

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 23.11.2015

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 18.08.2015 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner trägt die erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller auch für das Beschwerdeverfahren.

Den Antragstellern wird Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beiordnung von Rechtsanwalt ... bewilligt.

G r ü n d e :

Die Antragsteller begehren im einstweiligen Rechtsschutzverfahren Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (SGB II).

Die im Jahr 1986 geborene Antragstellerin zu 1), ihr 1986 geborener Ehemann (Antragsteller zu 2)) und der am ... 2015 in Deutschland geborene gemeinsame Sohn (Antragsteller zu 3)) sind rumänische Staatsbürger. Die Antragsteller zu 1) und 2) leben seit Februar 2014 in der Bundesrepublik Deutschland. Der Antragsteller zu 2) war vom 01.04.2014 bis zum 31.01.2015 sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Sein Verdienst betrug monatlich netto ca. 1150 Euro. Seit September 2014 standen sie im Leistungsbezug beim Antragsgegner. Den Antrag vom 09.07.2015, ihnen über den 31.07.2015 Leistungen weiter zu bewilligen, lehnte der Antragsgegner zunächst mit Bescheid vom 14.07.2015 ab, hob diesen Bescheid auf den Widerspruch der Antragsteller mit Bescheid vom 12.08.2015 auf und lehnte mit Bescheid vom selben Tage erneut die Gewährung von Leistungen ab mit der Begründung, die Antragsteller seien nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen.

Am 05.08.2015 haben die Antragsteller beim SG Gelsenkirchen um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht mit dem Antrag, den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen vorläufig Leistungen in Höhe des Regelbedarfs unter Berücksichtigung der tatsächlichen Einkünfte zu bewilligen. Dazu haben sie Kontoauszüge vorgelegt. Die Antragsteller zu 1) und 2) haben eidesstattlich versichert, nicht über Vermögen zu verfügen und als Einkommen zurzeit lediglich Elterngeld in Höhe von monatlich 300 Euro zur Verfügung zu haben. Das Kindergeld in Höhe von 184 Euro werde bisher nicht ausgezahlt. Sie haben vorgetragen, sie hielten sich zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland auf. Sie hätten Deutschland als Lebensmittelpunkt gewählt, hier geheiratet und auch der Antragsteller zu 3) sei hier geboren worden. Der Antragsteller zu 2) habe bereits zehn Monate versicherungspflichtig in der Bundesrepublik gearbeitet.

Mit Beschluss vom 18.08.2015 hat das Sozialgericht den Antragsgegner dazu verpflichtet, den Antragstellern für den Zeitraum vom 05.08.2015 bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens für sechs Monate, den Regelbedarf nach weiterer Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Aufgrund der noch nicht umfassend geklärten Frage der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II seien im Rahmen einer Folgenabwägung vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Gegen den am 20.08.2015 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner am 15.09.2015 Beschwerde erhoben. Den gleichzeitig gestellten Antrag, die Vollstreckung aus dem angefochtenen Beschluss einstweilen auszusetzen, hat das Gericht durch Beschluss vom 18.09.2015 abgelehnt. Der Antragsgegner ist der Auffassung, der Beschluss des Sozialgerichts sei nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 15.09.2015 (C-67/14) aufzuheben.

Der Antragsgegner und Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 18.08.2015 aufzuheben und den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz abzulehnen.

Die Antragsteller und Beschwerdegegner beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen; dieser ist Gegenstand der Beratung gewesen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist unbegründet. Die einstweilige Anordnung des Sozialgerichts ist rechtmäßig.

Nach § 86b Abs. 2 S. 1 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 Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. 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 (§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt grundsätzlich voraus, dass der Antragsteller das Bestehen eines zu sichernden Rechts (den so genannten Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG, § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung - ZPO -).

Der Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht.

Die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs zu Alter, Erwerbsfähigkeit, gewöhnlichem Aufenthalt und Hilfebedürftigkeit (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II) sind für die Antragsteller zu 1) und 2) glaubhaft gemacht. Mit dem Antragsgegner sieht auch das Gericht zwar die einfachgesetzlichen Voraussetzungen des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als erfüllt an, da die Antragsteller zu 1) und 2) sich nach ihrem eigenen Vortrag zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und ein anderer Aufenthaltsgrund nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU nicht ersichtlich ist. Trotzdem stehen den Antragstellern Leistungen auch nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Sachen Alimanovic (EuGH, Urteil vom 15.09.2015, C-67/14) in der beantragten vorläufigen Form jedenfalls nach § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) zu.

