

L 29 AS 1952/13 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
29

1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 149 AS 16108/13 ER

Datum
15.07.2013

2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 29 AS 1952/13 B ER

Datum
22.08.2013

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 15. Juli 2013 geändert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird in vollem Umfang abgelehnt. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragstellerinnen begehren im Wege der einstweiligen Anordnung Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die 1987 geborene Antragstellerin zu 1) und ihre 2006, 2010 und 2011 geborenen Töchter, die Antragstellerinnen zu 2) bis 4), sind bulgarische Staatsbürgerinnen. Die Antragstellerinnen zu 1) bis 3) sind im Besitz vom Bezirksamt Neukölln von Berlin am 23. November 2012 nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU ausgestellter Freizügigkeitsbescheinigungen.

Am 22. Januar 2013 beantragten die Antragstellerinnen bei dem Antragsgegner Leistungen nach dem SGB II. Im Rahmen der Antragstellung gab die Antragstellerin zu 1) an, sie habe den Antrag gestellt, weil sie kein Einkommen habe außer Kindergeld, von dem sie bisher gelebt habe. In den letzten zwei Jahren habe sie keine Beschäftigung ausgeübt. Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 19. Februar 2013 unter Hinweis auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) ab.

Am 20. Juni 2013 beantragten die Antragstellerinnen erneut Leistungen bei dem Antragsgegner nach dem SGB II. Nunmehr behauptete die Antragstellerin zu 1), sie gehe seit dem 1. September 2010 einer selbständigen Tätigkeit als Hilfsarbeiterin nach. Sie legte eine Gewerbeanmeldung bei dem Bezirksamt Neukölln vom 24. August 2009 vor, nach der Sie zum 1. September 2010 eine Tätigkeit anmeldete für "Raufasertapete kleben und überstreichen, Gartenarbeit, Abriss, Gartenarbeit, Trockenbau". Der Antragsgegner forderte daraufhin Belege für die Ausübung der selbständigen Tätigkeit mit Schreiben vom 24. Juni 2013, woraufhin er die Erklärungen erhielt, dass in den Jahren 2012 und 2013 aus der Tätigkeit keine Einkünfte erzielt worden seien, da keine Aufträge angenommen worden seien. Mit Bescheid vom 4. Juli 2013 lehnte daraufhin der Antragsgegner erneut den Antrag auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II wegen des gesetzlichen Leistungsausschlusses ab. Die behauptete selbständige Tätigkeit liege nicht vor; es werde nach den Angaben der Antragstellerin zu 1) tatsächlich keine Erwerbstätigkeit ausgeübt.

Bereits am 2. Juli 2013 beantragten die Antragstellerinnen bei dem Sozialgericht Berlin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes den Antragsgegner zur fortlaufenden Bewilligung der Kosten für Unterkunft und Heizung zu verpflichten und zudem Mietrückstände ab Januar 2013 in Höhe von monatlich 620 EUR "sowie die Kautions" als Darlehen zu übernehmen.

Während des Gerichtsverfahrens beantragten die Antragstellerinnen mit anwaltlichem Schriftsatz gegenüber dem Gericht vom 5. Juli 2013 die Überprüfung des Bescheides vom 19. Februar 2013 nach [§ 44](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) und die Bewilligung von Leistungen ab Januar 2013, da [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) gegen Europarecht verstoße. Eine Kontogutschrift für die Antragstellerin zu 1) vom 1. November 2012 über 12.276 EUR resultiere aus einer Kindergeldnachzahlung und der Betrag sei verwendet worden für die Wohnung (Maklerprovision, Miete, Mietschulden, Einrichtungsgegenstände) und die Begleichung weiterer Schulden.

