

**L 19 AS 1265/15 B ER, L 19 AS 1266/15 B**

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 33 AS 2752/15 ER  
Datum  
20.07.2015  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 19 AS 1265/15 B ER, L 19 AS 1266/15 B  
Datum  
17.08.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerden des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 20.07.2015 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller für den Zeitraum vom 09.07.2015 bis zum Abschluss des Klageverfahrens [S 33 AS 2764/15](#) SG Duisburg, längstens bis zum 31.12.2015 den Regelsatz für alleinstehende Erwachsene nach [§ 20 Abs. 2 SGB II](#) zu erbringen. Der Antragsgegner trägt die erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers in beiden Rechtszügen. Dem Antragsteller wird für das Antragsverfahren sowie für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt M, P, beigeordnet.

Gründe:

I.

Der am 00.00.1984 geborene Antragsteller bulgarischer Nationalität hält sich nach eigenen Angaben seit 2010 in der Bundesrepublik Deutschland auf. Nach Verbüßung einer Straftat bis einschließlich Oktober 2014 beantragte der Antragsteller am 19.02.2015 die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Durch Bescheid vom 08.05.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.06.2015 lehnte der Antragsgegner den Antrag ab. Hiergegen erhob der Antragsteller Klage, [S 33 AS 2764/15](#).

Am 09.07.2015 beantragte der Antragsteller die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung des gesetzlichen Eckregelsatzes ab Antragstellung. Er legte mehrere abgelaufene Freizügigkeitsbescheinigungen, eine Bescheinigung über die Verbüßung einer Straftat vom 12.06.2013 bis 23.10.2014 sowie Kontenauszüge vor. In einer eidesstattlichen Versicherung vom 15.07.2015 gab der Antragsteller an, er halte sich seit August 2010 in der Bundesrepublik auf. Er habe zuvor in Bulgarien bei seiner Mutter gewohnt und dort die Schule bis zur dritten Klasse besucht. Seine Mutter und seine Schwester wohnten in der Bundesrepublik. In Bulgarien habe er keine Verwandten mehr. Er sei seiner Mutter nach Deutschland hinterher gezogen, habe Arbeit gesucht, jedoch keine gefunden. Hin und wieder habe er mal ausgeholfen, aber keinen offiziellen Arbeitsvertrag bekommen. Er sei wegen mehrerer Diebstahlsdelikte inhaftiert worden und habe nach Haftentlassung weiterhin Arbeit gesucht. Er halte sich gelegentlich bei seiner Mutter auf, habe aber keine feste Wohnung. Zu erreichen sei er über die Diakonie P. Er wolle eine eigene Wohnung sowie Arbeit finden. Er spreche noch nicht so gut Deutsch und habe auch keine Ausbildung gemacht. Er sammle Flaschenpfand und bettle manchmal auf der Straße. Hin und wieder bekomme er ein paar Euro von seiner Mutter und könne dort auch mal Essen. Darüber hinaus habe er keine Einnahmen.

Mit Beschluss vom 20.07.2015 hat das Sozialgericht Duisburg den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Der Antragsteller sei wegen seines Aufenthaltes alleine zur Arbeitssuche von Ansprüchen nach dem SGB II ausgeschlossen. Da der Antragsteller nicht ernsthaft Arbeit suche, jedenfalls aber angesichts seiner mangelnden Vorbildung und fehlender Sprachkenntnisse keine Aussicht auf einen Arbeitsplatz habe, sei der Leistungsausschluss auch nach Rechtsprechung des EuGH in seinem Fall nicht zu beanstanden.

Gegen den am 21.07.2013 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde des Antragstellers. Es sei unzulässig und überdies diskriminierend, aus seiner fehlenden Berufsausbildung sowie seinem Analphabetismus zu schließen, dass ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche nicht bestehe. Er stehe im Hinblick auf seinen Aufenthalt in der Bundesrepublik seit August 2010 kurz vor dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts.

