

## L 19 B 21/07 AS ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 27 AS 20/07 ER

Datum  
25.01.2007  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 19 B 21/07 AS ER

Datum  
22.03.2007  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 25.01.2007 geändert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

Die 1972 geborene Antragstellerin zu 1) ist polnische Staatsangehörige. Sie reiste am 06.05.2004 wieder in die Bundesrepublik Deutschland ein. Ihre drei Kinder, die Antragsteller zu 2) - 4), geboren 1992, 2001 und 2000, sind seit dem 04.03.2005 in der Bundesrepublik Deutschland angemeldet. Die Antragstellerin zu 1) wie auch ihre Kinder verfügen über eine Bescheinigung gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU-FreizügG/EU) vom 30.07.2004 ([BGBl. I, 1950](#)), ausgestellt vom Ordnungsamt der Stadt Duisburg am 17.10.2005 bzw. 21.10.2005.

Am 03.11.2005 beantragte der 1966 geborene N K, der schon bis dahin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) bezogen hatte, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes für die Antragstellerin zu 1) als Partnerin in eheähnlicher Gemeinschaft sowie ihre drei Kinder. Er legte einen Wohnraummietvertrag vor, wonach er und die Antragstellerin zu 1) ab dem 01.08.2005 eine Wohnung in der I Str. 00 in E gemietet haben. Die Antragsgegnerin bewilligte der Bedarfsgemeinschaft bis 30.11.2006 Leistungen nach dem SGB II, zuletzt (mit Bescheid vom 03.05.2006) in Höhe von monatlich EUR 1.438,56.

Mit Bescheid vom 01.12.2006 bewilligte die Beklagte der Bedarfsgemeinschaft für die Zeit vom 01.12.2006 bis 31.05.2007 nur noch Leistungen in Höhe von monatlich EUR 449,16. Hierin enthalten sind Regelleistungen für K. in Höhe von monatlich EUR 311,00, Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung in angemessener Höhe von EUR 25,56 und Unterkunftskosten in Höhe von EUR 112,60, was seinem Pro-Kopf-Anteil entspricht. Hiergegen legten K. und die Antragsteller zu 1) bis 4) am 10.01.2007 Widerspruch ein.

Am 15.01.2007 haben die Antragsteller zu 1) bis 4) beim Sozialgericht den Antrag gestellt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der Kosten für Unterkunft und Heizung zu gewähren.

Sie haben geltend gemacht, die Antragsgegnerin dürfe nicht von einem Leistungsausschluss gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ausgehen, denn sie lebten mit einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft. Der Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass ihr Lebensunterhalt nicht gesichert sei. Die Antragstellerin zu 1) erhalte lediglich Kindergeld in Höhe von monatlich EUR 462,00. Ihr Lebensgefährte sei ebenfalls Bezieher von Leistungen nach dem SGB II. Die Antragstellerin zu 1) hat hierzu eine eidesstattliche Versicherung vom 15.01.2007 vorgelegt, auf die verwiesen wird.

Die Antragsgegnerin hat demgegenüber vorgebracht, der Bezug von Sozialleistungen sei nach der zum 01.04.2006 in Kraft getretenen Regelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ausgeschlossen, da sich die Antragstellerin zu 1) als polnische Staatsangehörige ausschließlich zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhalte. Diese Vorschrift sehe auch einen Leistungsausschluss für Familienangehörige vor. Nach Angaben des Ausländeramtes erfülle die Antragstellerin zu 1) nicht die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Ziffer 5 zweite Alternative des FreizügG/EU für ein Verbleiberecht nach selbständiger Tätigkeit. Einziger Ausstellungsgrund für die Freizügigkeitsbescheinigung sei § 2 Abs. 2 Nr. 1 zweite Alternative FreizügG/EU, nämlich ein Aufenthalt zum Zwecke der Arbeitssuche. Nach der Gesetzesbegründung ([BT-Drucksache 16/688](#)) habe der Gesetzgeber mit der Neufassung Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.04.2004 umgesetzt. Damit solle ein Leistungsausschluss für eine bestimmte Gruppe von

