L 2 AS 125/19 B ER und L 2 AS 126/19 B

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
2
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 14 AS 3133/18 ER
Datum
30.01.2019
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 2 AS 125/19 B ER und L 2 AS 126/19 B
Datum
15.05.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 über die Ablehnung des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz wird abgeändert. Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Antragstellern vorläufig vom 20. bis zum 31. Mai 2019, längstens aber bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache oder bis zur Feststellung des Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 des FreizügG/EU, Arbeitslosengeld II in gesetzlicher Höhe zu zahlen. Maßgeblich ist hinsichtlich der Entscheidung in der Hauptsache oder der Feststellung des Verlusts des Rechts nach § 2 Abs. 1 des FreizügG/EU das zeitlich frühere Ereignis. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 über die Ablehnung des Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe wird aufgehoben. Den Antragstellern wird für das Verfahren vor dem Sozialgericht Halle Prozesskostenhilfe ohne Anordnung von Ratenzahlungen unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. bewilligt. Außergerichtliche Kosten der Antragsteller für das einstweilige Rechtschutzverfahren sowie für das Prozesskostenhilfebeschwerdeverfahren sind nicht zu erstatten. Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren gegen die Ablehnung des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz Prozesskostenhilfe ohne Anordnung von Ratenzahlungen unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. bewilligt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung darüber, ob die Antragsteller vom 1. Dezember 2018 bis zum 31. Mai 2019 Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) haben beziehungsweise ob hinsichtlich der Rücknahme einer vorläufigen Bewilligung für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis zum 31. Januar 2019 Leistungen wegen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage zu zahlen sind. Außerdem wenden sich die Antragsteller gegen die ihre Anträge auf Prozesskostenhilfe für das Verfahren vor dem Sozialgericht Halle ablehnende Prozesskostenhilfeentscheidung und begehren die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren.

Die Antragsteller sind rumänische Staatsangehörige. Der 1979 geborene Antragsteller zu 1) ist seit April 2013 mit der 1974 geborenen Antragstellerin zu 2) verheiratet. Die Antragstellerin zu 4) ist die im Juni 2009 geborene gemeinsame Tochter des Antragstellers zu 1) und der Antragstellerin zu 2). Nach einer im Februar 2014 ausgestellten Geburtsurkunde ist der im April 2002 geborene Antragsteller zu 3) der gemeinsame Sohn des Antragstellers zu 1) und der Antragstellerin zu 2).

Nach ihrem Vortrag im gerichtlichen Verfahren sind die Antragsteller im April 2014 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist, um dauerhaft hier zu leben und zu arbeiten. Im Rahmen der Erstantragstellung auf Leistungen nach dem SGB II bei dem Antragsgegner am 14. August 2014 hatte der Antragsteller zu 1) erklärt, er lebe zusammen mit der Antragstellerin zu 2) und der Antragstellerin zu 4). Außerdem hatte er Bescheinigungen des Einwohnermeldeamts der Stadt H. zu Anmeldungen einer Hauptwohnung in der St. Straße ..., für sich selbst vom 20. Mai 2014 zum 10. April 2014, für die Antragstellerin zu 2) vom 3. Juni 2014 zum 1. April 2014 und für die Antragstellerin zu 4) vom 26. Juni 2014 zum 1. Juni 2014, vorgelegt. Der auf ein Jahr befristete Pass für die Antragstellerin zu 4) ist am 5. Mai 2014 in Rumänien ausgestellt worden. Die Antragstellerin zu 4) besucht seit dem Jahr 2016 die Grundschule.

Den Mietvertrag für die Wohnung in der St. Straße ... hatte der Antragsteller zu 1) am 20. Mai 2014 zum 1. Juni 2014 abgeschlossen. Für die 56,98 qm große Wohnung fordert die Vermieterin seit September 2018 298,36 EUR Grundmiete, 128,00 EUR Vorauszahlungen auf Betriebskosten und 100,00 EUR Vorauszahlungen auf Heizkosten.

Am 20. Mai 2014 hatte der Antragsteller zu 1) ein Gewerbe mit dem Inhalt "Sammeln von Altmetallen" angemeldet. Er erklärte gegenüber

dem Antragsgegner, an diesem Tag mit seiner selbständigen Tätigkeit begonnen zu haben und diese in Vollzeit auszuüben. Für ein Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... wurden Anfang November 2018 Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung vom Konto der Antragstellerin zu 2) abgebucht. Außerdem wurde von diesem Konto Anfang November 2018 unter Bezugnahme auf ein Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... ein Betrag in Höhe von 267,12 EUR an die Ungarische Autobahn Inkasso GmbH überwiesen.

Am 3. Juni 2014 hatte die Antragstellerin zu 2) ein Gewerbe mit dem Inhalt "Im- und Export sowie An- und Verkauf von Kfz" mit Beginn zum 1. April 2014 angemeldet. Das Gewerbe meldete sie zum 29. Dezember 2014 ab. In der Zeit von August 2014 bis Januar 2015 hatte sie nach ihren Angaben weder Einnahmen noch Ausgaben im Zusammenhang mit der Tätigkeit.

Der Antragsteller zu 1) und die Antragstellerin zu 2) gaben an, jeweils über ein eigenes Girokonto zu verfügen. Sie legten eine Erklärung vor, nach der sie in Rumänien über keinerlei Einkommen und Vermögen verfügt hätten. Die Erklärung war in Anwesenheit der Zeugen A. C. und V. M. abgegeben, aber durch den Antragsteller zu 1) und die Antragstellerin zu 2) unter Hinweis darauf, dass sie nicht schreiben könnten, nicht unterzeichnet worden.

Die Familienkasse bewilligte Kindergeld für die Antragstellerin zu 4) ab August 2014, dabei bis Oktober 2014 unter Anrechnung des zugleich für sie in Rumänien bezogenen Kindergelds.

Ende November 2014 meldete der Antragsteller zu 1) den Einzug des Antragstellers zu 3) in die Wohnung in der St. Straße ... zum 29. Oktober 2014. Dessen auf ein Jahr befristeter Pass ist am 27. Oktober 2014 in Rumänien ausgestellt worden. Für den Antragsteller zu 3) hatten die Antragsteller ausweislich einer Bescheinigung der Bezirksagentur für Leistungen und Sozialinspektion Giurgiu von dort kein Kindergeld erhalten. In den Unterlagen der "Schule Nr. 1 mit den Klassen I – VIII" in Bolontin Vale, Bezirk Giurgiu, war der Antragsteller zu 3) nicht geführt worden. Die Familienkasse bewilligte Kindergeld für den Antragsteller zu 3) ab Oktober 2014. Der Antragsteller zu 3) nimmt nach dem Abschluss der mittleren Reife an einem Berufsvorbereitungsjahr teil.

