

**L 19 AS 1393/12 B ER nd L 19 AS 1394/12**

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 29 AS 1574/12 ER  
Datum  
16.07.2011  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 19 AS 1393/12 B ER nd L 19 AS 1394/12  
Datum  
02.10.2012  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Die Beschwerden des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 16.07.2011 werden zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen die Ablehnung seines Antrags auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) sowie gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe.

Der am 00.00.1973 in L geborene Antragsteller ist griechischer Staatsbürger und Inhaber einer Bescheinigung nach § 5 des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU).

Überwiegend hat er in Griechenland gelebt.

Nach Angaben in einem Termin vor dem Sozialgericht am 09.02.2012 hat er sich bereits vor seinem aktuellen Aufenthalt in der Bundesrepublik aufgehalten und einige Monate "schwarz" in N gearbeitet, bevor er wieder nach Griechenland zurückkehrte.

Erneut reiste der Antragsteller im März 2011 in die Bundesrepublik Deutschland ein und arbeitete zunächst ca. einen Monat in einem Restaurant in X bei C. Diese Tätigkeit gab der Antragsteller wegen empfundener Überlastung auf, meldete sich am 05.05.2011 in Dortmund an und beantragte am 23.05.2011 die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II unter Vorlage eines Mietvertrages über die Anmietung einer Unterkunft zu einer Pauschalmiete von 120,00 EUR monatlich.

Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 31.05.2011 ab und wies den Widerspruch des Antragstellers hiergegen mit Bescheid vom 23.08.2011 zurück.

Gegen diese Ablehnung ging der schon seinerzeit anwaltlich vertretene Antragsteller im Klageverfahren S 29 AS 3957/11 durch Klageerhebung am 09.09.2011 sowie durch Stellung eines Antrages auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vom 02.01.2012 (S 29 AS 1/12 ER) vor.

In einem Termin vom 09.02.2012 hat das Sozialgericht den Kläger angehört sowie den Vermieter des Klägers als Zeugen vernommen. Zum Ergebnis wird auf die Sitzungsniederschrift vom 09.02.2012 Bezug genommen.

Im Hinblick auf das Ergebnis der Beweisaufnahme erklärte der vor dem Sozialgericht erschienene Vertreter des Antragsgegners dessen Bereitschaft, Leistungen in Höhe des Regelsatzes und der Kosten der Unterkunft (120,00 EUR monatlich) ab dem 01.05.2011 rückwirkend zu gewähren.

In Ausführung dieses Anerkenntnisses gewährte der Antragsgegner dem Antragsteller mit Bescheiden vom 22.02.2012 und 28.02.2012 Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.05.2011 bis 18.12.2011 und erläuterte dies mit Schreiben vom 19.03.2012 dahin,

nach der Vorbehaltserklärung der Bundesrepublik Deutschland zum Europäischen Fürsorgeabkommen (EFA) sei der Antragsteller mit Wirkung zum 19.12.2011 nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#), 2 SGB II von Leistungsansprüchen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Mit Schreiben vom 13.03.2012 hat der Prozessbevollmächtigte die Weiterzahlung von Leistungen ab dem 18.12.2011 an den Antragsteller begehrt und mit Schreiben vom 30.03.2012 nach Erhalt des Schreibens vom 19.03.2012 an die Leistungsgewährung erinnert und Zweifel an der Wirksamkeit des erklärten Vorbehaltes zum EFA geäußert.

Mit Bescheid vom 10.04.2012 hat der Antragsgegner daraufhin Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 19.12.2011 bis 31.12.2011 bewilligt. Dem Bescheid vom 10.04.2012 ist eine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt, er könne mit dem Widerspruch angefochten werden.

Mit Antrag an das Sozialgericht vom 19.04.2012 hat der Antragsteller die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung laufender Leistungen nach dem SGB II sowie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Durchsetzung dieses Anspruchs begehrt. Der Antragsgegner sei an sein Anerkenntnis gebunden, der Vorbehalt zum EFA völkerrechtswidrig. Auch verstoße die Vorenthaltung von Leistungen nach dem SGB II gegen die EU-Verordnung 883/2004, in Kraft ab Mai 2010. Auf die weitere Begründung des Antrags wird Bezug genommen.

Mit Beschluss vom 16.07.2012 hat das Sozialgericht den Antrag in der Sache sowie den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Ein Anordnungsgrund i.S.d. Eilbedürftigkeit einer gerichtlichen Entscheidung sei nicht erkennbar, weil der Antragsteller in Ausführung des Anerkenntnisses vom 09.02.2012 eine Nachzahlung von rd. 3.500,00 EUR erhalten habe und noch nicht verbraucht haben könne. Gegen den am 18.07.2012 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde des Antragstellers vom 18.07.2012, mit der er angibt, die Nachzahlung verbraucht zu haben. Dies habe er durch eine bereits vorgelegte eidesstattliche Versicherung mit Angaben zur Mittelverwendung glaubhaft gemacht, weshalb ihm auch Prozesskostenhilfe für das Antragsverfahren sowie für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens zustehe.

Der Antragsgegner schließt sich der Begründung des angefochtenen Beschlusses an.

Mit Schreiben des Berichterstatters vom 27.07.2012 ist der Antragsteller um Vorlage lückenloser Kontoauszüge seit dem 01.02.2012 gebeten sowie angeregt worden, Leistungen beim örtlich zuständigen Leistungsträger nach dem SGB XII zu beantragen und dessen Reaktion, ggf. mit Ablehnungsbescheid dem Gericht mitzuteilen. Hieran ist er unter Fristsetzung zum 17.08.2012 und Ankündigung einer anschließenden Entscheidung erinnert worden.

