

# Langtext

**Gericht:** SG Speyer 16. Kammer  
**Entscheidungsdatum:** 17.08.2017  
**Aktenzeichen:** S 16 AS 908/17 ER  
**Dokumenttyp:** Beschluss

**Quelle:** 

**Normen:** Art 1 Abs 1 GG, Art 20 Abs 1 GG, § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2, § 47a Abs 7 S 1 Nr 1 SGB 2, § 23 Abs 3 SGB 12, § 23 Abs 3a SGB 12

Europarechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung

## Leitsatz

Die Ausschlusstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstoßen gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art 20 Abs. 1 GG (Anschluss an SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -).

Der von den Ausschlusstatbeständen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II betroffene Personenkreis hat keinen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII. Die eingefügten Sonder- und Härtefallregelungen des § 23 Abs. 3 SGB XII und § 23 Abs. 3a SGB XII in der ab dem 29.12.2016 geltenden Fassung können den Verfassungsverstoß nicht kompensieren, da sie dem verfassungsrechtlichen Gebot, die für die Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wesentlichen Regelungen hinreichend bestimmt selbst zu treffen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 - S 3 AS 130/14 -, Rn. 252 ff.) nicht genügen.

An der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind Fachgerichte für den Fall, dass sie die angegriffene Regelung für verfassungswidrig erachten, nicht dadurch gehindert, dass sie über die Frage der Verfassungswidrigkeit nicht selbst entscheiden könnten, sondern insoweit die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG einholen müssten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.06.1992 - 1 BvR 1028/91 -, Rn. 29).

Die Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II sind erfüllt, wenn die für die Leistungsbewilligung entscheidungserhebliche Vorschrift insofern einen Gegenstand eines Verfahrens vor dem BVerfG bildet, dass sie im Falle der Nichtigkeitserklärung der im engeren Sinne verfahrensgegenständlichen Vorschrift mit hoher Wahrscheinlichkeit nach § 78 Satz 2 BVerfGG gleichfalls für nichtig erklärt wird. Der unter dem Aktenzeichen 1 BvL 4/16 anhängige Vorlagebeschlusses des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 149/16) ermöglicht die vorläufige Entscheidung nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB

II deshalb auch in Fällen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung.

Das dem Leistungsträger grundsätzlich eingeräumte Ermessen, ob nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II vorläufig Leistungen zu erbringen sind, ist im Fall einer drohenden Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch den Ausschluss von unterhaltssichernden Leistungen auf Null reduziert (entgegen LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.05.2017 - L 11 AS 247/17 B ER -, Rn. 24).

Der Ausschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II verstößt auch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004. Der Gleichheitsverstoß kann nicht durch die Möglichkeiten gerechtfertigt werden, den Zugang zu nationalen Systemen der Sozialhilfe für Unionsbürger zu beschränken (vgl. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG) (Anschluss an SG Mainz, Beschluss vom 12.11.2015 - S 12 AS 946/15 ER -, Rn. 41 ff.; SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 - S 3 AS 149/16 -, Rn. 381 ff.; entgegen EuGH, Urteil vom 15.09.2015 - C-67/14 - Rn. 63).

Die Ausschlussregelungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II sind nicht bereits deshalb als mit Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar anzusehen, weil der EuGH dies im Urteil vom 15.09.2015 (C-67/14) ausgesprochen hat.

## **Tenor**

1. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig Arbeitslosengeld II in Höhe von 119 Euro monatlich für den Zeitraum vom 01.07.2017 bis zum 31.10.2017 und in Höhe von 132,87 Euro für den Zeitraum vom 01.11.2017 bis zum 30.11.2017 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

## **Gründe**

I.

1

Der Antragsteller begehrt die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

2

Der 1999 geborene Antragsteller ist spanischer Staatsangehöriger. Er lebt mit seiner 1964 geborenen Mutter in einer Mietwohnung in L.... Mieter der Wohnung ist laut Mietvertrag vom 21.12.2013 allein der Ehemann der Mutter des Antragstellers und Vater des Antragstellers. Die Familie lebte bereits von Juli 2012 bis April 2013 in M.... Nach zwischenzeitlichem Aufenthalt in S... wohnen sie seit Dezember 2013 (Meldung des Einzugs am 23.12.2013) wieder in D....

3

Der Ehemann der Antragstellerin zu 1 und Vater des Antragstellers zu 2 ist algerischer Staatsangehöriger. Er befindet sich seit Februar 2015 in S... in Haft.

4

Die Mutter des Antragstellers ist laut augenärztlichem Attest vom 11.09.2015 und nach sozialmedizinischen Einschätzungen der Bundesagentur für Arbeit und der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Rheinland-Pfalz nahezu vollständig blind.

5

Der Antragsgegner hatte der Mutter des Antragstellers und dem Antragsteller selbst ab dem 23.05.2015 Leistungen nach dem SGB II gewährt. Nach Kündigung eines früheren Arbeitsverhältnisses der Mutter des Antragstellers hatte der Antragsgegner einen Weiterbewilligungsantrag mit Bescheid vom 20.10.2016 abgelehnt. Die Mutter des Antragstellers hatte hiergegen Widerspruch erhoben und hierzu einen auf den 01.11.2016 datierten Arbeitsvertrag mit dem Inhaber des Ö... B... M... in L..., Herrn M... F... T..., vorgelegt. Demnach soll die Mutter des Antragstellers als Verkaufshilfe zu einem Monatslohn von 272 Euro angestellt sein. Die Arbeitszeit soll 32 Stunden im Monat (acht Stunden wöchentlich) betragen. Eine entsprechende Einkommensbescheinigung des Arbeitgebers vom 13.12.2016 wurde ebenfalls vorgelegt, dazu eine Quittung für den Lohn für November 2016 vom 30.11.2016.

6

Mit Bescheid vom 04.05.2016 hatte die Familienkasse Rheinland-Pfalz/Saarland der Mutter des Antragstellers Kindergeld bewilligt. Die Bewilligung wurde bis zum November 2017 befristet. Derzeit wird monatlich 192 Euro Kindergeld gezahlt.

7

Der Antragsgegner hatte dem Antragsteller und seiner Mutter daraufhin für den Zeitraum vom 01.10.2016 bis zum 31.05.2017 zunächst vorläufig Leistungen nach dem SGB II bewilligt. Mit Bescheid vom 27.12.2016 erfolgte eine endgültige Leistungsbewilligung für den Zeitraum vom 01.12.2016 bis zum 31.05.2017.

8

Am 13.04.2017 stellte die Mutter des Antragstellers einen Weiterbewilligungsantrag beim Antragsgegner. Hierbei gab sie an, für den Antragsteller 190 Euro Kindergeld und monatlich 272 Euro Arbeitsentgelt zu beziehen. Herr T... bestätigte den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 10.05.2017.

9

Mit Schreiben vom 27.04.2017 unterrichtete die DRV Rheinland-Pfalz den Antragsgegner darüber, dass die Mutter des Antragstellers nach dem Ergebnis der Prüfung nicht erwerbsfähig im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB II sei, weil sie wegen Krankheit oder Behinderung auf nicht absehbare Zeit (länger als sechs Monate) außer Stande sei, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

10

Mit Bescheid vom 11.05.2017 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Mutter des Antragstellers auf Leistungen nach dem SGB II mit der Begründung ab, dass sie nicht erwerbsfähig im Sinne des § 8 SGB II sei.

11

Mit Bescheid vom 26.06.2017 bewilligte die Stadt L... der Mutter des Antragstellers Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung ab dem 01.06.2017 in Höhe von 506,38 Euro monatlich. Hierbei berücksichtigte die Stadt L... Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von 233,50 Euro monatlich, einen Regelbedarf von 409 Euro und einen Mehrbedarf für Alleinerziehung in Höhe von 49,08 Euro (Gesamtbedarf 691,58 Euro). Hiervon setzte sie Einkommen aus Erwerbstätigkeit in Höhe von 185,20 Euro ab (272 Euro abzüglich Freibetrag von 81,60 Euro und abzüglich Arbeitsmittelpauschale in Höhe von 5,20 Euro).

12

Am 01.06.2017 beantragte der Antragsteller selbst Arbeitslosengeld II beim Antragsgegner. Er gab hierbei an, dass seine Mutter für ihn Kindergeld in Höhe von monatlich 192 Euro beziehe. Bezüglich des Arbeitsverhältnisses der Mutter wurde eine weitere Bescheinigung des Arbeitgebers vom 23.06.2017 vorgelegt. Demnach arbeite die Mutter des Antragstellers als Regaleinrümerin (Verkäuferin) für zwölf Stunden in der Woche zu 8,50 Euro pro Stunde. Es bestehe kein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und kein Urlaubsanspruch. Der Lohn werde gegen Quittung in bar ausgezahlt.

13

Dem Antragsgegner wurde eine Mahnung der Vermieter der Mutter des Antragstellers vom 29.06.2017 übermittelt. Hierin wurde mitgeteilt, dass die Miete für Mai und Juni noch nicht gezahlt worden sei. Zugleich wurde eine fristlose Kündigung angedroht.

14

Mit Bescheid vom 30.06.2017 lehnte der Antragsgegner den Antrag des Antragstellers ab. Zur Begründung führte er aus, dass der Antragsteller ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland allein zum Zwecke der Arbeitsuche habe. Die Entscheidung beruhe auf § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II. Das Beschäftigungsverhältnis der Mutter des Antragstellers begründe keinen Arbeitnehmerstatus. Sie könne somit keinen Arbeitnehmerstatus ableiten, um Leistungen nach dem SGB II zu beziehen. Der Bezug von Leistungen nach dem SGB XII der Mutter sei für den Leistungsanspruch des Antragstellers im SGB II irrelevant.

15

Mit Schreiben vom 10.07.2017 erhob der Antragsteller Widerspruch. Der Widerspruch wurde bislang noch nicht verbeschieden.

16

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz ist am 14.07.2017 eingegangen. Zur Begründung lässt der durch seine Mutter vertretene Antragsteller im Wesentlichen vortragen, dass die Mutter mit ihrem Minijob mit Gehalt von 272 Euro im Monat die Voraussetzungen des europarechtlichen Arbeitnehmerbegriffs erfülle. Maßgeblich sei dabei der Vertragsgegenstand.

