

## L 7 B 172/09 AS ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Gelsenkirchen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 6 AS 115/09 ER

Datum  
21.04.2009

2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 7 B 172/09 AS ER

Datum  
25.03.2010

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 21.04.2009 wird zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Antragstellers in beiden Instanzen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Antragsgegnerin verpflichtet ist, dem Antragsteller vorläufig Regelleistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) zu gewähren.

Der 1967 geborene Antragsteller ist italienischer Staatsangehöriger. Er reiste 1981 mit seiner Mutter und seinem jüngerem Bruder in die Bundesrepublik Deutschland (BRD), wo sein Vater und sein älterer Bruder bereits beruflich tätig waren, ein. Er besuchte überwiegend in Italien acht Jahre die Schule, machte keine Lehre und übte sodann verschiedene ungelernte Tätigkeiten in Gewerbe und Gastronomie aus. Der Antragsteller war zudem seit 1982 strafrechtlich in Erscheinung getreten. Das Landgericht C verurteilte den Antragsteller 1992 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten. Mit Ausweisungsverfügung vom 29.03.1995 wurde der Antragsteller nach § 46 Nr. 2 i.V.m. § 45 Ausländergesetz (AuslG; vom 09.07.1990) für dauernd aus dem Gebiet der BRD ausgewiesen. Nachdem der Antragsteller im Besitz einer belgischen Aufenthaltsgenehmigung war, erfolgte im Juni 2003 die Abschiebung nach Belgien.

Nach eigenen Angaben hielt sich der Antragsteller in den folgenden Jahren in Belgien und Italien auf. Auf Antrag des Antragstellers befristete die Stadt C nach § 63 AuslG die Wirkung der Abschiebung nach § 8 Abs. 2 AuslG auf den 28.02.2006.

Der Antragsteller reiste im Februar 2007 wieder in die BRD ein. Er beantragte eine Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU) und gab als Grund seines Aufenthaltes die Suche nach einem Arbeitsplatz an. Die Bescheinigung wurde ihm am 16.04.2007 ausgestellt. Der Antragsteller meldete sich im März 2007 arbeitslos. Er wohnte zunächst bei seinen Eltern, dann in der Obdachlosenunterkunft und hat seinen Wohnsitz nach Auskunft der Ausländerbehörde zum 15.12.2009 wieder in der Istraße xx in II polizeilich angemeldet. Seit seiner Einreise ist der drogenabhängige Antragsteller wieder strafrechtlich in Erscheinung getreten.

Er beantragte im Dezember 2008 Grundsicherung. Dabei gab er an, dass er in der städtischen Notunterkunft lebe. Die Antragsgegnerin lehnte mit Bescheid vom 08.12.2008 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 02.03.2009 die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ab, weil der Antragsteller offensichtlich zur Arbeitsaufnahme eingereist sei. Daher sei der Anspruch nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#), auch unter Berücksichtigung der Regelungen des FreizügG/EU, ausgeschlossen.

Hiergegen hat der Antragsteller zum einen Klage beim Sozialgericht (SG) Gelsenkirchen erhoben (S 6 AS 108/09) und zum anderen einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt.

Das SG hat die Antragsgegnerin mit Beschluss vom 21.04.2009 verpflichtet, dem Antragsteller ab dem 08.04.2009 für sechs Monate Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ohne Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von monatlich 351,- EUR zu gewähren.

Gegen den ihr am 28.04.2009 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 15.05.2009 Beschwerde eingelegt. Der Wortlaut des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sei erfüllt. Für eine einschränkende Auslegung lediglich auf Fallgestaltungen der erstmaligen Einreise oder aber für einen Ausschluss der Anwendbarkeit für Zeiten nach Ablauf des dreimonatigen Aufenthalt gebe es weder nach dem Willen des nationalen

Gesetzgebers noch nach dem Gemeinschaftsrecht Raum. Zudem sei die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) europarechtskonform. Ein Verstoß gegen [Art. 12 EG](#) liege nicht vor. Aus der Richtlinie (RL) 2004/38 EG werde gemäß § 24 Abs. 2 RL ein Ausschluss der EU-Bürger für die beitragsunabhängigen Sozialleistungen ermöglicht in den Fällen, in denen die Einreise zur Arbeitsuche erfolge.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss des SG vom 21.04.2009 abzuändern und den Antrag abzulehnen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verweist auf die Entscheidung des SG.

