

## L 20 AS 2697/14 B ER

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
20

1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 103 AS 20989/14 ER

Datum  
24.09.2014  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 20 AS 2697/14 B ER

Datum  
10.12.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Die Beschwerden gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 24. September 2014 werden zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten der Beschwerdeverfahren sind nicht zu erstatten. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird abgelehnt.

Gründe:

Die zulässigen Beschwerden sind unbegründet. Das Sozialgericht hat es zu Recht abgelehnt, den Antragsgegner im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zur Leistungsgewährung nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - SGB II - zu verpflichten. Auch ist die Ablehnung der Gewährung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren nicht zu beanstanden.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach [§ 86 b Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG - ist unbegründet, da die Antragsteller einen Anordnungsanspruch nicht mit der für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht haben ([§§ 86b Abs. 2 SGG](#), [920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung - ZPO -).

Ein Anordnungsanspruch aus den [§§ 7 Abs. 1 Satz 1](#), [19 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) in der seit dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches des Sozialgesetzbuches vom 24. März 2011 ([BGBl. I S. 453](#)) scheitert bereits daran, dass die Antragsteller als rumänische Staatsbürger dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) unterliegen.

Danach sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und deren Familienangehörige vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgenommen. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich vorliegend nicht aus § 2 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2. Dezember 2014 ([BGBl. I, S. 1922](#)). Gemäß § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU u. a. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen (Nr. 1) oder Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Nr. 1a) oder wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige) (Nr. 2). Die Voraussetzungen der Nummern 1 und 2 liegen nicht vor, da die Antragsteller weder selbständig tätig sind noch eine abhängige Beschäftigung ausüben. Daher verbleibt allein ein Recht zum Aufenthalt zur Arbeitssuche. Dies führt dazu, dass der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) Anwendung findet.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist als geltendes Recht auch anzuwenden ([Art. 20 Abs. 3](#) Grundgesetz - GG). Der Senat ist von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1](#), Satz 2 Nr. 2 SGB II nicht überzeugt. Nur eine solche Überzeugung könnte ihn ausnahmsweise berechtigen, dieses formelle Gesetz nicht anzuwenden. Anders als in Verfahren nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#), bei denen ggf. eine Entscheidung aufgrund einer Interessenabwägung zu treffen ist (vgl. OVG Berlin, Beschluss vom 13. März 1996 – [7 NC 147/95](#), [NVwZ 1996, 1239](#); OVG Lüneburg, Beschlüsse vom 10. März 2010 – 12 ME 176/08, [NuR 2010, 290](#), und vom 5. Januar 2011 – [1 MN 178/10](#), [BauR 2010, 990](#)), sind die Gerichte im Rahmen des [§ 86b Abs. 2 SGG](#) grundsätzlich nicht berechtigt, formelle Gesetze als unwirksam zu behandeln. Dies gilt insbesondere, wenn das Gericht lediglich Zweifel an der Vereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht hat (a. A. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11. August 2011 – [L 15 AS 188/11 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 30. November 2010 – [L 34 AS 1501/10 B ER](#) –, vom 17. Mai 2011 – [L 28 AS 566/11 B ER](#) –, vom 20. Juni 2011 – [L 25 AS 535/11 B ER](#) – und vom 30. September 2011 – [L 14](#)

[AS 1148/11 B ER](#), [L 14 AS 1152/11 B PKH](#); Bayerisches LSG, Beschluss vom 22. Dezember 2010 – [L 16 AS 767/10 B ER](#); Hessisches LSG, Beschluss vom 14. Juli 2011 – [L 7 AS 107/11 B ER](#)). Nur ausnahmsweise, wenn das Gericht von der Europarechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Norm überzeugt ist und zudem die Durchsetzung der Ansprüche der Erinnerungsführer endgültig versagt würde, kommt [Art. 19 Abs. 4 GG](#) Vorrang vor [Art. 20 Abs. 3 GG](#) zu mit der Folge, dass ausnahmsweise eine einstweilige Anordnung ergehen kann. Diese setzt jedoch eine ansonsten abschließende Prüfung der Sach- und Rechtslage auch im Eilverfahren voraus (OVG Berlin-Brandenburg v. 18.03.2013 – OVG [12 S 14.13](#), juris, Rn. 5f.); für eine "Folgenabwägung" ist hingegen kein Raum (so im Ergebnis auch SG Dresden, Beschluss vom 5. August 2011 – [S 36 AS 3461/11 ER](#); ausführlich LSG Niedersachsen-Bremen v. 18.03.2014 – [L 13 AS 363/13 B ER](#) – juris, Rn. 11 ff.). Eine Überzeugung von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) lässt sich den vorgenannten Entscheidungen der Landessozialgerichte nicht entnehmen. Auch der Senat kann eine solche Überzeugung nicht gewinnen.

Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist nicht europarechtswidrig (vgl. im Einzelnen Beschluss vom 17. März 2014 – [L 20 AS 502/14 B ER](#) –, juris), denn er ist von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG – sog. Unionsbürgerrichtlinie – gedeckt, soweit Leistungen zum Lebensunterhalt begehrt werden (so auch Peters in Estelmann, SGB II, § 7 Rn. 14, und mit zutreffenden Erwägungen LSG Berlin-Brandenburg im Beschluss vom 8. Juni 2009 – [L 34 AS 790/09 B ER](#) –; inzwischen hat dieser Senat seine Rechtsprechung allerdings aufgegeben, Beschluss vom 30. November 2011 – L 34 AS 1501/10B ER, [L 34 AS 1518/10 B PKH](#)). 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 einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens zu gewähren. Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b der Richtlinie bestimmt, dass auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden darf, wenn die Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen. In diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) beruht auf diesen europarechtlichen Bestimmungen (vgl. [BT-Drs. 16/688, S. 13](#)).

Die Antragsteller erfüllen nicht die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 – sog. Unionsbürgerrichtlinie –, da sie gerade nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen, um Sozialleistungen nicht in Anspruch nehmen zu müssen. Da sie auch nicht Arbeitnehmer oder Selbständige sind (Art. 7 Abs. 1 Buchst. a Richtlinie 2004/38), können sie sich nicht auf das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/38 berufen, denn der bundesdeutsche Gesetzgeber kann für den Personenkreis, dem die Antragsteller damit zugehörig sind (kein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b Richtlinie 2004/38 und nicht als Arbeitnehmer oder Selbständiger im Sinne der Richtlinie 2004/38 im Inland) Fürsorgeleistungen nach dem SGB II in [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) ausschließen (EuGH v. 11.11.2014 – [C-333/13](#) (Dano), Rn. 78, 81).

