1. Der Senat hält an seiner Auffassung fest (vgl. bereits Beschluss vom 15.11.2013 - L 15 AS 365/13 B ER), dass § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II Leistungen nach dem SGB II stets dann ausschließt, wenn kein anderweitiger Aufenthaltswitzweck als derjenige der Arbeitsuche ein Aufenthaltsrecht begründen kann, so dass auch solche Ausländer von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, die kein materielles Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet haben, weil sie wirtschaftlich inaktiv sind, ohne über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel zu verfügen oder ein Daueraufenthaltsrecht zu haben (§ 2 Abs. 2 Nrn. 5 und 7 i. V. m. § 4 S. 1 und § 4a FreizügG/EU).

2. Allein die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsnorm mit Gemeinschaftsrecht (vgl. BSG Beschluss vom 12.12.2013 - B 4 AS 9/13 R) führt nicht ohne weiteres zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes; vielmehr ist in seinem solchen Verfahren allein die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof die Unvereinbarkeit feststellt.

3. Es spricht kaum etwas dafür, dass von der Vorabentscheidung des EuGH Auswirkungen auf die Leistungsansprüche von solchen EU-Bürgern erwartet werden können, die als Arbeitsuchende keine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland aufgebaut haben.

4. Bei einer vorläufigen Leistungsgewährung nach § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II i. V. m. § 328 Abs. 1 Nr. 1 SGB III handelt es sich um eine Leistung sui generis und ein aliud gegenüber der endgültigen Leistung. Mit einem derartigen Leistungsbegehren muss der Grundsicherungsträger zunächst befasst worden sein, bevor gerichtlicher Eilrechtsschutz in Anspruch genommen werden kann.

5. § 328 Abs. 1 SGB III räumt dem Leistungsträger ein Entschließungs- und Auswahlermessen ein. Von einer Reduzierung des Entschließungsermessens des Grundsicherungsträgers auf Null in den Fällen arbeitssuchender Unionsbürger, die keine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland aufgebaut haben, ist bereits deshalb nicht auszugehen, weil sich ein materieller Leistungsanspruch als Ergebnis des vom BSG initiierten Vorabentscheidungsverfahrens als unwahrscheinlich darstellt und ihrem Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums auch durch Nothilfeleistungen des Sozialhilfeträgers in hinreichender Weise Genüge getan werden kann.

(Amtliche Leitsätze)

L 15 AS 16/14 B ER

Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen

Beschluss vom 26.03.2014

T e n o r

Der Beschluss des Sozialgerichts Bremen vom 3. Januar 2014 wird aufgehoben.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Kosten sind nicht zu erstatten.

Den Antragstellern wird für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung bewilligt und Rechtsanwalt J. in K. zu ihrer Vertretung beigeordnet.

G r ü n d e

Die gemäß §§ 172, 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts (SG) Bremen vom 3. Januar 2014 ist begründet.

Zu Unrecht hat das SG den Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) für die Zeit vom 17. Dezember 2013 bis zum 31. Mai 2014 zu gewähren. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86 b Absatz 2 S. 2 SGG haben nicht vorgelegen, da die Antragsteller einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht haben. Ihr Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ist nach § 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen. Ausgenommen von Leistungen nach dem SGB II sind danach Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen. Die Antragsteller, die bulgarische Staatsbürger sind, gehören zu diesem Personenkreis. Die Voraussetzungen für ein anderes Aufenthaltsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) oder gegebenenfalls dem begrenzt subsidiär anwendbaren Aufenthaltsgesetz (vgl. hierzu Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 30. Januar 2013 – B 4 AS 54/12 R) liegen nicht vor. Insbesondere sind die Antragsteller weder abhängig beschäftigt noch selbstständig erwerbstätig. Zwar hat der Antragsteller zu 2) am 26. April 2013 beim Bürger- und Ordnungsamt der Stadt K. ein Gewerbe (Reinigungsarbeiten, Korrosionsschutz) angemeldet. Er hat jedoch nicht glaubhaft gemacht, dass er hieraus jemals Einnahmen erzielt und damit die selbstständige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt hat. Soweit er hierzu im Eilantrag vom 17. Dezember 2013 hat vortragen lassen, in den Monaten Mai bis Oktober 2013 Einnahmen als selbstständiger Gewerbetreibender erzielt und seitdem keine Aufträge mehr erhalten zu haben, und diese Behauptung in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 2. Januar 2014 wiederholt hat, ist er der Aufforderung des Berichterstatters (Verfügung vom 13. Februar 2014), die erzielten Einnahmen glaubhaft zu machen, nicht nachgekommen.

