L 19 AS 317/11 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
19
1. Instanz
SG Gelsenkirchen (NRW)
Aktenzeichen
S 31 AS 2678/10 ER
Datum
07.02.2011
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 19 AS 317/11 B ER
Datum
28.06.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 07.02.2011 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt T, H, beigeordnet.

Gründe:

I.

Die 1959 und 1958 geborenen Antragsteller zu 1) und 2) leben zusammen mit ihrer gemeinsamen, 1993 geborenen Tochter, der Antragstellerin zu 3). Sie sind rumänische Staatsbürger.

Nach Eintragungen im Ausländerzentralregister ist der Antragsteller zu 1) erstmals am 11.05.1990 in das Bundesgebiet eingereist, die Antragstellerin zu 2) am 17.07.1991. Nach eigenen Angaben reisten beide nach jeweils abgelehnten Asylanträgen wiederum aus. Erneut im Juli 2005 wurde die Antragstellerin zu 2) melderechtlich erfasst. Seit erneuter Registrierung im September 2009 halten sich die Antragsteller nach eigenen Angaben ununterbrochen im Bundesgebiet auf.

Als einzige Einkunftsquelle seither haben die Antragsteller den Verkauf einer Obdachlosenzeitung ("G") angegeben, deren Umfang jedoch auch auf Nachfrage des Senats nicht präzisiert oder belegt worden ist.

Am 10.06.2010 meldete der Antragsteller zu 1) ein selbstständiges Abbruchgewerbe an, erhielt daraufhin eine mit dem 01.07.2010 datierte Freizügigkeitsbescheinigung gem. § 5 des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU), in der auf das Genehmigungserfordernis bei Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung hingewiesen wird und meldete am 14.07.2010 sein Gewerbe wieder ab. Mit Schreiben vom 09.08.2010 hat das Ausländeramt der Stadt Gelsenkirchen den Antragsteller zu 1) zur beabsichtigten Entziehung der Freizügigkeitsbescheinigung angehört. Zum Hintergrund der Gewerbeanmeldung hat der Antragsteller zu 1) vortragen lassen, er habe nach einem Arbeitsangebot eines Türken namens Ali in einer Gaststätte das Gewerbe angemeldet, diesen jedoch in der Folge nicht mehr angetroffen und deshalb das Gewerbe wieder abgemeldet.

Den am 29.10.2010 gestellten Antrag auf Bewilligung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende - (SGB II) lehnte die Rechtsvorgängerin des Antragsgegners (im Folgenden einheitlich: Antragsgegner) mit Bescheid vom 03.12.2010 und der Begründung ab, ein Leistungsanspruch stehe nach § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht zu, weil sich die Antragsteller alleine zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhielten.

Gegen diesen Bescheid haben die Antragsteller mit Schreiben vom 13.12.2010 Widerspruch eingelegt und mit Antrag an das Sozialgericht vom 14.12.2010 die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Regelleistungen nach dem SGB II einschließlich der Krankenversicherung und der Kosten der Unterkunft sowie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für diesen Rechtsstreit begehrt.

Diesen Antrag hat das Sozialgericht mit Beschluss vom 07.02.2011 abgelehnt. Die Antragsteller seien nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 SGB II vom Anspruch auf Leistungen nach diesem Gesetz ausgeschlossen, weil sie Ausländer mit dem alleinigen Aufenthaltszweck der Arbeitssuche seien. Ein gemeinschaftsrechtliches Freizügigkeitsrecht ergebe sich nicht aus dem Verkauf der Obdachlosenzeitung, weil dies keine Erwerbstätigkeit sei, deren Ausübung eine Verknüpfung zum Arbeitsmarkt herstelle. Entsprechend kämen abgeleitete Freizügigkeitsrechte der Antragstellerinnen zu 2) und 3) nicht in Betracht.

Gegen den am 11.02.2011 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 21.02.2011, mit der sie weiterhin einen Leistungsanspruch aus ihrer Freizügigkeit als Unionsbürger herleiten sowie annehmen, dass angesichts der noch fehlenden Klärung der europarechtlichen Zulässigkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zumindest im Wege der Güterabwägung einstweilig Leistungen nach dem SGB II zuzuerkennen seien.

Zu Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Ein Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruches der Antragsteller als Voraussetzung für den Erlass der begehrten Regelungsanordnung nach § 86 b Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) ist nicht glaubhaft gemacht.

