

Eingegangen

12. Mai 2011

Eva Steffen  
Rechtsanwältin



## Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

**Az.: L 12 AS 314/11 B ER**

Az.: S 17 AS 183/11 ER SG Köln

### Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren

#### **Antragsteller und Beschwerdeführer**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwältin Eva Steffen u.a., Aachener Straße 60-62, 50674 Köln

gegen

Jobcenter Köln - Widerspruchsstelle -, vertreten durch den Geschäftsführer,  
Luxemburger Straße 121, 50939 Köln, Gz.: 702.15 - 35702BG0009756 Bs 14/11

#### **Antragsgegner und Beschwerdegegner**

hat der 12. Senat des Landessozialgerichtes Nordrhein-Westfalen in Essen am 09.05.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Brand sowie den Richter am Landessozialgericht Hückert und den Richter am Sozialgericht Dr. Bender beschlossen:

**Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 31.01.2011 wird zurückgewiesen.**

**Der Antragsgegner trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers für beide Rechtszüge zu 2/3.**

**Dem Antragsteller wird für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens ab dem 14.02.2011 Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwältin Steffen, Aachener Str. 60-62, 50674 Köln, beigeordnet.**

### Gründe

Die zulässige, insbesondere form- und fristgemäße sowie statthafte Beschwerde des Antragstellers vom 10.02.2011, eingegangen am 14.02.2011, gegen den am 03.02.2011 zugestellten Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 31.01.2011 ist hinsichtlich des Begehrens von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes unbegründet, da dem Antragsteller seit dem 28.03.2011 entsprechende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II gewährt werden (Bescheide des Antragsgegners vom 05.01.2011, 17.01.2011 und 21.01.2011), es somit seit diesem Zeitpunkt an einem Anordnungsgrund für den Erlass einer entsprechenden einstweiligen Anordnung fehlt (1.). Hinsichtlich der Kostenentscheidung nach § 193 des Sozialgerichtsgesetzes – (SGG) hält es der Senat hingegen für angemessen, dem Antragsgegner 2/3 der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers aufzuerlegen, weil nach der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vorzunehmenden summarischen Prüfung vieles dafür gesprochen hätte, dass der Antragsteller für die Zeit vom 17.01.2011 bis 27.03.2011 einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund hinsichtlich der Gewährung der Regelleistung nach § 20 Abs. 1, Abs. 3 SGB II glaubhaft gemacht hat (2.). Entsprechend ist dem Antragsteller, da bei Einlegung der Beschwerde hinreichende Erfolgsaussicht nicht ausgeschlossen werden konnte, Prozesskostenhilfe zu bewilligen (3.).

1.) Nach § 86b Abs. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Satz 1). Einstweilige

Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Satz 2). Die hier begehrte Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG setzt die Glaubhaftmachung des streitigen Rechtsverhältnisses voraus, aus dem der Antragsteller eigene Rechte – insbesondere Leistungsansprüche – ableitet (Anordnungsanspruch). Ferner ist erforderlich, dass die besonderen Gründe für die Notwendigkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund) vom jeweiligen Antragsteller glaubhaft gemacht werden (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Dieses ist im Rahmen einer summarischen Prüfung zu bestimmen. Dabei sind Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund kumulativ, nicht alternativ glaubhaft zu machen. Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Deshalb sind auch Erkenntnisse, die erst im Laufe des gerichtlichen Eilverfahrens einschließlich des Beschwerdeverfahrens zutage getreten sind, vom Senat zu berücksichtigen (s. LSG NRW, Beschluss v. 06.01.2006 – L 7 AS 87/05 ER; Senat, Beschluss v. 23.12.2009 – L 12 B 147/09 AS ER – Rdnr. 45 [Juris]).