In der Folgezeit reichte der Antragsteller zu 1) Belege ein, mit denen er Einnahmen aus Schrottverkäufen geltend machte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf Nachfrage des Antragsgegners bescheinigte die S. W. GmbH weitere Ankäufe vom Antragsteller zu 1), die dieser dem Antragsgegner nicht mitgeteilt hatte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf Befragen des Antragsgegners erklärte der Antragsteller zu 1): Er habe kein eigenes Fahrzeug und fahre mit einem Bekannten. "Schrott am Tag X wird über Bekannten abgerechnet", "Schrott am Tag Y wird über Kd. abgerechnet", "Einnahmen werden untereinander verteilt". Auf weitere Nachfrage erläuterte der Antragsteller zu 1) Ende Juni 2016 gegenüber dem Antragsgegner, er sammle die Woche über Schrott. Dieser werde in einem Auto zwischengelagert und dann nach Weißenfels gebracht. Das mache er zwei- bis dreimal im Monat. Er habe keinen Führerschein und nutze viel das Fahrzeug seines Cousins, der auch Schrotthändler sei. Dieser lasse in seinem Auto sammeln und man bringe den Schrott gemeinsam weg. Der Cousin helfe ihm auch beim Entladen, so wie er selbst dem Cousin. Er sei auch mit seinem Neffen unterwegs. Den Schrott organisiere er aus Haushaltsauflösungen und alten Betrieben in H ... Er frage aber immer, ob er den Schrott mitnehmen könne. Seine Frau helfe ihm nicht, sie kümmere sich um die gemeinsame Tochter.

Nachfolgend legte der Antragsteller zu 1) folgende Belege vor, mit denen er Einnahmen aus Schrottverkäufen geltend machte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf Nachfrage des Antragsgegners bescheinigte die S. W. GmbH weitere Ankäufe vom Antragsteller zu 1), die dieser dem Antragsgegner nicht mitgeteilt hatte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Am 26. Juli 2016 legte der Antragsteller zu 1) folgende Belege vor, mit denen er Einnahmen aus Schrottverkäufen geltend machte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf Nachfrage des Antragsgegners bescheinigte die M. R. GmbH weitere Ankäufe vom Antragsteller zu 1):

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

In der Folgezeit wies der Antragsteller folgende Lieferung nach:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Außerdem legten die Antragsteller einen auf die Antragstellerin zu 2) am 11. Mai 2017 ausgestellten Wägeschein und die Zahlung von 231 EUR durch die M. R. GmbH sowie einen auf Co. M. am 18. Juli 2017 ausgestellten Wägeschein der M. R. GmbH über den Zahlbetrag von 130,15 EUR vor. Hinsichtlich des Wägescheins für Co. M.erläuterte der Antragsteller zu 1), dieser habe mit ihm gesammelt, den Schrott verkauft und die Quittung in seinem Auto vergessen. Da er nicht lesen und schreiben könne, habe er gedacht, dass die Quittung seine sei. Die Antragstellerin zu 2) erklärte, sie habe den Schrott am 11. Mai 2017 verkauft, weil der Antragsteller zu 1) krank gewesen sei.

Der Antragsgegner ermittelte durch Stichprobenabfrage bei Metallankäufern weitere Verkäufe unter dem Namen des Antragstellers zu 1), wobei er der Abfrage ihm bekannte Adressvarianten des Antragstellers zu 1) zugrunde legte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf erneute Nachfrage erläuterte der Antragsteller zu 1) seine Tätigkeit wie folgt: Er übe seine Tätigkeit an 6 Tagen in der Woche für sieben bis acht Stunden am Tag aus. Nach der Schule (Deutschunterricht) komme er nach Hause, ziehe sich um und fahre auf das Land, um zu fragen, ob die Leute Schrott haben. Manchmal finde er Schrott auch auf Baustellen in H ... Er habe keinen Führerschein und nutze ein Fahrzeug mit dem Kennzeichen ... Ihm werde durch seinen Schwiegersohn F. M. sowie manchmal durch seinen Sohn M. und seine Frau geholfen. Am 19. Dezember 2017 legte der Antragsteller zu 1) im Zusammenhang mit einem Fortzahlungsantrag für die Zeit ab Februar 2018 folgende Belege vor, mit denen er Einnahmen aus Schrottverkäufen geltend machte:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Außerdem reichte er folgenden Beleg nach:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Von August 2014 bis Juli 2018 erhielten die Antragsteller Leistungen nach dem SGB II.

Auf den Fortzahlungsantrag vom 21. Juni 2018 bewilligte der Antragsgegner den Antragstellern mit Bescheid vom 4. Juli 2018 vorläufig Leistungen nach dem SGB II von August 2018 bis Januar 2019 in Höhe von monatlich insgesamt 1.246,04 EUR, wobei sich die Vorläufigkeit auf die Einnahmen des Antragstellers zu 1) bezog. Mit vorläufigem Änderungsbescheid vom 9. Oktober 2018 berücksichtigte der Antragsgegner eine Nachforderung der Vermieterin aus einer Nebenkostenabrechnung sowie die Mieterhöhung zum 1. September 2018 und bewilligte vorläufig höhere Leistungen, dabei ab Dezember 2018 monatlich insgesamt 1.354,36 EUR.

Mit Bescheid vom 9. November 2018 nahm der Antragsgegner die vorläufige Bewilligung für die Zeit ab dem 1. Dezember 2018 bis zum 31. Januar 2019 zurück. Dabei bezog er sich auf Angaben, die der Antragsteller zu 1) im Rahmen einer Vorsprache am 8. November 2018 gemacht haben soll. Mit Bescheid vom 15. November 2018 stellte der Antragsgegner fest, dass ein Leistungsanspruch der Antragsteller in der Zeit vom 1. August bis zum 30. November 2018 nicht bestanden habe. Gegen beide Entscheidungen legten die Antragsteller, vertreten durch ihren nunmehrigen Prozessbevollmächtigten, Widersprüche ein. Die Widersprüche gegen die Bescheide vom 9. und 15. November 2018 wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheiden vom 27. November 2018 zurück.

Noch Ende November 2018 haben die Antragsteller einen neuen Antrag auf Leistungen nach dem SGB II gestellt. Diesen Antrag hat der Antragsgegner mit Bescheid vom 23. Januar 2019 für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis zum 31. Mai 2019 abgelehnt.

