

---

## S 32 AS 693/13 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 32 AS 693/13 ER
Datum	02.04.2013

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 19 AS 766/13 B ER
Datum	22.08.2013

#### 3. Instanz

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

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 02.04.2013 geändert. Der Antragsgegner wird einstweilig verpflichtet, den Antragstellern zu 1) und 2) Regelbedarfe i.H.v. 345,00 EUR monatlich, der Antragstellerin zu 3) i.H.v. 105,00 EUR monatlich, der Antragstellerin zu 4) i.H.v. 71,00 EUR monatlich, dem Antragsteller zu 5) i.H.v. 65,00 EUR monatlich und der Antragstellerin zu 6) i.H.v. 9,00 EUR monatlich für die Zeit ab dem 09.07.2013 bis zum Abschluss des Klageverfahrens S 32 AS 2010/13, SG Dortmund, längstens bis zum 31.12.2013, vorläufig zu gewähren. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Der Antragsgegner trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Antragsteller im Beschwerdeverfahren.

Gründe:

I.

Die Antragsteller wenden sich gegen die Ablehnung ihres Antrags auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II.

---

Die am 00.00.1978 geborene Antragstellerin zu 1) und der am 00.00.1968 geborene Antragsteller zu 2) leben in Bedarfsgemeinschaft mit ihren Kindern, den zwischen November 2000 und Oktober 2007 geborenen Antragstellern zu 3) bis 6). Die Antragsteller sind bulgarische Staatsbürger und hielten sich bis zu ihrem Zuzug nach Deutschland im Februar 2012 (Antragstellerin zu 1) bzw. Mai 2012 (Antragsteller zu 2) bis 6) in Spanien auf. Die Antragstellerin zu 1) hat nach Schulabschluss im 16. Lebensjahr in Bulgarien als Gemeindearbeiterin, in Spanien als Küchenhilfe gearbeitet. Nach Einreise in der Bundesrepublik hat sie sich nach eigenem Bekunden um Arbeit bemüht und ist seit längerer Zeit bei einem Personaldienstleister für die Fleischwarenindustrie gelistet, der aber bislang keine Beschäftigung angeboten hat.

Der Antragsteller zu 2) ist in Bulgarien bis zur 11. Klasse zur Schule gegangen, hat dann im Baugewerbe, in der Landwirtschaft sowie in einer Dorfschule als Wächter und Hausmeister gearbeitet. Im Jahre 2003 ging er nach Spanien, arbeitete überwiegend im Baugewerbe und bezog Lohnersatzleistungen. In der Bundesrepublik hat er sich – bislang ergebnislos – bei einer Brauerei (Mitte 2012) und bei einem Personaldienstleister für das Fleischverarbeitungsgewerbe beworben, der jedoch seit nunmehr einem Jahr keine Beschäftigung angeboten hat. Die Antragsteller zu 1) und 2) sprechen und verstehen kein Deutsch. Sie beziehen für die Antragsteller zu 3) bis 6) Kindergeld i.H.v. monatlich insgesamt 773,00 EUR (je 184,00 EUR für die Antragsteller zu 3) und 4), 190,00 EUR für den Antragsteller zu 5) und 215,00 EUR für die Antragstellerin zu 6)). Am 14.01.2013 beantragten die Antragsteller die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II, weil die Ersparnisse, von denen sie bislang gelebt hätten, aufgebraucht seien.

Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 29.01.2013 und Widerspruchsbescheid vom 27.03.2013 ab. Die Antragsteller hielten sich alleine zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik auf und seien gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) daher von Leistungsansprüchen nach dem SGB II ausgeschlossen. Gegen diese Entscheidung haben die Antragsteller am 27.04.2013 Klage erhoben (S 32 AS 2010/13, SG Dortmund). Mit Antrag vom 19.02.2013 (Antragstellerin zu 1)) bzw. 22.03.2013 (Antragsteller zu 2) bis 6)) begehren sie die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen nach dem SGB II begehrt.

Mit Beschluss vom 02.04.2013 hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt, weil die Antragsteller infolge einer Nachzahlung der Familienkasse von 5.411,00 EUR am 13.03.2013 noch über vorrangig zu verbrauchende Mittel verfügten.