Am 30.08.2012 hat der Antragsteller Kontenauszüge vorgelegt, aus denen sich der Eingang von 3.678,40 EUR am 05.03.2012 auf sein zu diesem Zeitpunkt mit einem Debet von 23,42 EUR geführten Konto sowie der anschließende Verbrauch der zugeflossenen Beträge bis auf einen Restbestand von 1,24 EUR am 25.04.2012 ergibt.

Zu weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Beschwerden sind unbegründet.

Für den Erlass der begehrten Regelungsanordnung bedarf es nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) der Glaubhaftmachung sowohl eines Anordnungsanspruches im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren materiell-rechtlichen Anspruches als auch eines Anordnungsgrundes i.S.d. Eilbedürftigkeit einer gerichtlichen Regelung.

Hinsichtlich des geltend gemachten Anspruches auf Gewährung von Leistungen für Unterkunft und Heizung nach [§ 22 SGB II](#) ist ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Nach Akteninhalt und Vortrag des Antragstellers fehlt es an einer aktuellen Gefährdung seiner Unterkunft.

Nach, soweit ersichtlich, einhelliger Auffassung aller Fachsenate des LSG NRW, ist eine aktuelle Gefährdung der Unterkunft regelmäßig erst ab Zustellung einer Räumungsklage anzunehmen (z.B. Beschluss des Senats vom 09.07.2012 - L 19 AS 1257/12 B ER m.w.N.).

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass selbst nach Erhebung und Zustellung der Räumungsklage noch zwei Monate Zeit blieben, den Verlust der Wohnung abzuwenden. Nach [§ 569 Abs. 3 Nr. 2](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) wird die auf Mietrückstände gestützte Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruches hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach [§ 546a Abs. 1 BGB](#) befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (vgl. dazu Beschluss des Senats v. 14.07.2010 - [L 19 AS 912/10 B ER](#) = juris Rn. 19).

Desweiteren gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Vermieter des Antragstellers seine tolerante Einstellung gegenüber Mietrückständen (vgl. Niederschrift zum Termin des Sozialgerichts am 09.02.2012 29 S 29 AS 1/12 ER) geändert haben könnte.

Hinsichtlich der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes bezüglich einer Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Regelleistungen nach [§ 20 SGB II](#) für April 2012 bestehen Zweifel.

Zur Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes ist nach ständiger Rechtsprechung auch des hier befassten Senates erforderlich, dass der Antragsteller alle zumutbaren Möglichkeiten der Selbsthilfe ausgeschöpft hat, bevor er gerichtlichen (Eil-) Rechtsschutz in Anspruch nimmt (vgl. zuletzt Beschluss vom 21.09.2012 - L 19 AS 1702/12 B).

Zu den insoweit jedenfalls zumutbaren Möglichkeiten der Selbsthilfe zählen Antragstellung beim Leistungsträger sowie alle Mitwirkungshandlungen zwecks Herstellung und Aufrechterhaltung des im Eilrechtsschutz begehrten Leistungsanspruches einschließlich der

Einlegung von Rechtsbehelfen gegen Ablehnungsentscheidungen.

Nach Erlass des Bescheides vom 10.04.2012 hat der Antragsteller nach Lage der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners keinen weiteren Antrag gestellt, so dass dem vorbeschriebenen Erfordernis nur dann genüge getan wäre, wenn man den Bescheid vom 10.04.2012 - entgegen der in ihm enthaltenen Rechtsbehelfsbelehrung - als Teilabhilfebeseid in einem durch Anfechtung der Bescheide vom 22.02.2012 und 28.02.2012 aufgenommenen, jedoch noch nicht abgeschlossenen Widerspruchsverfahren und daher nach [§ 86 SGG](#) in dieses einbezogen ansieht.

Der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes stand bis zum nun nachgewiesenen Aufbrauch auch das Vorhandensein von Mitteln aus der Anfang März 2012 erhaltenen Nachzahlung entgegen. Dies ist nun nicht mehr der Fall, weil das Guthaben auf dem Konto des Antragstellers seit 30.04.2012 erschöpft ist.

Für die Folgezeit erscheint wegen schwacher Verbindung des Antragstellers zum deutschen Arbeitsmarkt (vgl. Beschluss des Senats vom 03.09.2012 - [L 19 AS 1542/12 B ER](#) zum Fall eines Griechen mit günstigeren Voraussetzungen) nachhaltig zweifelhaft, ob der Antragsteller die Voraussetzungen für die Durchsetzung eines Anspruches auf Leistungen nach dem SGB II im Hauptsacheverfahren im Sinne der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches erfüllt (1.).

In dieser Hinsicht hat sich durch die Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Abl. L 166 v. 30.04.2004, S.1 ff.) ab dem 01.05.2010 gegenüber der Rechtslage zuvor nichts geändert (2.)

Die wegen der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglichen abschließenden Rechtsklärung erforderliche Güterabwägung ergibt, dass der Antragsgegner nicht zur Leistungsgewährung verpflichtet ist, weil ein Anspruch des Antragstellers auf Gewährung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - Sozialhilfe (SGB XII) gegeben erscheint (3.)

Den für eine Beiladung und Verpflichtung des Leistungsträgers nach dem SGB XII erforderlichen Anordnungsgrund hat der Antragsteller jedoch nicht glaubhaft gemacht, weil er sich trotz ausdrücklicher Aufforderung nicht selbst um Leistungen nach diesem Gesetzbuch bemüht hat (4.).

