

## L 29 AS 252/14 B ER

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
29

1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 174 AS 743/14 ER

Datum  
20.01.2014

2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 29 AS 252/14 B ER

Datum  
10.03.2014

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 20. Januar 2014 aufgehoben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt. Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren vor dem Landessozialgericht Berlin - Brandenburg Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung bewilligt und Rechtsanwalt R S, B Str., B, beigeordnet. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

Gründe:

I. Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die 1972 geborene Antragstellerin ist italienische Staatsbürgerin und reiste nach ihren eigenen Angaben im gerichtlichen Verfahren am "23.10.2013 in die BRD" ein (gemeint war wohl: 23.10.2012). Nach den weiteren Angaben war sie vom 1. März 2013 bis 30. April 2013 als Aushilfe in dem Eiscafe F D G und vom 13. Mai 2013 bis zum 30. Juni 2013 als Tresenkraft in der T B beschäftigt. Am 4. Juli 2013 meldete sie sich bei dem Antragsgegner und beantragte Leistungen nach dem SGB II, welche ihr mit Bescheid vom 7. August 2013 und Änderungsbescheid vom 23. September 2013 für den Zeitraum vom 1. Juli 2013 bis zum 31. Dezember 2013 bewilligt worden.

Einen Weiterbewilligungsantrag vom 26. November 2013 lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 16. Dezember 2013 unter Hinweis auf den Leistungsausschluss des [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) ab.

Die Antragstellerin hat daraufhin am 10. Januar 2014 bei dem Sozialgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Sie habe einen Sprachkurs absolviert, bemühe sich derzeit um eine Beschäftigung und hätte die Möglichkeit an einer Umschulung zur Steuerfachangestellten "mit Vermittlungsgarantie" teilzunehmen. Ein Leistungsausschluss gemäß [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) sei nicht gegeben, da dieser aufgrund einer Europarechtswidrigkeit keine Anwendung finde.

Mit Beschluss vom 20. Januar 2014 hat das Sozialgericht Berlin den Antragsgegner zur Gewährung von Leistungen für den Zeitraum vom 10. Januar 2014 bis zum bis zum 30. Juni 2014 in monatlicher Höhe von 715,31 Euro verpflichtet und zur Begründung ausgeführt, zwar habe die Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitssuche, die Regelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sei aber nicht mit unmittelbar anwendbarem und Anwendungsvorrang genießenden Europarecht, nämlich mit Art. 4 VO (EG) 883/2004, vereinbar und daher nicht anwendbar. Gegen diesen Beschluss hat der Antragsgegner am 27. Januar 2014 Beschwerde bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners (Band I - ) Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und begründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines

vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint ([§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#)). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der Antragstellerin das Bestehen eines zu sichernden Rechts (den so genannten Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anordnungsgrund) glaubhaft macht ([§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG](#), [§ 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung - ZPO](#)). Auch im Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich (OVG Hamburg, [NVwZ 1990, 975](#)).

Für den Zeitraum bis zur Entscheidung des erkennenden Senates ist ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Derartige Ansprüche für die Vergangenheit können regelmäßig nicht im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens anerkannt werden. Diese sind in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Etwas Anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn die sofortige Verfügbarkeit von für zurückliegende Zeiträume zu zahlenden Hilfen zur Abwendung eines gegenwärtig drohenden Nachteils erforderlich ist. Hierzu sind Tatsachen jedoch weder glaubhaft gemacht worden, noch sonst für das Gericht ersichtlich.

Darüber hinaus ist auch ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zumindest dieser fehlende Anordnungsanspruch steht der begehrten einstweiligen Anordnung auch für die Zukunft entgegen.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte).

Ausgenommen sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/E freizügigkeitsberechtig sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,
3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt ([§ 7 Abs. 1](#) Sätze 3 und [4 SGB II](#)).

Nach diesen Regelungen ist der begehrte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht überwiegend wahrscheinlich im Sinne der Legaldefinition des [§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) und damit nicht glaubhaft gemacht.