Gegen den am 08.04.2013 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 29.04.2013, zu deren Begründung die Antragsteller vortragen, vorhandene Mittel seien nunmehr aufgebraucht. Der Leistungsausschluss gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sei europarechtlich einschränkend auszulegen. Per Fax vom 09.07.2013 haben die Antragsteller eine eidesstattliche Erklärung der Antragsteller zu 1) und 2) zum Verbrauch ihrer Mittel sowie Kontenauszüge vorgelegt. In einem Erörterungstermin am 01.07.2013 sind die Antragsteller angehört worden. Zum Ergebnis dieser Anhörung wird auf die Sitzungsniederschrift, zu weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitverhältnisses auf den Akteninhalt im

---

Übrigen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet, soweit die Antragsteller Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung nach [§ 22 SGB II](#) begehren (A), begründet dagegen hinsichtlich der Regelbedarfe nach [§ 20 SGB II](#) abzüglich des für die Antragsteller zu 3) bis 6) zufließenden Kindergeldes für die Zeit ab dem 09.07.2013. Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet (B). Für den weiteren Verlauf des Verfahrens ist der Antragsgegner auf einen möglichen Erstattungsanspruch gegen den Sozialhilfeträger hinzuweisen (C).

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

Ein Anordnungsgrund liegt nur vor, wenn schwere und unzumutbare Nachteile drohen, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr revidiert werden können. Ein Anordnungsgrund für die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Leistungen für Unterkunft und Heizung nach [§ 22 SGB II](#) ist nicht glaubhaft gemacht, weil die Unterkunft der Antragstellerinnen aktuell nicht gefährdet ist. Eine solche Gefährdung ist in der Regel frühestens ab Zustellung einer Räumungsklage anzunehmen. Nach Erhebung und Zustellung der Räumungsklage bleiben gem. [§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB](#) noch zwei Monate Zeit, den Verlust der Wohnung abzuwenden, denn die auf Mietrückstände gestützte Kündigung wird unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach [§ 546a Abs. 1 BGB](#) befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet (hierzu Beschlüsse des Senats vom 19.07.2013 – [L 19 AS 942/13 B ER](#) – und 29.02.2012 – [L 19 AS 2254/11 B ER](#) – m.w.N; siehe auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.07.2007 – 1 BvR 535/07, wonach die Verneinung des Anordnungsgrundes im Hinblick auf den gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismus zur Abwendung eines drohenden Wohnungsverlustes wegen Mietrückständen verfassungsrechtlich unbedenklich ist; abweichend LSG Bayern Beschluss vom 19.03.2013 – [L 16 AS 61/13 B ER](#)). Im einstweiligen Rechtschutzverfahren sollen nur diejenigen Mittel zur Verfügung gestellt werden, die zur Behebung einer aktuellen, d.h. noch gegenwärtigen Notlage erforderlich sind. Nur ausnahmsweise, wenn die Nichtgewährung der begehrten Leistung in der Vergangenheit noch in die Gegenwart fortwirkt und infolgedessen eine aktuelle Notlage besteht, kann von diesem Grundsatz eine Ausnahme gemacht werden. Gesichtspunkte, die ein Abweichen von diesem Grundsatz gebieten, sind vorliegend nicht ersichtlich. Es

---

besteht kein Hinweis auf einen akut den Antragstellern drohenden Unterkunftsverlust.

B. Anordnungsanspruch (hierzu 1) und -grund (hierzu 2) hinsichtlich der Gewährung des Regelbedarfs nach [§ 20 SGB II](#) sind für die Antragsteller zu 1) und 2) in Höhe von 345,00 EUR mtl., für die Antragstellerinnen zu 3) und 4) hinsichtlich eines Anspruches auf Sozialgeld nach [§ 23 SGB II](#) von 105,00 EUR mtl. bzw. 71,00 EUR mtl., für den Antragsteller zu 5) EUR von 65,00 EUR mtl. und für die Antragstellerin zu 6) von 9,00 EUR glaubhaft gemacht ab dem 09.07.2013 nach Aufbrauch der Kindergeldnachzahlung.

1) Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen zu Sicherung des Lebensunterhalts nach [§ 19 ff SGB II](#) an die Antragsteller nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) sind nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte dem Grunde nach gegeben.

a) Die Antragsteller zu 1) und 2) haben das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II](#)). Als bulgarische Staatsangehörige sind sie auch unabhängig von einer bereits erteilten Arbeitsgenehmigung erwerbsfähig i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II](#) i.V.m. [§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 SGB II](#) (vgl. BSG Urteil vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 13 ff). Die Antragsteller haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Der Senat hat seine bisherige Rechtsprechung, nach der bei EU-Bürgern ohne Aufenthaltsgrund i.S.d. FreizügG/EU ein gewöhnlicher Aufenthalt i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) nicht vorliegen kann (so noch Beschluss des Senats vom 18.04.2013 – L 19 AS 362/13 B ER), im Hinblick auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 18 ff, wonach bei einem EU-Bürger bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde nach § 6 FreizügG/EU über den Verlust des Rechts zur Einreise und auf Aufenthalt ein zukunftsöffener Aufenthalt i.S.v. [§ 30 SGB I](#) unabhängig vom Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes i.S.d. FreizügG/EU gegeben ist, bereits ausdrücklich aufgegeben (Beschluss vom 19.07.2013 – [L 19 AS 942/13 B ER](#)). Die Antragsteller sind ab dem 09.07.2013 auch i.S.v. [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 SGB II](#) hilfebedürftig. Sie verfügen – abgesehen von Kindergeld in nicht bedarfsdeckender Höhe – über kein eigenes Einkommen. Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass sie ihr Vermögen in Gestalt von Ersparnissen aus ihrer Erwerbstätigkeit in Spanien mittlerweile aufgebraucht haben.

b) [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), wonach Ausländer und Ausländerinnen und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen sind, steht einem Anordnungsanspruch nicht entgegen. Die Voraussetzungen des Leistungsausschlusses sind nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte nicht erfüllt. [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ist als Regelung, die von existenzsichernden Leistungen ausschließt, eng auszulegen. Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik zusteht (BSG Urteil vom 30.01.2013 – [B 4 AS 54/12 R](#), Rn 26 mwN). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

---

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich allerdings weder als Freizügigkeitsrecht (aa), noch aus dem Unionsbürgerstatus der Antragsteller (bb) Die Antragstellerinnen sind Unionsbürger ohne Aufenthaltsgrund, auf die der Leistungsausschluss nicht anzuwenden ist (cc).

aa) Die Antragsteller haben nicht glaubhaft gemacht, dass ihnen als bulgarischen Staatsangehörigen und damit Unionsbürgern ein Aufenthaltsgrund nach dem FreizügG/EU zusteht.

Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, das die Freizügigkeitsrichtlinie vom 29.04.2004 (RL 2004/38/EG) in nationales Recht umsetzt, haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nach Maßgabe des FreizügG/EU ein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt. Seit der Antragstellung bei Gericht am 19.02.2013 (Antragstellerin zu 1)) bzw. 22.03.2013 (Antragsteller zu 2) bis 6)) sind die Antragsteller weder als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU) noch üben sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aus (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU). Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift zu ihren Gunsten ebenfalls nicht ein, da die Antragsteller nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik weder eine Beschäftigung unfreiwillig verloren noch eine nach der Einreise aufgenommene selbständige Tätigkeit infolge von Umständen, auf die sie keinen Einfluss gehabt haben, eingestellt haben. Ein Aufenthaltsrecht als nichterwerbstätige Unionsbürgerinnen nach § 4 FreizügG/EU ist auch nicht gegeben, da die Antragstellerinnen nach eigenen Angaben nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Die Antragsteller können sich auch nicht auf ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU berufen.

