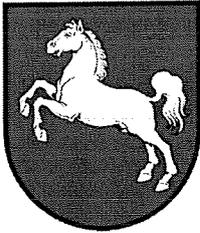
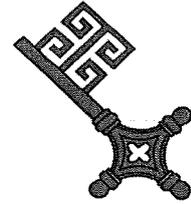


Beglaubigte Abschrift



Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen



Beschluss

L 8 SO 158/21 B ER

S 33 SO 87/21 ER Sozialgericht Bremen

In dem Beschwerdeverfahren

– Antragsteller und Beschwerdeführer –

Prozessbevollmächtigte:

ADC Rechtsanwält*innenbüro Markovic & von Borstel,
Pappelstraße 76, 28199 Bremen

gegen

Stadtgemeinde Bremen vertreten durch die Senatorin, für Soziales, Jugend, Frauen, Integra-
tion und Sport,
Bahnhofplatz 29, 28195 Bremen

– Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

beigeladen:

Jobcenter Bremen,
vertreten durch die Geschäftsführung,
Utbremer Straße 90, 28217 Bremen

hat der 8. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen am 20. Oktober 2021 in
Celle durch die Richter Wessels und Frerichs sowie die Richterin Höfer beschlossen:

**Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts
Bremen vom 20. Juli 2021 aufgehoben.**

**Der Beigeladene wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem
Antragsteller vorläufig unter den Vorbehalt der Rückforderung Leistungen zur
Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 7. Juli 2021
bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Klageverfahren S 23 AS 583/21,
längstens bis zum 28. Februar 2022 zu gewähren.**

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.

Der Beigeladene hat die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers für beide Instanzen zu erstatten. Im Übrigen sind keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes über existenzsichernde Leistungen.

Der 1984 geborene Antragsteller ist litauischer Staatsangehöriger. Nach der vorliegenden Meldebescheinigung begründete er aus Spanien kommend am 7.3.2016 seinen ersten Wohnsitz im Stadtgebiet der Antragsgegnerin, wo auch seine beiden Brüder leben. Vom 16.3.2016 bis zum 15.3.2018 war er bei der Firma M&N Personaldienstleister GmbH & Co. KG beschäftigt. Er ist seit mehreren Jahren heroinabhängig. Eine Substitutionsbehandlung wurde im Mai 2021 beendet. Seit Anfang Dezember 2019 wohnt er in der Notunterkunft La Campagne der Therapiehilfe Bremen gGmbH. Für die Zeit vom 23.8. bis 4.12.2019 liegt keine melderechtliche Erfassung einer Wohnung vor. Vom 6.10.2020 bis zur fristgerechten Kündigung durch den Arbeitgeber in der Probezeit zum 23.10.2020 bei einem Personaldienstleistungsunternehmen war der Antragsteller als Produktionshelfer beschäftigt.

Der Beigeladene lehnte mit Bescheid vom 30.11.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.3.2021 einen Antrag des Antragstellers auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ab. Dagegen erhob der Antragsteller bei dem Sozialgericht (SG) Bremen Klage - S 23 AS 583/21 -, über die noch nicht entschieden ist.

Der Antragsteller beantragte am 7.6.2021 bei der Antragsgegnerin die Gewährung von Hilfe zu Lebensunterhalt nach dem SGB XII. Zugleich hat er beim SG Bremen einen entsprechenden Eilantrag gestellt. Sein Lebensunterhalt sei nach dem Auslaufen von Arbeitslosengeld I (Restanspruch bis zum 25.5.2021) nicht mehr gesichert. Die Kosten seiner Unterbringung in der Notunterkunft seien im Rahmen der sog. Kälteregelung nur bis zum 31.5.2021 von der Antragsgegnerin übernommen worden. Nur bis zum 7.6.2021 sei durch eine einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts (VG) Bremen (Beschluss vom 1.6.2021 - 2 V 1085/21 -) nach Obdachlosenpolizeirecht die Unterbringung in der Notunterkunft gesichert.

Das Migrationsamt der Freien Hansestadt Bremen hat mit Verfügung vom 14.6.2021 festgestellt, dass der Antragsteller keine Freizügigkeit nach dem FreizügG/EU genießt, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt, ihn unter Setzung einer Frist von einem Monat zur Ausreise aufgefordert und ihm für den Fall der nicht fristgerechten Ausreise die Abschiebung nach Litauen angedroht. Den Widerspruch des Antragstellers hat das Migrationsamt mit Widerspruchsbescheid vom 27.8.2021 zurückgewiesen. Dagegen hat der Antragsteller beim VG Bremen Klage - 4 K 2005/21 - erhoben.