Das Sozialgericht Berlin hat den Antragsgegner mit Beschluss vom 15. Juli 2013 im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellerinnen für den Zeitraum vom 1. August 2013 bis zum 31. Dezember 2013, längstens jedoch bis zur bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, Leistungen für Unterkunft und Heizung in Höhe von monatlich EUR zu gewähren. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Die Antragstellerinnen seien nicht gemäß [§ 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen, denn dieser Leistungsausschluss sei mit Europarecht nicht vereinbar. Mietrückstände seien jedoch nicht zu übernehmen; insoweit sei ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht, da nicht belegt sei, ob die erhaltene Kindergeldnachzahlung in Höhe von EUR tatsächlich verbraucht sei. Dieses Geld habe zur Zahlung der Miete zur Verfügung gestanden.

Gegen diesen dem Antragsgegner am 15. Juli 2013 übersandten Beschluss hat der Antragsgegner am 23. Juli 2013 Beschwerde bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt.

Die Antragstellerinnen haben gegen den Beschluss nicht Beschwerde eingelegt. Sie weisen im Beschwerdeverfahren auf einen Beschluss des Landessozialgericht Berlin-Brandenburg vom 9. August 2013 hin (L 18 AS 2032/13 B ER) wonach eine Leistungsgewährung zumindest in Höhe der nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Leistungen zu erfolgen habe. Ansonsten würden die Antragstellerinnen als Europäer schlechter behandelt, als so genannte Drittstaatler, die nicht einmal eine Aufenthaltserlaubnis, sondern nur eine Duldung besäßen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners (Behelfsakte) Bezug genommen.

II.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nur die Beschwerde des Antragsgegners gegen die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung von Kosten der Unterkunft und Heizung für den Zeitraum vom 1. August 2013 bis zum 31. Dezember 2013. Soweit das Sozialgericht Berlin den weitergehenden Antrag auf Übernahme von Mietschulden abgelehnt hat, ist dies nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, weil insoweit eine Beschwerde durch die Antragstellerinnen nicht eingelegt worden ist.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und begründet. Das Sozialgericht hat in dem angefochtenen Beschluss den Antragsgegner zu Unrecht vorläufig zur Leistung verpflichtet.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellerinnens vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint ([§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#)). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der Antragstellerinnen das Bestehen eines zu sichernden Rechts (den so genannten Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anordnungsgrund) glaubhaft macht ([§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG](#), [§ 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO](#)). Auch im Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich (OVG Hamburg, [NVwZ 1990, 975](#)).

Für den Zeitraum bis zur Entscheidung des erkennenden Senates ist ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Derartige Ansprüche für die Vergangenheit können regelmäßig nicht im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens anerkannt werden. Diese sind in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Etwas Anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn die sofortige Verfügbarkeit von für zurückliegende Zeiträume zu zahlenden Hilfen zur Abwendung eines gegenwärtig drohenden Nachteils erforderlich ist. Hierzu sind Tatsachen jedoch weder glaubhaft gemacht worden, noch sonst für das Gericht ersichtlich.

Darüber hinaus ist auch ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zumindest dieser fehlende Anordnungsanspruch steht der begehrten einstweiligen Anordnung auch für die Zukunft entgegen.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Ausgenommen sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt ([§ 7 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB II](#)).

Nach diesen Regelungen ist der begehrte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht überwiegend wahrscheinlich im Sinne der Legaldefinition des [§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) und damit nicht glaubhaft gemacht.

Vorliegend ist im Hinblick auf die erhaltene Kindergeldnachzahlung in Höhe von über EUR im November 2012 bereits das Vorliegen einer

Bedürftigkeit der Antragstellerinnen fraglich. Insoweit hat schon das Sozialgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass der Verbleib dieses Geldes trotz Aufforderung durch das Gericht weder belegt, noch anderweitig glaubhaft gemacht worden und deshalb nicht ersichtlich ist. Ist aber noch ein Restguthaben aus dieser Zahlung vorhanden, so wäre dies gegebenenfalls im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Dass eine solche Prüfung mangels konkreter Angaben der Antragstellerinnen nicht erfolgen kann, geht zu Ihren Lasten und steht der Glaubhaftmachung schon einer Bedürftigkeit als Voraussetzung für einen Anordnungsanspruch entgegen.