Ein Anspruch ergibt sich im Falle der Antragsteller nicht bereits aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen (vgl. zu einem solchen Fall Urteil des BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R), weil Rumänien nicht zu den Unterzeichnerstaaten dieses Abkommens zählt.

Es kommt deshalb auf die Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale für einen Leistungsanspruch nach dem SGB II an.

Bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes allein möglichen Prüfungsdichte bestehen ernstliche Zweifel am Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 7 SGB II. Dieser erfordert u.a. einen gewöhnlichen Aufenthalt der Antragsteller in der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II (1.) und die Erwerbsfähigkeit i.S.v. § 8 Abs. 2 SGB II (2.). Beides begegnet hier Bedenken. Ferner spricht deutlich mehr für einen Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II als dagegen (3.).

1.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes stark bereichsspezifisch unter Berücksichtigung der jeweiligen Regelungen und Regelungszwecke der einzelnen Bücher des SGB interpretiert und damit um eine dem Gesetz zunächst nicht zu entnehmende rechtliche Komponente erweitert worden (Einfärbungslehre). Danach können Entscheidungen und Begriffsbestimmungen zum gewöhnlichen Aufenthalt, die aus anderen Gesetzen stammen oder sich auf andersgeartete Materien beziehen, nur mit einer gewissen Zurückhaltung auf weitere Sachgebiete übertragen werden. So ist die Frage, wann ein Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, vom BSG ungeachtet der vereinheitlichenden Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes in § 30 Abs. 3 SGB I für den Bereich verschiedener Sozialgesetze unterschiedlich beantwortet worden (z.B. Urteil des BSG vom 27.01.1994 - 5 RJ 16/93 - mit Anführung der Fallgruppen).

Diese Rechtsprechung wird in der Kommentierung u.a. mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt und den ausdrücklichen Vorbehalt abweichender Regelungen nach § 37 SGB I kritisch gesehen (z.B. 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 Grundsicherung hat das BSG mit Urteil vom 16.05.2007 (B 11 b AS 37/06 R 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 Rdn. 11; ausdrücklich offengelassen im Urteil des BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R -, Rdn. 13 nach juris).

Vor diesem Hintergrund liegt es aus Sicht des Senats nahe, 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 von Bedürftigkeit durch Aufnahme einer Tätigkeit mit existenzsicherndem Ertrag, - vgl. § 1 Abs. 1 SGB II - ungefährdet erscheinen lässt.

Diese Voraussetzungen sind bei den Antragstellern nicht gegeben. Ihnen steht weder nach nationalem Recht (a) noch europarechtlich (b) ein Aufenthaltsrecht zu. Als Angehörige des Vertragsstaates Rumänien bedürfen 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 bis zum 15.04.2011 i.d.F. des Gesetzes vom 26.02.2008, BGBl. I 215, für den Folgezeitraum i.d.F. des Gesetzes vom 12.04.2011, BGBl. I 610) sind die Antragsteller aktuell 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 § 2 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 5 FreizügG/EU sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt (in den hier in Betracht kommenden Alternativen)

- Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,

- Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbstständige Erwerbstätige),

- nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4.

Die Antragsteller halten sich nicht zur Berufsausbildung auf, sind weder Arbeitnehmer noch aufenthaltsberechtigte Arbeitssuchende.

Nach dem in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entwickelten Arbeitnehmerbegriff fällt 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 - unter die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Urteil des BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - m.w.N.; zu Einzelaspekten vgl. die Kommentierungen von Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 2 FreizügG/EU Rn. 33 f., Brinkmann in Huber, Aufenthaltsgesetz, § 2 FreizügG/EU Rn. 7 f., Hoffmann in HK-AuslR, § 2 FreizügG/EU Rn. 8 f.). Nach der kasuistischen Begriffsentwicklung des EuGH stehen drei Hauptmerkmale fest, bei deren Vorliegen von einer Arbeitnehmerstellung ausgegangen werden kann (Hoffmann, a.a.O., Rn. 8):

- Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses

- Tätigkeit im Wirtschaftsleben

- Berührung zu einem Mitgliedsstaat.

