

L 20 AS 1599/09 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
20
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 176 AS 16424/09 ER
Datum
20.08.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 20 AS 1599/09 B ER
Datum
20.04.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 20. August 2009 aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung insgesamt abgelehnt. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

Gründe:

Die Antragsteller polnischer Staatsangehörigkeit begehren Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die Antragstellerin zu 1) und ihr Ehemann, der Antragsteller zu 2), reisten am 13. Januar 2005 bzw. am 10. April 2006 gemeinsam mit ihrem 2000 geborenen Sohn, dem Antragsteller zu 3), in die Bundesrepublik Deutschland ein. Während die Antragstellerin zu 1) ein Gewerbe im Bereich Küchen- und Gastronomieservice, ambulanter Pflegedienst einschließlich Besorgungen, Gebäudereinigung, Kinderbetreuung, Landschaftspflege am 07. Juli 2005 anmeldete, brachte der Antragsteller zu 2) am 19. Juni 2006 ein Gewerbe für Abriss, Trockenbau u. a. zur Anmeldung.

Die Antragstellerin zu 1) verfügt seit dem 26. März 2009 und der Antragsteller 2) seit dem 14. April 2009 jeweils über eine Arbeitsgenehmigung-EU für eine berufliche Tätigkeit nach [§ 284](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III). Auch eine Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern - Freizügigkeitsgesetz/EU - (FreizügG/EU) wurde den Antragstellern zu 1) - 3) erteilt.

Am 23. April 2009 meldeten die Antragsteller zu 1) und 2) ihr jeweiliges Gewerbe ab und beantragten am Tag darauf beim Antragsgegner Leistungen nach dem SGB II. Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit dem an die Antragstellerin zu 1) adressierten Bescheid vom 12. Mai 2009 und dem Hinweis ab, dass jeder Betroffene innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Bescheides Widerspruch erheben könne. Zur Begründung verwies der Antragsgegner darauf, dass die Antragsteller(in) bei der Einreise erklärt hätten (habe), über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz gemäß § 5 FreizügG/EU zu verfügen.

Ihren hiergegen unter dem 21. Mai 2009 erhobenen Widerspruch begründete die Antragstellerin zu 1) im Wesentlichen damit, dass sie und ihr Ehemann im Zeitpunkt der Einreise über ausreichende Existenzmittel verfügt und jahrelang als Gewerbetreibende konstant Einkünfte erzielt hätte. Seit Anfang 2009 habe sich die finanzielle Lage der Familie aufgrund fehlender Aufträge jedoch drastisch verschlechtert. Die Antragsteller seien irrtümlich davon ausgegangen, dass sie staatliche Hilfe nur dann in Anspruch nehmen dürften, wenn sie den jeweiligen Gewerbebetrieb vollständig aufgeben würden. Nach anwaltlicher Aufklärung würden sie das Gewerbe erneut anmelden, um mindestens teilweise für ihren Unterhalt aufkommen zu können. Das Widerspruchsverfahren hierzu ruht im Hinblick auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens.

Mit dem am 02. Juni 2009 beim Sozialgericht Berlin eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben die Antragsteller zu 1) bis 3) die Verpflichtung des Antragsgegners begehrt, ihnen ab 24. April 2009 fortlaufend Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sowie Kranken- und Pflegeversicherungsschutz zu gewähren. Zur Begründung haben sie vorgetragen, dass der Antragsgegner Hilfe zum Lebensunterhalt habe gewähren wollen und angedroht habe, bei Nichtteilnahme an einem Deutschkurs die Leistungen zu kürzen. Wegen des Deutschkurses, der tagsüber stattfindet, könnten sie nicht selbstständig arbeiten, seien jedoch gewillt, nach dem Deutschkurs ins Arbeitsleben zurückzukehren. Die Gewerbe hätten auch deshalb beendet werden müssen, da es keine Aufträge gegeben habe bzw. die Hauptauftraggeber selten, verspätet und für den Lebensunterhalt der Familie nicht ausreichend gezahlt hätten. Finanzamt bzw. Steuerberater hätten empfohlen, die Gewerbe abzumelden, um keine Schulden aufzubauen.

Am 06. Juli 2009 meldete der Antragsteller zu 2) erneut ein Gewerbe ("Vermittlung von Inter-net, Gebäudereinigung, Abriss, ") an.

