

1. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II ist europarechtskonform.
2. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II ist verfassungsgemäß.
3. Ein beim Vater lebender nicht deutscher minderjähriger Unionsbürger mit Aufenthaltsrecht in Deutschland vermittelt der ledigen Mutter kein Aufenthaltsrecht nach § 28 Abs 1 S 1 Nr 3 AufenthG (juris AufenthG 2004). Auf die ledige Mutter ist diese Regelung auch nicht analog anzuwenden.

(Leitsätze)

L 7 AS 285/19 B ER

Hessisches Landessozialgericht

Beschluss vom 21.08.2019

T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 14. Mai 2019 aufgehoben und der Antrag abgelehnt.

Die Beteiligten haben einander in beiden Instanzen keine Kosten zu erstatten.

Der Antragstellerin wird unter Beiordnung von Rechtsanwältin ... Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren bewilligt.

G r ü n d e

I.
Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes um die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) für die Zeit vom ... April bis ... September 2019.

Die Antragstellerin ist rumänische Staatsangehörige und lebt in Haushaltsgemeinschaft mit ihrem Lebenspartner, Herrn ... sowie den gemeinsamen Kindern ... (geb. 2012) und ... (geb. 2016).

Der Lebenspartner der Antragstellerin war seit ... August 2017 bei der Firma ... Transportunternehmen als Fahrer (in Teilzeit) beschäftigt und erzielte ein monatliches Entgelt in Höhe von brutto 810,92 Euro/netto 650 Euro (Bl. 126, 127, 132 der Verwaltungsakte). Dieses Beschäftigungsverhältnis kündigte der Arbeitgeber zum 15. November 2018 "aus wirtschaftlichen Gründen" (Bl. 134 der Verwaltungsakte).

Der Lebenspartner der Antragstellerin beantragte am 18. Oktober 2018 (Bl. 111 der Verwaltungsakte) für sich, die Antragstellerin und ihre beiden Kinder Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 27. November 2018 (Bl. 147 der Verwaltungsakte) bewilligte der Antragsgegner SGB II-Leistungen für den Zeitraum vom ... Dezember 2018 bis ... April 2019. Hinsichtlich der Antragstellerin wies er darauf hin, dass diese nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b) und c) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen

sei. Leistungen für den Zeitraum vom ... Oktober bis ... November 2018 lehnte er ab. Zur Begründung für die Ablehnung von Leistungen für den Zeitraum vom ... Oktober bis ... November 2018 führte der Antragsgegner an, dass die Leistungen wegen vorrangiger Leistungen nach § 12a SGB II abgelehnt würden. Zur Begründung für die Ablehnung von Leistungen für den Zeitraum vom 15. bis 30. November 2018 führte der Antragsgegner an, dass Leistungen wegen vorrangiger Leistungen auf Wohngeld gemäß § 12a SGB II abgelehnt würden. Anschließend ergingen am ... Dezember 2018 (Bl. 168 der Verwaltungsakte), am ... Dezember 2018 (Bl. 181 der Verwaltungsakte), am ... Januar 2019 (Bl. 192 der Verwaltungsakte) und am ... Februar 2019 (Bl. 201 der Verwaltungsakte) Änderungsbescheide, mit denen auch Leistungen für November 2018 gewährt wurden, nicht jedoch Leistungen für die Antragstellerin.

Am ... Januar 2019 (Bl. 196 der Verwaltungsakte) stellte der Lebenspartner der Antragstellerin bei dem Antragsgegner einen Antrag auf Überprüfung der vorgenannten Bescheide und berief sich darauf, dass sich die Antragstellerin um die beiden gemeinsamen Kinder kümmere. Er sei über ein Jahr beschäftigt gewesen und werde ab Februar (2019) eine neue Arbeitsstelle haben. Seit Oktober 2018 sei die Antragstellerin nicht mehr krankenversichert.

Aktenkundig ist ein (nicht unterschriebener) Arbeitsvertrag des Lebenspartners der Antragstellerin mit der Firma ... Logistik GmbH vom 1. Juni 2018 (Bl. 202 der Verwaltungsakte) mit einem Beginn des Beschäftigungsverhältnisses als Kraftfahrer der Klasse C/CE zum ... Februar 2019 in Teilzeit mit 20 Wochenstunden (Bruttostundenlohn: 9 €).