Die Antragsteller sind auch nicht deshalb aufenthaltsberechtigt, weil sie mit ihrem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland den familiären Zusammenhalt mit den in Bremerhaven lebenden Eltern suchen. Es ist bereits unklar geblieben, ob es sich um die Eltern der Antragstellerin zu 1) und diejenigen des Antragstellers zu 2) handelt. Für Verwandte in aufsteigender Linie setzt ein Aufenthaltsrecht nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU jedenfalls voraus, dass ihnen von einem freizügigkeitsberechtigten Verwandten in absteigender Linie oder dessen Ehegatten Unterhalt gewährt wird. Hiervon kann indessen bereits deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Antragsteller mit ihrem Antrag vom 7. Oktober 2013 angegeben haben, weder kostenfrei zu wohnen noch über irgendwelche Einkünfte in Geld oder Geldeswert (mit Ausnahme etwaiger Einnahmen des Antragstellers zu 2. aus selbstständiger Tätigkeit) zu verfügen. Im Übrigen scheidet danach auch ein Aufenthaltsrecht nach § 4 FreizügG/EU für nicht erwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte aus. Ein Aufenthaltsrecht der Antragsteller kann sich mithin allenfalls aus dem Aufenthaltswitz der Arbeitsuche (§ 2 Absatz 2 Nr. 1 FreizügG/EU) ergeben. Hierfür kommt es nicht darauf an, ob sie die Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung tatsächlich beabsichtigen, weil die Beantragung von Leistungen nach dem SGB II sie gesetzlich verpflichtet, alle Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit auszu-schöpfen und aktiv an allen Maßnahmen zur Eingliederung in Arbeit mitzuwirken (§ 2 Absatz 1 S. 1 und 2 SGB II). Bereits aus diesem Grunde sind die Antragsteller zu 1) und 2) als Arbeitsuchende anzusehen (vgl. BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, Az. B 4 AS 54/12 R, Rn. 30).

Im Übrigen erscheint es dem Senat weiterhin sinnwidrig, den von § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II vorgesehenen Leistungsausschluss einfachgesetzlich dahingehend auszulegen, dass er die positive Feststellung eines im streitgegenständlichen Leistungszeitraum fortbestehenden Aufenthaltsrechts zum Zweck der Arbeitsuche voraussetzt, da ein solches Verständnis EU-Bürger, die sich jedenfalls ohne anderweitig begründetes Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik aufhalten, gerade dann erstmalig dem Regime des SGB II unterwirft, wenn sie ihre ursprüngliche Absicht, Arbeit zu suchen, aufgegeben haben oder sich ihre Arbeitsuche als gescheitert darstellt, weil keine Aussicht auf den Erhalt eines Arbeitsplatzes mehr besteht (Die Ausführungen des BSG in seinem Beschluss vom 12. Dezember 2013, Az. B 4 AS 9/13 R, Rn. 19 - 20, 42 und 48 könnten allerdings in diesem Sinne verstanden werden; dagegen spricht jedoch, dass das BSG von den Ausführungen im Urteil vom 19. Oktober 2010, Az. B 14 AS 23/10 R, Rn. 17 und im Urteil vom 30. Januar 2013, Az. B 4 AS 54/12, Rn. 4, 23 - 24, u. 30, die die Auffassung des erkennenden Senats stützen, bisher nicht abgerückt ist). Die Anwendung des SGB II auf solche Ausländer wäre umso unverständlicher, als der Rechtsprechung des BSG die Annahme zugrunde liegt, dass selbst die der Unterhaltssicherung dienenden Leistungen des SGB II zugleich auf das Ziel der Integration in den Arbeitsmarkt bezogen sind (BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2012, aaO, Rn. 33). Der Senat hält daher an seiner Auffassung fest, dass § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II den Leistungsbezug nach dem SGB II stets dann ausschließt, wenn kein anderweitiger Aufenthaltsweg als derjenige der Arbeitsuche ein Aufenthaltsrecht begründen kann, so dass auch solche Ausländer vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen sind, die kein materielles Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet haben, weil sie wirtschaftlich inaktiv sind, ohne über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel zu verfügen oder ein Daueraufenthaltsrecht zu haben (§ 2 Absatz 2 Nrn. 5 und 7 in Verbindung mit § 4 Absatz 1 und § 4a FreizügG/EU). Sie von der Anwendung des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auszunehmen, würde sich aus der Perspektive des nationalen Rechts als Verstoß gegen Art. 3 Absatz 1 GG darstellen, weil Gründe für eine leistungsrechtliche Bevorzugung solcher Ausländer nicht erkennbar sind. Sie ergeben sich auch nicht aus dem Europarecht. Zwar stellt das Fehlen eines primär- oder sekundärrechtlich verbürgten Aufenthaltsrechts keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund für eine Diskriminierung dar, solange sich ein EU-Bürger nur formal erlaubt in einem Mitgliedsstaat aufhält. Es bewirkt indessen umgekehrt auch keine Rechtsposition, die über diejenige eines aufenthaltsberechtigten EU-Bürgers hinausgeht (vgl. dazu Giegerich in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 58 - 59; vgl. auch EuGH, Urteil vom 19. September 2013, Rs C-140/12 - Brey -, Rn. 44).

Der Senat hat mit seinen Beschlüssen vom 15. November 2013 (u.a. zum Az. L 15 AS 365/13 B ER, veröffentlicht u. a. in juris und abrufbar auf der Homepage des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen) für seine Rechtsprechung geklärt, dass der Ausschluss arbeitssuchender - und nicht aufenthaltsberechtigter - EU-Bürger von unterhaltssichernden Leistungen nach dem SGB II nicht gegen europäisches Recht verstößt und damit vom Senat anzuwenden ist. Soweit das BSG unterdessen mit Beschluss vom 12. Dezember 2013 in dem bei ihm anhängigen und nunmehr ausgesetzten Revisionsverfahren zum Aktenzeichen B 4 AS 9/13 R beschlossen hat, eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum Umfang des Gleichbehandlungsgebotes des Art 4 VO (EG) 883/2004, seinem Verhältnis zu dem in Art. 24 Absatz 2 der Richtlinie

2004/38/EG zugelassenen Ausschluss arbeitssuchender EU-Bürger von Leistungen der Sozialhilfe sowie zur Vereinbarkeit eines diesbezüglichen Leistungsausschlusses mit Art. 45 Absatz 2 AEUV und Art. 18 AEUV einzuholen, stellt dieses Vorgehen die Rechtsauffassung des erkennenden Senats sachlich nicht in Frage; denn anders, als es für eine Richtervorlage zum Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG in Bezug auf die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Norm gilt, setzt die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 267 AEUV nicht voraus, dass das vorlegende Gericht eine von ihm anzuwendende nationale Rechtsnorm für mit dem europäischen Recht unvereinbar hält. Die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH ist vielmehr ein Akt der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und der europäischen Judikative; sie dient im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung der Beteiligung des EuGH an der Rechtsentwicklung in den einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Rs C-99/00 im 14. Absatz). Allein die Einholung einer Vorabentscheidung des EuGH zur Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsnorm mit Gemeinschaftsrecht führt deshalb als solche nicht zur Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes; vielmehr ist in einem solchen Verfahren allein die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof die Unvereinbarkeit feststellt (OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 4. November 2003, Az. 8 B 11220/03, Leitsatz 1 und Rn. 9 - 12). Bei der Beurteilung der Frage, ob und ggf. mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit hiermit zu rechnen ist, ist jedes Gericht grundsätzlich frei und nicht an die Rechtsauffassung anderer Gerichte - auch die im Rechtszug übergeordneten - gebunden (BVerfG, Beschluss vom 3. November 1992, Az. 1 BvR 1243/88, Rn. 15; in dieser Entscheidung wird die Rechtspflege ausdrücklich als konstitutionell uneinheitlich verstanden). Auch deshalb begegnet es aus Sicht des Senats grundsätzlichen Bedenken, im Anordnungsverfahren die Rechtslage bezüglich der Vereinbarkeit von § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit Europarecht allein deshalb als „offen“ zu behandeln, weil die Rechtsprechung namentlich der Landessozialgerichte in dieser Frage divergiert (in diese Richtungweisend allerdings BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2013, aaO, Rn. 30 ff).

