
Datum: 23.03.2017
Gericht: Sozialgericht Köln
Spruchkörper: 4. Kammer des Sozialgerichts
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: S 4 AS 478/17 ER
ECLI: ECLI:DE:SGK:2017:0323.S4AS478.17ER.00

Nachinstanz: Landessozialgericht NRW, L 7 AS 737/17 ER
Sachgebiet: Sozialrecht

Tenor:

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage vom 09.02.2017 gegen den Aufhebungsbescheid des Antragsgegners vom 24.01.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.02.2017 wird abgelehnt. Der hilfsweise Antrag der Antragsteller die Beigeladene zu verpflichten vorläufig Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII an die Antragsteller zu erbringen wird abgelehnt.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung von Rechtsanwältin U aus L wird abgelehnt.

Gründe

1

I.

2

Die Antragsteller begehren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage vom 09.02.2017 gegen den Aufhebungsbescheid des Antragsgegners vom 24.01.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.02.2017 und hilfsweise die Verpflichtung der Beigeladenen zur Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII im Wege der einstweiligen Anordnung.

3

4

Die Antragsteller sind spanische Staatsangehörige. Die Antragstellerin zu 1) ist am 00.00.0000 geboren und der Antragsteller zu 2) am 00.00.0000. Beide sind im Juni 2012 nach Deutschland gekommen und bezogen zum 14.06.2012 eine Wohnung in Köln. Die Miete beträgt für die 38 m² große Wohnung 580,00 € inkl. aller Neben- und Betriebskosten sowie der Verbrauchskosten des Eigenstroms. Der Antragsteller zu 2) besucht eine Grundschule in Köln und befindet sich derzeit in der zweiten Klasse. Der Vater des Antragstellers zu 2) ist kolumbianischer Staatsbürger und besitzt eine Aufenthaltskarte gemäß § 5 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (gültig bis zum 15.05.2018). Er hält sich seit dem 15.02.2013 (Wiederzuzug aus dem Ausland) ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland in Köln auf. Aufgrund eines Anerkenntnisbeschlusses des Amtsgerichts Köln vom 21.11.2016 ist der Vater des Antragstellers zu 2) verpflichtet an ihn ab Dezember 2016 im Voraus einen Monatsunterhalt in Höhe von 289,00 € zu zahlen. Die erste Zahlung erfolgte am 09.01.2017 für Dezember 2016. Zudem ist der Vater des Antragstellers zu 2) gemäß Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 27.01.2017 berechtigt und verpflichtet zum Umgang mit ihm an Wochenenden und in der Hälfte der Schulferien (auf Blatt 32-33 der Gerichtsakte wird verwiesen).

Mit Änderungsbescheid vom 21.12.2016 bewilligte der Antragsgegner den Antragstellern für die Zeit vom 01.01.2017 bis zum 31.03.2017 unter Berücksichtigung von Kindergeld in Höhe von 192,00 € und eines Unterhaltvorschusses in Höhe von 201,00 € vorläufig Leistungen i.H.v. insgesamt 963,08 € (478,00 € Kosten der Unterkunft + 409,00 € Regelbedarf + 49,08 € Mehrbedarf für Alleinerziehende). Die Vorläufigkeit wurde mit der ungeklärten Unterhaltssituation des Antragstellers zu 2) begründet.

5

Mit Bescheid vom 24.01.2017 hob der Antragsgegner ab dem 01.02.2017 den Bescheid vom 21.12.2016 auf und lehnte mit weiterem Bescheid vom 24.01.2016 den Weiterbewilligungsantrag der Antragsteller vom 12.01.2017 ab. Zur Begründung führte der Antragsgegner in beiden Fällen auf, dass die Antragsteller keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) hätten, weil sie als Ausländer nicht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU freizügigkeitsberechtigt seien.

6

Die Antragsteller legten allein gegen den Aufhebungsbescheid vom 24.01.2016 Widerspruch ein und haben am 03.02.2017 das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eingeleitet. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.02.2017 wies der Antragsgegner den Widerspruch der Antragsteller als unbegründet zurück. Der Änderungsbescheid vom 21.02.2017 sei zu Recht gem. § 48 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) aufgehoben worden. Die Antragsteller seien seit dem 29.12.2016 gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 b) und 2 c) SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Die Antragsteller erhoben am 09.02.2017 Klage gegen den Widerspruchsbescheid. Sie haben seit dem 14.06.2012 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland und die Antragstellerin zu 2) habe seit dem 10.08.2016 einen vom Antragsgegner finanzierten Deutschkurs besucht. Darüber hinaus haben die Antragsteller ein familiäres Aufenthaltsrecht. Der Umgang des Vaters des Antragstellers zu 2) sei gerichtlich festgestellt. Sofern die Beigeladene eine Leistungspflicht treffe, können die Antragsteller nicht auf Überbrückungsleistungen verwiesen werden. Ihnen stünden vielmehr Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) zu. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass wegen alter Mietschulden bereits eine Räumungsklage anhängig sei.