Schließlich haben die Antragsteller nicht glaubhaft gemacht, dass aktuell noch ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU besteht. Nach Art. 7 Abs. 1a der Freizügigkeitsrichtlinie, den § 2 Abs. 1 FreizügG/EU in nationales Recht umsetzt, hat ein Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat für einen Zeitraum von über drei Monaten ein Aufenthaltsrecht. Nach [Art. 45 Abs. 3 AEUV](#) gehört zur Freizügigkeit eines Arbeitnehmers, sich in den anderen Mitgliedstaaten frei zu bewegen und dort aufzuhalten, um eine Stelle zu suchen. Dieses Freizügigkeitsrecht umfasst auch die Ersteinreise zum Zwecke der Arbeitsuche, ein konkretes Arbeitsverhältnis muss insoweit noch nicht bestehen (VGH Bayern Urteil vom 16.01.2009 - [19 C 08.3271](#)). Das Recht eines Arbeitnehmers auf Zugang zum Arbeitsmarkt aus [Art. 45 Abs. 3 AEUV](#) begründet aber kein unbeschränktes Aufenthaltsrecht. Dieses besteht nur, wenn ein Arbeitnehmer ernsthaft einen Arbeitsplatz sucht und sein Bemühen nicht objektiv aussichtslos ist (vgl. EuGH Urteile vom 26.02.1991 - [C-292/89](#) (Antonissen) und 23.03.2004 - [C-138/02](#) (Collins)). Dabei ist einem Arbeitnehmer eine Zeit zur Arbeitsuche von sechs bis neun Monaten einzuräumen (vgl. auch OVG Sachsen Beschluss vom 20.08.2012 - [3 B 202/12](#), Rn 10).

Vorliegend sind die Bemühungen der Antragsteller zu 1) und 2) um einen Arbeitsplatz seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik Anfang bzw. Mitte 2012 derzeit zunächst als gescheitert anzusehen. Sie verfügen über keine qualifizierte

---

Berufsausbildung und allenfalls über berufliche Qualifikationen im Bereich angelernter Tätigkeiten. Ihre Arbeitsuche wird dadurch erschwert, dass sie über keine deutschen Sprachkenntnisse – weder aktiv noch passiv – verfügen und als bulgarische Staatsangehörige bis zum 31.12.2013 einer Arbeitserlaubnis-EU/Arbeitsberechtigung-EU nach [§ 284 SGB III](#) bedürfen, die grundsätzlich nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von [§ 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG](#), d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Nichtvorhandensein bevorzogter Arbeitnehmer ([§ 39 Abs. 2 Satz 1 b AufenthG](#)), erteilt werden darf. Aus dem Vorbringen der Antragsteller zu 1) und 2) ist zwar erkennbar, in welchem Bereich sie Arbeit gesucht haben und welche konkreten Bemühungen sie unternommen haben. Der Erfolg dieser Bemühungen ist jedoch ausgeblieben. Zur Überzeugung des Senats ist daher jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Zuerkennung einstweiliger Leistungen im Juli 2013 nach mehr als einem Jahr vergeblicher Arbeitssuche nicht mehr glaubhaft gemacht, dass noch mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit gesucht wird bzw. aus diesem Grunde ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche besteht.

bb) Allein aus ihrem Unionsbürgerstatus können die Antragsteller keinen Aufenthaltsgrund ableiten. Nach [Art. 21 AEUV](#) hat zwar jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift begründet ein subjektiv-öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht und gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedsstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedsstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten. Dieses Recht wird in der Freizügigkeitsrichtlinie konkretisiert, die ein abgestuftes System des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat vorsieht (vgl. EuGH Urteil vom 21.12.2011 – C – 424/10 –, Rn 38 f; BVerwG Urteil vom 13.07.2010 – [1 C 14/09](#) –, Rn 24 ff). Art. 6 der Freizügigkeitsrichtlinie beschränkt für Aufenthalte von bis zu drei Monaten die für das Aufenthaltsrecht geltenden Bedingungen oder Formalitäten auf das Erfordernis des Besitzes eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses. Bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten ist die Ausübung des Aufenthaltsrechts von den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie abhängig, die durch das FreizügG/EU in nationales Recht umgesetzt worden sind.

cc) Mithin lässt das Vorliegen eines Aufenthaltsgrundes sich nicht positiv feststellen. Dies gilt namentlich für einen Aufenthalt zur Arbeitsuche. Es handelt sich bei den Antragstellern daher um EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund (vgl. zum Status eines EU-Bürgers ohne Aufenthaltsgrund: Kingreen, Staatsangehörigkeit als Differenzierungsmerkmal im Sozialleistungsrecht, SGB 2013, 132 (134)). Auf EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund findet der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nach seinem Wortlaut keine Anwendung. Dieser stellt allein auf das Recht zur Arbeitsuche ab (in diesem Sinne auch LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 25.03.2013 – [L 31 AS 362/13 B ER](#) –; Kingreen a.a.O., S. 134; zur Auslegung des identischen Leistungsausschlusses des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#): Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 54d). Auch kann die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr.](#)



