

---

## **S 55 AS 1677/12 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 55 AS 1677/12 ER
Datum	29.07.2012

#### **2. Instanz**

Aktenzeichen	L 19 AS 1542/12 B ER
Datum	03.09.2012

#### **3. Instanz**

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

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 29.07.2012 geändert. Die Beigeladene wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig verpflichtet, dem Antragsteller ab dem 06.07. bis zum 30.09.2012 Hilfe zum Lebensunterhalt in Höhe von insgesamt 374,00 EUR mtl. zu gewähren. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

Der am 00.00.1984 in U geborene Antragsteller ist griechischer Staatsangehöriger. Dem Antragsteller wurde im Jahr 2000 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Die Eltern des Antragstellers halten sich seit 1974 in der Bundesrepublik auf. Seine beiden Schwestern wohnen in E und I

Nach Erwerb des griechischen Abiturs in der Bundesrepublik studierte er nach eigenen Angaben seit 2003 in Griechenland politische Wissenschaften. Am 19.05.2011 erwarb der Antragsteller ein Hochschuldiplom im Fachbereich Internationale und europäische Studien (Fachrichtung Politikwissenschaft und Diplomatie) an der Universität von Makedonien. Nach einem sich daran

---

anschließenden Aufenthalt bei Verwandten in der Bundesrepublik leistete er in der Zeit vom 27.09 bis 27.12.2011 den griechischen Wehrdienst ab.

Laut den Unterlagen des Ordnungsamtes der Stadt E meldete der Antragsteller zum 01.03.2003 ein Gewerbe "Speisewirtschaft in Form eines "Imbissbetriebes ohne Sitzgelegenheit" an. Ihm wurde im Jahr 2007 vom Amtsgericht I durch Strafbefehl vom 24.09.2007 eine Gelstrafe wegen Verstoßes gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften am 19.04.2007 auferlegt.

Am 27.12.2011 reiste der Antragsteller in die Bundesrepublik ein. Er wohnt mietfrei in der Wohnung seiner Mutter und Schwester. Die Mutter bezieht Altersrente in Höhe von 346,36 EUR mtl. und bezieht Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII). Seine in E wohnhafte Schwester ist als freie Dozentin tätig. Die Stadt E erteilte dem Antragsteller unter dem 02.02.2012 eine Bescheinigung nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU.

Am 03.02.2012 beantragte der Antragsteller die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Er gab an, dass er Hilfen zur Sicherung des Lebensunterhalts benötige, um sich mit Unterstützung des Antragsgegners auf die Arbeitsplatzsuche konzentrieren zu können. Er werde von seinen Schwestern unterstützt. Durch Bescheid vom 13.03.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16.04.2012 lehnte der Antragsgegner den Antrag unter Berufung auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ab. Hiergegen erhob der Antragsteller Klage, S 55 AS 1590/12 SG Dortmund.

Am 25.04.2012 hat der Antragsteller beantragt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen bis zur bestands- oder rechtskräftigen Entscheidung des Hauptsacheverfahrens zu gewähren.

Durch Beschluss vom 29.07.2012 hat das Sozialgericht Dortmund den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig für die Zeit vom 06.07.2012 bis 31.07.2012 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von 324,10 EUR und für die Zeit vom 01.08. bis 31.12.2012 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von 374,00 EUR mtl. zu gewähren. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen den ihm am 03.08.2011 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner Beschwerde am 07.08.2012 eingelegt.

Der Senat hat die Stadt E in ihrer Eigenschaft als örtlicher Sozialhilfeträger beigeladen.

II.

Die Beschwerde ist insoweit begründet, als die Beigeladene im Wege der

---

einstweiligen Anordnung verpflichtet ist, den Antragstellern Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§§ 27, 27a SGB XII](#) in Höhe von 374,00 EUR mtl. für die Zeit vom 06.07.2012 bis zum 30.09.2012 zu gewähren. Im Übrigen die Beschwerde unbegründet.

Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist Verpflichtung des Antragsgegners zur vorläufigen Gewährung eines Regelbedarfs in Höhe von 374,00 EUR mtl. für die Zeit vom 06.07. bis 31.12.2012 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes. Der Antragsteller hat gegen die Ablehnung seines weitergehenden Antrags durch den Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 29.07.2012 keine Beschwerde eingelegt.

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 -).

Ein Anordnungsanspruch und -grund auf Gewährung eines Regelbedarfs nach [§ 20 SGB II](#) an den Antragsteller ist nicht glaubhaft gemacht.

Im vorliegenden Fall kann nicht abschließend geklärt werden, ob dem Antragsteller ein Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II für die Zeit ab dem 06.07.2012 zusteht.

Die Voraussetzungen für eine Leistungsberechtigung nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) liegen bei dem Antragsteller vor. Er hat das 15 Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a Abs. 1 SGB II](#) noch nicht erreicht. Seine Erwerbsfähigkeit ist gegeben ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#)). Als griechische Staatsangehörige und damit als "Alt-Unionsbürger" ist er gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt und berechtigt, ohne Arbeitserlaubnis eine Arbeit in der Bundesrepublik aufzunehmen. Dem Sachverhalt sind auch keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Krankheit, die ihn an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes für mindestens drei Stunden täglich hindern könnte, zu entnehmen. Nach der im einstweiligen Anordnungsverfahren möglichen Prüfungsdichte ist der Antragsteller hilfebedürftig i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#), da er in der Zeit ab dem 06.07.2012 über kein Einkommen und Vermögen verfügt und keine Sozialleistungen bezogen hat. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die erstinstanzlichen Ausführungen. Der Antragsteller hat auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) : vgl. hierzu BSG Urteil vom 25.01.2012 – [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 17 m.w.N.).

---

Jedoch ist nicht abschließend zu klären, ob der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) zu Lasten des Antragstellers eingreift. Danach sind Ausländer von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift sind vorliegend die Voraussetzungen des Leistungsausschlusses erfüllt (vgl. zum Erfordernis der positiven Feststellung eines Aufenthaltsrechts allein zum Zweck der Arbeitssuche für den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#): BSG, Urteil vom 25.01.2012 – [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 20). Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte ergibt sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers in der Bundesrepublik allein zum Zweck der Arbeitsuche nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU. Ein Aufenthaltsrecht nach anderen Vorschriften des FreizügG/EU ist nicht ersichtlich. Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, das die Unionsbürgerrichtlinie RL 2004/38 EG vom 29.04.2004 in nationales Recht umsetzt, haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörige nach Maßgabe des FreizügG/EU ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt. In dem Zeitraum ab dem 06.07.2012 ist der Antragsteller weder als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU) noch hat er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU). Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift zu Gunsten des Antragstellers nicht ein, da er nach seiner Einreise in die Bundesrepublik im Dezember 2011 weder als Arbeitnehmer beschäftigt war noch eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat. Ein Aufenthaltsrecht als nichterwerbstätige Unionsbürger nach § 4 FreizügG/EU ist auch nicht gegeben. Der Antragsteller verfügt nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel. Er kann sich auch nicht auf ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU berufen. Denn ein etwaiges durch seinen Aufenthalt in der Bundesrepublik bis 2003 erworbenes Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU (vgl. zu den Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU: BVerwG Beschluss vom 13.07.2010 – [1 C 14/09](#) –; EuGH Urteil vom 21.12.2011 – C – 424/10 und C – 425/10) ist durch seine nach seinen Angaben mehr als achtjährige Abwesenheit nach § 4a Abs. 7 FreizügG/EU erloschen. Inwieweit der Antragsteller sich darüber hinaus in der Bundesrepublik zwecks Betreibens eines Gewerbes aufgehalten und ob er ggf. infolge dieses Aufenthalts ein Daueraufenthaltsrecht i.S.v. § 4a Abs. 7 FreizügG/EU erworben hat, ist offen. Auch kann sich der Antragssteller nicht auf ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU berufen, insofern sich seine Mutter in der Bundesrepublik aufhält. Die Mutter des Antragstellers gewährt diesem keinen Unterhalt. Mithin kommt allein ein Aufenthaltsrecht des Antragstellers nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU zum Zwecke der Arbeitssuche in Betracht. Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU gegeben. Ein solches Aufenthaltsrecht erfordert, dass der EU-Bürger ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und seine Bemühungen nach derzeitiger Aktenlage objektiv nicht aussichtslos sind (vgl. zu den Voraussetzungen eines solchen Aufenthaltsrechts: BayVGH Beschluss vom 16.01.2009 – [19 C 08.3271](#) = juris Rn 6f m.w.N.). Während der Zeit der Betreuung durch den Antragsgegner hat sich der Antragsteller ernsthaft um einen Arbeitsplatz bemüht. Dies wird dokumentiert durch das von ihm betriebene Verfahren auf Anerkennung seines griechischen Hochschulabschlusses und