Die vorliegend erstrebten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sind Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie. Die Frage, welche Leistungen unter diesen Sozialhilfebegriff fallen, ist im Einklang mit Art. 39 Abs. 2 des EG-Vertrags (EGV) zu beantworten (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Vatsouras, Koupantantz, C 22-/08 und [C 23/08](#)). Nach Art. 39 Abs. 2 EGV umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die nach Art. 39 Abs. 1 EGV gewährleistet wird, die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Vor dem Hintergrund dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es nicht mehr möglich, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, von finanziellen Leistungen auszunehmen, sofern diese den Zugang zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates erleichtern sollen (EuGH, Urteile vom 23. März 2004, Collins, [C-138/02](#), und vom 15. September 2005, Ioannidis, [C-258/04](#)). Es ist Sache der nationalen Behörden und innerstaatlichen Gerichte, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen, sondern auch die grundlegenden Merkmale dieser Leistungen zu prüfen (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Vatsouras, Koupantantz, C 22-/08 und [C 23/08](#)). Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 sind solche, die ein einzelner, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse verfügt und deshalb öffentliche Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates aus von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfesystemen in Anspruch nimmt. (EuGH v. 11.11.2014 – [C-333/13](#) (Dano), Rn. 63). Dies trifft auf die von den Antragstellern begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist deren "Passivität", das heißt deren Existenzsichernde Funktion (vgl. zum Charakter des SGB II als Fürsorgegesetz BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 – [B 14 AS 23/10 R](#) – juris; zu den Leistungen nach dem SGB II als Teil des "allgemeinen Fürsorgerechts" vgl. BVerfG v. 18.07.2012 – [1 BvL 10/10](#), 1BvL 2/11 – juris, Rn.112); sie begehren hingegen nicht "aktive" Leistungen der Eingliederung in Arbeit (vgl. zur Trennbarkeit der Leistungen im SGB II auch ausführlich SG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2011 – [S 26 AS 10021/08](#); Beschluss des SG Dresden vom 5. August 2011 – [S 36 AS 3461/11 ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, 34. Senat, a. a. O.; a.A. LSG Rheinland-Pfalz v. 21.08.2012, [L 3 AS 250/12 B ER](#), juris allerdings mit dem Ergebnis, dass bei der Anwendung des Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie bezogen auf einen Leistungsanspruch nach dem SGB II eine tatsächlichen Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt in der Person des Erinnerungsführers vorliegen muss). Die Regelungen des SGB II führen die frühere Arbeitslosenhilfe einerseits und die frühere Sozialhilfe andererseits zusammen ([BT-Drs. 15/1516, S. 44](#)). Das bisherige Nebeneinander von zwei staatlichen Fürsorgeleistungen sollte beendet, der Grundsatz "Arbeit statt passiver Leistung" besser umgesetzt werden (a. a. O.). Die Leistungen zur Eingliederung in Arbeit werden aber weiterhin als aktive Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und als passive Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erbracht (a. a. O., S. 50). Während die aktiven Leistungen den Erwerbsfähigen bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unterstützen sollen, sollen die passiven Leistungen den Lebensunterhalt des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft sichern, soweit sie ihn nicht auf andere Weise bestreiten können (a. a. O.). Dass die Leistungen zur Grundsicherung nach dem SGB II bei "Erwerbsfähigkeit" erbracht werden, führt nicht schon zu der Annahme, dass es sich um Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen (in diese Richtung aber wohl BSG v. 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#) –, juris, Rn. 25). Die "Erwerbsfähigkeit" schließt die Annahme einer Fürsorgeleistung nicht aus, da sie, was die Leistungen zur Grundsicherung nach dem SGB II anbelangt, lediglich zu einer anderen Zuständigkeit für die Leistung führt, die sich ansonsten qualitativ nicht von den (Fürsorge-)Leistungen für Nichterwerbsfähige nach dem SGB XII unterscheiden. So sind im Übrigen auch Grundsicherungsleistungen für nicht erwerbsfähige Hilfebedürftige nach [§ 19 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), die hier vom Antragsteller zu 3) begehrt werden, zu leisten, was verdeutlicht, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts jedenfalls nicht über eine vorausgesetzte Erwerbsfähigkeit als "Zugangsleistungen" zum Arbeitsmarkt zu qualifizieren sind. Die Antragsteller begehren allein Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, und damit Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie. Dabei können nationale Regelungen vorsehen, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger, die wirtschaftlich nicht aktiv sind, von dem Erfordernis eines rechtmäßigen Aufenthalts

abhängig gemacht werden (EuGH, Urteil vom 19.09.2013, Brey, [C-140/12](#), Rn.44).

Die Regelungen der Richtlinie 2004/38 sollen das Freizügigkeitsrecht erleichtern und verstärken. Sie lassen es grundsätzlich zu, das Aufenthaltsrecht bei unangemessener Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen einzuschränken (EuGH, a.a.O., Rn. 55, 57). Die Frage, ob das nationale Recht die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen beschränken darf, wird von den Regelungen nicht erfasst. Art. 7 Abs. 1 Buchst. B der Richtlinie 2004/38/EG schließt nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH (a.a.O. Rn 72) lediglich nationale Regelungen aus, die das Aufenthaltsrecht selbst ausschließen, ohne dass die zuständigen nationalen Behörden befugt sind zu prüfen, ob die Gewährung von Sozialhilfeleistungen im Einzelfall das nationale Sozialhilfesystem des Aufnahmestaates unangemessen belastet. Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) knüpft aber an den Zweck des bestehenden Aufenthaltsrechts an und hängt nicht von einem Aufenthaltsrecht in Abhängigkeit ausreichender eigener Existenzmittel ab (vgl. hierzu EuGH, a.a.O., Rn. 80). Eine Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ergibt sich auch nicht aus einem Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit – VO 883/2004 –. Es werden zwar Zweifel erhoben, ob der Leistungsausschluss im SGB II mit der VO 883/2004 vereinbar ist (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. September 2011 – [L 14 AS 1148/11 B ER](#), [L 14 AS 1152/11 B PKH](#); SG Dresden, Beschluss vom 5. August 2011 – [S 36 AS 3461/11 ER](#)). Der Senat folgt diesen jedoch nicht.