Ihr Arbeitsvertrag begründe ein Arbeitsverhältnis mit Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Weisungsgebundenheit und Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers. Das werde in ihrem Arbeitsverhältnis auch so praktiziert. Die Mutter des Antragstellers halte sich als Arbeitnehmerin freizügigkeitsberechtigt in Deutschland auf und sei daher auch berechtigt, Leistungen des Antragsgegners zu beziehen. Bis einschließlich Mai 2017 habe sie Leistungen vom Antragsgegner erhalten und es sei an ihrem Arbeitnehmerstatus nicht gezweifelt worden. An ihrem seit November 2016 bestehenden Arbeitsverhältnis habe sich nichts geändert. Da die Leistungen für Juni und Juli bisher nicht gezahlt worden seien, hätte die Miete für Juli nicht überwiesen werden können. Die Vermieterin habe bereits die Kündigung angedroht. Es fehle Geld für Lebensmittel, das der Antragsteller und seine Mutter beim Caritas-Zentrum L... um Nothilfe hätten bitten müssen. Das Einkommen der Familie beschränke sich auf die Leistungen der Grundsicherung für die Mutter des Antragstellers, das Einkommen aus Erwerbstätigkeit bei Ö... B... M... und auf das Kindergeld.

17

Die Antragsteller beantragen erkennbar,

18

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragsteller Leistungen nach dem SGB II zu zahlen.

19

Der Antragsgegner beantragt,

20

den Antrag abzulehnen.

21

Er ist der Auffassung, dass trotz der Erwerbstätigkeit der Mutter des Antragstellers kein Arbeitnehmerstatus gegeben sei. Zum einen handele es sich nicht um eine wesentliche Beschäftigung. Die Mutter des Antragstellers arbeite laut Einkommensbescheinigung nur zwei Stunden in der Woche. Es werde zwar auch angegeben, dass die wöchentliche Arbeitszeit zwölf Stunden betrage. Der Wahrheitsgehalt der Angaben des Arbeitgebers vom 23.06.2017 werde seitens des Antragsgegners jedoch bezweifelt. Die Mutter des Antragstellers gelte im Sinne des Gesetzes als blind. Dennoch solle sie zwölf Stunden wöchentlich Regale einräumen/verkaufen. Außerdem gebe es keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und es bestehe kein Urlaubsanspruch. Zum anderen bestünde selbst bei der Annahme, dass das Beschäftigungsverhältnis einen Arbeitnehmerstatus begründen würde, kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU und somit auch kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Antragstellers. Nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU bleibe ein etwaiger Arbeitnehmerstatus unberührt bei vorübergehender Erwerbsminderung in Folge Krankheit oder Unfall. Die Mutter des Antragstellers sei jedoch nach Feststellung der DRV auf unabsehbare Zeit erwerbsunfähig. Daher entfielen ein etwaiger Arbeitnehmerstatus der Mutter des Antragstellers. An den sonstigen Leistungsvoraussetzungen bestünden seitens des Antragsgegners keine Zweifel.

22

Zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstands und bezüglich des weiteren Vortrags der Beteiligten wird auf den Inhalt der Prozessakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners verwiesen. Er war Gegenstand der Entscheidungsfindung.

II.

23

Der Antrag ist zulässig und im Wesentlichen begründet.

24

1. Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung ist, dass sowohl ein Anordnungsanspruch (d. h. ein nach der Rechtslage gegebener Anspruch auf die einstweilig begehrte Leistung) wie auch ein Anordnungsgrund (im Sinne der Eilbedürftigkeit einer vorläufigen Regelung) bestehen. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO). Wegen des vorläufigen Charakters einer einstweiligen Anordnung soll durch sie eine endgültige Entscheidung in der Hauptsache grundsätzlich nicht vorweggenommen werden. Bei seiner Entscheidung kann das Gericht sowohl eine Folgenabwägung vornehmen als auch eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache anstellen. Drohen aber ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, dann dürfen sich die Gerichte nur an den Erfolgsaussichten orientieren, wenn die Sach- und Rechtslage abschließend geklärt ist. Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist allein anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 – 1 BvR 596/05 – alle Entscheidungen zitiert nach juris, soweit nicht anders angegeben). Handelt es sich - wie hier - um Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende, die der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens dienen und damit das Existenzminimum absichern, muss die überragende Bedeutung dieser Leistungen für den Empfänger mit der Folge beachtet werden, dass ihm im Zweifel die Leistungen aus verfassungsrechtlichen Gründen vorläufig zu gewähren sind.

25

2. Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Abgesehen vom fraglichen Vorliegen eines Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II liegen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II vor. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 SGB II erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Arbeitslosengeld II unter Berücksichtigung von Regelbedarf, Mehrbedarfen und Bedarfen für Unterkunft und Heizung, wobei das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen die Geldleistungen mindert (§ 19 Abs. 3 Satz 1 SGB II).

26

2.1 Der Antragsteller ist erwerbsfähiger Leistungsberechtigter. Er hat das 15. Lebensjahr vollendet und die für ihn nach § 7a Satz 2 SGB II maßgebliche Altersgrenze noch nicht erreicht hat.

27

Er hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II). Gemäß § 30 Abs. 3 Satz 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Für die Frage des gewöhnlichen Aufenthalts kommt es mithin auf aufenthaltsrechtliche Aspekte nicht an (BSG, Urteil vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R – Rn. 18 f.).

28

2.2 Der Antragsteller ist aller Wahrscheinlichkeit nach erwerbsfähig im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II, da kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, dass er wegen Krankheit oder Behinderung außerstande sein könnte, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein (§ 8 Abs. 1 SGB II). Dem Antragsteller ist als Unionsbürger in Folge der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Aufnahme einer Beschäftigung in Deutschland auch erlaubt (§ 8 Abs. 2 Satz 1 SGB II).

29

2.3 Der Antragsteller hat hinreichend glaubhaft gemacht, dass er hilfebedürftig im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II ist, was gemäß § 9 Abs. 1 SGB II der Fall ist, wenn jemand seinen eigenen Lebensunterhalt und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, insbesondere aus dem zu berücksichtigenden Einkommen und Vermögen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 SGB II) sichern kann und die nötige Hilfe nicht von anderen erhält.

30

2.3.1 Der für die Frage der Hilfebedürftigkeit maßgebliche Regelbedarf des Antragstellers beträgt für die Zeit bis zum 04.11.2017 monatlich 311 Euro (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB II i.V.m. § 28 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) nebst der zuletzt durch Gesetz vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3159) geänderten Anlage) und für die Zeit ab der Vollendung des 18. Lebensjahres am 05.11.2017 monatlich 327 Euro (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II i.V.m. § 28 SGB XII nebst Anlage), für den Monat November 2017 unter anteiliger Berücksichtigung der maßgeblichen Regelbedarfe somit 324,87 Euro.

31

2.3.2 Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind bei dem Antragsteller aller Wahrscheinlichkeit nicht zu berücksichtigen, da er selbst nicht Schuldner des Mietvertrags der von ihm mitbewohnten Wohnung ist und deshalb in eigener Person keine Aufwendungen für Unterkunft und Heizung hat. Aus der Gesetzessystematik der §§ 19, 22 SGB II ergibt sich zwingend, dass die Aufwendungen bei Mehrpersonenhaushalten den Personen als Bedarf zuzuordnen sind, die die Aufwendungen tatsächlich haben, d.h. die tatsächlich einer entsprechenden Forderung ausgesetzt sind. Für eine Aufteilung nach Kopfteilen besteht hingegen keine Rechtsgrundlage (vgl. ausführlich SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 –, Rn. 289 ff.; für das "Kopfteilprinzip" aber grundsätzlich das BSG, Urteil vom 23.11.2006 - B 11b AS 1/06 R - Rn. 28 f.; Urteil vom 31.10.2007 - B 14/11b AS 7/07 R - Rn. 19).

32

Die Festsetzung des Unterkunftsbedarfs anhand der tatsächlichen Aufwendungen ist im Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II als Bestandteil der Bedarfsberechnung anzusehen. Die Leistungen nach dem SGB II sind als Individualansprüche ausgestaltet (vgl. BSG, Urteil vom 07.11.2006 - B 7b AS 8/06 R - Rn. 12). Der Betrag der tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft, soweit er angemessen ist, wird gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II als Unterkunftsbedarf anerkannt, d. h. er fließt als Berechnungsposten in die Bestimmung des individuellen Gesamtanspruchs auf Arbeitslosengeld II bzw. Sozialgeld nach § 19 Abs. 1, 19 Abs. 3 Satz 1 SGB II ein (vgl. Bayerisches LSG, Urteil vom 14.05.2014 - L 11 AS 621/13 - Rn. 27). Der für die Leistungsberechnung nach § 19 SGB II maßgebliche Unterkunftsbedarf wird somit nicht anhand der Nutzungsintensität einer Unterkunft durch eine leistungsberechtigte Person bemessen, sondern anhand der für die Nutzung aufzuwendenden Kosten. Der Ausgangspunkt des BSG, die Höhe des Unterkunftsbedarfs anhand der Nutzungsintensität der Unterkunft durch die einzelne Person festlegen zu wollen (vgl. BSG, Urteil vom 23.11.2006 - B 11b AS 1/06 R - Rn. 28) und hierbei aus Gründen der Praktikabilität von einer gleichmäßigen Nutzung, also von "Kopfteilen" auszugehen, geht daher fehl.

33

Bei Personen, die selbst keine Unterkunfts-kosten schulden, somit keine Aufwendungen im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II haben, fehlt es an einer Bemessungsgrundlage für den Unterkunftsbedarf, der bei der Bedarfsberechnung nach § 19 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 SGB II berücksichtigt werden könnte. Für eine Berücksichtigung nach Kopfteilen bedürfte es einer Rechtsgrundlage, nach der fiktive oder pauschale Unterkunftsbedarfe zu Grunde gelegt werden dürften.

34

Praktikabilitätserwägungen (vgl. BSG, Urteil vom 23.11.2006 - B 11b AS 1/06 R - Rn. 28) vermögen eine solche Rechtsgrundlage nicht zu ersetzen. Unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kontextes ist von entscheidender Bedeutung, dass das Kopfteilprinzip vom Bedarfsdeckungsgrundsatz abweicht (vgl. *Wersig*, info also 2013, S. 52) und je nach Konstellation eine Sicherstellung des unterkunftsbezogenen Existenzminimums im Konfliktfall verhindern kann, selbst wenn die der Haushaltsgemeinschaft gewährten Leistungen insgesamt zur Bedarfsdeckung ausreichen würden. Die durch die Anwendung des Kopfteilprinzips entstehenden praktischen Probleme („Mithaftung“ der übrigen Bedarfsgemeinschaftsmitglieder bei Sanktionen, Unterkunftsbedarf bei „temporärer Bedarfsgemeinschaft“, Zuordnung von Erstattungsansprüchen bei der Rückabwicklung von Leistungen, Sicherstellung der Zahlungen an Vermieter) widerlegen die These, dass das Kopfteilprinzip verwaltungspraktikabel sei. Das BSG begegnet diesen Phänomenen mit inzwischen zahlreichen Ausnahmen (BSG, Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R - Rn. 19 - Ortsabwesenheit eines Bedarfsgemeinschaftsmitglieds; BSG, Urteil vom 23.05.2013 - B 4 AS 67/12 R - Rn. 21 f. - Sanktion; BSG, Urteil vom 18.11.2014 - B 4 AS 3/14 R - Rn. 27 - Mietschuldenübernahme nach § 22 Abs. 5 SGB II a.F.), hält aber (noch) am Kopfteilprinzip fest, obwohl es erkennt, dass eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlt (BSG, Urteil vom 23.05.2013 - B 4 AS 67/12 R - Rn. 19).