Durch Bescheid vom ... Januar 2019 (Bl. 199 der Verwaltungsakte) lehnte der Antragsgegner die Abänderung des Bescheides vom 27. November 2018 in Gestalt der Änderungsbescheide ab und führte in der Begründung aus, die Antragstellerin sei von Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) und c) ausgeschlossen. Für diese komme einzig ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers in Betracht, wobei Familienangehörige i.S. des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) nach § 3 Abs. 2 des genannten Gesetzes nur Ehegatten, Lebenspartner nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz sowie Verwandte in gerader Linie seien. Zwar könne sie von ihren Kindern ein Aufenthaltsrecht ableiten, jedoch nur dann, wenn sie den insoweit in Betracht kommenden freizügigkeitsberechtigten Personen, folglich den gemeinsamen Kindern, Unterhalt gewähre. Somit bestehe bei der Antragstellerin lediglich ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche sowie ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Elternteil freizügigkeitsberechtigter Kinder aus Art. 10 der Verordnung (EU) 492/2011. Den Widerspruch der Antragstellerin vom 19. Februar 2019 (Bl. 216 der Verwaltungsakte) gegen diesen Bescheid wies der Antragsgegner durch Widerspruchsbescheid vom 8. März 2019 (Bl. 226 der Verwaltungsakte) als unbegründet zurück und führte zur Begründung aus, die Antragstellerin habe weder eine abhängige noch eine selbstständige Erwerbstätigkeit oder eine Berufsausbildung ausgeübt noch sei sie daueraufenthaltsberechtigt. Somit komme einzig ein Aufenthaltsrecht als Partnerin oder als Familienangehöriger eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 3 FreizügG/EU, Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 in Betracht. Die

genannte Verordnung gewähre aber ein originäres Aufenthaltsrecht für die Kinder von EU-Bürgern zum Schulbesuch und zur Berufsausbildung. Hinsichtlich beider Kinder der Antragstellerin bestehe indes noch keine Schulpflicht in der Grundschule. Aber abgesehen davon habe die Antragstellerin lediglich ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche und allenfalls ein solches nach Art. 10 der VO (EU) 492/2011. Beides führe jedoch zum Leistungsausschluss nach § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) und c) SGB II. Weitere Aufenthaltsrechte könne die Antragstellerin nicht beanspruchen. Insbesondere scheide ein Aufenthaltsrecht nach §§ 27 ff. Aufenthaltsgesetz (AufenthG) aus. § 28 AufenthG scheide aus, da weder der Lebenspartner der Antragstellerin noch die gemeinsamen Kinder deutsche Staatsangehörige seien. Schließlich sei der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II auch nicht europarechtswidrig.

Am ... März 2019 (Bl. 233 der Verwaltungsakte) beantragte der Lebenspartner der Antragstellerin für sich, die Antragstellerin und ihre beiden Kinder die Weiterbewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II (ab ... April 2019). Der Antragsgegner gewährte mit Bescheid vom ... März 2019 (Bl. 248 der Verwaltungsakte) Leistungen für den Zeitraum vom ... April bis ... September 2019 vorläufig und lehnte die Gewährung von Leistungen für die Antragstellerin ab. Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin am 19. März 2019 (Bl. 255 der Verwaltungsakte) Widerspruch ein.

Die Antragstellerin erhob am ... April 2019 gegen den Bescheid vom ... Januar 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom ... März 2019 Klage beim Sozialgericht Frankfurt am Main (S 16 AS 451/19) und stellte gleichzeitig einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.

Im Verfahren legte die Antragstellerin eine Schulbesuchsbescheinigung der J.schule vom ... 2019 (Bl. 5 der Gerichtsakte) für ... für die Zeit vom ... August 2018 bis ... Juli 2019 für eine Vorklasse an Grundschulen vor.

Während des gerichtlichen Verfahrens setzte der Antragsgegner mit Bescheid vom ... April 2019 (Bl. 277 der Verwaltungsakte) die Leistungen für den Zeitraum vom ... April bis ... September ohne Berücksichtigung der Antragstellerin 2019 endgültig fest. Danach ergingen Änderungsbescheide am 9. Mai 2019 (Bl. 287 der Verwaltungsakte) und am 1. Juni 2019 (Bl. 294 der Verwaltungsakte). Gegen diese Bescheide wurde kein Widerspruch erhoben.

Die Antragstellerin trug vor, sie habe ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011, da ihr Kind ... die Schule besuche und der Kindesvater Arbeitnehmer sei. Dieses Aufenthaltsrecht setze nicht voraus, dass sie Arbeitnehmerin sei. Bedürfe ein minderjähriges Kind der Anwesenheit und Fürsorge eines Elternteiles, so bestehe auch für den Elternteil, der die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehme, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach der genannten Verordnung. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gelte insoweit auch für den sorgeberechtigten Elternteil, der sein Aufenthaltsrecht vom Aufenthaltsrecht seines Kindes ableite. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II sei europarechtswidrig. Hierzu habe das Hessische Landessozialgericht in seinem Beschluss vom 12. Oktober 2018 (L 9 AS 462/18 B ER) ausgeführt,