Mit Beschluss vom 20. August 2009 gab das Sozialgericht dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung auf, den Antragstellern für den Monat Mai 2009 vorläufig Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von insgesamt 102,40 EUR, für den Monat Juni 2009 vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von insgesamt 929,60 EUR und ab dem 01. Juli 2009 vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von insgesamt monatlich 972,80 EUR bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Rechtsstreit in der Hauptsache, längstens jedoch bis zum 31. Oktober 2009 zu zahlen. Im Übrigen hat es den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Die Antragsteller hätten einen Anordnungsanspruch aus [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Der Ausschlussstatbestand des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) greife nicht ein. Denn nach Lage der Akten könne sich sowohl die Antragstellerin zu 1) als auch der Antragsteller zu 2) auf die Schutzvorschrift des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU berufen, wonach das Freizügigkeitsrecht unberührt bleibe, wenn der Selbständige nach mehr als einem Jahr Tätigkeit diese infolge von Umständen, auf die er keinen Einfluss hatte, einstellen musste. Im vorliegenden Fall könne nicht mit Sicherheit verneint werden, dass beide Antragstellern die Gewerbe infolge von Umständen aufgegeben haben, auf die sie keinen Einfluss hatten. Zwar hätten die Antragsteller zu 1) und 2) in der Antragschrift angegeben, die jeweiligen Gewerbe aufgegeben zu haben, um einen Deutschkurs zu besuchen. Jedoch hätten sie auch mit Schriftsatz vom 19. Juni 2009 weiter vorgetragen, dass die Gewerbe abgemeldet worden seien, weil es keine Aufträge gegeben habe, die Zahlungen der Hauptauftraggeber selten oder verspätet erfolgt seien und der Lebensunterhalt der Familie nicht mehr habe gesichert werden könne. Finanzamt bzw. Steuerberater hätten empfohlen, die Gewerbe abzumelden, um keine Schulden aufzubauen. Der Deutschkurs sei Mittel, um wieder "ins Leben" zurückzukehren. Dieser Vortrag sei plausibel. Aus der Einkommenssteuererklärung 2008 ergäben sich Einkünfte für die Antragsteller in Höhe von insgesamt 13.012 EUR. Bei Verringerung der Auftragslage im Jahr 2009 im Vergleich zum Jahr 2008 sei nachvollziehbar, dass die Einkünfte nicht für die Versorgung der Familie ausreichend gewesen seien. Ausweislich der Kontoauszüge seien auch keine finanziellen Rücklagen vorhanden gewesen. Nicht völlig ausgeräumte Zweifel hinsichtlich der Frage der unfreiwilligen Gewerbeaufgabe seien im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hinzunehmen. Offen bleiben könne daher auch, ob sich der Antragsteller zu 2) seit dem 06. Juli 2009 trotz bisher nicht akquirierte Aufträge wieder auf ein Freizügigkeitsrecht wegen selbständiger Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU berufen könne.

Gegen den dem Antragsgegner haben am 25. August 2009 zugestellten Beschluss richtet sich dessen am 21. September 2009 erhobene Beschwerde. Er, der Antragsgegner, gehe unverändert vom Bestehen des Leistungsausschlusses aus und verweise hinsichtlich des Kriteriums der "Freiwilligkeit" auf sein erstinstanzliches Vorbringen. Er werde den Beschluss des Sozialgerichts ausführen, halte aber aus prozessökonomischen Gründen eine Entscheidung des Landessozialgerichts für geboten. Mit Bescheid vom 02. November 2009 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Antragsteller vom 13. Oktober 2009 auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II auch für die Zeit ab 01. November 2009 ab. Hiergegen wurde kein Widerspruch erhoben.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 20. August 2009 abzuändern und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung insgesamt abzulehnen.

Die Antragsteller haben sich schriftlich nicht geäußert.

Der Senat hat am 15. Dezember 2009 einen Erörterungstermin durchgeführt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die der Beratung zu Grunde liegenden Gerichts- sowie Verwaltungsakten verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist gemäß [§§ 172 Abs. 1, 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung der einstweiligen Anordnung, weil der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung insgesamt abzulehnen war.

Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) kann das Gericht einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer solchen Regelungsanordnung setzt voraus, dass nach materiellem Recht ein Anspruch auf die begehrte Leistung besteht (Anordnungsanspruch) und dass die Regelungsanordnung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist (Anordnungsgrund). Sowohl der Anordnungsanspruch als auch der Anordnungsgrund sind gemäß [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO) i. V. m. [§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) glaubhaft zu machen.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

Zwar sind - obwohl der Antragsgegner den ablehnenden Bescheid vom 12. Mai 2009 nur an die Antragstellerin zu 1) gerichtet hat - auch die Antragsteller zu 2) und 3) antragsbefugt im vorliegenden Verfahren. Denn die Antragsteller bilden eine Bedarfsgemeinschaft i. S. v. [§ 7 Abs. 3 Ziffern 1, 3 a](#)) und [4 SGB II](#). Das SGB II kennt - trotz der Regelungen in [§ 7 Abs. 2](#) und 3, [§ 9 Abs. 2](#) und [§ 38 SGB II](#) - nur individuelle Ansprüche (vgl. hierzu Mecke in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 9. Auflage, § 9 Rn. 29; Landessozialgericht - LSG - Hamburg, Beschluss vom 02. August 2005 - [L 5 B 186/05 ER AS](#) - in [SozSich 2005, 315](#)). Dem hat der Antragsgegner auch in dem angefochtenen Bescheid vom 12. Mai 2009 Rechnung getragen. Zwar hat er den Bescheid nicht ausdrücklich an die einzelnen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft gerichtet. Es ist aber dem Bescheid mit gerade noch hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, wer Inhalts-Adressat der darin verlautbarten Verwaltungsakte (i. S. v. [§ 31 SGB X](#)) ist. Bei der gebotenen Auslegung des Bescheides kommt es nicht darauf an, wie ein aussenstehender Dritter, sondern allein wie der Betroffene selbst nach den ihm bekannten Umständen den materiellen Gehalt der angefochtenen Bescheide unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen musste (zur Auslegung am Maßstab des so genannten Empfängerhorizonts; vgl. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Band 2, § 39 SGB X Rn. 13). Unter Anlegung dieser Kriterien ist aus dem Hinweis, dass der Widerspruch auch durch ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft im Namen des Betroffenen eingelegt werden kann, für die Antragsteller zu erkennen gewesen, dass sich die Ablehnung an jedes einzelne Mitglied der Bedarfsgemeinschaft gerichtet hat. Folgerichtig hat die Antragstellerin zu

1) dann - dem ersten Anschein nach zwar nur im eigenen Namen - Widerspruch inhaltlich aber auch für ihren Ehemann - den Antragsteller zu 2) - und ihr Kind - den Antragsteller zu 3) - eingelegt. Schließlich war es auch die Antragstellerin zu 1) die im Antrag vom 24. April 2004 als "Antragstellerin" beim Antragsgegner auftrat und die Antragsteller zu 2) und 3) als Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft benannt hat.

Nach Auffassung des Senats fehlt es jedoch bereits an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs, also einer Rechtsposition, deren Durchsetzung im Hauptsacheverfahren möglich ist. Die Antragsteller haben nicht glaubhaft gemacht, dass ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II für die Zeit vom 01. Mai bis 31. Oktober 2009 - nur hierüber hatte der Senat im Hinblick auf die allein anhängige Beschwerde des Antragsgegners zu entscheiden - zustehen könnten.

Die Antragsteller gehören - entgegen der Ansicht des Sozialgerichts - nicht zum anspruchsberechtigten Personenkreis nach [§ 7 SGB II](#), da der Ausschlussstatbestand nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vorliegt.

Die Antragsteller sind dem Grunde nach anspruchsberechtigt. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach dem SGB II zwischen 15 und 65 Jahre alte erwerbsfähige hilfebedürftige Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Einbezogen in die Leistungsberechtigung sind nach [§ 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) auch unverheiratete, unter 26-jährige zur Haushaltsgemeinschaft gehörende Kinder - so der Antragsteller zu 3).

Die Antragsteller zu 1) und 2) sind erwerbsfähig im rechtlichen Sinne. Erwerbsfähig im vorgenannten Sinne können gemäß [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) Ausländer nur sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Dies ist bei den Antragstellern polnischer Nationalität der Fall. Im Gegensatz zu Unionsbürgern, die nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#) grundsätzlich privilegierten Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt genießen und denen die Aufnahme einer Beschäftigung generell erlaubt ist, gilt dies für polnische Staatsangehörige nicht. Vielmehr bestimmt [§ 13 FreizügG/EU](#) ausdrücklich, dass in den Fällen, in denen nach Maßgabe des Vertrages vom 16. April 2003 über den Beitritt u. a. der Republik Polen abweichende Regelungen anwendbar sind, das FreizügG/EU nur Anwendung findet, wenn die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gemäß [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) genehmigt wurde. Aufgrund des Regelungsvorbehaltes aus Anhang XII Nr. 2.2. der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge ist es den "alten" Mitgliedsstaaten gerade möglich, im Interesse einer Anpassung ihrer arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Lage an die erweiterte Union die Freizügigkeit gegenüber den Staatsangehörigen der neuen Mitgliedsstaaten - mit Ausnahme der Staatsangehörigen Maltas und Zyperns - zu beschränken, wovon die Bundesrepublik Deutschland Gebrauch gemacht hat.