35

2.3.4 Der Antragsteller verfügt nach seinen Angaben und nach den Erkenntnissen des Antragsgegners selbst nicht über Einkommen oder Vermögen. Seine Mutter bezieht für ihn Kindergeld in Höhe von 192 Euro monatlich. Dieses ist nach § 11 Abs. 1 Satz 5 SGB II und



nach der korrespondierenden Vorschrift des § 82 Abs. 1 Satz 3 SGB XII bei dem Antragsteller jedenfalls bis zum Eintritt der Volljährigkeit als Einkommen zuzurechnen.

36

2.3.5 Einkommen aus einer möglichen Erwerbstätigkeit der Mutter des Antragstellers ist bei diesem nicht nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II bedarfsmindernd zu berücksichtigen, da diese etwa vorhandenes Einkommen vollständig zur eigenen Bedarfsdeckung benötigt. Dementsprechend hat die Stadt L... im an die Mutter des Antragstellers ergangenen Bewilligungsbescheid vom 26.06.2017 das Einkommen aus Erwerbstätigkeit nach Abzug der Freibeträge vollständig angerechnet.

37

Zwar wird in Rechtsprechung und Literatur aus der Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II regelmäßig eine so genannte horizontale Berechnungsmethode abgeleitet, die dazu führt, dass Einkommen in Einstandsgemeinschaften nach dem Verhältnis der ungedeckten Bedarfe der einzelnen Personen zum ungedeckten Gesamtbedarf verteilt wird und nicht erst soweit erforderlich zur Bedarfsdeckung des Einkommensbeziehers eingesetzt wird. Diese Berechnungsmethode ergibt sich aus dem Gesetz jedoch nicht zwingend, da § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II keine eigentliche Aussage zur Einkommensverteilung trifft, sondern eine Hilfebedürftigkeitsfiktion regelt (zum Ganzen ausführlich: *Rosenow*, SGB 2008, S. 282 ff.). Jedenfalls in den Fällen, in denen wie im vorliegenden Fall eine so genannte gemischttypische Bedarfsgemeinschaft von Leistungsberechtigten nach dem SGB II und dem SGB XII vorliegt, wäre das Ergebnis einer horizontalen Berechnungsmethode im SGB II verfassungsrechtlich unhaltbar, weil sie im SGB XII nicht vorgesehen ist und somit zu einer mehrfachen Anrechnung des gleichen Einkommens führen würde (so im Ergebnis auch BSG, Urteil vom 15.04.2008 – B 14/7b AS 58/06 R –, Rn. 49) und zwangsläufig Unterdeckungen des existenznotwendigen Bedarfs nach sich zöge. Auch bei Leistungsberechtigten im SGB II ist Einkommen anderer einstandspflichtiger Personen daher nur einzusetzen, soweit es zur eigenen Bedarfsdeckung des einstandspflichtigen nicht benötigt wird. Einer (gegen das Gesetzesbindungsgebot verstoßenden) Auslegung gegen den Wortlaut der Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II bedarf es hierfür entgegen der Auffassung des BSG (Urteil vom 15.04.2008 – B 14/7b AS 58/06 R –, Rn. 49) nicht.

38

2.3.6 Da der Antragsteller seinen monatlichen Bedarf in Höhe von 311 Euro bzw. 324,87 Euro (November 2017) mit dem ihm zuzurechnenden Einkommen aus Kindergeld nicht vollständig decken kann, ist er hilfebedürftig im Sinne des § 9 Abs. 1 SGB II.

39

2.4 Der Antragsteller ist nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, da er sich bereits länger als drei Monate in Deutschland aufhält. Er ist auch nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II ausgeschlossen, da eine Leistungsberechtigung nach § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) nicht gegeben ist. Insbesondere ist der Antragsteller – soweit erkennbar – nicht vollziehbar ausreisepflichtig (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG).

40

2.5 Der Antragsteller ist aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift sind Ausländerinnen und Ausländer,

41

a) die kein Aufenthaltsrecht haben,

42

b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder

43

c) 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,

44

und ihre jeweiligen Familienangehörigen von den Leistungen nach dem SGB II ausgenommen, jedenfalls wenn sie nicht als Angehörige einer Bedarfsgemeinschaft nach § 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 SGB II leistungsberechtigt sind.

45

Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist es möglich, dass der Antragsteller tatbestandlich unter die Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II fällt, da er entweder nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügen oder sein Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergeben könnte.

46

Denkbar wäre zwar, dass der Antragsteller ein von seiner Mutter abgeleitetes vom Zweck der Arbeitsuche unabhängiges Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU haben könnte. Dies setzte voraus, dass die Mutter des Antragstellers über ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 bis 5 oder Nr. 7 FreizügG/EU verfügt. Soweit ersichtlich kommt hier nur ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU in Betracht. Als „Arbeitnehmer“ ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH, Urteil vom 04. Juni 2009 – C-22/08 –, juris). Ob die Mutter des Antragstellers Arbeitnehmerin in diesem Sinne ist, erscheint nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zweifelhaft. Die Mutter des Antragstellers hat zwar einen schriftlich geschlossenen Arbeitsvertrag mit der Fa. Ö... B... vorgelegt. Dementsprechend werden auch Einnahmen aus Erwerbstätigkeit bei der Leistungsbewilligung an die Mutter des Antragstellers nach dem 4. Kapitel des SGB XII bedarfsmindernd angerechnet. Auf Grund der nach Einschätzung der

DRV bei der Mutter des Antragstellers wegen der nahezu vollständigen Erblindung und hierdurch dauerhaft aufgehobenen Erwerbsfähigkeit, liegt die Vermutung jedoch nahe, dass es sich nicht um ein echtes Arbeitsverhältnis handelt.

47

Diese Frage kann vorliegend jedoch offenbleiben, da der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II im Falle des Antragstellers bereits deshalb nicht greift, weil diese Regelung gegen Art. 4 i.V.m. Art. 70 VO der Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004) verstößt und in Folge dessen bei Unionsbürgern nicht anzuwenden ist (2.5.1).

48

Darüber hinaus ist der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II nach der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer verfassungswidrig. Sollte die Anwendung der Vorschrift im Hauptsacheverfahren nicht ohnehin wegen des Verstoßes gegen Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 nicht zur Anwendung kommen, wäre das Hauptsacheverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG) i.V.m. §§ 13 Nr. 11, 80 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorzulegen. Im Falle einer Nichtigerklärung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II würde die Ausschlussregelung nicht greifen, mit der Folge, dass der Antragsteller einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hätte (2.5.2).

49

Des Weiteren hätte der Antragsteller, sofern nicht bereits der Anwendungsvorrang des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 greifen würde, einen Anspruch auf Gewährung vorläufiger Leistungen nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II und nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 SGB II (2.5.3).

50

Da sich weder aus dem Vortrag der Beteiligten noch aus den Verwaltungsvorgängen oder anderweitig ergibt, dass der Antragsteller weiterhin die Schule besucht oder eine Berufsausbildung absolviert und er deshalb ein Aufenthaltsecht nach Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 haben könnte, besteht kein Anlass zu prüfen, ob der weitere Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II mit Unionsrecht oder Verfassungsrecht vereinbar ist (vgl. hierzu Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 17.02.2017 – L 6 AS 11/17 B ER – Rn. 25 ff.).

51

2.5.1 Auch für den Fall, dass der Antragsteller nur über ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU (Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche) oder über kein Aufenthaltsrecht verfügen sollte, bestünde ein Anordnungsanspruch. Die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II sind bei Unionsbürgern nicht anzuwenden, da sie gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO (EG) 883/2004) verstoßen. Der Gleichheitsverstoß kann nicht durch die Möglichkeiten, den Zugang zu nationalen System der Sozialhilfe auch für Unionsbürger zu beschränken (vgl. Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des

Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (RL 2004/38/EG)) gerechtfertigt werden (so bereits SG Mainz, Beschluss vom 12.11.2015 – S 12 AS 946/15 ER –, Rn. 41 ff.; SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 381 ff.; a.A. EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14 – Rn. 63).

52

a) Die VO (EG) 883/2004 ist gemäß Art. 288 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) allgemein verbindlich und gilt in jedem Mitgliedstaat unmittelbar, ohne dass es eines innerstaatlichen Umsetzungsaktes bedürfte. Nach Art. 288 Abs. 2 AEUV können die Regelungen in diesen Wirkungen auch nicht durch nationale Gesetze oder Maßnahmen eingeschränkt werden.

53

b) Der Antragsteller unterfällt nach Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 dem persönlichen Geltungsbereich der Verordnung. Vom persönlichen Geltungsbereich erfasst wird der Antragsteller als Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates (Spanien), der seinen Wohnort in einem (anderen) Mitgliedstaat (Deutschland) hat, für den die Rechtsvorschriften dieses aufnehmenden Staates gelten und der – wie hier über die Kindergeldberechtigung – in ein Sozialversicherungs- und/oder Familienleistungssystem im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) 883/2004 eingebunden ist.

54

c) Das Arbeitslosengeld II nach dem SGB II unterfällt gemäß Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 dem Anwendungsbereich der Verordnung. Nach dieser Regelung gilt die Verordnung auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Art. 70 VO (EG) 883/2004. Das Arbeitslosengeld II nach dem SGB II gehört zu den "besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen" nach Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 (so auch EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14 – Rn. 43). Diese Zuordnung setzt voraus, dass die Leistung einem besonderen Schutzzweck im Sinne eines zusätzlichen, ersatzweisen oder ergänzenden Schutzes zu einem System der sozialen Sicherheit oder im Sinne eines besonderen Schutzes behinderter Menschen dient, beitragsunabhängig finanziert wird und dass sie im Anhang X der VO (EG) 883/2004 aufgeführt ist. Diese Voraussetzungen sind beim Arbeitslosengeld II erfüllt. Dessen besonderer Schutzzweck liegt darin, dass es sich um eine ergänzende Leistung im Rahmen des Leistungssystems zur Überwindung von Arbeitslosigkeit handelt. Diese besondere ergänzende Leistung ist nicht beitrags-, sondern steuerfinanziert und in Anhang X zur Verordnung (EG) 883/2004 aufgeführt. Dementsprechend sind Leistungen nach dem SGB II auch nicht als Fürsorgeleistungen gemäß Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen, unabhängig davon, dass Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zugleich als Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG qualifiziert werden können.