die Rechtsfrage der Vereinbarkeit mit europäischem Recht erfordere in einem Hauptsacheverfahren eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH). Im vorliegenden Fall (des einstweiligen Rechtsschutzes) entscheide der Senat aber aufgrund einer Folgenabwägung. Dabei überwögen die Interessen der Antragsteller am Erhalt existentieller Leistungen gegenüber dem Interesse der Antragsgegnerin, eventuell vorläufig zu erbringende Leistungen nicht mit Erfolg zurückfordern zu können. Zu der vorgenannten Vorschrift berufe sie sich auf die Ausführungen des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen im Beschluss vom 14. Februar 2019 (L 19 AS 1104/18), mit dem das genannte Gericht das dortige Verfahren ausgesetzt und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt habe. Folglich müsse eine Interessenabwägung/Folgenabwägung auch in dem vorliegenden Fall zu ihren Gunsten vorgenommen werden. Immerhin handele es sich hier um eine äußerst schwierige, höchst umstrittene Rechtsfrage. Ferner stehe ihr - der Antragstellerin - ein Aufenthaltsrecht aus § 28 AufenthG analog zu. Hierzu habe das Hessische Landessozialgericht in seinem Beschluss vom 19. Juni 2018 (Az. L 4 SO 91/18 B ER) ausgeführt, ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 AufenthG erscheine zumindest nicht ausgeschlossen, da der Vater des Kindes in jenem entschiedenen Fall erwerbstätig sei und daher für die Kindesbetreuung allenfalls eingeschränkt zur Verfügung stehe. Besitze ein Kind die Unionsbürgerschaft, so könne es verlangen, so gestellt zu werden, wie ein deutsches Kind. Dies folge gerade aus den vorgenannten Vorschriften. Schließlich habe sie die Nichtgewährung der Leistungen nicht ohne weiteres hingenommen, sondern habe bis Februar 2019 noch Elterngeld bezogen. Zudem sei sie der deutschen Sprache nicht mächtig und habe sich nicht in der Lage gesehen, Widerspruch einzulegen. Über ihre Rechte sei sie vielmehr von einer Beratungsstelle aufgeklärt worden und habe sich sodann an ihre Prozessbevollmächtigte gewandt.

Die Antragstellerin beantragte, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr ab Antragstellung vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner trat dem entgegen. Er trug vor, er halte es für fraglich, ob die Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 für sich ableiten könne. Zwar habe sie nunmehr in dem vorliegenden einstweiligen Anordnungsverfahren eine Schulbescheinigung für Kind E. vorgelegt, die bislang unbekannt gewesen sei. Der Anwendungsbereich der genannten Verordnung erfordere jedoch, dass es sich um Kinder eines EU-Bürgers handele, der im fraglichen Mitgliedstaat beschäftigt sei oder gewesen sei. Die Antragstellerin habe indes in der Bundesrepublik Deutschland noch keine Beschäftigung ausgeübt, sondern lediglich ihr Partner. Zudem handele es sich hier sogar um eine "doppelt-mittelbare" Ableitung eines Aufenthaltsrechts, da sich der Wortlaut des Art. 10 VO (EU) 492/2011 lediglich auf die Kinder beziehe und der Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht zugebilligt werden solle, ohne jemals Arbeitnehmerin gewesen zu sein. Darüber hinaus halte es der Antragsgegner für zu weitgehend, wenn die Antragstellerin über die doppelte Ableitung eines Aufenthaltsrechts in den Schutzbereich der Gleichbehandlung gemäß Art. 7 der VO (EU) 492/2011 gelangen könnte. Aber selbst wenn sich die Antragstellerin auf Art. 10 der genannten Verordnung berufen könne, sei sie von Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c SGB II ausgeschlossen. Zwar werde vertreten, dass dieser Leistungsausschluss europarechtswidrig sei. Unklar sei

jedoch, worin genau diese Europarechtswidrigkeit bestehen solle, wenn demgegenüber Buchst. b dieser Norm europarechtskonform sei (vgl. z.B. EuGH vom 15. September 2015, Az. C-67/14). Unter Folgenabwägungsgesichtspunkten sei ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin monatelang zugewartet habe, bevor sie den Eilantrag gestellt habe, während den übrigen Mitgliedern ihrer Bedarfsgemeinschaft Leistungen gewährt worden seien. Auch auf ein Aufenthaltsrecht aus § 28 AufenthG könne sich die Antragstellerin nicht berufen, weil ihre Kinder nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügten.

Mit Beschluss vom 14. Mai 2019 verpflichtete das Sozialgericht Frankfurt am Main den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung, der Antragstellerin als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Lebenspartner, Herrn ..., und den gemeinsamen Kindern ... und ... vorläufig für den Zeitraum vom 4. April 2019 bis 30. September 2019 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II in gesetzlich vorgesehenem Umfang zu gewähren.

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Regulationsanordnung sei in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang auch begründet. Denn die Antragstellerin habe das Bestehen eines Leistungsanspruchs nach dem SGB II als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Lebenspartner und den gemeinsamen Kindern glaubhaft gemacht. Zwar vermag sich die Antragstellerin allein auf ein in zweifacher Hinsicht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 abgeleitetes Aufenthaltsrecht als die elterliche Sorge wahrnehmendes und nicht erwerbstätiges Elternteil zu berufen, so dass der Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c SGB II sogar erst recht Platz griffe. Indes sei die Europarechtskonformität dieser Vorschrift in der Fassung vom 22. Dezember 2016 derart umstrittenen, so dass auch in der Rechtsprechung die Vorschrift sogar als europarechtswidrig eingestuft werde (vgl. z.B. LSG NRW, Beschluss vom 4. Februar 2019, Az.: L 19 AS 1104/18 in Juris). Zur Überzeugung des Gerichts sei daher im Rahmen der vorzunehmenden Folgenabwägung dem Interesse der Antragstellerin an der Sicherung ihres Lebensunterhaltes gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Vermeidung rechtswidriger Leistungserbringung der Vorzug zu geben. Dies folge nicht nur aus den Gründen, die für eine Europarechtswidrigkeit des § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II sprächen, sondern auch daraus, dass es hier um die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des soziokulturellen Existenzminimums gehe und auch die Familie der Antragstellerin gerade im Hinblick auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge unter dem besonderen grundrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 1 und 2 Grundgesetz (GG) stehe.

