

S 36 AS 3461/11 ER

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

SG Dresden (FSS)

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

36

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 36 AS 3461/11 ER

Datum

05.08.2011

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Bemerkung

§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 ist mit der Richtlinie EG 38/2004 vereinbar. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 EGV 883/2007 gebietet jedoch eine europarechtskonforme Einschränkung des Leistungsausschlusses des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für arbeitssuche

1. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig für den Zeitraum 06.07.2011 bis 06.01.2012, längstens jedoch bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch von monatlich 593 EUR - davon je 46 EUR für Kosten der Unterkunft und Heizung sowie Regelleistungen von 328 EUR für die Antragstellerin zu 1), von je 29 EUR für die Antragsteller zu 2) und 3) und von 23 EUR für die Antragstellerin zu 4) - zu gewähren. Für die Monate Juli 2011 und Januar 2012 erfolgt die Gewährung anteilig.

2. Der Antragsgegner hat 7/10 der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) in Höhe von 823 EUR monatlich.

Die Antragstellerin zu 1) ist tschechische Staatsangehörige und Mutter der 2007 geborenen Antragstellerin zu 2), des 2010 geborenen Antragstellers zu 3) und der 2011 geborenen Antragstellerin zu 4, welche allesamt ebenfalls die tschechische Staatsangehörigkeit besitzen. Der Kindesvater ist georgischer Staatsangehöriger, studiert seit März 2004 in der BRD und ist seit Juli 2007 Ehegatte der Antragstellerin zu 1). Er ist im Besitz einer "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" sowie einer "Arbeitsgenehmigung-EU" und war in der Zeit vom 18.03.2011 bis zum 08.04.2011, wie schon in Zeiträumen davor, befristet als Statist arbeitstätig. Er ging bis März 2011 zudem regelmäßig einer Aushilfstätigkeit im Lager eines Lebensmittelhändlers nach. Seit dem 08.04.2011 hat er keine entgeltliche Beschäftigung inne. Die letzte Vergütung erhielt er im April 2011.

Die Antragstellerin zu 1) zog anlässlich eines im Wintersemester 2005/2006 begonnenen Auslandsstudienjahres im Rahmen des Erasmus-Programms nach D und lernte dort ihren Ehegatten kennen. Sie meldete sich im Jahre 2007 wieder ab, um ihr Studium an der K.-Universität in Tschechien zu beenden. Am 19.06.2009 meldete sie sich erneut in D an und zog mit ihrem Ehegatten und den Kindern in einen gemeinsamen Haushalt. Einer Erwerbstätigkeit ging und geht die Antragstellerin nicht nach. Am 14.04.2011 stellte ihr die Bundesagentur für Arbeit eine unbefristete "Arbeitsberechtigung-EU" aus; am 19.04.2011 erhielt sie eine "Bescheinigung gemäß § 5 FreizügG/EU".

Am 18.04.2011 stellte die Antragstellerin zu 1) unter Angabe einer aus 4 Personen bestehenden Bedarfsgemeinschaft einen Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II. Sie erhält für die Antragsteller zu 2) und 3) monatlich Kindergeld von je 184 EUR und für die Antragstellerin zu 4) ausweislich des Bescheid der Familienkasse vom 13.07.2011 monatlich Kindergeld von 190 EUR. Weiteres Einkommen ist nach Wegfall des Landeserziehungsgeldes derzeit nicht vorhanden, nennenswertes Vermögen existiert nicht. Gemeinsam mit dem Ehegatten bzw. Vater der Antragsteller lebt die Familie zur Miete, welche (warm) monatlich 230 EUR beträgt.

Mit Bescheid vom 20.05.2011 lehnte der Antragsgegner den Antrag ab, da die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch nicht vorlägen, weil die Antragstellerin zu 1) lediglich ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche in der BRD habe. Hiergegen ließen die nunmehr anwaltlich vertretenen Antragsteller mit Eingang am 17.06.2011 Widerspruch erheben mit der Begründung, dass es nicht zutreffend sei,

dass sich das Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe.