Der Antragsgegner schließt sich der Begründung des angefochtenen Beschlusses an und hält den Hinweis des Antragstellers auf den

bevorstehenden Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts für irrig. Es bestünden Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines bisherigen Aufenthaltes. Freizügigkeit für bulgarische Staatsbürger bestehe erst seit dem 01.01.2014. Insbesondere die Straftat des Antragstellers vom 12.06.2013 bis 23.10.2014 könne nicht als rechtsbegründende Zeit herangezogen werden. Der Wunsch des Antragstellers, zu seiner Mutter zu ziehen, spiele nach bereits vorhandener Rechtsprechung keine Rolle.

II.

Die zulässigen Beschwerden sind begründet.

A.

Der Antragsgegner wird im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet, dem Antragsteller den Regelsatz längstens für die Dauer von 6 Monaten zu gewähren.

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 eines 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](#)). 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](#)).

Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn dem Antragsteller der zu sichernde Hauptsacheanspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zusteht, wenn also eine Vorausbeurteilung des Widerspruchs bzw. der Klage in der Hauptsache nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist. Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für Anfechtungs- und (wie hier) Vornahmesachen dürfen grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung wie auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 06.08.2014 - [1 BvR 1453/12](#) - SGB 2015, 175, m.w.N. und vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#) - BVerfGE K 20, 196). Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine deren Verletzung nach Möglichkeit zu verhindern (BVerfG, Beschluss vom 13.04.2010 - [1 BvR 216/07](#) - [BVerfGE 126, 1](#) (27 f.), m.w.N.; vgl. zur Prüfungsdichte von rechtlichen Fragen: BVerfG, Beschluss vom 27.05.1998 - [2 BvR 378/98](#) -, [NVwZ-RR 1999, 217](#)). Dabei ist eine weitergehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs von Verfassungen wegen dann erforderlich, wenn dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch eine nachträgliche Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann. Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#), a.a.O.). Ist einem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. In diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen.

Nach diesen Maßgaben entscheidet der Senat auf Grund einer Folgenabwägung, weil nach dem derzeitigen Sachstand ein Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache offen ist.

Der Anordnungsgrund ergibt sich aus dem glaubhaft gemachten Fehlen von Eigenmitteln. Verbleibende Zweifel sind der Klärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten. Ob auch ein Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruchs auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II glaubhaft gemacht ist, muss offen bleiben. Zwar hat der Antragsteller das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) bzw. [§ 7 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) glaubhaft gemacht (hierzu unter 1.). Umstritten und fraglich ist jedoch, ob zu seinen Lasten der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) eingreift (hierzu unter 3.).

1. Der Antragsteller hat das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II](#)). Er ist zudem erwerbsfähig im Sinne von [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 8 SGB II](#). Als Unionsbürger hat er genehmigungsfreien Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt. Anhaltspunkte für eine fehlende Erwerbsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen liegen nicht vor.

Der Antragsteller hat seine Hilfebedürftigkeit im Sinne der [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Bei der im Verfahren des Eilverfahrens möglichen Prüfungsdichte geht der Senat davon aus, dass der Antragsteller nicht über bedarfsdeckendes Einkommen oder Vermögen verfügt. Vielmehr erscheint (noch) nachvollziehbar, dass er seinen Lebensunterhalt notdürftig durch Zuwendungen seiner Mutter und geringfügige Einkünfte aus der Sammlung von Pfandflaschen und Bettelarbeiten bestritten hat.