---

Teilnahme an einer Trainingsmaßnahme des DAA. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Antragsteller nach der Leistungsablehnung durch Antragsgegner weitere Bemühungen zur Arbeitsplatzsuche unterlassen hat. Im Hinblick auf den qualifizierten Berufsabschluss des Antragstellers und aufgrund seines langjährigen Aufenthalts in der Bundesrepublik vor der Aufnahme des Studiums in Griechenland erscheint eine Integration in den Arbeitsmarkt bislang nicht als aussichtslos. Sein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche ist auch bei vergeblicher Arbeitssuche zeitlich nicht beschränkt, solange er weiterhin Arbeit sucht und begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden.

Die Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit den Recht der Europäischen Gemeinschaft ist aber in Rechtsprechung und Kommentierung umstritten (LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 23.05.2012 - [L 9 AS 347/12 B ER](#) -, wonach der Leistungsausschluss bei EU-Bürgern eingreift, wenn diese noch keine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt haben; LSG Baden-Württemberg Urteil vom 16.05.2012 - [L 3 AS 1477/11](#) - Revisionsverfahren anhängig unter [B 4 AS 54/12 R](#); LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 03.04.2012 - [L 5 AS 2157/11 B](#) -, LSG NRW Beschluss vom 20.08.2012 - [L 12 AS 531/12 B ER](#) - wonach der Leistungsausschluss europarechtskonform ist; LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 24.10.2011 - [L 12 AS 3938/11 ER-B](#) - und LSG Bayern Beschluss vom 22.05.2012 - [L 16 AS 220/12 B ER](#) - zweifelnd; LSG Schleswig-Holstein Beschluss vom 14.09.2011 - [L 3 AS 155/11 B ER](#)- ; vgl. auch zur Zusammenfassung des Meinungsstandes Hackethal in jurisPK-SGB II, [§ 7 SGB II](#) Rn 37f und Greiser in juris PK- SGB XII, Vorbemerkungen SGB XII Rn. 13f, 25ff). Der Streit besteht im Wesentlichen vor dem Hintergrund der höchstrichterlich bislang nicht entschiedenen Frage, ob der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers durch den Vorbehalt des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG gedeckt ist, weil es sich bei den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II um Sozialhilfeleistungen handelt, oder ob es sich um Leistungen der sozialen Sicherheit bzw. zur Eingliederung in Arbeit handelt, die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern unter Verstoß gegen das Verbot der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und/oder das allgemeine Differenzierungsverbot vorenthalten werden. Sowohl der Europäische Gerichtshof (EuGH) als auch das Bundessozialgericht (BSG) haben die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen (EuGH Urteil vom 04.06.2009 - [C-22/08](#) und [C-23/08](#) - Vatsouras/Koupatantze; BSG Urteile vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) - und vom 25.01.2012 - [B 14 AS 138/11 R](#) = juris Rn 27). Auch ist die Vereinbarkeit des Vorbehalts des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art.4 der VO(EG) 883/2004, insbesondere in welchem Verhältnis die beiden Vorschriften zueinander stehen, umstritten, da es bei den Leistungen nach dem SGB II um besondere beitragsunabhängige Leistungen i.S.v. Art. 70 der VO(EG) 883/2004 handelt (vgl. hierzu LSG Berlin - Brandenburg Beschluss vom 03.04.2012 - [L 5 AS 2157/11 B ER](#), [L 5 AS 2177/11 B PKH](#) m.w.N., LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 23.05.2012 - [L 9 AS 347/12 B ER](#)).

