L 9 AS 44/07 ER

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
9
1. Instanz
SG Wiesbaden (HES)
Aktenzeichen
S 12 AS 564/06 ER
Datum
15.01.2007
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 9 AS 44/07 ER
Datum
13.09.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
Ausländer, denen ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland nicht zusteht, sind nicht anspruchsberechtigt nach dem SGB II. Das gilt auch dann, wenn dem Ausländer aufgrund unrichtiger Angaben eine Freizügigkeitsbescheinigung/EU erteilt wurde. Der Freizügigkeitsbescheinigung/EU kommt lediglich deklaratorische Bedeutung zu; sie entfaltet keine Tatbestandswirkung. Für den Leistungsanspruch ist es unerheblich, ob die zuständige Behörde das Nichtbestehen der Freizügigkeitsberechtigung bestandskräftig festgestellt hat.

Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, haben nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Die Bestimmung ist mit Art. 12 EGV vereinbar.
Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Wiesbaden vom 15. Januar 2007 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren von der Antragsgegnerin die Bewilligung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II).

Die 1981 geborene Antragstellerin zu 1. ist litauische Staatsangehörige und lebt nach ihren Angaben seit vier Jahren in Deutschland. Die Antragstellerin zu 2. wurde 2007 geboren. Die Antragsgegnerin erteilte der Antragstellerin zu 1. am 20. April 2005 eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU). Danach genießt die Antragstellerin zu 1. Freizügigkeit gemäß § 2 Abs. 1 i.V.m. § 13 FreizügG/EU. Die Gültigkeit der Bescheinigung ist befristet bis zum 19. April 2010. Eine unselbständige Beschäftigung ist nur nach Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit gemäß § 284 Abs. 1 SGB III gestattet. Die Antragstellerin zu 1. hat zum 1. Juni 2005 ein Gewerbe angemeldet (Reinigungstätigkeiten in privaten Haushalten, Bedienungstätigkeiten), das sie zum 18. Oktober 2006 wieder abgemeldet hat.

Die Antragstellerin zu 1. beantragte am 20. September 2006 und mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 1. Dezember 2006 bei der Antragsgegnerin die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II. Den Antrag hat die Antragsgegnerin – soweit ersichtlich – bisher nicht beschieden.

Die Antragstellerin zu 1. hat am 7. Dezember 2006 beim Sozialgericht Wiesbaden um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nachgesucht. Zur Begründung hat sie vorgetragen, sie verfüge seit ihrer Trennung von ihrem Lebensgefährten im Sommer 2006 über keine regelmäßigen Einkünfte mehr. Sie habe ihren Lebensunterhalt seitdem aus Schwarzarbeit, von geliehenem Geld, monatlichen Zuwendungen ihrer einkommensschwachen Mutter aus Litauen in Höhe von ca. 100 EUR bis ca. 150 EUR und den Lebensmitteleinkäufen ihrer Mitbewohnerin bestritten. Die Antragstellerin zu 1. sei erwerbsfähig, könne aber zunächst wegen Schwangerschaft und jetzt wegen der Betreuung ihres Babys – der Antragstellerin zu 2. – ihren Lebensunterhalt nicht durch Erwerbstätigkeit sicherstellen. Sie habe zum 1. Juni 2006 eine private Krankenversicherung abgeschlossen, deren monatliche Beiträge in Höhe von 250 EUR sie bisher mit geliehenem Geld finanziert habe. Auf ihren weiteren Leistungsantrag nach dem SGB II vom 1. Dezember 2006 habe die Antragsgegnerin nicht reagiert.

Die Antragsgegnerin ist dem Begehren entgegengetreten. Sie vertritt die Auffassung, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

sei mit Rücksicht auf die fehlende Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 1. nach § 8 Abs. 2 SGB II nicht gegeben. Weder sei der Antragstellerin zu 1. die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt worden noch könne ihr die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt werden.

Das Sozialgericht Wiesbaden hat den Leistungen nach dem SGB II betreffenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 15. Januar 2007 abgelehnt, den auf Leistungen nach dem SGB XII gerichteten Verfahrensteil abgetrennt und an die zuständige 14. Kammer des Sozialgerichts Wiesbaden (S 14 SO 4/07 ER) abgegeben. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, die Antragstellerin zu 1. habe schon einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht, denn ein existenzsicherndes Einkommen scheine jedenfalls bis in absehbarer Frist gesichert zu sein. Denn die Antragstellerin zu 1. habe lediglich vorgetragen, sie sei in Sorge, sollte sie sich kein weiteres Geld mehr leihen können. Darüber hinaus seien die wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragstellerin zu 1. nicht dargelegt und glaubhaft gemacht. Es fehle auch an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II seien Ausländer von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. Die Antragstellerin zu 1. sei als litauische Staatsangehörige und Unionsbürgerin Ausländerin im Sinne der genannten Regelung und ihr Aufenthaltsrecht ergebe sich deshalb allein aus dem Zweck der Arbeitsuche. Dabei sei bei der Zweckprüfung auf die die EU-Ausländer zum Aufenthalt berechtigenden Tatbestände des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU abzustellen. Aus der Aufenthaltsanzeige der Antragstellerin zu 1. gegenüber der Ausländerbehörde der Landeshauptstadt A-Stadt vom 20. April 2005 ergebe sich als Grund ihres Aufenthalts die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Als Zweck der Arbeitsuche im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II sei nach Auffassung des Gerichts auch das Bemühen um Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der Aufenthaltsanzeige der Antragstellerin zu 1. anzusehen; denn es handele sich auch insoweit um die Suche von Erwerbsarbeit. Eine Beschränkung auf abhängige Beschäftigungen im Gegensatz zu selbständigen Tätigkeiten – wie im sozialrechtlichen Sprachgebrauch üblich – habe der Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nicht mittels entsprechender Wortwahl zum Ausdruck gebracht. Zwar solle nach den Gesetzesmotiven das Vorliegen anderer Freizügigkeitstatbestände als der Arbeitsuche der Leistungsausschluss nicht greifen (BT-Drs. 16/688, S. 13). Doch habe der Gesetzgeber mit § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ausdrücklich die europarechtlichen Vorgaben aus Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38/EG umsetzen wollen, und die Öffnungsklausel in der vorgenannten Regelung für einen mitgliedstaatlichen Leistungsausschluss knüpfe in ihrem personellen Regelungsbereich wörtlich an "Arbeitnehmer oder Selbständige" an. Dass Selbständige nicht von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II erfasst würden, könne den Gesetzesmotiven nicht entnommen werden. Die Antragstellerin zu 1. zähle weder zu den tatsächlich Niedergelassenen noch zu den tatsächlich Dienstleistungen Erbringenden. Sie habe lediglich gegenüber der Ausländerbehörde als Aufenthaltsgrund "Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit" angegeben und in dem vorliegenden Verfahren behauptet, durch selbständige Arbeit zu ihrem Lebensunterhalt beigetragen zu haben. Weder eine tatsächliche Ausübung selbständiger Tätigkeit, noch deren Legalität (etwa unter den Aspekten legalen Aufenthalts, Gewerbeanmeldung, Steuererklärungen) seien für irgendeinen Zeitpunkt dargelegt. Deshalb könne die bloße Absichtserklärung zugunsten einer selbständigen Tätigkeit lediglich als beabsichtigte Arbeitsuche gewertet werden. Andere Freizügigkeitstatbestände kämen nach Aktenlage nicht in Betracht.