Nach der über § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II anwendbaren Vorschrift des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III kann über die Erbringung von Geldleistungen vorläufig entschieden werden, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht (BSG) ist.

Von entscheidungserheblicher Bedeutung ist die Frage, ob der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, so wie ihn der EuGH ausgelegt wissen will, gegen Verfassungsrecht verstößt. Auch nach der Entscheidung des EuGH vom 15.09.2015 behalten die mitgliedstaatlichen Grundrechte trotz der Einschlägigkeit des Unionsrechts ihre eigenständige Funktion (vgl. Kingreen in NVwZ 2015, 1503 (1506) unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 11.11.2014 - C-333/13 - Dano, Rdnr. 84 ff; vgl auch BVerfG Urteil vom 24.04.2013 - 1 BvR 1215/07 - BVerfGE 133, 277 (316)). Auf der Grundlage gerade auch der Rechtsprechung des BVerfG bestehen aber berechtigte Bedenken, ob die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der geltenden Form verfassungsgemäß ist. Denn das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Asylbewerberleistungsgesetz (Urteil vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/1) ausgeführt, Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG begründe einen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht, das deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht. Insofern müsse ein Leistungsanspruch eingeräumt werden.

Soweit diesem Anspruch entgegen gehalten wird, es stehe dem Antragsteller frei, in sein Heimatland zurückzukehren (vgl etwa LSG BW Beschluss vom 29.06.2015 - L 1 AS 2338/15 ER-B; s. auch LSG NRW Beschluss vom 20.08.2015 - L 12 AS 1180/15 B ER -, Bay LSG Beschluss vom 01.10.2015 - L 7 AS 627/15 B ER -, LSG Hamburg Beschluss vom 15.10.2015 - L 4 AS 403/15 B ER), hat dieser Einwand seine sozialpolitische Bedeutung, aber keinen inhaltlich-argumentativen Bezug zu den o.a. verfassungsrechtlichen Vorgaben. Denn der Gewährleistungspflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 1 GG entspricht deshalb ein Leistungsanspruch des Grundrechts-/Menschenrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde des Einzelnen schützt und diese Würde in solchen Notlagen nur oder doch zumindest in erster Linie durch materielle Unterstützung gesichert werden kann (LSG NW Beschluss vom 04.05.2015 - L 7 AS 139/15 B ER). Der

Einwand beantwortet schlicht die Frage nicht, auf welche Weise und in welchem Sicherungssystem das menschenwürdige Existenzminimum bis zur Ausreise sichergestellt wird, wenn der Betroffene nicht zur Ausreise verpflichtet ist - erst die (vollziehbare) Verpflichtung zur Ausreise weist diese Ausländer dem Asylbewerberleistungsgesetz als Sicherungssystem zu (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG).

Wie weit der Leistungsausschluss reicht und ob bei - verfassungskonformer - Auslegung Leistungen nach dem SGB II oder auch Grundsicherungsleistungen nach dem SGB XII oder auch dem AsylbLG in Betracht kommen, ist in den beim BSG anhängigen Verfahren (vgl etwa B 14 AS 51/13 R, B 14 AS 15/15 R, B 14 AS 15/14 R, B 14 AS 18/14 R, B 14 AS 33/14 R, B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 9/13 R, B 4 AS 24/14 R) von voreiliger Bedeutung. Je nach weichenstellendem Ergebnis wäre ggfs zu klären, ob Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art 20 Abs. 1 GG doch als eigenständige Anspruchsgrundlage fungieren kann oder ob verfassungsrechtlich relevante Fragen über eine Vorlage nach Art. 100 BVerfG zu beurteilen sind zu.

Angesichts der bereits im Vorfeld der Entscheidung des EuGH in Sa Alimanovic vorgetragenen und anschließend wiederholt geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl etwa SG Mainz Beschluss vom 02.09.2015 - S 3 AS 599/15 ER, Kingreen NVwZ 2015, 1503 ff; Kirchhof NZS 2015, 1; Wunder SGB 2015, 620, vgl auch BSG Urteil vom 25.06.2015 - B 14 AS 17/14; juris, Rn 23) steht zu erwarten, dass sich das BSG zu diesen voreilichen Rechtsfragen äußern wird. Die Rechtsfrage, ob die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II gegen Verfassungsrecht verstößt bzw. verfassungskonform einschränkend auszulegen ist, ist jedenfalls in den Verfahren B 14 AS 15/15 R, B 4 AS 59/13 R und B 14 AS 51/13 R auch entscheidungserheblich. Bei den in diesen Verfahren betroffenen alleinstehenden Klägern lässt sich ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen in den angefochtenen Urteilen der Landessozialgerichte (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19.03.2015 - L 31 AS 1258/14 -, Hessisches LSG, Urteil vom 20.09.2013 - L 7 AS 474/13 - und Bayerisches LSG, Urteil vom 19.06.2013 - L 16 AS 847/12 -) nur aus dem Zweck der Arbeitssuche herleiten. Die Klärung ist von grundsätzlicher Bedeutung, da sie über den zu entscheidenden Einzelfall hinaus aus Gründen der Rechtseinheit im allgemeinen Interesse erforderlich ist.