Die einzige von den Antragstellern insoweit angegebene Tätigkeit bestand in dem Verkauf der Obdachlosenzeitung. Hinweise auf eine Ausübung der Tätigkeit in Weisungsabhängigkeit von einem Arbeitgeber finden sich nicht. Von der Teilnahme am Wirtschaftsleben ist bei vorläufiger Würdigung nicht auszugehen (ebenso Beschluss des Hessischen LSG vom 14.10.2009 - L 7 AS 166/09 B ER).

Mangels konkreter Angaben der Antragsteller zum Umfang und Ertrag ihrer Tätigkeit lässt sich nicht feststellen und ist daher auch nicht glaubhaft gemacht, dass es sich um eine mehr als völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit gehandelt hat.

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich auch nicht aus einer selbstständigen Tätigkeit des Antragstellers zu 1), die Grundlage seiner Gewerbeanmeldung und auch der Erteilung der Freizügigkeitsbescheinigung war. Der Antragsteller zu 1) ist vielmehr zu keinem Zeitpunkt der beschriebenen selbstständigen Tätigkeit nachgegangen oder hat auch nur deren Aufnahme ins Werk gesetzt.

Die Antragsteller sind zu Beginn des hier streitigen Zeitraumes (Antragstellung beim Sozialgericht am 14.12.2010) auch nicht (mehr) als Arbeitssuchende freizügigkeitsberechtigt gewesen. Es besteht zwar kein Anlass, am Vorhandensein des Willens zur Arbeitssuche bei den Antragstellern zu zweifeln, das Aufenthaltsrecht zwecks Arbeitssuche besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Das FreizügG/EU legt dabei 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 EuGH ist ein arbeitssuchender EU-Bürger solange 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 aber auch 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 (Urteil des EuGH vom 26.02.1991 - C 292/89 - Antonissen; Dienelt a.a.O. Rn. 56).

Nach Akteninhalt in Verbindung mit dem eigenen Vortrag der Antragsteller hat sich der Antragsteller zu 1) seit September 2009 vergeblich um einen Arbeitsplatz bemüht. Danach ist es in einem Zeitraum von mehr als einem Jahr - gerechnet bis zur Antragstellung beim Sozialgericht - und mehr als eineinhalb Jahren bis zum Entscheidungszeitpunkt den Antragstellern nicht gelungen, auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Konkrete Bewerbungen und aktuell noch wahrzunehmende Arbeitsangebote haben sie im Verfahrensverlauf nicht vorgetragen. Danach hält der Senat die Annahme für gerechtfertigt, dass das Freizügigkeitsrecht der Antragsteller wegen Arbeitssuche i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 FreizügG/EU nun nicht mehr besteht.

Als nicht erwerbstätige Unionsbürger i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU geniessen die Antragsteller ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen (§ 4 FreizügG/EU). Dies ist schon nach der im vorliegenden Verfahren behaupteten Bedürftigkeit als Voraussetzung eines Leistungsanspruches nach dem SGB II nicht der Fall.

Anhaltspunkte für die zwischenzeitliche Entstehung eines Daueraufenthaltsrechts der Antragsteller und ihrer Familienangehörigen i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU liegen schon nach den angegebenen Aufenthaltsdauern im Bundesgebiet nicht vor (vgl. § 4 a FreizügG/EU).

Ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU besteht daher nicht.

b)

Ein aktuelles Aufenthaltsrecht der Antragsteller ergibt sich auch 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.

Ein Daueraufenthaltsrecht steht erst nach rechtmäßigem fünfjährigem und ununterbrochenem Aufenthalt im Aufnahmemitgliedsstaat zu (Art. 16 Abs. 1).

Ein gemeinschaftliches Aufenthaltsrecht folgt auch nicht aus dem Recht der elterlichen Sorge der Antragsteller zu 1) und 2) für die Antragstellerin zu 3), die in Deutschland die Schule besucht.Denn nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteile vom 23.02.2010 - C 480/08 Teixeira und C 310/08 Ibrahim) erwächst ein solches Aufenthaltsrecht, wenn die Ausbildung der Kinder zu einem Zeitpunkt aufgenommen

wurde, in dem die Eltern als Wanderarbeitnehmer uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigt waren (vgl. auch Beschluss des SG Berlin vom 17.12.2011 - S 149 AS 414/11 ER). Hieran fehlt es vorliegend.