7

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,

8

die aufschiebende Wirkung ihrer Klage vom 09.02.2017 gegen den Aufhebungsbescheid vom 21.01.2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.02.2017 anzuordnen,

9

hilfsweise,	10
die Beigeladene zu verpflichten, den Antragstellern Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII vorläufig zu gewähren.	11
Der Antragsgegner beantragt,	12
den Antrag abzulehnen.	13
Die Antragsteller haben kein Aufenthaltsrecht. Sie hielten sich seit dem 14.06.2012 in der Bundesrepublik Deutschland auf und hätten ausweislich der Bescheinigung der Stadt Köln vom 20.01.2017 kein Daueraufenthaltsrech nach § 4a und § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügigG/EU). Auch der Umstand, dass der Antragsteller zu 2) die Grundschule besuche, führe wegen § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2c) SGB II nicht zu einem Leistungsrecht. Schließlich sei auch nicht erkennbar, dass der Vater des Antragstellers zu 2) ein Daueraufenthaltsrecht nach § 9a Abs. 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) verfüge. Darüber hinaus habe der Antragsteller zu 2) keinen Anordnungsanspruch, weil sein Existenzminimum durch das Kindergeld in Höhe von 192,00 € und die monatlichen Unterhaltszahlungen von 289,00 € gesichert sei.	14
Die Beigeladene stellt keinen Antrag. Die Antragsteller verfügen nach ihrer Ansicht, über ein vom Vater abgeleitetes Daueraufenthaltsrecht nach § 5 FreizügigG/EU. Auch sei der Antragsteller zu 2) hilfebedürftig. Sein Gesamtbedarf belaufe sich auf 581,00 €. Durch seine Einnahmen könne er diesen Bedarf lediglich in Höhe von 481,00 € decken.	15
Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte Bezug genommen. Diese haben dem Gericht bei seiner Entscheidung vorgelegen.	16
II.	17
Der zulässige Antrag ist unbegründet.	18
Nach § 86 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wenn Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 86 a Abs. 2 SGG keine aufschiebende Wirkung haben. Letzteres ist vorliegend angesichts der Bestimmung des § 39 Nr. 1 SGB II der Fall. Widerspruch und Klage gegen Verwaltungsakte, die Leistungen der Grundsicherung aufheben, keine aufschiebende Wirkung.	19
Das Gericht hat in diesen Fällen nach freiem Ermessen und aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Dabei ist die aufschiebende Wirkung in der Regel anzuordnen, wenn das Interesse der Antragsteller, vorerst von der belastenden Wirkung des Verwaltungsaktes verschont zu bleiben, überwiegt und die Behörde keine Umstände darlegt, die ein vorrangiges Interesse der Allgemeinheit an einem sofortigen Vollzug begründen könnten (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86 b Rn. 12, 12 e – 12j m.w.N.). Zu berücksichtigen sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung insbesondere die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung wegen überwiegendem Aufschubinteresse ist immer dann vorzunehmen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes bestehen. Ernstliche Zweifel liegen immer dann vor, wenn im Hauptsacheverfahren ein Erfolg der Antragsteller wahrscheinlicher erscheint als ein	20

Misserfolg (etwa Landessozialgericht NRW, Beschl. v. 31.03.2006 – L 19 B 15/06 AS ER – juris Rn. 4). Aufgrund der von dem Gesetzgeber vorgenommenen Wertung, das Vollzugsrisiko bewusst auf den Adressaten zu verlagern, können solche ernstlichen Zweifel nicht bereits dann angenommen werden, wenn der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen erscheint und ein Erfolg der Antragsteller genauso wahrscheinlich erscheint wie ein Misserfolg (vgl. Landessozialgericht NRW, Beschl. v. 22.11.2009 – L 8 B 2/09 LW ER – juris Rn. 5). Ebenso können ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides nicht allein dadurch begründet werden, dass im Hauptsacheverfahren noch eine umfangreiche Beweiswürdigung notwendig werden würde (Landessozialgericht NRW, Beschl. v. 25.10.2007 – L 5 B 2/07 R ER – juris Rn. 3).