Die Ablehnung von Leistungen für die Zeit ab dem 01.08.2015 durch Bescheid vom 12.08.2015 steht der Bewilligung vorläufiger Leistungen nach § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III nicht entgegen.

Die ablehnende Entscheidung als solche lässt den Anspruch auf vorläufige Leistungen nach § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III nicht bereits aus rechtssystematischen Gründen entfallen. Einer entsprechenden in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung (LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 20.03.2014 - L 29 AS 514/14 B ER - juris; vom 17.03.2014 - L 20 AS 502/14 B ER - juris; Aabel in jurisPK-SGB II, § 40 Rz. 61.1) schließt sich das Gericht nicht an.

Der Senat folgt der Rechtsprechung des BSG, wonach Leistungsbescheide über vorläufige Leistungen (vorläufige Leistungsbescheide) durch die endgültige Festsetzung (endgültige Leistungsbescheide) ersetzt werden und sich dann auf sonstige Weise im Sinne des § 39 Abs. 2 SGB X erledigen (BSG Urteil vom 10.05.2011 - B 4 AS 139/10 R - juris; vgl. auch LSG NRW Urteil vom 31.10.2012 - L 12 AS 691/11 - juris; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 20.03.2014 - L 29 AS 514/14 B ER - juris; vom 17.03.2014 - L 20 AS 502/14 B ER - juris, Aubel in jurisPK-SGB II aaO). "Auf andere Weise erledigen" kann sich ein vorläufiger Leistungsbescheid in diesem Zusammenhang aber nur dann, wenn die Voraussetzungen für seinen Erlass nicht mehr vorliegen (vgl BSG Urteil vom 10.05.2011 - B 4 AS 139/10 R - juris; LSG NRW Urteil vom 31.10.2012 - L 12 AS 691/11 - juris). Dem folgend entfällt der Anspruch auf vorläufige Leistungen nach § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III bei Erlass eines Ablehnungsbescheides erst dann, wenn kein entsprechendes Verfahren beim BSG mehr anhängig ist. Denn § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III ermächtigt dazu, eine "Zwischenregelung" zu treffen, bis die Rechtsfragen, die zu Grund, Höhe und/oder Dauer des Anspruchs entscheidungserheblich sein müssen, geklärt sind (vgl etwa Düe in Brand SGB III 6. Aufl. § 328 Rdnrn 2, 12).

Gerade wenn der Leistungsträger nach einfachgesetzlicher Überprüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, ein Anspruch bestehe nicht, nicht in dieser Höhe oder nicht in diesem zeitlichen Umfang, beginnt der Anwendungsbereich des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III (s. auch Schmidt-De Caluwe in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu SGB III 5. Aufl. § 328 Rn 5). Denn der Gesetzgeber hat mit dieser Vorschrift eine Handhabe bieten wollen, die Leistungen für den Berechtigten kurzfristig verfügbar zu machen und Härten zu vermeiden, die mit längeren Bearbeitungs- oder Zeiten der Unsicherheit über die Rechtslage verbunden sind (Düe aaO Rdnr 2, 5; Schmidt-De Caluwe aaO Rnr 4-9). Für die Dauer des Verfahrens beim BSG bleibt jedenfalls, solange der Ablehnungsbescheid nicht bestandskräftig geworden ist, Raum für eine Ermessensentscheidung, ob und ggfs in welcher Höhe dennoch Leistungen gewährt werden. Im Unterschied zu § 42 SGB I setzt § 328 Abs. 1 Nr. 2 SGB III nicht voraus, dass der Anspruch (dem Grunde nach) besteht. Gerade der Umstand, dass in Revisionsverfahren von grundsätzlicher Bedeutung (hier zumal die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht) zur Klärung anstehen, ist der Anknüpfungspunkt und zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift (vgl auch Schmidt-De Caluwe aaO Rn 5), der einer Erledigung nach § 39 Abs. 2 SGB X entgegen steht. Anwendungsbereich des und Anspruch aus/über § 328 Abs. 1 Nr. 2 SGB III werden nicht dadurch eingeschränkt, dass der Leistungsträger seine Auffassung durch einen Ablehnungsbescheid bereits verlautbart hat. Folgt man dieser Ansicht nicht, hätte der Leistungsträger es in der Hand, bei gleichgelagerter Bedarfs- und Interessenlage die Möglichkeit, vorläufige Leistungen in Anspruch zu nehmen, zu steuern im Sinne von verhindern.