1.

Deutlich zweifelhaft erscheint das Bestehen von Ansprüchen des Antragstellers nach dem SGB II im Hinblick auf seine schwache Verbindung zum binnenländischen Arbeitsmarkt.

Die Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) liegen bei dem Antragsteller vor. Er hat das 15 Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a Abs. 1 SGB II](#) noch nicht erreicht. Seine Erwerbsfähigkeit ist gegeben ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#)). Als griechischer Staatsangehöriger und damit als "Alt-Unionsbürger" ist er gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt und berechtigt, ohne Arbeitserlaubnis eine Arbeit in der Bundesrepublik aufzunehmen. Dem Sachverhalt sind auch keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Krankheit, die ihn an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes für mindestens drei Stunden täglich hindern könnte, zu entnehmen. Nach der im einstweiligen Anordnungsverfahren möglichen Prüfungsdichte ist der Antragsteller hilfebedürftig i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#), da er über kein Einkommen und Vermögen verfügt und keine Sozialleistungen bezieht.

Der Antragsteller hat auch - bescheinigt durch das im Verfahren vorgelegte Dokument nach § 5 des FreizügG/EU (vgl. zur Annahme einer Rechtswirkung dieses Dokuments Urteil des BSG vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#)) - seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#); vgl. BSG Urteil vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 17 m.w.N.; vgl zur differenzierten Sicht bei Bürgern der neuen EU- Staaten Bulgarien und Rumänien Beschluss des Senats vom 22.06.2012 - [L 19 AS 845/12 B ER](#), zur Begriffsauslegung im Übrigen Urteil des Senats vom 27.08.2012 - [L 19 AS 525/12](#)).

Jedoch ist nicht abschließend zu klären, ob der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) zu Lasten des Antragstellers eingreift.

Danach sind Ausländer von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind vorliegend die Voraussetzungen des Leistungsausschlusses erfüllt (vgl. zum Erfordernis der positiven Feststellung eines Aufenthaltsrechts allein zum Zweck der Arbeitsuche für den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#); BSG, Urteil vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 20).

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte kann sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers in der Bundesrepublik allein aus dem Zweck der Arbeitsuche nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU ergeben.

Ein Aufenthaltsrecht nach anderen Vorschriften des FreizügG/EU ist nicht ersichtlich. Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, das die Unionsbürgerrichtlinie RL 2004/38 EG vom 29.04.2004 in nationales Recht umsetzt, haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörige nach Maßgabe des FreizügG/EU ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt. In dem Zeitraum ab Antragstellung im vorliegenden Verfahren am 19.04.2012 ist der Antragsteller weder als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen (§ 2 Abs.2 Nr. 1 FreizügG/EU) noch hat er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU).

Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift zu Gunsten des Antragstellers nicht ein, da er nach seiner erstmaligen Einreise in die Bundesrepublik nur kurze Zeit in N "schwarz" gearbeitet hat. Eine illegale, insbesondere unter Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen ausgeübte Tätigkeit ist schon an sich nicht geeignet, Arbeitnehmerfreizügigkeit zu verschaffen. Eine solche Tätigkeit vermittelt kein Aufenthaltsrecht (vgl. Beschlüsse des Senats vom 15.06.2012 - [L 19 AS 834/12 B ER](#), vom 22.06.2012 - [L 19 AS 845/12 B ER](#); ebenso bezüglich nicht legaler selbständiger Tätigkeit Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg vom 05.03.2012 - [L 29 AS 414/12 B ER](#)).

Auch ein aus legaler Tätigkeit von weniger als einem Jahr Dauer erworbenes Freizügigkeitsrecht wäre nach Ablauf von sechs Monaten erloschen (§ 2 Abs.3 S.2 FreizügigG/EU). Dies gilt auch für die kurzzeitig vom Antragsteller in X ausgeübte Tätigkeit in der Gastronomie im Jahre 2011.

Ein Aufenthaltsrecht als nichterwerbstätiger Unionsbürger nach § 4 FreizügG/EU ist auch nicht gegeben. Der Antragsteller verfügt nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel. Er kann sich schließlich nicht auf ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU berufen.

Mithin kommt allein ein Aufenthaltsrecht des Antragstellers nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU zum Zwecke der Arbeitssuche in Betracht. Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte könnten die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU gegeben sein. Ein solches Aufenthaltsrecht erfordert, dass der EU-Bürger ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und seine Bemühungen nach derzeitiger Aktenlage objektiv nicht aussichtslos sind (vgl. zu den Voraussetzungen eines solchen Aufenthaltsrechts: BayVGH Beschluss vom 16.01.2009 - [19 C 08.3271](#) = juris Rn 6f m.w.N.).

Ob sich der Antragsteller ernsthaft um einen Arbeitsplatz bemüht, wird nur unzulänglich dokumentiert. Es sind andererseits auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Antragsteller nach der Leistungsablehnung durch den Antragsgegner weitere Bemühungen zur Arbeitsplatzsuche unterlassen hat. Insoweit hat der Antragsteller angegeben, bereits zweimal sei eine Einstellung an fehlenden Sprachkenntnissen gescheitert. Anders als bei Vorliegen eines qualifizierten Berufsabschlusses und langjährigem Aufenthalt in der Bundesrepublik (zu einem solchen Fall Beschluss des Senats vom 03.09.2012 - [L 19 AS 1542/12 B ER](#)) erscheint seine Anbindung an den deutschen Arbeitsmarkt bislang eher fraglich.

