

L 32 AS 1688/16 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
32
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 207 AS 7971/16 ER
Datum
30.06.2016
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 32 AS 1688/16 B ER
Datum
19.09.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 30. Juni 2016 insoweit geändert, als der Antragsgegner verpflichtet worden ist, dem Antragsteller auch Kosten für Unterkunft und Heizung sowie für den Zeitraum vor dem 30. Juni 2016 den Regelbedarf von 404 Euro monatlich zu gewähren. Insoweit wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Im Übrigen wird die Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat dem Antragsteller die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes zu 46 v. H. zu erstatten. Der Antrag des Antragstellers, ihm für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner wendet sich dagegen, dass er verpflichtet worden ist, dem Antragsteller für den Zeitraum vom 3. Juni 2016 bis 31. Oktober 2016 vorläufig Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) zu gewähren.

Der im September 1987 geborene Antragsteller ist fStaatsangehöriger. Er war nach seiner Einreise in die Bundesrepublik Deutschland im September 2013 vom 30. September 2013 bis 30. September 2014 als Kundenberater (Callcenter Agent) beschäftigt, bezog vom 7. Oktober 2014 bis 28. März 2015 Arbeitslosengeld nach dem SGB III und übte vom 22. Juni 2015 bis 21. Oktober 2015 eine nebenberufliche Tätigkeit als Übungsleiter aus.

Der Antragsteller bewohnt mit zwei weiteren Personen in einer Wohngemeinschaft eine Wohnung in der Kstraße in B. Diese Wohnung ist 96,24 m² bei einer beheizbaren Fläche von 89,95 m² groß und besteht u. a. aus vier Zimmern, Küche, Bad, Gäste-WC. Die Miete beträgt seit 1. April 2016 925,21 Euro (638,22 Euro Grundmiete, abzüglich 77,16 Euro Mietnachlass, 213,72 Euro Vorauszahlung Betriebskosten und 150,43 Euro Vorauszahlung Heizkosten), wovon der Antragsteller ein Drittel zahlt.

Zum 21. Dezember 2015 meldete der Antragsteller das Gewerbe Einzelhandel mit Büchern, Mode-, Ton- und Bildträgern und sonstigen Medien, Schank- und Speisewirtschaft ohne besondere Betriebseigentümlichkeit, Im- und Export von Lebensmitteln mit der Betriebsstätte in der Kstraße in B an.

Auf seinen Antrag waren ihm Leistungen nach dem SGB II vorläufig vom 1. Oktober 2015 bis 31. März 2016 in Höhe von 703,30 Euro monatlich (399 Euro Regelbedarf und 304,30 Euro für Unterkunft und Heizung) und vom 1. April 2016 bis 21. April 2016 von 498,68 Euro bewilligt worden (Bescheid vom 7. Oktober 2015 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 19. April 2016). Zur Begründung ist im Bescheid u. a. ausgeführt: Das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) sei nach Erklärung eines Vorbehaltes bezüglich der Leistungen nach dem SGB II durch die Regierung der Bundesrepublik Deutschland am 19. Dezember 2011 ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anspruchsbegründend. Der Ausschlussgrund des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) finde zukünftig auch wieder auf Staatsangehörige eines Vertragsstaates des EFA Anwendung. Die derzeit nebenberuflich ausgeübte Tätigkeit als Übungsleiter sei bis zum 21. Oktober 2015 befristet, so dass der Antragsteller ab dem 22. Oktober 2015 unfreiwillig arbeitslos nach weniger als einem Jahr Beschäftigung werde. Die Voraussetzung der Anspruchsberechtigung von Leistungen nach [§ 7 SGB II](#) ergebe sich damit bis zum 21. April 2016.

Mit Bescheid vom 19. April 2016 lehnte der Antragsgegner den Antrag des Antragstellers vom 14. April 2016 auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ab: Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Leistungen, weil er ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland allein zum Zwecke der Arbeitssuche habe ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)).

Den dagegen eingelegten Widerspruch wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 20. Mai 2016 zurück: Der Antragsteller sei weder Arbeitnehmer noch selbständig tätig. Ein anderes Aufenthaltsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU sei nicht ersichtlich.

Dagegen hat der Antragsteller am 3. Juni 2016 Klage beim Sozialgericht Berlin erhoben.

