

## 19 AS 984/14 B ER und L 19 AS 985/14 B

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Köln (NRW)  
Aktenzeichen  
S 30 AS 1379/14 ER  
Datum  
17.04.2014  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
19 AS 984/14 B ER und L 19 AS 985/14 B  
Datum  
06.08.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 17.04.2014 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin ab dem 07.04.2014 bis zur Bestandskraft des Widerspruchsbescheides vom 18.02.2014, längstens bis zum 30.09.2014 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts iHv 391 EUR monatlich zu zahlen.

Der Antragsgegner hat die Kosten der Antragstellerin in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Gründe:

I.

Die am 00.00.1994 geborene Antragstellerin ist polnische Staatsangehörige. Seit dem 25.10.2013 hält sie sich in der Bundesrepublik Deutschland - nach ihren eigenen Angaben zur Arbeitsuche - auf. Die Antragstellerin wohnt mietfrei bei ihrer Tante, Frau T, die nach einer im Beschwerdeverfahren vorgelegten eidesstattlichen Versicherung Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bezieht und die Antragstellerin dadurch unterstützt, dass sie ihr - neben der kostenlosen Wohnmöglichkeit - Essen zur Verfügung stellt. Nach ihren eigenen Angaben ist die Antragstellerin etwa im fünften Monat schwanger.

Am 11.02.2014 beantragte die Antragstellerin beim Antragsgegner Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Der Antragsgegner lehnte den Antrag mit Bescheid vom 30.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.02.2014 ab. Die Antragstellerin halte sich allein zum Zweck der Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland auf und sei daher gem. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) vom Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen. Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin am 19.03.2014 beim Sozialgericht Köln Klage erhoben (S 30 AS 1115/14).

Am 07.04.2014 hat die Antragstellerin beim Sozialgericht Köln beantragt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu zahlen. Sie sei mittellos, wohne mietfrei bei der Tante und werde von dieser mit unregelmäßigen "Zugaben" unterstützt. Sie hat eine entsprechende eidesstattliche Versicherung sowie (auf Anforderung durch das Sozialgericht) Kontoauszüge vorgelegt.

Mit Beschluss vom 17.04.2014 hat das Sozialgericht - ohne weitere Ermittlungen oder Nachfragen - den Antrag sowie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Es fehle an einem Anordnungsgrund, weil die Antragstellerin weder substantiiert dargelegt habe, dass die von der Tante gewährten Zuwendungen nicht ausreichend seien, um aktuell den Lebensunterhalt zu bestreiten, noch sei vorgetragen worden, dass die Tante sie nicht mehr unterstützen könne bzw. die Einstellung der Unterstützung unmittelbar bevorstehe.

Gegen diese am 23.04.2014 zugestellte Entscheidung richtet sich die am 23.05.2014 erhobene Beschwerde der Antragstellerin. Sie trägt vor, sowohl Frau T als auch deren Lebensgefährte - Herr L - bezögen selber Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und könnten sie nur durch mietfreies Wohnen und Essen unterstützen. Finanzielle Zuwendungen erhalte sie nicht. Eine besondere Eilbedürftigkeit ergebe sich auch aus ihrer Schwangerschaft. Sie sei nicht krankenversichert und könne deshalb Untersuchungen beim Frauenarzt nicht vornehmen lassen. Dies gefährde die Gesundheit des ungeborenen Kindes. Die Antragstellerin hat eidesstattliche Versicherungen von Frau T und Herrn L vorgelegt. Die Schwangerschaft hat sie nicht belegt.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts vom 17.04.2014 aufzuheben und den Antragsgegner zu verpflichten, ihr Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu zahlen.

Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen. Er beruft sich weiterhin auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#).

Auf Aufforderung durch den Senat hat die Antragstellerin Kontoauszüge für die Zeit ab dem 15.04.2014 vorgelegt.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Sozialgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Unrecht abgelehnt. Der Antragsgegner war im tenorierten Umfang zur Zahlung von Leistungen zu verpflichten.

Nach [§ 86 b Abs. 2 S. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (d.h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie eines Anordnungsgrundes (Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#) iVm [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)).

