
S 13 AS 3674/11 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	19
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 13 AS 3674/11 ER
Datum	04.11.2011

2. Instanz

Aktenzeichen	L 19 AS 1956/11 B ER
Datum	07.12.2011

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 04.11.2011 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwältin U, L, beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetz-buch (SGB II) für die Zeit ab dem 24.09.2011 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes.

Die am 00.00.1983 geborene Antragstellerin ist bulgarische Staatsangehörige. Am 25.11.2008 reiste sie zusammen mit ihrer Mutter und ihrem am 00.00.1989 geborenen Bruder in die Bundesrepublik Deutschland ein. Bei der Vorsprache beim Ausländeramt der Stadt L gab sie im Juli 2011 keinen Grund der Einreise an. Ihr

Vater war zuvor im August 2008 in die Bundesrepublik eingereist. Am 24.08.2011 wurde dem Vater der Antragstellerin eine unbefristete Arbeitsgenehmigung-EU erteilt.

Am 27.07.2011 erteilte die Stadt L der Antragstellerin eine Bescheinigung nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU. In der Freizügigkeitsbescheinigung ist ausgeführt, dass die Antragstellerin zur Aufnahme einer unselbständigen, arbeitsgenehmigungspflichtigen Erwerbstätigkeit eine Arbeitserlaubnis- oder Arbeitsberechtigung - EU benötigt. Bei der zentralen Auslands- und Fachvermittlung beantragte die Antragstellerin keine Erteilung der Arbeitsgenehmigung - EU.

Am 19.09.2011 beantragte die Antragstellerin beim Antragsgegner die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II.

Am 23.09.2011 hat die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu bewilligen.

Sie hat vorgetragen, dass ein Anordnungsgrund vorliege, sie könne kaum ihren Lebensunterhalt bestreiten und sei nicht krankenversichert. Bisher hätten ihre Eltern und ihr Bruder durch Pfandgeld von Flaschen, die sie gesammelt hätten, von Sachen, die sie auf dem Sperrmüll gefunden und auf dem Trödelmarkt verkauft hätten, sowie von Unterstützung von Freunden gelebt. Es bestünden Mietschulden, so dass die Wohnung fristlos gekündigt worden sei. Sie sei psychisch krank und werde ambulant psychiatrisch betreut. Jedoch sei zu befürchten, dass sie einer stationären Behandlung bedürfe. Mit Schreiben vom 29.08.2011 habe der Vermieter des Zimmers den Vater der Antragstellerin, Herrn J aufgefordert, den säumigen Mietzins von 2000,00 Euro bis zum 31.08.2011 zu entrichten und vorsorglich das Mietverhältnis fristgerecht gekündigt. Der Vermieter gab an, dass die letzte Mietzahlung vom 09.05.2011 datiere.

Der Antragsgegner hat sich auf den Ausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) berufen. Die Einreise der Antragstellerin sei 2008 allein aus Gründen der Arbeitssuche erfolgt. Ein Arbeitsverhältnis habe bisher nicht bestanden. Ein Daueraufenthaltsrecht oder Arbeitnehmerstatus liege nicht vor. Durch Bescheid vom 14.10.2011 lehnte der Antragsgegner den Antrag ab. Hiergegen legte die Antragstellerin Widerspruch mit der Begründung ein, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht europarechtskonform sei.

Durch Beschluss vom 04.11.2011 hat das Sozialgericht Köln den Antrag abgelehnt. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen den ihrer Bevollmächtigten am 04.11.2011 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 10.11.2011 Beschwerde beim Sozialgericht Köln eingelegt.

Sie trägt ergänzend vor, dass sie Ende November 2011 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung EU erfülle. Sie sei wegen ihrer psychischen Erkrankung dringend auf ärztliche Hilfe angewiesen. Da der Leistungsausschluss

nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) umstritten sei, hätte eine Folgeabwägung vorgenommen werden müssen. Dies habe das Sozialgericht unterlassen. Desweiteren hätte im Hinblick auf ihre gesundheitliche Situation die Beiladung der Stadt L erfolgen müssen.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruches (d. h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie das Vorliegen des Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen ([§ 86 Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung – ZPO -).

Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruches nicht glaubhaft gemacht. Bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen Prüfungsdichte bestehen ernstliche Zweifel am Bestehen eines Leistungsanspruches ab Antragsstellung bei Gericht am 19.09.2011. Es spricht deutlich mehr gegen eine Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin i.S.v. [§§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#), 8 SGB II (1) sowie gegen einen gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) (2) als dafür und mehr für das Eingreifen des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (3) als dagegen.

Ein Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem SGB II ergibt sich nicht bereits aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen (vgl. hierzu BSG Urteil vom 19.10.2010 – [B 14 AS 23/10 R](#)), weil Bulgarien nicht zu den Unterzeichnerstaaten dieses Abkommens zählt.

1. Unter Zugrundelegung der Angaben der Antragstellerin bei der Antragsstellung beim Antragsgegner am 19.09.2011 ist schon zweifelhaft, ob die Antragstellerin erwerbsfähig i.S.v. [§ 8 Abs. 1 SGB II](#) ist. Denn in dem Antragsformular hat die Antragstellerin die Frage, ob sie nach ihrer Einschätzung gesundheitlich in der Lage ist, eine Erwerbstätigkeit von mindestens drei Stunden täglich auszuüben, verneint und bei einer persönlichen Vorsprache angegeben, dass sie aufgrund von gesundheitlichen Problemen dauerhaft keine Erwerbstätigkeit nachgehen kann. Insoweit hält sich die Antragstellerin nach eigener Einschätzung für nicht erwerbsfähig i.S.v. [§ 8 Abs. 1 SGB II](#).

2. Des weiteren ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) Leistungsvoraussetzung, dass eine Leistungsberechtigte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hat.

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich auf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in [§ 30 Abs. 1 SGB I](#) Bezug genommen (vgl. [BT-Drucks 15/1516 S 52](#); BSG Urteil vom 18.01.2011 - [B 4 AS 14/10 R](#) = juris Rn 13). Nach [§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I](#) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er sich an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend aufhält. Dieser Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht einheitlich für sämtliche Bücher des SGB ausgelegt, sondern ist jeweils nach der konkreten rechtlichen Bedeutung und dem Sinn und Zweck der Norm, die den Begriff verwendet, auszulegen (Einfärbungslehre). Entscheidungen und Begriffsbestimmungen zum gewöhnlichen Aufenthalt, die aus anderen Gesetzen stammen oder sich auf andersgeartete Materien beziehen, können nach dieser Rechtsprechung nur mit einer gewissen Zurückhaltung auf weitere Sachgebiete übertragen werden. Die Frage, wann ein Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, ist vom BSG ungeachtet der vereinheitlichenden Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes in [§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I](#) für den Bereich verschiedener Sozialgesetze unterschiedlich beantwortet worden (z.B. BSG Urteil vom 27.01.1994 - [5 RJ 16/93](#) - mit Anführung der Fallgruppen; siehe die kritischen Anmerkungen in der Literatur zur Einfärbungslehre im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt und den ausdrücklichen Vorbehalt abweichender Regelungen nach [§ 37 SGB I](#): Seewald, Kasseler Kommentar, Stand der 68. Erg.-Lfg. 2010, [§ 30 SGB I](#) Rn. 11 f.; Schlegel in jurisPK, [§ 30 SGB I](#), 50 f.).

Für den hier einschlägigen Bereich der Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II hat das BSG mit Urteil vom 16.05.2007 ([B 11b AS 37/06 R](#) = juris Rn. 22) entschieden, dass Ausländer nur dann ihren gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) in Deutschland haben, wenn sie über einen Aufenthaltstitel verfügen, der den persönlichen Aufenthalt zulässt. Hieran habe auch die Neufassung von [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) ab dem 01.04.2006 nichts geändert (Kritik bei Spellbrink in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., § 7 Rn. 11; ausdrücklich offengelassen im Urteil des BSG vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn. 13). Nach Auffassung des Senats spricht vieles dafür, den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts bei der Anwendung von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) bereichsspezifisch dahin auszulegen, dass ein prognostisch auf Dauer gesicherter Aufenthalt zu fordern ist, der ein Erreichen des Regelungszieles des SGB II - Beseitigung der Bedürftigkeit durch die Aufnahme einer Tätigkeit mit existenzsicherndem Ertrag - vgl. [§ 1 Abs. 1 SGB II](#) -, ungefährdet erscheinen lässt.