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II erfasse die Antragstellerin zu 1. auch nach europarechtlicher Auslegung. Sie sei Staatsangehörige Litauens und damit eines der aufgrund des Beitrittsvertrages vom 16. April 2003 mit Wirkung ab 1. Mai 2004 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) vom 7. Februar 1992 gewährleiste in Art. 18 Abs. 1 zwar generell die Unionsbürgerfreizügigkeit, jedoch vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Zur Erleichterung der Ausübung der Rechte nach Art. 18 Abs. 1 EGV dürfe der Rat gemäß Art. 18 Abs. 2 Satz 1 EGV Vorschriften erlassen; dies sei in Gestalt der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 geschehen. In Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG sei geregelt, dass abweichend von Abs. 1 der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet sei, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts oder ggf. während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4b einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. In Art. 14 Abs. 4b der genannten Richtlinie sei der vorstehend in Bezug genommene Verlängerungszeitraum dahingehend umschrieben, dass die Unionsmitbürger den Nachweis führen könnten, weiterhin Arbeit zu suchen und begründete Aussicht hätten, eingestellt zu werden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) habe zu den vorstehenden Richtlinienbestimmungen in seinen Entscheidungen – soweit ersichtlich – noch nicht Stellung bezogen. Danach genügten die Absichtserklärungen von Unionsbürgern zur Inanspruchnahme von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit nach § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 FreizügG/EU wohl zur Begründung des Aufenthaltsrechts, nicht jedoch zur Erlangung von Sozialhilfeleistungen im Sinne steuerfinanzierter Grundsicherungsleistungen. Unter "anderen Personen" im Sinne der vorstehenden Bestimmung seien jedenfalls Arbeitnehmer und Selbständige zu verstehen, welche die normierten tatbestandlichen Voraussetzungen für den Leistungsausschluss erfüllten. Ob auch Nicht-Arbeitnehmer und Nicht-Selbständige von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG erfasst seien, müsse hier nicht entschieden werden. Die intendierte Umsetzung der vorgenannten Öffnungsklausel durch den deutschen Gesetzgeber (BT-Drs. 16/688, S. 13) ohne Rücksicht darauf, ob arbeitsuchende Arbeitnehmer und Selbständige ihr Aufenthaltsrecht nach Ablauf von drei Monaten noch zu erfolgversprechender Arbeitsuche nutzten, diskriminiere die Gesamtheit aller EU-Ausländer mit dem Aufenthaltszweck der Arbeitsuche ohne hinreichende europarechtliche Rechtfertigung. Die Antragstellerin zu 1. werde jedoch auch von einem europarechtlich – wie vor – auszulegenden Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II erfasst. Ihre ersten drei Aufenthaltsmonate seien im Zeitpunkt der Antragstellung bei Gericht schon nach eigenem Vorbringen (Aufenthalt in Deutschland seit vier Jahren) vergangen und Nachweise für eine erfolgversprechende Arbeitsuche im Rahmen abhängiger Beschäftigung oder – legaler – selbständiger Tätigkeit seitdem fehlten. Vielmehr sei die Antragstellerin zu 1. nach eigenen Angaben in erster Linie von ihrem früheren Lebensgefährten, ihrer Freundin und ihrer Mutter unterhalten worden.

Die Abtrennung des auf Leistungen nach dem SGB XII gerichteten Verfahrensteils sei wegen der Zuständigkeit der 14. Kammer für solche Streitigkeiten erfolgt.

Die Antragsteller haben am 20. Januar 2007 beim Sozialgericht Wiesbaden Beschwerde eingelegt. Zu Unrecht habe das Sozialgericht einen Anordnungsgrund verneint, da die Antragsteller nicht auf die Möglichkeit der Darlehensaufnahme verwiesen werden könnten. Auch sei ein Anordnungsanspruch zu bejahen. Die Ausnahmevorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II könne auf die Antragstellerin zu 1. schon deshalb nicht angewandt werden, weil die Vorschrift erst am 1. April 2006 in das Gesetz eingefügt worden sei, die Antragstellerin zu 1. aber schon seit mehreren Jahren in Deutschland lebe. Außerdem folge ihr Aufenthaltsrecht aus ihrem Freizügigkeitsrecht und nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche.