55

Art. 70 VO (EG) 883/2004 nimmt besondere beitragsunabhängige Geldleistungen vom Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auch nicht aus. Art. 70 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 enthält nur die Aufhebung des so genannten Exportgebots, indem die Geltung des Art. 7 VO (EG) 883/2004 für die in Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 genannten

Leistungen ausgeschlossen wird. Darüber hinaus wird die Geltung der weiteren Vorschriften „dieses“, das heißt des dritten Titels (Art. 17 bis Art. 69) der Verordnung ausgeschlossen. Daneben regelt Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 quasi als Gegenstück zum Ausschluss des Art. 7 VO (EG) 883/2004, dass die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, nach dessen Rechtsvorschriften vom Träger des Wohnorts zu dessen Lasten gewährt werden.

56

Unter Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 4 VO (EG) 883/2004 sind auch Rechtsvorschriften zu verstehen, die sich auf besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne des Art. 70 VO (EG) 883/2004 beziehen. Zwar wird der Begriff der Rechtsvorschriften – soweit hier von Interesse – in Art. 1 Abs. 1 VO (EG) 883/2014 wie folgt definiert:

57

„(Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck) "Rechtsvorschriften" für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit.“

58

Leistungen nach dem SGB II unterfallen als besondere beitragsunabhängige Leistungen jedoch nicht unmittelbar dem Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004, sondern werden über Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 in den Geltungsbereich der Verordnung einbezogen. Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, dass sich das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 nur auf Rechtsvorschriften der in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 genannten sozialen Sicherungssysteme bezieht (so etwa mit ausführlicher Begründung: LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.08.2012 – L 3 AS 250/12 B ER – Rn. 23 ff.). Hiergegen spricht aber, dass der Begriff „Rechtsvorschriften“ in der Verordnung offensichtlich nicht immer im Sinne der vorangestellten Legaldefinition verwendet wird (vgl. *Groth*, jurisPR-SozR 2/2015 Anm. 1, der ein Redaktionsversehen vermutet). Denn beispielsweise in Art. 70 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 und Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 ist ausdrücklich von „Rechtsvorschriften“ die Rede, die sich auf besondere beitragsunabhängige Leistungen beziehen. Deshalb liegt es näher, die in Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 bestimmte Geltung der Verordnung auch für besondere beitragsunabhängige Leistungen so zu verstehen, dass hiermit die Definition des Begriffs der „Rechtsvorschriften“ auf solche Rechtsvorschriften erweitert wird, die sich auf besondere beitragsunabhängige Leistungen beziehen. Wenn das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 für die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen hingegen hätte ausgeschlossen werden sollen, wäre dies dem Ausschluss der Geltung des Art. 7 VO (EG) 883/2004 in Art. 70 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 entsprechend geschehen. Eine derart gravierende Einschränkung der Geltung der Verordnung für besondere beitragsunabhängige Leistungen hätte im Verordnungstext entsprechend deutlich zum Ausdruck kommen können und müssen. Auch der EuGH geht ausdrücklich von einer Anwendbarkeit des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auf besondere beitragsunabhängige Leistungen aus (EuGH, Urteil vom 11.11.2014 – C-333/13 – Rn. 55).

59

d) Bei dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II handelt es sich um eine offene, unmittelbare Diskriminierung (*Farahat*, NZS 2014, S. 491; *Schreiber*, info also 2015,

S. 5; zum Begriff vgl. *Bokeloh*, ZESAR 2013, S. 402), denn das maßgebliche Unterscheidungskriterium ist die Staatsangehörigkeit. Von der Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II können ausschließlich Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit betroffen sein.

60

In der VO (EG) 883/2004 selbst findet sich keine Bestimmung im Sinne des Art. 4 EG (VO) 883/2004, die eine solche unterschiedliche Behandlung allgemein oder bei besonderen beitragsunabhängigen Leistungen unter bestimmten Umständen zuließe.

61

e) Eine den Leistungsausschluss rechtfertigende Einschränkung des Diskriminierungsverbots ergibt sich auch nicht aus Art. 24 Abs. 2 2. Alt. in Verbindung mit Art. 14 Abs. 4 b) der RL 2004/38/EG (so auch SG Berlin, Urteil vom 19.12.2012 – S 55 AS 18011/12 – Rn. 26 ff.; *Schreiber*, NZS 2012, S. 651; *Hofmann/Kummer*, ZESAR 2013, S. 206; *Kingreen*, SGB 2013, S. 136 f.).

62

Die hierin enthaltene Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Unionsbürger unter bestimmten Voraussetzungen von Sozialhilfeleistungen auszuschließen, ist bereits deshalb nicht zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung geeignet, weil sich Beschränkungen nach dem Wortlaut des Art. 4 VO (EG) 882/2004 ausschließlich aus dieser Verordnung selbst ergeben dürfen (vgl. auch *Schreiber*, NZS 2012, S. 650). Die Verordnung enthält keine Vorschrift, nach der Normen aus anderen sekundären Rechtsakten der EU das Diskriminierungsverbot einschränken dürften. Dafür, dass Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot dennoch nach allgemeinen Grundsätzen rechtfertigungsfähig sein könnten, wenn sie „auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen“ beruhen (so *Thym*, NZS 2014, S. 84, mit Hinweis u.a. auf den EuGH, Urteil 09.11.2006 – C-346/05), fehlt – abgesehen davon, dass es gerade um Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit geht – ein rechtliches Argument.

63

Hieran vermag auch die Qualifikation der streitigen Leistungen nach dem SGB II als Sozialhilfeleistungen im Sinne der RL 2004/38/EG nichts zu ändern. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Sozialhilfeleistungen sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichtete Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann, die dieser Staat gewähren kann (EuGH, Urteil vom 19.09.2013 – C-140/12 – Rn. 61). Aus dem sich hieraus ergebenden Umstand, dass die RL 2004/38/EG neben der VO (EG) 883/2004 grundsätzlich anwendbar ist, folgt jedoch nicht, dass das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eingeschränkt ist.

64

Art. 24 Abs. 2 2. Alt. i.V.m. Art. 14 Abs. 4 b) der RL 2004/38/EG stellt zwar eine inhaltliche Einschränkung des Diskriminierungsverbots aus Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG dar. Nach letzterer Vorschrift genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund der Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates. Abweichend hiervon ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG 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 Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b) RL 2004/38/EG einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren. Dem (Aufnahme-)Mitgliedstaat ist es danach grundsätzlich erlaubt, Unionsbürgern, die die Arbeitnehmereigenschaft nicht oder nicht mehr besitzen, Beschränkungen in Bezug auf die Gewährung von Sozialleistungen aufzuerlegen, damit diese die Sozialhilfeleistungen dieses Staates nicht unangemessen in Anspruch nehmen.

65

Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich demnach, dass Mitgliedstaaten den Zugang zu Sozialhilfeleistungen nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG einschränken dürfen, die Teilmenge der Sozialhilfeleistungen, die zugleich als besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne von Art. 70 VO (EG) 883/2004 zu qualifizieren sind, von einer solchen Vorgehensweise nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 jedoch ausgenommen sind. Die gegenteilige Auffassung erscheint rechtswissenschaftlich nicht vertretbar.

66

Zunächst stehen Verordnung und Richtlinie auf einer Ebene der Normenhierarchie, das heißt keines der beiden Regelwerke vermag das jeweils andere auf Grund eines Rangverhältnisses zu verdrängen. Die Regelwerke stehen im hier interessierenden Zusammenhang auch nicht in einem auf irgendeine Weise aufzulösenden Widerspruch zueinander. Die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG wird durch die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots auf besondere beitragsunabhängige Leistungen nicht funktionslos, da es weiterhin Leistungen der Sozialhilfe in den Mitgliedstaaten gibt bzw. geben kann, die nicht von Art. 70 VO (EG) 883/2004 erfasst sind. Als nur ermächtigende, nicht verpflichtende Norm ist zudem die Möglichkeit, dass von ihr nicht Gebrauch gemacht wird, von vornherein gegeben. Sozialhilfeleistungen im engeren Sinne sind als Leistungen der sozialen und medizinischen Fürsorge nach Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 vom Anwendungsbereich der Verordnung sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Hierunter fallen für Deutschland beispielsweise die Leistungen nach dem SGB XII mit Ausnahme des 4. Kapitels. Die Aufnahme so genannter Hybridleistungen, die Elemente der sonstigen sozialen Sicherungssysteme und der Sozialhilfe miteinander vereinen, in die Koordinierungsverordnung führt somit zu der Konsequenz, dass diese nicht wie (sonstige) Sozialhilfeleistungen eingeschränkt werden dürfen, sondern einem strikten Diskriminierungsverbot unterliegen. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG ist gegenüber Art. 4 VO (EG) 883/2004 daher auch nicht die speziellere Norm. Die Anwendungsbereiche überschneiden sich vielmehr (vgl. zum Ganzen auch SG Berlin, Urteil vom 19.12.2012 – S 55 AS 18011/12 – Rn. 43 ff.). Dem Bundesgesetzgeber stünde es aus europarechtlicher Perspektive demgegenüber ohne weiteres frei, die Verknüpfung arbeitsförderungsrechtlicher und sozialhilferechtlicher Aspekte im SGB II wieder zu lösen und auch für Erwerbsfähige und deren Angehörige ein nur sozialhilferechtlich ausgestaltetes Existenzsicherungssystem vorzusehen, welches nicht dem Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004

unterläge.