Der Antragsteller hat auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II, § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I](#)). Er hält sich zukunfts offen und ohne erkennbare Anzeichen, dies ändern zu wollen, durchgehend an seinem Wohnort auf. Bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde nach [§§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 FreizügG/EU](#) über den Verlust des Rechts zur Einreise und auf Aufenthalt besteht für einen Unionsbürger (vgl. zu einem solchen Fall Beschluss des Senats vom 11.03.2015 - [L 19 AS 141/15 B ER](#)) grundsätzlich ein zukunfts offener Aufenthalt i.S.v. [§ 30 SGB I](#), unabhängig davon, ob ein materielles Aufenthaltsrecht gegeben ist (BSG Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#); vgl. auch LSG Hessen Urteil vom 27.11.2013 - L 6 AS 378/11, wonach das Nichtabstellen auf die materielle Rechtmäßigkeit des Aufenthalts eines Ausländers bei der Auslegung des Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II, 30 SGB I](#) kongruent mit dem in Art. 11 VO (EG) 987/2009 konkretisierten Begriff des Wohnorts ist). Ein Unionsbürger ist nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU](#) erst nach einer Verlustfeststellung nach [§§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 FreizügG/EU](#) ausreisepflichtig. Der Verlust des Rechts der Antragsteller zur Einreise und auf Aufenthalt nach den Bestimmungen des FreizügG/EU wurde von der zuständigen Ausländerbehörde bislang nicht festgestellt.

Soweit die Auffassung vertreten wird, dass die in [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) normierten Leistungsvoraussetzungen um die ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des Bestehens eines (materiellen) Aufenthaltsrechts zu erweitern sei (so das LSG Hessen, Beschluss vom 11.12.2014 - [L 7 AS 528/14 B ER](#)), folgt der Senat dem nicht (vgl. Urteil des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#)).

2. Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 4 a SGB II](#) greift nicht zu Ungunsten des Antragstellers ein. Gemäß [§ 7 Abs. 4a SGB II](#) in der gem. [§ 77 Abs. 1 SGB II](#) noch anwendbaren Fassung bis zum 31.12.2010 erhält Leistungen nach dem SGB II nicht, wer sich ohne Zustimmung des persönlichen Ansprechpartners außerhalb des in der Erreichbarkeits-Anordnung (EAO) vom 23. Oktober 1997 (ANBA 1997, 1685), geändert durch die 1. Änderungsanordnung vom 16. November 2001 (ANBA Nr. 12 vom 28. Dezember 2001, 1476), definierten zeit- und ortsnahen Bereichs aufhält; die übrigen Bestimmungen dieser Anordnung gelten entsprechend. Der Gesetzgeber hat mit der Einfügung des [§ 36 S. 3](#) (heute [§ 36 S. 4 SGB II](#)) in das SGB II zum 01. August 2006 deutlich gemacht, dass auch bei Geltendmachung der Anforderungen der [§ 7 Abs. 4a SGB II](#) Wohnungslose Arbeitslosengeld II beziehen können sollen ([BT-Drucks. 16/14120, S. 27](#) zu Nr. 31).

Für Wohnungslose wie den Antragsteller muss aber sichergestellt werden, dass sie jeden Tag für den Träger der Grundsicherung erreichbar sind. Der Senat hat schon bislang keine rechtlichen Bedenken gegen die auch von dem Antragsgegner praktizierte Verfahrensweise geäußert, wonach der Antragsteller täglich bei einer anerkannten Beratungs- und Betreuungseinrichtung vorsprechen muss, die sich im Zuständigkeitsbereich befindet und die sich verpflichtet, dem Träger der Grundsicherung mitzuteilen, wenn sich der Hilfesuchende dort nicht mehr meldet (Beschlüsse des Senats vom 19.09.2012 - [L 19 AS 1371/12 R](#) und vom 28.07.2014 - [L 19 AS 1060/14 B ER](#); LSG Berlin - Brandenburg Beschluss vom 03.08.2008 - [L 29 B 2228/07 AS](#); Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 5. Aufl., § 7 Rn. 107). Der Antragsteller hat daher dem Antragsgegner eine "Erreichbarkeitsbescheinigung" vorzulegen. Die Vorlage einer diesen Voraussetzungen entsprechende Bescheinigung des Diakonischen Werkes P vom 28.10.2014 ist erfolgt. Hierin wird postalische Erreichbarkeit des Antragstellers ab dem 28.10.2014 über die Anschrift der Diakonie bis zur gegenteiligen Meldung mitgeteilt.