Ebenfalls am 3. Juni 2016 hat der Antragsteller beim Sozialgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Begehren beantragt,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller vorläufig ab Anhängigkeit des Eilantrags Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 708,30 Euro (Regelsatz 404 Euro, Kosten der Unterkunft und Heizung 304,30 Euro) zu gewähren.

Er hat vorgetragen: Nach Beendigung der Nebentätigkeit habe er zusammen mit 2 weiteren namentlich benannten Personen begonnen, eine Selbständigkeit aufzubauen. Zu diesem Zweck sei zwischen den genannten Personen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet worden. Im Dezember 2015 sei der Betrieb eingerichtet worden und die entsprechende Vorbereitung zum Betrieb erfolgt. Am 29. Februar 2016 sei das Café unter dem Namen "Trotzdem" eröffnet worden. Der Antragsteller sei in diesem Café seitdem täglich von der Öffnung um 12.00 Uhr bis zur Schließung abends gegen 02.00 Uhr insbesondere als Koch selbständig tätig. Der Betrieb befinde sich noch in der Aufbauphase. Zurzeit würden noch keine Gewinne erzielt. Der Antragsteller halte sich somit seit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht allein zum Zwecke der Arbeitssuche in D auf, sondern genieße als Selbständiger Freizügigkeit in D. Die Selbständigkeit soll dem Zweck der Existenzsicherung dienen. Der Antragsteller verfüge über keine finanziellen Mittel. Ohne die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II könne er seinen Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten. Es handele sich um eine Vollzeit-Selbständigkeit, die darauf ausgerichtet sei, zukünftig Gewinne zu erzielen. Selbstverständlich sei in der Startphase einer Selbständigkeit (noch) nicht damit zu rechnen, dass ein Gewinn sofort erzielt werden könne. Jedoch werde daraus nicht deshalb gleich eine wirtschaftlich untergeordnete Tätigkeit. Der Antragsteller sei innerhalb der Gesellschaft nicht für die Buchführung, sondern für die Zubereitung der Speisen und Getränke und die Bedienung verantwortlich. Er sei jedoch der Hauptverantwortliche für den Gastro-Bereich im operativen Geschäft. Die anderen Mitgesellschafter seien mit anderen Aufgaben im Hintergrund betraut und für ihren Lebensunterhalt nicht auf die Umsätze im Café angewiesen. Es sei als Anlage ein Ausdruck über die Ausgaben der Gesellschaft seit März 2016 beigefügt, wobei die getätigten Ausgaben in etwa den erzielten Einnahmen entsprächen. Der Antragsteller hat zudem seine eidesstattliche Versicherung vom 3. Juni 2016 vorgelegt.

Der Antragsgegner ist der Ansicht gewesen, eine selbständige Tätigkeit liege nicht vor bzw. diese dürfte eine wirtschaftlich untergeordnete Tätigkeit darstellen, da keine Gewinne erzielt würden.

Mit Beschluss vom 30. Juni 2016 hat das Sozialgericht - neben der Bewilligung von Prozesskostenhilfe - den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig Leistungen nach dem SGB II - längstens bis zur Bestandskraft des Ablehnungsbescheides vom 3. März 2016 - in Höhe von monatlich 708,30 Euro (Regelbedarf 404 Euro, Kosten für Unterkunft und Heizung 304,30 Euro) ab 3. Juni 2016 bis zum 31. Oktober 2016, für Juni 2016 anteilig, zu gewähren: Der Antragsteller habe ein Freizügigkeitsrecht als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU glaubhaft gemacht. Voraussetzung für eine Erwerbstätigkeit im unionsrechtlichen Sinne sei eine Tätigkeit, die eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstelle. Der Antragsteller habe durchaus glaubhaft gemacht, dass er ein Gewerbe ausführe. Der Antragsgegner verweise allein darauf, dass keine Gewinne erwirtschaftet würden. Dies überzeuge insbesondere in der Gründungsphase nicht. Der Antragsteller habe seinen fehlenden Gewinn glaubhaft gemacht; der Antragsgegner habe dazu nicht ermittelt und auch keine EKS verlangt. Damit bestehe ein Anspruch auf Gewährung von Leistungen. Hinsichtlich der Höhe werde auf den letzten Bewilligungsbescheid verwiesen. Der Anordnungsgrund ergebe sich aus dem existenzsichernden Charakter der Leistung. Der Antragsteller verfüge ausweislich der eingereichten Kontoauszüge und seinem Vortrag gegenwärtig nicht über ausreichende Mittel.