67

Im Übrigen können aus rechtssystematischen Gründen weder eine Richtlinie im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV noch eine auf Grund der Richtlinie erlassene nationale Rechtsvorschrift gegenüber einer Verordnung im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV *leges speciales* sein (a.A. *Kötter*, info also 2013, S. 251 und wohl auch *Greiner/Kock*, NZS 2017 S. 202). Dies ergibt sich aus dem Vorrang des Unionsrechts, wie er in Art. 288 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck kommt. Richtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV geben den Mitgliedstaaten auf, Rechtsvorschriften mit bestimmten Mindestanforderungen zu erlassen. Diese Rechtsvorschriften sind aber kein Unionsrecht, sondern nationales Recht. Sie stehen deshalb normhierarchisch unterhalb des sekundären Unionsrechts und werden daher bei Verstoß gegen Verordnungsrecht nach Art. 288 Abs. 2 AEUV von diesem verdrängt. Ob das nationale Recht in irgendeinem Sinne „spezieller“ als das entgegenstehende Verordnungsrecht ist, spielt hierfür keine Rolle. Die Richtlinie selbst steht zwar als Sekundärrecht der Europäischen Union auf einer Ebene der Normhierarchie mit der Verordnung, enthält aber kein unmittelbar geltendes Recht. Den Mitgliedstaaten wird beispielsweise in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG lediglich ermöglicht, unter bestimmten Umständen Ansprüche auf Sozialhilfeleistungen auszuschließen. Ob hiervon Gebrauch gemacht wird, bleibt den Mitgliedsstaaten überlassen. Nicht unmittelbar geltendes Recht kann aber in Ermangelung eines selbstständigen Anwendungsbefehls unmittelbar geltendes Recht nicht verdrängen.

68

f) Die entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH aus dem Urteil vom 15.09.2015 (C-67/14) kann demgegenüber nicht überzeugen (kritisch auch *Kingreen*, NVwZ 2015, S. 1505; *Schreiber*, info also 2015, S. 3 ff.; *Farahat*, Verfassungsblog 2015/9/16, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de); *Devetzi/Schreiber*, ZESAR 2016, S. 20; im Hinblick auf die fehlende Begründung: *Kador* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 2. Auflage 2011, Art. 70 VO (EG) 883/2004, Rn. 5.4, Stand 11.04.2016). Der EuGH geht hierbei davon aus, „dass Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit ihrem Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 dahin auszulegen (sind), dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug bestimmter „besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen“ im Sinne des Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 ausgeschlossen werden, während Staatsangehörige des Aufnahmemitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten“ (EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – C-67/14 – Rn. 63). Der EuGH thematisiert in seiner Entscheidung nicht, aus welchem rechtssystematischen Grund die Ausnahmenvorschrift des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 relativieren können sollte. Vielmehr hat er dieser Regelung ohne Begründung offenbar keinerlei eigene Bedeutung beigemessen (vgl. *Greiser* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 2. Auflage 2014, Anhang zu § 23, Rn. 68.3, Stand 23.12.2015). Auch das Urteil des EuGH vom 25.02.2016 (C-299/14) zur Frage der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II enthält keine eigentliche Begründung, sondern nur den im Hinblick auf Art. 4 VO (EG) 883/2004, der die Geltung der gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der jeweiligen Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates vorschreibt, zirkulären Verweis darauf, dass „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ im Sinne des Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 nach Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats gewährt werden (EuGH, Urteil vom 25.02.2016 – C-299/14 – Rn. 52).



Es fehlt letztlich an einem rechtlichen Argument, mit dem die in Art. 4 VO (EG) 883/2004 ausdrücklich geregelte Beschränkung der Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgebot auf in der Verordnung selbst enthaltene Ausnahmen überwunden werden könnte. *Eichenhofer* bringt – vielleicht unbeabsichtigt – den mit der Außerachtlassung des Wortlauts des Art. 4 VO (EG) 883/2004 vollzogenen Verstoß gegen das auch für das Gemeinschaftsrecht konstitutive Gewaltenteilungsprinzip (vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band II: Europarecht, 3. Auflage 2012, S. 233) durch den EuGH auf den Punkt, indem er anregt, den mit der Durchbrechung des Art. 4 VO (EG) 883/2004 „geschaffenen Rechtszustand“ in der Verordnung zu positivieren (*Eichenhofer*, ZESAR 2016, S. 39).

g) Die Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ist auch nicht bereits deshalb als mit Art. 4 VO (EG) 883/2004 vereinbar anzusehen, weil der EuGH dies im Urteil vom 15.09.2015 (C-67/14) ausgesprochen hat.

Urteile des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV entfalten Bindungswirkung nur gegenüber den Gerichten im jeweiligen der Entscheidung des EuGH zu Grunde liegenden Ausgangsverfahren (EuGH, Urteil vom 24.06.1969 – 29/68; BVerfG, Beschluss vom 08.06.1977 – 2 BvR 499/74, 2 BvR 1042/75 – Rn. 54; BVerfG, Beschluss vom 25.07.1979 – 2 BvL 6/77 – Rn. 37 ff.; BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 – Rn. 78; BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 687/85 – Rn. 58 f. jeweils zum in dieser Hinsicht wortgleichen Art. 177 EWGV; unzutreffend deshalb SG Dortmund, Beschluss vom 18.04.2016 – S 32 AS 380/16 ER – Rn. 71 und LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.11.2015 – L 2 AS 1714/15 B ER – Rn. 4). Präjudizien des EuGH fungieren nicht als legitimierender Zurechnungspunkt neuer Entscheidungen, sondern sind lediglich Argumente, sofern sie methodisch haltbar sind (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band II: Europarecht, 3. Auflage 2012, S. 319 ff.). Wenn ein Gericht Unionsrecht anders auslegen will als der EuGH, folgt – wie sich aus Art. 267 Abs. 3 AEUV ergibt – hieraus auch keine Vorlagepflicht, solange innerstaatliche Rechtsmittel gegen die Entscheidung bestehen. Es steht vielmehr im Ermessen des Gerichts, die Rechtssache gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV dem EuGH vorzulegen, um gegebenenfalls eine Korrektur der Rechtsprechung zu ermöglichen (EuGH, Urteil vom 27.03.1963 – C-28/62; vgl. *Wißmann* in: Erfurter Kommentar, AEUV, Art. 267, Rn. 22, 16. Auflage 2016).

Daher gibt es für mitgliedstaatliche Fachgerichte weder einen rechtswissenschaftlichen noch einen rechtlichen Grund, nach dem Urteil des EuGH vom 15.09.2015 (C-67/14) ohne eigene Auseinandersetzung und ohne rechtswissenschaftliche Begründung von der Europarechtskonformität des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auszugehen (so aber nahezu die gesamte sozialgerichtliche Praxis, z. B.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.09.2015 – L 2 AS 1582/15 B ER – Rn. 5; LSG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2015 – L 4 AS 403/15 B ER – Rn. 8; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.10.2015 – L 29 AS 2344/15 B ER – Rn. 81; BSG, Urteil vom 16.12.2015 – B 14 AS 33/14 R – Rn. 32; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 – L 23 SO 30/17 B ER –, Rn. 39; Hessisches LSG, Beschluss vom 20.06.2017 – L 4 SO 70/17 B ER –, Rn. 12; LSG Rheinland-Pfalz,

73

h) Der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 führt wegen des Anwendungsvorrangs (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 09.06.1971 – 2 BvR 225/69 – Rn. 92 ff.) zur Nichtanwendbarkeit des diskriminierenden Merkmals des nationalen Rechts bei Anwendung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Leistungsanspruchs. Aus der Nichtanwendbarkeit der § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) und b) SGB II auf Unionsbürger folgt, dass der Antragsteller aller Voraussicht nach einen Anspruch auf die begehrten Leistungen nach dem SGB II hat.

74

2.5.2 Auch unabhängig von der Frage der Europarechtswidrigkeit der Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wäre eine Verurteilung des Antragsgegners zur Gewährung von Arbeitslosengeld II in der Hauptsache wahrscheinlich, ein Anordnungsanspruch daher gegeben. Denn die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II verstoßen nach der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer auch gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG, wie es vom BVerfG in den Urteilen vom 09.02.2010 (1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09) und vom 18.07.2012 (1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11) konstituiert worden ist (so zur bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II bereits SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 245 ff.; SG Mainz, Beschluss vom 02.09.2015 – S 3 AS 599/15 ER – zur Veröffentlichung vorgesehen, und SG Hamburg, Beschluss vom 22.09.2015 – S 22 AS 3298/15 ER – Rn. 7 ff.; vgl. auch *Frerichs*, ZESAR 2014, S. 285 f. und *Pattar*, SGB 2016, S. 665 ff.).

75

a) An der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sind Fachgerichte für den Fall, dass sie die angegriffene Regelung für verfassungswidrig erachten, nicht dadurch gehindert, dass sie über die Frage der Verfassungswidrigkeit nicht selbst entscheiden könnten, sondern insoweit die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG einholen müssten. Das dem BVerfG vorbehaltene Verwerfungsmonopol hat zwar zur Folge, dass ein Gericht Folgerungen aus der von ihm angenommenen Verfassungswidrigkeit eines formellen Gesetzes im Hauptsacheverfahren erst nach deren Feststellung durch das BVerfG ziehen darf. Die Fachgerichte sind jedoch durch Art. 100 Abs. 1 GG nicht gehindert, schon vor der im Hauptsacheverfahren einzuholenden Entscheidung des BVerfG auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn dies nach den Umständen des Falles im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes geboten erscheint und die Hauptsacheentscheidung dadurch nicht vorweggenommen wird (BVerfG, Beschluss vom 24.06.1992 – 1 BvR 1028/91 –, Rn. 29). Prozessrechtlich ergibt sich die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Verfassungswidrigkeit einer Rechtsvorschrift bei der Prüfung des Erlasses einer Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG aus dem Umstand, dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu bewerten sind. Dies schließt die Möglichkeit der Durchführung eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG im Hauptsacheverfahren und dessen Erfolgsaussichten mit ein.

76

Hierbei geht es nicht um die Ableitung konkreter Leistungsansprüche unmittelbar aus dem

Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (dies ablehnend: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 16.03.2017 – L 19 AS 190/17 B ER – Rn. 47), sondern um die Verpflichtung zur vorläufigen Erfüllung einfachgesetzlich geregelter Leistungsansprüche unter einstweiliger Nichtanwendung verfassungswidriger Ausschlussstatbestände in der begründeten Erwartung, dass diese durch das BVerfG für nichtig erklärt werden.

77

Mithin besteht ein Anordnungsanspruch auch für den Fall, dass ein Verstoß des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II gegen Art. 4 VO (EG) 883/2004 entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht angenommen werden kann oder der EuGH dies im Rahmen eines Vorlageverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV für den zu entscheidenden Einzelfall verbindlich feststellen sollte.