Am 11. Dezember 2018 hat der Prozessbevollmächtigte für die Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Sozialgericht Halle unter Bezugnahme auf die Klageerhebung gegen beide Widerspruchsbescheide vom 27. November 2018 beantragt und weitere auf den Antragsteller zu 1) ausgestellte Wägescheine vorgelegt:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf Nachfrage des Sozialgerichts Halle hat der Antragsgegner den VERBIS-Vermerk zur Vorsprache des Antragstellers zu 1) vom 8. November 2018 übersandt, dessen Inhalt im Wesentlichen der Begründung der Bescheide vom 9. und 15. November 2018 entspricht. Außerdem hat der Antragsgegner erklärt, bei der Befragung sei einer seiner Mitarbeiter mit rumänischer Staatsbürgerschaft anwesend gewesen, um zu dolmetschen.

Mit Beschluss vom 30. Januar 2019 hat das Sozialgericht Halle den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sowie den Prozesskostenhilfeantrag abgelehnt: Es sei fraglich, ob der Bescheid vom 9. November 2018 die Bewilligung für die Zeit bis Januar 2019 aufgehoben habe, weil der Änderungsbescheid vom 9. Oktober 2018 nicht erwähnt worden sei. Das könne aber dahinstehen, weil der Antragsgegner nunmehr auf den neuen Leistungsantrag für die Zeit ab dem 1. Dezember 2018 hin den Ablehnungsbescheid vom 23. Januar 2019 erlassen und sich der vorläufige Bescheid vom 9. Oktober 2018 damit jedenfalls anderweitig erledigt habe. In der Sache sei der Ausschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II erfüllt, weshalb die Antragsteller keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hätten. Der Antragsteller zu 1) arbeite nicht selbstbestimmt, was ein grundlegendes Merkmal einer selbständigen Tätigkeit sei. Insbesondere könne er seine Arbeitszeit nach eigenen Angaben nicht bestimmten, weil er über keinen Führerschein verfüge. Angesichts der mangelnden Deutschkenntnisse des Antragstellers zu 1) sei nicht glaubhaft, wie der Antragsteller zu 1) Kunden akquiriere. Schließlich stünden nach den eigenen Angaben den zuletzt durchschnittlichen monatlichen Einnahmen von 270 EUR Ausgaben für Fahrtkosten (etwa 300 EUR/Monat) und Fixkosten der Fahrzeuge (etwa 250 EUR/Monat) gegenüber, so dass ein negatives Betriebsergebnis verbleibe. Vor diesem Hintergrund sei auch nicht nachvollziehbar, dass der Antragsteller zu 1) in seiner jüngsten Erklärung zu den Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit die Betriebskosten mit 10 EUR beziffert und Fahrzeugkosten völlig unerwähnt gelassen habe. Es handele sich um eine Form des Wirtschaftens, die sich als Quelle eines den Lebensunterhalt sichernden Einkommens – wenn überhaupt – nur völlig untergeordnet und unwesentlich darstelle. Prozesskostenhilfe sei angesichts dieser Sach- und Rechtslage nicht zu bewilligen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg gehabt habe.

Gegen den Beschluss haben die Antragsteller am 27. Februar 2019 durch ihren Prozessbevollmächtigten Beschwerden beim Landessozialgericht Sachsen-Anhalt eingelegt. Mit der Beschwerde im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes haben sie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren beantragt.

Im Beschwerdeverfahren haben die Antragsteller auf ihr Vorbringen vor dem Sozialgericht Halle verwiesen und geltend gemacht, das Einkommen des Antragstellers zu 1) sei nicht lediglich marginal.

Auf die Nachfrage der Berichterstatterin hat die M. R. GmbH erklärt, unter den beiden Kundendatensätzen des Antragstellers zu 1) seien Anlieferungen mit den Fahrzeugen mit den amtlichen Kennzeichen ... und ... registriert worden:

(Tabelle kann nicht dargestellt werden)

Auf die Nachfrage der Berichterstatterin, warum der Antragsteller zu 1) zwei Fahrzeuge nutze und die Aufforderung, die Zulassungsbescheinigungen, die Kfz-Steuerbescheide und die Versicherungsverträge für beide Fahrzeuge in Kopie zu übersenden, hat der Prozessbevollmächtigte der Antragsteller mitgeteilt, der Antragsteller zu 1) nutze das Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... Das zweite Fahrzeug befinde sich nunmehr im Besitz des Schwiegersohnes F. M ... Er hat die am 6. März 2018 auf den Antragsteller zu 1) ausgestellte Zulassungsbescheinigung für das Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ..., die an den Antragsteller zu 1) adressierte Mahnung aus März 2019 für die Kraftfahrzeugsteuer für dieses Fahrzeug, einen Beleg für die Zahlung der Steuer vom Konto der Antragstellerin zu 2) im April 2019 sowie eine an den Antragsteller zu 1) adressierte Rücklastschriftnachricht für die Kraftfahrzeugversicherung zum Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... von Anfang April 2019 übersandt.

Die Antragsteller beantragen schriftsätzlich,

den Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 abzuändern und den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Außerdem beantragen die Antragsteller,

den Beschluss Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 hinsichtlich der Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe aufzuheben und ihnen rückwirkend für das Verfahren vor dem Sozialgericht Halle Prozesskostenhilfe ohne Zahlungsanordnung unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. zu bewilligen und

ihnen für das Beschwerdeverfahren gegen die Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Prozesskostenhilfe ohne Zahlungsanordnung unter Beiordnung von Rechtsanwalt B. zu bewilligen.

Der Antragsgegner beantragt hinsichtlich des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anordnung,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält den Beschluss des Sozialgerichts Halle für zutreffend.

Für weitere Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die Verwaltungsakten des Antragsgegners verwiesen. Diese haben bei der Entscheidung vorgelegen und sind berücksichtigt worden.

II.

Die Beschwerde der Antragsteller gegen die Entscheidung des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 über die Ablehnung der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat nur für die Zeit vom 20. bis zum 31. Mai 2019 – Erfolg (dazu A.). Der Beschluss des Sozialgerichts Halle ist abzuändern, soweit die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren abgelehnt worden ist (dazu B.). Den Antragstellern ist Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren zu bewilligen (dazu C.).

A.