Gegen den ihm am 30. Juni 2016 zugestellten Beschluss richtet sich die am 11. Juli 2016 eingelegte Beschwerde des Antragsgegners.

Er meint, wenn aus einem Gewerbe kein Gewinn erzielt werde, sei dieses wirtschaftlich völlig untergeordnet und unwesentlich. Die Gegenüberstellung der aufgeführten Betriebsausgaben mit den Betriebseinnahmen in den Monaten März 2016 bis Juli 2016, die durch keinerlei Belege, ausgenommen einer Rechnung vom 27. Juli 2016 über 144,00 Euro glaubhaft gemacht seien, führe einzig im Monat Juni 2016 zu einem Gewinn in Höhe von 69,79 Euro. Das sei ein Betrag, der sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstelle. Es sei die Höhe des Gewinns zu betrachten.

Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 30. Juni 2016 aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde abzulehnen.

Er beantragt außerdem, ihm Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Trotz gerichtlicher Erinnerung hat er eine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht eingereicht.

Er verweist darauf, dass sich der Gewerbebetrieb noch in der Aufbauphase befindet, so dass es nicht berechtigt sei, die Aufbauphase, die jeder neugegründete Betrieb habe und die immer mit Verlusten verbunden sei, als wirtschaftlich völlig untergeordnet und unwesentlich zu bezeichnen. Angesichts des Umfangs der monatlichen Ausgaben, die schon zu tätigen seien, um den Laden betriebsbereit zu halten, sei der Antragsteller darauf angewiesen, dass das Geschäft zukünftig Gewinne erzielen werde. Aus der beigefügten groben Übersicht über die Betriebsausgaben und -einnahmen für die Monate März bis Juli 2016 ergebe sich, dass - bedingt durch den Rückgang einmaliger Betriebsinvestitionen - die anfänglichen Betriebsausgaben in Höhe von 4.500 Euro monatlich nunmehr auf einen Betrag um die 1.000 Euro zurückgegangen seien, während die Betriebseinnahmen von März 2016 in Höhe von 400 Euro auf 1.100 Euro im Juni 2016 hätten gesteigert werden können. Lediglich im Juli 2016 habe es, bedingt durch die Sommerferien, einen Rückgang der Betriebseinnahmen gegeben. Den als

Anlage ebenfalls beigefügten Rechnungen von Vattenfall, GASAG und Telekom sei zu entnehmen, dass das Gewerbe des Antragstellers dauerhafte finanzielle Verpflichtungen eingegangen und auf eine langfristige Gewinnerzielung ausgelegt sei. Da trotz erstinstanzlichen Beschlusses der Antragsgegner noch keine Leistungen erbracht habe, habe der Antragsteller bisher seinen Lebensunterhalt nur dadurch sichern können, dass er diverse Darlehen von Bekannten erhalten habe. Einen Teil der Verpflegung habe er durch geringe Privatentnahmen aus dem Vorrat des Café bestritten. Jedoch seien diese Anteile nur nachrangig, da der Betrieb keine Vollverpflegung anbiete. Bezüglich der Kosten der Unterkunft sei vorzutragen, dass der Antragsteller derzeit Mietschulden für die laufende Miete habe, da seit März 2016 keine Kosten der Unterkunft vom Antragsgegner gezahlt worden seien. Die entsprechenden Kontoauszüge würden umgehend nachgereicht. Der Antragsteller hat außerdem seine eidesstattliche Versicherung vom 1. September 2016 vorgelegt. Daraus geht unter anderem hervor, dass ihm im Moment die Mitbewohner den von ihm geschuldeten Mietanteil geliehen haben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Verfahrensstandes sowie des sonstigen Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Verwaltungsakten des Antragsgegners (jeweils Band I -), die bei der Entscheidung vorgelegen haben, verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Das Sozialgericht hat die einstweilige Anordnung zu Recht erlassen, soweit sie den Zeitraum ab 30. Juni 2016 und den Regelbedarf betrifft, denn insoweit liegen ein glaubhaft gemachter Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund vor. Im Übrigen, das heißt bezüglich des Zeitraums vor dem 30. Juni 2016 und bezüglich der Kosten für Unterkunft und Heizung, fehlt es an einem Anordnungsgrund.

Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (so genannte Regelungsanordnung). Voraussetzung für den Erlass einer Regelungsanordnung ist nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#) stets die Glaubhaftmachung des Vorliegens des Anordnungsgrundes (die Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile) und des Anordnungsanspruches (der materielle Leistungsanspruch). Der Anordnungsanspruch und der Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen überwiegend wahrscheinlich sind. Dies erfordert, dass mehr für als gegen die Richtigkeit der Angaben spricht (Meyer-Ladewig/Keller, Leitherer, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, 11. Auflage, § 86 b Rdnr. 16 b).

Unter Anwendung der genannten Maßstäbe kann die Entscheidung des Sozialgerichts zum einen, soweit sie den Zeitraum vom 3. Juni 2016 bis zum 29. Juni 2016 betrifft, keinen Bestand haben, denn insoweit besteht kein Anordnungsgrund.

In einem auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichteten Verfahren beurteilt sich das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nach dem Zeitpunkt, in dem das Gericht über den Antrag entscheidet. Dies ergibt sich daraus, dass in dem Erfordernis eines Anordnungsgrundes ein spezifisches Dringlichkeitselement enthalten ist, welches im Grundsatz nur Wirkungen für die Zukunft entfalten kann. Die rückwirkende Feststellung einer - einen zurückliegenden Zeitraum betreffenden - besonderen Dringlichkeit ist zwar rechtlich möglich. Sie kann jedoch in aller Regel nicht mehr zur Bejahung eines Anordnungsgrundes führen. Denn die prozessuale Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes besteht vor dem Hintergrund des [Art. 19 Abs. 4 GG](#) darin, in dringenden Fällen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, in denen eine Entscheidung im - grundsätzlich vorrangigen - Verfahren der Hauptsache zu spät käme, weil ohne sie schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre. Dies bedeutet aber zugleich, dass die Annahme einer besonderen Dringlichkeit und dementsprechend die Bejahung eines Anordnungsgrundes ausscheidet, soweit diese Dringlichkeit vor dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorgelegen hat, denn insoweit ist die besondere Dringlichkeit durch den Zeitablauf überholt. Das Abwarten einer Entscheidung im Verfahren der Hauptsache über den zurückliegenden Zeitraum ist dem Rechtssuchenden insoweit zumutbar (so Landessozialgericht - LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 27. September 2006 - [L 7 B 18/06 KA ER](#) und vom 04. Januar 2008 - [L 28 B 2130/07 AS ER](#)).

Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach [Art. 19 Abs. 4 GG](#) ausnahmsweise auch die Annahme eines Anordnungsgrundes für zurückliegende Zeiträume verlangen kann, so insbesondere dann, wenn anderenfalls effektiver Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nicht erlangt werden kann, weil bis zur Entscheidung im Verfahren der Hauptsache Fakten zum Nachteil des Rechtssuchenden geschaffen worden sind, die sich durch eine stattgebende Entscheidung im Verfahren der Hauptsache nicht oder nicht hinreichend rückgängig machen lassen (LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 27. September 2006 und vom 04. Januar 2008). Dasselbe kann gelten, wenn ein besonderer Nachholbedarf besteht, wenn also die Nichtgewährung der begehrten Leistung in der Vergangenheit noch in die Zukunft fortwirkt und daher eine weiterhin gegenwärtige, die einstweilige Anordnung rechtfertigende Notlage begründet. Dies kann gegeben sein, wenn der Antragsteller zur Bestreitung seines notwendigen Lebensunterhalts Verbindlichkeiten eingegangen ist, deren Tilgung unmittelbar bevorsteht. Es ist ferner denkbar, dass im vergangenen Zeitraum vorgenommene Einsparungen nachwirken (Sächsisches LSG, Beschluss vom 25. März 2008 - [L 2 B 51/08 AS-ER](#) m. w. N.).

Ein solcher besonderer Nachholbedarf, der eine vorläufige Leistungsgewährung auch für eine Zeit vor dem 30. Juni 2016 rechtfertigen könnte, wird vom Antragsteller jedoch nicht dargetan.