3. Ob der Antragsteller gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen ist, kann der Senat nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abschließend beurteilen. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländer und Ausländerinnen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen.

Die Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) fordert eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw. der Gründe des Aufenthaltsrechts am Maßstab des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) und ggf. des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG; vgl. BSG, Vorlagebeschluss vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#) m.w.N.). Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik zusteht (BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R - BSGE 113, 60](#), m.w.N.).

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte kann sich der Antragsteller nicht mehr auf den Aufenthaltswitzweck der Arbeitsuche i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) stützen. Der Senat folgt insoweit nicht der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, dass der in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) verwandte Begriff "deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt" nicht auf das Bestehen eines materiellen Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche abstellt, sondern dahingehend auszulegen ist, dass der Zweck der Arbeitsuche die einzige Möglichkeit ist, aus der sich ein Aufenthaltsrecht ergeben kann und das Bestehen dieses Aufenthaltsrechts vor Einleitung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen vermutet wird (vgl. Urteil des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#) m.w.N.; siehe zur identischen Vorschrift des [§ 23 Abs. 3 S. 1](#) Alt. SGB XII: BSG Urteil vom 18.11.2014 - [B 8 SO 9/13 R](#); a.A. LSG NRW, Urteil vom 28.11.2013 - [L 6 AS 130/13](#) ( Revision anhängig [B 4 AS 24/14 R](#) ); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24.07.2014 - [L 15 AS 202/14 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.12.2014 - [L 20 AS 2697/14 B ER](#); LSG Bayern, Beschluss vom 14.04.2015 - [L 7 AS 225/15 B ER](#)).

Das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche ist in [§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU](#) ab dem 09.12.2014 (Gesetz vom 02.12.2014, [BGBl I, 1922](#)) konkretisiert worden. Danach haben Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, ein Aufenthaltsrecht bis zu sechs Monaten und darüber hinaus, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist besteht ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche damit nur dann, wenn ein Unionsbürger nachweisen kann, dass er ernsthaft und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, wobei dies objektivierbar nach außen hin zum Ausdruck gebracht werden muss (vgl. EuGH, Urteile vom 23.03.2004 - [C-138/02](#) - Collins, vom 20.02.1997 - [C-344/95](#) und vom 26.02.1991 - [C-292/89](#) - Antonissen; OVG Sachsen, Beschluss vom 07.08.2014 - [3 B 507/13](#) m.w.N.; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26.06.2014 - [4 LB 22/13](#); VGH Bayern, Beschluss vom 11.02.2014 - [10 C 13.2241](#)). Zur Glaubhaftmachung eines solchen Aufenthaltsrechts genügt damit nicht allein, dass ein Unionsbürger erklärt, sich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufzuhalten; vielmehr sind ernsthafte Bewerbungsbemühungen über eine Antragstellung beim Grundsicherungsträger hinausgehend sowie eine begründete Erfolgsaussicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu belegen bzw. zu konkretisieren.

Daran fehlt es hier. Unter Würdigung der relativ vagen Angaben des Antragstellers zur Frequenz und Intensität seiner Arbeitssuche, der Dauer der bisherigen Arbeitslosigkeit, der fehlenden Ausbildung, der mangelnden Berufserfahrung sowie der nach eigenen Angaben des Antragstellers mangelhaften Deutschkenntnisse ist nach Auffassung des Senats nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller eine begründete Aussicht hat, seinen Lebensunterhalt aus eigenen Erwerbseinkünften legaler Art sicherzustellen. Im Rahmen der im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes alleine möglichen Prüfungintensität ist ein Aufenthaltsrecht des Antragstellers zur Arbeitssuche daher nicht festzustellen.

Ebenfalls ist ein Aufenthaltsrecht des Antragstellers nach [§§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 3, 4, Abs. 3, 3, 4 Freizügig/EU](#) im streitbefangenen Zeitraum nicht glaubhaft gemacht.