Ein Aufenthaltsrecht, 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, auch nicht primärrechtlich wegen Kinderbetreuung. 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 im 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 genügende Existenzmittel verfügten, 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, erwachse deshalb aus Art. 18 EGV (grundsätzlich) kein Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates.

c)

Insbesondere gegen das Bestehen eines rechtmäßigen Aufenthalts ohne Zusammenhang mit Aufnahme und Ausübung einer im Einzelfall erlaubten Tätigkeit spricht die besondere Rechtsstellung der Antragsteller als Staatsangehörige des neuen Mitgliedsstaates der EU Rumänien unter Berücksichtigung der für dessen Staatsangehörige aktuell noch geltenden Übergangsbestimmungen, die das Freizügigkeitsrecht rumänischer Arbeitnehmer einstweilen beschränken.

Rumänien ist - wie die Republik Bulgarien - 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. So ist in der Liste nach Art. 23 der Beitrittsakte 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.

Hiervon hat die Bundesregierung 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 rumänische Staatsangehörige (auch weiterhin) einer Arbeitserlaubnis-EU/Arbeitsberechtigung-EU nach § 284 des Sozialgesetzbuches Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III), die nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 39 Abs. 1 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), d.h. insbesondere in Abhängigkeit vom Vorhandensein bevorrechtigter 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. die Kommentierungen von Dienelt, Brinkmann und Hoffmann, jeweils a.a.O., zu § 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 Aufnahme bzw. Ausübung hiernach erlaubter Tätigkeiten bestehen kann und insofern stark eingeschränkt ist. Es fehlt auch insoweit an jeglichem Vortrag der Antragsteller zum Vorhandensein erlaubnisgeeigneter Tätigkeiten oder solcher Tätigkeiten, um die sie sich bereits bemüht und bezüglich derer sie eine Arbeitserlaubnis/EU beantragt hätten.

Ob schließlich etwas anderes aus dem Umstand folgt, dass der Antragsteller zu 1) über eine Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 FreizügG/EU verfügt (zu deren Bedeutung vgl. BSG Urt. v. 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R), erscheint jedenfalls im Hinblick auf die Umstände derer Erlangung und das eingeleitete Entziehungsverfahren 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 ein Anordnungsanspruch scheitert jedenfalls aus weiteren Gründen.

2.

Bis zum 31.03.2011 war rechtliche Erwerbsfähigkeit der Antragsteller i.S.v. § 8 Abs. 2 SGB II alter Fassung (a.F.) nicht gegeben. Nach der bis zum 31.03.2011 geltenden Fassung von § 8 Abs. 2 SGB II kam es darauf an, ob die jeweilige Beschäftigung des Ausländers hätte erlaubt

werden können.

§ 8 in der bis 31.03.2011 geltenden Fassung SGB II lautete:

Abs. 1:

Erwerbsfähig ist, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außer Stande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein.

Abs. 2:

Im Sinne von Absatz 1 können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte.

Bislang ist den Antragstellern weder eine Arbeitserlaubnis/EU noch eine Arbeitsgenehmigung/EU erteilt worden. Maßgeblich war daher, ob eine Beschäftigung erlaubt werden konnte.

Insoweit bestand ein Meinungsstreit, ob die abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis ausreichen sollte (so z.B. Beschlüsse des LSG Baden-Württemberg vom 23.07.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B, des LSG Rheinland-Pfalz vom 17.10.2006 - L 3 ER 175/06 AS, des LSG NRW vom 17.04.2008 - L 7 B 70/08 AS ER) oder ob nach § 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II a.F. eine konkret-realistische Aussicht auf die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung im Einzelfall bestehen muss bzw. nach damaliger Rechtslage bestehen musste (Blüggel in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., § 8 Rn. 65 ff. m.w.N.)

Für die Richtigkeit der letztgenannten Auffassung spricht neben den Gesetzesmaterialien zur ursprünglichen Fassung nun auch die zum 01.04.2011 vorgenommene Rechtsänderung.

Den Gesetzgebungsmaterialien zur Ursprungsfassung von § 8 Abs. 2 SGB II ist zu entnehmen, dass die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit am Maßstab des Arbeitsgenehmigungsrechts vorzunehmen sein sollte (BT-Drucks 15/1516, S. 52). Dies macht eine Prüfung der weiteren Voraussetzungen erforderlich. Eine Arbeitsgenehmigung/EU kann gem. § 284 Abs. 3 SGB III nach Maßgabe des § 39 Abs. 2 bis 4 und Abs. 6 AufenthG erteilt werden. Nach § 39 Abs. 2 AufenthG kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 AufenthG u.a. zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt nicht ergeben (§ 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a AufenthG) und für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen (§ 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b AufenthG).