Die Antragsgegnerin hat im Eilverfahren erwidert, über den Antrag des Antragstellers sei noch nicht entschieden, er habe aber vorrangig Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Das vom SG beigeladene Jobcenter hat entgegnet, der Antragsteller habe - wie sich im Einzelnen aus dem Widerspruchsbescheid vom 31.3.2021 ergebe - keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Es liege keine von der Agentur für Arbeit bestätigte unfreiwillige Arbeitslosigkeit vor, weil der Antragsteller durch Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten seine Arbeitslosigkeit selbst verursacht habe. Zudem sei ihm vom Migrationsamt mit Verfügung vom 14.6.2021 sein Freizügigkeitsrecht aberkannt worden.

Das SG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 20.7.2021 abgelehnt. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, weil er entweder nach § 21 SGB XII oder gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII von solchen Leistungen ausgeschlossen sei. Auch der Beigeladene sei nicht gemäß § 75 Abs. 5 SGG zu verpflichten. Der Antragsteller sei gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen, weil er über kein Freizügigkeitsrecht verfüge. Auf einen ein solches Recht begründenden fortwirkenden Arbeitnehmerstatus (§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU) nach seiner Beschäftigung vom 16.3.2016 bis zum 15.3.2018 könne er sich nicht erfolgreich berufen, weil er die für das Freizügigkeitsrecht konstitutive Bestätigung seiner Arbeitslosigkeit durch die Bundesagentur für Arbeit nicht vorgelegt habe. Auch ein mehr als fünfjähriger Aufenthalt in Deutschland führe nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Rückausnahme des § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II greife wegen der mit Bescheid vom 16.4.2021 erfolgten Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts nicht ein. Als EU-Bürger sei der Antragsteller nicht leistungsberechtigt nach dem AsylbLG.

Der Antragsteller hat gegen den ihm am 24.7.2021 zugestellten Beschluss des SG am 24.8.2021 Beschwerde eingelegt, mit der er sein Begehren weiterverfolgt.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin den Antrag des Antragstellers auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII mit Bescheid vom 7.9.2021 im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, es bestehe ein vorrangiger Leistungsanspruch nach dem SGB II.

Die Antragsgegnerin und der Beigeladene beziehen sich zur Antragserwiderung auf ihr bisheriges Vorbringen sowie auf die Begründung des angegriffenen SG-Beschlusses.

II.

Die form- und fristgerecht (§ 173 SGG) eingelegte und auch zulässige, insbesondere statthafte (§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG i.V.m. § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG) Beschwerde des Antragstellers ist teilweise - in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang - begründet.

Das SG hat den gegen die Antragsgegnerin gerichteten Eilantrag zu Recht abgelehnt. Der Beigeladene ist hingegen antragsgemäß zu verpflichten, vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Der Eilantrag gegen die Antragsgegnerin ist als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 86b Abs. 2 SGG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Einstweilige Anordnungen sind nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist, dass ein geltend gemachtes Recht gegenüber dem Antragsgegner besteht (Anordnungsanspruch) und der Antragsteller ohne den Erlass der begehrten Anordnung wesentliche Nachteile erleiden würde (Anordnungsgrund). Sowohl die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines in der Sache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs als auch die Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII glaubhaft gemacht. Nach § 21 Satz 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt. Für das Vorliegen einer dem Grunde nach bestehenden Leistungsberechtigung ist nicht allein auf die - hier anzunehmende - Erwerbsfähigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II) abzustellen. In die Prüfung ist auch einzubeziehen, ob ein im SGB II normierter Leistungsausschluss - beispielsweise nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II - eingreift. Ist dies der Fall, besteht nach dem SGB II keine Leistungsberechtigung dem Grunde nach (Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - juris Rn. 40-43). Der Antragsteller hat seine Leistungsberechtigung nach dem SGB II glaubhaft gemacht (siehe unten).

Soweit der Eilantrag gegen den Beigeladenen gerichtet ist, ist er ebenfalls als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig. Es liegt ein Streitiges Rechtsverhältnis (ablehnender Bescheid vom 30.11.2020, Widerspruchsbescheid vom 31.3.2021, Klage - S 23 AS 583/21 - vom 4.5.2021) gemäß § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG vor.

Der gegen den Beigeladenen gerichtete Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch begründet. Der Antragsteller hat gegen den Beigeladenen einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II sowie einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Er hat glaubhaft gemacht, dass er die Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erfüllt. Seine Erwerbsfähigkeit, seine Hilfebedürftigkeit und sein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland sind zu Recht nicht streitig.

