

S 16 AS 1089/12 ER

Land

Hessen

Sozialgericht

SG Darmstadt (HES)

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

16

1. Instanz

SG Darmstadt (HES)

Aktenzeichen

S 16 AS 1089/12 ER

Datum

25.03.2013

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 9 AS 282/13 B ER

Datum

09.07.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

Für die Begründung auf Aufrechterhaltung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Bundegebiet ist für den Bereich des SGB II ein bestehender und auf Dauer zu erwartender rechtmäßiger Aufenthalt von Ausländern erforderlich.

Eine Verlustfeststellung der Ausländerbehörde beendet die aufgrund der aus dem FreizügG/EU zu entnehmenden Vermutung der Freizügigkeit im Bundesgebiet mit Ihrer Bekanntgabe, auch wenn diese Feststellung nicht sofort vollziehbar ist.

Nach einer wirksamen Verlustfeststellung kann der Leistungsträger und das Sozialgericht das Entstehen von Freizügigkeit aus einem anderen Grund in eigener Kompetenz prüfen, da es hierfür keiner Entscheidung der Ausländerbehörde bedarf.

Zum missbräuchlichen Berufen auf Freizügigkeit.

Der Antrag Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

Den Antragstellern wird für das vorliegende Verfahren der ersten Instanz Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Frau Rechtsanwältin B. bewilligt. Die Beordnung erfolgt zu den Bedingungen eines im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren die Gewährung vorläufiger Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Die Antragsteller zu 1. und 2. sind die miteinander verheirateten Eltern der beiden im Jahr 1995 geborenen Antragstellerinnen zu 3. und 4.

Alle Antragsteller sind rumänische Staatsangehörige. Sie reisten nach ihrem Vortrag im Oktober 2011 aus Spanien, wo sie sich zuvor einige Jahre aufgehalten und die Antragsteller zu 1. und 2. auch gearbeitet hätten, nach Deutschland ein. Der Bescheinigung über die Anmeldung beim Einwohnermeldeamt ist zu entnehmen, dass dort als letzter Wohnsitz "XY. - Rumänien" eingetragen ist.

Seit Februar 2012 waren die Antragsteller im Besitz einer Bescheinigung gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU). Mit Bescheid vom 16. Juli 2012 stellte die Ausländerbehörde des Beigeladenen den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in das bzw. im Bundesgebiet fest. Der hiergegen erhobene Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 19. November 2012 zurück gewiesen. Nach Angabe der Antragsteller seien diese wegen der Klageerhebung beim Verwaltungsgericht nicht bestandskräftig geworden.

Seit dem 3. November 2011 (beim Einwohnermeldeamt angegebenes Einzugsdatum: 27. Oktober 2011) sind die Antragsteller in A-Stadt in der A-Straße gemeldet. Nach dem hier vorgelegten Mietvertrag zahlen die Antragsteller für die 72 m² große Wohnung mit 3 Zimmern, Küche und Bad eine monatliche Kaltmiete von 500,00 EUR sowie monatliche Nebenkosten in Höhe von 100,00 EUR und Heizkosten in Höhe von 50,00 EUR.

Am 1. Februar 2012 beantragten die Antragsteller erstmals beim Antragsgegner die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II. Im Rahmen der Antragstellung gaben sie unter anderem an, sich seit 4 Monaten in Deutschland aufzuhalten und vorher in Spanien gelebt zu haben. Der Antragsteller zu 1. habe dort bei der Müllabfuhr in Vollzeit gearbeitet und ca. 1.000,00 EUR verdient. Nebenbei habe er noch einen Minijob gehabt. Die Antragstellerin zu 2. sei als Reinigungskraft tätig gewesen. Dabei habe es sich ebenfalls um einen Minijob gehandelt.

Die Antragsteller gaben weiterhin an, in Deutschland bis zur ersten Antragstellung von Ersparnissen gelebt zu haben. Als Grund für den Zuzug in den Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners nach vorherigen Wohnsitz in Spanien gaben die Antragsteller im Rahmen der Antragstellung an, sich zum Zwecke der Arbeitssuche hier aufzuhalten, weil sie arbeitslos geworden seien.

Mit Bescheid vom 14. Februar 2012 lehnte der Antragsgegner die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ab. Zur Begründung wurde insoweit angegeben, dass die Antragsteller wegen des Aufenthaltes zur Arbeitssuche einem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) unterlägen, der sowohl die arbeitssuchenden Antragsteller zu 1. und 2. wie auch deren Familienangehörige, die Antragstellerinnen zu 3. und 4., umfasse. Den hiergegen erhobenen Widerspruch, den die Antragsteller damit begründeten, dass sie seit 27. Oktober 2011 in Deutschland seien und über kein Geld mehr verfügten, wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 19. März 2012 zurück. Hiergegen haben die Antragsteller am 29. März 2012 Klage erhoben (Az. S 16 AS 283/12) und zugleich einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt (Az. [S 16 AS 282/12 ER](#)). Mit Beschluss vom 4. Mai 2012 verpflichtete die erkennende Kammer den Antragsgegner im letztgenannten Verfahren unter Ablehnung des Antrags im Übrigen - den Antragstellern vorläufig Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ab dem 29. März 2012 längstens bis zum 30. Juni 2012 in gesetzlicher Höhe zu zahlen. Zur Begründung führte die Kammer in dieser Entscheidung aus, dass die Antragsteller einem Leistungsausschluss wegen eines Aufenthalts im Bundesgebiet allein zum Zwecke der Arbeitssuche gerade nicht unterliegen, da sich die Antragsteller nach der Überzeugung der Kammer nicht zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten bzw. einen solchen Aufenthaltzweck nicht glaubhaft gemacht hatten. Davon ausgehend kam die Kammer zu dem Schluss, dass sich die Antragsteller allein aufgrund der dem Freizügig/EU innewohnenden Vermutung der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes legal im Bundesgebiet aufhalten. In dieser Situation greife der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht, so dass Leistungen letztlich - trotz erheblicher Bedenken hinsichtlich einer hinreichenden Glaubhaftmachung der Bedürftigkeit der Antragsteller - zu bewilligen waren. Allerdings sah sich die Kammer veranlasst, diese Verpflichtung des Antragsgegners zu begrenzen, da zu erwarten war, dass die zuständige Ausländerbehörde den Wegfall der Freizügigkeit bei den Antragstellern feststellen werde. Auf den Beschluss der Kammer vom 4. Mai 2012 im Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#) wird im Übrigen Bezug genommen. Dieser Beschluss wurde von den Beteiligten nicht angefochten.

Mit Bescheid vom 5. Juni 2012 setzte der Antragsgegner den oben genannten Beschluss der Kammer um und gewährte - teilweise darüber hinausgehend - den Antragstellern Leistungen für die Zeit vom 1. Februar 2012 bis 30. Juni 2012 in Höhe von 1.530,00 Euro monatlich. Die Leistungsgewährung wurde auf den Fortzahlungsantrag der Antragsteller vom 19. Juni 2012 hin mit Bescheid vom 20. Juni 2012 auf den Monat Juli 2012 in gleicher Höhe erweitert. Im Rahmen dieses Folgeantrages verneinten die Antragsteller die Frage nach der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in der Anlage "EK" zu diesem Antrag.