Es besteht auch kein Daueraufenthaltsrecht des Antragstellers nach [§ 4a Abs. 1 Freizügig/EU](#). Ein solches setzt voraus, dass der Betroffene während eines zusammenhängenden Zeitraums von fünf Jahren freizügigkeitsberechtigt war. Dem Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts steht allerdings nicht bereits der im Schriftsatz des Antragsgegners vom 05.08.2015 anklingende Gesichtspunkt entgegen, dass für Staatsangehörige des Herkunftslandes Bulgarien uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit erst seit 2014 besteht. Denn nach der Rechtsprechung sowohl des EuGH wie auch das BVerwG kann sich ein Recht auf Daueraufenthalt auch aus Aufenthaltszeiten eines Drittstaatsangehörigen in Deutschland ergeben, die in Zeiträumen zurückgelegt wurden, bevor der Drittstaat der Europäischen Union beigetreten ist (Zusammenfassung im Urteil des BVerwG vom 31.05.2012 - [10 C 8/12](#) mit weiteren Nachweisen).

Gleichwohl kann von einem bereits zu Stande gekommenen oder in Kürze zu erwartenden Daueraufenthaltsrecht des Antragstellers nach § 4a Abs. 1 Freizügig/EU nicht ausgegangen werden. Aufenthaltszeiten sind zu dessen Erwerb nur berücksichtigungsfähig, wenn der Betroffene nachweisen kann, dass sie im Einklang mit den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG zurückgelegt worden sind (BVerwG a.a.O. im Anschluss an Urteil des EuGH vom 21.12.2011 - [C-424/10](#) u.a. Ziolkowski). Dies ist im Hinblick auf beim Antragsteller fehlende Aufenthaltsrechte im Sinne der Freizügig/EU (vgl. oben) nicht der Fall, sodass es auf die vom Antragsgegner pointierte Frage, ob insbesondere Haftzeiten ein Daueraufenthaltsrecht begründen können, zumindest derzeit nicht ankommt.

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte handelt es sich daher beim Antragsteller um einen Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht, der sich aber - wegen der fehlenden Verlustfeststellung nach §§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 Freizügig/EU - (formell) rechtmäßig in der Bundesrepublik aufhält (siehe hierzu Dienelt, in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 11 Rn. 13, § 7 Rn. 10). Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteile des Senats vom 01.06.2015 - [L 19 AS 1923/14](#) -, vom 05.05.2014 - [L 19 AS 430/13](#) (Revision anhängig [B 14 AS 33/14 R](#)) und vom 10.10.2013 - [L 19 AS 129/13](#) (Revision anhängig [B 4 AS 64/13 R](#)); Beschluss vom 20.03.2015 - [L 19 AS 116/15 B ER](#) m.w.N.) ist auf diesen Personenkreis der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht anwendbar. Der Senat folgt nicht der Auffassung, dass diese Vorschrift im Wege teleologischer Auslegung neben Unionsbürgern mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche auch Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht erfasst (so aber LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2015 - [L 1 AS 2338/15 B ER](#) -; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 04.02.2015 - [L 2 AS 14/15 B ER](#); LSG NRW, Beschlüsse vom 16.07.2015 - [L 2 AS 399/15 B ER](#) und vom 09.01.2015 - [L 12 AS 2209/14 B ER](#), LSG Hamburg, Beschluss vom 01.12.2014 - [L 4 AS 444/14 B ER](#); LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.11.2014 - [L 12 AS 3227/14](#)). Der Wortlaut der Vorschrift stellt nur auf das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ab und ist wegen des Ausnahmecharakters des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) einer erweiternden Auslegung im Wege des "Erst-Recht-Schlusses" nicht zugänglich (so auch siehe auch LSG Thüringen, Beschluss vom 25.04.2014 - [L 4 AS 306/14 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 06.03.2014 - [L 31 AS 1348/13](#), 19.03.2015 - [L 31 AS 1268/14](#) ( Revision anhängig [B 14 AS 15/15 R](#) ) und vom 18.06.2015 - [L 31 AS 100/14](#) -, wonach der Leistungsausschluss auch Unionsbürger erfasst, die sich - ohne eine tatsächlich noch andauernde Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt erlangt zu haben - zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhalten und bei denen sich - in Abgrenzung zu den Fällen des Sozialleistungsmissbrauchs - die Ernsthaftigkeit dieser Arbeitsuche konkret manifestiert hat; LSG Hessen, Urteile vom 27.11.2013 - [L 6 AS 378/12](#) ( Revision anhängig [B 14 AS 15/14 R](#) ) und - [L 6 AS 726/12](#) ( Revision anhängig [B 14 AS 18/14 R](#) ); LSG Hessen, Beschlüsse vom 07.04.2015 - [L 6 AS 62/15 B ER](#) und vom 05.02.2015 - [L 6 AS 883/14 B ER](#); LSG NRW, Beschluss vom 05.03.2015 - [L 7 AS 2376/14 B ER](#); vgl. auch zum identischen Leistungsausschluss des § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.04.2015 - [L 9 SO 496/14 B](#); offengelassen BSG Urteil vom 18.11.2014 - [B 8 SO 9/13 R](#)).