Eine solche Arbeitsgenehmigung-EU nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) wurde sowohl der Antragstellerin zu 1) als auch dem Antragsteller zu 2) durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt.

Die Antragsteller haben auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) i. V. m. [§ 30 Abs. 2 Satz 3 SGB I](#)). Der gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet ist ungeachtet der Frage anzunehmen, ob sich die Antragsteller im Bundesgebiet rechtmäßig aufhalten. Spätestens seit der Neuregelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 24. März 2006 ([BGBl I 558](#)) ist für eine Verrechtlichung des Aufenthaltsbegriffs kein Raum mehr (Spellbrink, in: Eicher/ders., SGB II, a. a. O., § 7 Rn. 13; LSG Hessen, Beschluss vom 14. Oktober 2009 - [L 7 AS 166/09 B ER](#) -, juris). Darüber hinaus verfügen die Antragsteller zu 1) und 2) über eine Bescheinigung gemäß [§ 5 FreizügG/EU](#), die sie zur Einreise und zum Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland berechtigt. Die Voraussetzung der Hilfebedürftigkeit i. S. des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#) i. V. m. [§ 9 SGB II](#) kann nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend bewertet werden, da die Antragsteller Kontounterlagen für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum trotz entsprechender Aufforderung durch das Sozialgericht nicht eingereicht hatten. Dies kann jedoch, für den hier streitigen Zeitraum, dahinstehen. Denn den Antragstellern sind Leistungen bereits deshalb verwehrt, weil - bezogen auf den verfahrensgegenständlichen Zeitraum - der besondere Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) eingreift.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind vom Leistungsbezug ausgenommen Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Diesem Ausschlussstatbestand unterliegen die Antragsteller im streitigen Zeitraum. Zwar verfügen die Antragsteller zu 1) und 2) über eine Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nach [§ 5 Abs. 1 FreizügG/EU](#). Diese hat jedoch nur deklaratorischen Charakter (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Dezember 2007 - [L 5 B 2073/07 AS ER](#) -, LSG Hessen, Beschluss vom 14. Oktober 2009 - [L 7 AS 166/09 B ER](#)).

Das Aufenthaltsrecht der Antragsteller ergibt sich allein aus [§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU](#), wonach Unionsbürger gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind, die sich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten wollen. Die Antragsteller zu 1) und 2) hielten sich - zumindest im streitigen Zeitraum - ausschließlich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik auf. Zwar hatten die Antragsteller zu 1) und 2) zunächst ein Gewerbe angemeldet und dieses auch ausgeübt. Sie haben ihre Gewerbe jedoch am 23. April 2009 abgemeldet. Die übrigen in [§ 2 Abs. 2 Ziffer 1 \(1. und 3. Alt.\)](#), [2 - 7 FreizügG/EU](#) genannten Aufenthaltsgründe kommen für sie nicht in Betracht.

Die Antragsteller zu 1) und 2) können sich - entgegen der vom Sozialgericht vertretenen Ansicht - nicht auf die Schutzvorschrift des [§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU](#) berufen. Nach dieser Vorschrift bleibt bei der Einstellung einer mindestens ein Jahr dauernden selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte, das Freizügigkeitsrecht unberührt. Derartige Umstände vermag der Senat nicht zu erkennen.

Aus den von der Antragstellerin zu 1) im Erörterungstermin vor dem Landessozialgericht ausführlich dargelegten Umständen der Gewerbeabmeldung geht hervor, dass die Antragsteller zu 1) und 2) den Rat einer dritten Person eingeholt hatten und zu der Auffassung gelangt waren, erst das Gewerbe abmelden zu müssen, bevor sie Leistungen nach dem SGB II in Anspruch nehmen können. In diesem Sinne hatte auch der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller im Widerspruchsverfahren mit Schreiben vom 21. Mai 2009 den Tatsachen entsprechend vorgetragen, dass die Antragsteller zu 1) und 2) irrtümlich davon ausgegangen seien, dass sie staatliche Hilfe nur dann in Anspruch nehmen dürften, wenn sie den jeweiligen Gewerbebetrieb vollständig aufgegeben hätten. Nach Aufklärung - durch den dortigen Prozessbevollmächtigten - hätten sie erneut das Gewerbe angemeldet, um wenigstens teilweise für ihren Unterhalt aufkommen zu können.