Das in Art. 20 Absatz 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip und die aus ihm abzuleitende - über den in Art. 19 Absatz 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz des Bürgers gegen hoheitliche Eingriffsakte hinausgehende - Verpflichtung der Gerichte, im Rahmen des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs auf allen Gebieten des Rechts und gegenüber jedermann effektiven Rechtsschutz durch den gesetzlichen Richter zu gewährleisten, erfordert vielmehr eine eigenständige und grundsätzlich abschließende inhaltliche Auseinandersetzung mit den entscheidungserheblichen Rechtsfragen, vorliegend also insbesondere mit den für und gegen die Europarechtskonformität des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sprechenden Gesichtspunkten (vgl. BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 22. August 2013, Az. 1 BvR 1067/12, Rn. 30 - 31; vgl. zum Erfordernis selbständiger gerichtlicher Beurteilung auch den stattgebenden Kammerbeschluss vom 26. August 2013, Az. 2 BvR 371/12, Rn. 41- 42 und 53). Diese hat der Senat hinsichtlich der zum Entscheidungszeitpunkt bestehenden Rechtslage in seinem veröffentlichten Beschluss vom 15. November 2013 im Verfahren L 15 AS 365/13 B ER unternommen, auf dessen Gründe er verweist. Der seither vom BSG gefasste Beschluss über die Einholung einer Vorabentscheidung hat demgegenüber neue Sachargumente für die Unvereinbarkeit des Leistungsausschlusses arbeitssuchender EU-Bürger mit dem europäischen Recht nicht zutage treten lassen.

Soweit vielmehr in der Rechtsprechung der Sozialgerichte (vgl. etwa BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, Az. B 4 AS 54/12 R, Rn. 25) auf der Grundlage des Urteils des EuGH vom 4. September 2009 (Rs C-22/08 - Vatsouras / Koupatantze) bezweifelt worden ist, dass es sich bei den Leistungen nach dem SGB II überhaupt um Sozialhilfe im Sinne von Art. 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) handelt, ist diese europarechtliche Fragestellung - wohl auch nach der im Beschluss vom 12. Dezember 2013 zum Ausdruck kommenden Ansicht des BSG - durch das Urteil des EuGH vom 19. September 2013 (Rs C-140/12 - Brey -, Rn. 58 ff) positiv geklärt worden (BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2013, Az. B 4 AS 9/13 R, Rn. 41; vgl. auch Thym, Sozialleistungen für und Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern, NZS 2014, 81, 83). Überdies ist davon auszugehen, dass auch die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auf die unterhaltssichernden Leistungen nach dem SGB II als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 dieser Verordnung, von der sich der Senat bislang ohnehin nicht hat überzeugen können (vgl. Beschluss vom 15. November 2013, aaO, Rn. 42 ff), einer Einschränkung von Leistungsansprüchen nach der Entscheidung des EuGH vom 19. September 2013 (Rs C-140/12 - Brey -, Nrn. 38 ff und 57), ebenfalls nicht grundsätzlich entgegenstehen würde (so wohl jetzt auch BSG, Beschluss vom 12. Dezember 2013, Rn. 40; Thym, aaO, S. 84 unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung). Zu erwarten ist hiernach von der Vorabentscheidung des EuGH auf der Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung am Ehesten eine durch Rückbeziehung auf das Primärrecht zu rechtfertigende Harmonisierung zwischen dem Diskriminierungsverbot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 und der Zulassung von Leistungseinschränkungen durch Art. 24 Absatz 2 der Richtlinie 2004/38/EG (vgl. Thym, aaO, S. 84; so im Ansatz auch EuGH, Rs C-140/12 - Brey -, Nr. 57), zumal diese Richtlinie einen Ausschluss arbeitssuchender EU-Bürger von Sozialhilfeleistungen im Zusammenhang der Erwägungsgründe 20 und 21 bereits ausdrücklich als Einschränkung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit versteht und als solche zulässt.

