

L 14 AS 1565/09 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
14
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 75 AS 21064/09 ER
Datum
13.08.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 14 AS 1565/09 B ER
Datum
14.01.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 13. August 2009 wird zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat den Antragstellerinnen auch die außergerichtlichen Kosten für das Beschwerdeverfahren zu erstatten. Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

Die zulässige (§§ 172 Abs. 1, 173 Sätze 1 und 2 des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) Beschwerde des Antragsgegners hat keinen Erfolg. Die Entscheidung des Sozialgerichts ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Den Antragstellerinnen sind vorläufig Leistungen nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB II) zu erbringen.

Die erwerbsfähige (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II) Antragstellerin zu 1), welche die spanische Staatsangehörigkeit besitzt, hat das 15. Lebensjahr vollendet, aber die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II). Seit dem 14. Juni 2006 hält sie sich – ausweislich der Freizügigkeitsbescheinigung – in Deutschland auf und lebt zurzeit zusammen mit ihrer am 7. November 2002 geborenen Tochter, der Antragstellerin zu 2), sowie ihren Eltern und ihrem Bruder in einer Wohnung. Diese Umstände lassen den Schluss zu, dass sie Antragstellerin zu 1) nicht nur vorübergehend in Deutschland verweilt (§ 30 Abs. 3 Satz 2 des Ersten Buchs des Sozialgesetzbuchs [SGB I]). Die Antragstellerin zu 1) hat auch zumindest glaubhaft gemacht, dass sie hilfebedürftig ist (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II), weil sie ihren Lebensunterhalt und ihre Eingliederung in Arbeit nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen – insbesondere nicht von ihren Eltern – erhält (§ 9 Abs. 1 SGB II). Die 1978 geborene Antragstellerin zu 1) bildet nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II keine Bedarfsgemeinschaft mit ihren Eltern oder ihrem Bruder, die ihrerseits Leistungen nach dem SGB II beziehen. Für die Antragstellerin zu 2) kann sich ein (abgeleiteter) Anspruch auf Sozialgeld aus § 28 SGB II ergeben.

Allerdings haben nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuchs. Ob aufgrund dieser Regelung auch Arbeitnehmer, die wie die Antragstellerin zu 1) die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union besitzen und nicht bereits zur Ausreise aufgefordert worden sind, von Leistungen ausgeschlossen werden können, erscheint indessen zumindest zweifelhaft (s. bereits Beschluss des Senats vom 30. Mai 2008 – L 14 B 282/08 AS ER – m. w. Nw. auf Rechtsprechung und Schrifttum und jetzt auch Beschluss des Bayerischen LSG vom 4. Mai 2009 – L 16 AS 130/09 B ER –, anders aber LSG Berlin-Brandenburg vom 5. September 2007 – L 19 B 828/07 AS ER –; vgl. ferner Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – EuGH, Urteile vom 23. März 2004, Rs. C-138/02, und jetzt vom 4. Juni 2009, verb. Rs. C-22/08 und C 23-08,). Die obergerichtliche Rechtsprechung hierzu ist uneinheitlich; höchstgerichtliche Entscheidungen liegen noch nicht vor.

Zwar dürfte die Antragstellerin zu 1) – entgegen dem Sozialgericht – keine Arbeitnehmerin sein, so dass sie kein Recht auf Aufenthalt nach § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/ EU) hat. "Arbeitnehmer" i.S.d. (europäischen) Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (die das Freizügigkeitsgesetz/EU umsetzt) ist zwar auch, wer eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient, als im betreffenden Mitgliedstaat als Existenzminimum angesehen wird. Das setzt aber voraus, dass tatsächlich eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausgeübt wird. Außer Betracht bleiben dagegen "Tätigkeiten", die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen" (Urteile des EuGH vom 23. März 1982 – Rs. 53/81, Levin gg. Staatssekretärin von Justitie –, Slg. S. 1035, Randnr. 17 und 18 sowie vom 26. Februar 1992 – Rs. C-357/89, R gg. Minister v O W –, Slg. S. I-1027, Randnr. 13). Gegen die Annahme, dass es sich bei dem vorgelegten, zwischen der AZBO - Analytisches Zentrum Berlin-Adlershof GmbH - und der Antragstellerin zu 1) geschlossenen Arbeitsvertrag vom 1. April 2009 um einen echten Austausch von Lohn gegen Arbeitsleistung handelt, spricht schon die geringe Höhe des vereinbarten Entgeltes von 100,- Euro im Monat für eine Arbeitsleistung