Bei Aufenthalt alleine zur Arbeitssuche greift dem Wortlaut nach der Leistungsausschluss in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#).

Die Vereinbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit den Recht der Europäischen Gemeinschaft ist aber in Rechtsprechung und Kommentierung umstritten (LSG Niedersachsen-Bremen Beschlüsse vom 23.05.2012 - [L 9 AS 347/12 B ER](#), vom 20.07.2012 - [L 9 AS 563/12 B ER](#), wonach der Leistungsausschluss bei EU-Bürgern eingreift, wenn diese noch keine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt haben, ebenso; LSG Baden-Württemberg Urteil vom 16.05.2012 - [L 3 AS 1477/11](#) - Revisionsverfahren anhängig unter [B 4 AS 54/12 R](#); LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 03.04.2012 - [L 5 AS 2157/11 B](#) -, LSG NRW Beschluss vom 20.08.2012 - [L 12 AS 531/12 B ER](#) - wonach der Leistungsausschluss europarechtskonform ist; LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 24.10.2011 - [L 12 AS 3938/11 ER-B](#) - und LSG Bayern Beschluss vom 22.05.2012 - [L 16 AS 220/12 B ER](#) - zweifelnd; LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 14.09.2011 - [L 3 AS 155/11 B ER](#) -; vgl. auch zur Zusammenfassung des Meinungsstandes Hackethal in jurisPK-SGB II, [§ 7 SGB II](#) Rn 37f und Greiser in juris PK- SGB XII, Vorbemerkungen SGB XII Rn. 13f, 25ff).

Der Streit besteht im Wesentlichen vor dem Hintergrund der höchstrichterlich bislang nicht entschiedenen Frage, ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers durch den Vorbehalt des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG gedeckt ist, weil es sich bei den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II um Sozialhilfeleistungen handelt, oder ob es sich um Leistungen der sozialen Sicherheit bzw. zur Eingliederung in Arbeit handelt, die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern unter Verstoß gegen das Verbot der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und/oder das allgemeine Differenzierungsverbot vorenthalten werden. Sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) als auch das Bundessozialgericht (BSG) haben die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen (EuGH Urteil vom 04.06.2009 - [C-22/08](#) und [C-23/08](#) - Vatsouras/Koupatantze; BSG Urteile vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) - und vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 27). Auch ist die Vereinbarkeit des Vorbehalts des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art.4 der VO(EG) 883/2004 umstritten, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Vorschriften zueinander, da es bei den Leistungen nach dem SGB II um besondere beitragsunabhängige Leistungen i.S.v. Art. 70 der VO(EG) 883/2004 handelt (vgl. hierzu LSG Berlin - Brandenburg Beschluss vom 03.04.2012 - [L 5 AS 2157/11 B ER](#), [L 5 AS 2177/11 B PKH](#) m.w.N., LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 23.05.2012 - [L 9 AS 347/12 B ER](#)).

Ebenso ist umstritten, ob das EFA die Anwendbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) im Fall des Antragstellers ausschließt. Zwar unterfällt der Antragssteller als griechischer Staatsangehöriger dem EFA, da Griechenland dieses Abkommen ratifiziert hat (vgl. zum Ratifizierungsstand: <http://conventions.coe.int/treaty/Coummun>; siehe auch BSG, Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 26). Auch handelt es sich bei dem SGB II um eine Fürsorgegesetz i.S.d. Europäischen Fürsorgeabkommens, so dass aufgrund der in diesem Abkommen angeordneten Gleichbehandlung von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten mit Inländern die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf Staatsangehörige der Vertragsstaaten keine Anwendung findet, solange seitens der Bundesrepublik kein Vorbehalt nach Art. 16 lit. b) EFA erklärt worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#)).

Die Bundesrepublik Deutschland hat am 19.12.2011 einen Vorbehalt zum EFA notifiziert, wonach die Regierung der Bundesrepublik Deutschland keine Verpflichtung übernimmt, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden (vgl. Text des Vorbehalts in Englisch als Vertragssprache siehe: <http://conventions.coe.int/treaty/Coummun/ListeDeclarations>; Übersetzung des Vorbehalts in Geschäftsweisung SGB II Nr. 8 der Bundesagentur für Arbeit vom 23.03.2012). Mit der Notifikation des SGB II als neue Rechtsvorschrift i.S.d. EFA mit der gleichzeitigen Erklärung eines Vorbehalts nach Art. 16 lit. b) EFA bezweckt die Bundesregierung den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) hinsichtlich der Staatsangehörigen von Vertragsstaaten wiederherzustellen (vgl. Ausschussdrucksache 17(11)881 über die Unterrichtung des Ausschusses für Arbeit und Soziales durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales; vgl. auch [BT-Drs. 17/9036](#)). Die Wirksamkeit dieser Vorbehaltserklärung ist umstritten (verneinend: LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 09.05.2012 - [L 19 AS 794/12 B ER](#) - und SG Berlin Beschluss vom 25.04.2012 - [S 55 AS 9238/12](#) -; bejahend LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 05.03.2012 - [L 29 AS 414/12 B ER](#) - und vom 06.08.2012 - [L 5 AS 1749/12 B ER](#) -; LSG Niedersachsen-Bremen vom 20.07.2012 - [L 9 AS 563/12 B ER](#); LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.08.2012 - [L 3 AS 250/12 B ER](#); SG Berlin Beschluss vom 14.05.2012 - [S 124 AS 7164/12 ER](#) -; siehe auch LSG NRW Beschluss vom 22.05.2012 - [L 6 AS 412/12 B ER](#) -; Greiser, a.a.O., Rn 53f; Coseriu in jurisPK-SGB XII, § 23 Rn 36.3; vgl. auch Stellungnahme des Bundesministerium für Arbeit und Soziales in der Ausschussdrucksache 17(11) 881 und Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins aus Juni 2012 zum Vorbehalt der Bundesregierung gegen die Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens auf die Grundsicherung für Arbeitssuchende).