Der Senat hat in Kenntnis des Versicherungsverlaufes der Deutschen Rentenversicherung Westfalen vom 03.05.2009 und des Kontenklärungsverfahrens einen Lebenslauf, die Nachweise über die Bemühungen zur Erlangung einer Beschäftigung und eine Einverständniserklärung für die Beziehung der Ausländerakte angefordert. Die Unterlagen sind mit Schriftsatz vom 19.02.2010 vorgelegt worden. Der Antragsteller teilte ergänzend mit, dass er im Monat Oktober 2009 in einer Pizzeria ausgeholfen und hierfür einen Lohn von 140,- EUR erzielt habe. Belege hierzu konnte er nicht vorlegen. Die Ausländerakte wurde vom Senat sodann beigezogen. Wegen des Ergebnisses der Ermittlungen wird auf den Schriftsatz des Antragstellers vom 19.02.2009 nebst Anlagen sowie den Inhalt der Ausländerakte Bezug genommen.

Das SG hat die Antragsgegnerin mit weiterem Beschluss vom 20.10.2009 verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig ab 07.10.2009 für den Zeitraum von sechs Monaten Regelleistungen in Höhe von 351,- EUR unter einmaliger Anrechnung eines Einkommens in Höhe von 140,- EUR im Monat Oktober 2009 zu gewähren (S 6 AS 281/09 ER). Das Beschwerdeverfahren ist bei dem erkennenden Senat anhängig (L 7 B 402/09 AS ER).

II.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts (SG) Gelsenkirchen vom 21.04.2009 ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs, d. h. des materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird, sowie das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, d. h. die Unzumutbarkeit voraus, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Können ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen. Scheidet eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren aus, ist auf der Grundlage einer an der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes orientierten Folgenabwägung zu entscheiden (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 - [1 BvR 569/05](#) -, [BVerfGK 5, 237](#)).

Das SG hat die Antragsgegnerin zu Recht einstweilen verpflichtet, dem Antragsteller ab dem 08.04.2009 vorläufig für die Dauer von sechs Monaten, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, Regelleistungen zu gewähren. Dem Antragsteller steht bei der gebotenen summarischen Prüfung die Leistung zu. Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund hinreichend glaubhaft gemacht.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben bzw. die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. 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 durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit oder 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.

Der Antragsteller ist Berechtigter im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB II](#). Er hat das 15. Lebensjahr vollendet und noch nicht die Altersgrenze erreicht, ist erwerbsfähig und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD. Der Antragsteller ist auch hilfebedürftig nach [§ 9 Abs. 1 SGB II](#). Er verfügt über kein Einkommen und Vermögen. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte aus der Akte ersichtlich, dass er in dem hier maßgeblichen Zeitraum von den Eltern finanzielle Unterstützung erhielt oder Einkommen erzielt hat.

Ob dem Anspruch des Antragstellers die Vorschrift des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) entgegensteht, ließ sich im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht abschließend feststellen.

Zwar sind nach dem Wortlaut dieser Norm die Voraussetzungen für den Leistungsausschluss nach summarischer Prüfung erfüllt. Denn der Antragsteller ist als italienischer Staatsbürger Ausländer. Er zählt als EU-Bürger zu den sog. "Alt-Unionbürgern" (vgl. hierzu Husmann, NZS 2009, 652, 655 f.; Husmann, NZS 2009, 547 ff.; Brühl-Schoch in LPK, 3. Auflage 2009, § 7 Rn. 22). Das Aufenthaltsrecht des Antragstellers ergibt sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. FreizügG/EU. Zum einen hat der Antragsteller als Grund für seine Einreise im Februar 2007 die Suche nach einem Arbeitsplatz angegeben. Zum anderen ist ein sonstiges Aufenthaltsrecht nach summarischer Prüfung nicht ersichtlich. Denn auch der (spätere) Vortrag, die Einreise sei familiär bedingt gewesen, weil die Eltern und der Bruder in der BRD leben, ermöglicht keine andere vorläufige rechtliche Beurteilung. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FreizügG/EU sind freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten

Personen oder ihrer Ehegatten, die noch nicht 21 Jahre alt sind sowie die Verwandten in aufsteigender und absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten, denen diese Personen oder ihre Ehegatten Unterhalt gewähren. Diese Voraussetzungen sind im Falle des Antragstellers im hier streitigen Zeitraum nicht erfüllt. Der Antragsteller ist nach eigenem Vortrag einmalig im Oktober 2009 einer - auch auf Nachfrage nicht näher quantifizierten und qualifizierten - Aushilfstätigkeit nachgegangen, für die er 140,- EUR erhalten haben will. Eine Glaubhaftmachung von Tatsachen, die eine Einstufung als Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 FreizügG/EU ermöglichen, liegt somit nicht vor.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob die Regelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), die einen Leistungsausschluss ohne entsprechende Öffnungsklausel insbesondere für Alt-Unionsbürger normiert, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. (vgl. u.a. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.07.2008 - [L 7 AS 3031/08 ER-B](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 08.06.2009 - [B 34 AS 790/09 B ER](#); SG Reutlingen, Urteil vom 29.04.2008 - [S 2 AS 295 2/07](#); LSG NRW, Beschluss vom 16.07.2008 - [L 19 B 111/08 AS ER](#); Brühl/Schoch in LPK, § 7 Rn. 20 ff.; Schreiber info also 2008, 3 ff. und 2009,, 195 ff.; Kunkel/Frey, ZFSH 07/2008, 387 ff.; Husmann, NZS 2009, 547 ff., 652 ff.; Hailbronner, ZFSH 2009, 195 ff.; Dr. Piepenstock, jurisPR-SozR, 23/09 Anm. 1). Diese Frage lässt sich im Eilverfahren nicht abschließend klären. Eine Vorlagepflicht der deutschen Gerichte an den Europäischen Gerichtshof, der für die Auslegung der hier in Betracht kommenden Art. 39 und 12 EGV zuständig ist, besteht indes nur für das Hauptsacheverfahren, nach h.M. aber nicht für das einstweilige Rechtsschutzverfahren. Unter Berücksichtigung der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung und des existenzsichernden Charakters der Leistungen nach dem SGB II ist nach der oben dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deshalb eine Folgenabwägung vorzunehmen.

Diese Folgenabwägung geht zugunsten des Antragstellers aus. Danach war dem Antragsteller die Regelleistung einstweilen und vorläufig zu bewilligen. Dabei hat der Senat maßgeblich berücksichtigt, dass die Anspruchsvoraussetzungen insoweit nach derzeitigem Stand unstreitig vorliegen und der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) für einen italienischen Staatsangehörigen als Alt-Unionsbürger unter Berücksichtigung des primären EU-Rechts erheblichen Bedenken begegnen. Diese folgen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) insbesondere in den Verfahren Collins (Urteil vom 23.03.2004 - [C-138/02](#)) und Vatsouras, Koupantze (Urteil vom 04.06.2009 - [C-22/08](#) und [C-23/08](#)). Nach der Rechtsprechung des EuGH darf der Mitgliedsstaat die Gewährung einer Beihilfe davon abhängig machen, dass das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden zum Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wird. Diese kann sich u.a. aus der Feststellung ergeben, dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedsstaat gesucht hat. Folglich können sich die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten, die auf Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedsstaat sind und tatsächlich Verbindungen mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates hergestellt haben, auf [Art. 39 Abs. 2 EG](#) berufen, um eine finanzielle Leistung in Anspruch zu nehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll (EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Rn. 38 ff.; Urteil vom 23.03.2004, Rn. 69 f jeweils zitiert nach juris). Zudem hat der EuGH darauf hingewiesen, dass es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und angesichts der Auslegung, die das Recht auf Gleichbehandlung erfahren hat, nicht mehr möglich sei, eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaats erleichtern soll, vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des [Art. 39 EG](#), der eine Ausprägung des [Art. 12 EG](#) sei, auszunehmen.

Nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung ist eine tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt des arbeitsuchenden Alt-Unionsbürgers glaubhaft gemacht. Der Antragsteller hat sich im März 2007 arbeitslos gemeldet, elf Aktivitätsnachweise als Beleg für seine Arbeitsuche vorgelegt und von Mai bis September 2009 bei der Antragsgegnerin regelmäßig vorgesprochen. Inwieweit Dauer und Umfang der Beschäftigung des Antragstellers im Oktober 2009 eine Qualifizierung als Arbeitnehmer ermöglichen, bleibt den Ermittlungen im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass ohne die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Nach einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ist es für den Antragsteller nicht zumutbar, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Für den hier streitigen Zeitraum für die Dauer von sechs Monaten ab 08.04.2009 verfügte der Antragsteller nicht über die zur Existenzsicherung notwendigen Regelleistungen. Leistungen für Unterkunft und Heizung wurden vom Antragsteller nicht begehrt. Der Antragsteller wohnte in diesem Zeitraum nach Aktenlage in einer Notunterkunft.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-04-01