Am 5. Juli 2012 beantragten die Antragsteller erneut die Fortzahlung der Leistungen nach dem SGB II beim Antragsgegner. Hierbei gaben Sie unter anderem an, dass hinsichtlich einer Erwerbstätigkeit keine Änderungen eingetreten seien. Dem Antrag waren drei Bescheinigungen von Firmen beigelegt, wonach sich der Antragsteller zu 1. dort um Arbeit bemüht habe, es jedoch keine Beschäftigungsmöglichkeit gäbe. Einer Bescheinigung ist zu entnehmen, dass der Antragsteller zu 1. schon wegen der fehlenden Deutschkenntnisse nicht eingestellt werden könne.

Mit Bescheid vom 31. Oktober 2012 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Antragsteller auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ab. Begründet wurde dies damit, dass die Leistungsvoraussetzung des [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) nicht erfüllt sei, da die Antragsteller wegen der Feststellung des Wegfalls der Freizügigkeit nicht mehr über einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet verfügten.

Gegen diesen Bescheid legten die Antragsteller durch Ihre Bevollmächtigte am 12. November 2012 Widerspruch ein, über den bisher nicht entschieden wurde. Am 16. November 2012 haben die Antragsteller das vorliegende Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes anhängig gemacht. Die Antragsteller meinen, dass wegen des Suspensiveffekts von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Entscheidung der Ausländerbehörde immer noch von einem rechtmäßigen Aufenthalt auszugehen sei. Unabhängig davon habe die Antragstellerin zu 2. eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen, welche ihr (und damit letztlich allen Antragstellern) wiederum das Recht der Freizügigkeit verschaffe. Die Antragstellerin zu 2. habe sich als Blumenverkäuferin selbstständig gemacht und erwirtschaftete hieraus Gewinne zwischen 106,00 und 418,00 EUR.

Die Antragsteller beantragen, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern ab Antragstellung Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt, den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Der Antragsgegner begründete seinen Antrag damit, dass die Rechtsfolgen der Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit mit der Bekanntgabe der Verlustfeststellung eintreten würden. Darüber hinaus sei Freizügigkeit durch die selbstständige Tätigkeit der Antragstellerin zu 2. nicht entstanden, da es insoweit an einer Niederlassung im Sinne der unionsrechtlichen Vorschriften fehle.

Im Laufe des Verfahrens haben die Antragsteller die betriebswirtschaftliche Auswertung für die behauptete selbstständige Tätigkeit der Antragstellerin zu 2. für die Zeit von Mai bis einschließlich Dezember 2012 vorgelegt. Danach will die Antragstellerin zu 2. in diesem Zeitraum einen Gewinn von insgesamt 798,25 EUR erzielt haben, wobei dieser monatlich schwankt zwischen einem Verlust von 475,80 EUR und einen Gewinn von 418,75 EUR.

Die Kammer hat die Antragstellerin zu 2. im Erörterungstermin vom 31. Dezember 2012 persönlich gehört. Auf die Niederschrift über diesen

Termin wird Bezug genommen. Die Antragstellerin zu 2. hat insoweit im Wesentlichen ausgeführt, dass sie jeweils freitags und Samstags zuvor in größeren Sträußen erworbene Rosen, welche sie zu kleinen Blumensträußen von drei Rosen binde, in Gaststätten und Diskotheken veräußere. Zu diesen Lokalitäten gelange sie dadurch, dass der Antragsteller zu 1. sie mit dem Auto ihres Schwagers, also dem Bruder des Antragstellers zu 1., dort hin fahre. Die Lokalitäten befänden sich im Umkreis des Wohnortes der Antragsteller, aber auch in R.-Stadt und D.-Stadt. Namen von Gaststätten und Diskotheken konnte die Antragstellerin zu 2. nicht benennen, was sie damit begründet hat, dass sie Analphabetin sei. Als Name des Bruders des Antragstellers zu 1. bestätigte die Antragstellerin zu 2. den Namen eines weiteren Antragstellers beim hiesigen Gericht im Verfahren [S 16 AS 1095/12 ER](#). Im dortigen Verfahren hat dieser Antragsteller späterhin vorgetragen, bei dem von der Antragstellerin zu 2. im hiesigen Verfahren erwähnten Fahrzeug handelt es sich nicht um seinen Pkw, sondern um ein Fahrzeug, welches er sich bei einem Freund geliehen habe. Wegen der Einzelheiten verweist das Gericht insoweit auf den Beschluss vom 12. März 2013 im Verfahren [S 16 AS 1095/12 ER](#) (veröffentlicht in Juris).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Gerichtsakte in den Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#) und S 16 AS 283/12 sowie der Behördenakte des Antragsgegners (zwei Bände) Bezug genommen. Diese wurden zur Entscheidung herangezogen.

II.

Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist zulässig, aber unbegründet.

Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach Satz 2 der Vorschrift 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. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setzt in diesem Zusammenhang einen Anordnungsanspruch, also einen materiellrechtlichen Anspruch auf die Leistung, zu der der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll, sowie einen Anordnungsgrund, nämlich einen Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründet, weil das Abwarten einer gerichtlichen Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren für die Antragsteller mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre, voraus.

Das Gericht ist im Falle der Antragsteller schon nicht vom Vorliegen eines Anordnungsgrundes überzeugt, da es insoweit an einer hinreichenden Glaubhaftmachung fehlt ([§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) i. V. m. [§ 920 ZPO](#)). Insoweit wird zunächst auf den die Antragsteller betreffenden Beschluss der Kammer vom 4. Mai 2012 ([S 16 AS 282/12 ER](#)) Bezug genommen. An den dort geäußerten Zweifel an der Eilbedürftigkeit hat sich grundsätzlich auch dadurch nichts geändert, dass den Antragstellern für einige Monate Leistungen durch den Antragsgegner gewährt werden mussten. Während die Kammer im oben genannten Verfahren noch im Rahmen einer Folgenabwägung einen Anordnungsgrund zu Gunsten der Antragsteller unterstellt hat, sieht sich die Kammer im hiesigen Verfahren hierzu nicht mehr in der Lage. Dies beruht inhaltlich darauf, dass für die Kammer nicht nachvollziehbar ist, wie die Antragstellerin zu 2. die von ihr behauptete selbstständige Tätigkeit aufnehmen konnte, obwohl zum behaupteten Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit die Antragsteller nach deren Vortrag kein Einkommen hatten, keinerlei finanzielle Unterstützung durch den Antragsgegner stattfand und die Antragsteller im vorherigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (S 16 AS 282/12 ER) immer wieder auf ihre Mittellosigkeit hingewiesen haben. Die Antragstellerin zu 2. trägt insoweit eine Tätigkeit vor, die mit umfangreichen Fahrten mit einem PKW zur Beschaffung und zum Verkauf der Blumen verbunden ist und im übrigen Finanzmittel für den Ankauf der Blumen und des weiteren Materials verlangt. Für das Gericht ist völlig unklar, wie die Antragsteller dies - jedenfalls bis zur Erlangung von Leistungen durch den Antragsgegner, die wiederum der Höhe nach allein der Lebensunterhaltssicherung dienen - finanzieren konnten. Darüber hinaus haben die Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner in den beiden Folgeanträgen vom 19. Juni 2012 und 5. Juli 2012 die behauptete selbstständige Tätigkeit der Antragstellerin zu 2. ausdrücklich verneint, obwohl im vorliegenden Verfahren, wie auch gegenüber der Ausländerbehörde des Beigeladenen gerade daraus die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes hergeleitet werden soll. Daraus kann nur geschlossen werden, dass entweder die Angaben der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner oder gegenüber dem Gericht und der Ausländerbehörde falsch waren oder sind. Insgesamt sind die Angaben der Antragsteller hinsichtlich ihrer Situation und damit auch der Eilbedürftigkeit damit in einem Maße widersprüchlich, dass ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht ist und darüber hinaus einer Folgenabwägungsentscheidung nicht mehr zu ihren Gunsten ausfallen kann.