Darüber hinaus sei die Abtrennung des auf SGB XII-Leistungen gerichteten Begehrens unwirksam. Dafür gebe es weder eine gesetzliche Grundlage (§§ 202 SGG, 145 ZPO erlaubten eine Trennung bei unterschiedlichem prozessualem Streitgegenstand, nicht aber bei mehreren

materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen) noch sei dies nach dem Geschäftsverteilungsplan des Sozialgerichts Wiesbaden möglich. Dieser enthalte in dem dafür einschlägigen Teil II überhaupt keine Regelung. Diese Lücke lasse sich unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nur so schließen, wie es das Bundessozialgericht in seinem Geschäftsverteilungsplan (Abschnitt II 1 e) getan habe. Danach sei bei Zuständigkeit mehrerer Senate der Senat für das gesamte Verfahren zuständig, in dessen Aufgabenbereich nach dem Revisionsbegehren das Schwergewicht des Rechtsstreits liege.

Mit Beschluss vom 29. Januar 2007 hat das Sozialgericht der Beschwerde gegen den Beschluss vom 15. Januar 2007 nicht abgeholfen. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, das Beschwerdevorbringen stelle den Entscheidungskern nicht in Frage. Zum Anordnungsgrund habe die Beschwerde die Glaubhaftmachung nicht durch einen Tatsachenvortrag nachgeholt. Zum Anordnungsanspruch fehle es zur Glaubhaftmachung weiterhin an rechtlichen Darlegungen. Die bloße Geltendmachung der Inanspruchnahme von EU-Freizügigkeit verkenne, dass SGB II-Leistungen weder nach EU-Recht, noch nach dem SGB II voraussetzungslos zu beanspruchen seien. Das EG-Primärrecht in Art. 39 Abs. 3c EGV erlaube zwar allen EG-Bürgern den Aufenthalt zur Beschäftigungsausübung in einem anderen Mitgliedstaat, was sekundärrechtlich insbesondere auch durch Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38/EG abgesichert sei. EU-Bürgern mit Aufenthalt im Mitgliedstaat räume nachfolgend Art. 7 Abs. 2 der VO-EWG 1612/68 die gleichen sozialen Vergünstigungen ein wie inländischen Arbeitnehmern. Zur Dauer eines – auch leistungsbegründenden – Aufenthalts habe der EuGH – vor der EU-Ost-Erweiterung zum 1. Mai 2004 – im entschiedenen Einzelfall ein Aufenthaltsrecht zur Beschäftigungssuche für sechs Monate und weiter bei Arbeitsuche mit begründeter Aussicht auf Erfolg für möglich gehalten (EuGH – C-292/89 – Slg. 1991, I-773, Rs. Antonissen). Das bereits in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck gekommene Kriterium der Ernstlichkeit der Arbeitsuche verlange nunmehr im Hinblick auf Bürger aus den zum 1. Mai 2004 hinzugekommenen Mitgliedstaaten verstärkte Beachtung, weil für diese der Zugang zum Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten beschränkt werden dürfe (Art. 24 der Beitrittsakte) und in Deutschland beschränkt worden sei. Ergänzend hänge der Leistungsanspruch von EU-Bürgern seit Erlass der Richtlinie 2004/38/EG von deren Maßgaben ab, was hier im tatsächlichen wie im rechtlichen berücksichtigt worden sei. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II sei in der ab 1. April 2006 gültigen Fassung auf Leistungsanträge ab diesem Zeitpunkt anwendbar, da eine Übergangsregelung nicht existiere. Einen Vertrauensschutz in die unveränderte Fortdauer der SGB II-Regelungen in ihrer bis zum 31. März 2006 gültigen Fassung habe die Antragstellerin zu 1. sowenig erworben wie andere Bürger ohne Leistungsanwartschaft. Einen Aufenthaltstitel aus der Zeit vor dem EU-Beitritt des Heimatlandes habe die Antragstellerin zu 1. nicht vorgelegt. Ein de-facto-Aufenthalt in Deutschland von angeblich bereits vier Jahren Dauer sei nicht belegt. Die Durchsicht der im Gesetz enumerativ aufgelisteten Freizügigkeitstatbestände unter Berücksichtigung der Tatsachendarlegungen der Antragstellerin zu 1. lasse keinen anderen Aufenthaltszweck als die Arbeitsuche in Betracht kommen. Zwar stehe eine selbständige Tätigkeit in Rede. Selbständigen – insbesondere EU-Beitrittsbürgern – solle nach Schriftumsmeinung eine Niederlassung großzügiger erlaubt sein als eine nichtselbständige Arbeit, was dann für die SGB II-Leistungsberechtigung von besonderer – wohl günstigerer – Bedeutung sein solle. Inaktive "Selbständige" seien jedoch nach der Richtlinie 2004/38/EG nicht besser gestellt als Arbeitsuchende ohne Aussicht auf Erfolg und dürften gleichfalls von unangemessener Sozialhilfeleistung ausgeschlossen werden. Dies sei bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II im Wege der Auslegung nach Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung europarechtlicher Koordinationsregeln zu berücksichtigen, in dem "Arbeitsuche" nicht allein im engeren Sinne einer abhängigen Beschäftigung, sondern auch im Sinne einer selbständigen Erwerbstätigkeit verstanden werde. Der Leistungssauschluss könne dann greifen, wenn ein EU-Beitrittsbürger eine Selbständigkeit lediglich vorgebe und tatsächlich gar nicht nachweisbar und mit Aussicht auf Erfolg ausübe. So lägen die Dinge hier. Deshalb sei zur Überwindung des Leistungsausschlusses für Arbeitsuchende untauglich, dass die Antragstellerin zu 1. am 20. April 2005 gegenüber der Landeshauptstadt Wiesbaden angegeben habe, der Grund ihres Aufenthalts in Deutschland sei die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit, weil sie – nach Aktenlage – tatsächlich eine solche nicht nachweisbar ausgeübt habe. Weiter sei untauglich, dass der Prozessbevollmächtigte auf dem Boden seiner Kommentierung die Teildeckung des Bedarfs durch "selbständige Arbeit" ohne nachprüfbare Umstände behauptet, jedoch nicht glaubhaft gemacht habe.