Die VO 883/2004 sichert den Unionsbürgern, die von der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen, die Beibehaltung eines Anspruchs auf bestimmte Sozialleistungen, die im Herkunftsland gewährt wurden, und trifft daher Regelungen zur Exportierbarkeit von Leistungen (EuGH, Urteil vom 19.09.2013, Brey, [C-140/12](#), Rn.52, 57). Art. 4 der VO 883/2004 bestimmt dabei auch, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats haben wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit mit der VO nichts anderes bestimmt ist. Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung erstreckt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 u. a. auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, der sachliche Geltungsbereich gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. h) auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Während Art. 3 Abs. 1 VO 883/2004 die Anwendbarkeit der VO auf die Systeme der sozialen Sicherheit regelt und damit diese einer Exportpflicht unterwirft, regelt Art. 3 Abs. 5 Lit. a) VO 883/2004 den Ausschluss der Fürsorgeleistungen vom Anwendungsbereich der VO und damit von der Exportpflicht. In Reaktion auf Ausgestaltungen von Sozialleistungssystemen in den Mitgliedsstaaten, die die Kategorisierung von Leistungen in solche der sozialen Sicherung einerseits und Leistungen der Fürsorge andererseits erschwerten und aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wurde bereits mit Art. 10a Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 eine Regelung geschaffen, die für etwaige "Mischleistungen", nämlich für besondere beitragsunabhängige Leistungen, eine Ausnahme von der generellen Exportpflicht (Art. 10 Abs. 1 VO 1408/71) vorsah. Für diese Leistungen, sofern sie denn als beitragsunabhängige Sonderleistungen von den Koordinierungsregelungen der VO erfasst waren, sollte der Leistungstransfer in das europäische Ausland ausgeschlossen werden. Eine Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises war damit nicht verbunden; bereits Art. 10a Abs. 1 Satz 2 VO 1408/71 bestimmte, dass die Leistungen ausschließlich im Wohnmitgliedsstaat und ausschließlich nach dessen Rechtsvorschriften erbracht werden.

Auch nach Art. 3 Abs. 3 VO 883/2004 gilt nunmehr die (Nachfolge-)Verordnung ausdrücklich auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Art. 70. Als solche Leistungen sind gemäß Art. 70 Abs. 2 lit. c) i. V. m. Anhang X für Deutschland auch Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende, soweit für diese Leistungen nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld ([§ 24 Abs. 1 SGB II](#)) erfüllt sind, aufgeführt.

