

L 9 AS 1335/15 B ER

Land
Niedersachsen-Bremen
Sozialgericht
LSG Niedersachsen-Bremen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

9
1. Instanz
SG Lüneburg (NSB)
Aktenzeichen
S 24 AS 188/15 ER

Datum
20.08.2015
2. Instanz
LSG Niedersachsen-Bremen
Aktenzeichen
L 9 AS 1335/15 B ER

Datum
22.02.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Lüneburg vom 20. August 2015 geändert. Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Lüneburg vom 20. August 2015 wird zurückgewiesen.

Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren vor dem Landessozialgericht Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung unter Beordnung von Rechtsanwältin I. (J.) zu den Bedingungen einer im Zuständigkeitsbereich des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen niedergelassenen Rechtsanwältin bewilligt.

Gründe:

I. Die Beteiligten streiten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um die Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (LSL) nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Der Antragsgegner (AG), eine gemeinsame Einrichtung des Landkreises K. und der Bundesagentur für Arbeit (BA) nach [§ 44b SGB II](#), wendet sich gegen einen Beschluss des Sozialgerichts (SG) Lüneburg, mit dem er zur (vorläufigen) Leistungsgewährung verpflichtet worden ist. Die Antragsteller begehren mit ihrer Beschwerde eine weitergehende Verpflichtung des AG.

Die vier Antragsteller sind Staatsangehörige der Republik Rumänien. Der Antragsteller zu 1. und die Antragstellerin zu 2. sind beide 1986 geboren und miteinander verheiratet. Bei der 2011 - in Rumänien (Geburtsurkunde unter BI 35 der von dem AG beigezogenen Leistungsakte [LA] - geborenen Antragstellerin zu 3. und dem 2014 in Deutschland geborenen Antragsteller zu 4. handelt es sich um gemeinsame Kinder.

Die Antragsteller haben nach eigenen Angaben bis 31. März 2015 LSL in J. erhalten (Erklärung v. 17. März 2015 = BI 27 LA; Aufhebungsbescheid unter BI 37 = BI 66 LA). Im Zusammenhang mit einem Umzug nach L. beantragten sie am 16. März 2015 bei dem AG die Gewährung von LSL (Hauptantrag unter BI 13 LA). Der Antragsteller zu 1. gab darin an, innerhalb der letzten fünf Jahre in der Zeit vom 20. Oktober bis 23. Dezember 2014 sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen zu sein (Ziff. 6.1 des Mantelvordrucks = BI 14 LA). Aus einem verbis-Vermerk des AG ergibt sich, dass der Antragsteller zu 1. in der Zeit vom 1. Februar 2012 bis 30. April 2014 selbstständig tätig gewesen sein soll (BI 80 LA). Die Antragstellerin zu 2. machte zu einer Beschäftigung keine Angaben. Bis Mai 2015 erhielt der Antragsteller zu 1. Elterngeld in monatlich unterschiedlicher Höhe von der M. (schwankend zwischen 300 Euro und 578,11 Euro, [Neufeststellungs]Bescheid v. 14. Januar 2015 = BI 55 = BI 115 LA). Für den Antragsteller zu 4. erhält die Antragstellerin zu 2. Kindergeld iHv monatlich 184 Euro (Bescheid der Familienkasse Nord v. 30. Juli 2014 = BI 53 LA). Mit den Antragsvordrucken legten die Antragsteller zu 1. bis 3. drei von der Stadt N. unter dem 25. Juni 2012 ausgestellte Bescheinigungen gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) vor (BI 29-31 LA). Aus dieser Bescheinigung geht hervor, dass eine Anmeldung am 1. Oktober 2011 erfolgt ist.

Mit Bescheid vom 30. März 2015 bewilligte der AG den Antragstellern vorläufig LSL für den Zeitraum 1. April bis 30. Juni 2015 (BI 84 LA). Die Vorläufigkeit bezieht sich ausweislich der Begründung (s.a. den Vermerk des AG v. 27. März 2015 = BI 82 LA) auf den nicht berücksichtigten Bedarf für die Kosten der Unterkunft und Heizung (KdU). Mit Blick auf die Dauer der Bewilligung führte der AG aus, der Arbeitnehmerstatus des Antragstellers zu 1. wirke sechs Monate nach, anschließend greife ein Ausschlussgrund für Ausländer (Hinweis auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#)

[SGB II](#)). Zeitgleich mit der Bescheidung nahm der AG weitere Ermittlungen auf und forderte die Antragsteller zur Mitwirkung – unter anderem – hinsichtlich der KdU auf (Schreiben v. 30. März 2015 = BI 91 = BI 98 LA). Mit Bescheid vom 30. April 2015 wurden für den genannten Zeitraum LSL unter Berücksichtigung der KdU bewilligt (BI 131 LA).

Am 29. April 2015 beantragten die Antragsteller eine Erstausrüstung für die Wohnung (undatiertes Schreiben unter BI 121 LA; Kinderzimmereinrichtung, Schlafzimmer–einrichtung, Waschmaschine, Küchentisch mit Stühlen, Gefriertruhe). Diesen Antrag lehnte der AG ab (Bescheid v. 30. April 2015 = BI 137 LA). Der hiergegen erhobene Widerspruch (vom 7. Mai 2015 = BI 138 LA; weitere Begründung mit Schreiben v. 21. Mai 2015 [aus J.?] = BI 143 LA), blieb ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid v. 19. Juni 2015 = BI 141 LA, Aktenzeichen des AG: W 519/15). In diesem Widerspruchsverfahren reichten die Antragsteller zwei Meldebestätigungen der M. zur Leistungsakte. Eine vom 10. April 2014 betreffend einen Einzug zum 15. Januar 2014 in die O. 2 (BI 146 LA) und eine vom 25. Juli 2014 betreffend einen Einzug zum 1. Juli 2014 in die P. 22 (BI 145 LA).

Am 7. Juli 2015 ging bei dem AG ein Weiterbewilligungsantrag (WBA) der Antragsteller ein (BI 149 LA), den jener unter Hinweis auf den Ausschlussgrund in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ablehnte (Bescheid v. 8. Juli 2015 = BI 152 LA = BI 8 = BI 27 dA). Zeitgleich beantragten die Antragsteller die Übernahme der Mietkaution iHv 1.770 Euro durch den AG (BI 150 LA; zur näheren Begründung s. Schreiben v. 17. Juni 2015 = BI 162 LA). Diesen Antrag lehnte der AG mit Bescheid vom 17. Juli 2015 ab (BI 161 LA; Widerspruch erhoben am 31. Juli 2015 mit Schreiben v. 30. Juli 2015 = BI 178 LA, abgeholfen mit Bescheid v. 26. August 2015 = BI 203 LA).

Gegen den Bescheid vom 8. Juli 2015 (Ablehnung LSL) erhoben die Antragsteller am 27. Juli 2015 Widerspruch (BI 164 = BI 171 LA = BI 9 = BI 28 dA). Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, sie seien nicht vom Bezug von LSL ausgeschlossen, da sie über ein Daueraufenthaltsrecht verfügten. Insoweit legten sie eine Bescheinigung der Q. Sozialberatung vom 14. Mai 2012 vor, aus der sich nach Ansicht der Antragsteller ergeben soll, dass die Antragstellerin zu 2. bereits seit November 2008 das Straßenmagazin "Q." in R. verkauft habe (BI 175 LA = BI 12 = BI 31 dA). Dem Widerspruch lagen Ablichtungen des Verkaufsausweises der Antragstellerin zu 2. mit der Nr. 1459 vom 5. November 2008 des Straßenmagazins "Q." und des Verkaufsausweises des Antragstellers zu 1. mit der Nr. 1498 vom 29. Dezember 2008 bei (BI 176 LA = BI 13 = BI 32 dA). Die Antragstellerin zu 2. habe außerdem das Straßenmagazin "S." in T. (Ablichtung des Verkaufsausweises HL-0127 für 2014 unter BI 176 LA = BI 13 = BI 32 dA), das Straßenmagazin "U." in V. (Ablichtung des Verkaufsausweises A 0618 unter BI 176 LA = BI 13 = BI 32 dA) und das Straßenmagazin "W." in J. verkauft. Der Verlust des Freizügigkeitsrechts sei zu keinem Zeitpunkt festgestellt worden.