Diese Voraussetzungen sind bei der Antragstellerin nicht gegeben. Ihr steht weder nach nationalem Recht (a) noch europarechtlich (b) ein Aufenthaltsrecht zu. Als Angehörige des Vertragsstaates Bulgarien bedarf sie zudem zur legalen Ausübung einer Tätigkeit der vorherigen Genehmigung (c).

a) Nach dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) vom 30.07.2004 ([BGBl. I 1950](#)), hier anzuwenden i.d.F. des Gesetzes vom 12.04.2011, [BGBl. I 610](#)), ist die Antragstellerin - zumindest für Zeit ab Antragstellung bei Gericht am 23.09.2011 - nicht freizügigkeitsberechtigt. Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre

Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte ist die Antragstellerin nicht aufenthaltsberechtigt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU. Die Antragstellerin hält sich in der Bundesrepublik nicht zur Berufsausbildung auf. Sie ist weder als Arbeitnehmerin tätig noch übt sie eine selbständige Tätigkeit aus. Im streitigen Zeitraum, der ab der Antragstellung bei Gericht am 23.09.2011 beginnt, ist sie auch nicht als Arbeitssuchende freizügigkeitsberechtigt. Es besteht schon im Hinblick auf die Einlassungen der Antragstellerin zu ihrem Leistungsvermögen Anlass, am Vorhandensein ihres Willens zur Arbeitssuche zu zweifeln. Selbst wenn ein solcher Wille angenommen wird, besteht das Aufenthaltsrecht zwecks Arbeitssuche nicht uneingeschränkt. Das FreizügG/EU legt für die Arbeitssuche keine Frist fest, sondern bestimmt, dass jedenfalls für die ersten drei Monate ein Aufenthaltsrecht auch ohne Zweckbindung besteht (§ 2 Abs. 5 FreizügG/EU). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist ein arbeitssuchender EU-Bürger so lange freizügigkeitsberechtigt wie er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht. Dem Betroffenen muss ein angemessener Zeitraum eingeräumt werden, um im Aufnahmemitgliedsstaat von Stellenangeboten, die seinen beruflichen Qualifikationen entsprechen, Kenntnis nehmen und sich ggf. bewerben zu können. Das Gemeinschaftsrecht regelt die Länge des Zeitraums nicht. Es verwehrt einem Mitgliedsstaat nicht, einen Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates, der zum Zweck der Stellensuche in sein Gebiet eingereist ist, unbeschadet einer Klagemöglichkeit auszuweisen, wenn er nach sechs Monaten keine Stelle gefunden hat, sofern der Betroffene nicht nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (EuGH Urteil vom 26.02.1991 – [C 292/89](#) – Antonissen; Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn 56).

Nach Akteninhalt und unter Zugrundelegung ihrer eigenen Angaben gegenüber dem Antragsgegner hat sich Antragstellerin seit ihrer Einreise im November 2008 nicht um einen Arbeitsplatz bemüht. Danach ist es der Antragstellerin in einem Zeitraum von mehr als zwei Jahren seit der Einreise im November 2008 – gerechnet bis zur Antragstellung beim Sozialgericht – nicht gelungen, auf dem Arbeitsmarkt in der Bundesrepublik Fuß zu fassen. Konkrete Bewerbungen und aktuell noch wahrzunehmende Arbeitsangebote hat sie im Verfahrensverlauf nicht vorgetragen. Deshalb hält der Senat die Annahme für gerechtfertigt, dass das Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin wegen Arbeitssuche i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 FreizügG/EU nicht mehr besteht.

Auch aus der Vorschrift § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU lässt sich ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin nicht ableiten. Danach genießen nicht erwerbstätige Unionsbürgerin ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen (§ 4 FreizügG/EU). Wegen der im vorliegenden Verfahren behaupteten Bedürftigkeit der Antragstellerin als Voraussetzung eines Leistungsanspruches nach dem SGB II liegen diese Voraussetzungen offensichtlich nicht vor.

Ebenfalls besteht kein Aufenthaltsrecht nach §§ 2 Abs. 2 Nr. 6, 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, da die Antragstellerin älter als 21 Jahre ist. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass ein Aufenthaltsrecht nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU besteht. Dies setzt u.a. voraus, dass der Antragstellerin von ihren Eltern tatsächlich vor ihrer Einreise in die Bundesrepublik Unterhalt erhalten hat und die Eltern aufenthaltsberechtigt sind.