Ausländern normiert werden, wenn sich das Aufenthaltsrecht allein auf den Zweck der Arbeitssuche gründe. Auch für Mitglieder in einer Bedarfsgemeinschaft gelte bei Vorliegen der Voraussetzungen die Ausschlußvorschrift des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#). Die Antragsteller hätten auch keinen Anspruch auf Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII). [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) in der ab 01.01.2007 geltenden Fassung ([BGBl. I 2006, 2670](#)) schließe den Anspruch für Ausländer und deren Familienangehörige ebenfalls aus, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe.

Mit Beschluss vom 25.01.2007 hat das Sozialgericht die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig für die Zeit ab Januar 2007 und zunächst befristet bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch gegen den Bewilligungsbescheid vom 01.12.2006, längstens für die Dauer von 6 Monaten, verpflichtet, den Antragstellern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II in Höhe der Beträge zu bewilligen, die ihnen mit Bescheid vom 03.05.2006 zuerkannt worden waren. Im Übrigen hat es den Antrag abgewiesen und der Antragsgegnerin die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller auferlegt. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund seien glaubhaft gemacht. Auch wenn wegen des Ausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) ein eigener originärer Anspruch nach dem SGB II nicht bestehe, sei vorliegend gemäß [§ 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) die Zugehörigkeit zu einer Bedarfsgemeinschaft leistungs- und zugangseröffnend. Weitere Voraussetzungen gebe es für den Bezug von Geldleistungen nach dem SGB II nicht. [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) und [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) stünden gesetzessystematisch in einem Regel-Ausnahmeverhältnis. [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) enthalte zudem an keiner Stelle eine Bezugnahme auf den in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) geregelten Ausschlußtatbestand. Das Gericht halte es für möglich, dass der Gesetzgeber die in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) genannten Ausländer ganz vom Leistungsbezug habe ausschließen wollen. Er habe dies jedoch weder ausdrücklich noch nach dem Wortlaut getan. Gegen eine restriktive Auslegung des [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) spreche zudem, dass mit den Vorschriften des SGB II grundsätzlich das Einkommen von Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft unabhängig von Staatsangehörigkeit und Zweck des Aufenthaltes angerechnet werde. Nach Auffassung des Gerichts widerspreche es der gesetzlichen Konzeption, den Partnern in eheähnlicher Gemeinschaft, die nach dem SGB II mit nicht unerheblichen Pflichten belastet würden, die durch das SGB II begründbaren Leistungsansprüche zu versagen. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Entscheidung verwiesen.

Gegen den ihr am 26.01.2007 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 07.02.2007 Beschwerde eingelegt, der das Sozialgericht nicht abgeholfen hat (Entscheidung vom 07.02.2007).

Die Antragsgegnerin macht geltend, die Ausführungen des Sozialgerichts zum Anordnungsanspruch gingen fehl. Zwar erweitere [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) den Kreis der Leistungsberechtigten auf die mit dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen. Sinn dieser Regelung sei allerdings vor allem, eine einheitliche Leistungsgewährung für hilfebedürftige Familien aus einer Hand zu gewährleisten. Keinesfalls habe dadurch ein selbständiger Anspruchstatbestand geschaffen werden sollen. Bei der Neufassung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) handele es sich um einen grundsätzlichen Leistungsausschluß. Nunmehr seien diejenigen Ausländer ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich alleine aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe, gleiches gelte für deren Familienangehörige.

Die Antragsteller halten demgegenüber die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin, der das Sozialgericht nicht abgeholfen hat (Entscheidung vom 07.02.2007), ist begründet.

Zur Überzeugung des Senats sind die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht erfüllt.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen, [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO).