Danach besteht bei dem Antragsteller seit dem 28.03.2011 kein Anordnungsgrund mehr, weil er ab diesem Zeitpunkt von dem Antragsgegner in die zwischen ihm, seiner Ehefrau und seinem Sohn bestehende Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3a, Nr. 4 SGB II) aufgenommen worden ist und entsprechende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bezieht (s. Bescheide des Antragsgegners vom 05.01.2011, 17.01.2011 und 21.01.2011). Es fehlt somit im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung an der für das Vorliegen eines Anordnungsgrundes notwendigen dringenden und gegenwärtigen Notlage, die eine sofortige Entscheidung unumgänglich macht (vgl. Senat, Beschluss v. 17.05.2005 – L 12 B 11/05 AS ER –). Ferner besteht in der Regel kein Anordnungsgrund bei Geldleistungen für die Vergangenheit. Insbesondere können Leistungen für die Zeit vor Antragstellung bei Gericht (17.01.2011) nicht im Wege der einstweiligen Anordnung gesichert werden (s. LSG NRW, Beschluss v. 14.09.2006 – L 12 B 105/06 AS ER –; LSG NRW, Beschluss v. 14.12.2006 – L 9 B 104/06 AS ER –; LSG NRW, Beschluss v. 05.02.2007 – L 20 B 296/06 AS –), so dass der Beschluss des Sozialgerichts für die Zeit vom 01.01.2011 bis 16.01.2011 ohnehin zu bestätigen ist. Das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers hat sich mithin erledigt.

2.) Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG. Der Senat hält es für angemessen, dem Antragsgegner im Rahmen der für die

Kostengrundentscheidung anzustellenden Ermessenserwägungen, die auch und gerade die Prüfung der Erfolgsaussichten des betreffenden Rechtsbehelfs im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses beinhaltet, 2/3 der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers aufzuerlegen. Denn bei summarischer Prüfung spricht vieles dafür, dass der Antragsteller für die Zeit vom 17.01.2011 bis 27.03.2011 einen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund hinsichtlich der Gewährung der Regelleistung nach § 20 SGB II glaubhaft gemacht hat.

Der Antragsteller erfüllt die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II. Er hat das 15. Lebensjahr vollendet und ist hilfebedürftig, da er über kein Einkommen und Vermögen verfügt. Ferner ist er nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 8 SGB II erwerbsfähig, da ihm nach aktenkundigem Visum eine Erwerbstätigkeit gestattet ist (s. auch §§ 6 Abs. 4, 28 Abs. 5 des Aufenthaltsgesetzes – [AufenthaltG]). Auch hat er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland.

Ob bei dem Antragsteller, der zum Zwecke des Familiennachzuges als russischer Staatsangehöriger zu seiner Ehefrau (deutsche Staatsangehörige), die als erwerbsfähige Hilfebedürftige Leistungen nach dem SGB II bezieht, in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II in der Zeit vom 28.12.2010 bis 27.03.2011 eingegriffen hat, ist nach summarischer Prüfung zweifelhaft, so dass ein Anordnungsanspruch nicht ohne Weiteres hätte verneint werden können. Der 19. Senat des LSG NRW hat in seinem eine PKH-Beschwerde im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes betreffenden Beschluss vom 07.12.2009 – L 19 B 363/09 AS – hierzu folgendes ausgeführt:

*„Ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zu Ungunsten der Antragstellerin zu 2) eingreift, ist nach summarischer Prüfung der Rechtslage offen. Die Ausschlussgründe des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 SGB II liegen nicht vor. Ob die Antragstellerin zu 2) dem Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II als nachzugsberechtigte Ehefrau eines deutschen Staatsangehörigen unterfällt, ist durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörige für die ersten drei Monate von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Offen ist, ob die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sämtliche Ausländer erfasst, die erstmalig in die Bundesrepublik Deutschland einreisen*