Diese Darstellung erscheint plausibel. Dem folgend haben die Antragsteller zu 1) und 2) jedoch ihre Gewerbe nicht aus Gründen abgemeldet, auf die sie keinen Einfluss hatten. Vielmehr erfolgte die Abmeldung willentlich, und zwar zum Zwecke der Beantragung von SGB-II-Leistungen. Dass sich die Motivation der Antragsteller zu 1) und 2) hierbei womöglich auf einen Irrtum über die tatsächliche Rechtslage gründete, ist für die rechtliche Bewertung ohne Belang.

Widerlegt wird dies auch nicht dadurch, dass die Antragsteller zu 1) und 2) im sozialgerichtlichen Eilverfahren ergänzend vortrugen, dass die Gewerbe abgemeldet worden seien, weil es keine neuen Aufträge mehr gegeben habe und die Zahlungen der Hauptauftraggeber selten oder verspätet erfolgt seien, somit der Lebensunterhalt der Familie nicht mehr habe gesichert werden können. Hierzu passend gab die Antragstellerin zu 1) im Erörterungstermin vor dem LSG glaubhaft an, dass ein in Aussicht stehender Folgeauftrag für ihren Ehemann Anfang 2009 nicht zu Stande gekommen sei. Selbst wenn der Senat - ohne weitere Prüfung hierzu - unterstellen würde, dass die Einkünfte aus den Gewerbebetrieben im 1. Quartal 2009 zurückgegangen sind, führt dies nicht dazu, dass über die bereits bekannte Motivationslage der Antragsteller hinaus davon auszugehen wäre, dass die Gewerbeabmeldung aus wirtschaftlichen Gründen erfolgen musste, und die Antragsteller zu 1) und 2) keinen Einfluss auf diesen Umstand hatten. Zwar ist die wirtschaftliche Lage nur bedingt bis gar nicht durch den einzelnen Gewerbetreibenden zu beeinflussen. Die Antragsteller ihrerseits hätten jedoch auf den wirtschaftlichen Erfolg und das Überleben ihrer Gewerbebetriebe durch ein intensives Bemühen um neue Aufträge Einfluss nehmen können. Sie haben aber - trotz Vorhalts durch den Antragsgegner - weder die angebliche Höhe der Außenstände noch Bemühungen benannt, die erkennbar machen, dass sie das ihrerseits mögliche getan haben, um die Gewerbebetriebe zu erhalten. Dies deckt sich wiederum mit ihrem Vortrag, auf fremdes Anraten hin die Gewerbe wegen der bevorstehenden Antragstellung bei dem Antragsgegner abgemeldet zu haben und liegt auch in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang damit. Dafür, dass die Antragsteller zu 1) und 2) aufgrund eigenen Entschlusses hin die Gewerbe abmeldeten, spricht letztlich auch, dass der Antragsteller zu 2) sein Gewerbe - nach korrigierter Rechtsansicht - neu angemeldet hat. Dass nicht der beabsichtigte Besuch eines Deutschkurses und auch nicht das Anraten von Finanzamt bzw. Steuerberatern zur Vermeidung weiterer Schulden Auslöser bzw. Beweggrund für die Abmeldung der Gewerbe waren, hat die Antragstellerin zu 1) im Erörterungstermin vor dem LSG ausgeführt. U. a. hiervon war noch das Sozialgericht ausgegangen.

Auch die Anmeldung eines neuen Gewerbes durch den Antragsteller zu 2) am 06. Juli 2009 begründet kein neuerliches, zumindest ab diesem Zeitpunkt wirkendes Freizügigkeitsrecht. Allein in Betracht kommt ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1-3 FreizügG/EU als Arbeitnehmer, Selbstständiger oder Dienstleistungserbringer. Der Antragsteller zu 2) unterfällt jedoch schon deshalb nicht diesen freizügigkeitsprivilegierten Personengruppen, weil er seit dem 06. Juli 2009 nicht selbstständig tätig war. Allein die Anmeldung eines Gewerbes durch den Antragsteller zu 2) reicht für die Freizügigkeitsberechtigung nicht. Vielmehr kommt es darauf an, ob er tatsächlich als Selbstständiger tätig war, also sich zumindest ernsthaft und intensiv um Aufträge bemüht oder diese gar ausgeführt hat (Hessisches LSG, Beschluss vom 14. Oktober 2009 - [L 7 AS 166/09 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. November 2008 - [L 5 B 1425/08 AS](#)).