von 15 Stunden wöchentlich. Darüber hinaus ist den von den Antragstellern vorgelegten Kontoauszügen zu entnehmen, dass zwar monatliche Zahlungen an die Antragstellerin von 100,- Euro als Gehalt eingegangen sind, aber in vergleichbarer Höhe auch jeden Monat Beträge an Dr. A J (zurück-)gezahlt worden sind, der den Arbeitsvertrag mit der Antragstellerin zu 1) als Geschäftsführer der A geschlossen hat. Schließlich ist das "Arbeitsverhältnis" nach den Angaben der Antragsteller mittlerweile – zum 30. November 2009 – beendet worden.

Auch dass der Antragstellerin zu 1) als Arbeitsuchende ein Aufenthaltsrecht in Deutschland zusteht, erscheint nicht zweifelsfrei, da sie in dem Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 20. November 2009 hat vortragen lassen, dass Zweck ihres Aufenthaltes in Deutschland ab dem 1. Dezember 2009 nicht allein die Arbeitsuche sei. Hauptgrund sei vielmehr die Pflege der familiären Beziehungen.

Das kann aber alles dahinstehen, da jedenfalls der Senat eher dazu neigt, dass den Antragstellern aufgrund des Artikels 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11. Dezember 1953 Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuchs nicht verwehrt werden dürfen (In diesem Sinne auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 14. Januar 2008 – [L 8 SO 88/07 ER](#) -; anderer Ansicht hingegen Bayerisches LSG v. 16. Mai 2009 – [L 16 AS 130/09 B ER](#) -). Nach Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens sind den Staatsangehörigen der Vertragsstaaten, die sich erlaubt im Gebiet eines anderen Vertragsstaats aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, die dort gesetzlich vorgesehenen Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge in gleicher Weise wie den eigenen Staatsangehörigen zu gewähren. Im Sinne des Abkommens bedeutet "Fürsorge" jede Fürsorge, die ein Vertragsstaat nach den geltenden Rechtsvorschriften gewährt und wonach Personen ohne ausreichende Mittel die Mittel für ihren Lebensbedarf sowie die Betreuung erhalten, die ihre Lage erfordert; ausgenommen sind beitragsfreie Renten und Leistungen zugunsten der Kriegsoffer und der Besatzungsgeschädigten (Artikel 2 Abs. a Nr. ii des Abkommens). Dieser sowohl für Deutschland wie für Spanien geltende völkerrechtliche Vertrag ist innerstaatlich anwendbares und Ansprüche des einzelnen begründendes Recht (BVerwG, Urteil vom 18. Mai 2000 – [5 C 29.98](#) -). Die Antragstellerin zu 1) und 2) sind Inhaber einer Bescheinigung nach § 5 FreizügG/EU, welche ihnen den erlaubten Aufenthalt bestätigen. Ob diese Bescheinigungen noch inhaltlich zutreffend sind, ist jedenfalls in dem vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu prüfen.

Die Antragstellerinnen haben danach Anspruch auf "Fürsorge" wie Deutsche. Als Leistungen der Fürsorge sind nach dem Außerkrafttreten des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) am 31. Dezember 2004 nicht nur die im Zwölften Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB XII – Sozialhilfe), sondern auch die im Zweiten Buch (Grundsicherung für Arbeitsuchende) für Hilfebedürftige geregelten Leistungen anzusehen; (vgl. BSG, Urteil vom 31. Oktober 2007 – B [14/11 b AS 5/07 R](#) - "steuerfinanzierte Fürsorgeleistung"). Die in diesen beiden Büchern vorgesehenen Leistungen sind zumindest vergleichbar; weitgehend stimmen sie und insbesondere ihre Höhe überein. Sie setzen Bedürftigkeit, aber keine vorherige Beitragszahlung oder Versicherungszeit voraus. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass Leistungen nach dem Zweiten Buch für Erwerbsfähige (bzw. deren Angehörige), nach dem Zwölften Buch demgegenüber für Nichterwerbsfähige bestimmt sind. Dass auch der Gesetzgeber sowohl Leistungen nach dem Zweiten wie auch nach dem Zwölften Buch des Sozialgesetzbuchs als "Fürsorgeleistungen" ansieht, wie sie bis zum 31. Dezember 2004 das Bundessozialhilfegesetz vorsah, belegen die dem Außerkrafttreten jenes Gesetzes Rechnung tragenden Neufassungen bspw. der [§§ 31 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 Satz 1 oder](#) 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG; vermutlich Folge eines "redaktionellen Versehens" ist die unterbliebene Neufassung des [§ 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG](#)).