Die Antragsteller haben darüber hinaus einen Anordnungsanspruch gegenüber dem Antragsgegner nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsteller haben einen Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II zur Sicherung des Lebensunterhaltes nicht glaubhaft gemacht. Die von den Antragstellern begehrten Leistungen nach dem SGB II finden ihre Anspruchsgrundlage in [§§ 7 ff.](#) und [19 ff.](#) SGB II. Hinsichtlich der ablehnenden Entscheidung des Antragsgegners von Relevanz sind insoweit die Vorschriften der [§§ 7, 9 SGB II](#). Die Antragsteller haben insoweit jedenfalls die Voraussetzung des [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#) nicht glaubhaft gemacht. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben (Nr. 1), erwerbsfähig (Nr. 2) und hilfebedürftig sind (Nr. 3) sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (Nr. 4). Insoweit hat das Gericht am Vorliegen der Voraussetzungen nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1](#) und 2 SGB II jedenfalls hinsichtlich der Antragsteller zu 1. und 2. keine Zweifel, zumal der Gesetzgeber mit den Rechtsänderung in [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) klargestellt hat, dass die Antragsteller jedenfalls deshalb als erwerbsfähig anzusehen sind, weil die rechtstheoretische Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitslaubnis bzw. Arbeitsberechtigung bei ihnen gegeben ist. Die Antragsteller zu 3. und 4. erfüllen die Voraussetzungen der zuvor genannten Vorschriften zwar nicht, hätten jedoch insoweit einen Anspruch auf Sozialgeld, wenn Sie mit den Antragstellern zu 1. und 2. eine Bedarfsgemeinschaft bilden würden, so dass es darauf nicht ankommt (vgl. [§ 19 Abs. 1 S. 2 SGB II](#)).

Die Antragsteller haben jedoch nicht glaubhaft gemacht, dass sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#)). Der unbestimmte Rechtsbegriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist in [§ 30 Abs. 3 S. 2 Sozialgesetzbuch - Erstes Buch - Allgemeiner Teil \(SGB I\)](#) legal definiert. Danach hat den gewöhnlichen Aufenthalt jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er sich an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes stark bereichsspezifisch unter Berücksichtigung der jeweiligen Regelungen und Regelungszwecke der einzelnen Bücher des SGB zu interpretieren und daher um eine dem

Gesetz zunächst nicht zu entnehmende rechtliche Komponente erweitert worden (sog. Einfärbungslehre). Danach können Entscheidungen und Begriffsbestimmungen zum gewöhnlichen Aufenthalt, die aus anderen Gesetzen stammen oder sich auf andersgeartete Materien beziehen, nur mit einer gewissen Zurückhaltung auf weitere Sachgebiete übertragen werden. So ist die Frage, wann ein Ausländer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, vom BSG ungeachtet der vereinheitlichenden Definition des gewöhnlichen Aufenthaltes in [§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I](#) für den Bereich verschiedener Sozialgesetze unterschiedlich beantwortet worden (vgl. bspw. BSG Ur. v. 27. Januar 1994 - [5 RJ 16/93](#) - mit Anführung der Fallgruppen; zitiert nach Juris). Für den hier einschlägigen Bereich der Grundsicherung nach dem SGB II hat das BSG mit Urteil vom 16.05.2007 (B [11 b AS 37/06](#) R Rn. 22 nach Juris) entschieden, dass Ausländer nur dann ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) in Deutschland haben, wenn sie über einen Aufenthaltstitel verfügen, der den persönlichen Aufenthalt zulässt. Hieran hat auch die Neufassung von [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) ab dem 01.04.2006, die auf den oben genannten Fall des BSG noch keine Anwendung fand, nichts geändert.

Nach der Rechtsprechung des LSG Nordrhein-Westfalen (Beschl. v. 28. Juni 2011, [L 19 AS 317/11 B ER](#) -, zitiert nach Juris), der sich die erkennende Kammer anschließt, liegt es vor dem oben dargestellten Hintergrund nahe, den Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes bei der Anwendung von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) bereichsspezifisch dahin auszulegen, dass ein prognostisch auf Dauer gesicherter Aufenthalt zu fordern ist, der ein Erreichen des Regelungszieles des SGB II - Beseitigung von Bedürftigkeit durch Aufnahme einer Tätigkeit mit existenzsichernden Ertrag (vgl. [§ 1 Abs. 1 SGB II](#)) - ungefährdet erscheinen lässt. Dies ergibt sich nach Auffassung der Kammer aus den der obigen Definition zu entnehmenden tatbestandlichen Voraussetzungen für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes. Insoweit hat das BSG bereits entschieden, dass maßgebend für die Beurteilung eines gewöhnlichen Aufenthaltes ein zeitliches Element ("nicht nur vorübergehend"), der Wille der Person als subjektives Element und die objektiven Gegebenheiten ("unter Umständen") mit einer vorausschauenden Betrachtung künftiger Entwicklungen sind, die eine gewisse Stetigkeit und Regelmäßigkeit des Aufenthaltes erfordern, nicht jedoch eine Lückenlosigkeit (vgl. BSG, Ur. v. 23. Mai 2012 - [B 14 AS 133/11 R](#) - m. w. N., zitiert nach Juris). Die erkennende Kammer schließt sich dieser überzeugenden Darlegung der erforderlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines gewöhnlichen Aufenthaltes an und erachtet diese Voraussetzungen gerade im Bereich des SGB II als steuerfinanzierte Leistung zur Sicherung des Existenzminimums und zur Eingliederung in den nationalen Arbeitsmarkt für unerlässlich. Denn nur für den Fall, dass - unabhängig von der Nationalität des Betroffenen - die Ziele des SGB II überhaupt auf Dauer sichergestellt werden können, ist der Einsatz von Steuermitteln insbesondere bei der Eingliederung in Arbeit zu rechtfertigen. Letzteres setzt - von wenigen Ausnahmen abgesehen - jedoch voraus, dass der Betroffene erwerbsfähiger Leistungsberechtigter im Sinne des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) ist, so dass es geboten erscheint, das Erfordernis eines derzeit gegebenen und prognostisch auf Dauer zu erwartenden rechtmäßigen Aufenthaltes auch auf die Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums auszudehnen. Voraussetzung für die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes ist daher, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt im Bundesgebiet besteht und zu erwarten ist, dass dieser zukünftig bestehen bleibt. Dies gilt dann jedoch unabhängig von der Nationalität, da beispielsweise auch bei einem Deutschen, bei dem die Gefahr der Aberkennung der deutschen Staatsangehörigkeit besteht oder der Wille zur Aufgabe der Staatsangehörigkeit zu erkennen ist (vgl. §§ 17 ff Staatsangehörigkeitsgesetz), ein gewöhnlicher Aufenthalt ausgeschlossen sein kann. Diese Voraussetzung eines prognostisch zu erwartenden Aufenthaltsrechts für eine die Eingliederung in den Arbeitsmarkt rechtfertigte Dauer erfüllen die Antragsteller jedoch nicht. Die Antragsteller verfügen nicht über ein nationales Aufenthaltsrecht nach dem Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG -). Denn ein solches Recht würde nach [§ 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG](#) der Erteilung eines Aufenthaltstitels bedürfen, welcher bei den Antragstellern weder in Form einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis noch in Form einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG vorliegt (vgl. [§ 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG](#)).