Anhaltspunkte für die zwischenzeitliche Entstehung eines Daueraufenthaltsrechts der Antragstellerin i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU sind nicht ersichtlich. Die Antragstellerin hat bei Antragstellung am 23.09.2011 weder seit fünf Jahren ständig rechtmäßig in der Bundesrepublik aufgehalten (§ 4a Abs. 1 FreizügG/EU) noch eine Erwerbstätigkeit mit der erforderlichen Dauer i.S.v. § 4a Abs. 2 FreizügG/EU ausgeübt.

Ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU besteht daher nicht.

b) Ein aktuelles Aufenthaltsrecht der Antragstellerin ergibt sich ebenfalls nicht aus der Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, Amtsblatt L 229/35). Die Richtlinie sieht in Art. 6 ein generelles Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten vor, ein darüber hinausgehendes Aufenthaltsrecht in Art. 7 als Arbeitnehmer oder Selbstständige im Aufnahmemitgliedsstaat (Art. 7 Abs. 1a), ferner nur bei Vorhandensein ausreichender Mittel und Sicherstellung des Krankenversicherungsschutzes (Art. 7 Abs. 1b). Diese Voraussetzungen liegen, wie bereits ausgeführt, nicht vor. Insbesondere ist auch die Dreimonatsfrist abgelaufen. Ein Daueraufenthaltsrecht steht erst nach rechtmäßigem fünfjährigem und ununterbrochenem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedsstaat zu (Art. 16 Abs. 1).

Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin, das einen gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) begründen könnte, besteht daher weder nach dem FreizügG/EU noch nach der durch dieses Gesetz umgesetzten Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG. Ein Aufenthaltsrecht bestünde alleine bei Vorhandensein ausreichender Mittel zur Existenzsicherung und Sicherstellung des Krankenversicherungsschutzes (§§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 4 FreizügG/EU, Art. 7 Abs. 1b Freizügigkeitsrichtlinie).

Dieses Ergebnis steht mit der Rechtsprechung des EuGH zum Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und zum Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Einklang. Der EuGH hat im Urteil vom 07.09.2004 ([C 456/02 - Trojani](#)) ausgeführt, [Art. 18 Abs. 1](#) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV, entspricht [Art. 21](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)) erkenne jedem Unionsbürger das Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten unmittelbar zu. Dieses Recht gelte nicht absolut, sondern bestehe nur vorbehaltlich der im EGV und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bestimmungen. So könnten die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 der Richtlinie 90/364 von Angehörigen

eines (anderen) Mitgliedsstaats, der das Recht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet wahrnehmen wolle, verlangen, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung sowie über genügend Existenzmittel verfügen, durch die sichergestellt sei, dass sie während ihres Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedsstaats in Anspruch nehmen müssten. Bei einem Mangel an Mitteln, die eigene Existenz zu sichern, erwächst deshalb aus Art. 18 EGV (grundsätzlich) kein Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates.

c) Gegen das Bestehen eines rechtmäßigen Aufenthalts der Antragstellerin ohne Zusammenhang mit Aufnahme und Ausübung einer im Einzelfall erlaubten Tätigkeit spricht auch ihre besondere Rechtsstellung als Staatsangehörige des neuen Mitgliedsstaates Bulgarien unter Berücksichtigung der für dessen Staatsangehörige aktuell noch geltenden Übergangsbestimmungen. Diese beschränken einstweilen das Freizügigkeitsrecht bulgarischer Arbeitnehmer. Bulgarien ist – wie die Republik Rumänien – zum 01.01.2007 der EU beigetreten (Vertrag vom 25.04.2005, BGBl. II, 2006, S. 46). Nach Art. 1 Abs. 3 des EU-Beitrittsvertrages (Amtsblatt vom 21.06.2005, L 157/11) sind Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme in einem beigefügten Protokoll festgelegt. Nach Art. 20 des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumänien in die Europäische Union (Amtsblatt vom 21.06.2005, L 157/29) gelten für die Beitrittsstaaten bestimmte Maßnahmen unter im Einzelnen festgelegten Bedingungen. In der Liste nach Art. 23 der Beitrittsakte ist geregelt, dass Freizügigkeit nur vorbehaltlich der im Einzelnen aufgeführten Übergangsbestimmungen gilt. Nach diesen Übergangsbestimmungen können die Mitgliedsstaaten bis zum Ende eines Übergangszeitraumes von längstens sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts arbeitsmarktbeschränkende Maßnahmen anwenden.