Schon am Bestehen eines Aufenthaltsrechts zum Zweck der Arbeitsuche bestehen erhebliche Zweifel. Die Antragstellerin hat eine konkrete Arbeitsuche nicht einmal behauptet. Hierzu verweist der Senat auf den Beschluss des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 20. August 2012 ([3 B 202/12](#) m.w.N., zitiert nach juris), wonach für eine Arbeitsuche zwar keine starren Fristen gelten, ein unbeschränktes Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt jedoch auch nicht gewährt wird. Deshalb seien nach Ablauf eines Zeitraums von sechs Monaten sogar aufenthaltsbeendende Maßnahmen grundsätzlich zulässig, wenn der Unionsbürger nicht nachweisen könne, mit konkreter Aussicht auf Erfolg nach Arbeit gesucht zu haben. Vorliegend sind seit Eintritt der Arbeitslosigkeit der Antragstellerin am 1. Juli 2013 über sechs Monate vergangen, ohne dass eine Arbeitsuche mit konkreter Aussicht auf Erfolg ersichtlich wäre, so dass deshalb schon ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche kaum als glaubhaft gemacht angesehen werden könnte.

Ob ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche tatsächlich besteht, kann bei einem dann nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) greifenden Leistungsausschluss jedoch dahinstehen. Ein anderes Aufenthaltsrecht der Antragstellerin lässt sich jedenfalls nicht erkennen und ist von ihr nicht einmal behauptet. Lässt sich danach aber ein Aufenthaltsrecht allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, so greift der Ausschlussbestand des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), der nach Ansicht des Senats anwendbar ist.

Der erkennende Senat hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass er eine Europarechtswidrigkeit dieser Regelung nicht feststellen kann. Im Anschluss an die Entscheidung des 20. Senats des Landessozialgerichts (LSG) Berlin-Brandenburg in seinem Beschluss vom 29. Februar 2012 ([L 20 AS 2347/11 B ER](#), zitiert nach juris) hat der Senat schon mehrfach darauf hingewiesen (unter anderen in den Beschlüssen vom 5. März 2012, [L 29 AS 414/12 B ER](#), vom 7. Juni 2012, [L 29 AS 920/12 B ER](#), vom 12. Juni 2012, [L 29 AS 914/12 B ER](#), vom 22. Juni 2012, [L 29 AS 1252/12 B ER](#) und vom 9. November 2012, [L 29 AS 1782/12 B ER](#), jeweils zitiert nach juris), dass nur eine Überzeugung von der Europarechtswidrigkeit dieser Regelung ausnahmsweise berechtigen könnte, dieses formelle Gesetz nicht anzuwenden. Die Nichtanwendung eines in Kraft getretenen Gesetzes (hier [§ 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#)) stellt einen erheblichen Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dar (vgl. zur Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2009, [1 BvR 2492/08](#), zitiert nach juris) und birgt die Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung ([Art. 20 Abs. 3](#) des Grundgesetzes - GG). Nicht zuletzt deshalb ist nach [Art. 100 GG](#) ein Gesetz auch nur dann nicht anzuwenden und das Verfassungsgericht anzurufen, wenn das zur Entscheidung berufene Gericht von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt ist.

Dieser Maßstab gilt nach Ansicht des Senats auch bei einer vermeintlichen Europarechtswidrigkeit der anzuwendenden einfachgesetzlichen Regelung. Es wäre ein eklatanter Wertungswiderspruch, wenn lediglich "Zweifel" an der Vereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Norm mit der Verfassung noch zur Anwendung des Gesetzes führen, solche Zweifel im Hinblick auf Europarechtliche Regelungen, die nicht einmal den Rang von Verfassungsrecht haben, aber zur Nichtanwendung der gesetzlichen Regelung berechtigen würden. Entsprechend kann eine Nichtanwendung allenfalls dann in Betracht kommen, wenn das erkennende Gericht zu der Überzeugung eines Verstoßes der anzuwendenden Regelung gegen höherrangiges europäisches Recht kommt. Eine solche Überzeugung von einem Verstoß des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) gegen Recht der Europäischen Union konnte und kann der Senat aus den in den oben genannten Beschlüssen genannten Gründen nicht gewinnen. Der Senat verweist insoweit auf seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere die oben genannten Beschlüsse,

und sieht von einer Wiederholung der Ausführungen hierzu ab.