Ebenso ist umstritten, ob das Europäische Fürsorgeabkommen (EuFürsAbk) die Anwendbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) im Fall des Antragstellers ausschließt. Zwar unterfällt der Antragsteller als griechischer

---

Staatsangehöriger dem Europäischen Fürsorgeabkommen, da Griechenland dieses Abkommen ratifiziert hat (vgl. zum Ratifizierungsstand: <http://conventions.coe.int/treaty/Coummun>; siehe auch BSG, Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 26). Auch handelt es sich bei dem SGB II um eine Fürsorgegesetz i.S.d. Europäischen Fürsorgeabkommens, so dass aufgrund der in diesem Abkommen angeordneten Gleichbehandlung von Staatsangehörigen der Vertragsstaaten mit Inländern die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf Staatsangehörige der Vertragsstaaten keine Anwendung findet, solange seitens der Bundesrepublik kein Vorbehalt nach Art. 16 lit. b) EuFürsAbk erklärt worden ist (vgl. BSG, Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#)). Die Bundesrepublik Deutschland hat am 19.12.2011 einen Vorbehalt zum EuFürsAbk notifiziert, wonach die Regierung der Bundesrepublik Deutschland keine Verpflichtung übernimmt, die im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – in der jeweils geltenden Fassung vorgesehenen Leistungen an Staatsangehörige der übrigen Vertragsstaaten in gleicher Weise und unter den gleichen Bedingungen wie den eigenen Staatsangehörigen zuzuwenden (vgl. Text des Vorbehalts in Englisch als Vertragssprache siehe: <http://conventions.coe.int/treaty/Coummun/ListeDeclarations>; Übersetzung des Vorbehalts in Geschäftsweisung SGB II Nr. 8 der Bundesagentur für Arbeit vom 23.03.2012). Mit der Notifikation des SGB II als neue Rechtsvorschrift i.S.d. EuFürsAbk mit der gleichzeitigen Erklärung eines Vorbehalts nach Art. 16 lit. b) EuFürsAbk bezweckt die Bundesregierung den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) hinsichtlich der Staatsangehörigen von Vertragsstaaten wiederherzustellen (vgl. Ausschussdrucksache 17(11)881 über die Unterrichtung des Ausschusses für Arbeit und Soziales durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales; vgl. auch [BT-Drs. 17/9036](#)). Die Wirksamkeit dieser Vorbehaltserklärung ist umstritten (verneinend: LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 09.05.2012 – L 19 As 794/12 B ER – und SG Berlin Beschluss vom 25.04.2012 – [S 55 AS 9238/12](#) –; bejahend LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 05.03.2012 – [L 29 AS 414/12 B ER](#) – und SG Berlin Beschluss vom 14.05.2012 – [S 124 AS 7164/12 ER](#) –; siehe auch LSG NRW Beschluss vom 22.05.2012 – [L 6 AS 412/12 B ER](#) –; Greiser, a.a.O., Rn 53f; Coseriu in jurisPK-SGB XII, § 23 Rn 36.3; vgl. auch Stellungnahme des Bundesministerium für Arbeit und Soziales in der Ausschussdrucksache 17(11) 881 und Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins aus Juni 2012 zum Vorbehalt der Bundesregierung gegen die Anwendung des Europäischen Fürsorgeabkommens auf die Grundsicherung für Arbeitssuchende). Für die Beurteilung der Wirksamkeit des erklärten Vorbehalts ist entscheidend, wie der Wortlaut des Art. 16 lit. b) EuFürsAbk in der verbindlichen englischsprachigen Fassung "any new law or regulation" auszulegen ist. Denn Art. 16 lit. b) EuFürsAbk regelt, dass die Vertragsstaaten dem Generalsekretär des Europarates gleichzeitig mit der Mitteilung neuer Rechtsvorschriften ("any new law or regulation") ihre Vorbehalte in Bezug auf die Anwendung dieser Rechtsvorschriften auf die Staatsangehörige der anderen Vertragsstaaten notifizieren können. Ob von dem Begriff "any new law or regulation" neben neu in Kraft getretenen Gesetzen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens auch Gesetzesnovellen oder neue Rechtsprechung zu einschlägigen Gesetzen erfasst werden, ist nicht geklärt.