Der Antragsgegner sei im Rahmen der hier vorzunehmenden Folgenabwägung zu verpflichten, der Antragstellerin die SGB II-Leistungen als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Lebenspartner und den gemeinsamen Kindern vorläufig für den Zeitraum vom 4. April 2019 bis 30. September 2019 in gesetzlich vorgesehenem Umfang zu gewähren. Denn die Antragstellerin habe zum einen glaubhaft gemacht, dass sie aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 für sich ein Aufenthaltsrecht als die elterliche Sorge wahrnehmendes Elternteil ableiten könne, auch ohne zugleich Arbeitnehmerin zu sein bzw. gewesen zu sein. Zum anderen sei unter Berücksichtigung der vor allem in der Rechtsprechung vorzufindenden Rechtsauffassung mindestens fraglich,

ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II mit dem Europarecht in Einklang stehe. Nach der vorgenannten Vorschrift seien von den Leistungen nach dem SGB II Ausländerinnen und Ausländer ausgenommen, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b (zum Zweck der Arbeitssuche) aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 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, ableiteten, und ihre Familienangehörigen.

Zweifel hinsichtlich der Europarechtskonformität dieser Vorschrift gingen insbesondere dahin, dass hiernach Unionsbürger mit einem Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) 492/2011 grundsätzlich von dem Bezug von Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG ausgeschlossen würden und das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 10 i.V.m. Art. 7 VO (EU) 492/2011 verletzt sei, sofern die SGB II-Leistungen "soziale Vergünstigungen" nach Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 420/2011 darstellten. Letzteres werde jedoch in der Rechtsprechung vertreten (vgl. LSG NRW a.a.O. in Juris). Zugleich könne die Ausschlussnorm gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verstoßen, weil § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) SGB II explizit an die Staatsangehörigkeit der EU "Ausländerinnen und Ausländer" anknüpfe. Zu Recht weise die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin daher insoweit darauf hin, dass es sich bei der Frage des Einklanges der Ausschlussvorschrift mit dem Europarecht um eine komplexe Problematik handele, die im Rahmen eines Eilverfahrens jedenfalls nicht abschließend geklärt werden könne.

Andererseits vermag sich die Antragstellerin auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 auch zu berufen, obwohl sie nicht selbst Arbeitnehmerin gewesen sei oder sei. Denn ausweislich der in dem vorliegenden Verfahren vorgelegten Schulbesuchsbescheinigung vom 25. März 2019 besuche der gemeinsame Sohn E. D. seit 1. August 2018 die J.schule in A-Stadt und habe der Lebenspartner der Antragstellerin zunächst seit 1. August 2017 bis 15. November 2018 in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden und sei nunmehr seit 1. Februar 2019 erneut als Kraftfahrer beschäftigt. Soweit und solange aber ein minderjähriges Kind für die Wahrnehmung seines Ausbildungsrechts aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 der Anwesenheit und Fürsorge eines Elternteils bedürfe, bestehe in gleicher Weise für denjenigen Elternteil, der die elterliche Sorge wahrnehme, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund der genannten EU-Norm. Der Antragstellerin sei danach ein Aufenthaltsrecht zuzubilligen, dass sich zum einen aus dem Aufenthaltsrecht ihres minderjährigen Kindes sowie zum anderen daraus ableite, dass ihr Lebenspartner und Vater des Kindes als Arbeitnehmer tätig sei und daher die elterliche Sorge nur zum Teil selbst wahrnehmen könne (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Februar 2010, Az.: C-480/08; in Juris).

Somit stehe fest, dass der Antragstellerin ein anderes Aufenthaltsrecht als dasjenige zum Zwecke der Arbeitssuche i.S.d. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b SGB II zustünde, sofern sich der Ausschluss nach Buchst. c) dieser Vorschrift als europarechtswidrig herausstelle. Damit sei eine Folgenabwägung vorzunehmen und dabei

dem Interesse der Antragstellerin aus zweierlei Gründen der Vorzug zu geben. Zum einen sei wegen der Sicherung des soziokulturellen Existenzminimums die grundrechtlich geschützte Menschenwürde tangiert und zum anderen der Schutzbereich der Familie und elterlichen Fürsorge aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.