Die relevanten Tatsachen sind im Rahmen des Verfahrens auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes glaubhaft zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für sie eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht. In der Regel kann sich das Gericht auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage beschränken (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86 b Rn. 16b f.) 21

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Prämissen war die Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorliegend abzulehnen. Der Antragsgegner hat zu Recht mit Schreiben vom 24.01.2017 den Bescheid vom 21.12.2016 für die Zeit vom 01.02.2017 bis zum 31.03.2017 aufgehoben. Der Aufhebungsbescheid ist nicht bereits deswegen rechtswidrig, weil vorab eine Anhörung nach § 24 Abs. 1 SGB X nicht erfolgt ist. Der etwaige Mangel einer fehlenden Anhörung wurde jedenfalls im Widerspruchsverfahren nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X geheilt. 22

Desweiteren ist der Aufhebungsbescheid auch materiell rechtmäßig. Dabei kann es dahin stehen, ob der Antragsteller zu 2) überhaupt hilfebedürftig ist. Nach § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Mit Wirkung zum 29.12.2016 änderten sich die rechtlichen Verhältnisse dergestalt, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitssuche aus 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 (ABl. L 141 vom 27.05.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.04.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten, zusammen mit ihren Familienangehörigen vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgenommen sind. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Mit der Gesetzänderung zum 29.12.2016 entfiel die Berechtigung der Antragsteller Leistungen nach dem SGB II zu beziehen. Die beiden Antragsteller sind spanische Staatsangehörige und die Antragstellerin zu 1) leitete bisher ihr Aufenthaltsrecht gem. § 3 Abs. 4 FreizügigG/EU vom Antragsteller zu 2) ab, da dieser seit Mitte 2015 die Grundschule besuchte und die Antragstellerin zu 1) im selben Zeitraum verschiedene Tätigkeiten als unselbständige Beschäftigte ausübte. 23

Die Antragsteller haben im streitbefangenen Zeitraum auch kein anderes Aufenthaltsrecht als die beiden genannten, dass sie zur Beziehung von Leistungen nach dem SGB II berechtigen würde. Die Antragstellerin übt im streitbefangenen Zeitraum keine (abhängige oder selbständige) Tätigkeit aus (§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FreizügigG/EU). Auch § 2 Abs. 3 FreizügigG/EU greift nicht zu ihren Gunsten ein. Gleichfalls sind die Tatbestände der §§ 4, 4a FreizügigG/EU nicht gegeben. Die Antragsteller haben weder ein Daueraufenthaltsrecht, da sie sich nicht seit fünf Jahren im Bundesgebiet ständig aufgehalten haben, noch verfügen sie 24

über ausreichenden Krankenversicherungsschutz. Ebenfalls hat die Antragstellerin zu 1) kein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügigG/EU weil sie an einem vom Antragsgegner geförderten Deutschkurs teilnahm und damit Dienstleistungen in Anspruch nahm. Zwar sind Unionsbürger auch dann freizügigkeitsberechtigt, wenn sie während des Aufenthalts in dem anderen Mitgliedstaat lediglich Dienstleistungen in Anspruch nehmen wollen, z.B. als Touristen, Patienten oder Studierende. Allerdings müssen sie auch insoweit – was vorliegend nicht der Fall ist – über die erforderlichen Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen (Renner, § 2 FreizügigG/EU Rdnr. 15 m.w.N.).