Dies war zumindest im verfahrensgegenständlichen Zeitraum - bis Ende Oktober 2009 - (noch) nicht der Fall. Wie die Antragstellerin zu 1) im Erörterungstermin vor dem LSG glaubhaft bezeugt hat, erzielte der Antragsteller zu 2) erst seit Mitte November 2009 wieder Einkommen aus seiner gewerblichen Tätigkeit als Handwerker. Die Ausführungen der Antragstellerin zu 1) decken sich mit der Mitteilung des Antragsgegners im Schriftsatz vom 15. August 2009, wonach der Antragsteller zu 2) bei seiner Vorsprache beim Antragsgegner am 11. August 2009 mitteilte, dass er seit der Anmeldung des Gewerbes keine Aufträge akquiriert habe, und auch keinerlei diesbezügliche Aktivitäten nachweisen könne. Soweit die Antragstellerin zu 1) im Erörterungstermin vor dem LSG die Bemühungen des Antragstellers zu 2) um neue Aufträge geschildert hat - er spreche schlecht deutsch, höre sich im Bekanntenkreis um - ist damit für den Senat nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller zu 2) die von einem Gewerbetreibenden regelmäßig zu erwartenden Bemühungen zur Gewinnung neuer Aufträge ausgeschöpft und damit sein Gewerbe - unabhängig von der Erteilung neuer Aufträge - im streitigen Zeitraum tatsächlich ernsthaft ausgeübt hat.

Den Antragstellern steht - zumindest für den hier streitgegenständlichen Zeitraum - auch kein sonstiges Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 und 3 FreizügG/EU zu, da die Antragsteller auch die Voraussetzungen von § 4 Satz 1 FreizügG/EU nicht erfüllen. Sie verfügen - ausgehend von der Intention ihres Antrags - nicht über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz. Schließlich liegen auch nicht die Voraussetzungen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU vor, da sich die Antragsteller noch nicht seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.

Auch aus dem Gemeinschaftsrecht folgt kein über den Zweck der Arbeitssuche hinausgehendes Aufenthaltsrecht.

Artikel 6 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 (ABl. L 158/77; sog. Unionsbürgerrichtlinie) sieht ein (bis auf Passförmlichkeiten) voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern nur für einen Zeitraum von drei Monaten vor. Dieser Zeitraum ist im Falle der Antragsteller abgelaufen. Artikel 7 der Unionsbürgerrichtlinie gewährt ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate nur, wenn der Unionsbürger Arbeitnehmer oder Selbstständiger ist (Absatz 1 Buchstabe a), er 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 (Buchstabe b), oder eine näher bezeichnete Ausbildung absolviert (Buchstabe c). Wie ausgeführt liegt keine der genannten Voraussetzungen hier vor.

Auch aus Art. 18 Abs. 1 des EG-Vertrages folgt kein weitergehendes Aufenthaltsrecht, wonach jeder Unionsbürger grundsätzlich das Recht hat, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Diese Vorschrift stellt jedoch das Aufenthaltsrecht ausdrücklich unter den Vorbehalt der im EG-Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. In der Rechtssache Trojani hat der Europäische Gerichtshof (EuGH, Urteil vom 07. September 2004, [C-456/02](#), Juris, Tz. 33) ausdrücklich festgestellt, dass zu den Beschränkungen und Bedingungen des Rechts des Unionsbürgers aus [Art. 18 EG](#) auch der Art. 1 der (seinerzeit geltenden) Richtlinie 90/364/EWG gehöre. Danach können die Mitgliedstaaten von Angehörigen eines Mitgliedstaats, die das Recht zum Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet wahrnehmen wollen, verlangen, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über eine Krankenversicherung, die im Aufnahmestaat alle Risiken abdeckt, sowie über ausreichende Existenzmittel verfügen, durch die sichergestellt ist, dass sie während ihres Aufenthaltes nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen. Mangels ausreichender Existenzmittel bestehe daher ein Recht eines Unionsbürgers, der sich in einer Situation wie der des dortigen Klägers

befindet, aus [Art. 18 EG](#) auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, nicht (EuGH, Urteil vom 07. September 2004, [a.a.O.](#), Tz. 36). Nichts anderes gilt für Art. 7 Abs. 1 Buchstabe b der Unionsbürgerrichtlinie (mit der die zuvor genannte Richtlinie 90/364 insgesamt aufgehoben worden ist), der der Sache nach der Regelung in Art. 1 der Richtlinie 90/364 entspricht. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob die Unionsbürgerrichtlinie eine abschließende sekundär-rechtliche Regelung über das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern darstellt und [Art. 18 EG](#) daneben von vornherein nicht mehr anwendbar ist.