Werden die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II als "beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne des Art. 70 Abs. 2 VO 883/2004 verstanden (so EuGH v. 11.11.2014, [a.a.O.](#), Rn. 83, 47 unter Bezugnahme auf die Qualifizierung durch das vorlegende Gericht), führt dies nicht zu der Annahme eines grundsätzlichen Anspruchs aller Unionsbürger auf scheinbar alle Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Art. 4 VO 883/2004 bestimmt den Gleichbehandlungsgrundsatz "sofern in der VO selbst nichts anderes bestimmt ist". Art 4 VO 883/2004 steht einer nationalen Regelung zum Ausschluss vom Bezug "besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen" nicht entgegen (EuGH v. 11.11.2014 – [C-333/13](#) (Dano), Rn. 84). Art. 70 Abs. 4 VO 883/2004 regelt, dass die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnortlandes geleistet werden (EuGH v. 11.11.2014 – [C-333/13](#) (Dano), Rn. 83). Hier können also Zugangsregelungen geschaffen werden. So kann auch der Zugang zu diesen beitragsunabhängigen Leistungen für nicht erwerbstätige Unionsbürger wie die Antragsteller von einem Recht zum Aufenthalt nach der RL 2004/38 abhängig gemacht werden (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 83). Eine Ausweitung der grundsätzlichen Leistungs-berechtigungen der beitragsunabhängigen Leistungen nach nationalem Recht für alle Unionsbürger war im Übrigen auch mit der Regelung des Art. 70 VO 883/2004 nicht bezweckt. Nach dem bisherigen materiellen Standard, der in der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, die durch Art. 90 der VO 883/2004 überwiegend aufgehoben wurde, abgebildet ist, waren nicht auch Arbeitsuchende vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst (Art. 2 VO 1408/71; vgl. hierzu Schreiber, a. a. O. Art. 70 Rn. 5; LSG Rheinland-Pfalz v. 21.08.2012, [L 3 AS 250/12 B ER](#), juris, Rn. 26). Da die VO 883/2004 Regelungen zum Leistungsexport bestimmt, wäre eine nationale Regelung, die einen Exportausschluss vorsieht, an den Vorgaben der VO zu messen. Die Regelung des [§ 7 SGB II](#) betrifft nicht die Exportierbarkeit von Leistungsansprüchen.

Mit der Aufnahme der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende in den zuvor leeren Anhang X der VO 883/2004 mit der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 ist auch keine Abkehr vom bisherigen materiellen Standard erfolgt, sondern auf die Einführung dieser Leistungen und der Grundsicherungsleistungen nach dem 4. Kapitel des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch - SGB XII - reagiert und sichergestellt worden, dass diese Leistungen – soweit sie die weiteren Voraussetzungen des Art. 70 Abs. 2 VO 883/04 erfüllen, also "Mischleistungen" sind - nicht dem generellen Exportgebot unterfallen, sondern nur in Deutschland erbracht werden (hierzu ausführlich: LSG Rheinland-Pfalz v. 21.08.2012, [L 3 AS 250/12 B ER](#), juris, Rn. 24).

Soweit die Leistungen nach dem SGB II zum Lebensunterhalt nicht als "besondere beitragsunabhängige" Leistungen im Sinne des Art. 70 Abs. 2 VO 883/04 verstanden werden, sind sie auch als "reine" Fürsorgeleistungen weiterhin bereits nach Art 3 Abs. 5 VO 883/04 nicht von den Koordinierungsvorschriften erfasst. Die Leistungen nach dem SGB II sind mit Aufnahme im Anhang X als insoweit besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne des Art. 70 VO 883/2004 qualifiziert, als sie – nach den vorstehenden Ausführungen – Leistungen der sozialen Fürsorge darstellen und eine Leistung der Sozialen Sicherheit ersetzen oder ergänzen. Die Leistungen nach §§ 19 ff. "ergänzen" nicht Leistungen der sozialen Sicherheit (vgl. hierzu Fuchs, in Europäisches Sozialrecht, 5. Auflage 2010, Rn. 11), da sie nicht zusammen mit einer der von Art. 3 Abs. 1 VO 883/04 erfassten Leistung erbracht werden (hier Arbeitslosengeld nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch - SGB III -). Die Leistungen der [§§ 19 ff. SGB II](#) ersetzen auch nicht in jeder Leistungsform eine Leistung der Sozialen Sicherheit im Sinne des

Art. 3 VO 883/04, hier eine Leistung bei Arbeitslosigkeit. Ersatzweise i.S. Art. Abs. 2 VO 883/04 werden solche Leistungen gewährt, die anstelle von Regelleistungen in Versicherungsfällen nach Art. 3 Abs. 1 VO 883/04 gewährt werden, es muss ein "exakt identischer Versicherungsfall" (Fuchs, a.a.O.) gegeben sein. Dies ist in den Fällen, in denen das Arbeitslosengeld II nach dem SGB II, welches nicht an die Arbeitslosigkeit, sondern an die Bedürftigkeit mangels Einkommens und Vermögens trotz bestehender Erwerbsfähigkeit anknüpft, jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der reine Fürsorgecharakter der Leistung im Vordergrund steht, d.h. kein Bezug zu einem vorausgegangenem Verlust eines Arbeitsplatzes gegeben ist.