Selbst wenn ein Aufenthaltsrecht alleine zur Arbeitsuche i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) bestünde, wäre offen, ob der Leistungsausschluss mit den unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar ist (vgl. zum Meinungsstand bejahend: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.12.2014 - [L 20 AS 2697/14 B ER](#); verneinend: LSG Hessen, Beschluss vom 07.01.2015 - [L 6 AS 815/14 B ER](#) -; Vorlagebeschluss des BSG vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#), Verfahren des EuGH [C-67/14](#) - Alimanovic). Die Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ist durch das Urteil des EuGH vom 11.11.2014 - [C-333/13](#) - Dano - auch nicht geklärt in dem Sinne, dass er nicht zu beanstanden sei. Nach dieser Entscheidung ist es Mitgliedstaaten zwar gestattet, nicht erwerbstätige Unionsbürger, denen im Aufenthaltsmitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht, vom Bezug von Sozialhilfeleistungen i.S.v. Art. 24 der RL 2004/38/EG auszuschließen, wenn der Zugang zum nationalen Sozialhilfesystem nicht von der materiellen Rechtmäßigkeit des Aufenthalts abhängt und die Unionsbürger von ihrer Freizügigkeit allein mit dem Ziel Gebrauch machen, in den Genuss der Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaates zu kommen. Welche Schlussfolgerungen aus diesem Urteil hinsichtlich des Leistungsausschlusses betreffend Unionsbürger mit einem materiellen Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche zu ziehen sind, ist aber auch nach diesem Urteil ungeklärt und vor dem Hintergrund kaum mehr überschaubarer Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. hierzu Schreiber, info also 2015, S. 3 f., m.w.N.). Insbesondere ist die Frage offen, ob ein Unionsbürger mit einem materiellen Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche als Arbeitnehmer oder als nichterwerbstätiger Unionsbürger i.S.d. RL 2004/38 EG zu qualifizieren ist. Falls es sich um einen Arbeitnehmer im Sinne der RL 2004/38 EG handelt, sind die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung vom 11.11.2014 - [C-333/13](#) - Dano nicht einschlägig. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs ist ein Unionsbürger zumindest als Arbeitnehmer i.S.v. Art. 45 AUEV zu qualifizieren, der zwar keine Erwerbstätigkeit ausübt, aber tatsächlich Arbeit sucht (vgl. Urteil vom 19.06.2014 - [C-507/12](#) - Saint Prix). Der Schlussantrag des Generalanwalts Wathelet in der Rechtsache Alimanovic - [C-67/14](#) bringt, zumal er keine präjudizielle Wirkung hat, ebenfalls keine Klärung.