Die Folgenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin verbiete sich auch nicht etwa deswegen, weil diese wegen der Bestandskraft des Bescheides vom 27. November 2018 nicht sogleich um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen vermochte und es hingenommen habe, vom Antragsgegner schon seit 1. November 2018 von den SGB II-Leistungen ausgenommen worden zu sein. Habe ein Eilrechtsschutz wegen der Bestandskraft des Bewilligungsbescheides vom 27. November 2018 keinerlei Erfolgsaussichten, so stehe dem die Annahme der Hilfebedürftigkeit i.S. des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II nicht entgegen. Zudem setze sich der Antragsgegner in Widerspruch, einerseits Hilfebedürftigkeit der übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft anzunehmen, gegenüber der Antragstellerin indes zu mutmaßen, sie habe den Leistungsausschluss vorübergehend (bewusst) hinnehmen können.

Die Antragstellerin sei nach alledem gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b SGB II der Bedarfsgemeinschaft ihres Lebenspartners und der gemeinsamen Kinder zuzuordnen.

Die Antragstellerin habe schließlich auch den erforderlichen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn dieser ergebe sich schon aus der Tatsache, dass es sich bei den streitgegenständlichen Leistungen um solche existenzsichernder Natur handele und die Antragstellerin offenkundig über kein Vermögen bzw. über kein (ausreichendes anderweitiges) Einkommen verfüge. In solchen Fällen sei nach Auffassung des Gerichts stets Eilbedürftigkeit für die Zeit ab Eingang des Eilantrages bei dem Sozialgericht anzunehmen.

Dieser Beschluss wurde dem Antragsgegner am 17. Mai 2019 (Bl. 50 der Verwaltungsakte) zugestellt. Der Antragsgegner hat dagegen am ... Juni 2019 (Bl. 52 der Verwaltungsakt) Beschwerde eingelegt.

Unabhängig von der eingelegten Beschwerde hat der Antragsgegner sich mit Schreiben vom ... Juni 2019 (Bl. 315, 321 der Verwaltungsakte) bereit erklärt, die erstinstanzlich zugesprochenen Leistungen vorläufig auszusahlen.

Der Antragsgegner verweist auf den Beschluss des Senats vom 31. Oktober 2016 (L 7 AS 565/16 B ER, Juris), in dem bereits vor einer ausdrücklichen Normierung eines Leistungsausschlusses in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II ein solcher Leistungsausschluss angenommen worden sei.

Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 17. Mai 2019 aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hält den erstinstanzlichen Beschluss für zutreffend. Außerdem habe die Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Aufenthaltsgesetz.

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

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist auch begründet.

Das Sozialgericht Frankfurt am Main hat den Antragsgegner zu Unrecht zur vorläufigen Erbringung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II an die Antragstellerin verpflichtet.

Für die Begründung einer Rechtsposition im einstweiligen Rechtsschutz ist ein Antrag auf eine Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft. Der Antrag muss zulässig sein und die Anordnung muss zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheinen. Es muss ein materielles Recht bestehen, für das einstweiliger Rechtsschutz geltend gemacht wird (Anordnungsanspruch), und eine vorläufige Regelung muss notwendig sein, weil ein Abwarten auf die Entscheidung im Hauptsacheverfahren nicht zumutbar ist (Anordnungsgrund). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung - ZPO).

Vorliegend ist jedoch bereits ein Anordnungsanspruch der Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, da die Antragstellerin keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hat.

Soweit für die Antragstellerin ausschließlich ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland zur Arbeitsuche in Betracht kommt, ist sie nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b) SGB II von den Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen. Soweit die Antragstellerin überhaupt nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügt, ist sie nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) SGB II ebenfalls von den Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen. Beides stellt keinen Verstoß gegen europäisches Recht dar (siehe dazu ausführlich Beschluss des Senats vom 11. Dezember 2014, L 7 AS 528/14 B ER, Juris, Rdnr. 40 ff.; so jetzt auch ausdrücklich EuGH, Urteil vom 15. September 2015, Rechtssache C-67/14 - Alimanovic -, Rdnr. 48 ff.). Soweit für die Antragstellerin, die nicht über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt, ausschließlich ein mittelbar aus dem Aufenthaltsrecht ihres Kindes nach Art. 10 der VO (EU) 492/2011 abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 oder eine solches Recht neben einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche in Betracht kommt, ist sie nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen

Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II sind von der Leistungsberechtigung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II Ausländerinnen und Ausländer ausgeschlossen, die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b) aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten, und ihre Familienangehörigen.

Diese Regelung ist nicht wegen Verstoßes gegen europarechtliche Vorschriften für die Antragstellerin nicht anwendbar. Sie verstößt auch nicht gegen nationales Verfassungsrecht.

Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II ist mit europäischem Recht vereinbar (zum Meinungsstand pro und contra siehe Vorlagebeschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 14. Februar 2019, Juris, Rdnr. 39, 46 f., 48 ff.).