Der EuGH hat dabei in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Primärrecht (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs C-22/08, Vatsouras / Koupatantze, bei juris Nrn. 36 - 38 mit weiteren Nachweisen) bereits entschieden, dass sich europarechtliche Bedenken gegen den Leistungsausschluss für arbeitssuchende Unionsbürger gem. § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II lediglich im Hinblick auf die in Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) vorgesehene Arbeitnehmerfreizügigkeit ergeben können, soweit diese nach Art. 39 Absatz 2 EG (nunmehr Art. 45 Absatz 2 AEUV) zur Gleichbehandlung bei der Gewährung von Leistungen zur Arbeitsmarktintegration führt, es den Mitgliedsstaaten jedoch unbenommen bleibt, die Gewährung auch solcher Beihilfen davon abhängig zu machen, dass eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des jeweiligen Mitgliedsstaates bzw. ein gewisser Grad an Integration besteht (so auch Thym, aaO, S. 88).

Es spricht vor diesem Hintergrund kaum etwas dafür, dass von der Vorabentscheidung des EuGH Auswirkungen auf die Leistungsansprüche von solchen EU-Bürgern erwartet werden können, die als Arbeitssuchende keine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland aufgebaut haben. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschluss des BSG vom 13. Dezember 2013 seinerseits auf einer Fallgestaltung beruht, in der sich die anspruchstellende EU-Bürgerin vor ihrer letzten

Einreise im Juni 2010 und dem daran anschließenden Aufenthalt bereits in den neunzehnhundertneunziger Jahren in der Bundesrepublik aufgehalten hat und während dieses Aufenthalts in den Jahren 1994, 1998 und 1999 die zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden Kinder geboren worden sind. Demgemäß zielt die vom BSG beschlossene Vorlage beim EuGH im Kern auf die Fragestellungen ab, ob § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II insoweit gegen Europarecht verstößt, als er EU-Bürger auch unter solchen besonderen Umständen (BSG, aaO, Rn. 43 - 44 zu Vorlagefrage 2) von Leistungen nach dem SGB II ausschließt, sofern sich nur ihr Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitsuche herleitet, und ob die zeitlichen Wirkungen eines solchen Leistungsausschlusses bei mehrjährigem Aufenthalt zur Arbeitsuche einer zeitlichen Begrenzung bedürfen (BSG, aaO, Rn. 48 zu Vorlagefrage 3). Selbst wenn - entgegen der vom Senat vertretenen Rechtsauffassung - der Leistungsausschluss nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II insoweit gegen EU-Recht verstoßen würde, als er arbeitsuchende EU-Bürger mit feststellbarer Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt (oder mit einem gewissen anderweitigen Grad der Integration) von unterhaltssichernden Leistungen ausschließt, bliebe dieser Umstand auf den Leistungsanspruch arbeitsuchender EU-Bürger ohne eine solche Verbindung ohne Einfluss. Es ist in der Rechtsprechung des EuGH im Grundsatz geklärt, dass die etwaige Kollision mitgliedstaatlichen Rechts mit dem EU-Recht nicht zur Unwirksamkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, sondern lediglich zu ihrer auf den Gegenstand der Kollision begrenzten Unanwendbarkeit führt. Dies bedeutet, dass unionsrechtswidriges innerstaatliches Recht aus der Perspektive des Unionsrechts gültig bleibt und nur insoweit unanwendbar ist, als das Unionsrecht selbst Geltung verlangt (so Ehlers in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 11 Rdnr. 39 u.H.a. EuGH, Rs C-184/89 - Nimz - Slg 1991, I-297, Rdnr. 19 ff; vgl. auch Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 10 Rn. 32, S. 158). Aus der vom BSG in seinem Beschluss vom 12. Dezember 2013 zitierten Entscheidung des EuGH vom 22. Juni 2011 (Rs C-399/98 - Landtovà -) ergibt sich nichts Gegenteiliges. In Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung in der Entscheidung vom 7. Februar 1991 (Rs C-184/89 - Nimz -) hat der EuGH die Folgen der Nichtanwendbarkeit des nationalen Rechts in Fällen einer dem EU-Recht widersprechenden Diskriminierung erneut dahingehend konkretisiert, dass die Angehörigen einer rechtswidrig benachteiligten Gruppe dieselbe Behandlung zu erfahren haben wie die Angehörigen der im Vergleich privilegierten Gruppe, solange die Gleichbehandlung beider Gruppen nicht auf andere Weise hergestellt wird (Urteil vom 7. Februar 1991, aaO, Nr. 17 - 18; Urteil vom 22. Juni 2011, Nr. 51). Dafür, dass die Gleichbehandlung mit einer im Vergleich privilegierten Gruppe auch auf die Angehörigen einer Gruppe auszudehnen ist, die nach dem nationalen Recht ohne Verstoß gegen EU-Recht und demzufolge rechtmäßig mit geringeren Rechten ausgestattet ist, ergeben die genannten Entscheidungen nichts. Die Antragsteller können sich danach auf eine hypothetisch unterstellte Unvereinbarkeit von § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit dem EU-Recht, soweit diese auf dem Ausschluss von arbeitsuchenden EU-Bürgern mit feststellbarer Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt - oder in Fällen fehlender wirtschaftlicher Aktivität auf einer gewissen Integration - beruhen würde, nicht berufen, weil nicht glaubhaft gemacht ist, dass sie bei ihrem der Arbeitsuche dienenden Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland bereits eine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt aufgebaut haben.