Die Antragstellerin zu 1) hat auch kein Aufenthaltsrecht zur Ausübung der Personensorge über den Antragsteller zu 2) unter Berücksichtigung des in Art. 18 AEUV statuierten Inländergleichbehandlungsgebotes nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügigG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ihr Sohn der Antragsteller zu 2) ein eigenes materielles Aufenthaltsrecht hätte (vgl. LSG NRW, Beschl. v. 30.11.2015 – L 19 AS 1713/15 B ER). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Der Antragsteller zu 2) kann kein Aufenthaltsrecht von seinem Vater ableiten. Der Vater des Antragstellers zu 2) leitet nach schriftlicher Auskunft beim Ausländeramt der Beigeladenen sein Aufenthaltsrecht selbst vom Antragsteller zu 2) ab. Der Vater des Antragstellers zu 2) besitzt eine Aufenthaltskarte gem. § 5 Abs. 1 FreizügigG/EU und hält sich seit dem 15.02.2013 (Wiederzuzug aus dem Ausland) in der Bundesrepublik Deutschland auf. Soweit die Beigeladenen annimmt, dass der Vater des Antragstellers zu 2) die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt nach § 9a AufenthG erfülle, weil er ausreichende Existenzmittel habe, da er Unterhalt an den Antragsteller zu 2) leiste, ist diese Annahme unzutreffend. Ausweislich der Mitteilung des Ausländeramtes der Beigeladenen hält sich der Vater des Antragstellers zu 2) erst wieder seit dem 15.02.2013 ununterbrochen in der Bundesrepublik auf. Er erfüllt daher nicht die Voraussetzungen für eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt nach § 9a Abs. 2 AufenthG, da er sich nicht seit fünf Jahren ununterbrochen in der Bundesrepublik Deutschland mit Aufenthaltstitel aufhält. 25

Die Antragsteller haben schließlich auch kein Recht zum Bezug von Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 2 S. 4 SGB II. Im streitbefangenen Zeitraum haben sich die Antragsteller nicht mindestens seit fünf Jahren gewöhnlich im Bundesgebiet aufgehalten. Die Antragsteller sind zum 14.06.2012 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Erst am 13.06.2017 werden sich die Antragsteller ununterbrochen im Bundesgebiet seit fünf Jahren aufhalten. 26

Soweit die Antragsteller hilfsweise Leistungen nach dem SGB XII durch die Beigeladene begehren, handelt es sich dabei um einen Antrag nach § 86 b) Abs. 2 SGG. Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einzellige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn entweder die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung, § 86 b) Abs. 2 S. 1 SGG) oder wenn eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung, § 86 b) Abs. 2 S. 2 SGG). Der Antrag ist gemäß § 86 b) Abs. 3 ist auch schon vor Klageerhebung zulässig. Maßgebend ist vorliegend § 86 b) Abs. 2 S. 2 SGG, denn den Antragstellern geht es nicht um die Sicherung eines bestehenden Zustandes, sondern um die Gewährung von Leistungen. 27

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt grundsätzlich das Vorliegen eines Anordnungsanspruches, d.h. eines materiell rechtlichen Anspruchs auf Leistung, und eines Anordnungsgrundes, d.h. einer besonderen Eilbedürftigkeit voraus. Anordnungsanspruch und 28

Anordnungsgrund sind gemäß §§ 86 b) Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen. Glaubhaftgemacht ist eine Behauptung, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft. Ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, ist in der Regel durch summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu ermitteln. Können ohne die Gewährung von Eilrechtsschutz jedoch schwere und unzumutbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsachverfahren nicht mit zu beseitigen wären, ist eine abschließende Prüfung erforderlich (BVerfG, Beschl. v. 12.05.2005 – Az. 1 BvR 569/05 - juris Rn. 23). Bei offenem Ausgang bzw. in Fällen, in denen dem Gericht eine hinreichende Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist, muss das Gericht anhand einer Folgenabwägung entscheiden, bei welcher die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzubeziehen sind (BVerfG, Beschl. v. 12.05.2005 – Az. 1 BvR 569/05 - juris Rn. 26; vgl. auch Meyer-Ladeweg/Keller/Leitherer, SGG, 10 Aufl. 2012, § 86b Rn. 29, 29a). Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen. Dies gilt insbesondere, wenn es um die Wahrung der Würde des Menschen geht. Eine Verletzung dieser gesetzlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern.

Im vorliegenden Fall fehlt es an einem Anordnungsanspruch gegen die Beigeladene. 29

Die Antragsteller haben keinen Anspruch gegen die Beigeladene auf Gewährung von Leistungen nach dem vierten Kapitel des SGB XII. Sie sind nach § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 SGB XII von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. Danach sind Ausländer und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB XII unter anderem ausgeschlossen, wenn sie – im vorliegenden Fall zuvor festgestellt – sich allein zur Arbeitssuche bzw. allein aufgrund von Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 zum Zwecke eines Schulbesuchs in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. 30