Ist § 328 Abs. 1 bis 3 SGB III als eine Norm im Sinne des § 31 SGB I anzusehen, der den Leistungsträger zum Erlass einer Zwischenregelung ermächtigt, eine Ausnahme vom Verbot des vorzeitigen Verfahrensabschlusses enthält und auch der Verwaltungsvereinfachung dient, kann aus der Regelung ungeachtet ihrer grundsätzlichen Einordnung als (eher) verfahrensrechtliche oder materiell-rechtliche Bestimmung zwanglos (auch) ein subjektiv-öffentliches Recht auf pflichtgemäße Ermessensausübung (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB I) abgeleitet

werden (zur Zielsetzung der Norm und Doppelnatur des Anspruchs s auch Schmidt-De Caluwe aaO Rn 4-9).

Die über diesen Anspruch erstrebte Zwischenregelung hat über die Zuerkennung vorläufiger Leistungen am Ergebnis orientierte Gemeinsamkeiten mit einer Anordnung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Sie unterscheidet sich aber in den Voraussetzungen, im verfahrensrechtlichen Rahmen und im Beweismaßstab, so dass der Anspruch aus/über § 328 Abs. 1 S. Nrn. 1,2 SGB III und seine Durchsetzung durch die Möglichkeiten einer einstweiligen Anordnung im Eilverfahren nicht entbehrlich wird. Auch der Anspruch aus § 328 Abs. 1 SGB III kann Gegenstand eines Eilverfahrens sein.

Die Anwendbarkeit des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen leistungsbegründende, nicht aber - wie hier - leistungsausschließende Normen Gegenstand des Verfahrens sind (so aber SG Karlsruhe Beschluss vom 29.12.2014 - S 15 AS 4229/14 ER). Dies lässt sich über die allgemein üblichen Regeln zur Auslegung einer Norm nicht begründen. Selbst wenn es sich bei § 328 Abs. 1 Satz 1 SGB III nicht um eine eigenständige materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage, sondern (eher) um eine verfahrensrechtlich geprägte Vorschrift handeln sollte, sind weder dem Wortlaut noch der Systematik auch nur ansatzweise Anhaltspunkte für eine solche weitreichende Beschränkung zu entnehmen. Die Ermächtigung zum Erlass einer "Zwischen"-Regelung hat nicht nur den Leistungsträger, sondern - wie bereits oben ausgeführt - auch den Antragsteller im Blick. Er soll nicht (allein) die Nachteile tragen müssen, die mit längeren Bearbeitungszeiten in den von § 328 Abs. 1 Satz 1 Nrn 1 bis 3 SGB III genannten Fällen verbunden sind (Schmidt-De Caluwe aaO Rn 4). Die Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen betrifft zweifellos auch leistungsausschließende Normen. Der Gesetzgeber der Vorgängerregelung zu § 328 SGB III (§ 147 AFG) hatte jedenfalls sämtliche Entscheidungen zu Grund und Höhe im Blick, über die dann auch vorläufig entschieden werden dürfe (Düe aaO Rn 5). Im Übrigen ist die Unterscheidung zwischen leistungsbegründenden und leistungsausschließenden Normen von vorneherein nicht sachgerecht, da dieser Unterschied sich selten in der gesetzestechnischen Ausgestaltung so klar abbildet, wie hier im Falle des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Wie etwa die Altersgrenzen in § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II zeigen, können leistungsausschließende Merkmale ohne weiteres auch in die leistungsbegründende Norm eingearbeitet werden.

Mit dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vom 05.08.2015 haben die Antragsteller auch die Gewährung vorläufiger Leistungen beantragt. Sie haben hinreichend deutlich gemacht, dass sie sich in einer wirtschaftlichen Notsituation befinden, die eine unmittelbare Leistungsbewilligung erforderlich macht. Mit der Wahl des Eilverfahrens haben sie unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass sie kurzfristig zumindest die Bewilligung vorläufiger Leistungen begehren. Über diesen Antrag, der der Sache nach eine zeitnahe Entscheidung verlangt (vgl. auch §§ 42 Abs. 1 letzter Halbsatz, 43 Abs. 1 letzter Halbsatz SGB I), hat der Antragsgegner noch nicht entschieden.