Die Antragsteller können sich auch nicht darauf berufen, dass sie aufgrund europarechtlicher Vorschriften freizügigkeitsberechtigt wären, was ihnen ebenfalls einen dauerhaften Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglichen könnte. Ein solches Recht ergibt sich nicht aus [Art. 21](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) i. V. m. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie - UnionsRL -). Nach [Art. 21 Abs. 1 AEUV](#) hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Nach Art. 7 Abs. 1 UnionsRL hat jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er sich zu einem der dort näher Bezeichneten Zwecke aufhält. Dieses europarechtlich entstehende Recht auf Freizügigkeit wurde vom deutschen Gesetzgeber in der Regelung des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU) vollumfänglich umgesetzt, so dass anhand dieser Vorschriften das Entstehen eines Freizügigkeitsrechts geprüft werden kann, obwohl die Freizügigkeit unmittelbar aus dem Europarecht entsteht. Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 des Vertrages zur Gründung der EG erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4,
6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4,
7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben.

Nach Auffassung der Kammer stand den Antragsteller schon seit dem Zeitpunkt Ihrer Einreise ein solches Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht zu. Insoweit wird zunächst erneut auf die Feststellungen der Kammer im Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#) Bezug genommen, wonach keiner der oben genannten Aufenthaltszwecke bei den Antragstellern vorliegt und sich diese bis zur Entscheidung im dortigen Verfahren insbesondere auch nicht zum Zwecke der Arbeitssuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU im Bundesgebiet aufhielt. Daran hat sich bis zum heutigen Tag nichts geändert. Bei dem Aufenthaltszweck zur Arbeitssuche handelt es sich zunächst einmal nicht um einen Auffangtatbestand, für dessen Erfüllung es genügt, dass die betreffende Person angibt, sich zur Arbeitssuche im Bundesgebiet aufzuhalten. Diese, in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung teilweise vertretene These (vgl. bspw. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. V. 02.08.2012, - [L 5 AS 1297/12 B ER](#) - und wohl auch LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.08.2012, - [L 3 AS 250/12 B ER](#) -.zitiert nach Juris) verkennt, dass die

zuvor genannten europarechtlichen Vorschriften wie auch § 2 FreizügigG/EU die Entstehung des Rechts auf Freizügigkeit von tatsächlichen Gegebenheiten abhängig machen, was ausschließt, das Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes zu unterstellen oder allein auf eine Behauptung hin als gegeben anzunehmen, um ein Freizügigkeitsrecht entstehen zu lassen (vgl. insoweit auch die Ausführungen des EuGH im Ur. v. 4. Juni 2009, - Rs. [C-22/08](#), [C-23/08](#), Vatsouras, Koupatantze -, zitiert nach Juris). Es besteht auch aufenthaltsrechtlich keine Veranlassung für diese Vorgehensweise, da - wie noch weiter auszuführen ist - zumindest das FreizügigG/EU eine Vermutung der Freizügigkeit von Unionsbürgern bis zur Feststellung des Wegfalls nach § 5 Abs. 5 dieses Gesetzes in sich trägt (vgl. BVerwG, Ur. v. 16. November 2010, - [1 C 17/09](#) -, VG Darmstadt, Ur. v. 3. März 2011 [5 K 11/10](#).DA -, zitiert nach Juris). Nach dem zuvor Gesagten muss der Zweck der Arbeitsuche zur Begründung eines Rechts auf Freizügigkeit damit objektiv vorliegen, im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes also von den Antragstellern glaubhaft gemacht werden, was auch im vorliegenden Verfahren, wie schon im Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#), in welchem die Kammer ausführlich dargelegt hatte, warum ein Aufenthalt der Antragsteller zum Zwecke der Arbeitsuche nicht glaubhaft gemacht wurde, nicht erfolgt ist. Die vom Antragsteller zu 1. im Rahmen des Folgeantrages 5. Juli 2012 beim Antragsgegner vorgelegten drei Nachweise für eine Arbeitssuche sind vom Umfang her schon nicht geeignet, einen Aufenthalts zum Zwecke der Arbeitssuche glaubhaft zu machen. Zu den Anforderungen hierfür wird erneut auf die Entscheidung der Kammer im Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#) verwiesen. Darüber hinaus zeigen diese Nachweise jedoch deutlich, dass der Antragsteller zu 1. keine nach der Rechtsprechung des EuGH (Ur. v. 04.06.2009, - [C-22/08](#), [C-23/08](#) -, a.a.O.) zu fordernde tatsächliche Verbindung zum Arbeitsmarkt herstellen kann und darüber hinaus entsprechend Art. 14 Abs. 4 lit. b UnionsRL keine hinreichende Aussicht auf eine Anstellung hat, da er schon mangels Sprachkenntnisse offensichtlich keinen Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt findet. Andere, nach § 2 Abs. 2 FreizG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt auslösende Aufenthaltszwecke waren und sind ebenfalls weder ersichtlich, noch vorgetragen. Die Antragsteller haben letztlich - als einzig in Betracht kommende Alternative - auch durch die behauptete Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch die Antragstellerin zu 2. ein Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU nicht erlangt. Die Antragstellerin zu 2. ist nicht als niedergelassene Unionsbürgerin in einem Umfang selbständig tätig, der ein Freizügigkeitsrecht auslösen würde. Wegen der schon erfolgten Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde des Beigeladenen ist das Gericht - wie auch der Leistungsträger nach dem SGB II - im vorliegenden Fall in eigener Kompetenz befugt zu prüfen und festzustellen, ob bei der Antragstellerin zu 2. dieses Recht entstanden ist, da es hierfür - im Gegensatz zum Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt bzw. der nationalrechtlichen Vermutung der Freizügigkeit - keiner originären Entscheidung der Ausländerbehörde bedarf. Dieses Recht auf Aufenthalt entsteht vielmehr kraft Unionsrecht neu, wenn die dafür erforderlichen Umstände vorliegen. Insoweit ist der Antragstellerseite zwar zuzustimmen, dass bei erneuter Entstehung dieses Rechts der die Verlustfeststellung betreffende Verwaltungsakt der Ausländerbehörde ab diesem Zeitpunkt Gegenstandslos wäre und sich damit auf andere Weise im Sinne des § 43 Abs. 2 Hessisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HVwVfG) erledigen würde. Bei der Antragstellerin zu 2. fehlt es jedoch an der Entstehung eines solchen Rechts, da diese nicht als Selbständige im europarechtlichen Sinne anzusehen ist. Der EuGH definiert den Begriff der Selbständigkeit als die tatsächliche Ausführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit (EuGH, Ur. v. 25. 7. 1991 - Rs [C-221/89](#) - Factortame; zitiert nach Juris). Hinzukommen muss nach Auffassung der Kammer, dass es sich um eine tatsächliche und echte selbstständige Tätigkeit handelt, so dass diese mithin nicht nur einen so geringen Umfang haben darf, dass sie nur unwesentlich und untergeordnet ist (vgl. zur entsprechenden Frage beim Arbeitnehmerstatus: EuGH, Ur. v. 26.02.1992 - Rs [C-357/89](#) - Raulin; zitiert nach Juris).