Ob die einzelnen Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach [§ 7 SGB II](#) vorliegen würden kann aber letztlich dahinstehen, weil die Antragstellerinnen jedenfalls nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen wäre, da für sie als Ausländer vorliegend ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland allenfalls zum Zweck der Arbeitsuche in Betracht kommt.

Schon am Bestehen eines Aufenthaltsrechts zum Zweck der Arbeitsuche bestehen Zweifel, nachdem die Antragstellerin zu 1) selbst nach ihren eigenen Erklärungen zumindest seit 2012 einer Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgegangen ist und eine konkrete Arbeitsuche nicht einmal behauptet wird. Hierzu verweist der Senat auf den Beschluss des Sächsischen Obergericht vom 20. August 2012 ([3 B 202/12](#) m.w.N., zitiert nach juris), wonach für eine Arbeitsuche zwar keine starren Fristen gelten, ein unbeschränktes Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt jedoch auch nicht gewährt wird. Deshalb seien nach Ablauf eines Zeitraums von sechs Monaten sogar aufenthaltsbeendende Maßnahmen grundsätzlich zulässig, wenn der Unionsbürger nicht nachweisen könne, mit konkreter Aussicht auf Erfolg nach Arbeit gesucht zu haben. Vorliegend hat die Antragstellerin zu 1) zwar eine Gewerbeanmeldung zum 1. September 2010 in Kopie eingereicht. Sie hat jedoch nach ihren eigenen Angaben zumindest in den Jahren 2012 und 2013 keine Aufträge gehabt und keine Einnahmen erzielt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sie bei ihrem Antrag vom 22. Januar 2013 noch angegeben hat, in den letzten zwei Jahren keine Beschäftigung ausgeübt zu haben. Ist danach aber eine Arbeitsuche mit konkreter Aussicht auf Erfolg insgesamt zu keiner Zeit ersichtlich, so kann schon ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche kaum als glaubhaft gemacht angesehen werden.

Ob ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche tatsächlich besteht, kann bei einem dann nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) greifenden Leistungsausschluss jedoch dahinstehen.

Ein anderes Aufenthaltsrecht des Antragstellerinnens lässt sich jedenfalls nicht erkennen.

Nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU) vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 2004, 1950, 1986) haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Gemäß § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU in der seit dem 29. Januar 2013 geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer aufenthaltsrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 ([BGBl. I S. 86](#)) sind unionsrechtlich 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 Artikels [57](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union 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.

Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Freizügigkeitsgesetz/EU bleibt das Recht nach Absatz 1 für Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätige unberührt bei

1. vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall, 2. unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit, 3. Aufnahme einer Berufsausbildung, wenn zwischen der Ausbildung und der früheren Erwerbstätigkeit ein Zusammenhang besteht; der Zusammenhang ist nicht erforderlich, wenn der Unionsbürger seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren hat.

Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Absatz 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt (§ 2 Abs. 3 Satz 2 Freizügigkeitsgesetz/EU).

Nach diesen Regelungen ist eine Freizügigkeitsberechtigung und ein Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland für die Antragstellerin zu 1) insbesondere nicht aufgrund einer selbständigen Tätigkeit oder als Arbeitnehmer ersichtlich. Denn, wie bereits dargestellt, hat die Antragstellerin zu 1) jedenfalls in den letzten Jahren weder als Arbeitnehmer noch selbständig eine Erwerbstätigkeit ausgeübt.

Sie verfügt auch nicht über ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU.

Für den hier streitigen Zeitraum seit Antragstellung bei dem Sozialgericht (2. Juli 2013) kommt ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 3 S. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU schon deshalb nicht in Betracht, weil nach den Angaben der Antragstellerin zu 1) schon mindestens seit 2012 keine Tätigkeit mehr ausgeübt wurde und seither mehr als sechs Monate verstrichen sind.

Auch ein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU ist vorliegend nicht glaubhaft gemacht.