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 30. Januar 2019 ist zulässig. Sie ist nicht nach § 172 Abs. 3 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ausgeschlossen. Denn in der Hauptsache bedürfte die Berufung keiner Zulassung, weil der Wert des Beschwerdegegenstands den Betrag von 750,00 EUR übersteigt, §§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG. Die Antragsteller begehren in sinngemäßer Auslegung ihrer Beschwerde die Zahlung existenzsichernder Leistungen für die Monate Dezember 2018 bis Mai 2018. Weil für die Monate Dezember 2018 und Januar 2019 auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der zwischenzeitlich erhobenen Klage der Antragsteller gegen den Bescheid vom 9. November 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. November 2018 zu prüfen ist, ist der Ermittlung des Werts des Beschwerdegegenstands schon für den Monat Dezember 2018 der den Antragstellern zuletzt mit Bescheid vom 9. Oktober 2018 bewilligte Betrag von insgesamt 1.354,36 EUR zugrunde zu legen. Dieser Betrag übersteigt den in § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG geforderten Mindestbetrag von 750,01 EUR deutlich.

Die Beschwerde ist zum Teil begründet. Prozessuale Rechtsgrundlage für das Begehren der Antragsteller ist für die Monate Dezember 2018 und Januar 2019 zum einen § 86b Abs. 1 SGG (dazu 1.), während daneben für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis zum 31. Januar 2019 sowie zusätzlich für die Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Mai 2019 der Erlass einer einstweiligen Anordnung zu prüfen ist (dazu 2).

1. Das sinngemäß als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 9. November 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. November 2018 auszulegende Begehren der Antragsteller hat keinen Erfolg. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand sowie dem Inhalt der Akten ist davon auszugehen, dass der Antragsteller zu 1) zum Zeitpunkt der vorläufigen Bewilligung der Leistungen am 4. Juli 2018 bis hinein in die Monate Dezember 2018 und Januar 2019 über kein Freizügigkeitsrecht als selbständig Erwerbstätiger Unionsbürger verfügt hat, weshalb er und seine Familienangehörigen – die übrigen Antragsteller –jedenfalls nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II keine Leistungen nach dem SGB II erhalten können.

Soweit das Sozialgericht Halle davon ausgegangen ist, dass der Bescheid vom 23. Januar 2019 den Bescheid vom 9. Oktober 2018 anderweitig erledigt hat und daher insgesamt von der Prüfung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgegangen ist, folgt der Senat diesem Ansatz nicht. Vielmehr sind innerhalb der gesetzlichen Vorgaben der Regelungsgehalt und die Systematik des § 41a Abs. 2 SGB II sowie der §§ 86b Abs. 1 und Abs. 2 SGG zu beachten, die angesichts der unterschiedlichen Prüfmaßstäbe in § 86b Abs. 1 und 2 SGG nicht zu einer Rechtschutzverkürzung führen dürfen.

Bei der Entscheidung nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG hat das Gericht das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung des

angefochtenen Bescheides gegen das private Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs abzuwägen. Es sind zuvörderst die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. Ist der Verwaltungsakt offenbar rechtswidrig und der Betroffene durch ihn in seinen subjektiven Rechten verletzt, wird ausgesetzt, weil dann ein öffentliches Interesse oder Interesse eines Dritten an der Vollziehung nicht besteht. Sind die Erfolgsaussichten nicht absehbar, bleibt eine allgemeine Interessenabwägung. Es gilt der Grundsatz: Je größer die Erfolgsaussichten sind, umso geringer sind die Anforderungen an das Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Umgekehrt sind die Anforderungen an die Erfolgsaussichten umso geringer, je schwerer die Verwaltungsmaßnahme wirkt. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die Eilentscheidung nicht erginge, die Klage aber später Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte Eilentscheidung erlassen würde, der Klage aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Kommentar, 12. Aufl. § 86b Rn. 12f.). Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in den Fällen des § 86a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGG im Sinne einer generalisierten Interessenbewertung eine Grundsatzentscheidung zugunsten des Vollzugsinteresses getroffen hat (vgl. Bundessozialgericht [BSG], Beschluss vom 29. August 2011 - B 6 KA 18/11 R - juris, Rn. 12; vgl. schon Senatsbeschluss vom 4. September 2017 - L 2 AS 397/17 B ER - juris).

Demgegenüber sind gemäß § 86b Abs. 2 Satz 2 und 3 SGG einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die §§ 920, 921, 923, 926, 928, 929 Absatz 1 und 3, die §§ 930 bis 932, 938, 939 und 945 Zivilprozessordnung (ZPO) gelten entsprechend. Voraussetzung für den Erlass einer Regelungsanordnung ist gemäß § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO stets die Glaubhaftmachung des Vorliegens eines Anordnungsanspruchs (der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines in der Hauptsache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs) und eines Anordnungsgrunds (der Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile). Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn eine Vorausbeurteilung der Hauptsache nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Obsiegen eines Antragstellers in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist. Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) stellt aber besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Insofern hat, umso gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen. Ist eine der drohenden Grundrechtsverletzung entsprechende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich – etwa weil es dafür weiterer, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu verwirklichender tatsächlicher Aufklärungsmaßnahmen bedürfte –, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn die Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes dann auf der Grundlage einer Folgenabwägung erfolgt (vgl. Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 14. März 2019 - 1 BvR 169/19 - juris, Rn. 15, 16 m.w.N).

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt außerdem voraus, dass es nicht um die Geltendmachung einer bereits gewährten, zwischenzeitlich aber aberkannten Rechtsposition geht. Daher greift § 86b Abs. 2 SGG nur, "soweit ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliegt". In einer Anfechtungssituation – hier bezogen auf den Bescheid vom Bescheid vom 9. November 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. November 2018 – ist also die Prüfung der Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorrangig.

Das gilt auch, soweit aus einem Verwaltungsakt nur beschränkte Rechtspositionen erwachsen, wie bei der vorläufigen Bewilligung. Denn angesichts der unterschiedlichen Prüfmaßstäbe und des gesetzlich angeordneten Vorrangs des § 86b Abs. 1 SGG in Anfechtungssituationen kommt es dem Grunde nach auf die Stärke der durch den aufgehobenen oder zurückgenommenen Verwaltungsakt gewährten Rechtsposition nicht an. Vielmehr sind etwa die Fragen der Voraussetzungen für die formelle Rechtmäßigkeit des Eingriffsverwaltungsakts oder der (Nicht-)gewährung von Vertrauensschutz im Rahmen der Abwägung nach § 86b Abs. 1 SGG zu prüfen.

Vorliegend kann die Bewertung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens nicht zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage der Antragsteller führen.

Rechtsgrundlage für die Rücknahme des Bescheids des Antragsgegners vom 4. Juli 2018 in der Fassung des Bescheids vom 9. Oktober 2018 für die Monate Dezember 2018 und Januar 2019 sind § 41a Abs. 2 Satz 4 und 5 SGB II. Nach diesen Vorschriften ist die vorläufige Entscheidung nach Absatz 1 (also die vorläufige Bewilligungsentscheidung), soweit sie rechtswidrig ist, mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen. § 45 Absatz 2 des Zehnten Buchs Sozialgesetzbuch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) findet keine Anwendung.