Der Senat verkennt bei seiner Entscheidung nicht, dass das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Absatz 1 GG i.V.m. Art. 20 Absatz 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG dem Grunde nach unverfügbar ist und durch einen Leistungsanspruch eingelöst werden muss (vgl. dazu bereits Senatsbeschluss vom 15. November 2013). Soweit sich aus diesem Umstand besondere Anforderungen an die Ausgestaltung jedes gerichtlichen Anordnungsverfahrens ergeben, dessen Gegenstand unterhaltssichernde Leistungen nach dem SGB II sind (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005, Az. 1 BvR 569/05, Rn. 24 - 26), bewegt sich allerdings die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in den Anwendungsfällen des § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in einem Spannungsfeld zwischen dem Erfordernis grundrechtsbezogener Folgenabwägung für den Fall einer nicht abschließend feststellbaren Sach- und Rechtslage (BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005, aaO) und der verfassungsrechtlichen Bindung an ein vom Deutschen Bundestag in dem hierfür vorgesehenen Verfahren verabschiedetes Gesetz, denen die Fachgerichte bei der Beurteilung des Anordnungsanspruchs nach Art. 20 Absatz 3 GG unterliegen (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 7. November 2005, Az. 1 BvR 1178/05, Rn. 11). Dabei ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, einstweiligen Rechtsschutz zur Wahrung grundrechtlich geschützter Positionen zu gewähren, wenn das Gericht, wie vorliegend der Senat, bei der Beurteilung des Anordnungsgrundes im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu dem Ergebnis gelangt, dass die anwendbaren Rechtsnormen des einfachen Rechts nicht bzw. nicht in entscheidungserheblicher Weise gegen höherrangiges Recht verstoßen und daher ein Obsiegen im Hauptsachverfahren nicht zu erwarten ist (vgl. dazu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24. Juni 2002, Az. 1 BvR 575/02 Rn. 44 - 46).

Dies gilt im vorliegenden Verfahren auch deshalb, weil die Rechtsauffassung des Senats die Antragsteller in Bezug auf die Sicherstellung ihres grundrechtlich gewährleisteten Existenzminimums nicht rechtlos stellt. Vielmehr eröffnet die Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II, wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 15. November 2013 (aaO, Rdnr. 66 ff) näher dargelegt hat, einen Anspruch auf die zur Wahrung einer menschenwürdigen Existenz erforderlichen Nothilfeleistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII), der allerdings wegen seiner Abhängigkeit von einer auf den Einzelfall bezogenen Ermessensentscheidung beim Sozialhilfeträger gesondert geltend zu machen ist. Hierdurch unterscheidet sich die vorliegend vom Senat zu entscheidende Fallgestaltung von derjenigen, die der Entscheidung des BVerfG vom 12. Mai 2005 zugrunde lag; die dort streitentscheidenden Zweifel der Fachgerichte an der Bedürftigkeit der Antragsteller (vgl. BVerfG, aaO, Rn. 10 - 11 sowie 29 - 30) waren nämlich prinzipiell geeignet, jeden Anspruch auf bedarfsabhängige Sozialleistungen auszuschließen und damit für den Fall einer unzureichenden tatsächlichen Sachaufklärung zu einer Verletzung des Anspruchs auf Sicherung des grundrechtlich gewährleisteten Existenzminimums zu führen. Demgegenüber hat das BVerfG in demselben Verfahren die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, soweit der Sozialhilfeträger Leistungen nach dem SGB XII unter Hinweis auf bestehende Erwerbsfähigkeit abgelehnt hatte und von den Sozialgerichten auch insoweit einstweiliger Rechtsschutz verweigert worden war. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass bei ungeklärter Erwerbsfähigkeit das Existenzminimum durch den alternativen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hinreichend gewährleistet werde (BVerfG, aaO, Rn. 31).