Die Bundesregierung hat von dieser Übergangsbestimmung zunächst für den Zeitraum bis zum 31.12.2011 Gebrauch gemacht (vgl. Bekanntmachung vom 17.12.2008 – Bundesanzeiger Nr. 198 vom 31.12.2008, S. 4807). Danach bedürfen bulgarische Staatsangehörige (auch weiterhin) einer Arbeitserlaubnis-EU/Arbeitsberechtigung-EU nach [§ 284 SGB III](#), die nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von [§ 39 Abs. 1 Satz 1](#) des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Nichtvorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer ([§ 39 Abs. 2 Satz 1 b AufenthG](#)) erteilt werden kann. Die Regelung ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet (Düe in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl., § 284 Rn. 6). Das FreizügG/EU trägt dem in § 13 FreizügG/EU Rechnung, wonach das Freizügigkeitsgesetz Anwendung finden soll, wenn die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gem. [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) genehmigt wurde. Das nach dem Wortlaut der Vorschrift immerhin mögliche Verständnis, Bestimmungen des FreizügG/EU könnten nur nach bereits erfolgter Erteilung der Arbeitserlaubnis zur Anwendung kommen, dürfte europarechtlich ausgeschlossen sein (Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg vom 29.11.2010 – [L 34 AS 1001/10 B ER](#)). Bei im Einzelnen umstrittenem Regelungsgehalt (vgl. Dienelt, a.a.O., § 13 FreizügG/EU) ist im Ergebnis anzunehmen, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit von Staatsangehörigen der neuen Mitgliedsstaaten nach § 13 FreizügG/EU während des

Übergangszeitraumes (abgesehen von den ohnehin erlaubten selbstständigen Tätigkeiten und Dienstleistungen) nur in Bezug auf die Suche und die Aufnahme bzw. der Ausübung hiernach erlaubter Tätigkeiten bestehen kann und insofern stark eingeschränkt ist. Den Zeitraum, dem das FreizügG/EU Unionsbürger zur Arbeitssuche eingeräumt hat, hatte die Antragstellerin aber bei Antragstellung schon bei weitem ausgeschöpft.

Ob schließlich etwas anderes aus dem Umstand folgt, dass die Antragstellerin über eine Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 FreizügG/EU verfügt (zu deren Bedeutung vgl. BSG Urteil vom 19.10.2010 – [B 14 AS 23/10 R](#)), erscheint im Hinblick darauf, dass in der Bescheinigung vom 27.07.2011 auf das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit hingewiesen wird, zweifelhaft. Dies kann aber letztlich ebenso wie die Bedeutung des Umstands dahinstehen, dass der Aufenthalt von Staatsangehörigen der neuen Mitgliedsstaaten auch während der Übergangsphase nur unter den Voraussetzungen der §§ 6 und 7 FreizügG/EU, d.h. nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens, beendet werden kann (Dienelt, a.a.O., Rn. 57 f., 61).

Denn dem Anordnungsanspruch steht der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) durchgängig entgegen (vgl. hierzu LSG NRW, Beschlüsse vom 28.06.2011 L 19 As 317/11 B ER und vom 18.11.2011 – [L 7 AS 614/11 B ER](#)).

3. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen, vom Leistungsbezug ausgenommen. Zweck dieser durch das Gesetz vom 24.03.2006, ([BGBl. I 558](#)) zum 01.04.2006 eingeführten gesetzlichen Neuregelung war der Ausschluss von Ausländern, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche infolge der Umsetzung der in Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4d der Richtlinie 2004/38/EG bestehenden Regelungen ergibt ([BT-Drucks 16/688](#), 13). Die Antragstellerin ist als bulgarische Staatsbürgerin Ausländerin; ein anderer Aufenthaltszweck als der der Arbeitssuche ist nicht ersichtlich. Die Antragstellerin ist demnach vom Leistungsanspruch nach dem SGB II ausgeschlossen.