Der AG führte das Widerspruchsverfahren unter dem Aktenzeichen W 888/15 (vgl. Schreiben v. 31. Juli 2015 = BI 170 LA). Er wies darauf hin, dass die Geburt der Antragstellerin zu 3. im August 2011 in Rumänien und die Verlängerung der Ausweisdokumente der Eltern am 17. Mai 2011 bzw. 31. August 2011 in Rumänien gegen einen ständigen Aufenthalt der Antragsteller von mehr als fünf Jahren in Deutschland sprächen. Er forderte die – anwaltlich vertretenen – Antragsteller auf, Meldebescheinigungen für die Zeit des Aufenthalts in Deutschland vorzulegen. Daraufhin trugen die Antragsteller weiter vor (Schreiben v. 26. August 2015 = BI 214 LA). Die Verlängerung der Ausweise sei allein aus Kostengründen in Rumänien erfolgt. Es sei günstiger gewesen, mit dem Bus nach Rumänien zu fahren, als die Gebühren der Botschaft in Berlin zu bezahlen. Die Antragstellerin zu 3. sei während eines Urlaubsaufenthalts zur Welt gekommen. Sie legten nachstehend aufgeführte Unterlagen vor:

&9679; Erweiterte Auskunft aus dem Melderegister der Stadt X. vom 9. Mai 2012 für den Antragsteller zu 1., Zuzug aus Y. am 1. März 2009, Auszug nach Unbekannt am 10. Juli 2009 (BI 216 LA = BI 145 dA), &9679; Erweiterte Auskunft aus dem Melderegister der Stadt Z. vom 21. Mai 2012 für den Antragsteller zu 1., Auszug aus einer Wohnung in R. am 14. Oktober 2010 nach Rumänien, Zuzug nach Z. am 21. April 2011, Auszug nach Rumänien am 1. Juli 2011, Zuzug nach N. am 1. November 2011 (BI 217 LA = BI 146 dA), &9679; Anmeldebestätigung der Stadt N. vom 2. November 2011 für den Antragsteller zu 1. und die Antragstellerin zu 2., Einzug in eine Wohnung in N. am 1. Oktober 2011 (BI 218 LA = BI 147 dA) &9679; Anmeldebestätigung der Stadt Z. vom 31. Mai 2011 für die Antragstellerin zu 2., Einzug in eine Wohnung in Z. am 1. Mai 2011 (BI 219 LA = BI 148 dA).

Am 30. Juli 2015 haben sich die Antragsteller an das SG Lüneburg gewandt und um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ersucht. Zur Begründung haben sie im Wesentlichen ihr Vorbringen im Widerspruchsverfahren wiederholt. Ergänzend haben sie vorgetragen, der von dem AG herangezogene Leistungsausschluss sei mit seiner Ausnahmslosigkeit nicht mit Europarecht vereinbar (Schriftsatz v. 13. August 2015 = BI 42 = BI 63 dA). Durch die selbstständige Tätigkeit des Antragstellers zu 1. (Schrotthandel ohne Lagerung) sei eine Verbindung zum inländischen Arbeitsmarkt hergestellt worden. Darüber hinaus habe die Antragstellerin zu 3. bis zu dem Umzug nach L. regelmäßig einen Kindergarten in AA. besucht. Auch lebe die Mutter des Antragstellers zu 1. in AA., ebenso wie dessen Bruder mit seiner Familie. In Rumänien gebe es demgegenüber nur noch wenige entfernte Verwandte.

Das SG Lüneburg hat dem Antrag teilweise stattgegeben und den AG – aufgrund einer Folgenabwägung – verpflichtet, den Antragstellern vorläufig LSL für den Zeitraum August bis November 2015 "nach Maßgabe des im Bescheid vom 30./31. März 2015 errechneten Bedarfs unter Berücksichtigung des aktuellen Einkommens" zu gewähren (Beschl. v. 20. August 2015 = BI 86 dA). Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt; insoweit hat es in den Gründen ausgeführt, dies sei mit Blick auf die zeitlich unbefristet begehrte Verpflichtung geschehen. Den Antragstellern ist eine Ausfertigung der Entscheidung am 24. August 2015 zugestellt worden (Empfangsbekanntnis unter BI 93 dA), dem AG am 21. August 2015 (Empfangsbekanntnis unter BI 94 dA).

Die Antragsteller haben am 1. September 2015 bei dem SG Lüneburg Beschwerde gegen den Beschluss des SG eingelegt (BI 97 dA). Der AG hat am 18. September 2015 Beschwerde eingelegt (BI 153 = BI 156 dA).

Die Antragsteller begehren (weitergehend) Leistungen auch für ihre KdU. Zur Begründung tragen sie vor: Der AG sei dem Beschluss des SG, der auf den im Bescheid vom 30. März 2015 ermittelten Bedarf abstelle, nachgekommen und habe in Umsetzung der Entscheidung vorläufig LSL iHv monatlich 820 Euro bewilligt ([Ausführungs]Bescheid v. 26. August 2015 = BI 193 LA = BI 126 dA). Der Bedarf für KdU sei dabei, wie in dem von dem SG in Bezug genommenen Bescheid des AG, nicht berücksichtigt worden. Die Antragsteller hätten aber Anspruch auch auf Leistungen für KdU. Die Netto-Kaltmiete iHv 590 Euro im Monat sei angemessen.

Die Antragsteller beantragen, den Beschluss des Sozialgerichts Lüneburg vom 20. August 2015 zu ändern und den Antragsgegner auch

insoweit für den Zeitraum August bis November 2015 zur vorläufigen Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch zu verpflichten, wie ein Bedarf an Kosten für die Unterkunft und Heizung besteht.

Der AG stellt die Anträge, 1. die Beschwerde der Antragsteller zurückzuweisen;

2. den Beschluss des Sozialgerichts Lüneburg vom 20. August 2015 aufzuheben, soweit er durch diesen zur Gewährung von Leistungen verpflichtet worden ist, und den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz auch insoweit abzulehnen.

Die Antragsteller beantragen, die Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

Der AG ist dem Begehren der Antragsteller vollumfänglich entgegengetreten. Zur Begründung wiederholt er, dass die Antragsteller nicht über ein Daueraufenthaltsrecht verfügten. Er verweist zudem auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 15. September 2015 in der Rechtssache "Alimanovic" (Rs. [C-67/14](#)). Der EuGH habe entschieden, dass der ausnahmslose Ausschluss von LSL mit Europarecht vereinbar sei. Darüber hinaus nimmt er Bezug auf seine Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 7. September 2015, mit dem er den Widerspruch W 855/15 zurückgewiesen hat (Bl 226 LA).

Aktuell ist bei dem SG Lüneburg eine Klage gegen den ablehnenden Bescheid vom 8. Juli 2015 anhängig (Aktenzeichen S 24 AS 966/15).

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze, den weiteren Inhalt der Verfahrensakte und die von dem AG beigezogene Leistungsakte Bezug genommen. II. Die Beschwerde der Antragsteller ist zulässig, aber unbegründet (A.). Die Beschwerde des Antragsgegners ist ebenfalls zulässig und führt in der Sache zum Erfolg (B.). Eine Beiladung und vorläufige Verpflichtung des Landkreises K. als Träger der Sozialhilfe war nicht vorzunehmen (C.).

A. Die zulässige Beschwerde der Antragsteller hat in der Sache keinen Erfolg. Sie haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für die KdU.

1. Die Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig.

Nach [§ 172 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) findet gegen die Entscheidungen der Sozialgerichte mit Ausnahme der Urteile und gegen Entscheidungen der Vorsitzenden dieser Gerichte die Beschwerde an das Landessozialgericht (LSG) statt, soweit nicht im SGG anderes bestimmt ist. Eine andere Bestimmung in diesem Sinne enthält – unter anderem – [§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) in der seit 25. Oktober 2013 geltenden Fassung des Gesetzes zur Neuorganisation der bundesunmittelbaren Unfallkassen, zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und zur Änderung anderer Gesetze vom 19. Oktober 2013 – BUK-Neuorganisationsgesetz (BUK-NOG, BGBl I 3836). Danach ist eine Beschwerde ausgeschlossen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn in der Hauptsache die Berufung der Zulassung bedürfte. Die Berufung ist gegen Urteile der Sozialgerichte statthaft ([§ 143 Hs. 1 SGG](#)), soweit sich nicht aus den (weiteren) Vorschriften des Ersten Unterabschnitts zum Zweiten Abschnitt des SGG etwas anderes ergibt ([§ 143 Hs. 2 SGG](#)). Zu den Vorschriften, aus denen sich etwas anderes ergibt, zählt [§ 144 SGG](#). Nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) bedarf die Berufung der Zulassung, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes bei einer Klage, die eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt betrifft, 750 Euro nicht übersteigt.