---

[2 SGB II](#) nicht erweiternd dahingehend ausgelegt werden, dass EU-Bürger ohne Aufenthaltsgrund im Hinblick auf den Leistungsausschluss "erst recht" mit EU-Bürgern, die sich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhalten, gleichgestellt werden müssen. Gegen eine solche erweiternde Auslegung bzw. analoge Anwendung spricht schon der Ausnahmecharakter des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), weshalb auch das BSG – wie ausgeführt – die positive Feststellung eines Rechts allein zur Arbeitsuche fordert.

Ob der Bezug von Leistungen nach dem SGB II aufenthaltsrechtliche Maßnahmen begründet (Bundesverwaltungsgericht Urteil vom 31.05.2012 – [10 C 8/12](#), Rn 25) obliegt allein der Prüfung durch die Ausländerbehörde.

Vor dem Hintergrund von § 6 Abs. 3 FreizügG/EU lässt sich der Verneinung des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bei dauerhaft erfolgloser Arbeitsuche auch nicht entgegenhalten, dass hierdurch Personen begünstigt würden, die missbräuchlich erklären, an einer Arbeitsuche nicht interessiert zu sein. Einen derartigen Umstand müsste die Ausländerbehörde bei einer Entscheidung nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU zulasten des Unionsbürgers berücksichtigen.

c) Da der Senat die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) als nicht erfüllt ansieht, kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob die Vorschrift zumindest im Fall von rumänischen oder bulgarischen Staatsangehörigen mit dem Gemeinschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaft vereinbar ist (vgl. hierzu LSG NRW Beschluss vom 29.06.2012 – [L 19 AS 973/12 B ER](#) – mit Zusammenfassung des Meinungsstandes).

d) Die Ansprüche der Antragsteller zu 1) und 2) auf Regelbedarf nach [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) (Partner in einer Bedarfsgemeinschaft) belaufen sich auf je 345,00 EUR monatlich. Der Anspruch der Antragsteller zu 3) und 4) auf Sozialgeld (289,00 EUR bzw. 255,00 EUR) monatlich ist zu mindern um das monatlich i.H.v. 184,00 EUR bezogene Kindergeld auf 105,00 EUR bzw. 71,00 EUR, der Anspruch des Antragstellers zu 5) auf Sozialgeld i.H.v. 255,00 EUR monatlich um das bezogene Kindergeld i.H.v. 190,00 EUR auf 65,00 EUR und der Anspruch der Antragstellerin zu 6) auf Sozialgeld i.H.v. 224,00 EUR um das monatlich bezogene Kindergeld von 215,00 EUR auf 9,00 EUR.

2. Der Anordnungsgrund besteht für die Zeit ab Glaubhaftmachung des Aufbrauchs der bislang einem Anspruch entgegenstehenden Mittel durch Vorlage von Kontenauszügen sowie der eidesstattlichen Erklärung vom 05.07.2013 am 09.07.2013. Die Dauer des zuerkannten Anspruchs orientiert sich an der gesetzlichen Regeldauer der Leistungsgewährung nach [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) und ist zu begrenzen auf die Zeit bis zur Anspruchsklärung im Hauptsacheverfahren.

C. Da der Senat einen Anordnungsanspruch und -grund auf Leistungen nach dem SGB II als glaubhaft gemacht ansieht, kann hier dahinstehen, ob den Antragstellern bei Eingreifen des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII als Rechtsanspruch oder als Ermessensleistungen zusteht. Der Senat sieht sich allerdings veranlasst

---

den Antragsgegner auf einen möglichen Erstattungsanspruch gegen den Sozialhilfeträger hinzuweisen.