Schließlich besteht wegen der nicht feststellbaren Europarechts- bzw. Völkerrechtswidrigkeit des Leistungsausschlusses auch nicht die Möglichkeit einer Entscheidung über eine Folgenabwägung, weil dies letztlich zur Nichtanwendung der gesetzlichen Regelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) und zu einer unzulässigen Durchbrechung des Prinzips der Gewaltenteilung führen würde (ständige Rechtsprechung des Senats, ausführlich u.a. Beschluss vom 22. August 2013, [L 29 AS 1952/13 B ER](#), m.w.N., zitiert nach juris).

Der Senat ist auch unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundessozialgerichts (BSG) vom 12. Dezember 2013 ([B 4 AS 9/13 R](#) - Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften [EuGH]) nicht von der Europarechtswidrigkeit der gesetzlichen Regelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) überzeugt und hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Der Senat verweist in diesem Zusammenhang zunächst auf die Mitteilung der Europäischen Kommission (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Freizügigkeit der EU-Bürger und ihrer Familien: fünf grundlegende Maßnahmen - vom 25. November 2013 - COM (2013) 837 final - deutsche Fassung veröffentlicht unter [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2013/com2013\\_0837de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2013/com2013_0837de01.pdf)). Hierin hat die Europäische Kommission im Zusammenhang mit der bestehenden Rechtslage betont, dass nach Ablauf der ersten drei Monate des Aufenthalts bis zur Erlangung des Daueraufenthaltsrechts im Aufnahmemitgliedstaat der Unionsbürger ohne Erwerbstätigkeit bzw. Unionsbürger, der erstmals eine Anstellung sucht, einen Anspruch auf "Sozialhilfe" (Mittel, die "ein Mitgliedstaat in der Regel Personen [gewährt], die nicht über ausreichende Mittel zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse verfügen") nach Unionsrecht nicht besitzt. Denn, um sein Aufenthaltsrecht zu erlangen, hätte er schließlich den nationalen Behörden gegenüber ausreichende Mittel nachweisen müssen, die mindestens der Einkommensschwelle entsprechen, unterhalb der Sozialhilfe gewährt wird. In der Mitteilung ist u.a. wörtlich ausgeführt:

" 2.2. Wer hat Anspruch auf Sozialhilfe?

Sozialhilfe gewährt ein Mitgliedstaat in der Regel Personen, die nicht über ausreichende Mittel zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse verfügen.

Mobile Arbeitnehmer aus der EU und ihre Familienangehörigen haben ab Beginn ihres Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat Anspruch auf dieselben Sozialhilfeleistungen wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Sonstige EU-Bürger mit rechtmäßigem Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat müssen genauso behandelt werden wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats, jedoch gibt es bestimmte Vorschriften, um den Aufnahmemitgliedstaat vor unangemessenen finanziellen Belastungen zu schützen.

Während der ersten drei Monate des Aufenthalts ist der Aufnahmemitgliedstaat nach dem EU-Recht nicht verpflichtet, EU-Bürgern ohne Erwerbstätigkeit oder Personen, die erstmals eine Anstellung suchen, Sozialhilfe zu gewähren.

Was den anschließenden Aufenthalt bis zu fünf Jahren betrifft, so ist es in der Praxis unwahrscheinlich, dass der betreffende EU-Bürger Anspruch auf Sozialhilfe hat. Schließlich hätte er, um sein Aufenthaltsrecht zu erlangen, den nationalen Behörden gegenüber ausreichende Mittel nachweisen müssen, die mindestens der Einkommensschwelle entsprechen, unterhalb der Sozialhilfe gewährt wird.