Der Rücknahmebescheid vom 9. November 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. November 2018 leidet nicht an formellen Mängeln.

Eine gesonderte Anhörung zur Aufhebung war gemäß § 24 Abs. 2 Nummer 3 SGB X entbehrlich, weil der Antragsgegner nicht von den tatsächlichen Angaben des Antragstellers zu 1) abgewichen ist, die im Rahmen der Vorsprache am 8. November 2018 erfolgt sind. Auch durch seinen prozessbevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten behauptet der Antragsteller zu 1) nicht, er habe andere Angaben, als durch den Antragsgegner im Bescheid vom 8. November 2018 ausführlich dargelegt, gemacht. Vielmehr wertet er diese Angaben nur in rechtlicher Hinsicht anders oder trägt eine nachträgliche Veränderung der tatsächlichen Umstände vor.

Die in der Sache zu treffende Beurteilung der Erfolgsaussichten kann nicht zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage führen.

Zwar kommt dem Grundsatz des § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG nach Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung zu, diese entfällt aber in den in § 86a

Abs. 2 SGG genannten Fällen, wie etwa wenn nach Nr. 4 der Vorschrift die fehlende aufschiebende Wirkung durch Bundesgesetz vorgeschrieben ist. Eine solche bundesgesetzliche Vorschrift ist § 39 Nr. 1 SGB II, nach dem Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt unter anderem keine aufschiebende Wirkung haben, wenn dieser – wie hier – Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zurücknimmt. Die Rücknahme sieht § 41a Abs. 2 Satz 4 SGB II als gebundene Entscheidung vor; auf Vertrauensschutz kommt es insoweit nicht an (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung zu einem Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Rechtsvereinfachung, BR-Drucks. 66/16, S. 57).

Die Nichtbenennung des Änderungsbescheids vom 8. Oktober 2018 in der Betreffzeile des Bescheides vom 9. November 2018 führt nicht zu einer Rechtswidrigkeit des Rücknahmebescheids vom 9. November 2018 aufgrund mangelnder Bestimmtheit (§ 33 Abs. 1 SGB X). Denn aus dem Verfügungssatz der Entscheidung des Antragsgegners geht hervor, dass dieser über die vollständige Rücknahme der Bewilligung entschieden hat, also nach dem objektiven Empfängerhorizont auch etwaige nach der vorläufigen Leistungsbewilligung erlassene Änderungsbescheide keine Rechtsgrundlage für den Erhalt von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhals nach dem SGB II mehr bilden sollen (vgl. dazu auch Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 25. Oktober 2017 - B 14 AS 9/17 R - juris, Rn. 31).

Hinsichtlich der materiellen Anspruchsvoraussetzungen auf Leistungen nach dem SGB II ist die von dem Antragsteller zu 1) behauptete selbständige Tätigkeit nicht geeignet, ein anderes Freizügigkeitsrecht als dasjenige zur Arbeitsuche zu begründen.

Zwar erfüllten die Antragsteller zu 1) und 3) sowie die Antragstellerin zu 2) zum Zeitpunkt des Erlasses des vorläufigen Bewilligungsbescheids vom 4. Juli 2018 die Grundvoraussetzungen eines Anspruchs auf Leistungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II. Sie haben das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht. Zweifel an ihrer Erwerbsfähigkeit sind nicht veranlasst. Nach dem derzeitigen Sachstand ist auch von dem gewöhnlichen Aufenthalt aller hilfebedürftigen Antragsteller in der Bundesrepublik Deutschland (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II) auszugehen. Hierfür sprechen die Schulbesuche des Antragstellers zu 3) und der Antragstellerin zu 4) sowie die vom Antragsteller zu 1) auf seinen Namen ausgestellten Wägescheine (auch wenn durch sie für die Sommerzeit vom 8. Juni bis zum 25. Juli 2018 keine Abgaben dokumentiert sind). Daran, dass der Antragsteller zu 3) tatsächlich das Kind des Antragstellers zu 1) und der Antragstellerin zu 2) ist und mit ihnen eine Bedarfsgemeinschaft bilden kann, bestehen Restzweifel. Diese beruhen auf der 12 Jahre nach der Geburt erfolgten Fertigung einer Geburtsurkunde, dem fehlenden Kindergeldbezug für den Antragsteller zu 3) in Rumänien sowie dessen fehlendem Schulbesuch in Bolitin-Vale, dem Ort, an dem der Antragsteller zu 1) sowie die Antragstellerinnen zu 2) und 4) vor ihrem Zuzug in die Bundesrepublik Deutschland gelebt haben. Dass der Antragsteller zu 3) die Schule vor seinem Zuzug in die Bundesrepublik Deutschland besucht haben muss, belegt sein Bildungsstand, der ihm den erfolgreichen Abschluss der mittleren Reife und die Teilnahme an einem Berufsvorbereitungsjahr ermöglicht. Diese Restzweifel auszuräumen ist angesichts der vorgelegten Geburtsurkunde nicht Aufgabe des Senats im Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz.

Die Antragsteller sind aber von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen, weil sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1) am 4. Juli 2018 allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ergab, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II. Daran hat sich bis zum 31. Januar 2019 nichts geändert.

Dem Antragsteller zu 1) steht kein Recht auf Freizügigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU zu. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige).

Wie der Senat bereits unter Beachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entschieden hat, muss für ein Freizügigkeitsrecht aus § 2 Abs. 2

Nr. 2 FreizügG/EU die selbständige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt werden. Wegen der unterschiedlichen wirtschaftlichen Risiken, die Arbeitnehmer und Selbständige mit ihrer Tätigkeit eingehen, muss es bei der Prüfung der wirtschaftlichen Relevanz der Tätigkeit eines Selbständigen nicht allein auf den Umfang der Einnahmen ankommen. Zu berücksichtigen sein können auch die von ihm im Zusammenhang mit der Aufnahme der Tätigkeit eingegangenen Verpflichtungen gegenüber anderen. Dabei kann es sich um Risiken handeln, denen sich der selbständig tätige Unionsbürger gegenüber Trägern öffentlicher Verwaltung aussetzt (z.B. gegenüber den Trägern der Sozialversicherung bei Beschäftigung Dritter), aber auch um gegenüber Privaten eingegangene Verbindlichkeiten (z.B. bei Leasing eines Firmenfahrzeugs, Anmietung von Geschäftsräumen, Anstellung von Arbeitnehmern). Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass nicht mit jedem Gewerbe die regelhafte Eingehung auf eine gewisse Dauer angelegter Verpflichtungen verbunden sein muss (vgl. Reisegewerbe). Je geringer eingegangene wirtschaftliche Risiken sind, desto eher gleicht sich die Selbständigkeit in ihrer Bedeutung für die Teilnahme des Unionsbürgers am Wirtschaftsleben der Arbeitnehmertätigkeit an. Andererseits kann in diesen Fällen – ebenso wie bei einem Arbeitnehmer – verstärktes Gewicht auf die Regelmäßigkeit der Ausübung der Tätigkeit zu legen sein. In diesem Sinne kann zum Beispiel die nur gelegentliche Erbringung handwerklicher Leistungen Anhaltspunkt für eine fehlende wirtschaftliche Relevanz der Tätigkeit sein (vgl. Hailbronner, AuslR, Kommentar, Stand Einzellieferung April 2013, § 2 FreizügG/EU, Rz. 52; unter anderem Senatsbeschlüsse vom 19. Dezember 2018