Etwas anderes folgt nicht aus der Entscheidung des BSG vom 03.12.2015 (B 4 AS 44/15 R). Danach waren Ausländern Leistungen der Sozialhilfe gem. § 23 Abs. 1 S.3 SGB XII in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung zu gewähren, wenn sich der Aufenthalt des ausgeschlossenen Ausländers verfestigt hat. Mit der Neufassung des Wortlauts von § 23 SGB XII zum 29.12.2016 sind Ausländer und ihre Familienangehörigen unter den bereits erwähnten Bedingungen von Leistungen nach Absatz 1 von § 23 SGB XII insgesamt ausgeschlossen. 31

Zweifel an der Europarechtskonformität von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und § 23 Abs.3 Satz 1 Nr.2 und Nr. 3 SGB XII bestehen nach den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Dano (vom 11.11.2014, C 333/13) und Alimanovic (vom 15.09.2015, C 67/14) nicht. In diesen Rechtssachen hat der EuGH in der Sache entschieden, dass ein Unionsbürger eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nur verlangen kann, wenn sein Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 EG erfüllt. (vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 11.08.2016 – L 3 AS 376/16 B ER – juris Rn. 21). Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Antragsteller haben kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38 EG, weil sie kein über kein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügigG/EU, das diese Richtlinie in nationales Recht umsetzt, verfügen. Soweit in der Vergangenheit mehrere Gerichte ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht von Ausländern aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 feststellten und Unionsbürger dadurch zum Sozialleistungsbezug berechtigten (vgl. z.B. LSG NRW, Beschl. v. 16.03.2015 – L 19 AS 275/15 B ER; LSG Berlin, Beschl. v. 01.07.2016 – L 26 AS 1421/16 B ER), steht dies nicht im Widerspruch zu den beiden 32

Entscheidung des EuGH. Dies ist eine Folge des Umstands, dass die Umsetzung der Richtlinie 2004/38 EG im Hinblick auf den Ausschluss von Unionsbürgern von Sozialleistungen in Deutschland nicht so streng erfolgt ist, wie es nach EU-Recht möglich gewesen wäre. Nach der Rechtsprechung der für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des Bundessozialgerichts (BSG) erforderte die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung eine Prüfung des Grundes bzw. der Gründe für eine im streitigen Leistungszeitraum (weiterhin) bestehende Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügigG/EU bzw. eines Aufenthaltsrechts nach den - im Wege eines Günstigkeitsvergleichs - anwendbaren Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügigG/EU; vgl. hierzu BSG, Urt. v. 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R). Daraus folgte, dass bereits das Vorhandensein der Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem Zweck der Arbeitsuche die von der Rechtsprechung des BSG geforderte positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" i.S. von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht möglich war. Vor diesem Hintergrund kollidiert die Einführung von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB XII, wonach Ausländer die ein Aufenthaltsrecht aus einem Schulbesuch ableiten nicht berechtigt sind Sozialleistungen zu erhalten, nicht mit der Richtlinie 2004/28 EG sondern stellt eine strenger Umsetzung des europarechtlichen Rahmens dar.

Der Leistungsausschluss verstößt auch nicht gegen das Grundgesetz.

33

Das Grundgesetz gebietet nicht die Gewährung bedarfsunabhängiger, voraussetzungsloser Sozialleistungen (BVerfG, Beschl. v. 7.7.2010 – 1 BvR 2556/09, juris Rn. 13). Vielmehr hat der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der es ihm ermöglicht zu bestimmen, welche Leistungen in welcher Höhe zur Existenzsicherung gewährt werden. Die bestehenden Regelungen zur Gewährung von Leistungen zur Existenzsicherung sind mit dem Grundrecht der Antragsteller auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Sie können darauf verwiesen werden, Leistungen ihres Heimatlandes zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes in Anspruch zu nehmen oder von ihrem Freizügigkeitsrecht innerhalb des Hoheitsgebiets der EU Gebrauch zu machen. Mit dem Leistungsausschluss für EU-Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche und des Schulbesuches ableiten, hat der Gesetzgeber den Nachrang des Deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (so auch LSG Bayern, Beschl. v. 13.10.2015 – L 16 AS 612/15 ER und LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.06.2015 – L 1 AS 2338/15 ER-B). Auch der aus dem gesetzlichen Leistungsausschluss resultierende faktische Zwang ins Herkunftsland zurückkehren oder in einen anderen Mitgliedstaat reisen zu müssen, weil es den Antragstellern nicht möglich ist, ihren Lebensunterhalt in der Bundesrepublik Deutschland sicherzustellen, stellt keine Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums dar. Die Situation ist vergleichbar mit der von Auszubildenden und Studenten, die ihre Arbeitskraft für ihren Lebensunterhalt einsetzen müssen (so zu Recht und überzeugend LSG Bayern, a.a.O., unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des BVerfG zu den Leistungsausschlüssen für Studenten und Auszubildende gemäß § 7 Abs. 5 SGB II vom 3.9.2014 – 1 BvR 1768/11 und vom 8.10.2014 – 1 BvR 886/11). Aus diesen Gründen verstößt auch der Ausschluss von Kindern eines vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b) und c) SGB II und § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 SGB XII betroffenen EU-Bürgers von bedarfsabhängigen Sozialleistungen nicht gegen das Grundgesetz. Denn das Grundgesetz gebietet nicht, den Kindern von nicht leistungsberechtigten Unionsbürgern den Schulbesuch in Deutschland durch Gewährung von