78

b) Zur Darlegung der dogmatischen Herleitung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und dessen näherer Konkretisierung wird auf den Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 194/16) zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung verwiesen. Die dortigen Ausführungen gelten im Übrigen in gleicher Weise im Hinblick auf die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung. Dies beruht zum einen darauf, dass der verfassungswidrige Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II a.F. sachlich unverändert in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) SGB II übernommen und der Leistungsausschluss bei Fehlen eines Aufenthaltsrechts aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b) SGB II, mit dem der – methodisch verfehlte (vgl. SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 372 ff. und *Pattar*, SGB 2016, S. 670) – Erst-Recht-Schluss des BSG positiviert wurde, aus den gleichen Gründen verfassungswidrig ist, zum anderen darauf, dass die mit Wirkung zum 29.12.2016 neu eingefügten Sonder- und Härtefallregelungen des § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II, des § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII und des § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit der Ausschlussstatbestände nicht geeignet sind.

79

c) Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hat lediglich drei Anspruchsvoraussetzungen: Der Grundrechtsträger muss erstens ein Mensch sein, also eine natürliche Person. Es sind ausnahmslos alle Menschen gleich welcher Herkunft oder Staatsangehörigkeit erfasst (vgl. *Kirchhof*, NZS 2015, S. 4). Anspruchsberechtigte sind zweitens alle Menschen, die sich in Deutschland tatsächlich aufhalten (vgl. BVerfG, Urteil vom 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – Rn. 63; *Kirchhof*, NZS 2015, S. 4; *Kempny/Krüger*, SGB 2013, S. 386; vgl. zum Territorialitätsprinzip auch *Neumann*, NVwZ 1995, S. 428). Drittens muss die betroffene Person tatsächlich hilfebedürftig sein (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 284 ff.).

80

Der Gesetzgeber hat durch ein formelles Gesetz eine Inhaltsbestimmung der Mindestanforderungen für die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (d.h. des Existenznotwendigen) zu leisten. Denn die aus dem Demokratieprinzip folgende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers führt dazu, dass der Gesetzgeber sowohl auf einer ersten Ebene für die grundlegenden Wertentscheidungen hinsichtlich der für die Existenzsicherung

erforderlichen Bedarfe zuständig ist, als auch für die Realisierung eines konkreten, auf existenzsichernde Leistungen gerichteten Anspruchs für jeden hilfebedürftigen Grundrechtsträger auf einer zweiten Ebene. Da nur der Gesetzgeber diese Gestaltungsaufgabe umsetzen kann, ist er hierzu auch verpflichtet – anders könnte das Grundrecht nicht realisiert werden (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 295 ff.).

81

Der konkrete Leistungsanspruch des hilfebedürftigen Grundrechtsträgers muss seinerseits in einem formellen Gesetz auf Grund eines verfassungsgemäß durchgeführten Gesetzgebungsverfahrens konstituiert werden (formell-gesetzlicher Anspruch; vgl. SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 312 ff.)

82

Der Leistungsanspruch muss durch den Gesetzestext selbst so hinreichend bestimmt sein, dass die Verwaltung eine Entscheidung über die Höhe des Anspruchs treffen kann, die die im Gesetzestext zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers nachvollziehbar berücksichtigt (hinreichende Bestimmtheit; konkreter Anspruch). Dies schließt sowohl die Verwendung zu unbestimmter Rechtsbegriffe (vgl. bereits SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 – Rn. 252 ff.) als auch die Einräumung von Ermessen gegenüber der zuständigen Stelle über den Inhalt (bei Geldleistungen: die Höhe) der Leistungsgewährung im Kernbereich der Existenzsicherung aus. In den Worten des BVerfG betrifft dieser Aspekt die Pflicht des Gesetzgebers, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen (BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – Rn. 136; vgl. SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 315 ff.).

83

Die konkreten und hinreichend bestimmten Leistungsansprüche müssen zudem am Maßstab der gesetzlichen Inhaltsbestimmung des Existenznotwendigen im Ergebnis zu rechtfertigen sein (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 334 ff.).

84

d) Sofern einer bestimmten Gruppe von Grundrechtsträgern durch den Gesetzgeber kein die soeben geschilderten Mindestanforderungen erfüllender Anspruch auf existenzsichernde Leistungen eingeräumt wird, besteht ein verfassungswidriger Zustand. Konkret verfassungswidrig sind dann alle Rechtsnormen, die für die betroffenen Grundrechtsträger zum Ausschluss aus dem jeweiligen Leistungssystem führen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 337 ff.).

85

e) Das Vorstehende zu Grunde gelegt, verstoßen auch die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung gegen das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG.

86

aa) Die von den Leistungsausschlüssen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II betroffenen Personen sind Grundrechtsträger und können hilfebedürftig im verfassungsrechtlichen Sinne sein. Es handelt sich um Menschen, die sich, um von § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II überhaupt betroffen sein zu können, in Deutschland tatsächlich aufhalten (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II) und im einfachrechtlichen Sinne hilfebedürftig sein (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II) müssen. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ schließt den zumindest zeitweilig tatsächlichen Aufenthalt in Deutschland logisch mit ein.

87

bb) Für den vom Leistungsausschluss betroffenen Personenkreis fehlt es bereits an einem formell-gesetzlichen Anspruch auf Leistungen zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Mit § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wird der Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Die inzwischen in § 7 Abs. 3 Satz 3 und 4 SGB II vorgesehen Ausnahmen betreffen nur einen kleinen Teil der von den Ausschlussstatbeständen erfassten Personen.

88

Der betroffene Personenkreis hat auch keinen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII. Vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II betroffene Personen sind nicht generell von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgeschlossen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 416 ff.). Allerdings greifen im SGB XII gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII grundsätzlich dem § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entsprechende Ausschlussstatbestände. Die Möglichkeit, im Ermessenswege dennoch Leistungen zur Sicherung nach dem Lebensunterhalt zu erbringen (vgl. SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 447 ff.) wurde durch Gesetz vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3155) mit Wirkung zum 29.12.2016 jedoch abgeschafft. Durch die seinerzeit eröffnete Möglichkeit der Erbringung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem 3. Kapitel des SGB XII und weiterer Leistungsarten der Sozialhilfe für den vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II erfassten Personenkreis konnte ein verfassungsgemäßes Ergebnis jedoch ohnehin nicht erreicht werden (vgl. ausführlich SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 458 ff.).

89

cc) Die stattdessen eingefügten Sonder- und Härtefallregelungen des § 23 Abs. 3 SGB XII und § 23 Abs. 3a SGB XII in der ab dem 29.12.2016 geltenden Fassung können den Verfassungsverstoß gleichfalls nicht kompensieren.

90

§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII lautet:

91

„Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der

## Überbrückungsleistungen nach Satz 3.“

92

§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII lautet:

93

„Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.“

94

§ 23 Abs. 3a Satz 1 SGB XII lautet:

95

„Neben den Überbrückungsleistungen werden auf Antrag auch die angemessenen Kosten der Rückreise übernommen.“

96

Die Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII sind für sich schon auf Grund ihrer engen zeitlichen Begrenzung – unabhängig von der verfassungsrechtlichen Bewertung des nur unbestimmt geregelten Umfangs (§ 23 Abs. 3 Satz 4 SGB XII) – nicht dazu geeignet die Gewährleistung des Existenzminimums jederzeit sicherzustellen. Ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen muss während der gesamten tatsächlichen Dauer des Aufenthalts im Inland bestehen (vgl. BVerfG, Urteil vom 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – Rn. 94; vgl. auch *Kirchhof*, NZS 2015, S. 4). Unzutreffend ist daher auch die Auffassung, dass das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht ausschließe, Leistungen nur insoweit vorzuhalten, wie es erforderlich sei, um einen Betroffenen in die Lage zu versetzen, dass er existenzsichernde Leistungen seines Herkunftslandes in Anspruch nehmen könne und der Staat hierbei allenfalls gehalten sei, Reise- und Verpflegungskosten zur Existenzsicherung vorzuhalten (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 516). Deshalb vermag auch der neue § 23 Abs. 3a SGB XII nichts an der Verfassungswidrigkeit der Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II und des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII zu ändern.

97

Die Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ebenfalls nicht. Diese Vorschrift wurde zwar nicht als Ermessensvorschrift ausgestaltet, so dass die wesentlichen Einwände gegen die Verwendung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII a.F. durch das BSG als Auffangnorm für eine „verfassungskonforme Auslegung“ hierauf nicht zutreffen (vgl. hierzu ausführlich SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 458 ff.; *Pattar*, SGB 2016, S. 671).

Mit dieser Regelung wird jedoch dem verfassungsrechtlichen Gebot, die für die Verwirklichung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wesentlichen Regelungen hinreichend bestimmt selbst zu treffen (vgl. BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09 u.a. - Rn. 136); SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 –, Rn. 252 ff.) nicht genüge getan. Denn der konkrete Leistungsanspruch muss durch den Gesetzestext selbst so hinreichend bestimmt sein, dass die Verwaltung eine Entscheidung über die Höhe des Anspruchs treffen kann, die die im Gesetzestext zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen des Gesetzgebers nachvollziehbar berücksichtigt. Dies schließt nicht nur die Einräumung von Ermessen gegenüber der zuständigen Stelle über den Inhalt (bei Geldleistungen: die Höhe) der Leistungsgewährung im Kernbereich der Existenzsicherung, sondern auch die Verwendung zu unbestimmter Rechtsbegriffe aus (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 315 ff.; SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 – S 3 AS 130/14 – Rn. 252 ff.).

Das verfassungsrechtliche Prinzip, dass die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Bestimmungen durch den parlamentarischen Gesetzgeber getroffen werden müssen ("Wesentlichkeitstheorie"), wird im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auf zweierlei Weise aufgerufen. Einerseits bewirkt bereits die dogmatische Qualifikation des Rechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Grundrecht, dass das Wesentlichkeitsprinzip berücksichtigt werden muss (vgl. *Konzak*, NVwZ 1997, S. 873). Andererseits bedingt die Besonderheit der Qualifikation als "Gewährleistungsrecht", dass das Grundrecht erst durch Erfüllung des gesetzgeberischen Gestaltungsauftrags zur Entfaltung kommen kann. Sowohl die Grundrechtsqualität als auch die Konstituierung des Anspruchs auf Existenzsicherung als Gewährleistungsrecht prägen mithin die "Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck" und bestimmen die "Intensität der Einwirkungen auf die Regelungsadressaten" (BVerfG, Urteil vom 22.11.2000 – 1 BvR 2307/94 u.a. – Rn. 325) in dem Sinne, dass der Gesetzgeber die Regelungen zur Sicherung des Existenzminimums möglichst präzise ausgestalten und hierdurch eine möglichst effektive Bindung der Verwaltung an die gesetzgeberischen Grundentscheidungen ermöglichen muss (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 325).