Nach allem ist also der Leistungsausschluss in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) weder bei einem Verständnis der Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II als besondere beitragsunabhängige Leistungen noch bei Qualifizierung dieser Leistungen als reine Fürsorgeleistungen im Hinblick auf europarechtliche Vorschriften zu beanstanden.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist nicht schon wegen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) unanwendbar (vgl. BSG, Urteil vom 18. Januar 2011 – [B 4 AS 14/10 R](#)). Die Antragsteller sind nicht vom Schutzbereich des EFA erfasst, weil Rumänien dieses Abkommens bislang nicht ratifiziert hat.

Ein Anordnungsanspruch folgt auch nicht aus [§ 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) i.V.m. [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) im Hinblick darauf, dass das Bundessozialgericht am 12. Dezember 2013 das Verfahren zum Az. [B 4 AS 9/13](#) ausgesetzt und dem EuGH – im Hinblick auf [§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) – diverse Fragen über die Auslegung der Verträge bzw. der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstiger Stellen der Union im Wege der so genannten Vorabentscheidung nach [Art. 267 AEUV](#) (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) vorgelegt hat (so aber LSG Berlin-Brandenburg v. 15.08.2014 – [L 10 AS 1593/14 B ER](#) – juris -, m.w.N. aus der Rspr.). Dabei konnte der Senat vorliegend dahinstehen lassen, dass der Antragsgegner bereits nach dem Vortrag der Antragsteller einen Leistungsantrag bindend abgelehnt hat und die Antragsteller vorliegend im Verwaltungsverfahren eine Überprüfung dieser bindenden Ablehnung gemäß [§ 44 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – SGB X – begehren und insofern schon kein Raum für eine Verpflichtung zu einer "vorläufigen" Leistung sein dürfte. Ein Anspruch besteht auch deshalb nicht, weil die Entscheidung über die Gewährung vorläufiger Leistungen hier in das Ermessen des Antragsgegners gestellt ist und eine Reduktion des Ermessens auf Null nicht gegeben ist.

Nach [§ 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) kann über die Erbringung von Geldleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist. Für den Erlass eines vorläufigen Bescheides ist dann kein Raum mehr, wenn über den Leistungsanspruch endgültig – abschlägig – entschieden wurde (vgl. Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 31. Oktober 2012 – [L 12 AS 691/11](#) –, juris; vgl. zum Ausschluss der Anwendung einer Vorschussregelung nach endgültiger Bescheidung auch: BayVGH vom 26.6.2002 – [12 CE 02.376](#); a.A. LSG Berlin-Brandenburg v. 15.08.2014 – [L 10 AS 1593/14 B ER](#), a.a.O.; v. 27.05.2014 – [L 34 AS 1150/14 B ER](#) – juris – Rn. 11). [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) i. V. m. [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) stellt eine Regelung nur für den Zeitraum bis zur endgültigen Entscheidung der Behörde dar. Vorläufige Leistungsbescheide werden durch endgültige Leistungsbescheide ersetzt und erledigen sich hierdurch auf sonstige Weise im Sinn von [§ 39 Abs. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – SGB X – (vgl. BSG, Urteil vom 10. Mai 2011 – [B 4 AS 139/10 R](#), m.w.N. – juris; Düe in Brand, SGB III, 6. Auflage 2012, § 328, Rn. 11). Hat eine Behörde – wie hier – endgültig über einen Leistungsantrag abschlägig entschieden und erweist sich dies als rechtmäßig, ist für eine vorläufige Leistungsgewährung nach [§ 328 Abs. 1 SGB III](#) kein Raum mehr (insofern noch missverständlich Beschluss des Senats v. 17.03.2014 – [L 20 AS 502/14 B ER](#) – juris mit zutreffender Kritik LSG Berlin-Brandenburg v. 27.05.2014 – [L 34 AS 1150/14 B ER](#) – juris – Rn. 11). Damit scheidet in diesen Fällen schon eine Verpflichtung durch das Gericht zu einer Leistungserbringung nach [§ 328 Absatz 1 Nr. 1 SGB III](#) aus.