Die von der Antragstellerin zu 2. vorgetragene Tätigkeit ist nach Auffassung der Kammer weder auf unbestimmte Dauer eingerichtet, noch wirtschaftlich oder gar tatsächlich und echt. Unwirtschaftlichkeit und mangelnde Dauerhaftigkeit der Tätigkeit ergeben sich schon aus dem Vortrag der Antragstellerin zu 2. selbst. Diese hat dem Gericht für die Monate Mai bis einschließlich Dezember 2012 eine betriebswirtschaftliche Auswertung vorgelegt, wonach sie in dieser Zeit einen Gewinn von insgesamt 798,25 EUR erwirtschaftet haben will. Unabhängig davon, dass es für diese Angaben an einer vollständigen Glaubhaftmachung fehlt, weil es an jeglichen Nachweis für die Höhe der Einnahmen mangelt, zeigen diese Zahlen jedoch schon, dass die behauptete Tätigkeit der Antragstellerin zu 2. nicht wirtschaftlich erscheinen kann. Zwar wird in den von ihr vorgelegten Unterlagen oberflächlich ein Gewinn von annähernd 100,00 EUR pro Monat ausgewiesen, insoweit muss jedoch im Rahmen einer hier vorzunehmenden Gesamtschau geprüft werden, ob es sich wirklich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, wie dieser Gewinn entstanden ist. Selbst wenn man den gesamten Vortrag der Antragstellerin zu 2. insoweit einmal als wahr unterstellt, beruht das gesamte Konzept darauf, dass die Antragstellerin zu 2. an den Wochenenden von ihrem Ehemann (dem Antragsteller zu 1.) mittels eines geliehenen Fahrzeugs, für welches die Antragstellerin zu 2. lediglich Benzinkosten zahlen muss, zu verschiedenen Lokalitäten gefahren wird, um dort kleine Rosensträuße zu verkaufen. Wie die dortigen Antragsteller im Verfahren [S 16 AS 1095/12 ER](#) vor dem erkennenden Gericht vorgetragen haben, soll das von der Antragstellerin zu 2. über den Antragsteller zu 1. ausgeliehene Fahrzeug noch nicht einmal den Bruder des Antragstellers zu 1. gehören, sondern wurde von diesem selbst nur von einem Freund ausgeliehen. Dies zeigt schon ganz deutlich, dass die wirtschaftliche Tätigkeit in dem Moment enden muss, in dem entweder der Bruder des Antragstellers zu 1. diesem das Fahrzeug nicht mehr ausleiht, der Antragsteller zu 1. selbst daran gehindert ist, die Fahrtätigkeit für die Antragstellerin zu 2. wahrzunehmen oder aber der Freund des Bruders des Antragstellers zu 1 sein Fahrzeug zurück verlangt, was bei einer - wie behauptet - unentgeltlichen Leihe jederzeit geschehen kann. Nach Auffassung der Kammer ist es augenscheinlich, dass auf dieser Konstruktion eine auf Dauer angelegte Teilnahme am Wirtschaftsleben beim besten Willen nicht gegeben sein kann, zumal das gesamte Konzept auf dem Verschleiß eines unentgeltlich geliehenen Fahrzeugs basiert. Die gleichen Umstände schließen auch die Wirtschaftlichkeit aus. Es fehlt bei den von der Antragstellerin zu 2. vorgelegten Zahlen an einer vollumfänglichen Erfassung der im Rahmen dieser Tätigkeit entstehenden Kosten. Bereits im Erörterungstermin vom 21. Dezember 2012 hatte das Gericht moniert, dass die Fahrzeugkosten nicht in die betriebswirtschaftlichen Auswertungen eingestellt waren. Auch den neuerdings vorgelegten Zahlen kann eine korrekte Erfassung dieser Kosten nicht entnommen werden. Zwar wurde hier für den Monat Dezember 2012 einmalig Ausgaben von 900,00 EUR für "Werbe-/Reisekosten" aufgenommen. Insoweit ist jedoch nicht ersichtlich, ob diese Kosten nur in diesem Monat angefallen sind oder jeden Monat entstehen. Sollte Ersteres der Fall sein, bleibt unklar, wie sich dies auf die einzelnen Monate verteilen soll und wie sich dieser Betrag zusammensetzt. Legt man den Betrag einmal zugunsten der Antragsteller auf die 8 Monate der Tätigkeit um, ergibt sich ein monatlicher Betrag von 112,50 EUR, welcher nach Auffassung der Kammer gerade einmal die monatlichen Benzinkosten abdecken dürfte, da die Antragstellerin zu 2. mindestens einmal wöchentlich zum Einkauf der Blumen nach B-Stadt fahren muss und angibt, pro Woche zwei Verkaufstouren durchzuführen. Bei der Frage der Wirtschaftlichkeit ist darüber hinaus auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin zu 2. über kurz oder lang nicht umhin kommen dürfte, sich ein eigenes Fahrzeug anzuschaffen, da nicht damit zu rechnen ist, dass ihr weiterhin und dauerhaft kostenfrei ein Fahrzeug lediglich gegen Zahlung der Benzinkosten überlassen sein wird. Dies würde aber neben den Benzinkosten weitere Kosten für Anschaffung, Unterhaltung, Steuer und Versicherung mit sich bringen, welche den hier ausgewiesenen Gewinn von rund 99,78 EUR monatlich mehr als aufbrauchen würden. Insgesamt erweist sich daher die Tätigkeit der Antragstellerin zu 2. als nicht tatsächlich und echt, da sich diese von der Wirtschaftlichkeit und den weiteren Entfaltungsmöglichkeiten her gesehen als unwesentlich und untergeordnet darstellt. Dies ergibt sich letzten Endes daraus, dass diese

Tätigkeit noch nicht einmal geeignet sein kann, einen wesentlichen Beitrag zur Lebensunterhaltssicherung allein der Antragstellerin zu 2. beizutragen, geschweige denn für die gesamte Familie der Antragstellerin zu 2.