[...] oder nur Unionsbürger, die dem Freizügigkeitsgesetz/EU unterfallen. Selbst wenn von der Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II grundsätzlich sämtliche Ausländer erfasst werden, die erstmalig in die Bundesrepublik Deutschland einreisen, ist zweifelhaft, ob die Antragstellerin zu 2) dem Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II unterliegt. Denn Familienangehörige, die zu einem sich im Bundesgebiet länger aufenthaltsberechtigten Ausländer einreisen, werden von diesem Leistungsausschluss nicht erfasst (Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 3. Aufl., § 7 Rn 31). Vorliegend ist die Antragstellerin zu 2) zur Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Staatsangehörigen eingereist. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich. Auch unter Beachtung des Schutzes der Ehe durch Art. 6 GG, der ein Grundrecht auf Schutz vor Eingriffen des Staates, eine Institutsgarantie wie auch eine wertentscheidende Grundsatznorm für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts enthält, der auch für Ausländer gilt und das Interesse des deutschen Ehepartners schützt, seine Ehe als eine Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner im Bundesgebiet fortzusetzen (BVerfG Beschluss vom 18.07.1979 - 1 BvR 650/77 = BVerfG 51, 386), spricht vieles für eine einschränkende Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II im Fall des Nachzugs eines ausländischen Familienangehörigen zu dem deutschen Ehepartner (siehe auch Dienstanweisungen der Bundesagentur für Arbeit zu § 7 SGB II), zumal der Gesetzgeber hinsichtlich der Vorgängervorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II in der ab dem 01.04.2006 bis zum 27.08.2007 geltenden Fassung in der Gesetzesbegründung ausdrücklich ausgeführt hatte, dass Unionsbürger - wie vorliegend die Antragstellerin zu 2) -, die als Familienangehörige eines Deutschen in die Bundesrepublik einreisen, von dem Leistungsausschluss nicht erfasst werden (BT-Drs. 16/5065 S. 234). Des weiteren ist umstritten, ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH gemeinschaftsrechtskonform ist (vgl. zum Meinungsstand LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 29.09.2009 - L 15 AS 905/09 B ER mit weiteren Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen).“

Auch das Sozialgericht Nürnberg vertritt die Auffassung, dass ein nachzugsberechtigter, ausländischer Familienangehöriger einer/eines Deutschen, der/die als erwerbsfähige/r Hilfebedürftige/r Leistungen nach dem SGB II bezieht, nicht in den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II fällt (Urteil v. 26.08.2009 – S 20 AS 906/09 –). Hierzu führt es aus:

„Aus dem Regelungszusammenhang mit § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II und dem Wortlaut der Vorschrift wird erkennbar, dass der Leistungsausschluss Mitglieder von Bedarfsgemeinschaften erfassen soll, die aus einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, der nicht die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, und seinen Angehörigen gebildet werden (siehe dazu auch BT-Drs. 16/5065, 234). Der Kläger gehört jedoch zu einer Bedarfsgemeinschaft, deren Anknüpfungspunkt seine erwerbsfähige, hilfbedürftige Ehefrau, die die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, bildet. Auch die Gesetzeshistorie und der Regelungszweck des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II sprechen dafür, dass Familienangehörige deutscher Erwerbsfähiger nicht von dem Leistungsausschluss erfasst werden. Nach der bis zum 27.08.2007 gültigen Fassung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II waren vom Leistungsanspruch ausgenommen Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, ihre Familienangehörigen sowie Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes. Die Vorschrift ist wortgleich in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 u. 3 SGB II übernommen worden. Nach der Begründung des Gesetzgebers (BT-Drs. 16/5065, 13) sollten von der Regelung, die auf arbeitssuchende Ausländer und ihre Familienangehörigen zugeschnitten war, nicht Bürger erfasst werden, die als Familienangehörige eines Deutschen in die Bundesrepublik Deutschland einreisen. Am 28.08.2007 trat § 2 Abs. 5 Freizügigkeitsgesetz/EU in Kraft. Danach können sich Unionsbürger und ihre Familienangehörigen für drei Monate ohne besonderes Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Da solche Unionsbürger vom Wortlaut des bisher gültigen § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht erfasst wurden, hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 28.08.2007 den Tatbestand des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II durch das Gesetz zur Umsetzung von aufenthalts- und asylrechtlichen Richtlinien der Europäischen Union neu geschaffen. Er hat dabei von der Option des Artikels 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Rates vom 29.04.2004 Gebrauch gemacht. Danach ist ein aufnehmender Mitgliedsstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren. Zielsetzung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II ist es somit sicherzustellen, dass EU-Bürger und ihre Familienangehörigen auch in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland keine Ansprüche nach dem SGB II geltend machen können (vgl. BT-Drs. 16/5065). Nicht bezweckt ist dagegen, abweichend von der bis zum 27.08.2007 gültigen Gesetzeslage nunmehr auch

*Familienangehörige deutscher erwerbsfähiger Hilfebedürftiger in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts von Leistungen nach dem SGB II auszuschließen. Damit kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Regelung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz verfassungskonform wäre.“*

Der Senat schließt sich den Ausführungen des 19. Senats des LSG NRW und des Sozialgerichts Nürnberg nach eigener – summarischer – Prüfung an. Da somit vieles dafür gesprochen hat, dass § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II auf den Antragsteller in der Zeit vom 28.12.2010 bis 27.03.2011 keine Anwendung findet, hätte ein Anordnungsanspruch für die – vorläufige – Gewährung von Leistungen nach dem SGB II nicht verneint werden können.