Die Entscheidung des Sozialgerichts kann zum anderen mangels Anordnungsgrundes keinen Bestand haben, soweit sie die Verpflichtung zur Gewährung der Kosten für Unterkunft und Heizung betrifft.

Der Antragsteller hat nichts dafür vorgetragen (und erst recht nicht glaubhaft gemacht), dass ohne die Gewährung solcher Leistungen ein Verlust seiner Wohnung droht. Vielmehr erhält er den von ihm geschuldeten Mietanteil an den Kosten der Unterkunft und Heizung von seinen Mitbewohnern darlehensweise, so dass die Miete insgesamt gezahlt wird und daher schon die Voraussetzungen für eine Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzuges durch den Vermieter nicht eintreten können.

Im Übrigen ist die einstweilige Anordnung zu Recht ergangen.

Ein Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht.

Erwerbsfähige Leistungsberechtigte erhalten Arbeitslosengeld II. Dafür müssen die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erfüllt sein.

Die Leistungen umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung ([§ 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II](#)).

[§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) bestimmt: Leistungen nach diesem Buch erhalten 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 von Leistungen nach diesem Buch sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) 1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt 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 ([§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II](#)).

Der Antragsteller erfüllt die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#). Er hat das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze des [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht. Er ist auch erwerbsfähig ([§ 8 SGB II](#)) und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit September 2013 in der Bundesrepublik Deutschland.

Er ist zudem mangels Einkommens oder Vermögens hilfebedürftig ([§ 9 SGB II](#)). Wie er in seinen eidesstattlichen Versicherungen vom 3. Juni 2016 und vom 1. September 2016 glaubhaft gemacht hat, verfügt er nicht über Vermögen oder Ersparnisse und hat derzeit auch kein Geld auf seinem Konto.

Der Antragsteller ist nicht nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU.

Nach § 1 Freizügigkeitsgesetz/EU regelt dieses Gesetz die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen.

Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger (und ihre Familienangehörigen) haben das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes (§ 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU).

Nach § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt u. a.: 1a. Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden, 2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige).

Dem Antragsteller steht ein Aufenthaltsrecht als selbstständig Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU zu.

Eine selbständige Erwerbstätigkeit ist jede Art der wirtschaftlichen Tätigkeit, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt. Eine Gewinnerzielungsabsicht muss nicht vorrangiges oder einziges Ziel sein, sie muss aber vorhanden sein. Rein karitative Tätigkeiten fallen nicht hierunter; die Tätigkeit muss daher erwerbsorientiert sein, wobei alle Tätigkeiten erfasst werden, sofern sie mit einer entgeltlichen Gegenleistung verbunden sind und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen (BSG, Urteil vom 03. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), Rdnr. 28, zitiert nach juris, abgedruckt in SozR 4-4200 § 7 Nr. 43 unter Hinweis auf Europäischer Gerichtshof - EuGH Rs Sodemare vom 17. Juni 1997 - [C-70/95](#) RdNr 25 und EuGH Rs Factortame vom 25. Juli 1991 - [C-221/89](#) RdNr 34, m. w. N.). Nicht erforderlich ist, dass der Gewinn aus der selbständigen Tätigkeit das notwendige Existenzminimum deckt (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 – [B 14 AS 23/10 R](#), Rdnr. 19, zitiert nach juris, abgedruckt in [BSGE 107, 66](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr. 21 unter Hinweis auf EuGH, [C-221/89](#) [Factortame], [Slg 1991, I-3905](#) [Rz 20] und EuGH, aaO, Rz 21, m. w. N.).

Der Selbständige, der sich auf das Freizügigkeitsrecht der Niederlassungsfreiheit im Sinne der [Art 49 ff](#) Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) berufen kann, muss auch tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit ausüben und damit wirtschaftlich in einen anderen Mitgliedstaat integriert sein (BSG, Urteil vom 03. Dezember 2015 – [B 4 AS 44/15 R](#), Rdnr. 28, zitiert nach juris unter Hinweis auf EuGH Rs Sodemare vom 17. Juni 1997 - [C-70/95](#) RdNr 25 und EuGH Rs Factortame vom 25. Juli 1991 - [C-221/89](#) RdNr 34, m. w. N.). Ein formaler Akt allein wie die Registrierung eines Gewerbes ist nicht ausreichend (BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 – [B 14 AS 23/10 R](#), Rdnr. 19 unter Hinweis auf EuGH, [C-221/89](#) [Factortame], [Slg 1991, I-3905](#) [Rz 20] und EuGH, aaO, Rz 21, m. w. N.).