Unerheblich ist, dass die Bundesrepublik Deutschland – entgegen ihren sich aus Artikel 16 Abs. a und b des Abkommens ergebenden Verpflichtungen – das Außerkrafttreten des Bundessozialhilfegesetzes bzw. seine Ersetzung durch das Zweite und Zwölfte Buch des Sozialgesetzbuchs dem Generalsekretär des Europarates bislang offenbar nicht mitgeteilt hat – jedenfalls ist im Anhang I des Abkommens (neben einzelnen Bestimmungen des Achten Buchs des Sozialgesetzbuchs und des Infektionsschutzgesetzes) noch das Bundessozialhilfegesetz ("zuletzt geändert durch das Gesetz vom 13. September 2001") genannt. Die Aufnahme in den Anhang I bzw. die entsprechende Mitteilung an den Generalsekretär des Europarates hat – ungeachtet dessen, dass die Anhänge Bestandteil des Abkommens sind (Artikel 19) – lediglich klarstellende ("deklaratorische") Bedeutung, um die übrigen Vertragsstaaten über den Stand der Fürsorgegesetzgebung zu unterrichten (BVerwG, Urteil vom 5. Mai 2000 – [5 C 29.98](#) -). Andernfalls hätte es – wie gerade der vorliegende Fall zeigt – ein Vertragsstaat in der Hand, durch das – abkommenswidrige – Unterlassen einer nach Artikel 16 vorgeschriebenen Mitteilung den Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten nach dem Abkommen zu gewährende Rechte ("auf kaltem Wege") vorzuenthalten.

Die Bundesrepublik Deutschland hat zu dem Europäischen Fürsorgeabkommen auch keinen Vorbehalt abgegeben, der sich auf den Anspruch der Antragstellerin auswirken könnte. Der von der Bundesrepublik Deutschland abgegebene, am 11. Oktober 1990 beim Generalsekretär des Europarates eingegangene Vorbehalt bezieht sich – lediglich – auf die seinerzeit in § 30 BSHG vorgesehene Hilfe zum Aufbau oder zur Sicherung der Lebensgrundlage (vergleichbar allenfalls das jetzt in [§ 29 SGB II](#) vorgesehene Einstiegsgeld) und die in § 72 BSHG (jetzt im Achten Kapitel des SGB XII) geregelte Hilfe zur Überwindung besonderer sozialer Schwierigkeiten; solche Leistungen beansprucht die Antragstellerin nicht.

Dem Anspruch der Antragstellerinnen steht schließlich nicht entgegen, dass das Zweite Buch des Sozialgesetzbuchs als späteres Gesetz dem Abkommen vorgehen würde (""). Abgesehen davon, dass bereits nach [§ 30 Abs. 2 SGB I](#) "Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts (von den Vorschriften des Sozialgesetzbuchs) unberührt (bleiben)", ist im allgemeinen nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will (BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987 – [2 BvR 589/79](#), 740/81 und 284/85 –, [BVerfGE 74, 358](#) [370]). Darauf deutet hier nichts hin.

Entsprechend den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts über den vorläufigen Rechtsschutz gegen die Versagung von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende (vgl. Beschluss v. 12. Mai 2005 – [1 BvR 569/05](#) -) reichen die Zweifel an der Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf den vorliegenden Sachverhalt allemal aus, um über den Weg der Folgenabwägung die begehrte einstweilige Anordnung zu erlassen. Es kann nicht mit Sicherheit verneint werden, dass die Antragsteller die Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende erfüllen. In dem noch anhängigen Hauptsacheverfahren wird Gelegenheit sein, das Vorliegen von Bedürftigkeit, den Fortbestand der Arbeitsuche und die Anwendbarkeit des Europäischen Fürsorgeabkommens weiter aufzuklären.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts für das Beschwerdeverfahren ist wegen des Fehlens von Bedürftigkeit abzulehnen. Aufgrund der (unanfechtbaren) Entscheidung des Senats über die Erstattung von Kosten sind die Antragsteller in der Lage ist, die Kosten des Verfahrens aufzubringen ([§ 114 Satz 1](#) der Zivilprozessordnung i.V.m. [§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#)).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2010-02-24