---

Wegen der Komplexität der Rechtslage zum einen hinsichtlich der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht – insbesondere im Hinblick darauf, dass dem EUGH nach [Art. 267 Abs. 1 AEUV](#) die Befugnis vorbehalten ist, das europäische Primärrecht auszulegen und über die Vereinbarkeit des europäischen Sekundärrechts mit dem Primärrecht zu befinden (Greiser, a.a.O. Rn 39) und mit Blick auf die Dauer von Vorlageverfahren nach Art. 267 AUEV (vgl. hierzu Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10 Aufl., § 86b Rn 13,39) – sowie zum anderen hinsichtlich der Wirksamkeit der Vorbehaltserklärung des Bundesrepublik Deutschland zum EuFürsAbk, insbesondere unter Berücksichtigung der völkerrechtlich maßgeblichen Auslegungsgrundsätze für völkerrechtliche Verträge, ist eine abschließende Klärung des Anspruchs auf die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts im einstweiligen Rechtschutzverfahren nicht möglich.

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

Vorliegend überwiegt das Interesse des Antragsgegners, keine finanziellen Aufwendungen an den Antragsteller bei ungeklärter Rechtslage aufbringen zu müssen, das Interesse des Antragstellers am Erlass einer Regelungsanordnung hinsichtlich der Leistungen nach dem SGB II. Denn während des Hauptsacheverfahrens – dem Klageverfahren S 55 AS 1590/12 gegen die Leistungsablehnung – kann das Existenzminimum des Antragstellers bei fortbestehender Hilfebedürftigkeit durch die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII seitens der Beigeladenen gedeckt werden. Falls der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), dessen Voraussetzungen nach dem Wortlaut vorliegen, zu Lasten des Antragstellers eingreift, ist dieser weder nach [§ 21 SGB XII](#) noch nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) vom Bezug von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausgeschlossen (vgl. LSG NRW Beschluss vom 29.06.2012 – L 19 As 973/12 B ER; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 28.06.2012 – [L 14 AS 933/12 B ER](#)). Nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) erhalten Personen, die nach dem Zweiten Buch als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen zum Lebensunterhalt. [§ 21 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#), der zur Systemabgrenzung zwischen dem SGB II und dem SGB XII dient (vgl. hierzu BSG Urteil vom 16.05.2012 – [B 4 AS 105/11](#) = juris Rn 20f; Eicher in jurisPK-SGB XII, [§ 21 SGB XII](#) Rn 9f; siehe auch Hohm in Schellhorn/Jirasek/Seipp, SGB XII-Sozialhilfe, 18 Aufl., § 21 Rn 9f; Voelzke in Hauck/Noftz, SGB XII, § 21 Rn 25f), greift nicht zu Ungunsten des Antragstellers ein. Diese Norm findet keine Anwendung, wenn bei einem Leistungsberechtigten die

---

Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) für den Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts dem Grund nach gegeben sind, jedoch ein Leistungsausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), der den Ausschluss bestimmter Ausländer und Leistungsberechtigter nach § 1 Asylbewerberleistungsgesetz aus dem System des SGB II vorsieht, eingreift (vgl. Eicher, a.a.O., [§ 21 SGB XII](#) Rn 19ff (27); Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 36.3).