Diese Voraussetzungen erfüllt der Antragsteller, denn er betreibt, wie seiner eidesstattlichen Versicherung vom 3. Juni 2016 zu entnehmen ist und wie die im Beschwerdeverfahren auf diesen Betrieb bezogenen vorgelegten Rechnungen der GASAG, von Vattenfall und der Telekom belegen, in der Kin B ein Cafe, aus dem er Einnahmen hat, auch wenn aus dieser selbständigen Tätigkeit gegenwärtig noch kein wesentlicher Gewinn erzielt wird. Wie der Antragsgegner zutreffend ausführt, zeigt die Gegenüberstellung der aufgeführten Betriebsausgaben mit den Betriebseinnahmen in den Monaten März 2016 bis Juli 2016 einzig im Monat Juni 2016 eine Gewinn in Höhe von 69,79 Euro (resultierend aus der Differenz der Betriebseinnahmen von 1.100 Euro und den Betriebsausgaben von 1.030, 21 Euro). Der Antragsteller nimmt mit der von ihm angebotenen Tätigkeit damit aber gleichwohl am Wirtschaftsleben teil, denn seine Tätigkeit ist mit einer entgeltlichen Gegenleistung verbunden, wovon selbst der Antragsgegner ausgeht. Wie bereits das Sozialgericht zutreffend dargestellt hat, steht allein der Umstand, dass in der Gründungsphase noch keine Gewinne erzielt werden, der Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht entgegen. Es gibt, auch nach dem Vortrag des Antraggegners, jedenfalls keine Hinweise dafür, dass das Cafe zu karitativen Zwecken oder aus Liebhaberei betrieben wird.

Soweit der Antragsgegner meint, es sei die Höhe des Gewinns zu betrachten, wobei ein Gewinn mit einem Betrag, der sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstelle, zugleich auf eine völlig untergeordnete und unwesentliche selbständige Tätigkeit schließen lasse, mag er damit grundsätzlich Recht haben.

Ebenso wie die Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU die Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit als Arbeitnehmer, die nicht nur von geringem Umfang oder völlig untergeordneter oder unwesentlicher Bedeutung ist, voraussetzt (BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 - [B 14 AS 15/14 R](#), Rdnr. 23, zitiert nach juris, abgedruckt in SozR 4-4200 § 7 Nr. 48, m. w. N.), mag auch für die Freizügigkeitsberechtigung als selbständig Erwerbstätiger gelten, dass deren selbständige Erwerbstätigkeit nicht nur von geringem Umfang oder völlig untergeordneter oder unwesentlicher Bedeutung ist. Dabei darf bei selbständig Erwerbstätigen jedoch nicht außer Betracht gelassen werden, dass während des Aufbaus einer selbständigen Erwerbstätigkeit typischerweise kein oder nur ein geringer Gewinn erzielt wird. Käme es mithin in dieser Aufbauphase für die Beurteilung, ob eine Freizügigkeitsberechtigung als selbständig Erwerbstätiger besteht, allein auf den Gewinn an, wovon offensichtlich der Antragsgegner ausgeht, könnte in den seltensten Fällen eine solche Freizügigkeitsberechtigung bestehen. Eine solche Auslegung, die sich in der Aufbauphase allein am erzielten Gewinn orientierte, würde jedoch die Niederlassungsfreiheit erheblich einschränken und stünde daher mit Unionsrecht in Widerspruch. Die vom EuGH insoweit vorgenommene Einschränkung der Freizügigkeitsberechtigung, wonach eine Tätigkeit nicht nur von geringem Umfang oder völlig untergeordneter oder unwesentlicher Bedeutung sein darf, dient ersichtlich dazu, einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit auszuschließen. Ein in der Aufbauphase einer selbständigen Tätigkeit nicht erzielter bzw. nur in geringer Höhe erzielter Gewinn lässt für sich betrachtet aber nicht auf einen Missbrauch schließen, da dieser Sachverhalt typischerweise auftritt. Wie lange die Aufbauphase einer selbständigen Tätigkeit dauert, kann nicht allgemeingültig festgelegt werden, sondern hängt von vielfältigen Umständen des Einzelfalles ab. Soweit daher auch nach Ablauf von ca. 5 bis 6 Monaten seit Eröffnung des Cafes am 29. Februar 2016 insgesamt noch kein Gewinn erzielt wurde, legt dies nicht den Hinweis auf Missbrauch nahe. Der Antragsgegner hat dafür keine Anhaltspunkte benannt.