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II verstößt, soweit sich die Antragstellerin neben einem aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 abgeleiteten Aufenthaltsrecht auch auf ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche berufen kann, nicht gegen Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG. Art. 24 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/38/EG bestimmt, dass vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats genießt. Zwar wird die Antragstellerin gegenüber den deutschen Staatsangehörigen anders behandelt weil die Antragstellerin im Gegensatz zu den deutschen Staatsangehörigen durch § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen wird. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG erlaubt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 15. September 2015, Rechtssache C-67/14 - Alimanovic -, Juris, Rdnr. 63). Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG bestimmt, dass abweichend von Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet ist, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen und 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 der Richtlinie 2004/38/EG einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Damit ist der Aufnahmestaat nicht verpflichtet Personen, die nicht als Arbeitnehmer oder Selbständige tätig sind oder deren Status als Arbeitnehmer oder Selbständige noch fortwirkt sowie deren Familienangehörigen, in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts und für die Zeit, in der sie arbeitssuchend sind, Sozialhilfe zu gewähren. Damit ist die Bundesrepublik Deutschland nicht verpflichtet, der Antragstellerin Sozialhilfe zu gewähren. Die hier begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II stellen auch Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG dar (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 63; BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2012, B 4 AS 9/13 R, Juris, Rdnr. 41; LSG Hessen, Urteil vom 27. November 2013, L 6 AS 378/12, Juris, Rdnr. 59). Die Bundesrepublik

Deutschland ist bei einem solchen Leistungsausschluss auch nicht verpflichtet, in jedem Einzelfall eine Prüfung vorzunehmen, ob der Leistungsausschluss im Hinblick auf die persönliche Situation des Unionsbürgers in Abwägung mit der Zielsetzung, eine unangemessene Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zu verhindern, unverhältnismäßig ist (so aber LSG Hessen, 6. Senat, Beschluss vom 30. September 2013, L 6 AS 433/13 B ER, Juris, Rdnr. 36; dies auch für möglich haltend BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2012, B 4 AS 9/13 R, Juris, Rdnr. 42, ablehnende dagegen EuGH, Urteil vom 15. September 2015, Rechtssache C-67/14 - Alimanovic -, Juris, Rdnr. 59 ff.).

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II verstößt auch weder in Hinblick auf ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zur Arbeitssuche noch in Hinblick auf ein aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 abgeleitetes Aufenthaltsrecht gegen Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004). Nach Art. 4 dieser Verordnung haben Personen, für die diese Verordnung gilt, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Diese Verpflichtung gilt auch für Personen, die "besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 und Art. 70 VO (EG) 883/2004 beanspruchen (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 46 ff.). Stellen die hier begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II "besondere beitragsunabhängige Geldleistungen" nach Art. 70 der VO (EG) 883/2004 dar (vgl. BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2013, B 4 AS 9/13 R, Juris, Rdnr. 33), sind dafür auch die Regelungen des Art. 4 VO (EG) 883/2004 anzuwenden. Die Antragstellerin hat dann gegenüber den deutschen Staatsangehörigen nicht die gleichen Rechte und Pflichten, weil die Antragstellerin im Gegensatz zu den deutschen Staatsangehörigen durch § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen wird. Diese unterschiedliche Behandlung ist jedoch durch Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG erlaubt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 15. September 2015, Rechtssache C-67/14 - Alimanovic -, Juris, Rdnr. 63). Dabei ist Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG im Verhältnis zu Art. 4 VO (EG) 883/2004 als Spezialregelung anzusehen (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3. Mai 2012, L 9 AS 347/12 B ER, Juris, Rdnr. 42; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 15. November 2013, L 15 AS 365/13 B ER, Juris, Rdnr. 61). Die VO (EG) 883/2004 enthält Vorschriften zur Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit und gilt nach Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 auch für besondere beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne von Art. 70 VO (EG) 883/2004. Sowohl für die Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit als auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen im Sinne von Art. 70 VO (EG) 883/2004 wird in Art. 4 VO (EG) 883/2004 das Gebot der Gleichbehandlung mit Staatsangehörigen ausgesprochen. Die Richtlinie 2004/38/EG regelt dagegen die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten genießen (Art. 1 Buchstabe a) der Richtlinie 2004/38/EG) und erlaubt den Aufnahmestaaten unter Einschränkung des in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG angesprochenen Gleichbehandlungsrechts mit Staatsangehörigen des Aufnahmestaates durch Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG, speziell die Leistung von Sozialhilfe für Arbeitssuchende, die

sich länger als drei Monate im Aufnahmestaat aufhalten, auszuschließen. Diese spezielle Regelung geht damit der in Art. 4 VO (EG) 883/2004 getroffenen allgemeinen Regelung vor. Dies wird nach Ansicht des Senats auch durch den Ansatz des Europäischen Gerichtshofs in seiner Entscheidung vom 11. November 2014 (Rechtssache C-333/13, Dano) bestätigt. In dieser Entscheidung weist der Europäische Gerichtshof darauf hin, dass ein Unionsbürger eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nur verlangen kann, wenn die Aufenthaltsvoraussetzungen der Richtlinie 2004/38 erfüllt sind (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 69). Er benutzt also die Regelungen der Richtlinie 2004/38 als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung und zwar sowohl in Hinblick auf Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 82) als auch in Hinblick auf Art. 4 VO (EG) 883/2004 (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 83).