Will man dies anders sehen, steht der Anerkennung eines Rechts auf Freizügigkeit im Fall der Antragsteller entgegen, dass sich deren Geltendmachen eines Freizügigkeitsrechts nach § 2 FreizügG/EU nach Auffassung der Kammer als missbräuchlich darstellt, was nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unzulässig ist (vgl. EuGH, Urt. v. 2. Mai 1996, - RS [C-206/94](#) - Paletta; Urt.v. 21. Juni 1988 RS C 39/86 - Lair; beides zitiert nach Juris). In der letztgenannten Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass Missbräuche durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen nicht gedeckt sind. In diesem Fall hat der EuGH festgestellt, dass ein Arbeitnehmer, der sich nur in der Absicht in einen Mitgliedstaat begibt, um dort nach einer sehr kurzen Berufstätigkeit eine Förderung für Studenten in Anspruch zu nehmen, gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen missbraucht. Nach Auffassung der Kammer ist diese Rechtsprechung des EuGH, die zur Folge hat, dass derjenige sich nicht auf europarechtliche Ansprüche berufen kann, der diese lediglich zur missbräuchlichen Ausnutzung anderer Rechtspositionen erwerben will, auf alle Grundfreiheiten nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU übertragbar. Die Kammer sieht im Verhalten der Antragsteller ein solches missbräuchliches Handeln. Auch hier ist eine Gesamtschau des Verhaltens der Antragsteller geboten. Die Antragsteller, die ohne jegliche Sprachkenntnisse und ohne Aussicht auf eine Anstellung zum lediglich behaupteten Zweck der Arbeitssuche in das Bundesgebiet eingereisten, haben hier binnen kurzer Zeit und nicht lange nach Ablauf der Frist des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II](#) erstmals Leistungen nach dem SGB II beantragt. Eine hinreichende Arbeitssuche konnte entgegen der Behauptung der Antragsteller nicht hinlänglich nachgewiesen werden. Unmittelbar nachdem die erkennende Kammer im ersten Verfahren der Antragsteller ([S 16 AS 282/12 ER](#)) den Aufenthaltswitz der Arbeitssuche verneint hatte, haben diese nunmehr einen anderen vermeintlichen Aufenthaltswitz geschaffen, der es den Antragsteller ermöglicht, weiterhin Sozialleistungen zu beziehen, ohne einem Leistungsausschluss zu unterliegen. Die Gesamtschau dieses Verhaltens zeigt ein äußerst planmäßiges Vorgehen der Antragsteller im Hinblick auf die Erlangung von Sozialleistungen in der Bundesrepublik. Gerade die von der Antragstellerin zu 2. behauptete selbstständige Tätigkeit, die sich am unteren Rand der Einkommensmöglichkeiten befindet und aufgrund der Art und Weise der Tätigkeit kaum noch weitere Steigerungen in Umsatz und Gewinn zulässt, macht deutlich, dass das gesamte Verhalten der Antragsteller auf einen dauerhaften Bezug von Sozialleistungen im Bundesgebiet ausgerichtet ist. Sicherheit hinsichtlich dieser Feststellung gibt sodann der Umstand, dass die Antragsteller, hier insbesondere in der Person des Antragstellers zu 1. aber auch der Antragstellerin zu 2., ganz offensichtlich keine weiteren Bemühungen um eine Beschäftigung getätigt haben. Jedenfalls fehlt insoweit jeglicher Vortrag gegenüber dem Antragsgegner, der Ausländerbehörde des Beigeladenen oder dem Gericht. Steht den Antragstellern damit ein Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht zu, kommt zu Ihrem Nachteil noch hinzu, dass die Ausländerbehörde des Beigeladenen zwischenzeitlich den Wegfall der Freizügigkeit festgestellt hat, was die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes auch formal und im Bezug auf die Vermutung der Freizügigkeit beendet und damit den Nachweis eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Bundesgebiet für die Antragsteller insgesamt ausschließt. Diese Entscheidung der Ausländerbehörde des Beigeladenen findet im vorliegenden Verfahren auch Beachtung, obwohl die Antragsteller den entsprechenden Verwaltungsakt mit Widerspruch und Anfechtungsklage angefochten haben. Insoweit kann dahin stehen, ob und - mit Blick auf eine analoge Anwendung von [§ 84 AufenthG](#) - in welchem Umfang Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, da die aufschiebende Wirkung jedenfalls nicht geeignet ist, eine bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde bestehende Vermutung, die gerade kein gesetzlich verankertes Recht zum dauerhaften Aufenthalt darstellt, wieder herzustellen. Dies ergibt sich schon aus der vom Gesetzgeber insoweit gewollten Systematik des FreizügG/EU. In der Gesetzesbegründung ist insoweit ausgeführt: "Auf Unionsbürger u. ihre Familienangehörige, die nicht oder nicht mehr nach GemeinschaftsR freizügigkeitsberechtigt sind u. auch kein AufR nach § 2 V genießen, findet dieses Ges keine Anwendung, sondern die Betr unterliegen dem allg AuslR. Entspr. dem Grds, dass Unionsbürger u. ihre Angehörige weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allg AuslR herausgenommen werden, setzt dies einen - nicht notwendigerweise unanfechtbaren - Feststellungsakt der zust Beh voraus. Damit gilt für den in § 1 beschriebenen Personenkreis zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit." ([BT-Drs 15/420 S. 106](#) zu § 11). Dies zeigt deutlich, dass auch der Gesetzgeber bei Einführung des FreizügG/EU davon ausging, dass für die Widerlegung der nationalrechtlichen Vermutung der Freizügigkeit allein die Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde genügt, so dass deren Bestandskraft oder sofortige Vollziehbarkeit nicht erforderlich ist (so auch Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 11 FreizügG/EU Rdnr. 10).

Insgesamt haben damit die Antragsteller einen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet nicht glaubhaft gemacht, vielmehr sind diese nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU wegen der Verlustfeststellung durch die Ausländerbehörde des Beigeladenen zur Ausreise verpflichtet, wobei es wegen des durch die Antragsteller erhobenen Rechtsbehelfs gegen diese Entscheidung allein an der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht fehlt.