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

Soweit in der Literatur die Auffassung vertreten wird, dass der Ausschlussgrund des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) - Einreise zum Zwecke der Erlangung der Sozialhilfe - trotz der Inländergleichbehandlungsgewährleistung des EuFüRsAbk Anwendung findet (Coseriu, a.a.O., Rn 34f; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 45; Greiser, a.a.O., Rn 59) ist nach Auffassung des Bundessozialgerichts kein rechtlicher Ansatzpunkt dafür erkennbar, dass das EuFüRsAbk nur auf diejenigen Ausländer



---

anzuwenden ist, die sich zur Zeit des Eintritts der Hilfebedürftigkeit bereits in dem um Hilfe angegangen Staat erlaubt aufhielten und nicht auf diejenigen, die als bereits bedürftige Personen in eine Staat einreisten (BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) = juris Rn 39). Daher kann dahinstehen, ob vorliegend überhaupt die Voraussetzungen dieses Ausschlussgrundes gegeben sind. Durch die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII bis zur abschließenden Klärung der Rechtslage entstehen dem Antragsteller keine längere Zeit dauernde erhebliche Beeinträchtigungen, die nachträglich nicht mehr ausgeglichen werden können.

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

Ein Anordnungsanspruch und -grund auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§§ 27, 27a](#)

---

[SGB XII](#) in Höhe von 374,00 mtl. hat der Antragsteller für die Zeit ab dem 06.07.2012, glaubhaft gemacht. Glaubhaftmachung bedeutet das Dartun der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, d. h. der guten Möglichkeit, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII besteht, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung: BSG Beschluss vom 07.04.2011 - [B 9 VG 15/10 B](#) -). Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII an den Antragsteller sind vorliegend nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte gegeben. Der Antragsteller ist von dem Bezug von Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII nach [§§ 21, 23 SGB XII](#) bei Annahme des Eingreifens des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht ausgeschlossen. Auf die obigen Ausführungen wird insofern Bezug genommen. Der Antragsteller ist ab dem 06.07.2012 hilfebedürftig, da er seinen Lebensunterhalt nicht durch ein zu berücksichtigendes Einkommen i.S.v. § 82ff SGB XII oder durch ein anrechenbares Vermögen i.S.v. [§ 90ff SGB XII](#) bestreiten kann ([§ 27 SGB XII](#)). Insoweit nimmt der Senat auf die erstinstanzlichen Ausführungen Bezug. Die Beigeladene hat auch als zuständige örtliche Sozialhilfeträgerin Kenntnis von der Hilfebedürftigkeit nach [§ 18 SGB XII](#) gehabt. Insoweit muss sie die sich aus der Antragstellung und Ablehnung der Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ergebende Kenntnis des Antragsgegners hinsichtlich der Hilfebedürftigkeit der Antragsteller zurechnen lassen. Der Antragsgegner ist gehalten gewesen, spätestens zum Zeitpunkt der Antragsablehnung wegen Eingreifens des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bei einem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates des EuFürsAbk den Antrag des Antragstellers auf Gewährung von Hilfen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach [§ 16 SGB I](#) an die Beigeladene weiterzuleiten. Nach [§ 27a SGB XII](#) ergibt der gesamte notwendige Lebensunterhalt nach Absatz 1, mit Ausnahme der Bedarfe nach dem Zweiten bis Vierten Abschnitt, den monatlichen Regelbedarf. Der monatliche Regelbedarf nach der Regelbedarfsstufe 1, d. h. für einen Alleinstehenden, beläuft sich ab dem 01.01.2012 auf 374,00 EUR mtl. (Anlage 1 zu [§ 28 SGB XII](#); Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung vom 17.10.2011, [BGBl. I, 2090](#)).

Der Senat hat die vorläufige Leistungsverpflichtung der Beigeladenen auf den 30.09.2012, das Ende des Monats nach seiner Entscheidung, beschränkt. Bei gleichbleibenden Verhältnissen geht der Senat davon aus, dass die Beigeladene zur Vermeidung weiterer einstweiliger Rechtschutzverfahren bei unveränderten Verhältnissen die Leistung darüber hinaus vorläufig gewähren wird.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

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

---

Erstellt am: 09.10.2012

Zuletzt verändert am: 09.10.2012