Der Trennungsbeschluss sei nicht anfechtbar; ein Verfahrensmangel wegen willkürlicher oder ohne sachlich vernünftigen Grund beschlossener Trennung werde hier verneint. Das Sozialgericht stütze sich auf das gesetzliche Fachkammerprinzip nach § 12 Abs. 5 SGG in seiner Umsetzung durch den ab 1. Januar 2007 geltenden Geschäftsverteilungsplan des Sozialgerichts Wiesbaden, Teil I "Kammerzuständigkeit nach Sachgebieten", welcher die einschlägigen SGG-Regelungen abbilde. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Prozessbevollmächtigte in Teil II suche, was er in Teil I nicht finden wolle. Der Geschäftsverteilungsplan des Bundessozialgerichts möge vorbildhaft sein; er binde das Präsidium des Sozialgerichts Wiesbaden in der Verteilung seiner Geschäfte nicht, wenn es auf seine Weise das Fachkammerprinzip respektiere, eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts als Verfahrensmangel vermeide und so den gesetzlichen Richter gewährleiste.

Der Bevollmächtigte hat im Beschwerdeverfahren ergänzend vorgetragen, dass der Antrag prozessual auf SGB-Unterhaltsleistungen für die Antragsteller gerichtet sei, der materiell auf SGB II und SGB XII gestützt werde. Bei dem 2006 unregelmäßig erzielten Einkommen der Antragsstellerin zu 1. aus selbständiger Tätigkeit handele es sich um ein solches als Serviererin. Nachdem die Antragstellerin zu 1. lebensgefährlich erkrankt gewesen sei und sich am 20. April, 22. April und 24. April 2004 Operationen habe unterziehen müssen, sei ihre Mutter aus Litauen am 24. April 2007 angekommen und bis zum 11. Juni 2007 geblieben, hauptsächlich zur Betreuung der Antragstellerin zu 2. und der auch nach dem Krankenhausaufenthalt noch erheblich geschwächten Antragstellerin zu 1. Vom 11. Juni 2007 bis zum 28. Juni 2007 hätten sich die Antragsteller bei der Mutter der Antragstellerin zu 1. in Litauen aufgehalten. Zu den finanziellen Unterstützungen durch die Mutter bzw. Freunde und Bekannte hat die Antragstellerin zu 1. angegeben, dass sie von ihrer Mutter durch wechselnde Buskuriere bzw. Busfahrer regelmäßig monatlich 100 bis 150 EUR, zuletzt im Juli 2007 150 EUR, erhalten habe. Bei ihrem Aufenthalt vom 22. April 2007 bis zum 11. Juni 2007 habe ihre Mutter die Lebensmittel für die Antragsteller aus eigenen Mitteln gekauft sowie die Kosten für die gemeinsame Flugreise nach Litauen und die Rückreise der Antragsteller mit dem Bus übernommen sowie ihnen zusätzlich 200 EUR Bargeld gegeben. In der Vergangenheit bis zu ihrem Krankenhausaufenthalt im April 2007 habe sich die Antragstellerin zu 1. von insgesamt fünf Landsleuten Geld geliehen, ohne dass schriftliche Vereinbarungen geschlossen worden seien, und zwar in Höhe von insgesamt jeweils 130 EUR (Februar 2007), 150 EUR (Dezember 2006/Januar 2007), 180 EUR (Ende 2006), 250 EUR (März/April 2007) und 280 EUR (Ende 2006). Nach ihrem Krankenhausaufenthalt habe sie weitere 400 EUR erhalten. Die Antragstellerin zu 1. hat Namen und Anschriften der Geldgeber mitgeteilt. Ihre Mitbewohnerin habe Lebensmittel bezahlt und, soweit es ihr möglich gewesen sei, die Miete; inzwischen seien aber Mietschulden aufgelaufen. Vom Kindesvater, der die Vaterschaft am 23. Juli 2007 anerkannt habe, habe die Antragstellerin zu 1. im Jahre 2006 Sachzuwendungen und auch drei bis vier Monatsmieten bekommen, und zwar in der Zeit vor dem Ende der Beziehung. Unterhalt habe er aber weder für sie noch für das gemeinsame Kind gezahlt. Die Antragstellerin zu 1. habe mit Schreiben vom 22. Mai 2007 alle geforderten Unterlagen, darunter auch die aktuellen Bankauszüge, eingereicht, ohne dass die Antragsgegnerin Nachbesserungen verlangt oder

Beanstandungen erhoben habe. Aktuelle Bankauszüge, auch diejenigen aus der Zeit vor Dezember 2006, habe sie beim Sozialgericht Wiesbaden (S 14 SO 4/07 ER) auf Anforderung eingereicht. Außer den bekannten Sozialleistungen – Kindergeld in Höhe von monatlich 154 EUR und Elterngeld in Höhe von 300 EUR – sowie den angegebenen Zuwendungen der Mutter und Mitbewohnerin sowie ihrer Landsleute hätten die Antragsteller keine Einkünfte. Unterhaltsvorschussleistungen habe sie im Februar 2007 beantragt; Leistungen würden aber erst jetzt nach der Vaterschaftsanerkennung erstmals wahrscheinlich im August 2007 erbracht werden. Die zur Überbrückung erbrachten Leistungen seien erkennbar wegen der Leistungsverweigerung der Antragsgegnerin erfolgt und deshalb kein anzurechnendes Einkommen. Bis Ende des letzten Jahres habe die Antragstellerin zu 1. Einkünfte aus Schwarzarbeit gehabt, die naturgemäß nicht belegt werden könnten. Danach habe sie wegen der Geburt ihres Kindes und ihrer Krankheit nicht mehr arbeiten können, was auch derzeit nicht möglich sei. Das LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 25. April 2007 – L 19 B 116/07 AS ER –) habe bestätigt, dass bei Unionsbürgern aufgrund ihres Aufenthaltsstatus nach Maßgabe des Europarechts kein SGB II-Leistungsausschluss bestehe.