Hier ist zunächst anzumerken, dass schon eine behauptete selbständige Erwerbstätigkeit seit 2010 nicht ansatzweise ersichtlich ist. Außer der Gewerbeanmeldung spricht nichts für eine solche Erwerbstätigkeit. Nach den eigenen Angaben der Antragstellerinnen ist nicht einmal ersichtlich, ob überhaupt jemals ein Auftrag ausgeführt wurde und Einkommen erzielt wurde. Jedenfalls in den letzten Jahren war dies nicht der Fall. Entsprechend wurden auch keine Belege hierfür vorgelegt. Schon das Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen hat in einem Beschluss vom 3. November 1995 ([18 B 815/94](#), m.w.N., zitiert nach juris) darauf hingewiesen, dass die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine ernst zu nehmende Gewinnerzielungsabsicht erfordert, die sich nicht allein in verbalen Äußerungen erschöpfen darf, sondern auch in der tatsächlichen Umsetzung des verfolgten Zieles manifestieren muss. Im vorliegenden Fall wäre daher,

entsprechend der Anforderungen zum Nachweis einer konkreten Arbeitsuche, zu erwarten, dass die Antragstellerin zu 1) sich als Selbständige um Aufträge bemühte und diese Bemühungen beispielsweise durch Vorlage entsprechender Unterlagen (Anschreiben, Zeitungsannoncen, Absageschreiben etc.) auch belegt.

Mangels überhaupt ersichtlicher Tätigkeit kann mithin auch nicht ansatzweise als glaubhaft gemacht angesehen werden, dass die Antragstellerin zu 1) "mehr als ein Jahr Tätigkeit" im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU zurückgelegt hat.

Lässt sich danach aber ein Aufenthaltsrecht allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, so greift der Ausschlussstatbestand des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#).

Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts ist nach Ansicht des Senats [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auch anwendbar.

Der erkennende Senat hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass er eine Europarechtswidrigkeit dieser Regelung nicht feststellen kann. Im Anschluss an die Entscheidung des 20. Senats des Landessozialgerichts (LSG) Berlin-Brandenburg in seinem Beschluss vom 29. Februar 2012 ([L 20 AS 2347/11 B ER](#), zitiert nach juris) hat der Senat schon mehrfach darauf hingewiesen (unter anderen in den Beschlüssen vom 5. März 2012, [L 29 AS 414/12 B ER](#), vom 7. Juni 2012, [L 29 AS 920/12 B ER](#), vom 12. Juni 2012, [L 29 AS 914/12 B ER](#), vom 22. Juni 2012, [L 29 AS 1252/12 B ER](#) und vom 9. November 2012, [L 29 AS 1782/12 B ER](#), jeweils zitiert nach juris), dass nur eine Überzeugung von der Europarechtswidrigkeit dieser Regelung ausnahmsweise berechtigen könnte, dieses formelle Gesetz nicht anzuwenden. Die Nichtanwendung eines in Kraft getretenen Gesetzes (hier [§ 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#)) stellt einen erheblichen Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dar (vgl. zur Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes BVerfG, Beschluss vom 17. Februar 2009, [1 BvR 2492/08](#), zitiert nach juris) und birgt die Gefahr eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung ([Art. 20 Abs. 3](#) des Grundgesetzes - GG). Nicht zuletzt deshalb ist nach [Art. 100 GG](#) ein Gesetz auch nur dann nicht anzuwenden und das Verfassungsgericht anzurufen, wenn das zur Entscheidung berufene Gericht von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt ist. Dieser Maßstab gilt nach Ansicht des Senats auch bei einer vermeintlichen Europarechtswidrigkeit der anzuwendenden einfachgesetzlichen Regelung. Es wäre ein eklatanter Wertungswiderspruch, wenn lediglich "Zweifel" an der Vereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Norm mit der Verfassung noch zur Anwendung des Gesetzes führen, solche Zweifel im Hinblick auf Europarechtliche Regelungen, die nicht einmal den Rang von Verfassungsrecht haben, aber zur Nichtanwendung der gesetzlichen Regelung berechtigen würden. Entsprechend kann eine Nichtanwendung allenfalls dann in Betracht kommen, wenn das erkennende Gericht zu der Überzeugung eines Verstoßes der anzuwendenden Regelung gegen höherrangiges europäisches Recht kommt.