Die Antragsteller verfügen nach eigenen Angabe über keine beruflich verwertbaren Qualifikationen oder haben qualifizierte Vortätigkeiten ausgeübt. Dass für die danach in Betracht kommenden Tätigkeiten auf dem durch eine Arbeitslosenquote von nahezu 15 % geprägten örtlichen Arbeitsmarkt (14,4 % im Februar 2011, www.derwesten.de/staedte/gelsenkirchen/arbeitslosenquote) keine bevorrechtigten Arbeitnehmer zur Verfügung standen, erscheint wenig wahrscheinlich. Die Erteilung einer Arbeitsberechtigung/EU nach § 284 Abs. 5 SGB II i.V.m. § 12a Abs. 1 Satz 1 der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArbGV) scheidet schon wegen des Fehlens einer ununterbrochenen Zulassung der Antragsteller im Zeitraum von mindestens 12 Monaten zur Tätigkeit im Bundesgebiet aus.

Danach war es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass den Antragstellern nach der bis zum 31.03.2011 herrschenden Rechtslage die Aufnahme einer Beschäftigung hätte erlaubt werden können.

Die zum 01.04.2011 eingetretene Rechtsänderung bestätigt die Auslegung, wonach es bislang auf die konkret-realistische Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis ankam. Denn in der ab dem 01.04.2011 geltenden Fassung (Fassung der Änderung durch Art. 2 Nr. 12c des Gesetzes vom 24.03.2011 (BGBl. I 453) wurde § 8 Abs. 2 SGB II folgender zweiter Satz hinzugefügt:"Die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 des AufenthG aufzunehmen, ist ausreichend."

In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 17/3404 vom 26.10.2010 zu Nr. 12 c) hierzu heißt es: "Die Regelung greift die gängige Praxis auf. Der angefügte Satz 2 verdeutlicht für die Rechtsanwender, dass es darauf ankommt, dass zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erfolgen könnte, auch wenn in Bezug auf den konkret angestrebten Arbeitsplatz ggf. eine Vorrangprüfung dies verhindern könnte oder verhindert hat. Ein sog. nachrangiger Arbeitsmarktzugang ist demnach ausreichend i.S.d. § 8 Abs. 2."

Mit der Wendung "die Regelung greift die gängige Praxis auf" nimmt der Gesetzgeber augenscheinlich Bezug auf eine schon zuvor bestehende Weisungslage (§ 8.15 der Handlungsempfehlung zu § 8 SGB II, Fassung vom 20.01.2010), wonach die Möglichkeit eines sog. nachrangigen Arbeitsmarktzuganges genügte.

Vor diesem und dem weiteren Hintergrund einer dem Gesetzgeber zu unterstellenden Kenntnis von dem Meinungsstreit zu § 8 Abs. 2 a.F. SGB II spricht mehr dafür, dass die Hinzufügung von § 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II eine Rechtsänderung darstellt und es nach der Vorgängervorschrift auf eine konkret realistische Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis ankommen sollte.

Ein Leistungsanspruch der Antragsteller nach dem SGB II bis zum 31.03.2011 ist danach wegen Fehlens (rechtlicher) Erwerbsfähigkeit nach § 8 Abs. 2 SGB II a.F. nicht glaubhaft.

3.

Entscheidend jedoch steht der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II

durchgängig entgegen.

Die Vorschrift hat einen klaren und unmissverständlichen Gesetzeswortlaut: "Ausgenommen sind Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen.

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 ergibt durch Umsetzung der in Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4d der Richtlinie 2004/38/EG bestehenden Regelungen (BT-Drucks 16/688, 13).

Die Antragsteller sind als rumänische Staatsbürger Ausländer; ein anderer Aufenthaltszweck als den der Arbeitssuche ist wie bereits dargelegt nicht ersichtlich.