Die Antragstellerin zu 1. hat verschiedene Unterlagen eingereicht, u.a. Kontoauszüge, die im Rahmen ihres Antrages auf Krankenhilfe nach dem SGB XII beim Amt für Soziale Arbeit der Antragsgegnerin (Schreiben vom 22. Mai 2007) vorgelegt wurden, und eine Bescheinigung des Vermieters über Mietrückstände in Höhe von insgesamt 3.890 EUR für den Zeitraum von Mai 2006 bis Juli 2007. Sie hat außerdem unter dem 6. Juli 2007 eine Eidesstattliche Versicherung abgegeben.

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,
den Beschluss des Sozialgerichts Wiesbaden vom 15. Januar 2007 aufzuheben und die Antragsgegnerin im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin zu 1. ab Eingang des Eilantrages beim Sozialgericht (7. Dezember 2006) und der Antragstellerin zu 2. seit ihrer Geburt (2007) Leistungen nach dem SGB II,
hilfsweise
Leistungen nach dem SGB XII in gesetzlichem Umfang zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Das Sozialgericht Wiesbaden habe zutreffend ausgeführt, dass zu Lasten der Antragsteller der Leistungsausschuss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II eingreife. Das Aufenthaltsrecht der Antragsstellerin zu 1. ergebe sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche. Andere Gründe seien nicht ersichtlich und seien auch nicht glaubhaft dargelegt worden. Mit der Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zum 1. April 2006 sei nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38/EG umgesetzt worden. Hiernach könnten nach nationalem Recht Personen und ihre Familienangehörigen vom Bezug sozialer Leistungen ausgeschlossen werden, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein auf den Zweck der Arbeitsuche gründe. Hierzu verweise die Antragsgegnerin auch auf die Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen vom 15. Juni 2007 (L 20 B 59/07 AS ER). Trotz wiederholter Aufforderung sei eine Aufstellung über die Höhe und den Zeitpunkt finanzieller Unterstützungen durch die Mutter der Antragstellerin zu 1. bzw. Freunde und Bekannte bisher nicht vorgelegt worden. Es fehle auch nach wie vor ein Nachweis über einen Aufenthaltsstatus, der einen Anspruch nach dem SGB II begründen könne. Ferner fehlten lesbare Kontoauszüge für die Zeit ab Juli 2006, da die erste Vorsprache der Antragstellerin zu 1. beim Amt für Soziale Arbeit bereits im September 2006 erfolgt sei. Es sei nach wie vor unklar, wie die Antragstellerin zu 1. ihren Lebensunterhalt bestreite. Sie erhalte lediglich Kindergeld in Höhe von 154 EUR und Elterngeld in Höhe von 300 EUR monatlich.

In dem auf Leistungen nach dem SGB XII gerichteten Verfahren hat das Sozialgericht Wiesbaden (S 14 SO 4/07 ER) bisher keine Entscheidung getroffen.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und auf den der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Antrag war dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin zu 1. Hilfeleistungen nach dem SGB II, hilfsweise nach dem SGB XII (Schriftsatz des Bevollmächtigten vom 2. Februar 2007) für sich ab Eingang des Eilantrages beim Sozialgericht (7. Dezember 2006) und für die Antragstellerin zu 2. ab dem Tag der Geburt (2007) begehrt. Insoweit war das Rubrum um die Antragstellerin zu 2. zu ergänzen, die ihre Ansprüche eigenständig, gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, die Antragstellerin zu 1., verfolgt.

Die Beschwerde ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Abtrennung der Leistungen nach dem SGB XII betreffenden Verfahrensteils richtet. Nach § 172 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) können u.a. Beschlüsse über Verbindung und Trennung von Verfahren nicht mit der Beschwerde angefochten werden. Im Übrigen ist die Trennung auch in der Sache nicht zu beanstanden. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Gründe des Nichtabhilfebeschlusses des Sozialgerichts vom 29. Januar 2007 Bezug (§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG). Leistungen nach dem SGB XII sind daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Über diese Ansprüche wird das Sozialgericht in dem Verfahren S 14 SO 4/07 ER entscheiden.

Die im Übrigen zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung sind nicht gegeben. Das Sozialgericht hat daher den Antrag zu Recht abgelehnt.

Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis getroffen werden, wenn dies zur Abwehr wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dies setzt voraus, dass das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) und die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) glaubhaft gemacht werden (§ 86b Abs. 2 Satz 3 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die
1. das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige). Die Erwerbsfähigkeit regelt ergänzend § 8 SGB II. Danach ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein (Abs. 1). Im Sinne von Abs. 1 können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (Abs. 2). § 7 SGB II enthält über die allgemeinen Voraussetzungen hinaus eine besondere Ausschlussregelung für Ausländer. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II in der ab 1. April 2006 geltenden Fassung (Gesetz vom 24. März 2006, BGBl. I 558) sind u.a. Ausländer von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. In den Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 16/688, S. 13) wird die Regelung mit der Umsetzung von EU-Recht (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004) begründet. Danach ist der jeweilige Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder ggf. während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4b (um Arbeit zu suchen) einen Anspruch auf Sozialhilfe bzw. Leistungen für Studien- und Berufsausbildung zu gewähren (Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG). Das Recht zur Einreise und zum Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen regelt das zum 1. Januar 2005 in Kraft getretene Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I 1950). Nach dessen § 2 Abs. 1 haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt. Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU:
1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitsuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
3. Unionsbürger, die als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen i.S.d. Art. 50 EGV erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
5. Verbleibeberechtigte i.S.d. VO-EWG 1251/70
6. Nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4 (ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Finanzmittel),
7. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 (z.B. Kinder in gemeinsamer Wohnung; Krankenversicherungsschutz und ausreichende Finanzmittel) und 4. Die Antragstellerin zu 1. hält sich nach ihren Angaben gegenüber der Meldebehörde der Antragsgegnerin zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland auf. Ihr wurde eine Freizügigkeitsbescheinigung nach § 2 Abs. 1 i.V.m. § 13 FreizügG/EU vom 20. April 2005, gültig bis zum 19. April 2010, erteilt. Eine unselbständige Beschäftigung ist danach nur nach Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit nach § 284 Abs. 1 SGB III gestattet. Eine derartige Genehmigung hat die Antragstellerin zu 1. nicht beantragt, auch hat sie eine abhängige Beschäftigung nicht ausgeübt. Die Entfaltung einer selbständigen Tätigkeit ist ebenfalls nicht ersichtlich. Die Antragstellerin zu 1. hatte zwar zeitweilig ein Gewerbe angemeldet. Ihrem Vortrag kann aber nicht entnommen werden, dass sie eine selbständige Tätigkeit aufgenommen und daraus Einnahmen erzielt hat. Die Behauptung, ihren Lebensunterhalt teilweise aus Schwarzarbeit bestritten zu haben, belegt jedenfalls die Ausübung einer solchen Tätigkeit nicht. Zum einen kann ein Aufenthaltsrecht zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit nur innerhalb der Rechtsordnung, d.h. nur für eine legale Tätigkeit, bestehen. Die von der Antragstellerin zu 1. eingeräumte Schwarzarbeit ist schon aus diesem Grunde nicht als selbständige Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 FreizügG/EU anzusehen. Darüber hinaus lässt nur die niedergelassene selbständige Erwerbstätigkeit die Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU entstehen. Der Begriff der Niederlassung i.S.d. Art. 43 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7. Dezember 1992 (EGV) erfasst die Aufnahme und Ausübung einer (wirtschaftlichen) Erwerbstätigkeit, die selbständig und auf der Grundlage einer festen Einrichtung dauerhaft auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates angelegt ist, sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (Müller-Graf in: Streinz, EUV/EGV, 1. Aufl. 2003, Art. 43 EGV Rdnr. 11; zu den Anforderungen an eine Niederlassung vgl. auch LG Berlin, Urteil vom 16. September 2003 – 7 S 13/03 – VersR 2004, 56). Das Bestehen einer derartigen Niederlassung kann dem Vortrag der Antragstellerin zu 1. nicht entnommen werden. Die Antragstellerin zu 1. gehört auch nicht zu den Erbringern von Dienstleistungen i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU. Die Freizügigkeitsberechtigung nach dieser Bestimmung setzt voraus, dass der Unternehmer seine Leistung außerhalb des Staates seiner Niederlassung erbringt (Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 2 FreizügG/EU Rdnr. 14). Auch diese Voraussetzungen liegen ersichtlich nicht vor. Im Übrigen handelt es sich nach den Angaben der Antragstellerin zu 1. in der Gewerbeanmeldung ohnehin um Tätigkeiten (Reinigungstätigkeiten in privaten Haushalten, Bedienungstätigkeiten), die üblicherweise in abhängiger Beschäftigung ausgeübt werden. Es ist daher davon auszugehen, dass die Deklarierung der angemeldeten als selbständige Tätigkeit in der Gewerbeanmeldung erfolgte, da die Ausübung einer abhängigen Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit möglich gewesen wäre.

Der Antragstellerin zu 1. steht auch kein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche zu. Was unter dem Begriff "Arbeitsuche" zu verstehen ist, definieren weder das FreizügG/EU noch das SGB II. Nach der Legaldefinition des § 15 Satz 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) sind Arbeitsuchende Personen, die eine Beschäftigung als Arbeitnehmer suchen. Das gilt nach § 15 Satz 3 SGB III auch, wenn sie bereits eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit ausüben, nicht dagegen, wenn sie eine selbständige Tätigkeit suchen. Dafür, dass auch die hier in Rede stehenden Regelungen in diesem Sinne zu verstehen sind, spricht schon die systematische Stellung des Begriffs "Arbeitsuche" im Zusammenhang mit der Ausübung einer abhängigen Beschäftigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU). Außerdem legt der Wortlaut des Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38/EG ein solches Verständnis nahe, denn nach dieser Regelung ist die Unzulässigkeit einer Ausweisungsmaßnahme bei Unionsbürgern, die in einen anderen Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind, um Arbeit zu suchen, daran geknüpft, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Eine Einstellung kann sich begrifflich nur auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis beziehen. Eine derartige Suche einer abhängigen Beschäftigung hat die Antragstellerin zu 1. nach ihrem eigenen Vortrag nicht entfaltet. Selbst wenn man unter den Begriff der "Arbeitsuche" auch das Bemühen um eine selbständige Erwerbstätigkeit fassen wollte (so B./Schoch in: LPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, § 7 Rdnr. 19, § 8 Rdnr. 36), fehlt es im Falle der Antragstellerin zu 1. jedenfalls an einer beabsichtigten Arbeitsuche im Rahmen einer legalen niedergelassenen Tätigkeit.

Den Antragstellern steht auch kein Aufenthaltsrecht als nichterwerbstätige Freizügigkeitsberechtigte nach § 2 Abs. 2 Nrn. 6 und 7 i.V.m. § 4 FreizügG/EU zu. Die Bestimmung knüpft an Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG an. Art. 7 Abs. 1 regelt das Recht auf Aufenthalt des