Liegt damit ein einfachgesetzlicher Leistungsausschluss vor, stehen diesem - auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes - keine primär- oder sekundärrechtlichen Bestimmungen des Europarechts entgegen.

Ob der Ausschlusstatbestand des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, ist umstritten (vgl. die zahlreichen Nachweise bei Hailbronner, Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, ZFSH/SGB 2009, 195, 200).

Der 34. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg hat hierzu in seinen Beschlüssen vom 8. Januar 2010 - [L 34 AS 2082/09 B ER](#) - und - [L 34 AS 2086/09 B PKH](#) - ausgeführt:

"Nach Auffassung des Senats ist der Ausschlusstatbestand jedoch gemeinschaftsrechtskonform, sofern er, wie hier, solche Leistungen nach dem SGB II betrifft, die nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern, sondern den Lebensunterhalt sichern sollen.

Denn Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie erlaubt es einem Mitgliedstaat ausdrücklich, andere Personen als Arbeitnehmer oder Selbständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie - diese Regelung betrifft Unionsbürger, die in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen - von einem Anspruch auf "Sozialhilfe" auszunehmen (siehe auch die 21. Begründungserwägung der Richtlinie). Sozialhilfeleistungen im Sinne der Vorschrift sind, wie sich auch aus dem Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie ergibt, alle finanziellen Mittel, die der Existenzsicherung dienen. Nicht dazu zählen finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. [C-22/08](#) und [C-23/08](#), [www.curia.eu](#), Tz. 45).

Die hier streitige Regelleistung nach [§ 20 Abs. 1 SGB II](#) ist - wie das Sozialgericht zutreffend festgestellt hat - keine Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll, sondern eine Sozialhilfeleistung im Sinne der Richtlinie (so auch OVG Bremen, Beschluss vom 15. November 2007 - S 2 B 426/07 - Juris; Hailbronner, a.a.O., S. 201). Sie dient der Sicherung des Lebensunterhalts Hilfebedürftiger, wie sich schon der Überschrift und dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen lässt. Dies bestätigt auch die in [§ 1 Abs. 2 SGB II](#) vorgenommene Unterscheidung der Leistungsarten nach Leistungen zur Beendigung oder Verringerung der Hilfebedürftigkeit insbesondere durch Eingliederung in Arbeit (Nummer 1) und solchen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Nummer 2). Nichts anderes ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach für Erwerbsfähige zwar der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe durch einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II ersetzt, der Leistungsanspruch insofern allerdings mit dem steuerfinanzierten System der Sozialhilfe zusammengeführt wurde. Auch nach dem Ergebnis der Leistung (vgl. zu diesem Kriterium EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, [a.a.O.](#), Tz. 42) bezweckt diese nicht, den Zugang zum Arbeitsmarkt zu erleichtern, sondern die Existenzsicherung. Denn die Regelleistung betrifft, wie sämtliche Leistungen des 1. Unterabschnittes des 2. Abschnittes des 3. Kapitels des SGB II, allein Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes, nämlich die in [§ 20 Abs. 1 SGB II](#) aufgezählten Regelbeispiele - Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie, Bedarfe des täglichen Lebens, Beziehungen zur Umwelt und Teilnahme am kulturellen Leben - einschließlich der angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung (vgl. [§ 19 Satz 1 SGB II](#)). Die Regelleistung enthält keine Leistungen zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt, die im Wesentlichen im 1. Abschnitt des 3. Kapitels des SGB II geregelt sind, und sie ist auch keine Entgeltersatzleistung.

Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie ist mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit [Art. 39 Abs. 2 EG](#) vereinbar (so auch im Ergebnis EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, [a.a.O.](#), Tz. 46). Nach [Art. 39 Abs. 2 EG](#) haben Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, Anspruch auf die in der Bestimmung vorgesehene Gleichbehandlung. Hierunter fällt auch die Gleichbehandlung in Bezug auf finanzielle Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Solche Leistungen erfasst aber Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie nicht, weil zur "Sozialhilfe" im Sinne der Richtlinie gerade nicht, wie oben ausgeführt, finanzielle Mittel zählen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen.

Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie ist auch mit [Art. 12 EG](#) vereinbar, jedenfalls für den Fall (wie hier), dass der Unionsbürger sein Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche herleiten kann und weder eine Aufenthaltserlaubnis (nach nationalem Recht) noch ein Daueraufenthaltsrecht besitzt. Nach [Art. 12 Unterabsatz 1 EG](#) ist unbeschadet besonderer Bestimmungen des EG-Vertrages in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann sich ein nicht wirtschaftlich aktiver Unionsbürger bei Leistungen der Sozialhilfe aber (nur) in den Fällen auf [Art. 12 EG](#) berufen, in denen er sich im Aufnahmestaat "für eine bestimmte Dauer rechtmäßig aufgehalten hat oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt" (EuGH, Urteil vom 7. September 2004, [a.a.O.](#), Tz. 43). Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache Trojani ausgeführt, dass eine Berufung auf [Art. 12 EG](#) zwecks Beanspruchung von Sozialhilfe erst dann in Betracht kommt, "sobald" der Unionsbürger, der sich in einer Situation wie der des dortigen Klägers befindet, eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor und besteht im Übrigen grundsätzlich nicht in den von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) erfassten Fällen. Ergibt sich nämlich das Recht zum Aufenthalt allein aus dem Zweck der Arbeitssuche, kann kein Fall gegeben sein, in dem der Unionsbürger eine (nationale) Aufenthaltserlaubnis oder ein Daueraufenthaltsrecht (vgl. [§ 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU](#)) hat. Der Europäische Gerichtshof hat es mit Blick auf [Art. 12 EG](#) auch nicht beanstandet, dass Unionsbürger von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen werden, die Drittstaatsangehörigen etwa nach dem Asylbewerberleistungsgesetz gewährt werden (Urteil vom 4. Juni 2009, [a.a.O.](#), Tz. 51 ff.)."

Dieser Rechtsansicht schließt sich der Senat - wie auch schon der 29. Senat des LSG Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 25. März 2010 - [L 29 AS 2128/09 B ER](#) - nach eigener Prüfung an.

Ob sich für Unionsbürger ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende aus dem Europäischen Fürsorgeabkommen vom 11. Dezember 1953 (-EFA- BGBl. 1956 II, S. 564) ergeben kann, braucht der Senat im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. In

diesem Abkommen hat sich die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen Fürsorgeleistungen den Staatsangehörigen anderer Vertragsschließenden zu gewähren. Polen gehörte seinerzeit nicht zu den vertragsschließenden Staaten und ist dem Abkommen auch nicht nachträglich beigetreten (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 29. September 2009 - [L 15 AS 905/09 B ER](#), [L 15 AS 906/09 B](#) -). Angesichts dessen kann es hier dahinstehen, ob das EFA bereits deshalb keine Anwendung findet, weil es nach seinem Art. 2 Absatz b nur auf die im Anhang genannten Rechtsvorschriften Anwendung findet und von der nach wie vor gültigen Fassung aus dem Jahr 2000 naturgemäß das SGB II nicht erfasst ist, sondern neben Vorschriften des SGB VIII und des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten nur das Bundessozialhilfegesetz (vgl. hierzu LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. Dezember 2009 - [L 34 AS 1350/09 B ER](#)).

[Art 1](#). Abs. 1 Grundgesetz (GG) i. V. m. dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip des [Art. 20 Abs. 1 und 3 GG](#) wird durch das gefundene Ergebnis nicht verletzt. Der Staat ist zwar verpflichtet, dem mittellosen Bürger die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichenfalls durch Sozialleistungen zu sichern. Dabei ist dem Gesetzgeber allerdings im Rahmen der Entscheidung, in welchem Umfang Fürsorgeleistungen unter Berücksichtigung vorhandener Mittel gewährt werden können, ein weiter Gestaltungsspielraum eröffnet (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts - BVerfG - vom 29. Mai 1990, Az. [1 BvL 20/84](#), [1 BvL 26/84](#), [1 BvL 4/86](#), [BVerfGE 82, 60](#), 80 f = [SozR 3-5870 § 10 Nr. 1](#) S. 5 f). Danach ist nicht zu beanstanden, wenn Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für arbeitssuchende Unionsbürger EU-rechtskonform nicht gewährt werden und diese damit auf die Inanspruchnahme entsprechender Leistungen in ihrem Heimatland verwiesen werden (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 29. September 2009 - [a.a.O.](#)).

Nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#), 2. Var. Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) sind die Antragsteller aus denselben Gründen auch von Leistungen der Sozialhilfe ausgeschlossen. Ausgenommen sind hiernach u. a. Ausländer, deren Aufenthalt sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie deren Familienangehörige. Dies ist - zumindest für den streitgegenständlichen Zeitraum - aus den dargelegten Gründen der Fall.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#). Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2010-05-03