Vorliegend begehren die Antragsteller mit ihrer Beschwerde Leistungen für ihre KdU, die sie unter Vorlage des Mietvertrags mit monatlich 590 Euro netto kalt beziffert haben. Tatsächlich beträgt die maßgebliche Miete, unter Einschluss der Nebenkosten (aber ohne Heizkosten) 710 Euro (§ 4 des Mietvertrags v. 16. März 2015 = Bl 132 dA). Zeitlich orientieren sich die Antragsteller mit ihrem Begehren, das sie nicht in einen ausdrücklichen Antrag gekleidet haben, an der teilweise angefochtenen Entscheidung des SG; jedenfalls haben sie nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie eine über den November 2015 hinausgehende vorläufige Verpflichtung des AG begehren. Im Streit steht damit ein Zeitraum von vier Monaten (August bis November). Ein Beschwerdewert von mehr als 750 Euro wird damit ohne Weiteres erreicht.

2. In der Sache hat die Beschwerde aber keinen Erfolg. Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Es kann daher offen bleiben, ob das SG mit seiner Entscheidung wirklich keine Leistungen für KdU zugesprochen hat (wofür die Bezugnahme auf den Bescheid v. 30. März 2015 spricht, dagegen spricht allerdings, dass die Gründe keinerlei Ausführungen hierzu enthalten, die Teilabweisung der Eilanträge vielmehr ausdrücklich auf die zeitliche Befristung der vorläufigen Verpflichtung gestützt wird).

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragsteller vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sogenannte Sicherungsanordnung). Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) sind einstweilige Anordnungen auch bei der Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (sogenannte Regelungsanordnung). Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setzt in diesem Zusammenhang einen Anordnungsanspruch, also die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf die Leistung, zu der der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll, sowie einen Anordnungsgrund, nämlich einen Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile begründet, voraus. Sowohl der Anordnungsanspruch als auch der Anordnungsgrund sind gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) iVm [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) glaubhaft zu machen.

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zwar erfüllen sie die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen (hierzu a)). Sie sind aber als Ausländer von den LSL ausgeschlossen (hierzu b)). Die entsprechende Vorschrift im SGB II ist mit Europarecht vereinbar (hierzu c)). Einschränkungen des Leistungsausschlusses ergeben sich vorliegend auch nicht aus den Regelungen des Europäischen Fürsorgeabkommens ((EFA), hierzu d)).

a) Zweifel am Vorliegen der allgemeinen Leistungsvoraussetzungen für einen Anspruch nach dem SGB II bestehen nicht. Die Antragsteller zu 1. und zu 2. haben jeweils das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht. Sie haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt – derzeit – in L., also in Deutschland (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 SGB II](#)). Sie sind auch erwerbsfähig iSv [§ 7](#)

[Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#) iVm [§ 8 SGB II](#).

b) Die Antragsteller sind aber nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) idF von Art. 6 Abs. 9 Nr. 2 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 ([BGBl I 1970](#); ab 1. April 2006 galt inhaltsgleich bereits [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) Var. 1, Var. 2 SGB II idF von Art. 1 Nr. 2 lit. a) des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (juris: SGB2uaÄndG) vom 24. März 2006 ([BGBl I 558](#))) als Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt bzw als deren Familienangehörige, von den Leistungen nach dem SGB II ausgenommen. Dem Antragsteller zu 1. und der Antragstellerin zu 2. kommt (allenfalls) ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU)) idF von Art. 1 Nr. 1 lit. b) des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2. Dezember 2014 ([BGBl I 1922](#)) zu (hierzu aa)). Das Vorliegen eines anderen Aufenthaltsrechts, insbesondere eines Daueraufenthaltsrechts (§ 4a idF Art. 1 Nr. 4 lit. a) aa) des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 ([BGBl I 86](#))) haben sie nicht glaubhaft gemacht (hierzu bb)). Die Zeit des nachgehenden Arbeitnehmerstatus (§ 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU) ist abgelaufen (hierzu cc)).

aa) Den Antragstellern zu 1. und zu 2. kann allenfalls ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU zukommen. Danach sind Unionsbürger, die sich für mehr als sechs Monate in Deutschland zur Arbeitsuche aufhalten, freizügigkeitsberechtigt, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Auf einen Nachweis durch die beiden genannten Antragsteller (sie trifft die Darlegungslast, vgl nur LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. September 2015 - [L 20 AS 2161/15 B ER](#), juris Rn 7; LSG Bayern, Beschl. v. 13. Oktober 2015 - [L 16 AS 612/15 B ER](#), juris Rn 25) kann der Senat vorliegend verzichten, weil der Ausschluss in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auch dann gilt, wenn gar kein Aufenthaltsrecht besteht (vgl Bundessozialgericht [BSG], Urt. v. 3. Dezember 2015 - [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 19; zuvor bereits LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 24. Juli 2014 - [L 15 AS 202/14 B ER](#), juris Rn 16; Beschl. v. 26. März 2014 - [L 15 AS 16/14 B ER](#), juris Rn 4; Beschl. v. 18. März 2014 - [L 13 AS 363/13 B ER](#), juris Rn 22; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Juni 2015 - [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), juris Rn 34; LSG Bayern, Beschl. v. 1. Oktober 2015 - [L 7 AS 627/15 B ER](#), juris Rn 28; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. September 2015 - [L 20 AS 2161/15 B ER](#), juris Rn 9; Beschl. v. 15. September 2015 - [L 34 AS 1868/15 B ER](#), juris Rn 22; Beschl. v. 29. Januar 2015 - [L 29 AS 3339/14 B ER](#), juris Rn 47; LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 5. November 2015 - [L 3 AS 479/15 B ER](#), juris Rn 16; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27. Mai 2015 - [L 2 AS 256/15 B ER](#), juris Rn 22; a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 19. März 2015 - [L 31 AS 1258/14](#), juris Rn 23; Urt. v. 6. März 2014 - [L 31 AS 1348/14](#), [NZS 2014, 346](#), 348 f. = juris Rn 25; LSG Hessen, Beschl. v. 7. April 2015 - [L 6 AS 62/15 B ER](#), juris Rn 45; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 17. August 2015 - [L 19 AS 1265/15 B ER](#), juris Rn 26; Beschl. v. 22. Juni 2015 - [L 19 AS 717/15 B ER](#), juris Rn 26).

bb) Anhaltspunkte für ein anderes Aufenthaltsrecht bestehen nicht. Die selbstständige Tätigkeit des Antragstellers zu 1) ist bereits vor längerem eingestellt worden und die Antragsteller berufen sich auch gar nicht auf § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Es bedarf damit keiner Prüfung, ob es sich um eine Tätigkeit gehandelt hat, deren Umfang sich möglicherweise als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellte (vgl hierzu LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 3. August 2012 - [L 11 AS 39/12 B ER](#), juris Rn 21 mwN).

Ein Daueraufenthaltsrecht iSv § 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU haben die Antragsteller nicht glaubhaft gemacht. Nach der genannten Vorschrift haben Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht).

Vorliegend ist in weiten Teilen unklar, wo sich die Antragsteller in den letzten Jahren aufgehalten haben. Ihnen kommt dabei die Feststellungslast zu (vgl Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 4a FreizügG/EU Rn 4). Sie müssen beginnend mit dem Tag der Einreise darlegen und ggf beweisen, wo sie sich in Deutschland aufgehalten haben und dass dieser Aufenthalt rechtmäßig gewesen ist. Aus einer ordnungsgemäßen Anmeldung und dem Fortbestehen der Meldeanschrift können Schlüsse auf die Dauer eines rechtmäßigen Aufenthalts gezogen werden (Oberhäuser, aaO).

Aus den vorgelegten Meldebescheinigungen, die lediglich einen geringen Teil der erforderlichen fünf Jahre betreffen, ergibt sich für den Senat zunächst nur, dass die Antragsteller entsprechende Erklärungen gegenüber den Meldebehörden abgegeben haben. Auffällig ist der häufige Wechsel der Anschrift, der regelmäßig auch mit einem Umzug in eine andere Stadt verbunden war. Ob und wenn ja welche Schlüsse daraus zu ziehen wären, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Allein mit den Anmeldungen können die Antragsteller bereits zeitlich keinen Aufenthalt von fünf Jahren darlegen.

Vergleichbares gilt für die vorgelegte Bescheinigung der Q. Sozialberatung vom 14. Mai 2012. Auch hier wäre wiederum kein Zeitraum von fünf Jahren abgedeckt. Außerdem wären die pauschal gemachten Angaben zu überprüfen um auszuschließen, dass sogenannte Gefälligkeitsbescheinigungen ausgestellt werden. Zudem betrifft die Erklärung nur die Antragstellerin zu 2. Es erscheint dem Senat auch nicht plausibel, dass in R. ein Straßenmagazin verkauft wird, während man in X., N. oder Z. wohnt. Für diese drei Städte haben die Antragsteller für denselben Zeitraum, der in dem Schreiben vom 14. Mai 2012 erwähnt ist, Meldebescheinigungen bzw Vergleichbares vorgelegt.

Zweifel an der Belastbarkeit der vorgelegten Unterlagen mit Blick auf den Aufenthalt der Antragsteller werden schließlich dadurch genährt, dass die Antragstellerin zu 3. im Jahre 2011 in Rumänien zur Welt gekommen ist und dass die Ausweisdokumente des Antragstellers zu 1. und der Antragstellerin zu 2. jeweils im Jahre 2011 in Rumänien ausgestellt worden sind. Die dafür im Verwaltungsverfahren angebotene Erklärung, die Tochter sei während eines Urlaubsaufenthalts zur Welt gekommen, überzeugt den Senat ebenso wenig wie der Gedanke, zweimal mit dem Bus durch halb Europa zu fahren, um Ausweisdokumente im Herkunftsland ausstellen zu lassen. Immerhin haben die beiden erwachsenen Antragsteller als Wohnort eine Straße in der Stadt AB. in Rumänien eintragen lassen (Ablichtungen unter BI 33 LA). Für die beiden Kinder ist ebenfalls jeweils die Stadt AB. als Wohnort in den Ausweisdokumenten - ausgestellt am 19. August 2014 und 4. September 2014 - angegeben (Ablichtung unter BI 34 LA). Vorliegend kam es darauf aber gar nicht an, weil Zeiten im Übrigen nicht nachgewiesen worden sind.

Schließlich wäre auch noch zu beachten, dass das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU voraussetzt, dass der Betroffene während einer Aufenthaltszeit von mindestens fünf Jahren ununterbrochen die Freizügigkeitsvoraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG erfüllt hat (vgl Bundesverwaltungsgericht [BVerwG], Urt. v. 16. Juli 2015 - [1 C 22/14](#), juris Rn 17). Vorliegend

käme nur Art. 7 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2004/38/EG in Betracht. Danach hat jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er während seines Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen muss, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt. Das wäre von den Antragstellern nachzuweisen.

cc) Aus der abhängigen Beschäftigung des Antragstellers zu 1. Ende 2014 folgt kein Aufenthaltsrecht (mehr). Der AG ist davon ausgegangen, dass bis 30. Juni 2015 ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 2 iVm § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügigG/EU bestand (und hat dementsprechend LSL gewährt). Nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügigG/EU bleibt das Recht aus § 2 Abs. 1 FreizügigG/EU bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung während der Dauer von sechs Monaten unberührt. Die Beschäftigung des Antragstellers zu 1. endete im Dezember 2014 und dauerte nicht länger als ein Jahr, so dass ein Nachwirken des Arbeitnehmerstatus über die erwähnten sechs Monate hinaus nicht in Betracht kommt.

c) Steht den Antragstellern damit allenfalls ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche zur Seite (oben b) aa)), sind sie – ohne dass es weiterer Erwägungen bedürfte – von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II). Dieser Ausschluss ist mit Europarecht vereinbar. Die zahllosen Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit europäischem Recht – die letztlich auch den Senat bewogen haben, im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden und LSL regelmäßig vorläufig zuzusprechen (zuletzt Senatsbeschl. v. 26. Mai 2015 – [L 9 AS 1399/14 B ER](#)) – hat der EuGH nicht geteilt. Er hat entschieden, dass der ausnahmslose Ausschluss mit Europarecht vereinbar ist (EuGH, Urt. v. 15. September 2015 – Rs. [C-67/14](#) (Alimanovic), NZS 2015, 784 = juris; s. aber SG Mainz, Beschl. v. 12. November 2015 – [S 12 AS 946/15 ER](#), juris Rn 57). Damit sind auch für den Senat die Bedenken ausgeräumt, so dass grds nicht mehr im Wege einer reinen Folgenabwägung zu entscheiden ist. Greift der Ausschlussstatbestand, ist ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht und der Eilantrag ist abzulehnen.

d) Der Leistungsausschluss in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist auch nicht wegen des in Art. 1 EFA statuierten Gleichbehandlungsgebots unanwendbar. Das gilt unabhängig davon, dass die Antragsteller vorliegend bereits nicht vom persönlichen Schutzbereich des EFA erfasst sind, weil die Republik Rumänien das Abkommen bislang nicht ratifiziert hat. Das BSG hat sich den unmittelbar nach Abgabe der Vorbehaltserklärung der Bundesregierung am 19. Dezember 2011 (Bekanntmachung v. 31. Januar 2012 [[BGBl II 144](#)] in der berichtigten Fassung v. 3. April 2012 [[BGBl II 470](#)]) vorgebrachten Zweifeln an dessen Wirksamkeit (s. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24. November 2014 – [L 20 AS 2761/14 B ER](#), juris Rn 15; Beschl. v. 9. Mai 2012 – [L 19 AS 794/12 B ER](#), FEVS 64, 224, 226 = juris Rn 6; LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21. August 2012 – [L 3 AS 250/12 B ER](#), NZS 2013, 34 Rn 23 = juris Rn 41; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 29. Januar 2013 – [L 4 AS 903/12 B ER](#), ZAR 2013, 210, 211 = juris Rn 21) nicht angeschlossen (vgl. Terminsbericht Nr. 54/15 Ziff. 2; für Wirksamkeit bereits zuvor Senatsbeschl. v. 20. Juli 2012 – [L 9 AS 563/12 B ER](#), juris Rn 45 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. Juni 2015 – [L 31 AS 100/14](#), NZS 2015, 834, Rn 21 = juris Rn 50; Beschl. v. 9. November 2012 – [L 29 AS 1782/12 B ER](#), juris Rn 46; LSG Hamburg, Beschl. v. 1. Dezember 2014 – [L 4 AS 444/14 B ER](#), juris Rn 12; Beschl. v. 14. Januar 2013 – [L 4 AS 332/12 B ER](#), juris Rn 5).

B. Die Beschwerde des AG ist zulässig und begründet.

1. Für die Zulässigkeit der Beschwerde des AG gelten dieselben Anforderungen wie für die der Antragsteller (s. A.1.). Vorausgesetzt wird also für die Statthaftigkeit das Erreichen eines Beschwerdewerts von mehr als 750 Euro. Mit dem angefochtenen Beschluss ist der AG vorläufig verpflichtet worden, für einen Bewilligungszeitraum von vier Monaten LSL iHv insgesamt jeweils 820 Euro (s. insoweit die zutreffende Berechnung des AG im Ausführungs Bescheid v. 26. August 2015 = Bl 126 dA) zu gewähren. Damit wird der Beschwerdewert deutlich überschritten. Die Beschwerdefrist hat der AG eingehalten.

2. In der Sache hat die Beschwerde aus den oben A.2. dargelegten Gründen Erfolg. Das SG hat den AG zu Unrecht zur vorläufigen Leistungsgewährung verpflichtet. Der insoweit angefochtene Beschluss ist aufzuheben.

C. Die für das Grundsicherungsrecht für Arbeitsuchende zuständigen Senate des BSG sind im Dezember 2015 und Januar 2016 in mehreren Entscheidungen zu Ansprüchen von EU-Ausländern gegen die Träger der Sozialhilfe auf Leistungen gelangt (Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#) und vom 16. Dezember 2015 – [B 14 AS 15/14 R](#) und [B 14 AS 18/14 R](#); Urt. v. 20. Januar 2016 – [B 14 AS 35/15 R](#)). Im Falle eines verfestigten Aufenthalts, das BSG definiert diesen ab einem Zeitraum von über sechs Monaten, sollen "aus Gründen der Systematik des Sozialhilferechts und der verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG", Leistungen für die Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§ 23 Abs. 1 Satz 3](#) des Zwölften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB XII) zu erbringen sein.

Der Senat wird dieser Rechtsprechung, wie sie derzeit in schriftlicher Form zugänglich ist, nicht folgen und hat – unter anderem – deshalb von einer Beiladung des Landkreises K. als örtlich zuständigem Träger der Sozialhilfe ([§ 28 Abs. 2 Hs. 1](#) des Ersten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB I), [§ 3 Abs. 2 Satz 1](#) des Zwölften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB XII)) abgesehen. Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf laufende Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) nach dem Dritten Kapitel des SGB XII (hierzu 2). Einer Entscheidung über Ansprüche nach dem SGB XII im laufenden Beschwerdeverfahren steht aber bereits die fehlende Zuständigkeit des Senats entgegen (hierzu 1.).

1. Die Antragsteller haben vorliegend keinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit dem der Sozialhilfeträger vorläufig zur Gewährung von Leistungen verpflichtet werden soll, gestellt. Der Senat hat davon abgesehen, auf das Stellen eines solchen Antrags hinzuwirken, weil eine entsprechende Antragsänderung, wenn sie denn überhaupt grds für möglich gehalten würde, nicht sachdienlich wäre.

Der Senat hat in seiner Rechtsprechung bislang offengelassen, ob Antragsänderungen im Beschwerdeverfahren grds möglich wären (s. Senatsbeschl. vom 11. April 2014 – [L 9 AS 1435/13 B ER](#), II.1.c); s.a. Senatsbeschl. v. 26. August 2014 – [L 9 AS 418/14 B ER](#), II.B.2. und Senatsbeschl. v. 22. Mai 2014 – [L 9 AS 321/14 B ER](#), II.2.a) cc) (2) mWN)). Dabei ging es um die Einbeziehung von Ansprüchen auf LSL in Folgezeiträumen ([L 9 AS 418/14 B ER](#), II.B.2.) und von Ansprüchen im Zusammenhang mit sogenannten Zugunstenverfahren ([L 9 AS 321/14 B ER](#) und [L 9 AS 1435/13 B ER](#)), für die der Senat eine Sachdienlichkeit – bei unterstellter Anwendbarkeit von [§ 99 Abs. 1 Var. 2 SGG](#) – stets verneint hat. Die genannten Verfahren betrafen alle Änderungen hinsichtlich des in der Hauptsache zu sichernden Anspruchs (zum Zusammenhang zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Hauptsacheverfahren s. bspw Senatsbeschl. v. 26. August 2014 – [L 9 AS 418/14 B ER](#), II.B.1.). Auch vorliegend wäre der gegenüber dem Landkreis K. zu verfolgende Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII ein grds

anderer, als der gegenüber dem AG geltend gemachte Anspruch, der zurzeit vor dem SG Lüneburg verfolgt wird. Nunmehr (erstmal) im Beschwerdeverfahren Ermittlungen und Prüfungen anzustellen, hält der Senat für nicht sachdienlich.

Der Senat wäre für einen solchen Antrag außerdem (instanziell) nicht zuständig (vgl LSG Thüringen, Beschl. v. 24. April 2013 – [L 4 AS 55/13 B ER](#), juris Rn 17; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Juni 2015 – [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), juris Rn 42). Das LSG entscheidet im zweiten Rechtszug über Berufungen gegen Urteile und Beschwerden gegen andere Entscheidungen der Sozialgerichte (§ 29 Abs. 1 SGG), also als Rechtsmittelgericht. Etwas anderes (erstinstanzliche Zuständigkeit) gilt in den Fällen von § 29 Abs. 2 Nrn. 1-4 SGG, von denen aber ersichtlich keiner einschlägig ist. Seine Zuständigkeit hat das LSG von Amts wegen zu prüfen (Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 98 Rn 4). Zuständig für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist das Gericht der Hauptsache (§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG) und das ist vorliegend das SG Lüneburg, bei dem die unter dem Aktenzeichen S 24 AS 966/15 geführte Klage anhängig ist, als Gericht des ersten Rechtszugs (vgl § 86b Abs. 2 Satz 3 SGG). Etwas anderes könnte möglicherweise gelten, wenn die Sache bereits im Berufungsverfahren anhängig wäre.

2. Unabhängig hiervon besteht kein Anspruch der Antragsteller auf HLU nach dem SGB XII. Einer Anwendung des Dritten Kapitels des SGB XII steht allgemein § 21 Satz 1 SGB XII entgegen (hierzu a)). Für die Antragsteller als Ausländer folgt ein Ausschluss außerdem aus § 23 Abs. 3 Satz 1 Var. 2 SGB XII (hierzu b)). Einschränkungen der Ausschlussstatbestände durch das EFA bestehen vorliegend nicht (hierzu c)). Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist ein Anspruch auf laufende Leistungen nach dem SGB XII nicht geboten (hierzu d)).

a) Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, erhalten keine Leistungen für den Lebensunterhalt (§ 21 Satz 1 SGB XII). Worauf die Wortgruppe "dem Grunde nach" abstellt, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Maßgeblich ist dabei die Frage, ob Personen, bei denen die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1-4 SGB II) vorliegen, die aber infolge eines Ausschlussstatbestands (vorliegend § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II) keine LSL gewährt erhalten, dem Grunde nach anspruchsberechtigt sind. Der Senat geht davon aus, dass dem Grunde nach leistungsberechtigt iSv § 21 Satz 1 SGB XII bereits derjenige ist, der die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen erfüllt.

SGB II und SGB XII stehen hinsichtlich ihrer Leistungen zur Existenzsicherung nicht in einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis, sondern gleichrangig und selbstständig nebeneinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis (BSG, Urt. v. 12. Dezember 2013 – [B 14 AS 90/12 R](#), SozR 4-4200 § 12 Nr. 22 = juris, jeweils Rn 50). Beide Sicherungssysteme bedürfen daher insoweit einer Abgrenzung. Diese folgt grds aus dem Begriff der Erwerbsfähigkeit (Grube, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 21 SGB XII Rn 8) und soll – unter anderem (s.a. § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II) – durch § 21 SGB XII geleistet werden ([BT-Drucks 15/1514 S. 57](#): Vermeidung von Schnittstellen). In den Materialien zu der Vorschrift heißt es: "Die Regelung setzt nicht voraus, dass jemand tatsächlich Leistungen des anderen Sozialleistungsträgers erhält oder voll erhält, sondern knüpft an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren im Zweiten Buch näher bezeichneten Angehörigen an. Die definierten Ausnahmen von dieser eindeutigen Abgrenzung beziehen sich auf Leistungen, die wegen der erforderlichen Ortsnähe oder des Zusammenhangs mit anderen kommunalen Aufgaben und Leistungen sachgerecht vom Träger der Sozialhilfe erbracht werden können." [Hervorhebungen durch den Senat]

Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass maßgebliches Abgrenzungskriterium in § 21 Satz 1 SGB XII die Erwerbsfähigkeit ist und dass er damit eine eindeutige allgemeine Abgrenzung des Anwendungsbereichs der LSL und der HLU geschaffen hat (die allerdings nicht abschließend ist, auch Erwerbsfähige können von den LSL ausgenommen sein). Auch nachdem § 7 Abs. 1 SGB II durch Art. 1 Nr. 2 lit. a) SGB2uaÄndG vom 24. März 2006 ([BGBl I 558](#)) zum 1. April 2006 geändert worden ist, ging er unverändert davon aus, dass erwerbsfähige Ausländer bei Vorliegen der allgemeinen Leistungsvoraussetzungen – ungeachtet des neuen Leistungsausschlusses in Satz 2 – dem Grunde nach leistungsberechtigt sind und bekräftigte die Absicht des Ausschlusses von HLU für diese Personen ([BT-Drucks 16/688 S. 13](#)): "Der neu gefasste Satz 2 normiert einen Leistungsausschluss für bestimmte Gruppen von Ausländern. Auch wenn bei Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, das heißt sie zwischen 15 und unter 65 Jahre alt, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, können dennoch die Leistungen nach diesem Buch durch den neugefassten Satz 2 ausgeschlossen sein. Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen § 21 Satz 1 SGB XII nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist." [Hervorhebung durch den Senat]