Soweit in Fällen der vorliegenden Art verschiedentlich auf die Möglichkeit der vorläufigen Leistungsgewährung nach § 40 Absatz 2 Nr. 1 SGB II in Verbindung mit § 328 Absatz 1 Nr. 1 SGB III verwiesen wird, handelt es sich bei der vorläufigen Leistung nach diesen Vorschriften um eine Leistung sui generis und ein aliud gegenüber der endgültigen Leistung (soweit ersichtlich, einhellige Auffassung in Rechtsprechung in Literatur, vgl. nur BSG-Urteile vom 6. April 2011 - B 4 AS 119/10 R - Rn. 20 und vom 10. Mai 2011 - B 4 AS 139/10 R - Rn. 15; Greiser in: Eicher, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 40 Rn. 38, jeweils mit weiteren Nachweisen). Die vorläufige Leistung knüpft nicht unmittelbar an die materiell-rechtlichen Leistungsvoraussetzungen an. Es wird nicht schon die beanspruchte Leistung ganz oder teilweise bewilligt, sondern eine Zwischenregelung im Hinblick auf die mutmaßlich zustehende Leistung getroffen (vgl. Hengelhaupt in: Voelzke, SGB III, 2. Aufl. 2012, § 328 Rn. 63 m.w.N.). Hier wäre das Begehren darauf gerichtet, dass der Antragsgegner im Vorgriff auf eine etwaige für die betroffenen arbeitssuchenden Unionsbürger günstige Entscheidung des EuGH Grundsicherungsleistungen vorläufig gewährt, auf die jedenfalls nach nationalem Recht kein Anspruch besteht. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen des einstweiligen Rechtsschutzes, dass der Grundsicherungsträger mit einem solchen Leistungsbegehren zunächst befasst worden sein muss, bevor der Hilfebedürftige gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen kann (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, § 86b Rn. 26b). Dies gilt umso mehr, als die Entscheidung über die vorläufige Bewilligung einer Leistung nach § 328 Absatz 1 SGB III eine Ermessensentscheidung ist, wobei der Verwaltungsträger einen Entscheidungsfreiraum im Sinne von Entschließungs- und Auswahlermessen hat (vgl. BSG, Urteil vom 6. April 2011 - B 4 AS 119/10 R - Rn. 21). Der Verwaltungsträger muss daher zunächst Gelegenheit haben, dieses Ermessen überhaupt auszuüben, bevor im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes eine gerichtliche Kontrolle der getroffenen Ermessensentscheidung erfolgen kann. Nach alledem würde es für die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung einer vorläufigen Leistung nach §§ 40 Absatz 2 Nr. 1 SGB II in Verbindung mit § 328 Absatz 1 Nr. 1 SGB III an einem Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

Dessen ungeachtet vermag der Senat auch nicht der vom Sozialgericht Bremen u.a. im angefochtenen Beschluss vertretenen Rechtsauffassung zu folgen, dass die Anhängigkeit eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Europäischen Gerichtshof, in dem die Vereinbarkeit einer Vorschrift des SGB II, von der die Entscheidung über einen Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand ist, den zuständigen Träger ohne weiteres zur vorläufigen Gewährung unterhaltssichernder Leistungen verpflichtet, weil das von § 328 Absatz 1 S. 1 Nr. 1 SGB III eingeräumte Ermessen mit Rücksicht auf den existenzsichernden Charakter der Leistungen stets „auf Null“ reduziert ist. Gegen diese Auffassung spricht bereits das rechtssystematische Argument, dass § 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III ohnehin den gesetzgeberischen Zweck verfolgt, „die für Arbeitnehmer im Leistungsfall oft existenziell notwendigen Geldleistungen bei hinreichend wahrscheinlicher Leistungsberechtigung bereits vor Abschluss eines länger dauernden Verfahrens auszuzahlen, weil ihr Leistungszweck, die Sicherung des Lebensunterhalts, nur auf solche Weise gewährleistet werden kann“ (so Schmidt-De Caluwe in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl. 2012, § 328 Rdnr. 4). Auch im Rahmen der von § 40 Absatz 2 Nr. 1 SGB II vorgesehenen entsprechenden Anwendung dient die Gewährung vorläufiger Leistungen stets der zeitnahen Unterhaltssicherung (Eicher/Greiser in Eicher,