Der Senat ist der Auffassung, dass die Schranken- bzw. Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG auch Ungleichbehandlungen hinsichtlich des Bezugs von Sozialleistungen bei einem aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 abgeleiteten Aufenthaltsrecht rechtfertigt (so auch Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. September 2017, L 21 AS 1459/17 B ER, Juris, Rdnr. 50; a.A. Vorlagebeschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 14. Februar 2019, Juris Rdnr. 48 ff.). Nach Auffassung des Senats stellt Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG nicht lediglich eine Ausnahme von dem Diskriminierungsverbot in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG, sondern auch eine Ausnahme von anderen allgemeinen Diskriminierungsverboten dar (vgl. auch Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. September 2017, L 21 AS 1459/17 B ER, Juris, 69, 82, 88). Würde man annehmen, dass Diskriminierungsverbote für Personen, denen kein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG, sondern ein Aufenthaltsrecht ausschließlich nach der VO (EU) 492/2011 zustehen, im Gegensatz zu Diskriminierungsverboten für Personen, denen ein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG zusteht, schrankenlos gewährt werden, würde dies dem in dem zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38/EG genannten Ziel zuwider laufen, eine unangemessene Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedsstaats durch Unionsbürger, die Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten sind, zu verhindern (so auch Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. September 2017, L 21 AS 1459/17 B ER, Juris, 78; vgl. auch BR-Drs. 587/16, S. 8).

Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstößt auch nicht gegen Art. 18 AEUV in Verbindung mit Art. 10 und Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 492/2011, der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet. Art. 18 AEUV wird durch Art. 24 Richtlinie 2004/38/EG für Unionsbürger, die von ihrer Freiheit Gebrauch machen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, konkretisiert (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 61). Außerdem wird Art. 18 AEUV durch Art. 4 VO (EG) 883/2004 für Unionsbürger, die im Aufnahmemitgliedsstaat Leistungen nach Art. 70 Abs. 2 der VO (EG) 883/2004 beanspruchen, weiter konkretisiert (EuGH, Urteil vom 11. November 2014, Rechtssache C-333/13 - Dano -, Juris, Rdnr. 61). Da die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II

nicht gegen diese Konkretisierungen verstößt (siehe dazu oben), verstößt sie auch insgesamt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aus Art. 18 AEUV.

Es besteht auch kein Aufenthaltsrecht nach § 11 Freizügigkeitsgesetz/EU in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz (analog) unter Berücksichtigung von Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Eine unmittelbare Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz scheitert daran, dass die Kinder der Antragstellerin nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Aber auch eine insoweit analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz kommt aus Sicht des Senats nicht in Betracht (siehe dazu ausführlich Beschluss des Senats vom 28. Juni 2017, L 7 AS 140/17 B ER, nicht veröffentlicht, aber mit Verweis auf Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. Mai 2017, L 31 AS 1000/17 B ER, Juris). Auch bei Verneinung eines Aufenthaltsrechts der Antragstellerin nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz (analog) sieht der Senat nicht die zwingende Notwendigkeit, dass die Kinder in diesem Fall zwangsläufig die Bundesrepublik Deutschland verlassen müssen. Denn der Lebensgefährte der Antragstellerin übt derzeit offensichtlich eine Beschäftigung in Teilzeit mit 20 Wochenstunden aus, die ihm eine Betreuung der Kinder ermöglicht, wenn diese sich nicht in Kindergarten und Schule befinden.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II hat der Senat nicht (so auch LSG Thüringen, Beschluss vom 1. November 2017, L 4 AS 1225/17 B ER, Juris, Rdnr. 25 ff. m.w.N.).

Das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern. Es steht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134). Bei der Bestimmung der Höhe der derart gebotenen Leistungen verfügt der Gesetzgeber über einen Gestaltungsspielraum; er hat die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Leistungsbedingungen im Hinblick auf die konkreten Bedarfe der Betroffenen auszurichten (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134). Er kann bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012, 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134).

Der Gesetzgeber hat mit dem Ausschluss von laufenden Leistungen für Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben oder die ihr Aufenthaltsrecht allein aus Art. 10 der VO (EU) 492/2011 ableiten, die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Leistungsansprüche sind für diese Personengruppe nach der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Rechtslage nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern lediglich auf solche Hilfen beschränkt, die erforderlich sind, um die Betroffenen in die Lage zu versetzen, existenzsichernde Leistungen ihres Heimatlandes in Anspruch zu nehmen. So räumt § 23 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII) nunmehr

einen Anspruch auf eingeschränkte Hilfen bis zur Ausreise – Überbrückungsleistungen – ein (Abs. 3 Satz 3, 5) und verpflichtet die Behörde darüber hinaus zur Übernahme der Kosten der Rückreise (Abs. 3a). Durch eine Härtefallregelung (Abs. 3 Satz 6) wird zudem jetzt sichergestellt, dass im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte Leistungen erbracht werden, die nach Art, Umfang und/oder Dauer noch über die "normalen" Überbrückungsleistungen hinausgehen. Der Gesetzgeber bewegt sich mit dieser Regelung innerhalb des Spielraums, welcher ihm bei der Ausgestaltung des Anspruchs auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG eingeräumt ist. (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2017, L 23 SO 30/17 B ER, Juris, Rdnr. 42).