Beantragt jedoch ein nicht erwerbstätiger EU-Bürger Sozialhilfe, beispielsweise wenn sich seine wirtschaftliche Situation im Laufe der Zeit ändert, so muss sein Antrag im Lichte seines Rechts auf Gleichbehandlung geprüft werden. In bestimmten Fällen können die nationalen Behörden bei einem Antrag auf Sozialhilfe begründete Zweifel hegen, dass die betreffende Person zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Sozialhilfesystems geworden ist.

In diesem Fall kann ein Mitgliedstaat die Gewährung von Sozialhilfe oder besonderen beitragsunabhängigen Leistungen an einen EU-Bürger aus einem anderen Mitgliedstaat davon abhängig machen, dass dieser die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt von über drei Monaten erfüllt ..."

Das bedeutet vorliegend, dass sich die Antragstellerin - auch unter Berücksichtigung der vorgenannten Ausführungen der Europäischen Kommission - nicht auf ein Aufenthaltsrecht berufen kann, denn Voraussetzung für einen rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland von über drei Monaten wäre auch hiernach der Nachweis ausreichender Mittel durch die Antragstellerin. Über solche Mittel verfügt sie nach eigenen Angaben nicht.

Dass das BSG - wie bereits ausgeführt - am 12. Dezember 2013 das Verfahren zum Aktenzeichen [B 4 AS 9/13 R](#) ausgesetzt und dem EuGH - im Hinblick auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) - diverse Fragen über die Auslegung der Verträge bzw. der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstiger Stellen der Union im Wege einer Vorabentscheidung nach [Art. 267](#) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vorgelegt hat, kann zu keiner anderen Entscheidung führen. Denn der Senat ist - wie oben ausgeführt - davon überzeugt, dass [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht gegen europäisches Recht verstößt und anwendbar ist, sodass eine Vorlage im Rahmen des [Art. 267 Abs. 2 AEUV](#) nicht in Betracht kommt.

Eine Vorlagepflicht hält der Senat aber auch aus [Art. 267 Abs. 3 AEUV](#) nicht für gegeben. Zwar ist der Beschluss des erkennenden Senats gemäß [§ 177 SGG](#) nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts anfechtbar. Die Regelung des Abs. 3 des [Art. 267 AEUV](#) ist auf Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz jedoch schon deshalb nicht anwendbar, weil einstweilige Entscheidungen schon nach ihrer Konzeption und Intention gerade keine endgültigen und nicht mehr angreifbaren Entscheidungen im Sinne des [Art. 267 Abs. 3 AEUV](#) darstellen, sondern nur vorläufige Regelungen bis längstens zum Abschluss eines durchzuführenden Hauptsacheverfahrens. Außerdem ist der erkennende Senat mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (vgl. Beschluss vom 6. Februar 2014, [7 CE 13.2222](#), zitiert nach juris) zudem der Auffassung, dass wegen der im vorläufigen Rechtsschutz grundsätzlich bestehenden Eilbedürftigkeit die durch eine Vorlage an den EuGH entstehende Verzögerung in der Regel nicht tunlich ist. Ein Vorlageverfahren beim EuGH dauert üblicherweise mehrere Monate bis Jahre, sodass eine Vorlage im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zur Aushöhlung des Gebotes auf effektiven Rechtsschutz führen würde. Zur Erreichung des Ziels des [Art. 267 AEUV](#), die einheitliche Auslegung und Anwendung europäischen Rechts sicherzustellen, ist es daher gegebenenfalls geboten aber auch ausreichend, im durchzuführenden Hauptsacheverfahren vor einer nicht mehr mit Rechtsmitteln angreifbaren Entscheidung die Frage der Vereinbarkeit des deutschen Rechtsakts mit europäischem Recht an den Gerichtshof

der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Danach ist abschließend festzustellen, dass jedenfalls zumindest aufgrund des anzuwendenden Leistungsausschlusses [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches nicht gelungen ist.

Der Antragstellerin war Prozesskostenhilfe nach [§ 73a SGG](#) in Verbindung mit [§ 119 Abs.1 S. 2 ZPO](#) ohne Prüfung zu bewilligen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint, weil der Gegner das Rechtsmittel eingelegt hat.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2014-06-05