Die Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit Gemeinschaftsrecht der EU ist in Rechtsprechung, Kommentierung und inzwischen reichhaltiger Judikatur umstritten (exemplarisch aus jüngerer Zeit: LSG Berlin-Brandenburg Beschlüsse vom 09.09.2010 – [L 10 AS 1023/10 B ER](#) – und vom 29.11.2010 – [L 34 AS 1001/10 B ER](#), LSG NRW Beschlüsse vom 04.10.2010 – [L 19 AS 942/10 B](#) und vom 17.05.2011 – [L 6 AS 356/11 B ER](#) – m.w.N.). Der Streit besteht im Wesentlichen vor dem Hintergrund der höchststrichterlich bislang nicht entschiedenen Frage, ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers durch den Vorbehalt des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG gedeckt ist, weil es sich bei den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II um Sozialhilfeleistungen handelt, oder ob es sich um Leistungen der sozialen Sicherheit bzw. zur Eingliederung in Arbeit handelt, die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern unter Verstoß gegen das Verbot der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und/oder das allgemeine

Differenzierungsverbot vorenthalten werden. Sowohl der EuGH als auch das BSG haben die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen (EuGH Urteil vom 04.06.2009 – [C-22/08](#) und [C-23/08](#) – Vatsouras/Koupatantze; BSG Urteil vom 19.10.2010 – [B 14 AS 23/10 R](#)). Auch der Senat sieht die Frage als weiterhin ungelöst an und gewährt vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) betroffenen freizügigkeitsberechtigten Alt-EU-Bürgern und Bürgern der neuen EU-Staaten nach Ablauf der für die jeweiligen Staaten geltenden einschränkenden Übergangsregelungen einstweilig Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II (z.B. Beschluss vom 17.02.2010 – L 19 B 392/09 AS ER betreffend eine britische Staatsangehörige im Besitz einer Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 FreizügG/EU).

Die auf das Verbot der Ausländerdiskriminierung bei uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern zurückzuführenden Zweifel an der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit europäischem Primärrecht bestehen bei der Antragstellerin nicht. Denn sie ist nicht uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigt und ohne vorherige Genehmigung nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet berechtigt. Ihr Freizügigkeitsrecht beruhte auf der zum Zwecke der Arbeitssuche erfolgten Einreise unter den einschränkenden Voraussetzungen des FreizügG/EU sowie der Freizügigkeitsrichtlinie. Wegen erstmaliger Zuwanderung zur Arbeitssuche dürfte sich der gemeinschaftsrechtliche Anspruch der Antragstellerin auf Gleichbehandlung schon ohne Beachtung ihrer Sonderstellung als bulgarische Staatsangehörige nur auf Gleichheit im Zugang zur Beschäftigung richten. In dieser Hinsicht hat der EuGH im Urteil vom 23.03.2004 – [C-138/02 Collins](#) – daran erinnert, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zwischen Angehörigen der Mitgliedsstaaten zu unterscheiden ist, die im Aufnahmemitgliedsstaat, in dem sie eine Beschäftigung suchen, noch kein Arbeitsverhältnis eingegangen sind und denen, die dort bereits arbeiten und die dort gearbeitet haben, aber nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis stehen und gleichwohl als Arbeitnehmer gelten. Während für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die zuwandern, um eine Beschäftigung zu suchen, der Grundsatz der Gleichbehandlung nur für den Zugang zur Beschäftigung gilt, genießen diejenigen, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer. Der Gleichheitsanspruch der Antragstellerin dürfte sich – der Senat lässt dies im Rahmen des vorliegenden Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes dahingestellt – daher nur auf den Zugang zu einer Beschäftigung richten, der ihr aufgrund der für bulgarische Staatsbürger geltenden Einschränkungen ohnehin erschwert ist.

Insbesondere betrifft jedoch – soweit ersichtlich – die gesamte Aufarbeitung der zu [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) gesehenen Probleme Fallgestaltungen, in denen uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger sich auf der Grundlage eines aus ihrem Status abgeleiteten Aufenthaltsrechts erlaubterweise im Zuzugsstaat aufhielten und zudem nicht durch das die Antragsteller betreffende Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach [§ 284 SGB III](#) hinsichtlich ihrer Integrierbarkeit in den Arbeitsmarkt beeinträchtigt waren. Die Antragstellerin hat nicht den gleichen Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt wie deutsche

Arbeitssuchende, solange sie nicht im Besitz einer Arbeitsgenehmigung-EU sind. Hiernach besteht auch unter Beachtung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes nach EGV und AEUV ein objektiver Grund, sie von den Leistungen auszuschließen (vgl. auch Husmann, NZS 2009, 652 f., 657).