Ferner dürfte nach summarischer Prüfung auch ein Anordnungsgrund als Ergebnis einer Folgenabwägung bestanden haben. Der 19. Senat des LSG NRW hat im o.a. Beschluss vom 07.12.2009 (L 19 B 363/09 AS) hierzu folgendes ausgeführt:

*„Nach summarischer Prüfung spricht aber vieles dafür, dass bei der - im Fall, dass eine abschließende Klärung der Rechtslage wegen derer Komplexität im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht möglich erscheint - vorzunehmenden Folgenabwägung (vgl. BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05) das Interesse der Antragstellerin zu 2) am Erlass der Regelungsanordnung überwogen hätte. Bei der Folgenabwägung sind die grundrechtlichen Belange der Antragstellerin zu 2) umfassend in die Abwägung einzubeziehen. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende dienen der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens. Diese Sicherstellung ist eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, die aus dem Gebot zum Schutz der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot folgt (vgl. BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05). Daher scheint es nicht als ausgeschlossen, dass bei einer Folgenabwägung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls - Schutz der Bedarfsgemeinschaft durch Art. 6 GG und Aufenthaltsrechts des nachzugsberechtigten ausländischen Ehegatten aus § 28 AufenthG im Regelfall ohne das Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts (vgl. hierzu Kloesel/Christ/Häußer, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, § 28 Rn 1f) - das Interesse der Antragstellerin zu 2) am Erlass der Regelungsanordnung überwogen hätte, weil ohne die zuerkannten Leistungen das Existenzminimum der Antragstellerin zu 2) nicht gedeckt gewesen wäre und die Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Antragsteller zu 1), die durch Art. 6 GG geschützt ist, gefährdet gewesen wäre, zumal der Antragsteller zu 1) nicht in der Lage gewesen ist, die Antragstellerin zu 2) ohne Gefährdung seines soziokulturellen*

*Existenzminimums aus eigenen Mitteln zu unterstützen. Durch die vorläufige Gewährung der Leistung wäre auch die Entscheidung in der Hauptsache schon deshalb nicht vorweggenommen worden, weil die Leistungen nur darlehensweise gewährt werden müssten.“*

Diese Ausführungen zum Bestehen eines Anordnungsgrundes, denen sich der erkennende Senat vollumfänglich anschließt, sind auf den vorliegenden Fall übertragbar, wobei ergänzend anzumerken ist, dass dem Antragsteller bereits bei Visumerteilung die Erwerbstätigkeit erlaubt worden ist. Es ist mithin auch hier nicht ausgeschlossen, dass in der Zeit vom 28.12.2010 bis 27.03.2011 auch ein Anordnungsgrund bei dem Antragsteller bestand. Mithin hat viel dafür gesprochen, ihm vorläufig und darlehensweise Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Form der Regelleistung (§ 20 SGB II) in gesetzlicher Höhe zu gewähren, wohl jedoch nicht Kosten der Unterkunft und Heizung, da ein etwaig drohender Verlust der Wohnung nach Aktenlage im streitigen Zeitraum nicht ersichtlich war. Dies, die verbleibende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II auf den Antragsteller sowie den Umstand, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung für die Zeit vor Antragstellung (01.01.2011 bis 16.01.2011) ohnehin gefehlt haben (s.o.), hat der Senat bei der Quotelung im Rahmen der Kostengrundsentscheidung nach § 193 SGG berücksichtigt.

3.) Da die Beschwerde des Antragstellers aus den vorgenannten Gründen bis zum 27.03.2011 teilweise Erfolgsaussicht gehabt hat, war ihm für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens Prozesskostenhilfe zu gewähren (§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 114 der Zivilprozessordnung – [ZPO]).

4.) Dieser Beschluss ist unanfechtbar, § 177 SGG.

Brand

Hückert

Dr. Bender

Ausgefertigt

Korte,

Regierungsbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der

Geschäftsstelle