Für die Beurteilung der Wirksamkeit des erklärten Vorbehalts ist entscheidend, wie der Wortlaut des Art. 16 lit. b) EuFüRsAbk in der verbindlichen englischsprachigen Fassung "any new law or regulation" auszulegen ist. Denn Art. 16 lit. b. EuFüRsAbk regelt, dass die Vertragsstaaten dem Generalsekretär des Europarates gleichzeitig mit der Mittelung neuer Rechtsvorschriften ("any new law or regulation") ihre Vorbehalte in Bezug auf die Anwendung dieser Rechtsvorschriften auf die Staatsangehörige der anderen Vertragsstaaten notifizieren können. Ob von dem Begriff "any new law or regulation" neben neu in Kraft getretenen Gesetzen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens auch Gesetzesnovellen oder neue Rechtsprechung zu einschlägigen Gesetzen erfasst werden, ist nicht geklärt. Zudem lassen sowohl die englische Fassung mit der Formulierung "any new law or regulation not already included in Annex I" als auch die gleichfalls verbindliche französische Version "tout règlement non encore couvert par l'annexe I" Raum für eine Auslegung.

2.

Mit der Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Abl. L 166 v. 30.04.2004, S.1 ff.) ab dem 01.05.2010 ist entgegen der Antragsbegründung keine richtunggebende Veränderung in dem Sinne eingetreten, das nun alle Unionsbürger schon aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 umfassend zum Bezug insbesondere auch der Leistungen nach dem SGB II berechtigt werden (in diesem Sinne aber Schreiber in NZS 2012, 647 ff.).

Dies wäre vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EUGH kaum verständlich (a), würde zudem Wertungswidersprüche zu gleichzeitig geschaffenen Recht auf (b).

a)

Es gibt -soweit ersichtlich- keinen Hinweis in der langjährigen Rechtsprechung des EUGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und den hieraus abzuleitenden Rechten darauf, dass die Mitgliedsstaaten der EU bzw. ihrer Vorgängerinnen primärrechtlich gehalten sein könnten, Aufenthalt sowie Lohnersatzleistungen unabhängig in einer Anbindung an den jeweiligen binnenländischen Arbeitsmarkt und vom Vorhandensein eigener Ressourcen zu gewähren.

Vor Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht hat der EUGH entschieden, das Gemeinschaftsrecht verwehre es einem Mitgliedsstaat nicht, einen Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates, der zum Zweck der Stellensuche in sein Gebiet eingereist ist, unbeschadet einer Klagemöglichkeit auszuweisen, wenn dieser nach sechs Monaten keine Stelle gefunden hat, sofern der Betroffene nicht nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (EuGH Urteil vom 26.02.1991 - [C 292/89](#) - Antonissen; Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 56).

Dies setzt sich in der dem Vertrag von Maastricht nachfolgenden Rechtsprechung des EuGH zum Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit fort. Insoweit hat der EuGH im Urteil vom 07.09.2004 ([C 456/02](#) - Trojani) - 12 Jahre nach Schaffung der EU-Bürgerschaft - ausgeführt, [Art. 18 Abs. 1](#) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV, entspricht [Art. 21](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)), erkenne jedem Unionsbürger das Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten unmittelbar zu. Dieses Recht gelte nicht absolut, sondern bestehe nur vorbehaltlich der im EGV und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bestimmungen. So könnten die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 der Richtlinie 90/364 von dem Angehörigen eines (anderen) Mitgliedsstaats, der das Recht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet wahrnehmen wolle, verlangen, dass dieser für sich und seine Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung sowie über genügende Existenzmittel verfüge, durch die sichergestellt sei, dass er während seines Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedsstaats in Anspruch nehmen müssten. Bei einem Mangel an Mitteln, die eigene Existenz zu sichern, erwächst deshalb aus Art. 18 EGV (grundsätzlich) kein Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates.

Wegen erstmaliger Zuwanderung zur Arbeitssuche dürfte sich ein gemeinschaftsrechtliche Anspruch des Antragstellers auf Gleichbehandlung ohnehin nur auf Gleichheit im Zugang zur Beschäftigung richten. In dieser Hinsicht hat der EuGH im Urteil vom 23.03.2004 ([C-138/02](#) Collins) - wiederum 12 Jahre nach dem Vertrag von Maastricht - daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zwischen Angehörigen der Mitgliedsstaaten zu unterscheiden ist, die im Aufnahmemitgliedsstaat, in dem sie eine Beschäftigung suchen, noch kein Arbeitsverhältnis eingegangen sind und denen, die dort bereits arbeiten und die dort gearbeitet haben, aber nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen und gleichwohl als Arbeitnehmer gelten. Während für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die zuwandern, um eine Beschäftigung zu suchen, der Grundsatz der Gleichbehandlung nur für den Zugang zur Beschäftigung gilt, genießen diejenigen, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.

Der Gleichheitsanspruch des Antragstellers dürfte sich daher ohnehin nur auf den Zugang zu einer Beschäftigung richten, der dem Antragsteller weder rechtlich noch faktisch verwehrt ist, vielmehr sogar nach [§ 35](#) des Sozialgesetzbuches Drittes Buch (SGB III) förderbar.