Die Antragstellerin hat einen Anordnungsgrund (Mittellosigkeit) glaubhaft gemacht. Die Verneinung des Anordnungsgrundes durch das Sozialgericht ist verfahrensfehlerhaft erfolgt. Obwohl die Antragstellerin eidesstattlich versichert hatte, mittellos zu sein und dies belegende Kontoauszüge vorgelegt hatte, ist das Sozialgericht ohne weitere Ermittlungen und damit unter Verstoß gegen die auch im Eilverfahren geltende Pflicht zur Amtsermittlung ([§ 103 SGG](#); hierzu nur LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 18.11.2011 - [L 5 KR 202/11 B](#)) davon ausgegangen, dass die Antragstellerin auf Zuwendungen von Frau T verwiesen werden könne. Dies ist indes nicht der Fall, da Frau T - wie sie glaubhaft eidesstattlich versichert hat - selber Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bezieht, die nur der Deckung ihres existenznotwendigen Eigenbedarfs dienen. Bevor das Sozialgericht eine abschließende Entscheidung fällt, hätte es sich iSd [§ 103 SGG](#) gedrängt fühlen müssen, bei der Antragstellerin und ggfs. unmittelbar bei Frau T nachzufragen, welcher Art die Zuwendungen sind, in welcher Höhe sie erfolgen und wie die wirtschaftlichen Verhältnisse von Frau T sind. Aufzuklären wäre auch gewesen, inwieweit es sich bei den Zuwendungen lediglich um Leistungen zur Substituierung vorenthaltener SGB II-Leistungen handelt, die nicht bedarfsmindernd angerechnet werden dürfen (hierzu BSG Urteile vom 16.02.2012 - [B 4 AS 94/11 R](#) Rn. 18; vom 06.10.2011 - [B 14 AS 66/11 R](#) und vom 20.12.2011 - [B 4 AS 46/11 R](#); Schmidt in Eicher, SGB II, 3. Aufl. § 11 Rn. 21).

Umstritten und fraglich ist, ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) eingreift, weil sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Es liegt hier nahe, dass ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin allein zum Zweck der Arbeitssuche i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU besteht. Dies wäre der Fall, wenn sie im streitbefangenen Zeitraum nicht über ein anderweitiges Aufenthaltsrecht i.S.d. § 2 FreizügG/EU verfügt und ihre ernsthaft betriebene Arbeitssuche nicht objektiv aussichtslos ist (zu den Anforderungen an ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitssuche ausführlich Urteil des Senats vom 10.10.2013 - [L 19 AS 129/13](#)).

Der Senat kann offen lassen, ob im Hinblick auf die von der Antragstellerin erklärte Schwangerschaft ein eigenständiges Aufenthaltsrecht besteht (hierzu BSG Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/11 R](#)), da nähere Umstände hinsichtlich der Person des Vaters und einer evtl. bevorstehenden Familiengründung unbekannt sind.

Wenn unterstellt wird, dass allein ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU gegeben ist, ist im Hinblick auf die nicht geklärte Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht fraglich, ob der Leistungsausschluss eingreift. Zwar ist auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich aufgrund einer abschließenden Prüfung der Sach- und Rechtslage zu entscheiden. Ist dies jedoch nicht möglich, muss nach allgemeiner Auffassung, einhelliger Rechtsprechung der für das Leistungsrecht des SGB II zuständigen Senate des LSG Nordrhein-Westfalen (hierzu nur Beschlüsse des Senats vom 10.03.2014 - [L 19 AS 2336/13 B ER](#), vom 18.02.2014 - [L 19 AS 139/14 B ER](#) und vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#); LSG Nordrhein-Westfalen Beschluss vom 17.04.2014 - [L 6 AS 239/14 B ER](#)) und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (z.B. BVerfG Beschlüsse vom 12.05.2005 - [B 1 BvR 569/05](#) und 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#)) im Wege der Folgenabwägung entschieden werden, in die insbesondere die grundrechtlich relevanten Belange des Antragstellers einzustellen sind (so auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 30.06.2014 - [L 25 AS 1511/14 B](#); LSG Bayern, Beschluss vom 27.05.2014 - [L 16 AS 344/14 B ER](#); LSG Thüringen Beschluss vom 25.04.2014 - [L 4 AS 3067/14 B ER](#), LSG Sachsen Beschluss vom 14.04.2014 - [L 7 AS 239/14 B ER](#); LSG Sachsen-Anhalt Beschluss vom 01.11.2013 - [L 2 AS 889/13 B ER](#); abweichend LSG Niedersachsen-Bremen Beschlüsse vom 26.03.2014 - [L 15 AS 16/14 B ER](#) und vom 18.03.2014 - [L 13 AS 363/14 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 20.03.2014 - [L 29 AS 514/14 B ER](#)).