Wann die Voraussetzung der hinreichenden Bestimmtheit (bzw. Bestimmbarkeit) erfüllt ist, lässt sich nicht abstrakt festlegen, da Gesetzestext, Interpretationskultur und rechtsstaatliches Verfahren – abgesehen von Fällen numerischer Exaktheit – niemals eine vollständige Determination der Fallentscheidung ermöglichen (*Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 10. Auflage 2009, S. 195). Gesetzesbegriffe sind in diesem Sinne also immer unbestimmt. Hieraus folgt, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Gesetzes nicht losgelöst von dessen Funktion betrachtet werden können und Maßstab für die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots nur ein der Regelungsmaterie angemessener Grad von Bestimmbarkeit sein kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 – Rn. 101). Dass dieser Grad der Bestimmbarkeit bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums besonders hoch sein muss, ergibt sich zum einen aus der Grundrechte verwirklichenden Funktion des Gesetzes (*Stölting*, SGB 2013, S. 545), zum anderen und wesentlich aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber die

politische Transformation der "gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche" (BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – Rn. 138) überhaupt erst vollziehen muss, um seiner Gestaltungsverpflichtung nachzukommen. Regelungstechniken, die nicht dazu geeignet sind, Verwaltung und Rechtsprechung wirkungsvoll zu steuern, erhalten zwar den legitimatorischen Schein der Gesetzesbindung aufrecht (vgl. *Maus*, Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen, in: dies.: Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, S. 278), überlassen die Interpretation dessen, was die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen "gesellschaftlichen Anschauungen" sein mögen, jedoch demokratisch allenfalls mittelbar legitimierten Funktionsträgern (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 330).

101

Mit der Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII überlässt der Gesetzgeber die Entscheidung über das „ob“ der Leistungserbringung für den Ausschlussstatbeständen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII betroffenen Personenkreis im Wesentlichen der Verwaltung und den Gerichten. Denn diese Regelung enthält nichts weiter als einer Kombination besonders unbestimmter Rechtsbegriffe, deren erkennbarer Zweck darin besteht, im Regelfall gerade keine existenzsichernden Leistungen zu gewähren, auch wenn Hilfebedürftigkeit besteht. Die zentralen Rechtsbegriffe lauten „Einzelfall“, „auf Grund besonderer Umstände“ und „zur Überwindung einer besonderen Härte“, wiederum begrenzt durch eine nicht näher bestimmte „zeitlich befristete(n) Bedarfslage“. Zusätzlich wird die Pflicht zur Leistungserbringung auf unbestimmte Weise durch die Voraussetzung des „geboten“-Seins beschränkt. Die Regelungstechnik, leistungsbeschränkende Rechtsbegriffe ohne qualitativ bedeutsame Merkmale miteinander zu kombinieren, versetzt die Verwaltung dazu in die Lage, in nahezu jedem Einzelfall gesetzeskonform eine ablehnende Entscheidung zu treffen. Sie zielt zugleich erkennbar darauf ab, verfassungsrechtliche Bedenken mit Verweis auf die in jedem Einzelfall theoretisch denkbare positive Entscheidung abzuwehren (beispielhaft hierfür: Hessisches LSG, Beschluss vom 20.06.2017 – L 4 SO 70/17 B ER –, Rn. 13 u. Rn. 17).

102

Die Unbestimmtheit des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII wird praktisch zur Folge haben, dass die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen für die Leistungsgewährung an den betroffenen Personenkreis durch Verwaltung und gegebenenfalls Gerichte selbst geschaffen werden müssen. Um zu einer im Hinblick auf das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums materiell verfassungskonformen Lösung zu kommen, müsste die Sozialgerichtsbarkeit eine Dogmatik entwickeln, die im Falle der wirtschaftlichen Hilfebedürftigkeit der von den Ausschlussstatbeständen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII betroffenen Personen immer die Leistungsgewährung nach § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII für geboten hält. Unabhängig davon, dass eine solche Dogmatik die gesetzgeberische Zwecksetzung deutlich konterkarieren würde und nur noch unter größeren Schwierigkeiten innerhalb der Grenzen des Wortlauts des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII zu realisieren wäre – insbesondere wäre die verfassungsrechtlich gebotene zeitlich unbegrenzte Leistungsgewährung mit einer wie auch immer näher bestimmten „zeitlich befristeten Notlage“ nicht zu vereinbaren –, könnte das Bestimmtheitsproblem der Vorschrift selbst dann nicht behoben werden, wenn die Sozialgerichtsbarkeit eine derartige „verfassungskonforme Auslegung“ rein tatsächlich flächendeckend durchsetzen würde.



103

Denn es verbliebe dabei, dass eine auf diese Weise realisierte Existenzsicherung im Wesentlichen nicht auf einer gesetzgeberischen Entscheidung beruhte, sondern insbesondere deren Eintrittsschwelle erst durch Verwaltungspraxis und Justiz bestimmt werden müsste. Die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII selbst ist auf Grund ihres Mangels an Bedeutsamkeit nicht dazu geeignet, Gesetzesbindung im Hinblick auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu erzeugen.

104

In der bisher zu beobachtenden Sozialgerichtspraxis wird die Möglichkeit einer „verfassungskonformen Auslegung“ des § 23 Abs. 3 Satz 6 Halbsatz 2 SGB XII dementsprechend weithin dazu verwendet, die Verfassungskonformität der Leistungsausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II zu postulieren – um im zu entscheidenden Einzelfall im einstweiligen Rechtsschutzverfahren dennoch einen Anordnungsanspruch abzulehnen (z.B. Hessisches LSG, Beschluss vom 20.06.2017 – L 4 SO 70/17 B ER –, Rn. 13 u. Rn. 17; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 08.08.2017 – L 6 AS 212/17 B ER, nicht veröffentlicht).

105

dd) Die Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung sind demnach verfassungswidrig, weil sie ohne genügende Kompensationsmöglichkeit in einem anderen Leistungssystem durch einen hinreichend bestimmten, konkreten gesetzlichen Leistungsanspruch bestimmte Gruppen von im verfassungsrechtlichen Sinne hilfebedürftigen Grundrechtsträgern mit tatsächlichem Aufenthalt im Inland von Leistungen zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ausschließen.

106

Die durch den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II unterbliebene Grundrechtsverwirklichung und die somit verfassungsrechtlich defizitäre Gestaltung einfachen Rechts, kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums darf nicht eingeschränkt werden, denn es gewährleistet gerade das Mindestmaß dessen, was jeder Mensch beanspruchen kann. Das Grundrecht ist dem Grunde nach unverfügbar (BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – Rn. 133). Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt (BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 u.a. – Rn. 137). Die Unverfügbarkeit resultiert aus der Fundierung des Grundrechts in der Menschenwürdegarantie (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 272 ff.). Der Mensch kann seinen Achtungsanspruch nach Art. 1 Abs. 1 GG nicht verwirken, auch nicht durch selbst zu verantwortende Handlungen oder Unterlassungen, sodass jeder mögliche sachliche Anknüpfungspunkt für eine gesetzliche Einschränkung hieraus resultierender Ansprüche entfällt (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 486).

107

ee) Die für die Verfassungsmäßigkeit der Ausschlussstatbestände des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der neuen Fassung bisher in der Rechtsprechung angeführten Argumente können

nicht überzeugen. Teilweise wird das Problem sogar vollständig übergangen (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.05.2017 – L 31 AS 1000/17 B ER –; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.07.2017 – L 31 AS 1318/17 B ER –; LSG Rheinland-Pfalz, L 4 SO 37/17 B ER, nicht veröffentlicht).

108

Die These, dass sich die Gewährleistungsverpflichtung bei Unionsbürgern darin erschöpfen könne, sie bei den Bemühungen der Selbsthilfe durch eingeschränkte Leistungen (z. B. Überbrückungsleistungen, Übernahme der Kosten der Rückreise) zu unterstützen (z.B. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 – L 23 SO 30/17 B ER –, Rn. 42; Bayerisches LSG, Beschluss vom 24.04.2017 – L 8 SO 77/17 B ER –, Rn. 38; SG Berlin, Beschluss vom 25.07.2017 – S 95 SO 965/17 ER –, Rn. 46), ist haltlos, weil das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums auch bei Personen erhalten bleibt und realisiert werden muss, die rein tatsächlich nicht ausreisen (SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18. April 2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 491 ff. u. Rn. 516 f.). Darüber hinaus wird in der Sozialgerichtsbarkeit nach wie vor nahezu flächendeckend übersehen, dass der Ausschlussatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2a) SGB II nicht nur Unionsbürger betrifft (vgl. zum Ganzen SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –), so dass sämtlichen Versuchen, den Leistungsausschluss in irgendeiner Form unionsrechtlich oder unter Hinweis auf europäische Menschenrechtsstandards zu rechtfertigen, die Grundlage entzogen ist (vgl. SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 496 ff.).

109

Der Hinweis darauf, dass das BVerfG u.a. im Nichtannahmebeschluss vom 08.10.2014 (1 BvR 886/11) den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 5 SGB II unbeanstandet gelassen hat (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 – L 23 SO 30/17 B ER –, Rn. 43; Bayerisches LSG, Beschluss vom 24.04.2017 – L 8 SO 77/17 B ER –, Rn. 38), taugt für sich genommen nicht als Argument, weil die diesbezüglichen Entscheidungen des BVerfG weder Gesetzeskraft haben, noch überzeugend begründet worden sind (vgl. zum Ganzen ausführlich SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 518 und Rn. 577 ff.). Ohne nähere Erläuterung, aus welchen Gründen diese Entscheidungen des BVerfG für richtig gehalten werden, ist die Bezugnahme hierauf als reines Autoritätsargument methodisch wertlos.

110

Auch die These, der Gesetzgeber habe in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert (Bayerisches LSG, Beschluss vom 24.04.2017 – L 8 SO 77/17 B ER –, Rn. 38), ist unhaltbar (so bereits SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 18.04.2016 – S 3 AS 149/16 –, Rn. 510). Würde es sich tatsächlich um ein Nachrangverhältnis handeln, würde der Leistungsausschluss nur dann greifen, wenn der Betroffene tatsächlich existenzsichernde Leistungen von seinem Herkunftsland erhielte.

111

2.5.3 Der Antragsteller hat darüber hinaus einen im Ergebnis gleichgerichteten Anordnungsanspruch aus § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II glaubhaft gemacht.

112

Nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift des SGB II mit höherrangigem Recht, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, Gegenstand eines Verfahrens beim BVerfG ist.