Bulgarische Staatsangehörige in der Situation der Antragstellerin nicht als vom Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach SGB II ausgeschlossen anzusehen, hieße im Übrigen, den Willen der vertragschließenden Parteien des Beitrittsvertrages sowie den Willen der Bundesregierung bei Ausübung der Vorbehaltsrechte zu ignorieren. Die Nichtanwendung bzw. Außerkraftsetzung der allgemeinen Regeln und Prinzipien des EU-Freizügigkeitsrechts für Arbeitnehmer im Beitrittsvertrag hat im Wesentlichen zwei Gründe. Der erste ist die Situation der nationalen Arbeitsmärkte. Der zweite Grund liegt in der befürchteten Belastung mit zusätzlichen Sozialausgaben, weil Arbeitnehmertätigkeit und soziale Sicherung in den meisten Ländern eng miteinander verknüpft sind (Fuchs, ZESAR 2007, 97 f., 102). Vor diesem Hintergrund erscheint ein Verständnis der Rechtslage dahin, dass Freizügigkeit und Zugang zu den nationalen Arbeitsmärkten vorübergehend nur eingeschränkt eröffnet, Sozialleistungen jedoch uneingeschränkt zugänglich gemacht werden sollten, ausgeschlossen.

Der Senat sieht danach keine Veranlassung, den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in der vorliegenden Fallkonstellation europarechtlich in Frage zu stellen oder gar von seiner Anwendung abzusehen, solange jedenfalls keine eindeutigen Hinweise auf die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung in der Judikative des Bundesverfassungsgerichts bzw. des EuGH gegeben werden.

4. Der Senat hat von einer Beiladung des Stadt L als Trägerin der Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) abgesehen. Dabei kann dahinstehen, ob die Antragstellerin gegenüber dem Sozialhilfeträger einen Anspruch auf Leistungen hat (vgl. hierzu LSG NRW, Beschlüsse vom 28.06.2011 – L 19 As 317/11 B ER und vom 18.11.2011 [L 7 AS 614/11 B ER](#)). Die Antragstellerin hat jedenfalls keinen Anordnungsgrund hinsichtlich der Gewährung von Leistungen glaubhaft gemacht. Nach ständiger Rechtsprechung auch des hier befassten Senats ist die Notwendigkeit gerichtlichen Eingreifens nur dann glaubhaft gemacht, wenn zuvor zumutbare Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, das erstrebte Ziel auch ohne Einschaltung des Gerichts zu erreichen, insbesondere durch die vorherige Kontaktaufnahme mit den zuständigen Verwaltungsträger (Beschluss vom 07.11.2011 – L 19 As 1217/11 B m.w.N.). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall, in dem der Antragstellerin erstmals im Beschwerdeverfahren Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB XII geltend macht. Trotz Hinweis des Senats, dass eine Kontaktaufnahme mit dem Sozialhilfeträger im Hinblick auf die Rechtsprechung des Senats zum Eingreifen des Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) und der geltend gemachten Notwendigkeit einer Krankenbehandlung sachgerecht erscheint, hat die Antragstellerin es bislang unterlassen, beim Sozialhilfeträger vorzusprechen. Hinderungsgründe, die einer Vorsprache entgegengestanden haben, sind nicht ersichtlich. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass nach [§ 18 Abs. 1 SGB XII](#) der Zeitpunkt der Kenntniserlangung von dem Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen der frühestmögliche Zeitpunkt für das Einsetzen der Hilfe

nach dem SGB XII ist.

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

Die Voraussetzungen der beantragten Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren nach [§§ 73a SGG, 114](#) f. ZPO liegen vor; eine hinreichende Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung kann im Hinblick auf die Komplexität der Rechtslage angenommen werden.

Der Beschluss ist unanfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Erstellt am: 08.12.2011

Zuletzt verändert am: 08.12.2011