Der Senat versteht die Vorschrift daher vor dem Hintergrund der eindeutigen Regelungsabsicht und mit Blick auf einen Wortlaut, der ein solches Verständnis erlaubt, dahin, dass anspruchsberechtigt dem Grunde nach iSv § 21 Satz 1 SGB XII bereits derjenige ist, der die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1-4 SGB II erfüllt oder dessen Angehöriger ist (ebenso LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Juni 2015 – [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), juris Rn 38; s.a. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. September 2015 – [L 20 AS 2161/15 B ER](#), juris Rn 20; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. Juni 2015 – [L 31 AS 100/14, NZS 2015, 834](#), Rn 22 = juris Rn 51; Beschl. v. 29. Januar 2015 – [L 29 AS 3339/14 B ER](#), juris Rn 56; Beschl. v. 10. Dezember 2014 – [L 20 AS 2697/14 B ER](#), juris Rn 23; LSG Hessen, Beschl. v. 22. Mai 2015 – [L 4 SO 31/15 B ER](#), ZFSH/SGB 2015, 465, 466 = juris Rn 22; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27. Mai 2015 – [L 2 AS 256/15 B ER](#), juris Rn 29; Beschl. v. 4. Februar 2015 – [L 2 AS 14/15 B ER, NZS 2015, 351](#), Rn 15 = juris Rn 38; Adolph, in: Linhart/Adolph, SGB II/SGB XII/AsylbLG, § 21 SGB XII – Stand 70. AL Januar 2011 – Rn 12; Birk, in: LPK-SGB XII, 10. Aufl. 2015, § 23 Rn 13 [Leistungen nach § 1a AsylbLG analog befürwortend]; Groth, in: BeckOK, § 21 SGB XII – Stand 1. September 2015 – Rn 3; Schumacher, in: Oestreicher, SGB II/SGB XII, § 21 SGB XII – Stand EL 63 Juni 2011 – Rn 17a; Trésoret, in: Harich, Handbuch der Grundsicherung für Arbeitsuchende, 2014, Sozialhilfe Rn 3; offengelassen von LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 4. Februar 2015 – [L 2 AS 14/15 B ER](#), juris Rn 38). Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 20. Juli 2012 ([L 9 AS 563/12 B ER](#), juris) in einer vollständig anderen Besetzung eine andere Ansicht vertreten hat, wird diese hiermit aufgegeben.

Der Wortlaut der Vorschrift bietet die Möglichkeit einer anderen Auslegung, von der die Sozialgerichte auch Gebrauch machen (BSG, Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 40 ff.; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 23. Mai 2014 – [L 8 SO 129/14 B ER](#), juris Rn 14; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21. Dezember 2015 – [L 25 AS 3035/15 B ER](#), juris Rn 8; LSG Hamburg, Beschl. v. 14. Januar 2013 – [L 4 AS 332/12 B ER](#), juris Rn 8; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6. August 2014 – [L 19 AS 984/14 B ER](#), juris Rn 18; s.a. Coseriu, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 – Stand 18. Dezember 2015 – Rn 64; Eicher, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 21 – Stand 18. Dezember 2015 – Rn 35; Hohm, in: Schellhorn/Hohm/Scheider, SGB XII, 19. Aufl. 2015, § 21 SGB XII Rn 9; Voelke, in: Hauck/Noftz, SGB XII, K § 21 – Stand 34. Erg.-Lfg. I/14 – Rn 47; Grube, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, § 21 SGB XII Rn 5). Das BSG vertritt die Ansicht, dass derjenige, der von dem auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausgerichteten Leistungssystem des SGB II ausgeschlossen werden soll, dem System

des SGB XII zugewiesen wird (Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 41 aE), verweist insoweit auf seine Rechtsprechung zu [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) (aaO, Rn 42) und überträgt diese dann auf den Ausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#). Vorliegend geht es nicht um [§ 7 Abs. 4 SGB II](#). Für [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) folgt der Senat dem Verständnis des BSG jedenfalls nicht. Der Gesetzgeber hat sicher nicht gewollt, dass in diesen Fällen dann laufende Leistungen nach dem SGB XII zu erbringen sind (s.a. die folgenden Ausführungen zu [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#)). Der Wortlaut von [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) erlaubt eine Auslegung, die diesen Willen zur Geltung bringt.

Dass mit [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII im vorliegenden Fall ein weiterer Ausschlussgrund besteht (hierzu b)), spricht nicht gegen die hier vertretene Ansicht. Die besonderen Regelungen in [§ 23 SGB XII](#) können dahin verstanden werden, dass sie in erster Linie die Ausländer betreffen, die nicht erwerbsfähig iSd SGB II sind (dahin LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. September 2015 – [L 20 AS 2161/15 B ER](#), juris Rn 20) oder dass mit ihr ausnahmsweise bestehende Ansprüche Erwerbsfähiger auf Leistungen nach dem SGB XII wie bspw nach [§ 21 Satz 2 SGB XII](#) ausgeschlossen werden (LSG Hessen, Beschl. v. 22. Mai 2015, [L 4 SO 31/15 B ER](#), ZFSH/SGB 2015, 465, 467 = juris Rn 24). Es spricht aus Sicht des Senats auch nichts dagegen, dass der Gesetzgeber Ausschlussstatbestände normiert, die ggf einen (teil) identischen Anwendungsbereich haben. [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII ist durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 2. Dezember 2006 ([BGBl I 2670](#)) mit Wirkung zum 7. Dezember 2006 in das SGB XII eingefügt worden. In den Materialien heißt es ([BT-Drucks 16/2711 S. 10](#)): "Die Einfügung normiert einen der Regelung im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch entsprechenden Leistungsausschluss für Ausländer und stellt damit zugleich sicher, dass Ausländer, die nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch haben, auch aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch keine Ansprüche herleiten können."

Vorausgegangen waren, im Anschluss an die gezeigten Änderungen von [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) durch das SGB2uaÄndG, Entscheidungen der Sozialgerichte, [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) auf Ausländer nicht (mehr) anzuwenden (bspw LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 4. September 2006 – [L 20 B 73/06 SO ER](#), Breith 2007, 156, 158 f. = juris Rn 10 ff.; Beschl. v. 3. November 2006 – [L 20 B 248/06 AS ER](#), Breith 2007, 796, 799 = juris Rn 30). Es gab für den Gesetzgeber damit gute Gründe, die Ergänzung vorzunehmen (auch wenn sie aus seiner Sicht und der vorliegend vertretenen Meinung nicht zwingend geboten ist; s. insoweit auch LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27. Mai 2015 – [L 2 AS 256/15 B ER](#), juris Rn 29 und Beschl. v. 4. Februar 2015 – [L 2 AS 14/15 B ER](#), [NZS 2015, 351](#), Rn 15 = juris Rn 38).

b) Zur Überzeugung des Senats sind die Antragsteller als erwerbsfähige Personen bzw deren Angehörige bereits nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen (s. a)). Ein weiterer Ausschlussstatbestand ist mit [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII erfüllt. Soweit vertreten wird, dass dieser Leistungsausschluss dahin zu verstehen wäre, dass über [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) dennoch laufende Leistungen gewährt werden können, überzeugt das den Senat nicht.

aa) Nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII haben Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Die Vorschrift ist, wie bereits ausgeführt worden ist (s. a)), im Jahre 2006 in Ergänzung zu den Ausschlussstatbeständen in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) erweitert worden, so dass der Senat hier wie dort offenlässt, ob die Antragsteller zu 1) und zu 2) sich tatsächlich auf § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU berufen können (s.a. BSG, Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 48 ff.).

bb) Damit sind die Antragsteller als Ausländer auch nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen. Die Vorschrift als Ganze enthält hinsichtlich des Zugangs zu den Leistungen des Zwölften Buchs Besonderheiten für Ausländer. Mit ihr sind die Regelungen aus § 120 des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) im Wesentlichen in das SGB XII übertragen worden (s. [BT-Drucks 15/1514 S. 58](#)).

Ausländer sind nach dem SGB XII nicht uneingeschränkt leistungsberechtigt. Jenseits von Ausschlussstatbeständen ist der Leistungskatalog des SGB XII ([§ 8 Nrn. 1-7 SGB XII](#)) insgesamt eingeschränkt (vgl Coseriu, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 – Stand 15. Januar 2016 – Rn 22). In [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) ist bestimmt, dass Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, Hilfe zum Lebensunterhalt ([§ 8 Nr. 1 SGB XII](#)), Hilfe bei Krankheit ([§ 8 Nr. 3 iVm § 48 SGB XII](#)), Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft ([§ 8 Nr. 3 iVm § 50 SGB XII](#)) sowie Hilfe zur Pflege ([§ 8 Nr. 5 SGB XII](#)) zu leisten ist. Über [§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB XII](#) werden die Vorschriften des Vierten Kapitels (Leistungen iSv [§ 8 Nr. 2 SGB XII](#) [Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung]) für anwendbar erklärt. Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist ([§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#)). Nachdem in [§ 23 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 SGB XII](#) bestimmte Leistungen aus dem Katalog des [§ 8 SGB XII](#) erwähnt worden sind, können sich die Wörter "im Übrigen" nur auf die sonstigen, noch nicht erwähnten Leistungen beziehen (vgl Schlette, in: Hauck/Noftz, SGB XII, K § 23 – Stand 28. Erg.-Lfg. VII/12 – Rn 35; s.a. Coseriu, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 – Stand 15. Januar 2016 – Rn 26). Das sind bestimmte Leistungen der Hilfe zur Gesundheit, die Eingliederungshilfe für behinderte Menschen ([§ 8 Nr. 4 SGB XII](#)), die Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten ([§ 8 Nr. 6 SGB XII](#)) und die Hilfe in anderen Lebenslagen ([§ 8 Nr. 7 SGB XII](#)). Und es sind nicht die HLU.

Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen haben keinen Anspruch auf Sozialhilfe ([§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#)). Nach wohl vorherrschender Meinung, die auf die Rechtsprechung des BVerwG zu § 120 Abs. 1 BSHG zurückgeht (Urt. v. 10. Dezember 1987 – [5 C 32.85](#), [BVerwGE 78, 314](#), 316 ff. = juris Rn 9 ff.), soll sich der Ausschluss in [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) lediglich auf den Rechtsanspruch auf Leistungen ([§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#)), nicht hingegen auf den Anspruch auf Ermessensausübung nach [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) beziehen (Adolph, in: Linhart/Adolph, SGB II/SGB XII/AsylbLG, [§ 23 SGB XII](#) – Stand 92. AL April 2015 – Rn 77; Classen, in: Berlitz/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, 2. Aufl. 2013, Kap. 34 Rn 72; Hohm, in: Schellhorn/Hohm/Scheider, SGB XII, 19. Aufl. 2015, [§ 23 SGB XII](#) Rn 29.6; Wahrendorf, in: Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, [§ 23 SGB XII](#) Rn 42; auch Schlette, in: Hauck/Noftz, SGB XII, K § 23 – Stand 28. Erg.-Lfg. VII/12 – Rn 50 [mit Blick auf laufende Leistungen hält er § 1a AsylbLG analog für anzuwenden]; a.A. Herbst, in: Mergler/Zink, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, [§ 23 SGB XII](#) – Stand 23. Lfg. August 2013 – Rn 16). Dem ist auch das BSG gefolgt (Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), Rn 51).

Das BVerwG hatte zu § 120 BSHG in der bis 31. Oktober 1993 geltenden Fassung entschieden (das BSG, Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 51, stellt bei der Einordnung der Entscheidung des BVerwG auf eine Fassung von § 120 BSHG ab, die erst ab 1. November 1993 gegolten hat) und dabei – unter anderem – auf die Systematik des ersten Absatzes abgestellt (aaO, 318 = juris Rn 14). Der mit "Im Übrigen" eingeleitete zweite Satz schließe an Satz 1 mit seinen beiden Halbsätzen an. Der erste Absatz lautete bis 31. Oktober 1993:

"1Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels [116 Abs. 1](#) des Grundgesetzes sind und die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Krankenhilfe, Hilfe für werdende Mütter und Wöchnerinnen und Hilfe zur Pflege nach diesem Gesetz zu gewähren; wer sich in den Geltungsbereich dieses Gesetzes begeben hat, um Sozialhilfe zu erlangen, hat keinen Anspruch. 2Im übrigen kann Sozialhilfe gewährt werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. 3Rechtsvorschriften, nach denen außer den in Satz 1 genannten Leistungen auch sonstige Sozialhilfe zu gewähren ist oder gewährt werden soll, bleiben unberührt." [Hervorhebung durch den Senat]

Durch das Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber (juris: AsylbLNG) vom 30. Juni 1993 ([BGBl I 1074](#)) ist § 120 BSHG neu gefasst und der vom BVerwG betonte systematische Zusammenhang aufgehoben worden. Der erste Absatz enthielt nunmehr folgende Regelung: "1Ausländern, die sich in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Krankenhilfe, Hilfe für werdende Mütter und Wöchnerinnen und Hilfe zur Pflege nach diesem Gesetz zu gewähren. 2Im übrigen kann Sozialhilfe gewährt werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. 3Rechtsvorschriften, nach denen außer den in Satz 1 genannten Leistungen auch sonstige Sozialhilfe zu gewähren ist oder gewährt werden soll, bleiben unberührt." Absatz 3 lautete ab 1. November 1993: "1Ausländer, die sich in die Bundesrepublik Deutschland begeben haben, um Sozialhilfe zu erlangen, haben keinen Anspruch. 2Haben sie sich zum Zwecke einer Behandlung oder Linderung einer Krankheit in die Bundesrepublik Deutschland begeben, soll Krankenhilfe insoweit nur zur Behebung eines akut lebensbedrohlichen Zustandes oder für eine unaufschiebbare und unabweisbar gebotene Behandlung einer schweren oder ansteckenden Erkrankung geleistet werden."

Das geltende Recht entspricht damit in seiner Systematik einer – bezogen auf die Entscheidung des BVerwG – späteren Fassung von § 120 BSHG, so dass fraglich erscheint, ob der Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG berechtigt ist (der Gesetzgeber hatte die "Missbrauchsformel" aus systematischen Gründen in den dritten Absatz eingestellt, [BT-Drucks. 12/4451 S. 11](#)). Jedenfalls wird man nicht sagen können, dass der Gesetzgeber [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) in Kenntnis der Rechtsprechung des BVerwG ausgestaltet hat (so aber BSG, Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 51). Er hatte nämlich, wie gezeigt, zwischenzeitlich wesentliche Änderungen vorgenommen: Anders als bei der für das BVerwG maßgeblichen Fassung von § 120 BSHG steht der Leistungsausschluss in [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) – wie bei der zuletzt geltenden Fassung von § 120 BSHG – nicht in einem unmittelbaren textlichen Zusammenhang mit der Anspruchsgewährung und vor der Möglichkeit, Leistungen im Ermessenswege zu gewähren, sondern in einem gesonderten Absatz nach der Normierung der Ansprüche auf Leistungen bzw. Ermessensausübung. Konnte das BVerwG die Einleitung des zweiten Satzes mit "im Übrigen" (auch) auf den Leistungsausschluss im vorangegangenen Halbsatz 2 beziehen (siehe oben), ist das heute aufgrund eines abweichenden sprachlichen Kontext nicht mehr möglich. Im Gegenteil dürfte es näher liegen, [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) als Spezialregelung zu [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) zu verstehen, mit der Folge, dass Ausländer (auch) keinen Anspruch auf Ermessensausübung haben (a.A. BSG, Urt. v. 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), juris Rn 51).

Selbst wenn man diese Bedenken im Rahmen einer grundrechtsgeleiteten Auslegung (hierzu H. Dreier, in: H. Dreier, Grundgesetz, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 III Rn 86; Kloepfer, Verfassungsrecht II, 2010, § 48 Rn 42; Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2006, § 6 III. 1. (S. 58 ff.); zur "grundrechtsorientierten Auslegung" der Leistungsrechte der GKV s. BVerfG, Beschl. v. 6. Dezember 2005 – [1 BvR 347/98](#), [BVerfGE 115, 25](#), 44 f.; s.a. Beschl. v. 10. November 2015 – [1 BvR 2056/12](#), [NZS 2016, 20](#) = juris, jeweils Rn 12) zurückstellte und davon ausginge, dass [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) lediglich den Rechtsanspruch aus [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) betreffe, könnte man nicht zu einem Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens aus [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) hinsichtlich laufender Leistungen – bei denen es sich um HLU handeln würde – gelangen, denn der Anspruch auf Ermessensausübung betrifft, wie gezeigt, nur diejenigen Leistungen, die nicht in [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) aufgeführt sind, also gerade nicht die HLU (siehe oben). Hierauf ist das BSG nicht eingegangen und, soweit ersichtlich, wird das auch von der bisher veröffentlichten obergerichtlichen Rechtsprechung nicht berücksichtigt. cc) Dass damit für die Antragsteller jedenfalls laufende Leistungen nach dem SGB XII rechtlich unerreichbar sind, verstößt nicht gegen Grundrechte (dazu auch d)). Eine verfassungskonforme Auslegung von [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 iVm [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) dahin, dass auch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über HLU besteht, ist damit nicht geboten. Sie wäre methodisch auch nicht zulässig.

Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Vorschriften und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Grundgesetz (GG) in Einklang steht und so viel wie möglich von dem aufrechterhält, was der Gesetzgeber gewollt hat (BVerfG, Beschl. v. 24. Mai 1995 – [2 BvF 1/92](#), [BVerfGE 93, 37](#), 81 = Rn 168; s.a. Beschl. v. 26. April 1994 – [1 BvR 1299/89](#), [1 BvL 6/90](#), [BVerfGE 90, 263](#), 274 f. = juris Rn 38). Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen allerdings dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (BVerfG, Beschl. v. 27. Januar 2015 – [1 BvR 471/10](#), [1 BvR 1181/10](#), [BVerfGE 138, 296](#) = juris, jeweils Rn 132; Beschl. v. 24. Mai 1995 – [2 BvF 1/92](#), [BVerfGE 93, 37](#), 79 und 81 = juris Rn 164 und Rn 168; BSG, Urt. v. 23. Juni 2015 – [B 1 KR 26/14 R](#), SozR 4-5560 § 17c Nr. 3 = juris, jeweils Rn 22 [für BSGE vorgesehen]). Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbietet es, im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn zu verleihen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen. Eine solche Korrektur des Gesetzes würde auch dem Sinn des [Art. 100 Abs. 1 GG](#) zuwiderlaufen, der die Autorität des parlamentarischen Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung wahren soll (BVerfG, Beschl. v. 26. April 1994 – [1 BvR 1299/89](#), [1 BvL 6/90](#), [BVerfGE 90, 263](#), 274 f. = juris Rn 38).

Bei diesen Voraussetzungen kommt eine verfassungskonforme Auslegung, ungeachtet des Umstandes, dass der Senat den Ausschluss von Leistungen nach dem SGB XII nicht für verfassungswidrig hält, vorliegend nicht in Betracht. Wortsinn und grammatische Zusammenhänge sind eindeutig (siehe oben). Der Sinn der Regelung in [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII (siehe oben) ist Interpretationen ebenfalls nicht zugänglich. Der Senat berücksichtigt in diesem Zusammenhang insbesondere auch, dass Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt – die also erwerbsfähig sein müssen –, dem Willen des Gesetzgebers zufolge bereits nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) allgemein von den Leistungen des SGB XII ausgeschlossen sein sollten.

c) Der Leistungsausschluss ist nicht wegen des in Art. 1 EFA statuierten Gleichbehandlungsgebots unanwendbar (zur Anwendbarkeit des EFA auf die HLU s. Terminsbericht Nr. 54/15 des BSG, Ziff. 2). Die Antragsteller sind nicht vom persönlichen Schutzbereich des EFA erfasst, weil die Republik Rumänien das Abkommen bislang nicht ratifiziert hat.

d) Der Senat geht nicht davon aus, dass es verfassungsrechtlich geboten ist, in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Gewährung laufender Leistungen weder nach dem SGB II noch nach dem SGB XII zulässig ist (siehe oben), (vermeintliche) gesetzgeberische Lücken zu

schließen.

Die Würde des Menschen ist unantastbar ([Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG](#)). Alle staatliche Gewalt muss sie achten und schützen ([Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG](#)). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Entscheidung vom 9. Februar 2010 ([1 BvL 1/09](#) u.a., [BVerfGE 125, 175](#) ff. = SozR 4-4200 § 20 Nr. 12 = juris) aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) iVm [Art. 20 Abs. 1 GG](#) (endgültig) ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hergeleitet (aaO, jeweils Rn 133 ff.; s.a. Beschl. v. 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#), [BVerfGE 132, 134](#) = SozR 4-3520 § 3 Nr. 2 = juris, jeweils Rn 62 ff.; offengelassen noch im Beschl. v. 20. Mai 1987 – [1 BvR 762/85](#), [BVerfGE 75, 348, 360](#) = juris Rn 42). Als Menschenrecht steht dieses Grundrecht Deutschen und Ausländern, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu (BVerfG, Beschl. v. 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#), [BVerfGE 132, 134](#) = SozR 4-3520 § 3 Nr. 2 = juris, jeweils Rn 63). Das Bestehen eines Anspruchs auf Existenzsicherung ist damit von der Verfassung vorgegeben. Sein Umfang jedoch nicht. Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation der Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen (BVerfG, Urt. v. 9. Februar 2010 – [1 BvL 1/09](#) u.a., [BVerfGE 125, 175](#) = SozR 4-4200 § 20 Nr. 12 = juris, jeweils Rn 138; Beschl. v. 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#), [BVerfGE 132, 134](#) = SozR 4-3520 § 3 Nr. 2 = juris, jeweils Rn 66).

Auch wenn es vorliegend an einem (einfachgesetzlichen) Anspruch der Antragsteller auf laufende Leistungen zur Existenzsicherung fehlt, ist das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht verletzt. Der Gesetzgeber steht nicht in der Pflicht, insoweit über die im SGB II, SGB XII und AsylbLG getroffenen Ansprüche hinaus weitere Ansprüche zu normieren. Aus der Menschenwürde kann nämlich nicht abgeleitet werden, dass ein Gemeinwesen ausnahmslos jeden Aufenthalt durch laufende Leistungen zu alimentieren hat (dahin auch LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Juni 2015 – [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), juris Rn 39; LSG Bayern, Beschl. v. 13. Oktober 2015 – [L 16 AS 612/15 B ER](#), juris Rn 36; LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 5. November 2015 – [L 3 AS 479/15 B ER](#), juris Rn 27; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 27. Mai 2015 – [L 2 AS 256/15 B ER](#), juris Rn 31; Beschl. v. 4. Februar 2015 – [L 2 AS 14/15 B ER](#), [NZZ 2015, 351](#), Rn 17 = juris Rn 40; anders LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21. Dezember 2015 – [L 25 AS 3035/15 B ER](#), juris Rn 8; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 23. November 2015 – [L 6 AS 1583/15 B ER](#), juris Rn 16 ff.; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 6. August 2014 – [L 19 AS 984/14 B ER](#), juris Rn 18; wohl auch Coseriu, in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014, § 23 – Stand 15. Januar 2016 – Rn 63.4). Im zu entscheidenden Fall machen die Antragsteller von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch und halten sich aufgrund ihrer autonomen Entscheidung derzeit in Deutschland auf. Wenn sie ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften bestreiten können, steht es ihnen frei, nach Rumänien zurückzukehren. Das ist aber einzig und allein ihre Entscheidung. Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Leistungen nach dem SGB II und SGB XII kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Ausländerbehörden ein Verwaltungsverfahren einleiten und versuchen festzustellen, dass ein Recht auf Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Das hätte dann die Folge, dass Ansprüche über § 1 Abs. 1 Nr. 5 des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) denkbar werden (und darauf zielt bspw. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 23. November 2015 – [L 6 AS 1583/15 B ER](#), juris Rn 17 ab) und der Aufenthalt wieder zu alimentieren wäre.

Ob die Antragsteller Ansprüche auf (einmalige) Leistungen für die Fahrtkosten in ihr Herkunftsland und mit der Heimreise in Zusammenhang stehende Verpflegung haben können (dahin LSG Hamburg, Beschl. 15. Oktober 2015 – [L 4 AS 403/15 B ER](#), juris Rn 9 [mögliche Rechtsgrundlagen darstellend]; s.a. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. September 2015 – [L 20 AS 2161/15 B ER](#), juris Rn 22), musste der Senat nicht beurteilen.

D. Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung von [§ 193 Abs. 1 SGG](#). Da die Antragsteller sowohl mit ihrer Beschwerde als auch mit ihrem Begehren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes insgesamt unterliegen, sieht der Senat keinen Anlass für eine Kostenerstattung durch den AG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)). III. Die Antragsteller erhalten auf ihren Antrag Prozesskostenhilfe (PKH) für das Beschwerdeverfahren unter Beordnung von Rechtsanwältin I., J., bewilligt, weil ihre Rechtsverfolgung hinreichende Erfolgsaussichten iSv [§ 73a Abs. 1 SGG](#) iVm [§ 114 Satz 1 ZPO](#) bietet und sie nicht in der Lage sind, die Kosten der Prozessführung aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Erfolgsaussichten hat eine Rechtsverfolgung bereits dann, wenn das Begehren auf der Grundlage eines vorläufig vertretbaren, diskussionswürdigen Rechtsstandpunkts schlüssig begründet ist und in tatsächlicher Hinsicht die gute Möglichkeit der Beweisführung besteht (Leitherer, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2012, § 73a Rn 7a). Davon geht der Senat für die Antragsteller aus, auch wenn der Antrag letztlich keinen Erfolg hat.

Die Entscheidung über die Beordnung der Prozessbevollmächtigten folgt aus [§ 73a Abs. 1 SGG](#) iVm [§ 121 Abs. 2 ZPO](#), der Verzicht auf Ratenzahlungen aus [§ 73a Abs. 1 SGG](#) iVm [§ 120 Abs. 1 ZPO](#).

Dieser Beschluss ist für die Beteiligten unanfechtbar ([§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 127 Abs. 3 ZPO](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NSB

Saved

2016-03-15