- L 2 AS 88/18 B ER; vom 7. Januar 2019 - L 2 AS 533/18 B ER; vom 7. Februar 2019 - L 2 AS 860/18 B ER - juris; vom 4. April 2019 - L 2 AS 49/19 B ER).

Hinsichtlich der Tätigkeit des Antragstellers zu 1) erscheint es in hohem Maße unwahrscheinlich, dass er die Anforderungen an eine tatsächliche Ausübung der selbständigen Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU erfüllt.

Alleine die Vorlage von Nachweisen über erzielte Einkünfte aus Schrottverkäufen durch Bescheinigungen über die Abgabe von Metallschrott auf den Namen des Antragstellers zu 1) reicht nicht aus, um eine selbständige Tätigkeit als Schrotthändler nachzuweisen. Solche Belege sagen für sich genommen nichts darüber aus, welche Personen auf welche Weise den Schrott gesammelt bzw. erworben haben und ob der Antragsteller zu 1) hierbei selbständig gehandelt, für einen anderen tätig war oder ob der Schrott von Personen des erweiterten Familienverbundes gesammelt wird und jeweils von der Person eingeliefert wird, für die es leistungsrechtlich aktuell von Bedeutung ist, eine selbständige Tätigkeit nachzuweisen. Auch die Vorlage von Anmeldungen nach § 53 KrWG usw. bestätigt nur die Anmeldung von Sammlungen. Im Übrigen handelt es sich um "Formalpapiere" (vgl. BFH, Beschluss vom 13. Dezember 2016

- X B 23/16 - Rn. 26, zitiert nach juris) bei denen keine gesonderte Prüfung der tatsächlichen Ausübung der selbständigen Tätigkeit erfolgt.

Außerdem erfordert auch ein Kleingewerbe im Bereich des Metallhandels gewisse Mindestvoraussetzungen für eine ernsthafte Teilnahme am Wirtschaftsleben. Weil an die organisatorische Verfestigung der Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland bei fehlender grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung des Unionsbürgers geringe Anforderungen zu stellen sind, ist ein Ladenlokal, ein Lagerraum oder eine Werkstatt nicht unbedingt erforderlich (vgl. hierzu Beschluss des Senates vom 5. April 2016 - L 2 AS 102/16 B ER). Es

bedarf einer nachvollziehbaren Geschäftsidee, der tatsächlichen Ausübung dieser Tätigkeit und der erforderlichen Ausrüstung, um eine solche selbständige Tätigkeit durchzuführen.

Trägt der "Schrottsammler" vor, als "Einzelunternehmer" mit einem Fahrzeug Baustellen oder Straßen abzufahren und das gesammelte Metall nicht auf einem dafür vorgesehenen Lagerplatz, sondern im Fahrzeug zu lagern, kommt der eigenverantwortlichen Nutzung des Fahrzeuges eine besondere Bedeutung zu. Die nachvollziehbare uneingeschränkte Nutzung eines geeigneten Transportfahrzeuges ist dann eine der Mindestvoraussetzungen für eine stabile kontinuierliche gewerbliche Tätigkeit im Bereich des Schrotthandels. Sei es, dass das Fahrzeug im Eigentum des Selbständigen steht, von diesem gemietet, geleast oder anders nachvollziehbar in seinem ständigen Besitz ist. Zudem muss der "Schrotthändler" entweder über einen Führerschein verfügen oder auf andere Weise (z. B. Anstellung eines Fahrers) nachweisen, dass er die Transporte eigenverantwortlich durchführen kann. In dieser Konstellation, bei der das Fahrzeug Transportmittel, Lagerstätte usw. ist, dürfte es in der Regel ausgeschlossen sein, dass verschiedene einzelunternehmerisch tätige "Selbständige" auf das gleiche Fahrzeug Zugriff nehmen können.

Der Antragsteller zu 1) – der nach eigenen Angaben ursprünglich über keine Deutschkenntnisse verfügt hat und wegen dessen Befragung am 8. November 2018 der Antragsgegner einen Dolmetscher hinzugezogen hat – verfügt über keinen Führerschein. Er war zwar ursprünglich im Besitz von zwei Fahrzeugen, konnte diese aber wegen des fehlenden Führerscheins immer nur unter Inanspruchnahme der Hilfe Dritter nutzen. Dazu hat er vorgetragen, er sammle auch mit dem Antragsteller zu 3). Dieser ist allerdings erst im April 2002 geboren und kann daher schon aus rechtlichen Gründen nicht über eine Fahrerlaubnis verfügen. Soweit der Antragsteller zu 1) erklärt hat, er sammle mit seinem Schwiegersohn, geht dieser offenbar einem eigenen Gewerbe nach und hält sich teilweise gar nicht in der Bundesrepublik Deutschland auf (vgl. die Überweisung von Anfang November 2018 an die Ungarische Autobahn Inkasso GmbH). Insoweit ist der Antragsteller zu 1) bei der Ausübung seiner Tätigkeit stets von der Bereitschaft Dritter, auch außerhalb des ihm möglicherweise moralisch verpflichteten Familienverbundes, abhängig. Damit ist nahezu ausgeschlossen, dass er über das Fahrzeug uneingeschränkt verfügen sowie seinen Einsatz eigenverantwortlich planen und steuern kann. Ein plausibler Vortrag für eine eigenverantwortliche selbständige Tätigkeit liegt nicht vor.

Im Übrigen ist Tätigkeit des Antragstellers zu 1) auch aus einem anderen Grund aller Voraussicht nach nicht vom Freizügigkeitsrecht aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU erfasst. Angesichts der eigenen Darstellungen kann der Antragsteller zu 1) mit seiner Tätigkeit – jedenfalls unmittelbar – kein Einkommen erzielen.