Dem hier gefundenen Ergebnis des Fehlens eines gewöhnlichen Aufenthaltes der Antragsteller im Bundesgebiet stehen auch europarechtliche Vorschriften nicht entgegen. Insbesondere verstößt die hier vorgenommene Auslegung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthaltes im Fall der Antragsteller auch nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 der Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO [EG] 883/2004). Dabei geht die Kammer zunächst einmal zu Gunsten der Antragsteller davon aus, dass der Anwendungsbereich der VO [EG] 883/2004 für diese eröffnet ist. Nach Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Nach Art. 1 lit. I VO (EG) 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Rechtsvorschriften" für jeden Mitgliedstaat die Gesetze, Verordnungen, Satzungen und alle anderen Durchführungsvorschriften in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit. Zu den Zweigen der sozialen Sicherheit zählen nach Art. 3 Abs. 1 lit. j VO (EG) 883/2004 auch Familienleistungen, wozu zumindest auch das Kindergeld zu zählen ist, welches die Antragsteller zumindest erhalten haben. Für den vorliegenden Fall kann es insoweit dahin stehen, ob es bei steuerfinanzierten Leistungen, wie dem Kindergeld, genügt, dass diese einmal bezogen wurden oder ob bei dieser Art von Leistungen der aktuelle Bezug zu fordern ist. Denn die Antragsteller sind darüber hinaus wohl auch gesetzlich Krankenversichert, so dass zu Gunsten der Antragsteller von der Eröffnung des Anwendungsbereichs der oben genannten Verordnung auszugehen ist, die nach Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 auch auf die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen der Art. 70 der Verordnung Anwendung findet (vgl. HessLSG, Beschl. v. 14. Juli 2011 [L 7 AS 107/11 B ER](#), a.a.O.).

Im vorliegenden Fall kann dahin stehen, ob Leistungen nach dem SGB II besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne des Art. 70 VO (EG) 883/2004 darstellen. Dies wird zwar in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung überwiegend angenommen, teilweise aber auch abgelehnt (vgl. hierzu LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 07. Juni 2012 - [L 29 AS 920/12 B ER](#) -, zitiert nach Juris). Denn selbst für den Fall, dass die Leistungen nach dem SGB II insgesamt unter den Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 fallen, ändert dies am gefundenen Ergebnis nichts, da sich dadurch die Rechtsposition der Antragsteller nicht verändert.

Zwar haben nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 Personen für die diese Verordnung gilt, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates. Jedoch sieht Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 insoweit als spezielle Regelung vor, dass die dort in Absatz 2 genannten Leistungen ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt werden. Die Leistungen werden vom Träger des Wohnorts und zu seinen Lasten gewährt. Es kommt also für eine Anwendbarkeit von Art. 70 VO (EG) 883/2004 maßgeblich auf den Wohnort der die Leistung begehrenden Person an. Nicht gefolgt werden kann insoweit der Auffassung des sächsischen LSG in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2013 ([L 7 AS 964/12 B ER](#); zitiert nach Juris), wonach diese Regelung lediglich den Export von besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen verbiete. Denn diese Entscheidung verkennt die weiteren Regelungen der VO (EG) 883/2004 und der Verordnung (EG) 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO [EG] 987/2009). Nach Art. 1 lit. j VO (EG) 883/2004 bezeichnet der Ausdruck "Wohnort" den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Dieser Begriff wiederum wird konkretisiert durch Art. 11 VO (EG) 987/2009. Nach dieser Vorschrift bestimmt sich bei Meinungsverschiedenheiten über die Feststellung des Wohnortes einer Person, für die die Grundverordnung (= VO [EG] 883/2004, Anmerkung des Gerichts) gilt nach dem zu ermittelnden Mittelpunkt des Interesses dieser Person aufgrund einer Gesamtbewertung aller vorliegenden Angaben zu den einschlägigen Fakten, wozu gegebenenfalls die folgenden gehören können:

- a) Dauer und Kontinuität des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats;
- b) die Situation der Person, einschließlich
 - i) der Art und der spezifischen Merkmale jeglicher ausgeübten Tätigkeit, insbesondere des Ortes, an dem eine solche Tätigkeit in der Regel ausgeübt wird, der Dauerhaftigkeit der Tätigkeit und der Dauer jedes Arbeitsvertrags,
 - ii) ihrer familiären Verhältnisse und familiären Bindungen,
 - iii) der Ausübung einer nicht bezahlten Tätigkeit,
 - iv) im Falle von Studierenden ihrer Einkommensquelle,
 - v) ihrer Wohnsituation, insbesondere deren dauerhafter Charakter,
 - vi) des Mitgliedstaats, der als der steuerliche Wohnsitz der Person gilt. Es ist deutlich erkennbar, dass Dauer und Kontinuität des Aufenthaltes sowie die wirtschaftliche Verbindung zu dem Aufnahmestaat europarechtliche Voraussetzung für die Begründung eines Wohnortes und damit eines gewöhnlichen Aufenthaltes sind. Beides kann auch nach den europarechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 7 UnionsRL und [Art. 20, 21 AEUV](#)) nur mittels eines rechtmäßigen Aufenthaltes, der ebenfalls auf Dauer und Kontinuität angelegt sein muss, gewährleistet werden. Dieser rechtmäßige Aufenthalt wiederum kann europarechtlich jedoch nur durch eine Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates oder bei ausreichender Sicherung von Lebensunterhalt und Krankenversicherungsschutz hergestellt werden, wie Art. 7 UnionsRL und §§ 2 - 4 FreizügG/EU deutlich zeigen. Damit steht die oben dargelegte Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I](#) im Einklang mit der europarechtlichen Definition des gleichen Begriffes nach Art. 1 und 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 i.V.m. Art. 11 VO(EG) 987/2009. Um insoweit von einem europarechtlich rechtmäßigen Aufenthalt ausgehen zu können, bedarf es damit eines rechtmäßigen Aufenthaltes, welchen die ausreisepflichtigen Antragsteller nicht vorweisen können. Findet damit Art. 70 VO (EG) 883/2004 auf die Antragsteller mangels gewöhnlichen Aufenthaltes keine Anwendung, können diese sich im Hinblick auf die Leistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/2004 auch nicht auf Art. 4 VO (EG) 883/2004 berufen. Denn die speziellere Norm des Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 schließt damit einen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 aus.