113

a) Derzeit ist auf Grund des Vorlagebeschlusses des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 149/16) beim BVerfG unter dem Aktenzeichen 1 BvL 4/16 ein konkretes Normenkontrollverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG mit dem Gegenstand der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II anhängig. Dieser Vorlagebeschluss behandelt zwar nur die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung. Der Terminus der entscheidungsrelevanten Vorschrift im Sinne des § 47a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II verlangt aber keine strenge Beschränkung auf die jeweils geltende Fassung. Es genügt vielmehr, dass die für die Leistungsbewilligung entscheidungserhebliche Vorschrift insofern einen Gegenstand des Verfahrens vor dem BVerfG bildet, dass sie im Falle der Nichtigkeitserklärung der im engeren Sinne verfahrensgegenständlichen Vorschrift mit hoher Wahrscheinlichkeit nach § 78 Satz 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) gleichfalls für nichtig erklärt wird. Diese Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut des § 47a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II vereinbaren. Sie ist deshalb gerechtfertigt, weil die verfassungsprozessrechtliche Möglichkeit des § 78 Satz 2 SGG, die vor allem der Effektivität des Rechtsschutzes und der Verhinderung von gleichartigen Folgeverfahren dient, auf diese Weise in das einfache Recht übertragen wird. Die Wirksamkeit der Regelung des § 47a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II würde erheblich beeinträchtigt, wenn bei jeder geringfügigen Gesetzesänderung die Möglichkeit einer vorläufigen Leistungserbringung entfielen, obwohl das BVerfG auch die geänderte Vorschrift im noch anhängigen Verfahren für nichtig erklären könnte. Eine analoge Anwendung des § 47a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II bedarf es hierfür nicht (offen gelassen: SG Hannover, Beschluss vom 14.07.2017 – S 48 AS 1951/17 ER –, Rn. 27 ff.).

114

b) Der Umstand, dass es sich bei den Klägern des Ausgangsverfahrens zum Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.04.2016 (S 3 AS 149/16) nicht um Unionsbürger handelt, führt nicht dazu, dass das Vorlageverfahren für vom Leistungsausschluss betroffene Unionsbürger keine Relevanz entfaltet (so aber wohl SG München, Beschluss vom 26. Mai 2017 – S 46 AS 843/17 ER –, Rn. 29 und SG Dortmund, Beschluss vom 29. November 2016 – S 32 AS 4478/16 ER –, Rn. 104). Selbstverständlich würden von einer Nichtigkeitsklärung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der alten und/oder neuen Fassung auch betroffene Unionsbürger vom Leistungsausschluss befreit.

115

c) Das dem Leistungsträger grundsätzlich eingeräumte Ermessen, ob nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II vorläufig Leistungen zu erbringen sind, ist im Fall einer drohenden Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch den Ausschluss von unterhaltssichernden Leistungen auf Null reduziert (a.A. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19. Mai 2017 – L 11 AS 247/17 B ER –, Rn. 24). Es ist vor dem Hintergrund der Gewährleistungsverpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG schlicht nicht erkennbar, mit welcher Ermessenserwägung ein Leistungsträger es rechtmäßig

verweigern dürfte, einer existenziell hilfebedürftigen Person Leistungen zu gewähren, wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür besteht und die Tatbestandsvoraussetzungen hierfür erfüllt sind.

116

Der Einwand, der Gesetzgeber § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei den Leistungen nach dem SGB II um das Existenzminimum sichernde Leistungen handelt, als Ermessensvorschrift ausgestaltet, weshalb weitere Punkte neben dem Umstand der Existenzsicherung hinzutreten müssten, um eine Ermessensreduzierung auf Null zu begründen (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.05.2017 – L 11 AS 247/17 B ER –, Rn. 24; ähnlich LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24. März 2017 – L 5 AS 449/17 B ER –, Rn. 18) verfährt nicht. Hierbei wird übersehen, dass die Voraussetzungen des § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II auch gegeben sein können, ohne dass im konkreten Einzelfall eine existenzielle Notlage besteht, beispielsweise wenn die betroffene Person noch über tatsächlich verwertbareres Schonvermögen verfügt oder darlehensweise Hilfen erlangen kann. Die Annahme einer Ermessensreduktion auf Null in Fällen einer drohenden Grundrechtsverletzung führt somit nicht dazu, dass der Charakter des § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II als Ermessensvorschrift vollständig konterkariert wird.

117

Soweit der 5. Senat des LSG Berlin-Brandenburg herausstellt, dass bei der Ausübung des durch diese Vorschrift eingeräumten Ermessens leitend die Antwort auf die Frage sein soll, mit welcher Wahrscheinlichkeit das BVerfG oder der EuGH zu dem Schluss gelangt/gelangen, dass eine Vorschrift des SGB II oder SGB III mit höherrangigem Recht nicht in Einklang steht (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.03.2017 – L 5 AS 449/17 B ER –, Rn. 19), steht dies hiermit nicht im Widerspruch. Je stärker Grundrechte durch eine Leistungsausschlussnorm beeinträchtigt werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass das BVerfG die entsprechende Vorschrift für nichtig erklärt. Dass der gleiche Spruchkörper seine These, die Wahrscheinlichkeit, dass auf Grund der Entscheidung des BVerfG (1 BvL 4/16) über den Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.04.2016 (wohl irrtümlich mit dem Aktenzeichen S 3 AS 99/14 bezeichnet) § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) SGB II nicht weiter angewandt werden könne, sei gering, nicht mit Sachargumenten, sondern lediglich mit einem Verweis auf eine (noch dazu durch einseitige Zitierweise suggerierte) „überwiegende Ansicht“ begründen vermag (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.03.2017 – L 5 AS 449/17 B ER –, Rn. 20), spricht für sich.

118

d) Hiervon abgesehen ist jedenfalls im vorliegenden Fall von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen, weil die Mutter des noch minderjährigen Antragstellers Grundsicherungsleistungen erhält und ihr somit eine Lebensperspektive in Deutschland verbleibt. Die Gefahr, den Antragsteller durch möglicherweise verfassungswidrige Vorenthaltung existenzsichernder Leistungen zur Rückkehr in den Herkunftsstaat zu zwingen und hierdurch den Fortbestand der Lebensgemeinschaft mit seiner Mutter zu gefährden, stellt für sich genommen bereits einen Umstand dar, der eine Ermessensreduzierung auf Null nach sich zieht.

119

2.6 Hinsichtlich des Leistungsumfangs erstreckt sich der Anordnungsanspruch gemäß § 19

Abs. 1 Satz 3 SGB II im Falle des Antragstellers auf den Regelbedarf, der für die Zeit bis zum 04.11.2017 monatlich 311 Euro (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB II i.V.m. § 28 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) nebst der zuletzt durch Gesetz vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3159) geänderten Anlage) und für die Zeit ab der Vollendung des 18. Lebensjahres am 05.11.2017 monatlich 327 Euro (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB II i.V.m. § 28 SGB XII nebst Anlage), für den Monat November 2017 unter anteiliger Berücksichtigung der maßgeblichen Regelbedarfe somit 324,87 Euro beträgt. Da der Antragsteller selbst keine Aufwendungen für Unterkunft und Heizung hat, sind keine entsprechenden Bedarfe nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II zu berücksichtigen (s.o. unter 2.3.2). Dass der Antragsteller die Voraussetzungen für die Berücksichtigung eines Mehrbedarfs erfüllen könnte, ist gegenwärtig nicht ersichtlich.

120

Vom Regelbedarf ist derzeit nur gemäß § 11 Abs. 1 Satz 5 SGB II Einkommen aus Kindergeld in Höhe von 192 Euro monatlich abzusetzen. Hieraus resultiert ein Leistungsanspruch in Höhe von 119 Euro monatlich für den Zeitraum vom 01.07.2017 bis zum 31.10.2017 und in Höhe von 132,87 Euro für den Zeitraum vom 01.11.2017 bis zum 30.11.2017.

121

4. Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Da es sich bei den begehrten Leistungen um Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums handelt, ist von Eilbedürftigkeit auszugehen. Dass Hilfebedürftigkeit besteht, wird vom Antragsgegner nicht in Abrede gestellt und zeigt sich auch sowohl in der kürzlich erfolgten Bewilligung von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung an die mit ihm zusammenlebende Mutter des Antragstellers als auch in der unmittelbar vorangegangenen Leistungsbewilligung durch den Antragsgegner.

122

5. Die Kammer hat ihr Ermessen hinsichtlich der Leistungshöhe dahingehend ausgeübt, dass dem Antragsteller die Leistungen bereits in voller Höhe zu erbringen sind. Die Leistungen nach dem SGB II sind weit überwiegend für den sofortigen Verbrauch gedacht und werden hierfür in der Regel auch benötigt. Deshalb kann die Leistungshöhe bei hoher Wahrscheinlichkeit des Obsiegens in der Hauptsache nicht auf das „Unabweisbare“ gekürzt werden, zumal sich die Einschätzung dessen, welche Bedarfe im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG existenziell und auf welche Art diese zu decken sind, der Regelungskompetenz der Gerichtsbarkeit entzieht (vgl. zum Ganzen SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014, S 3 AS 130/14 – Rn. 240 u.a.).

123

Die Kammer hat ihr Ermessen hinsichtlich des Zeitraums der Verpflichtung des Antragsgegners dahingehend ausgeübt, dass zunächst bis einschließlich zum Monat der Volljährigkeit des Antragstellers geleistet werden soll. Hiermit soll gewährleistet werden, dass hiermit möglicherweise einhergehende tatsächliche und rechtliche Veränderungen zeitnah berücksichtigt werden können.

124

Hinsichtlich des Beginns der Verpflichtung wurde nicht auf den Tag der Antragstellung bei Gericht (14.07.2017) sondern auf den Beginn des Monats abgestellt, da innerhalb eines

Monats wegen der laufenden Haushaltskosten von einem Nachholbedarf auszugehen ist.

125

6. Der Antrag war teilweise abzulehnen, weil der Antragsteller erkennbar auch Leistungen für Bedarfe für Unterkunft und Heizung begehrt. Die Berücksichtigung dieser Bedarfe konnte vorliegend aus den unter 2.3.2 genannten Gründen nicht erfolgen. Nach Auffassung der erkennenden Kammer dürfte die Mutter des Antragstellers einen entsprechend höheren Anspruch für diese Bedarfe gegen den Sozialhilfeträger haben.

126

Die Entscheidung ist zu Lasten des Antragsgegners endgültig, da der Beschwerdewert von 750 Euro nicht erreicht wird (§ 172 Abs. 3 Nr. 2 SGG i.V.m. § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG). Dem Antragsteller steht hingegen die Möglichkeit der Beschwerde offen, da er hinsichtlich der unterbliebenen Berücksichtigung der Unterkunfts- und Heizungsbedarfe in größerem Umfang als 750 Euro unterlegen ist.