Einem Anspruch auf unbeschränkte Teilhabe an sozialen Vergünstigungen unabhängig von der Nähe zum Arbeitsmarkt hat der EUGH auch jüngst eine Absage erteilt.

Denn der EuGH hat in seinem Urteil vom 4. Juni 2009 - [C-22/08](#) - und - [C-23/08](#) - in dem Verfahren Vatsouras - (dort Rn. 38) zwar ausgeführt, dass es sich bei den Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitssuchende möglicherweise nicht um Sozialhilfeleistungen nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 ("Unionsbürgerrichtlinie") handeln könnte, die Ausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) vom Gleichbehandlungsgebot also möglicherweise nicht anzuwenden sei. Allerdings sei es legitim, wenn der Mitgliedsstaat die Leistung davon abhängig mache, dass eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des Mitgliedsstaates besteht.

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 trat zum 1. Mai 2010 in Kraft. Die Aufnahme der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende erfolgte aber bereits in den Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zum 28. April 2006. Zwar folgt aus einer solchen Eintragung nach der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr zwingend, dass es sich um eine besondere beitragsunabhängige Geldleistung handelt (vgl. EuGH Urteil vom 8. März 2001 - [C-215/99](#) [Jauch] - [Slg. 2001, I-1901](#); anders noch: EuGH vom 4. November 1997 - [C-20/96](#) [Snares] - Slg. 1997, I-6082), allerdings liegt auch materiell-rechtlich betrachtet eine beitragsunabhängige Geldleistung vor (vgl. dazu: BSG Urteil vom 19. Oktober 2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) -).

Daraus folgt aber, dass im Zeitpunkt der bereits angeführten Entscheidung des EuGH in dem Verfahren Vatsouras am 4. Juni 2009 (- [C-22/08](#) - und - C 23-08 -) die Grundsicherung für Arbeitsuchende bereits als beitragsunabhängige Geldleistung im Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen war und der EuGH einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 dennoch nicht gesehen hat.

Zwar ist zu berücksichtigen, dass keine der vorgelegten Fragen hierzu gestellt war. Jedoch hat der EuGH auch zur Arbeitnehmerfreizügigkeit über die konkreten Fragen hinaus Stellung bezogen und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz eben nicht festgestellt. Danach sieht der EuGH auch weiterhin die Möglichkeit, Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt regeln sollen, von einem tatsächlichen Zugang zum Arbeitsmarkt abhängig zu machen (ebenso LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.07.2012 - [L 9 AS 563/12 B ER](#)).

Vor diesem Hintergrund liegt ein Verständnis des Gleichbehandlungsgebotes der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, alle Unionsbürger seien nun unabhängig von eigenen Ressourcen und unabhängig von ihrer Arbeitsmarktnähe nicht nur freizügigkeitsberechtigt, sondern nun auch Inhaber bislang nicht zustehender sozialer Vergünstigungen einschließlich der Leistungen nach dem SGB II, fern.

b)

Einem solchen Verständnis der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 steht zudem die Beobachtung eines dann auftretenden Wertungswiderspruches mit der Möglichkeit eines Leistungsausschlusses nach Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.04.2004) entgegen, weil nicht anzunehmen ist, dass das Europäische Parlament und der Rat am selben Tag sich widersprechende Regelungswerke in Kraft setzen wollten (vgl. LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 29.02.2012 - [L 20 AS 2347/11 B ER](#); Beschluss des erkennenden Senats vom 22.06.2012 - [L 19 AS 845/12 B ER](#)).

Nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b dieser Richtlinie einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens zu gewähren.

Da mit zeitgleicher Einführung der VO(EG)883/2004 die Koordinierung der Sozialsysteme (vgl. den Titel der Verordnung selbst) aber gerade nicht die Vereinheitlichung der materiellen Standards bezweckt war, kann die Absicht einer Aushöhlung der Möglichkeit des mitgliedstaatlichen Leistungsausschlusses auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie durch die Regelungen der Verordnung (EG) 883/2004 nicht angenommen werden (LSG Berlin-Brandenburg a.a.O. m.w.N.).

Es liegt vielmehr nach den unterschiedlichen Zielrichtungen beider Rechtsquellen unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch in der vorhergehenden Verordnung ( Art. 10a, Anlage IIa der Verordnung (EWG) Nr.1408/71) Grundsicherungsleistungen als besondere beitragsunabhängige Leistungen erfasst waren, die Annahme nahe, dass ein Spezialitätsverhältnis vorliegt, in dessen Rahmen Art. 4 der Verordnung (EG) 883/2004 die allgemeine koordinationsrechtliche Regelung enthält, Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG die mit der Einschränkung nach Abs. 2 geltende und insbesondere auch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II anwendbare (Urteil des EuGH vom 04.06.2009, [C-22/08](#), [C-23/08](#)) spezielle Regelung (LSG Berlin-Brandenburg Beschlüsse vom 03.04.2012 - [L 5 AS 2157/11 B ER](#) und [L 5 AS 2177/11 B PKH](#) m.w.N.; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 23.05.2012 - [L 9 AS 347/12 B ER](#)).

3.