Es ist umstritten, ob [§ 21 S. 1 SGB XII](#) Anwendung findet, wenn bei einem Leistungsberechtigten die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) für den Bezug von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts dem Grunde nach gegeben sind, jedoch ein Leistungsausschluss gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) eingreift (vgl. hier auch Beschluss des Senats vom 19.07.2013 – [L 19 AS 942/13 B ER](#); verneinend noch Beschluss des Senats vom 29.06.2012 – [L 19 AS 973/12 B ER](#); LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 20.07.2012 – [L 9 AS 563/12 B ER](#) – m.w.N., LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 28.06.2012 – [L 14 AS 933/12 B ER](#); Eicher in jurisPK-SGB XII, [§ 21 SGB XII](#) Rn 19 ff (27); Coseriu in jurisPK-SGB XII, § 23 Rn 36.3; bejahend: LSG Berlin-Brandenburg Beschlüsse vom 21.06.2012 – [L 20 AS 1322/12 B ER](#) – und 27.03.2013 – [L 5 AS 273/13 B ER](#); siehe auch zum Meinungsstand: LSG NRW Beschlüsse vom 15.05.2013 – [L 9 AS 466/13 B ER](#) – und 28.05.2013 – [L 9 SO 37/13 B ER](#)).

Wenn der Anwendungsbereich der Sozialhilfe nicht gem. [§ 21 S. 1 SGB XII](#) verschlossen ist, dürfte ein Sozialhilfeanspruch nicht an [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) scheitern, wonach Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. Selbst wenn die Leistungsausschlüsse für Ausländer nach [§ 23 SGB XII](#) bei Unionsbürgern eingreifen (vgl. zum Meinungsstand hinsichtlich der Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#) auf freizügigkeitsberechtigte EU-Bürger: LSG NRW Beschluss vom 22.01.2013 – [L 20 SO 361/12 B](#) – m.w.N.; siehe zur Auslegung des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 SGB XII](#): Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 Rn 54d; Birk in LPK-SGB XII, 9. Aufl., § 23 Rn 24; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.07.2008 – [L 7 AS 3031/08 ER-B](#)), ist [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) jedenfalls verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass diese Vorschrift zwar einen Rechtsanspruch auf die in [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) vorgesehenen Leistungen ausschließt, jedoch eine Hilfestellung im Ermessenswege entsprechend [§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII](#) zulässt, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 75 ff; Brühl in LPK-SGB II, 4 Aufl., § 8 Rn 30; Birk, a.a.O., § 23 Rn 21; vgl. auch OVG Berlin Beschluss vom 22.04.2003 – [6 S 9.03](#); BVerwG Urteil vom 10.12.1987 – [5 C 32/85](#) – zur Vorgängervorschrift des § 120 BSHG; vgl. auch LSG NRW Beschlüsse vom 18.11.2011 – [L 7 AS 614/11 B ER](#) und 28.11.2012 – [L 7 AS 2109/11 B ER](#)). Nach dem auch bei Anwendung von [§ 23 SGB XII](#) zu berücksichtigenden Gesamtverständnis des Sozialhilferechts kann es Lebenssachverhalte geben, in denen die Leistung von (unter Umständen eingeschränkter) Hilfe möglich sein muss. Bei Ermessensleistungen sind bei Art und Umfang der Leistungen Einschnitte möglich, die ihre Grenze bei dem zum Lebensunterhalt Unerlässlichen haben dürften (Coseriu, a.a.O., § 23 Rn 77). Auch insoweit ist der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) in die Erwägungen einzubeziehen. Das Existenzminimum eines Ausländers muss auch bei kurzer Aufenthaltsdauer oder kurzer Aufenthaltsperspektive in Deutschland in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein (vgl. hierzu BVerfG Urteil vom 18.07.2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) -, Rn 90 f, 12).



---

Der Antragsgegner kann daher, sofern er bei der Annahme des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bleibt und insoweit im Hauptsachverfahren bestätigt wird, anstelle einer Rückforderung der Leistungen von den Antragstellern (hierzu LSG Hamburg Urteil vom 01.03.2012 - [1 KR 42/09](#)) ggf. seine finanziellen Interessen wahren, indem er einen Erstattungsanspruch nach [§ 102](#) ff SGB X dem örtlichen Sozialhilfeträger gegenüber geltend macht.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung von [§ 193 SGG](#). Die Quotelung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Antragsteller mit ihrem Antrag auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Regelbedarfen, nicht jedoch im Übrigen Erfolg gehabt haben.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 28.08.2013

Zuletzt verändert am: 28.08.2013