Es kann offen bleiben, ob der Ausschlussstatbestand nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verwirklicht ist. Der Ausschluss ist hier jedenfalls nach § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen abweichend von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben (§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II); dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt wurde (Halbsatz 2 der Vorschrift). Die Fünfjahresfrist beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde (§ 7 Abs. 1 Satz 5 SGB II). Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet (§ 7 Abs. 1 Satz 6 SGB II).

Der Antragsteller hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit mehr als fünf Jahren in Deutschland. Die für den Beginn der Frist maßgebliche Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde erfolgte am 7.3.2016. Trotz der melderechtlichen Lücke vom 23.8. bis 4.12.2019 ist es überwiegend wahrscheinlich, dass der heroinabhängige Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit Anfang März 2016 durchgängig im Stadtgebiet der Antragsgegnerin hatte, weil dort auch seine ihn unterstützenden Brüder leben und es keinerlei Anhaltspunkte für eine Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts gibt. Eine durchgehende Anmeldung ist keine Voraussetzung für die Begründung einer fünfjährigen Aufenthaltsverfestigung, sondern nur das Vorliegen eines fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts nach erstmaliger Anmeldung im Inland (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.5.2020 - L 18 AS 1812/19 - juris Rn. 20). Für die Beurteilung, in welchem Zeitraum ein gewöhnlicher Aufenthalt bestanden hat, kommt es wiederum - wie bei § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II - nicht auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts an. Die Voraussetzungen, unter denen Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts auf die Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet werden (§ 7 Abs. 1 Satz 6 SGB II), liegen nicht vor. Ein

Unionsbürger (§ 1 FreizügG/EU) kann erst dann ausreisepflichtig sein, wenn die Ausländerbehörde festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU); bis zu einer solchen Feststellung besteht zumindest auf Grund der generellen Freizügigkeitsvermutung ein Aufenthaltsrecht (BSG, Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - juris Rn. 34; vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 14.12.2016 - 1 C 13/16 - juris Rn. 20).

Die Gegenausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 SGB II greift nicht ein. Dem Antragsteller kann nicht entgegengehalten werden, dass der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt wurde.

Sein Widerspruch und seine Klage gegen die mit Bescheid vom 14.6.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.8.2021 getroffenen Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, nach der die Ausnahme nach § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II von den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreifen kann, wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG festgestellt wurde, aber gegen die Feststellung mit aufschiebender Wirkung Widerspruch/Klage erhoben worden ist. Der Verlustfeststellung kommt insoweit keine Tatbestandswirkung zu (Senatsbeschluss vom 6.11.2017 - L 8 SO 262/17 B ER - juris Rn. 29 f.; Hess. LSG, Beschluss vom 10.7.2018 - L 9 AS 142/18 B ER - juris Rn. 12; Sächs. LSG, Beschluss vom 20.3.2018 - L 3 AS 73/18 B ER - juris Rn. 39 ff.; Siefert in jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. 2020, § 23 Rn. 83 m.w.N.; a.A.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.3.2018 - L 19 AS 133/18 B ER, L 19 AS 134/18 B - juris Rn. 9; LSG Hamburg, Beschluss vom 28.9.2017 - L 4 SO 55/17 B ER - juris Rn. 6; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26.5.2017 - L 15 AS 62/17 B ER - juris Rn. 11 f. und vom 25.11.2016 - L 11 AS 567/16 B ER - juris Rn. 17, SG Darmstadt, Vorlagebeschluss vom 14.1.2020 – S 17 SO 191/19 ER – juris Rn. 389, nachfolgend aber BVerfG, Beschluss vom 26.2.2020 – 1 BvL 1/20- juris Rn. 18 unter Bezugnahme auf die Senatsrechtsprechung). Eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) der Verlustfeststellung des Migrationsamts liegt nach Aktenlage nicht vor.

Der Antragsteller unterfällt auch nicht dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II. Er gehört nicht zu den Leistungsberechtigten nach § 1 AsylbLG. Insoweit kann offenbleiben, ob das AsylbLG überhaupt auf Unionsbürger anwendbar ist (zum Meinungsstand: Frerichs in jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. 2020, § 1 AsylbLG Rn. 43). Er erfüllt ohnehin nicht die Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung nach dem AsylbLG, insbesondere ist er wegen der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den „Verlustfeststellungsbescheid“ nicht vollziehbar ausreisepflichtig (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG).

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Bei einem laufende existenzsichernde Leistungen betreffenden Eilverfahren ist ein Anordnungsgrund nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu verneinen, an denen es vorliegend fehlt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Der Antragsgegner hat seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

Wessels

Frerichs

Höfer

Beglaubigt
Celle, 21.10.2021

- elektronisch signiert -
Denecke
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle