maßgeblich, ob der (gesamte) einfachgesetzliche Rahmen des Leistungsanspruchs defizitär ausgestaltet ist oder nicht (BVerfG aaO Rn 133), d.h. ob der Staat im Rahmen seines Auftrags zum Schutze der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Auftrags dafür Sorge getragen hat, dass die materiellen Voraussetzungen zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins zur Verfügung stehen (BVerfG aaO Rn 134). Bei dieser Beurteilung des gesetzlichen Leistungsanspruchs ist das gesamte Regelungskonzept in den Blick zu nehmen, hierin eingeschlossen jedenfalls auch die europarechtlichen Regelungen, die unmittelbar geltendes deutsches Recht sind (Art. 288 AEUV, im Übrigen auch nicht durch nationale Gesetze oder Maßnahmen eingeschränkt werden könnten (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Hierzu gehören sowohl die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO EG 883/2004) als auch die der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (RL 2004/38/EG) (Unionsbürgerrichtlinie) (s.hierzu auch BVerfG Beschluss vom 06.04.2010 - 2 BvR 2261/06 - RdNr. 53; und EuGH Urteil vom 15.07.1964 - RS 6/64 Costa./. E.N.E.L.)

Demnach ist der Leistungsanspruch zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins auch vor dem Hintergrund des (- in Anspruch genommenen -) Rechtes auf Freizügigkeit zu beurteilen.

Die anfänglich als reine Arbeitnehmerfreizügigkeit (Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft) ausgestalteten Einreise- und Aufenthaltsrechte für EU-Bürger wurde immer weiter ausgeweitet. Mittlerweile wird das Recht zum Daueraufenthalt nur noch eingeschränkt für im Erwerbsleben inaktive EU-Bürger, die ihren Lebensunterhalt und ihre Krankenversicherung nicht aus eigenen Mitteln bestreiten können. Das Recht auf Freizügigkeit und auf Gleichbehandlung mit Inländern (Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG) wird aber nicht vorbehaltlos gewährt. Aus Sorge vor einer Zuwanderung in die Sozialversicherungssysteme der Mitgliedsstaaten wird diesen von jeher die Möglichkeit eingeräumt, den Bezug von Sozialhilfeleistungen zu beschränken. Art. 24 Abs. 2 RL

2004/38/EG berechtigt die Mitgliedsstaaten dazu, denjenigen Bürgern eines anderen Mitgliedsstaates, die sich nicht als Arbeitnehmer oder Selbständige oder deren Familienangehörige im Aufnahmemitgliedsstaat aufhalten, Leistungen der Sozialhilfe zu verweigern. Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung ihrer Staatsangehörigen und solcher anderer EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf einen Anspruch auf Sozialhilfe besteht nicht, wenn der EU-Bürger nicht Arbeitnehmer oder Selbständiger ist oder ihm dieser Status erhalten geblieben ist (EuGH Rs Alimanovic vom 15.09.2015 - C-67/14). Nur unter diesem Vorbehalt kann das Recht auf Einreise und Aufenthalt von am Arbeitsmarkt inaktiven EU-Bürgern überhaupt in Anspruch genommen werden. Ohne einen solchen Vorbehalt wären die weitgehenden Rechte auf Einreise und Aufenthalt innerhalb der Europäischen Union insbesondere im Zuge der fünften und sechsten EU-Erweiterung in den Jahren 2004 und 2007 wohl nicht denkbar. Anders als bei dem Personenkreis des AsylbLG sind innerhalb der EU permanente Wanderbewegungen in andere Mitgliedsstaaten und auch wieder zurück in die Heimatländer der wandernden Arbeitnehmer und Selbständigen vorgesehen und gehören zur europäischen Realität. Entsprechend wurden die Aufenthaltsrechte der EU-Bürger in anderen Mitgliedsstaaten insoweit beschränkt, als dass nicht am Arbeitsmarkt aktive Hilfebedürftige über kein (weiteres) Freizügigkeitsrecht verfügen, wenn sie nicht durch langjährigen legalen Aufenthalt oder eine einjährige Beschäftigung oder Selbständigkeit ein längerfristiges Recht erworben haben.

In Anbetracht der Inanspruchnahme dieses gemeinschaftsrechtlichen Privilegs, das von vornherein in sozialleistungsrechtlicher Hinsicht nicht frei von Einschränkungen gewährt wird (Schrankenregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG), ist die Beschränkung des Anwendungsbereichs des Grundrechts auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch die Leistungsausschlüsse in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) SGB II und § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 1. Alt. SGB XII zu rechtfertigen. Gerade im Hinblick auf den dort genannten Personenkreis, der - da nicht oder nicht mehr mit hinreichender Aussicht auf Erfolg auf Arbeitsuche - über kein Freizügigkeitsrecht mehr verfügt, ist eine grenzenlose Fassung des Personenkreises, der unter dem Schutz des Grundrechts auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums steht, nicht geboten. Das für die EU-Staaten vereinbarte wichtige strategische Ziel der Fortentwicklung der europäischen Einigung, deren substanzieller Bestandteil die weitgehende Personenfreizügigkeit ist, beinhaltet auch einen "Aufenthalt ohne Sozialhilfebezug". Es mag sozialpolitisch, integrationspolitisch oder unter Sicherheitsgesichtspunkten zweifelhaft sein, gegenüber nicht freizügigkeitsberechtigten Personen auf Verlustfeststellungen gemäß § 5 Abs. 4 FreizügG/EU und Ausreiseverpflichtungen zu verzichten und gleichzeitig den existenziellen Bedarf nicht sicher zu stellen. Eine inhaltliche oder auch nur gedankliche Verknüpfung des Leistungsanspruchs zur Gewährleistung des menschenwürdigen Daseins mit der Verlustfeststellung hält das Gericht jedoch nicht für sachgerecht. Denn gegenüber einer vom Gesetz vorgesehenen Abschiebung als Folge einer solchen Verlustfeststellung, die auch mit Polizeigewalt durchgesetzt werden könnte und in dieser Form keinen durchgreifenden grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, stellt die Verweigerung von Grundsicherungsleistungen bei Duldung des materiell rechtswidrigen Aufenthalts unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit jedenfalls die weniger belastende Maßnahme dar.

43

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG.

44

Der Senat geht für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe vom Vorliegen hinreichender Erfolgsaussichten iSd § 114 ZPO aus (zum Maßstab s. Senatsbeschluss vom 21.09.2015 - L 6 AS 770/15 B - juris).

45

46

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar, § 177 SGG.