Bei dem hier in Rede stehenden Arbeitslosengeld II handelt es sich um eine (Geld-) Leistung, auf die bei zutreffender Beurteilung des Ermessens nach Maßgabe des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III ein Rechtsanspruch besteht.

Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Tatbestand "Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht ist" in § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III nicht mit der Rechtsfolge einer gebundenen Entscheidung verknüpft hat, sondern der Behörde für diesen Fall eine Entscheidung nach pflichtgemäßen Ermessen eingeräumt hat, spricht nicht von vorneherein gegen eine Ermessensreduzierung auf "Null" (so aber wohl LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 10.12.2014 - L 20 AS 2697/14 B ER "scheidet allein deshalb aus"). Nach allgemein anerkannten Grundsätzen kann bei der zugewiesenen pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens (§ 39 SGB I) im Einzelfall das Ermessen soweit eingeengt sein, dass nur (die) eine Entscheidung rechtmäßig ist und über diesen Weg eine bestimmte Entscheidung zu ergehen hat, auf die der Betroffene einen Rechtsanspruch hat. Mit dieser Begründung ließe sich jegliche Ermessensreduzierung auf "Null" als nicht gewollt darstellen.

Unabhängig von der Zielrichtung der Geldleistungen dürfte es schon regelmäßig pflichtwidrig sein, bei Erfüllung der Voraussetzungen nach § 328 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 und 2 SGB III jegliche vorläufige Leistung abzulehnen (so auch Düe in Brand, SGB III, 6. Auflage 2012, § 328 Rn 18 mwN; vgl auch Schmidt-De Caluwe aaO Rnr 4 aE und 37). Bei der Berücksichtigung etwaiger Abschlüsse wurde auch vor Inkrafttreten des SGB II ein Unterschreiten der Grenzen nach dem SGB II/SGB XII als problematisch angesehen. Angesichts des existenzsichernden Charakters des Arbeitslosengeldes II sowohl in Gestalt der Regelleistung als auch der Kosten der Unterkunft und des aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) i.V.m dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. BVerfG Urteil vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 - juris Rn. 62) wird nach Überzeugung des Senats der Ermessensspielraum weiter eingeengt und im Ergebnis auf Null reduziert, so dass ein Anspruch auf die vorläufige Bewilligung des Arbeitslosengeldes II in voller Höhe besteht (vgl. Eicher aaO; s auch LSG Thüringen Beschluss vom 25.04.2014 - L 4 AS 306/14 B ER - juris; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 27.05.2014 - L 34 AS 1150/14 B ER - www.sozialgerichtsbarkeit.de; SG Halle/Saale Beschluss vom 30.05.2014 - S 17 AS. 2325/14 ER - juris, mwN jeweils zur Ermessensreduzierung auf Null bei existenzsichernden SGB II-Leistungen).

Für den Anordnungsanspruch des Antragstellers zu 3) gilt: Er ist nicht erwerbsfähig, hat aber gem. § 7 Abs. 2 S. 1 iVm § 7 Abs. 3 Nr. 4 und § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft der Antragsteller zu 1) und 2) einen Anspruch auf Sozialgeld, auf welchen Kindergeld gem. § 11 Abs. 1 S. 4 SGB II anzurechnen ist. Der Ausschlussgrund (für Familienangehörige) des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II greift nicht.

Für die Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung der Leistungen besteht auch ein Anordnungsgrund. Den Antragstellern drohen ohne eine einstweilige Anordnung schwerwiegende Nachteile, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr abgewendet werden können. Hinsichtlich des Regelbedarfs folgt dies für die in der Vergangenheit hingenommenen und für die in Zukunft abzuwendenden Beeinträchtigungen schon aus dem unmittelbaren Grundrechtseingriff (Art. 1 Abs. 1 GG), der durch die Verweigerung der zur Deckung des täglichen Lebensbedarfs erforderlichen Mittel entsteht. Dies gilt in noch einmal verstärktem Maße für den Antragsteller zu 3), der im Juni 2015 geborenen ist und im Besonderen der Gewährung von existenznotwendigen und gesundheitsrelevanten Leistungen bedarf.

Den Antragstellern war gem. §§ 73 a Abs. 1 S. 1 Sozialgerichtsgesetz i.V.m. §§ 114 S. 1, 119 Abs. 1 S. 2 Zivilprozessordnung zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens - ohne Prüfung der Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung - ratenfreie Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihres Bevollmächtigten zu bewilligen.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

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

Vorinstanz: Sozialgericht Gelsenkirchen, S 36 AS 1983/15 ER