Im Hinblick auf die vorstehend skizzierten, in der Rechtsprechung vielfältig vertretenen und kontrovers diskutierten Auffassungen über die Anwendung und Auslegung des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sowie dessen Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorschriften und der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 GG](#) (vgl. hierzu BVerfG, Urteile vom 09.02.2010 - [1 BvL 1/09](#), [1 BvL 3/09](#), [1 BvL 4/09](#) - [BVerfGE 125, 175](#) und vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#); siehe auch Kirchhof, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1, 4) sieht der Senat den Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen an. Es besteht die gute Möglichkeit, dass der Antragsteller im Hauptsacheverfahren obsiegt. Im Hinblick auf die Bedeutung der durch den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) betroffenen grundrechtlichen Belange - Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums - hält der Senat es deshalb für gerechtfertigt, im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden.

Nach dieser Abwägung tritt das Interesse des Antragsgegners, bei ungeklärter Rechtslage keine finanziellen Aufwendungen an die Antragsteller zu erbringen, hinter dem Interesse des Antragsgegners zurück. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass es sich um eine faktische Vorwegnahme der Hauptsache handelt. Jedoch dienen existenzsichernde Leistungen - wie die des SGB II - nach ihrer Konzeption dazu, eine gegenwärtige Notlage zu beseitigen. Die spätere, nachträgliche Erbringung von existenzsichernden Leistungen verfehlt insoweit ihren Zweck. In die Abwägung hat der Senat die Überlegung mit eingestellt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im nationalen einstweiligen Rechtsschutz sicherzustellen ist, dass bis zur Klärung einer europarechtlichen Frage im Vorabentscheidungsverfahren die betroffenen 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: BVerfG Beschluss vom 17.02.2009 - [1 BvR 2492/08](#) - [BVerfGE 122, 342](#)). Das BSG hat 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 (Vorlagebeschluss des BSG vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#), Verfahren des EuGH [C-67/14](#) - Alimanovic). Dies ist bei der Folgenabwägung mit zu berücksichtigen. Auch kann der Antragsgegner seine finanziellen Interessen durch die

Anmeldung eines Erstattungsanspruchs beim Sozialhilfeträger wahren (vgl. hierzu Beschluss des Senats vom 03.08.2015 - [L 19 AS 1284/15 B](#)).

Der Geltungszeitraum der Regelungsanordnung orientiert sich an [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., § 86b Rn. 35b m.w.N.).

Prozesskostenhilfe sowohl für das Antragsverfahren wie auch das Beschwerdeverfahren steht - bei Vorliegen der Voraussetzung nach [§§ 73 a Abs. 1 S. 1 SGG, 114 ZPO](#) im Übrigen - auch unter dem Gesichtspunkt zu, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Erfolgsaussicht geboten hat. Bei der Frage der Anwendung und Auslegung des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) handelt es sich um eine schwierige, ungeklärte Rechtsfrage (vgl. hierzu Beschluss des Senats vom 03.08.2015 - [L 19 AS 1284/15 B](#)). Da bereits die Vertretbarkeit eines Rechtsvorbringens für die Bewilligung von Prozesskosten ausreicht, bildet bei seiner Bewertung nicht die Rechtsansicht des jeweils erkennenden Spruchkörpers, sondern eine allgemeine/objektive Betrachtung den Maßstab (BGH, Beschlüsse vom 08.05.2013 - [XII ZB 624/12](#) - und vom 05.3.2014 - [XII ZB 220/11](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 28.2.2014 - [L 32 AS 2279/13 B PKH](#); a ...A. offensichtlich LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v.16.07.2015 - [L 2 AS 399/15 B ER](#) und [L 2 AS 400/15 B](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hinsichtlich der Ablehnung von Prozesskostenhilfe sind nicht erstattungsfähig ([§§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG, 127 Abs. 4 ZPO](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-08-26