Unionsbürgers für mehr als drei Monate, wenn er (a) Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmestaat ist, (b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder (c) zur Absolvierung einer Ausbildung bzw. Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist, (d) ein den Unionsbürger begleitender Familienangehöriger ist, der die Voraussetzungen des Buchstaben a, b, oder c erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht. Nach § 4 FreizügG/EU haben nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die bei dem nichterwerbstätigen Freizügigkeitsberechtigten ihre Wohnung nehmen, das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Familienangehörige im Sinne dieser Vorschrift sind u.a. der Ehegatte und die Kinder, denen Unterhalt geleistet wird. Da die Antragsteller nicht über die erforderlichen Existenzmittel verfügen, liegen die Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU nicht vor. Die Regelung ist auch mit höherrangigem Recht, insbesondere dem EG-Vertrag vereinbar. Art. 18 EGV gewährleistet grundsätzlich die Freizügigkeit für jeden Unionsbürger i.S.d. Art. 17 EGV. Nach der Rechtsprechung des EuGH erkennt Art. 18 EGV zwar jedem Unionsbürger das Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten unmittelbar zu (Vorabentscheidung vom 7. September 2004 – C-456/02 – Rs. Trojani). Allerdings gelte dieses Recht nicht absolut, sondern bestehe nur vorbehaltlich der im EGV und Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. So könnten die Mitgliedstaaten nach Art. 1 der Richtlinie 90/364 von Angehörigen eines (anderen) Mitgliedstaats, die das Recht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet wahrnehmen wollten, 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 Aufenthaltes nicht die Sozialhilfe des Aufnahmestaates in Anspruch nehmen müssten (EuGH s.o. Nrn. 31-33). Diese Beschränkungen und Bedingungen sind unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden (EuGH s.o. Nr. 34). Beantragt der Hilfesuchende gerade aus Mangel an Existenzmitteln eine Leistung wie das Arbeitslosengeld II oder die Sozialhilfe, erwächst einem Unionsbürger aus Art. 18 EGV in Anwendung dieser Grundsätze kein Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, da es ihm an ausreichenden Existenzmitteln im Sinne der Richtlinie 90/364 fehlt (EuGH s.o. Nr. 35-36).

Ein Aufenthaltsrecht der Antragsteller ergibt sich auch nicht aus § 2 Abs. 2 Nr. 4 FreizügG/EU. Zwar sind Unionsbürger auch dann freizügigkeitsberechtigt, wenn sie während des Aufenthalts in dem anderen Mitgliedstaat lediglich Dienstleistungen in Anspruch nehmen wollen, z.B. als Touristen, Patienten oder Studierende. Allerdings müssen sie auch insoweit über die erforderlichen Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen (Renner, § 2 FreizügG/EU Rdnr. 15 m.w.N.).

Die Antragsteller sind auch nicht Verbleibeberechtigte i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU. Zu diesem Personenkreis zählt nur, wer aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist, nachdem er zuvor als Arbeitnehmer oder als Selbständiger erwerbstätig war (Renner, § 2 FreizügG/EU Rdnr. 16). Die Antragstellerin zu 1. ist weder als Arbeitnehmerin noch als Selbständige einer legalen Erwerbstätigkeit nachgegangen.

Den Antragsstellern steht schließlich auch kein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht unabhängig vom Aufenthaltszweck zu. Das FreizügG/EU enthält zwar keine dahingehende Regelung. Verwaltung und Gerichte sind aber der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung unterworfen (Schreiber, Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen – SGB II und SGB XII -, ZESAR 2006, 423, 431). Art. 6 der Richtlinie 2004/38/EG sieht ein allein an den Status als Unionsbürger anknüpfendes Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates nur für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten vor und dies auch nur mit der Einschränkung, dass die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates nicht unangemessen in Anspruch nehmen (Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG). Die Antragstellerin zu 1. hält sich nach ihren Angaben bereits seit vier Jahren in Deutschland auf, so dass ein Aufenthaltsrecht unabhängig vom Aufenthaltszweck nicht ersichtlich ist.

Steht den Antragstellern damit ein Aufenthaltsrecht nicht zu, sind sie nicht anspruchsberechtigt nach dem SGB II. Zwar enthält das SGB II anders als § 1a Bundeserziehungsgeldgesetz a.F. (vgl. dazu LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 5. Februar 1998 – L 5 Eg 1/97 –) und § 62 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (vgl. dazu Bayer. FG, Urteil vom 2. Dezember 1998 – 9 K 1940/98 –) keine ausdrückliche Bestimmung, die den Anspruch des Ausländers von dem Bestehen der Freizügigkeitsberechtigung oder der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abhängig machen würde. Die Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II schließt aber Ansprüche selbst der Ausländer aus, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Nichts anderes kann für Ausländer gelten, denen ein Aufenthaltsrecht nicht zusteht. Diese Auslegung entspricht auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Denn Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht besitzen, haben auch keinen Anspruch auf Eingliederung in den Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht deshalb, weil der Antragstellerin zu 1. eine Freizügigkeitsbescheinigung/EU ausgestellt wurde. Anders als bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) und der Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG kommt der Freizügigkeitsbescheinigung/EU lediglich deklaratorische Bedeutung zu (Welte, Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU, InfAuslR 2005, 8). Über das Freizügigkeitsrecht wird nämlich nicht durch Verwaltungsakt entschieden; vielmehr gewährt das Gemeinschaftsrecht bei Vorliegen der gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen jedem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen unmittelbar das Recht auf Freizügigkeit (Renner, Ausländerrecht, 2.1 der Vorläufigen Anwendungshinweise zu § 2 FreizügG/EU). Entfällt das Freizügigkeitsrecht, kann sie in den Fällen des § 5 Abs. 5 FreizügG/EU unter den dort genannten Voraussetzungen eingezogen werden. Einer Aufhebungsentscheidung bedarf es nicht. Gleiches gilt für den Fall, dass das Freizügigkeitsrecht zu keiner Zeit bestanden hat. Damit entfaltet die Bescheinigung auch keine Tatbestandswirkung (a.M. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. November 2006 – L 20 B 248/06 AS ER – NDV-RD 2007, 11). Für den Leistungsanspruch ist es unerheblich, ob die zuständige Behörde das Nichtbestehen der Freizügigkeitsberechtigung bestandskräftig festgestellt hat (a.M. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 4. September 2006 – L 20 B 73/06 SO ER – Breith 2007, 156 unter Bezugnahme auf OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Oktober 2005 – 8 S 39/05 –).