Die Antragsteller haben auch gegenüber dem Beigeladenen keinen Anspruch auf Sozialleistungen in Form von Sozialhilfe oder Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) zur Sicherung des Lebensunterhaltes glaubhaft gemacht. Auch insoweit fehlt es damit - über die oben schon dargelegte Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrunds hinaus - an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs. Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII ist im Falle der Antragsteller wegen § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt SGB XII ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Insoweit ist das Gericht davon überzeugt, dass der für diese Vorschrift zu verlangende finale Zusammenhang zwischen dem Einreiseentschluss und der Inanspruchnahme von Sozialhilfe im Sinne eines ziel- und zweckgerichteten Handelns bei den Antragstellern gegeben ist. Erforderlich ist insoweit zwar, dass nach den objektiven Umständen von einem Wissen und Wollen mindestens im Sinne eines Vorsatzes ausgegangen werden kann, der für den Entschluss zur Einreise von prägender Bedeutung gewesen sein muss. Der erforderliche Zusammenhang zwischen der Einreise und der missbilligten Inanspruchnahme von Sozialhilfe besteht jedoch nicht nur, wenn der Wille, Sozialhilfe zu erlangen, der einzige Einreisegrund ist. Beruht die Einreise des Ausländers auf verschiedenen Motiven, ist das Erfordernis des finalen Zusammenhangs auch dann erfüllt, wenn der Zweck der Inanspruchnahme von Sozialhilfe für den Einreiseentschluss von zumindest prägender Bedeutung ist (Coseriu in: jurisPK-SGB XII, § 23 SGB XII Rdnr. 53 ff. m.w.N.). Mit dem BVerwG (Urt. v. 30.10.1979 - [5 C 31/78](#) -; zitiert nach Juris) geht die erkennende Kammer davon aus, dass es insoweit hinsichtlich der Antragsteller 3. und 4. genügt, wenn die Erziehungsberechtigten, hier also die Antragsteller zu 1. und 2. mit dem entsprechenden Vorsatz eingereist sind. Deren Wissen und Willen wird den Antragstellern zu 3. und 4. nach [§ 1629 BGB](#) zugerechnet. Dies ergibt sich nach der jetzt gültigen Fassung der oben genannten Norm auch aus deren Wortlaut, da dieser den Leistungsausschluss auch auf die Familienangehörigen derjenigen Ausländer erweitert, die zum Zwecke der Erlangung von Sozialhilfe eingereist sind. Das oben bereits dargestellte planmäßige Vorgehen der Antragsteller nach deren Einreise im Hinblick auf die Erlangung von Sozialleistungen lässt nur den Schluss zu, dass diese schon bei der Einreise darauf spekuliert haben, durch das Sozialleistungssystem der Bundesrepublik aufgefangen zu werden. Anders lässt sich ein Übersiedeln in ein Land, dessen Sprache den Antragstellern nicht geläufig ist (die Antragstellerin zu 2. verstand im Termin vom 21. Dezember 2012 ohne Dolmetscher nach dem Eindruck des Kammervorsitzenden kaum Deutsch) ohne konkrete Aussicht auf eine Arbeitsstelle nicht deuten. Hinzu kommt, dass die Antragsteller, wie diese im Verfahren [S 16 AS 282/12 ER](#) vorgetragen haben, mit einem geringen Vermögen hier eingereist sind, welches von einer vierköpfigen Familie schnell aufgebraucht werden musste. Schon dies macht deutlich, dass die Antragsteller ganz offensichtlich schon bei der Einreise fest damit gerechnet haben, auf andere "Einnahmequellen" zurück greifen zu können. Dass sich die Antragsteller bei diesen "Einnahmequellen" nicht Einnahmen aus Erwerbstätigkeit vorgestellt haben, erscheint der Kammer eindeutig. Dies ergibt sich nach der festen Überzeugung der Kammer daraus, dass die Antragsteller zum einen schon zu Beginn des ersten Verfahrens bei Gericht eine Arbeitssuche für die mehrere Monate umfassende Zeit vor der Einleitung des Verfahren nicht nachweisen konnten, obwohl sie sich zu dieser Zeit schon mehrere Monate hier aufhielten. Darüber hinaus konnten die Antragsteller aufgrund der fehlenden Sprachkenntnisse beider Einreise auch nicht von einer schnellen Eingliederung in den Arbeitsmarkt ausgehen. Scheidet damit die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als von den Antragstellern angenommene Möglichkeit der Lebensunterhaltssicherung bei und nach der Einreise aus, bleibt nach Auffassung der Kammer allein die Möglichkeit, über Sozialleistungen den Lebensunterhalt zu sichern. Das - wie oben schon ausgeführt - insoweit planvoll wirkende Vorgehen der Antragsteller lässt hier nur noch den Schluss zu, dass es den Antragstellern bei der Einreise gerade auch auf

die Erlangung dieser Sozialleistungen ankam.

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) scheidet im Fall der Antragsteller aus, da diese nicht unter den personellen Anwendungsbereich dieses Gesetzes nach §1 Abs. 1 AsylbLG fallen. Nach dieser Vorschrift sind leistungsberechtigt nach diesem Gesetz Ausländer, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die

1. eine Aufenthaltsgestattung nach dem Asylverfahrensgesetz besitzen,
2. über einen Flughafen einreisen wollen und denen die Einreise nicht oder noch nicht gestattet ist,
3. wegen des Krieges in ihrem Heimatland eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 23 Abs. 1 oder § 24](#) des Aufenthaltsgesetzes oder die eine Aufenthaltserlaubnis nach [§ 25 Abs. 4 Satz 1, Abs. 4a oder Abs. 5](#) des Aufenthaltsgesetzes besitzen,
4. eine Duldung nach [§ 60a](#) des Aufenthaltsgesetzes besitzen,
5. vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist,
6. Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder der in den Nrn 1 bis 5 genannten Personen sind, ohne dass sie selbst die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, oder
7. einen Folgeantrag nach [§ 71](#) des Asylverfahrensgesetzes oder einen Zweitantrag nach [§ 71a](#) des Asylverfahrensgesetzes stellen.

In Betracht kommt im Fall der Antragsteller lediglich eine Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 1 Nrn. 4. und 5. AsylbLG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG bei den Antragstellern zu 3. und 4. Die Antragsteller erfüllen jedoch die Voraussetzungen dieser Normen nicht, da sie weder über eine Duldung nach [§ 60a AufenthG](#) verfügen, noch vollziehbar ausreisepflichtig sind. Im Fall der Antragsteller ist die Ausreisepflicht an sich mit der Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU entstanden (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU). Für deren Vollziehbarkeit fehlt es aber wegen des eingelegten Rechtsbehelfs nach Auffassung der Kammer noch an der Vollziehbarkeit dieser Feststellung.

Soweit die Antragsteller begehren, den Beigeladenen wenigstens zur Erbringung von Leistungen in Höhe des unabweisbar Gebotenen analog § 1a AsylbLG bzw. § 23 Abs. 5 S. 2 SGB XII zu erbringen, fehlt es an einem Rechtsschutzbedürfnis, da das gemeinsame Rechtsamt des Antragsgegners und Beigeladenen im hiesigen Verfahren eine entsprechende Prüfung angekündigt hat (vgl. deren Schriftsatz vom 31.01.2013). Solange bei dieser Situation hier keine ablehnende Haltung des Beigeladenen glaubhaft gemacht ist, sieht das Gericht ein Interesse der Antragsteller an einer Entscheidung des Gerichts im Rahmen des vorliegenden Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutz zusätzlich zur fehlenden Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrunds - als nicht geben an.

Das hier gefundene Ergebnis begegnet letztlich auch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Zwar erhalten die Antragsteller damit derzeit keinerlei den Lebensunterhalt sichernden Leistungen, was einen Verstoß gegen die nach [Art. 1 Grundgesetz \(GG\)](#) geschützte Menschenwürde bedeuten könnte. Allein aber schon wegen der fehlenden Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrunds und - daraus resultierend - der fraglichen Hilfebedürftigkeit müssen diese Bedenken jedoch zurück treten. Darüber hinaus wird auf die obigen Ausführungen zur Ankündigung einer entsprechenden Prüfung durch den Beigeladenen verwiesen, so dass die Antragsteller nicht schutzlos gestellt sind.

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

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ([§§ 73a SGG, 114 Zivilprozessordnung - ZPO -](#)) hat Erfolg, weil die Rechtsverteidigung zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung dieses Antrages im Hinblick auf die mannigfaltige Rechtsprechung der Landessozialgerichte hinreichende Aussicht auf Erfolg bot und eine anwaltliche Vertretung notwendig erschien.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2014-11-19