Eine solche Überzeugung von einem Verstoß des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) gegen Recht der Europäischen Union konnte und kann der Senat aus den in den oben genannten Beschlüssen genannten Gründen nicht gewinnen.

Insbesondere in seinem oben genannten Beschluss vom 9. November 2012 ([L 29 AS 1782/12 B ER](#), zitiert nach juris) hat der Senat ausführlich dargelegt, dass der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vielmehr europarechtskonform ist (vgl. so auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3. April 2012, [L 5 AS 2157/11 B ER](#), Beschluss vom 2. August 2012, [L 5 AS 1297/12 B ER](#), Beschluss vom 29. Februar 2012, [L 20 AS 2347/11 B ER](#), Urteil vom 17. April 2012, L 20 AS 618/10, Beschluss vom 12. Juni 2012, [L 20 AS 2/12 B ER](#), LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Mai 2012, [L 3 AS 1477/11](#) (anhängig BSG, [B 4 AS 54/12 R](#)), LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Februar 2010, [L 15 AS 30/10 B ER](#), Beschluss vom 23. Mai 2012, [L 9 AS 347/12 B ER](#), aA LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. September 2011, [L 14 AS 148/11 B ER](#), 30. November 2010, [L 34 AS 1501/10 B ER](#), LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14. November 2011, [L 5 AS 406/11 B ER](#), LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. Oktober 2011, [L 12 AS 3938/11 ER B](#), LSG Niedersachsen Bremen, Beschluss vom 11. August 2011, [L 15 AS 188/11 B ER](#), Hessisches LSG, Beschluss vom 14. Juli 2011, [L 7 AS 107/11 B ER](#), jeweils zitiert nach juris).

Der Ausschlussstatbestand des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist insbesondere mit der seit 1. Mai 2010 geltenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Amtsblatt der Europäischen Union L 166, S. 1, im Folgenden: VO 883/2004) vereinbar und mit Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABI L 158, S. 77, 112, vgl. zur Vereinbarkeit von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit der Unionsbürgerrichtlinie LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3. April 2012, [L 5 AS 2157/11 B ER](#), Beschluss vom 21. Juni 2012, [L 20 AS 1322/12 B ER](#), LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Mai 2012, [L 3 AS 1477/11](#), LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Februar 2010, [L 15 AS 30/10 B ER](#)). Zudem verstößt [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auch nicht gegen Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) vom 11. Dezember 1953 (BGBl. II 1956, S. 564) als unmittelbar geltendes Bundesrecht (vgl. dazu BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010, [B 14 AS 23/10 R](#)), da aufgrund des von der Bundesregierung mit Wirkung vom 19. Dezember 2011 unter Berufung auf Art. 16 b EFA für Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erklärten Vorbehalts, ein Ausschluss von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erfolgte. Der Senat verweist insoweit auf seine bisherige Rechtsprechung, insbesondere die oben genannten Beschlüsse, und sieht von einer Wiederholung der Ausführungen hierzu ab.

Schließlich sieht der Senat trotz entgegenstehender Rechtsprechung anderer Senate des hiesigen Landessozialgerichts zur Anwendbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. April 2012, [L 14 AS 763/ 12 B ER](#), Beschluss vom 29. Juni 2012, [L 14 AS 1460/12 B ER](#), Beschluss vom 23. Mai 2012, [L 19 AS 1106/12 B ER](#), Beschluss vom 23. Mai 2012, [L 25 AS 837/12 B ER](#), Beschluss vom 14. August 2012, [L 16 AS 568/12 B ER](#), jeweils zitiert nach juris) bzw. anderer Landessozialgerichte (vgl. Bayerisches LSG, Beschluss vom 14. August 2012, [L 16 AS 568/12 B ER](#), LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21. August 2012, [L 3 AS 250/12 B ER](#), jeweils zitiert nach juris) wegen der nicht feststellbaren Europarechts- bzw. Völkerrechtswidrigkeit des Leistungsausschlusses auch nicht die Möglichkeit einer Entscheidung über eine Folgenabwägung.

Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) seine Entscheidungen zu existenzsichernden Leistungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren bei offenen Erfolgsaussichten grundsätzlich auf Grundlage einer Folgenabwägung trifft (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 12. Mai 2005, [1 BvR 569/05](#), zitiert nach juris), kommt in der vorliegenden Konstellation eine Folgenabwägung aus den bereits oben genannten Gründen für die Instanzgerichte jedenfalls nicht in Betracht.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass Entscheidungen des BVerfG nach [§ 32 Bundesverfassungsgerichtsgesetz \(BVerfGG\)](#) erfolgen und daher aufgrund einer Regelung, die dem hier anzuwendenden [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) weder systematisch noch inhaltlich entspricht. So entscheidet das BVerfG beispielsweise grundsätzlich ohne Berücksichtigung der Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsakts vorgetragen werden (ständige Rechtsprechung, u.a. Beschluss vom 22. März 2005, [1 BvQ 2/05](#), [1 BvR 2357/04](#), m.w.N., zitiert nach juris) während die Sozialgerichte bei der Anwendung des [§ 86 b SGG](#) in Verbindung mit [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO) insbesondere die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches zu prüfen haben. Außerdem binden die Entscheidungen des BVerfG als "oberster Hüter der Verfassung" (vgl. Maunz in Maunz/Dürig, Komm. zum Grundgesetz, Art. 94 Rn.3) die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (vgl. [§ 31 Abs. 1 BVerfGG](#)) und haben teilweise sogar selbst Gesetzeskraft (vgl. [§ 31 Abs. 2 BVerfGG](#)).

Selbst das mit diesen weitreichenden Kompetenzen ausgestattete BVerfG legt aber bei seiner Folgenabwägung besonders strenge Maßstäbe an, wenn die Aussetzung des Vollzuges eines Gesetzes begehrt wird (u.a. Beschluss vom 22. März 2005, [1 BvQ 2/05](#), [1 BvR 2357/04](#), a.a.O., m.w.N.). Auch das BVerfG dürfe von seiner Befugnis, dass In-Kraft-Treten eines Gesetzes zu verzögern, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sei. Ein Gesetz dürfe deshalb nur dann vorläufig am In-Kraft-Treten gehindert werden, wenn die Nachteile, die mit seinem In-Kraft-Treten nach späterer Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit verbunden wären, in Ausmaß und Schwere die Nachteile deutlich überwiegen, die im Falle der vorläufigen Verhinderung eines sich als verfassungsgemäß erweisenden Gesetzes eintreten. Bei dieser Folgenabwägung seien die Auswirkungen auf alle von dem Gesetz Betroffenen zu berücksichtigen, nicht nur bezogen auf den Antragstellerinnen.

Wenn aber selbst das zur Prüfung berufene BVerfG bei seinen Entscheidungen größte Zurückhaltung für geboten hält, wenn es letztlich um die Nichtanwendung eines Gesetzes geht, so gilt dies erst recht für die Rechtsprechung der Instanzgerichte, die wie bei jeder rechtsprechenden Tätigkeit der staatlichen Gerichte im Sinne von [Art. 92 GG](#) nach [Art. 20 Abs. 3 GG](#) an "Gesetz und Recht" gebunden ist (vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, Komm. zum Grundgesetz, Art. 20 - VI. Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 III - Rn.71). Da der Senat nicht zu der Überzeugung gelangt ist, dass [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) europa- bzw. völkerrechtswidrig ist (oder anderweitig gegen höherrangiges Recht verstößt), ist deshalb in einer solchen Konstellation auch für eine Folgenabwägung kein Raum (in diesem Sinne vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 1. Juni 2012, [L 20 AS 1322/12 B ER](#) m. w. N., zitiert nach juris), weil dies die Nichtanwendung der gesetzlichen Ausschlussregelung des [§ 7 Absatz 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) und damit letztlich eine unzulässige Durchbrechung des Prinzips der Gewaltenteilung bedeuten würde.