Wegen der nach Vorstehendem bestehenden Komplexität der Rechtslage, im Hinblick darauf, dass dem EUGH nach [Art. 267 Abs. 1 AEUV](#) die Befugnis vorbehalten ist, das europäische Primärrecht auszulegen und über die Vereinbarkeit des europäischen Sekundärrechts mit dem Primärrecht zu befinden (Greiser, a.a.O. Rn 39), schließlich wegen der Dauer von Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV (vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10 Aufl., § 86b Rn 13,39) ist eine abschließende Klärung des Anspruchs auf die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im einstweiligen Rechtschutzverfahren nicht möglich.

In einem solchen Fall ist aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - [1 BvR 569/05](#)). Die grundrechtlichen Belange des Antragstellers sind dabei umfassend in die Abwägung einzubeziehen. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II wie auch die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII dienen der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens. Diese Sicherstellung ist eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, die aus dem Gebot zum Schutz der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot folgt (vgl. BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - [1 BvR 569/05](#)), und sich auf alle Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, im Geltungsbereich des Grundgesetzes erstreckt.

Vorliegend überwiegt das Interesse des Antragsgegners, keine finanziellen Aufwendungen an den Antragsteller bei ungeklärter Rechtslage aufbringen zu müssen, das Interesse des Antragstellers am Erlass einer Regelungsanordnung hinsichtlich der Leistungen nach dem SGB II. Denn während eines Klageverfahrens gegen die Leistungsablehnung kann das Existenzminimum des Antragstellers bei fortbestehender Hilfebedürftigkeit durch die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII gedeckt werden. Falls der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), dessen Voraussetzungen nach dem Wortlaut vorliegen, zu Lasten des Antragstellers eingreift, ist dieser weder nach [§ 21 SGB XII](#) noch nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) vom Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausgeschlossen (vgl. LSG NRW Beschluss vom 29.06.2012 - [L 19 AS 973/12 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 28.06.2012 - [L 14 AS 933/12 B ER](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 20.07.2012 - [L 19 AS 563/12 B ER](#)). Nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) erhalten Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen zum Lebensunterhalt. [§ 21 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#), der zur Systemabgrenzung zwischen dem SGB II und dem SGB XII dient (vgl. hierzu BSG Urteil vom 16.05.2012 - [B 4 AS 105/11](#) = juris Rn 20f; Eicher in jurisPK-SGB XII, [§ 21 SGB XII](#) Rn 9f; siehe auch Hohm in Schellhorn/Jirasek/Seipp, SGB XII-Sozialhilfe, 18 Aufl., § 21 Rn 9f; Voelke in Hauck/Noftz, SGB XII, § 21 Rn 25f), greift nicht zu Ungunsten des Antragstellers ein. Diese Norm findet keine Anwendung, wenn bei einem Leistungsberechtigten die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) für den Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts dem Grunde nach gegeben sind, jedoch ein Leistungsausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), der den Ausschluss bestimmter Ausländer und Leistungsberechtigter nach § 1 Asylbewerberleistungsgesetz aus dem System des SGB II vorsieht, eingreift (vgl. Eicher, a.a.O., [§ 21 SGB XII](#) Rn 19ff (27); Coseriu, a.a.O., §

23 Rn 36.3).

Ebenfalls findet [§ 23 SGB XII](#), der den Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII durch Ausländer sowie bestimmte Ausschlussstatbestände für Ausländer ([§ 23 Abs. 3 SGB XII](#)) regelt, vorliegend wegen der Inländergleichbehandlungsgewährleistung des EFA (vgl. hierzu BVerwG Urteil vom 18.05.2000 - [5 C 29/98](#) 0 = juris Rn 16; BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#)) keine Anwendung Art. 1 EFA, der unmittelbares geltendes Bundesrecht ist, ordnet an, dass ein Vertragsstaat einem Staatsangehörigen eines anderen Vertragsstaats, der sich erlaubt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates aufhält, Fürsorgeleistungen in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie eigenen Staatsangehörigen zu gewähren hat. Der Antragsteller ist Staatsangehöriger eines Vertragsstaates des EFA. Bei dem SGB XII handelt es sich um ein Fürsorgegesetz i.S.d. EFA (siehe Coseriu, a.a.O., [§ 23 SGB XII](#) Rn 53f). Einen Vorbehalt nach Art. 16 lit. b EFA hinsichtlich der Leistungen für Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII hat die Bundesrepublik nicht erklärt; der am 19.12.2011 vom Generalsekretär des Europarats veröffentlichte Vorbehalt der Bundesrepublik hinsichtlich Leistungen nach dem SGB XII bezieht sich nur auf die Hilfen zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten ([§§ 67-69 SGB XII](#)). Der Antragsteller hält sich auch i.S.v. Art. 1 EFA erlaubt in der Bundesrepublik auf (vgl. BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 36ff). Er verfügt über Freizügigkeitsbescheinigungen nach § 5 FreizügG/EU und hat möglicherweise aus Art. 45 Abs. 3 AUEV (ehemals Art. 39 EGV) ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche. Damit findet das EFA auf den Antragsteller Anwendung und es gilt für ihn die Inländergleichbehandlungsgewährleistung des EFA. Die durch das EFA angeordnete Inländergleichbehandlung der Staatsangehörigen von Vertragsstaaten geht als lex specialis der Bestimmung des [§ 23 SGB XII](#), einschließlich der Ausschlussvorschriften des [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#), vor (Hohm, a.a.O., § 23 Rn 29e; Wahrendorf in Grube/Wahrendorf, SGB XII, 3. Aufl., § 23 Rn 24; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 14.01.2008 - [L 8 SO 88/07](#) - Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 36.3 zum Leistungsausschlussgrund des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB XII](#); so anscheinend auch Bundesministerium für Arbeit und Soziales vom 25.04.2011 in der Ausschussdrucksache 17(11) 881).

Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, dass der Ausschlussgrund des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) - Einreise zum Zwecke der Erlangung der Sozialhilfe - trotz der Inländergleichbehandlungsgewährleistung des EFA Anwendung findet (Coseriu, a.a.O., Rn 34f; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 45; Greiser, a.a.O., Rn 59), ist nach Auffassung des Bundessozialgerichts kein rechtlicher Ansatzpunkt dafür erkennbar, dass das EFA nur auf diejenigen Ausländer anzuwenden ist, die sich zur Zeit des Eintritts der Hilfebedürftigkeit bereits in dem um Hilfe angegangenen Staat erlaubt aufhielten und nicht auf diejenigen, die als bereits bedürftige Personen in eine Staat einreisten (BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 39). Daher kann dahinstehen, ob vorliegend überhaupt die Voraussetzungen dieses Ausschlussgrundes gegeben sind. Durch die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII bis zur abschließenden Klärung der Rechtslage entstehen dem Antragsteller keine längere Zeit dauernde erhebliche Beeinträchtigungen, die nachträglich nicht mehr ausgeglichen werden können.

Der Senat hat bei der Folgenabwägung auch berücksichtigt, dass es sich bei den Leistungen nach dem SGB II und SGB XII nach dem Willen des Gesetzgebers um sich gegenseitig ausschließenden Leistungen handelt. Nach der formellen Gesetzeslage sowie dem Willen des Gesetzgebers, der den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf Unionsbürger wie auf Staatsangehörige eines EFA-Vertragsstaates anwenden will, ist die Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers für Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums bei dem Aufenthalt eines Staatsangehörigen eines EFA-Vertragsstaates allein zur Zweck der Arbeitsuche gegeben. Beim Verweis des Antragstellers auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII bis zur Klärung der Rechtslage im Hauptsacheverfahren werden die finanziellen Interessen des örtlichen Sozialhilfeträgers gegenüber dem Antragsgegner durch die Bestimmungen der [§§ 102 ff](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) gewahrt. Dies würde nicht für den Fall der Vorleistung durch den Antragsgegner gelten, da das SGB XII strengere Bestimmungen hinsichtlich der Annahme einer Hilfebedürftigkeit, insbesondere bei der Anrechenbarkeit von Vermögen, vorsieht, so dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII auch bei Nichtanwendbarkeit der Vorschriften [§§ 21, 23 SGB XII](#) nicht gegeben sein kann und damit ein Erstattungsanspruch des Antragsgegners nach [§102 ff](#) SGB X entfielen. Des Weiteren stünde es dem Sozialhilfeträger offen, erwerbsfähigen Angehörigen eines EFA-Vertragsstaates bei der Arbeitssuche zu helfen bzw. sie auf die Arbeitsvermittlung nach [§§ 35ff](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) durch die Bundesagentur für Arbeit zu verweisen. Sobald ein solcher Angehöriger, der gleichzeitig, wie im vorliegenden Fall, Unionsbürger ist, den Status eines Arbeitnehmers i.S.d. Gemeinschaftsrechts der Europäischen Gemeinschaft erlangt hat, entfällt der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) und er unterfällt dem Regime des SGB II. Jeder Arbeitnehmer, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt - mit Ausnahme derjenigen Arbeitnehmer, deren Tätigkeit einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt - fällt unter die Vorschriften der Freizügigkeit für Arbeitnehmer (vgl. BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 18 m.w.N.; EuGH Urteil vom 04.02.2010 [C -14/09](#), Genc, wonach eine Arbeit an 6 Stunden in der Woche als Reinigungskraft bei einem monatlichen Einkommen in Höhe von 200,00 Euro einen Arbeitnehmerstatus begründen kann). Deshalb ist auch derjenige Arbeitnehmer i.S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, der nur über ein geringfügiges, das Existenzminimum nicht deckendes Einkommen verfügt.

Danach käme ein Leistungsanspruch auf Sozialhilfe dem Grunde nach in Betracht.

Hinsichtlich einer Verpflichtung des Leistungsträgers nach dem SGB XII ist jedoch kein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

Ein Anordnungsgrund i.S.d. Notwendigkeit gerichtlichen Eingreifens ist - vgl. bereits oben- nur dann glaubhaft gemacht, wenn zuvor alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, das erstrebte Ziel auch ohne Einschaltung des Gerichts zu erreichen. Zu diesen Möglichkeiten zählt insbesondere die vorherige Kontaktaufnahme mit dem für die begehrte Leistung zuständigen Verwaltungsträger.

Der Antragsteller ist mit Schreiben des Berichterstatters vom 27.07.2012 an seinen sachkundigen Prozessbevollmächtigten angeregt worden, Leistungen beim örtlich zuständigen Leistungsträger nach dem SGB XII zu beantragen und dessen Reaktion ggf. mit Ablehnungsbescheid dem Gericht mitzuteilen. Dies ist - trotz Erinnerung vom 08.08.2012 - bis zur Beschlussfassung des Senats unterblieben.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Prozesskostenhilfe steht dem Antragsteller nach Vorstehendem wegen fehlender hinreichender Erfolgsaussicht weder für das Antragsverfahren noch für das Beschwerdeverfahren zu, [§§ 73a SGG, 114 ZPO](#).

Kosten des Beschwerdeverfahrens nach Ablehnung von Prozesskostenhilfe sind entsprechend [§ 127 Abs. 4 ZPO](#) nicht zu erstatten.

Dieser Beschluss ist endgültig, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2012-10-17