Eine abschließende Klärung der seit Jahren und in mehrerer Hinsicht umstrittenen Frage, ob der Leistungsausschluss für Ausländer, die sich ausschließlich zur Arbeitssuche im Inland aufhalten, rechtmäßig und anzuwenden ist, ist im vorliegenden Verfahren nicht möglich. Angesichts vielfältiger Rechtsprechung mit einem kaum noch überschaubaren Meinungsspektrum, mehrerer beim Bundessozialgericht noch anhängiger Revisionsverfahren ([B 4 AS 64/13 R](#) zum Urteil des Senats vom 10.10.2013 - [L 19 AS 129/13](#); [B 14 AS 16/13 R](#) zum Urteil des SG Berlin vom 14.12.2012 - [S 82 AS 17717/11](#); [B 14 AS 51/13 R](#) zum Urteil des Bayerischen LSG vom 19.06.2013 - [L 16 AS 847/12](#); [B 4 AS 59/13 R](#) zum Urteil des LSG Hessen vom 20.09.2013 - [L 7 AS 474/13](#); [B 14 AS 18/14 R](#) zum Urteil des LSG Hessen - [L 6 AS 726/11](#); [B 14 AS 15/14 R](#) zum Urteil des LSG Hessen vom 27.11.2013 - [L 6 AS 378/12](#); [B 4 AS 24/14 R](#) zum Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 28.11.2013 - [L 6 AS 130/13](#)); zum Meinungsstand in der Literatur vgl. nur Greiser, Europarechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen, ZESAR 2014, 18; Fuchs, Freizügiger Sozialtourismus?, ZESAR 2014, 103; Frerichs, Verfassungsrechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen, ZESAR 2014, 280) und von zwei Vorlagen an den EuGH nach [Art. 267 Abs. 1, 3 AEUV](#) (SG Leipzig Vorlagebeschluss vom 03.06.2013 - [S 17 AS 2198/12](#) = EUGH [C-333/13](#) (Dano); BSG Vorlagebeschluss vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#) = EUGH [C-67/14](#) (Alimanovic)) zur Wirksamkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (siehe auch Vorlagebeschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 22.05.2014 - [L 7 AS 2136/13](#) zur Wirksamkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II](#)) hat eine Folgenabwägung zu erfolgen.

Bei dieser Folgenabwägung überwiegt das Interesse der Antragstellerin am einstweiligen Bezug existenzsichernder Leistungen das fiskalische Interesse des Antragsgegners, an die Antragstellerin bei ungeklärter Rechtslage keine finanziellen Aufwendungen erbringen zu müssen. In die Abwägung hat der Senat die Überlegung eingestellt, dass nach der Rechtsprechung des EuGH im nationalen einstweiligen Rechtsschutz sicherzustellen ist, dass bis zur Klärung einer europarechtlichen Frage im Vorabentscheidungsverfahren die europarechtlichen Normen vorrangig gelten, wenn "unter Umständen" innerstaatliche Vorschriften entgegenstehen (EuGH Urteil vom 19.06.1990 - [C-213/89](#)) also der Vollzug eines nationalen Gesetzes ausgesetzt wird (vgl. zu den Anforderungen an eine Folgenabwägung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren betreffend die Nichtanwendung eines Gesetzes auch BVerfG Beschluss vom 17.02.2009 - [1 BvR 2492/08](#)). Bei der Folgenabwägung hat der Senat auch berücksichtigt, dass das BSG als letztinstanzliches Gericht i.S.d. [Art. 267 Abs. 3 AEUV](#) den EuGH um eine Vorabentscheidung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ersucht hat und auch innerhalb der europäischen Institutionen die Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften umstritten ist (bejahend für den Fall der Ersteinreise eines Unionsbürgers zum Zwecke der Arbeitsuche oder des Sozialhilfebezuges mit Fehlen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Gebiet der Bundesrepublik und einer Integration in diesen Schlussantrag des Generalanwalts Wathelet vom 20.05.2014 in der Rechtsache [C-333/13](#), [C-333/13](http://curia.europa.eu/juris/document/document.print.jsf?doclang; generell verneinend Stellungnahme der Europäischen Kommission in der Rechtssache <a href=).