SGB II, 3. Aufl. 2013, § 40 Rn. 7). Da aber der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Zwecks in den Fällen des § 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 (und Nr. 2) SGB III eine Ermessensentscheidung des zuständigen Leistungsträgers vorgesehen hat, kann ohne das Hinzutreten weiterer Umstände im zu beurteilenden Einzelfall die Sicherung des Existenzminimums nicht auch als hinreichendes Argument für eine weitergehende Reduzierung des vom Gesetzgeber eingeräumten Ermessens „auf Null“ herangezogen werden. Welche weiteren Gesichtspunkte die Ermessensausübung zu beeinflussen haben, zeigt namentlich der Vergleich mit dem in § 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III geregelten Fall eines noch nicht abschließend ausermittelten anspruchsbegründenden Sachverhalts. Für ihn wird in der Literatur eine generelle Reduzierung des Entschließungsermessens „auf Null“ angenommen (Schmidt-De Caluwe, aaO, § 328 Rn. 37 m.w.N.). Diese findet nach Auffassung des Senats ihre Rechtfertigung in dem Umstand, dass in den Fällen des § 328 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Leistungsanspruchs als Ergebnis weiterer Sachaufklärung bereits tatbestandliche Voraussetzung für die Ermessensausübung ist. Die Tatbestände des § 328 Absatz 1 Satz 2 Nrn. 1 und 2 SGB III sind demgegenüber offener gefasst; da nach ihnen die Wahrscheinlichkeit, mit der sich als Ergebnis rechtlicher Klärung in einem beim EuGH, dem BVerfG oder dem BSG anhängigen Verfahren ein Leistungsanspruch des jeweiligen Anspruchstellers als gegeben erweisen wird, keine Voraussetzung für die Ermessensausübung ist, bleibt eine diesbezügliche Prognose der Ermessensausübung selbst überlassen. Sie bildet neben dem Ausmaß, in dem der jeweilige Anspruchsteller zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf eine vorläufige Entscheidung angewiesen ist, ein sachgerechtes Entscheidungskriterium. Von einer Reduzierung des Entschließungsermessens des Antragsgegners „auf Null“ vermag nach alledem der Senat bereits deshalb nicht auszugehen, weil sich ein materieller Leistungsanspruch der Antragsteller auch als mögliches Ergebnis des vom BSG initiierten Vorabentscheidungsverfahrens als unwahrscheinlich darstellt und ihrem Grundrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums auch durch die Nothilfeleistungen des Sozialhilfe-trägers in hinreichender Weise Genüge getan werden kann.

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II folgt für die Antragsteller als bulgarische Staatsangehörige schließlich auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) vom 11. Dezember 1953. Bulgarien gehört schon nicht zu den Unterzeichnern dieses Abkommens.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Den Antragstellern ist für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung zu bewilligen. Sie können nach der von ihnen ausgefüllten Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Kosten der Rechtsverfolgung im Beschwerdeverfahren nicht, auch nicht teil- oder ratenweise tragen (§ 73a SGG i.V.m. § 114 Satz 1, 1. Halbsatz, 1. Alternative ZPO). Auf die Erfolgsaussichten ihrer Rechtsverteidigung im Beschwerdeverfahren kommt es nicht an, weil der Gegner das Rechtsmittel eingelegt hat (§ 119 Absatz 1 Satz 2 ZPO).

Dieser Beschluss ist für die Beteiligten unanfechtbar (§ 177 SGG bzw. hinsichtlich der Bewilligung von Prozesskostenhilfe § 73a SGG in Verbindung mit § 127 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 3 Satz 1 ZPO).