Bei einer endgültigen ablehnenden Entscheidung der Behörde wäre zudem eine Verpflichtung der Behörde im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Leistung nach [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) nur zulässig, wenn sowohl das der Behörde eingeräumte Entschließungsermessen (vgl. Düe, a.a.O., Rn. 18) als auch das Auswahlermessen in der Weise eingeschränkt wäre, dass nur die vorläufige Leistungsgewährung rechtmäßig wäre. Hierfür ist nichts zu erkennen. Ein solche Einschränkung daraus anzunehmen, dass das Bundessozialgericht in einem Revisionsverfahren eine Vorlage an den EuGH gerichtet hat (so LSG Berlin-Brandenburg, a.a.O. unter Annahme eines bundeseinheitlich zu beachtenden "Zwischenergebnisses" zur Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens, getragen von einer instanzialen Autorität des BSG), scheidet allein deshalb aus, weil der Gesetzgeber gerade den Tatbestand "Gegenstand eines Verfahrens beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften" in [§ 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) nicht mit der Rechtsfolge einer gebundenen Entscheidung verknüpft hat, sondern für diesen Fall der Behörde eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen eingeräumt hat. Hat die Behörde – wie hier – endgültig die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II abgelehnt, folgt aus dem Umstand, dass zu einer im konkreten Fall anzuwendenden Rechtsnorm ein Verfahren im Sinne des [§ 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) anhängig ist, nicht die Verpflichtung zur vorläufigen Leistungsgewährung. Der Gesetzgeber hat mit [§ 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) im Rahmen der Gewährung von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB III (und über [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) auch im Rahmen der Leistungsgewährung nach dem SGB II) die Behörde ausnahmsweise ermächtigt, nach pflichtgemäßem Ermessen über eine Leistungsgewährung vorläufig zu entscheiden. Der existenzsichernde Charakter der Leistungen führt daher nicht schon automatisch dazu, dass eine endgültige – auch ablehnende – Entscheidung pflichtwidrig ist (so aber LSG Berlin-Brandenburg v. 27. Mai 2014 – [L 34 AS 1150/14 B ER](#) –, juris -, Rn. 13). Dies führte entgegen der gesetzlichen Regelung in [§ 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) zu einer gebundenen Entscheidung zur Gewährung vorläufiger Leistungen (wie hier auch LSG Berlin-Brandenburg vom 20.03.2014 – [L 29 AS 514/14 B ER](#) – Juris, Rn. 43 f)

Einer Beiladung des Trägers der Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – SGB XII – bedurfte es nicht, da ein Anspruch gegen diesen nicht in Betracht kam. Die Antragsteller sind von den Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII, die hier allein geltend gemacht werden, ausgeschlossen.

Nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) sind Personen, die als Erwerbsfähige dem Grunde nach Leistungsberechtigte nach dem SGB II sind, von der Gewährung von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII ausgeschlossen. Grundsätzlich richten sich die Leistungsansprüche von Erwerbsfähigen und ihren Angehörigen nach dem SGB II, ein subsidiäres Eingreifen von Hilfen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII. Die Abgrenzung der Systeme der Grundsicherung nach dem SGB II und dem SGB XII geschieht durch den Begriff der Erwerbsfähigkeit (Grube in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Auflage, § 21, Rn. 8; Eicher in: juris PK-SGB XII, § 21, Rn. 12, 15), wie dies auch im Wortlaut des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) zum Ausdruck kommt. Diese Vorschrift ist, soweit Leistungen nach dem SGB XII in Erwägung gezogen werden, "als vor die Klammer