34

Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu ermöglichen.

Der dem Grundgesetz verpflichtete Gesetzgeber hat auch keine aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG resultierende verfassungsrechtliche Pflicht über die bereits getroffenen Regelungen hinaus jedem Menschen, der sich – aus welchen Gründen auch immer, also legal oder illegal – in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, voraussetzungslose Sozialleistungen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.7.2010 – 1 BvR 2556/09, juris Rn. 13) zu gewähren und die drei heutigen Existenzsicherungssysteme, deren verfassungsrechtlicher Kern das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ist, um eine weitere Regelung zu ergänzen. Wie bereits ausgeführt, liegt es in der politischen Verantwortung des parlamentarischen Gesetzgebers im Rahmen seiner insoweit grundsätzlich freien Entscheidung zu bestimmen, welche Sozialleistungen in welcher Höhe gewährt werden und die hierbei erforderlichen Wertungen vorzunehmen. 35

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Grundsätzen, die das BVerfG in seiner Entscheidung vom 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 für die nach dem AsylbLG zu gewährenden Leistungen aufgestellt hat. Insbesondere ist hieraus nicht der Schluss zu ziehen, das BVerfG habe hier grundlegend entschieden, dass jeder Mensch, der – aus welchen Gründen auch immer – in die Bundesrepublik Deutschland einreist und sich hier aufhält, generell und voraussetzungslos über die bereits bestehenden Existenzsicherungssysteme Anspruch auf (dauerhafte) staatliche Leistungen zur Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums unmittelbar aus der Verfassung hat. Abgesehen davon, dass ausdrücklich nur über bestimmte Regelungen des damals geltenden Asylbewerberleistungsgesetzes entschieden wurde, ergibt sich insbesondere aus der Begründung, dass diese Erwägungen nicht allgemein zu verstehen sind, sondern mit Blick auf die konkrete Fragestellung, nämlich, ob die nach dem AsylbLG für diesen Personenkreis zu gewährenden Leistungen unter Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art 20 Abs. 1 GG ausreichen, die entsprechenden Regeln also verfassungsgemäß sind (vgl. hierzu aaO, juris Rn. 68, 95). 36

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist abzulehnen, weil der Antrag aus den vorgenannten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. §§ 114 ff. Zivilprozessordnung). 37

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG. 38

Rechtsmittelbelehrung 39

Gegen diesen Beschluss kann binnen eines Monats nach Bekanntgabe Beschwerde bei dem 40

Sozialgericht Köln, 41

An den Dominikanern 2, 42

50668 Köln, 43

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt werden. 44
Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, 45

46

Zweigertstraße 54,

45130 Essen

47

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

48

Die Einreichung in elektronischer Form erfolgt durch die Übertragung des elektronischen Dokuments in die elektronische Poststelle. Diese ist über die Internetseite www.sg-koeln.nrw.de erreichbar. Die elektronische Form wird nur gewahrt durch eine qualifiziert signierte Datei, die den Maßgaben der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Sozialgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (ERVVO SG) vom 07.11.2012 (GV.NRW, 551) entspricht. Hierzu sind die elektronischen Dokumente mit einer qualifizierten Signatur nach § 2 Nummer 3 des Signaturgesetzes vom 16.05.2001 (BGBl. I, 876) in der jeweils geltenden Fassung zu versehen. Die qualifizierte elektronische Signatur und das ihr zugrunde liegende Zertifikat müssen durch das Gericht überprüfbar sein. Auf der Internetseite www.justiz.nrw.de sind die Bearbeitungsvoraussetzungen bekanntgegeben.

49

Dr. Segeth

50

Richter am Sozialgericht

51