Eine Gewinnerzielungsabsicht muss zwar nicht vorrangiges oder einziges Ziel einer zur selbständigen Tätigkeit gehörenden Beschreibung als "wirtschaftliche Tätigkeit" sein, sie muss aber vorhanden sein (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015

- B 4 AS 44/15 R - juris, Rn. 28). Dazu gehört auch die Beobachtung der Einnahmen- und Ausgabensituation, die die Bewertung des wirtschaftlichen Erfolgs einer Tätigkeit erst ermöglicht. Kommt es auf einen solchen Erfolg nicht an, ist das eines von mehreren Indizien für eine Tätigkeit, die nicht als solche eines niedergelassenen selbständigen Erwerbstätigen bewertet werden kann. Angesichts der "Verwechslung" von Einnahmen (Bsp: Quittung für C. M.) fehlt es an einer nachvollziehbaren Buchführung, wie sie der Beobachtung des wirtschaftlichen Erfolgs einer Tätigkeit zugrunde liegt. Im Übrigen kann in Anbetracht der bisherigen Dauer der Tätigkeit sowie der nach den Angaben des Antragstellers zu 1) gegenüber dem Antragsgegner erfolgten Angaben zu die Einnahmen übersteigenden Ausgaben eine bestehende Gewinnerzielungsabsicht nicht erkannt werden.

Insgesamt kann der dargelegte Sachverhalt der Annahme, der Antragsteller zu 1) sei aufgrund seiner Tätigkeit als selbständig Erwerbstätiger unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt, nicht zugrunde gelegt werden. Damit ist die vorläufige Bewilligung von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende aller Voraussicht nach rechtswidrig erfolgt.

Die übrigen Antragsteller haben mangels eigener Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FreizügG/EU) beziehungsweise unzureichender Eigenmittel zur Existenzsicherung (§ 4 Satz 1 FreizügG/EU) kein originäres unionsbürgerliches Freizügigkeitsrecht. Sie können ein solches zwar über § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU von dem Freizügigkeitsrecht des Antragstellers zu 1) ableiten. Der Ableitung läge aber nur ein unionsbürgerliches Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU zugrunde, weshalb auch die Antragsteller zu 2) bis 5) über § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II als Familienangehörige eines nur aufgrund der Arbeitsuche freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers vom Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind.

2. Auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung auf den Neuantrag der Antragsteller aus Ende November 2018 kommt bis zum 19. Mai 2019 nicht in Betracht. Ab dem 20. Mai 2019 können sich die Antragsteller aller Voraussicht nach auf die Rückausnahme vom Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II gemäß § 7

Abs. 1 Satz 4 SGB II berufen.

Prüfungsmaßstab für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis zum 31. Mai 2019 unter Zugrundelegung des Ablehnungsbescheids vom 23. Januar 2019 sind die Vorschriften zum Erlass einer einstweiligen Anordnung (s.o.). Folgt man dem Vortrag der Antragsteller, der Antragsteller zu 1) sei selbständig tätig, erstreckte sich der Bewilligungszeitraum auf sechs Monate (§ 41 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II). Im Übrigen hat der Antragsgegner den Leistungsantrag ausdrücklich nur für diesen Zeitraum abgelehnt und seine Entscheidung insofern zeitlich beschränkt.

Für die von den Antragstellern begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II fehlt es für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis zum 19. Mai 2019 schon an der Glaubhaftmachung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines materiellen Leistungsanspruchs. Der Antragsteller zu 1) verfügt allein über ein Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche, weshalb er und seine Familienangehörigen vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind.

Anders als bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung kommt es im Rahmen des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nicht auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Bewilligung vom 4. Juli 2018 bis zum letzten Tag der ursprünglichen Bewilligungsentscheidung an. Vielmehr ist maßgebender Zeitpunkt derjenige der Entscheidung des Gerichts (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 86b Rn. 42). Bis zum jetzigen Zeitpunkt hat sich die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit des Antragstellers

aber nicht geändert. Er kann sich daher nach wie vor ebenso wenig auf ein Freizügigkeitsrecht als selbständig Erwerbstätiger berufen, wie die Antragsteller zu 2) bis 4) auf eine Ableitung eines eigenen Freizügigkeitsrechts als Familienangehörige eines selbständig erwerbstätigen Unionsbürgers.

Ab dem 20. Mai 2019 haben die Antragsteller aller Voraussicht nach Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB II, auch wenn der Antragsteller zu 1) weiterhin allenfalls als Arbeitsuchender freizügigkeitsberechtigt im Sinne des FreizügG/EU ist.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB II erhalten abweichend von Satz 2 Nr. 2 Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. Die Vorschrift wurde mit Wirkung zum 29. Dezember 2016 durch das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch in das SGB II eingefügt.

Aus dem Wortlaut der Norm ist nicht ersichtlich, dass es für die Rückausnahme vom Leistungsausschluss für Ausländerinnen und Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, mit Aufenthaltsrecht allein zum Zwecke der Arbeitsuche oder mit Aufenthaltsrecht allein oder neben Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und ihren Familienangehörigen auf die materielle Freizügigkeitsberechtigung ankommt, was der Senat schon mit Beschluss vom 4. Februar 2019 im Verfahren

L 2 AS 23/19 B ER entschieden hat. Die Rückausnahme vom Leistungsausschluss soll grundsätzlich (Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 1) für Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen im Sinne des Absatz 2 Satz greifen, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Einschränkungen dieses Grundsatzes greifen bei festgestelltem Verlust des Freizügigkeitsrechts (Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2) hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Rückausnahmeregelung sowie bei bestehender oder bestandener Ausreisepflicht (Abs. 1 Satz 6) hinsichtlich der Berechnung des Fünf-Jahres-Zeitraums. Weitere Beschränkungen der Rückausnahme vom Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sind in § 7 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB II nicht beschrieben.

Auch nach dem Normzusammenhang kann es auf ein materielles Freizügigkeitsrecht nicht ankommen. Denn die Regelung aus § 7 Abs. 2 Satz 4 SGB II soll für alle in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II genannten Personengruppen greifen. Damit gilt sie uneingeschränkt auch für diejenigen Ausländerinnen und Ausländer, die von Buchstabe a des Satz 2 Nummer 2 erfasst sind. Das sind Personen, die kein Aufenthaltsrecht haben.