gezogene Ausschlussnorm" vorab zu prüfen (Eicher, a.a.O., Rn. 8). Dies gilt auch für erwerbsfähige Ausländer, die dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB XII sind (Eicher, a.a.O.). Die Regelung des [§ 21 SGB XII](#) stellt eine Norm zur Abgrenzung der Hilfesysteme nach dem SGB II und dem SGB XII anhand der Erwerbsfähigkeit dar. Dies gilt auch, soweit ein tatsächlicher Leistungsanspruch bei vorhandener Erwerbsfähigkeit nach dem SGB II nicht ausgelöst wird, da es für die Abgrenzung nur auf einen Anspruch dem Grunde nach ankommt. Durch die Abgrenzung der Leistungssysteme in [§ 21 SGB XII](#) nach der Erwerbsfähigkeit und die Ausschlusswirkung bei einem Anspruch nach dem System des SGB II dem Grunde nach bei Erwerbsfähigkeit scheidet ein Anspruch auf Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII auch für solche Personen aus, die erwerbsfähig sind, deren Anspruch jedoch aus anderen rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist. Soweit [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) Ansprüche nach dem SGB XII für Ausländer, die sich im Inland aufhalten, normiert, ist diese Regelung nach ihrer systematischen Stellung nach [§ 21 SGB XII](#) und unter Berücksichtigung dessen, dass die gleichrangigen Sicherungssysteme der Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII hinsichtlich des dem Grunde nach anspruchsberechtigten Personenkreises nach der Erwerbsfähigkeit abzugrenzen und die Normen in diesem Sinne harmonisierend auszulegen sind (Eicher, a.a.O., Rn. 9f.), dahin auszulegen, dass die Regelung in [§ 23 SGB XII](#) jedenfalls nicht erwerbsfähigen Ausländern und ihren Angehörigen einen - dem Grunde nach im SGB II geregelten - Anspruch unter anderen Voraussetzungen zusätzlich oder ersatzweise zuerkennt (a.A. offenbar: Eicher, a.a.O., Rn. 26 ff.; Coseriu in: juris PK-SGB XII, § 23, Rn. 36.3). Wie auch der Anwendungsbereich des [§ 22 SGB XII](#) als Sonderregelung für Auszubildende im SGB XII deshalb begrenzt ist, weil Auszubildende regelmäßig erwerbsfähig sind und damit die Anspruchsberechtigung sich allein aus dem SGB II ergeben kann (Grube, a.a.O., Rn. 1), gilt auch ein eingeschränkter Anwendungsbereich für [§ 23 SGB XII](#), da sich auch für diesen Personenkreis die Leistungsberechtigung nach dem Leistungssystem des SGB II bestimmt. Auch in diesem Leistungssystem wird für EU-Bürger das europarechtliche Gleichbehandlungsgebot - unter Berücksichtigung des nunmehr erklärten Vorbehalts - berücksichtigt.

Der Senat verkennt nicht, dass die Antragsteller trotz rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet keinen Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II haben und daher auch ihr Freizügigkeitsrecht tatsächlich nicht mit Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II wahrnehmen können. Dies ist jedoch - wie dargestellt - mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Inwieweit unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben der Zugang zur Übernahme von Reise- und Verpflegungskosten zur Existenzsicherung (vgl. hierzu BVerfG v. 09.02.2001, [1 BvR 781/98](#), juris zu § 120 Abs. 5 BSHG) im bundesdeutschen Recht gewährleistet sein muss, um die Inanspruchnahme von Leistungen im Heimatland zu ermöglichen (vgl. hierzu LSG Berlin-Brandenburg v. 11.03.2013 - [L 31 AS 318/13 B ER](#) - juris) und ggf. eine einschränkende Auslegung von Leistungsausschlüssen im Recht der existenzsichernden Leistungen geboten ist, war nicht zu entscheiden, da die Antragsteller solche Leistungen nicht beantragt haben.

Das Sozialgericht hat auch zu Recht mangels Erfolgsaussichten die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ([§ 73 a SGG](#) i.V.m. [§ 114 Zivilprozessordnung](#) - ZPO) abgelehnt.

Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren war ebenfalls wegen fehlender Erfolgsaussicht abzulehnen ([§ 73 a SGG](#) i. V. m. [§ 114 ZPO](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#) und aus [§ 73 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 127 Abs. 4 ZPO](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2015-01-13