Der nach den Angaben der Antragsteller zumindest vorübergehend auch bestehende Aufenthaltszweck, den Gesundheitszustand der Antragstellerin zu 2) zu bessern, besteht nun nicht mehr, da sie nach dem vorgelegten Behandlungsbericht des Universitätsklinikums F vom 16.04.2010 nach erfolgreicher Operation in gutem Allgemeinzustand in hausärztliche Behandlung entlassen wurde und Hinweise auf einen aktuell gefährdeten Gesundheitszustand nicht vorliegen. Die Antragsteller sind danach vom Leistungsanspruch nach dem SGB II ausgeschlossen.

Die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Gemeinschaftsrecht der EU ist in Rechtsprechung, Kommentierung und inzwischen reichhaltiger Judikatur umstritten (exemplarisch aus jüngerer Zeit: Beschlüsse des LSG Berlin-Brandenburg vom 09.09.2010 - L 10 AS 1023/10 B ER, vom 29.11.2010 - L 34 AS 1001/10 B ER, Beschlüsse des LSG NRW vom 04.10.2010 - L 19 AS 942/10 B, vom 17.05.2011 - L 6 AS 356/11 B ER, jeweils m. w. N.).

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 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 würden.

Sowohl der EuGH als auch das BSG haben die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen (Urteil des EuGH vom 04.06.2009 - C-22/08 und C-23/08 - Vatsouras/Koupatantze; Urteil des BSG 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 SBG 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 letztlich 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 den Antragstellern jedoch nicht, denn sie sind nach Vorstehendem 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 Antragsteller auf Gleichbehandlung schon ohne Beachtung ihrer Sonderstellung als rumänische 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 nämlich für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die zuwandern, um eine Beschäftigung zu suchen, der Grundsatz der Gleichbehandlung nur für den Zugang zur Beschäftigung git, genießen diejenigen, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.

Der Gleichheitsanspruch der Antragsteller 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 ihnen aufgrund der für rumänische 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 Antragsteller haben jedoch nach Vorstehendem 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).

Rumänische Staatsangehörige in der Situation der Antragsteller 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.

Der Senat hat von einer Beiladung des Sozialhilfeträgers abgesehen, da die Antragsteller nach § 23 Abs. 3 Satz 1 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch - Sozialhilfe - (SGB XII) in der ab dem 07.12.2006 geltenden Fassung des Gesetzes vom 02.12.2006 keine Sozialhilfe erlangen können, insofern sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt (vgl. bereits Beschluss des Senats vom 22.03.2007 - L 19 B 21/07 betreffend einen polnischen Staatsangehörigen vor Auslauf der Polen betreffenden Übergangsregelungen).

Der Leistungsausschluss bei Aufenthalt ausschließlich zur Arbeitssuche durch das Gesetz vom 02.12.2006 (BGBL I, 2670) war eine gezielte Reaktion des Gesetzgebers auf Rechtsprechung, durch die der Leistungsausschluss von Ausländern im SGB II ab dem 01.04.2006 durch subsidiäre Anwendung des SGB XII abgemildert worden war (Wahrendorf in Grube/Wahrendorf, SGB XII, 3. Aufl., § 23 Rn. 40 m.w.N.).

Schließlich ist den Antragstellern auch nicht auf Grund der aus Art. 1 Abs.1 Grundgesetz (GG) und dem Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) folgenden Verpflichtung des Staates, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, ein Anspruch auf vorläufige Leistungen - und sei es auch nur im Umfang geminderter Leistungen analog § 1a des Asylbewerberleistungsgesetzes - AsylbLG - (vgl. dazu Beschl. des Senats v. 30.05.2011 - L 19 AS 431/11 B ER m.w.N.) zuzubilligen (a.A. wohl Strick, NJW 2005, 2182, 2185). Dies würde gerade dazu führen, dass der von der Rechtsordnung und nach den Grundsätzen des Beitrittsvertrages der EU nicht erwünschte Aufenthalt der Antragsteller in Deutschland verlängert würde. Aus Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich daher nur die Verpflichtung zur Gewährung solcher Leistungen herleiten, die notwendig sind, um den Antragstellern, sofern sie hierüber nicht verfügen, eine Rückkehr in ihr Heimatland zu ermöglichen (vgl. Beschl. des Senats v. 16.02.2007 - L 19 B 13/07 AS ER = NZS 2008, 104, 105). Diese stehen aber vorliegend nicht im Streit.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in entsprechender Anwendung.

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.

Dieser Beschluss ist nach § 177 SGG endgültig.
Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2011-07-05