Ergänzend hat der Senat bei der Abwägung berücksichtigt, dass der Antragsgegner seine finanziellen Belange durch die Anmeldung eines Erstattungsanspruchs nach [§ 102 ff SGB X](#) beim örtlichen Sozialhilfeträger wahren kann. Denn bei einem Eingreifen des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) käme ein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII in Betracht. [§ 21 S. 1 SGB XII](#) greift bei Hilfebedürftigen, die von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, nicht ein (Beschlüsse des Senats vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#) m.w.N. und 02.10.2012 - [L 19 AS 1393/12 B ER](#) m.w.N.; LSG Hamburg Beschluss vom 14.01.2013 - [L 4 AS 332/12 B ER](#); zum Leistungsausschluss beim Bezug einer Rente wegen Alters gem. [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) siehe auch BSG Urteil vom 16.05.2011 - [B 4 AS 105/11 R](#); kritisch LSG Nordrhein-Westfalen Beschluss vom 15.05.2013 - [L 9 AS 466/13 B ER](#)). Zwar kann [§ 23 SGB XII](#) einen Anspruch der Antragstellerin als Ausländerin auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausschließen, jedoch besteht auch bei Eingreifen des Leistungsausschlusses nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) ein Anspruch auf Sozialhilfe im Ermessenswege, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (Coseriu in juris LPK-SGB XII, § 23 Rn. 75 ff; Greiser in juris LPK-SGB XII Anhang zu § 23 - Die Sozialhilfe als Gegenstand des Europäischen Rechts Rn. 119 ff; Armbrorst in LPK-SGB II, 5 Aufl., § 8 Rn. 30; Birk in LPK-SGB XII, 9. Aufl., § 23 Rn. 21; vgl. auch OVG Berlin Beschluss vom 22.04.2003 - [6 S 9.03](#); BVerfG Urteil vom 10.12.1987 - [5 C 32/85](#) - zur Vorgängervorschrift des § 120 BSHG; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen Beschlüsse vom 18.11.2011 - [L 7 AS 614/11 B ER](#) und vom 28.11.2012 - [L 7 AS 2109/11 B ER](#)). Bei den Ermessensleistungen sind bei Art und Umfang der Leistungen Einschnitte möglich, die ihre Grenze bei dem zum Lebensunterhalt Unerlässlichen haben dürften (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 77). Insoweit ist der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in die Erwägungen einzubeziehen, wonach das Existenzminimum eines Ausländers auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein muss (vgl. hierzu BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#)).

Im Hinblick darauf, dass der Antragsgegner einen Erstattungsanspruch anmelden kann, sieht der Senat von einer Beiladung der Stadt Wuppertal als örtlichem Sozialhilfeträger ab.

Ungeachtet der einstweiligen Verpflichtung des Antragsgegners im vorliegenden Verfahren sieht der Senat sich veranlasst darauf hinzuweisen, dass der Antragsgegner - wenn er sich nicht für die Leistungserbringung zuständig hält - gehalten ist, entsprechende Anträge nach [§ 16 Abs. 2 SGB I](#) unverzüglich an den örtlichen Sozialhilfeträger weiterzuleiten. Denn mit einem Antrag nach SGB II erklärt der Antragsteller, dass Hilfebedürftigkeit besteht und es kommt ein Anspruch nach dem SGB XII in Betracht.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass bei Nachweis einer Schwangerschaft im von der Antragstellerin behaupteten Stadium der Mehrbedarfszuschlag für Schwangere ab der 12. Woche nach [§ 21 Abs. 2 SGB II](#) zusteht.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-08-12