Ist der Antragsteller somit freizügigkeitsberechtigt, ist er nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

Zur Deckung des Regelbedarfs stehen dem Antragsteller 404,00 Euro monatlich zu (Bekanntmachung über die Höhe der Regelbedarfe nach [§ 20 Absatz 5 SGB II](#) für die Zeit ab 1. Januar 2016 - RBBek 2016 - vom 22. Oktober 2015 - [BGBl. I S. 1792](#)).

Ein Anordnungsgrund ist ebenfalls glaubhaft gemacht.

Der Antragsteller erhielt nach seiner eidesstattlichen Versicherung vom 1. September 2016 nur darlehensweise kleinere Summen Bargeld von Bekannten, die ihn jedoch nicht weiter dauerhaft unterstützen; im Übrigen bestreitet er einen Teil der Verpflegung durch geringe Privateinnahmen aus dem Cafe. Eine Sicherung des Lebensunterhalts war (ist) mit solchen allenfalls sporadischen Unterstützungen nicht gewährleistet. Die Vornahme von Privateinnahmen aus dem Cafe ist angesichts der wirtschaftlichen Situation des Betriebes aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht zu rechtfertigen, so dass der Antragsteller darauf nicht verwiesen werden kann.

Die Beschwerde hat somit nur teilweisen Erfolg.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 Abs. 1 SGG](#) und entspricht dem Ergebnis des Beschwerdeverfahrens.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren ist abzulehnen, denn der Antragsteller hat darauf keinen Anspruch. Es mangelt an der Erklärung des Antragstellers über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse.

Nach [§ 73 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) erhält auf Antrag Prozesskostenhilfe ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig ([§ 114 Abs. 2 ZPO](#)) erscheint.

Hinreichende Aussicht auf Erfolg ist vorliegend im Beschwerdeverfahren nicht zu prüfen, da der Gegner das Rechtsmittel eingelegt hat ([§ 119 Abs. 1 Satz 2 ZPO](#)).

Dem nach [§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) erforderlichen Antrag auf Bewilligung der Prozesskostenhilfe sind nach [§ 117 Abs. 2 Satz 1 ZPO](#) eine Erklärung der Partei über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen. Ein solcher vollständiger und damit bewilligungsreifer Antrag auf Prozesskostenhilfe ist für jeden Rechtszug gesondert abzugeben, denn nach [§ 119 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) ist Prozesskostenhilfe für jeden Rechtszug gesondert zu beantragen (BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 - [XI ZR 161/01](#), Rdnr. 5, zitiert nach juris). Damit soll zum einen insbesondere sichergestellt werden, dass sich der Antragsteller umfassend erklärt. Zum anderen wird frühestens ab Eingang des insoweit vollständigen Antrages das Gericht überhaupt erst in die Lage versetzt, die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe zu prüfen. Letzteres bedeutet, dass Prozesskostenhilfe frühestens ab dem Zeitpunkt bewilligt werden kann, zu dem neben dem Antrag die diesem Antrag beizufügende Erklärung des Antragstellers nebst entsprechender Belege bei Gericht eingereicht wird, denn frühestens ab diesem Zeitpunkt liegt Bewilligungsreife vor.

Fehlt die erforderliche Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (Vordruck), ist allein deswegen der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abzulehnen (vgl. auch Bundessozialgericht - BSG, Beschluss vom 17. August 2007 [B 1 KR 6/07 BH](#), m. w. N.; BSG, Beschluss vom 21. Mai 2007 - [B 2 U 131/07 B](#), jeweils zitiert nach juris), denn dem Gericht ist es in einem solchen Fall bereits dem Grunde nach unmöglich, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abschließend zu beurteilen.

Der Antragsteller hat eine solche Erklärung trotz Erinnerung nicht abgegeben.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).
Rechtskraft

Aus
Login
BRB
Saved
2016-11-09