Anders als dem Personenkreis, für den das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) einen Anspruch auf laufende existenzsichernde Leistungen vermittelt, ist es Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Regel ohne weiteres möglich, kurzfristig in ihren Heimatstaat zurück zu reisen, um dort anderweitige Hilfemöglichkeiten zu aktivieren. Daher kann die Gewährleistungsverpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG für Anspruchsberechtigte nach dem AsylbLG, die gerade nicht in jedem Fall zeitnah in ihre Heimat zurückkehren können, um dort ihren Lebensunterhalt zu sichern, auch umfangreichere und länger andauernde Leistungen zur Existenzsicherung erfordern. Bei Unionsbürgern kann sich die Gewährleistungsverpflichtung demgegenüber darin erschöpfen, sie bei den Bemühungen der Selbsthilfe durch eingeschränkte Leistungen (z. B. Überbrückungsleistungen, Übernahme der Kosten der Rückreise) zu unterstützen (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2017, L 23 SO 30/17 B ER, Juris, Rdnr. 43 m.w.N.).

Die Antragstellerin kann ihre geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf eine Verurteilung des zuständigen und möglicherweise beizuladenden Sozialhilfeträgers nach § 75 Abs. 2 2. Alt, Abs. 5 SGG in Hinblick auf die Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs. 3 Sätze 3, 5 und 6 SGB XII in der ab 22. Dezember 2016 geltenden Fassung stützen.

Eine Beiladung und eine Verurteilung nach § 75 Abs. 2 2. Alt, Abs. 5 SGG setzt zwar nicht voraus, dass sich der mit der Klage geltend gemachte Anspruch und der Anspruch gegen den anderen Träger inhaltlich derselbe Anspruch ist oder sich diese Ansprüche inhaltlich vollständig decken, sie dürfen sich aber nach Rechtsgrund und Rechtsfolge nicht wesentlich unterscheiden (Straßfeld, in: Roos/Wahrendorf (Hrsg.), SGG, 1. Auflage 2014, § 75 Rdnr. 296; B. Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, 2017, § 75 Rdnr. 18 m.w.N.; siehe auch Bundessozialgericht, Urteil vom 8. Mai 2007, B 2 U 3/06 R, Juris, Rdnr. 27). Die Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Sätze 3, 5 und 6 SGB XII stellen jedoch gegenüber den beim Beklagten beantragten und im gerichtlichen Verfahren geltend gemachten Leistungen nach dem SGB II nach Auffassung des Senats, die sich in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung der Landessozialgerichte befindet, ein aliud dar (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018, L 19 AS 1434/18 B ER, Juris, Rdnr. 25 m.w.N.; Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 2. August 2017, L 8 SO 130/17 B ER, Juris, Rdnr. 64 m.w.N.; Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom

26. Februar 2018, L 19 AS 249/18 B ER, Juris, Rdnr. 35 m.w.N.; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER, Juris, Rdnr. 21 f. m.w.N.; vgl. auch Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2017, L 23 SO 30/17 B ER, Juris, Rdnrn. 46, 48 m.w.N.; a.A. lediglich LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. Januar 2018, L 7 AS 2299/17 B, Juris, Rdnr. 15), so dass eine Beiladung des Sozialhilfeträgers nicht erfolgen muss (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Februar 2018, L 19 AS 249/18 B ER, Juris, Rdnr. 35; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER, Juris, Rdnr. 21). Denn der Bezug der Überbrückungsleistungen ist - anders als bei laufenden Leistungen - auf eine kurze überbrückbare Absicherung des Aufenthalts bis zur Ausreise gerichtet und dient der Vorbereitung dieser Ausreise aus dem Bundesgebiet und besitzt Ausnahmecharakter (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018, L 19 AS 1434/18 B ER, Juris, Rdnr. 25 m.w.N.; Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 2. August 2017, L 8 SO 130/17 B ER, Juris, Rdnr. 64 m.w.N.; Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017, L 15 AS 62/17 B ER, Juris, Rdnr. 21).

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG und folgt dem Ergebnis in der Hauptsache.

Prozesskostenhilfe für das Rechtsmittelverfahren unter anwaltlicher Beiordnung ist zu bewilligen, weil die Antragstellerin bedürftig ist (§ 73a Abs. 1 S. 1 Sozialgerichtsgesetz -SGG- i.V.m. § 114 Abs. 1 S. 1 Zivilprozessordnung -ZPO-). Hinreichende Erfolgsaussichten sind nicht zu prüfen, weil die Gegenseite das Rechtsmittel eingelegt hat (§ 73a Abs. 1 S.1 SGG i.V.m. § 119 Abs. 1 S. 2 ZPO).

Die anwaltliche Beiordnung erfolgt nach § 73a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 121 Abs. 2 ZPO. Sie ist erforderlich, weil die Gegenseite sich im Rechtsstreit rechtskundiger und prozessererfahrener Mitarbeiter bedient, deren Kenntnis- und Erfahrungsstand der Antragstellerin ohne anwaltliche Hilfe nicht zur Verfügung steht (vgl. zum Maßstab: BVerfG vom 6. Mai 2009 – 1 BvR 439/08 – m.w.Nw.).

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.

Vorinstanz: Sozialgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 14. Mai 2019, S 16 AS 438/19 ER