Nach Auffassung des Senats fehlt es vorliegend an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs, also einer Rechtsposition, deren Durchsetzung im Hauptsacheverfahren möglich ist. Vielmehr sind die Antragsteller zu 1) - 4) von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Der durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24.03.2006 ([BGBl. I, 558](#)) mit Wirkung zum 01.04.2006 neu gefasste [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) normiert einen SGB II-Leistungsausschluss für Ausländer auf Arbeitssuche, auch wenn diese die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (Abs. 1 Satz 1) erfüllen (Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 2. Auflage, § 7 Rdz. 18; Winkel, SozSich 2006, 103; Beschluss vom 03.11.2006 - [L 20 B 248/06 AS ER](#) LSG NRW, vorausgehend Sozialgericht Duisburg [S 2 AS 167/06 ER](#)). Dies ergibt sich aus dem klaren und unmissverständlichen Gesetzeswortlaut: "Ausgenommen sind Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, ihre Familienangehörige sowie Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes." Damit hat der Gesetzgeber systematisch zutreffend und logisch nachvollziehbar eine Ausnahmeregelung in das Gesetz aufgenommen im direkten Anschluss an die Normierung der Leistungsvoraussetzungen bzw. Festlegung der anspruchsberechtigten Personen in [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#). Dass er, nachdem er in [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) einen Leistungsanspruch auch für Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben normiert, in [§ 7 Abs. 3](#) festgelegt hat, wer zur Bedarfsgemeinschaft gehört, kann schon unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik des Gesetzes nicht zu einer Aufhebung des vorstehend beschriebenen Leistungsausschlusses führen. Vor allem aber ergibt ein Blick in die Gesetzesmaterialien ([BT-Drucksache 16/688](#), 13), dass der Gesetzgeber den Ausschluss von Ausländern, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, mit der Umsetzung von EU-Recht (Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004) begründet und sich an den Wortlaut des Freizügigkeitsgesetzes/EU anlehnt. Nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1](#) zweite Alternative des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU -) vom 30.07.2004 sind Unionsbürger freizügigkeitsberechtigt, die sich zur Arbeitssuche aufhalten wollen. Solchen freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union wird dann von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt, [§ 5 FreizügG/EU](#), sogen. Aufenthaltserlaubnis-EU. Bisher wurde die Dauer der Freizügigkeit für die Arbeitssuche auf mindestens 3 Monate veranschlagt, nach Art. 7 Abs. 3 Buchst. b und c der sog. Freizügigkeitsrichtlinie (Richtlinie 2004/38, EG vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten - ABl. L 229 vom 29.06.2004, S. 35 - 48), in Kraft getreten am 30.04.2004 und in nationales Recht umzusetzen bis 30.04.2006, beträgt der Zeitraum für die Arbeitssuche mindestens 6 Monate unter den dort genannten Voraussetzungen (Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage 2005, [§ 2 FreizügG/EU](#) [§ 2 Rdz. 9 m.w.N.](#)).

Die Antragsteller sind als polnische Staatsangehörige "Ausländer" im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#). Die Antragstellerin zu 1) hält sich allein zum Zweck der Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland auf, was von ihr auch nicht bestritten wird.