Eine andere Sichtweise würde im Übrigen regelmäßig im einstweiligen Rechtsschutz zu einer umfassenderen Leistungsgewährung führen, als in einem Hauptsacheverfahren durchsetzbar wäre. Während im Hauptsacheverfahren das Gericht die vermeintlich europarechtswidrige oder gar verfassungsrechtswidrige gesetzliche Regelung nicht einfach unter Nichtanwendung dieser Regelung Leistungen zusprechen könnte, sondern beispielsweise bei einer vermeintlichen Verfassungswidrigkeit die Regelung nach [Art. 100 GG](#) dem BVerfG vorlegen müsste, wäre eine solche Leistungsgewährung im nur "vorläufigen Rechtsschutz" möglich. Dies würde jedoch letztlich regelmäßig zu einem endgültigen Leistungserhalt führen. Denn zum einen werden in Fällen der vorliegenden Art nach der Erfahrung des Gerichts oft gar keine Hauptsacheverfahren bei dem Gericht anhängig gemacht, in denen die Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung und damit der Leistungsanspruch dann endgültig geklärt werden könnte. Zum anderen dürften selbst für den Fall der Feststellung der Wirksamkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) im Hauptsacheverfahren und damit der Feststellung eines nicht bestehenden Leistungsanspruches und eines unrechtmäßigen Leistungserhalts die gewährten Leistungen oft nicht zurück zu erlangen sein. Denn im Hinblick auf die meist fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit der "bedürftigen" Antragstellerinnen und die insbesondere im Ausland zweifelhafte Vollstreckbarkeit eines sich nun erweisenden Erstattungsanspruches des Antragsgegners führt eine Leistungsbewilligung im einstweiligen Rechtsschutz in dieser Konstellation regelmäßig letztlich zu einem endgültigen Leistungserhalt und damit zur Vorwegnahme der Hauptsache (vergleiche hierzu Beschluss des erkennenden Senats vom 21. September 2012, Aktenzeichen [L 29 AS 1628/12 B ER](#), zitiert nach juris, mit weiteren Nachweisen).

Soweit die Antragstellerinnen schließlich unter Hinweis auf einen Beschluss des 18. Senats des Landessozialgericht Berlin-Brandenburg der Ansicht sind, es seien zumindest Leistungen in Höhe der Grundleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu zahlen, da ansonsten eine Benachteiligung gegenüber Asylbewerbern vorliege, ist zum einen darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Verfahren nicht Regelleistungen sondern nur Kosten der Unterkunft und Heizung im Streit sind. Schon deshalb liegt hier eine andere Sachlage als bei der erwähnten Entscheidung vor. Zum anderen sind die Antragstellerinnen aber zudem darauf hinzuweisen, dass ein sachlicher Grund zur Differenzierung im Sinne von [Art. 3 GG](#) nach Ansicht des Senats auch darin zu sehen sein dürfte, dass den Antragstellerinnen als europäischen Staatsbürgerinnen eine Rückkehr in ihr Heimatland kaum unzumutbar sein dürfte und sie daher zu einem Aufenthalt in Deutschland gezwungen wären. Anders als bei Asylbewerbern kann bei Arbeitssuchenden Europäern im Zweifel nicht davon ausgegangen werden, dass Ihnen in ihrem Heimatland eine Gefahr für Leib und Leben drohen würde.

Danach ist abschließend festzustellen, dass jedenfalls zumindest aufgrund des anzuwendenden Leistungsausschlusses [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches nicht gelungen ist.

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

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

Rechtskraft
Aus
Login
BRB
Saved
2013-09-20