Schließlich ergeben sich auch aus den Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise auf eine Auslegung der Vorschrift im Sinne der Ansicht des Antragsgegners. In dem Entwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (BT-Drucks. 18/10211) ist ausgeführt (S. 14 – Hervorhebungen durch den Senat):

" Abweichend hiervon kommen für die von den Leistungsausschüssen nach § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 (neu) erfassten Personen und ihre Familienangehörigen nun erstmals unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen nach dem SGB II in Betracht (vergleiche § 7 Absatz 1 Satz 4 und 5 – neu –). Dies ist allerdings erst nach fünf Jahren der Fall, erst ab diesem Zeitpunkt ist von einer Verfestigung des Aufenthaltes auszugehen. Die Verfestigung tritt nicht ein oder entfällt, wenn Unionsbürgerinnen und Unionsbürger nach § 7 Absatz 1 Satz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU zur Ausreise verpflichtet sind, weil die Ausländerbehörde den Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Absatz 7, § 5 Absatz 4 oder § 6 Absatz 1 FreizügG/EU festgestellt hat. Bis zum Ablauf von fünf Jahren oder – wenn der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde – auch nach Ablauf von fünf Jahren, sind auch die in § 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 genannten erwerbsfähigen Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen dem Leistungssystem des SGB XII zugewiesen, in dem ihnen aber nur ein Anspruch auf eine zeitlich beschränkte Überbrückungsleistung zusteht. Diese zielt in erster Linie darauf ab, den Lebensunterhalt bis zur Ausreise zu sichern und gegebenenfalls auf Antrag die Ausreise – durch die darlehensweise Gewährung der Reisekosten – zu ermöglichen. Den betroffenen Personen ist die Rückreise in das jeweilige Heimatland gefahrlos möglich und zumutbar. Die Leistungsausschlüsse erfassen auch Drittstaatsangehörige.

Ist allerdings abzusehen, dass ausländische erwerbsfähige Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht dauerhaft oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum in Deutschland verbleiben werden und damit eine Verfestigung des Aufenthaltes eintritt, soll für sie – sofern sie erwerbsfähig sind – nach fünf Jahren das Leistungsrecht des SGB II und damit auch der Grundsatz des Förderns und Forderns uneingeschränkt gelten. Dann stehen ihnen und ihren Familienmitgliedern bei Hilfebedürftigkeit Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende zu ... Von einem längeren verfestigten Aufenthalt in Deutschland ist nach Ablauf eines gewöhnlichen Aufenthalts von mindestens fünf Jahren ab Meldung bei der Meldebehörde auszugehen (vergleiche § 7 Absatz 1 Satz 4 und 5 – neu –); durch die verpflichtende Meldung bei der Meldebehörde dokumentieren die Betroffenen ihre Verbindung zu Deutschland, die Voraussetzung für eine Aufenthaltsverfestigung ist. Diese Frist ist angelehnt an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts, setzt jedoch im Gegensatz zu diesem keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraus. Sollte die Ausländerbehörde allerdings feststellen, dass ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Absatz 1 FreizügG/EU nicht (mehr) besteht, ist der Aufenthalt nicht mehr verfestigt. Die Personen sind nach § 7 Absatz 1 Satz 1 FreizügG/EU zur Ausreise verpflichtet. Unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthalts in Deutschland – zum Beispiel ein kurzer Heimatbesuch – sind dagegen unschädlich. Bei wesentlichen Unterbrechungen beginnt die 5-Jahres-Frist neu zu laufen. Bei Personen, die zum Zeitpunkt ihrer Ausreise nach § 7 Absatz 1 Satz 1 FreizügG/EU ausreisepflichtig waren, führt jede Wiedereinreise zu einem Neubeginn der 5-Jahresfrist, unabhängig von der Dauer der Unterbrechung. Ein solcher tatsächlich verfestigter Aufenthalt hat keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts; insbesondere folgt daraus kein materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht im Sinne des Europa- oder Ausländerrechts."

Insbesondere die Passagen, die in der Wiedergabe der Begründung des Gesetzentwurfs durch den Senat hervorgehoben worden sind, zeigen, dass es auf ein materielles Freizügigkeitsrecht der Ausländerinnen und Ausländer mit verfestigtem 5-Jahres-Aufenthalt nicht ankommt, soweit die Ausländerbehörde nicht festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Erst dann ordnet § 7

Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU die Ausreisepflicht an.

Wegen des Beginns der 5-Jahres-Frist stellt der Senat, wie schon im Beschluss vom 4. Februar 2019 im Verfahren L 2 AS 23/19 B ER dargelegt, auf das Datum der Meldung bei der Meldebehörde ab. Die Frist beginnt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 5 SGB II "mit der Anmeldung" bei der zuständigen Meldebehörde. Auch der Senat hält im Hinblick auf die Vermeidung missbräuchlicher rückwirkender Meldungen das Datum für maßgeblich, an dem die Ausländerin oder der Ausländer die Meldung vorgenommen hat. Für den Antragsteller zu 1) datiert die – für alle Antragsteller früheste – Meldung bei der Meldebehörde der Stadt Halle auf den 20. Mai 2014. Von diesem Datum aus gerechnet ist der Zeitraum von fünf Jahren mit Ablauf des 19. Mai 2019 abgeschlossen. Anhaltspunkte, die gegen einen gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers zu 1) in der Bundesrepublik Deutschland in dieser Zeit sprechen, sind nicht ersichtlich.

Ein Anordnungsgrund ist im Hinblick auf die derzeitige Einkommens- und Vermögenslosigkeit der Antragsteller auch für die Zeit ab dem 20. Mai 2019 glaubhaft gemacht. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine leistungsrelevante Beseitigung der Hilfebedürftigkeit oder deren Verringerung in wesentlichem Umfang.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG. Wegen des nur geringen Teilerfolgs war der Antragsgegner nicht an den notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller zu beteiligen.

B.

Die ablehnende Prozesskostenhilfeentscheidung des Sozialgerichts Halle war auf die statthafte Beschwerde (§ 172 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2b, § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG) aufzuheben, weil hinreichende Aussichten auf Erfolg für das Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz bestanden. Hierzu wird auf die Ausführungen des Senats zum Anordnungsanspruch ab dem 20. Mai 2019 verwiesen. Ausweislich der zum Prozesskostenhilfeantrag eingereichten Unterlagen sind die Antragsteller prozesskostenhilfebedürftig.

Kosten des Prozesskostenhilfebeschwerdeverfahrens sind nach § 202 SGG in Verbindung mit § 127 Abs. 4 ZPO nicht zu erstatten.

C.

Aus den zu B. genannten Gründen ist den Antragstellern auch Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren zu bewilligen.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden, § 177 SGG.
Rechtskraft
Aus
Login
SAN
Saved
2019-08-15