Der Senat kann es in diesem Zusammenhang dahingestellt sein lassen, ob sich aus dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 12 EU grundsätzlich ergibt, dass steuerfinanzierte Sozialleistungen allen Unionsbürgern nach den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Umfang zu gewähren sind (s. hierzu Strick, Sozialhilfe und Alg II für Unionsbürger, NJW 2005, 2182 ff). Denn eine der Übergangsregelungen des EU-Beitrittsvertrages (vom 16.04.2003 - [BGBl. II, 1408](#) -) erlaubt es den alten Mitgliedern, ihre arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitische Lage an die erweiterte Union anzupassen. Nach dem Beitrittsvertrag können die alten Mitgliedsstaaten die Freizügigkeit gegenüber den Staatsangehörigen der neuen Mitgliedsstaaten - mit Ausnahme der Staatsangehörigen Maltas und Zyperns - während einer insgesamt siebenjährigen Frist beschränken. Von der zunächst auf zwei Jahre begrenzten Möglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland mit dem Gesetz über den Arbeitsmarktzugang im Rahmen der EU-Erweiterung vom 23.04.2004 Gebrauch gemacht ([BGBl. I, 602](#)). Zwischenzeitlich hat das Bundeskabinett eine Verlängerung der Übergangsregelung mit Wirkung vom 01.05.2006 bis zum 30.04.2009 beschlossen (s. [www.bmas.bund.de](#), Material zur Information, "Verlängerung der Übergangsregelungen bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit bis 2009, Stand: 22.03.2006). Das bedeutet, dass grundsätzlich für Staatsangehörige aus den betreffenden Beitrittsländern eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit möglich ist, [§ 284 SGB III](#) (Fuchs, Deutsche Grundsicherung und europäisches Koordinationsrecht, NZS 2007, 1ff). Das FreizügigG/EU findet auf die Arbeitnehmer dieser Staaten (mit Ausnahme von Maltern und Zypern) nur Anwendung, wenn diesen eine Beschäftigung im Bundesgebiet durch die Bundesagentur für Arbeit genehmigt wurde. Diese ist der Fall, wenn dem Arbeitnehmer aus den Beitrittsstaaten eine Arbeitserlaubnis-EU nach [§ 284 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - \(SGB III\)](#) erteilt wurde (Depel/Raif in Praxishandbuch Zuwanderung und Arbeitsmarkt, Beck, München 2006, 2. Teil I 2 Rdz. 20). Der Antragstellerin zu 1) ist jedoch keine Arbeitserlaubnis-EU nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) erteilt worden.

Die Auffassung des Ausländeramtes, die Antragstellerin zu 1) erfülle nicht die Voraussetzungen eines Verbleiberechts nach selbständiger Tätigkeit, erscheint zutreffend. Denn die in [§ 2 Abs. 2 Ziff. 5 FreizügigG/EU](#), gültig ab 01.01.2005 in Bezug genommene Verbleiberichtlinie (Richtlinie 75/34/EWG des Rates vom 17.12.1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben) ist am 29.04.2006 außer Kraft getreten. Die Voraussetzungen der danach einschlägigen Freizügigkeitsrichtlinie (s. Renner, a.a.O., [§ 2 FreizügigG/EU Rdz. 16](#)) erfüllt die Antragstellerin zu 1) nicht. Das Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate setzt für alle Unionsbürger nach Art. 7 Abs. 1 voraus, dass der betreffende Selbständige und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen. Dies war bei den Antragstellern zu 1) - 4), wie der Bezug von Leistungen nach dem SGB II belegt, aber nicht der Fall. Da die Antragstellerin zu 1) ihr Gewerbe ausweislich der Anmeldung auch nur vom 26.05.2004 bis 02.11.2005 ausgeübt hat und im Jahre 1972 geboren ist erfüllt sie schon nicht die zeitlichen Vorgaben der allein einschlägigen Ausnahmeregelungen des Art. 17 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie.

Im Hinblick auf die vorstehend beschriebenen Regelungen des Beitrittsvertrages zur Arbeitnehmerfreizügigkeit hat der Senat - zumindest bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes notwendigerweise nur eingeschränkten Prüfungsdichte - keine durchschlagenden Zweifel daran, dass der Leistungsausschluss für polnische Staatsangehörige, die sich zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik aufhalten, mit dem EU-Recht vereinbar ist.

Der Senat hat von einer Beiladung des Sozialhilfeträgers abgesehen, da die Klägerin nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch - Sozialhilfe (SGB XII) in der Fassung des Gesetzes vom 02.12.2006 ([BGBl. I, 2670](#)), eingeführt mit Wirkung zum 07.12.2006, keine Sozialhilfe erlangen kann, insofern sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt.

Die Kostenentscheidung ergeht analog [§ 193 SGG](#).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2007-03-27