Unterstellt man – wie das Sozialgericht –, dass sich die Antragstellerin zu 1. zum Zwecke der Arbeitsuche in Deutschland aufhält und ihr daher ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche zusteht, ergibt sich im Ergebnis keine andere Beurteilung. In diesem Falle wären Ansprüche nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ausgeschlossen. Die in der Rechtsprechung (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. April 2007 – L 19 B 116/07 AS ER –) und in der rechtswissenschaftlichen Literatur (Schreiber ZESAR 2006, 423) zum Teil vertretene Auffassung, diese Bestimmung und die Richtlinie 2004/38/EG seien mit europäischem Primärrecht, namentlich mit Art. 12 EGV, nicht vereinbar, teilt der Senat nicht. Art. 12 Satz 1 EGV verbietet (unbeschadet besonderer Bestimmungen des EGV) im Anwendungsbereich des Vertrages jede

Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Der EuGH hat insoweit festgestellt, dass die Mitgliedstaaten den Aufenthalt eines wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers zwar von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängig machen dürfen, sich daraus aber nicht ergebe, dass einer solchen Person während ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat nicht das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung, wie es in Art. 12 EGV niedergelegt sei, zugute komme (EuGH, Vorabentscheidung vom 7. September 2004 – C-456/02 – Rs. Trojani).

Die Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf Unionsbürger stellt keine verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EGV) dar. Zwar betrifft die Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nur Ausländer. Nach der Rechtsprechung des EuGH reicht allein die Feststellung der diskriminierenden Wirkung einer Vorschrift für die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 12 EGV nicht aus; erforderlich ist stets, dass sie außerdem nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist (Streinz, EUV/EGV, Art. 12 EGV Rdnr. 54 m.w.N.). Die Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II hat – wie die entsprechende Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII – ihre sachliche Rechtfertigung in der Verhinderung eines sog. Sozialtourismus (Fuchs, Die Beschränkung des Arbeitsmarktzugangs für Angehörige aus den EU-8-Staaten, ZESAR 2007, 97, 103). Durch die Verhinderung der Inanspruchnahme von allein an die Bedürftigkeit anknüpfenden Sozialleistungen wie denen nach dem SGB II und dem SGB XII soll der einseitigen Belastung der Sozialleistungssysteme einzelner Länder entgegengewirkt werden. Eine derartige Zielsetzung stellt keine Diskriminierung im Sinne des Art. 12 EGV dar.

Ungeachtet der Frage des Anspruchsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II haben die Antragsteller auch das Vorliegen der Hilfebedürftigkeit nicht glaubhaft gemacht.

Hilfebedürftig ist nach § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem nicht
1. durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit,
2. aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Die Angaben der Antragstellerin zu 1. zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen sind unvollständig. Soweit Angaben erfolgten, sind sie nur teilweise zur Glaubhaftmachung eines Hilfebedarfs geeignet. Für die Zeit vom 22. April 2007 bis zum 11. Juni 2007 hat nach dem Vortrag der Antragsteller die Mutter der Antragstellerin zu 1. den Lebensunterhalt der Antragsteller sichergestellt. Gleiches gilt für die Zeit vom 11. Juni 2007 bis zum 28. Juni 2007, in der sich die Antragsteller bei der Mutter der Antragstellerin zu 1. in Litauen aufgehalten haben. Insofern ist hinsichtlich des Lebensunterhalts ein zu deckender Bedarf schon nicht erkennbar. Im Übrigen leidet der Vortrag der Antragsteller zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen darunter, dass nicht klar ist, in welchem Zeitraum sie über welche finanziellen Mittel verfügt haben. Damit fehlt es an einer substantiierten Darlegung der Hilfebedürftigkeit. So bleibt auch nach den Schreiben des Bevollmächtigten vom 6. Juli 2007 und vom 17. August 2007 unklar, in welcher Höhe genau und zu welchen Zeitpunkten Unterstützungszahlungen der Mutter an die Antragstellerin zu 1. erfolgten bzw. derzeit erfolgen. Nicht substantiiert dargelegt wurden auch die Unterstützungsleistungen der Mitbewohnerin der Antragsteller. Insoweit wurde lediglich mitgeteilt, diese habe Lebensmittel und, soweit es ihr möglich gewesen sei, die Miete gezahlt. Hinsichtlich der Mietrückstände wurde zwar eine Bescheinigung des Vermieters vom 2. Juli 2007 vorgelegt, wonach für die Zeit von Mai 2006 bis Juli 2007 Mietschulden in Höhe von 3.890 EUR aufgelaufen seien. Völlig unklar ist aber, auf welche Zeiträume die Mietrückstände entfallen, von wem die Unterkunftskosten im Innenverhältnis zu tragen sind bzw. getragen werden. Der bloße Verweis des Bevollmächtigten auf die gesamtschuldnerische Verpflichtung der Antragstellerin zu 1. und ihrer Mitbewohnerin beantwortet diese Fragen nicht. Offen ist auch nach dem Vortrag des Bevollmächtigten, ob und ggf. in welcher Höhe im August 2007 Unterhaltsvorschussleistungen bewilligt und ausgezahlt wurden.

Darüber hinaus dürfte auch die Regelung des § 8 Abs. 2 SGB II dem von den Antragstellern geltend gemachten Anspruch entgegenstehen (vgl. dazu LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17. Oktober 2006 – L 3 ER 175/06 AS –; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Dezember 2005 – L 25 B 1281/05 AS ER –; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 14. September 2006 – L 6 AS 376/06 ER –). Da die Antragsteller nicht zum anspruchsberechtigten Personenkreis für Leistungen nach dem SGB II gehören, bedarf diese Frage aber keiner abschließenden Klärung.

Da die Antragsteller einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht haben, kann auch die Frage der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes offen bleiben.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).
Rechtskraft
Aus
Login
HES
Saved
2007-10-11