Der Widerspruch wurde mit Bescheid vom 22.06.2011 als unbegründet zurückgewiesen. Es bestehe noch kein Daueraufenthaltsrecht. Das Aufenthaltsrecht der übrigen Familienmitglieder würden diese von jenem der Antragstellerin zu 1) ableiten, so dass sich der Aufenthaltswitz auch nicht zur Wahrung der ehelichen Gemeinschaft und zur Personensorge der gemeinsamen Kinder ergebe.

Am 06.07.2011 erhoben die Antragsteller hiergegen Klage vor dem Sozialgericht, welche unter dem Geschäftszeichen geführt wird.

Mit ihrem ebenfalls am 06.07.2011 eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung machen die Antragsteller geltend, dass es aufgrund der Geburt der Kinder und dem Aufenthalt des Ehemannes der Antragstellerin zu 1) in D offensichtlich sei, dass die Antragstellerin zu 1) nicht zur Arbeitssuche eingereist sei. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) sei dahingehend auszulegen, dass er nur dann Anwendung finde, wenn die Arbeitssuche bereits Zweck der Einreise gewesen sei. Die Ausschlussnorm des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) sei nicht uneingeschränkt auf freizügige Unionsbürger anzuwenden, da sie es nicht erlaube, andere Umstände vorzutragen, die ohne eine bestimmte Dauer des Aufenthalts eine ausreichende Verbindung zum Arbeitsmarkt belegen.

Die Antragsteller beantragen,

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern Leistungen nach dem SGB II nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften in Höhe von monatlich 823 EUR zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Antragsgegner macht geltend, dass die Antragstellerin zu 1) infolge ihrer zwischenzeitlichen Ausreise noch kein Daueraufenthaltsrecht habe. Das Aufenthaltsrecht ihres Ehemannes als Drittstaatenangehöriger stehe wie jenes der Kinder in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem der Unionsbürgerschaft entspringenden Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1), welche jedoch weder Arbeitnehmerin sei noch einen Arbeitnehmerstatus aus einer Vorbeschäftigung habe. Das Bundessozialgericht sei bei seiner Prüfung des Ausschlusses nicht zu dem Ergebnis gekommen, dass eine generelle Unvereinbarkeit mit EU-Recht bestehe, sondern habe auf die Einschränkung durch das Europäische Fürsorgeabkommen abgestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und des wechselseitigen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst der dazu gehörenden Anlagen Bezug genommen. Das Gericht hat die Verwaltungsakte des Antragsgegners beigezogen und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Sie lag ebenso wie die Gerichtsakte der Entscheidungsfindung mit zugrunde.

II.

Der zulässige Antrag hat in der Sache Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig. Dem Begehren der Antragsteller entsprechend handelt es sich um einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß [§ 86b Abs. 2 SGG](#). Danach kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers 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 ([§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#)). Vorliegend wird eine derartige Regelungsanordnung begehrt.

Ein Anordnungsantrag ist begründet, wenn das Gericht aufgrund einer hinreichenden Tatsachenbasis durch Glaubhaftmachung ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#), [§ 294 Abs. 1 ZPO](#)) und bzw. oder im Wege der Amtsermittlung ([§ 103 SGG](#)) einen Anordnungsanspruch bejahen kann. Ein solcher Anordnungsanspruch würde dann vorliegen, wenn das im Hauptsacheverfahren fragliche materielle Recht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist.

Darüber hinaus muss in Abwägung der für die Verwirklichung des Rechts bestehenden Gefahr einerseits und der Notwendigkeit einer Regelung eines vorläufigen Zustandes andererseits ein Anordnungsgrund zu bejahen sein, welcher vorliegt, wenn den Antragstellern wesentliche, insbesondere irreversible, Nachteile drohen, die für sie ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache unzumutbar machen und die Regelung zur Verhinderung dieser unzumutbaren Nachteile durch eine Anordnung nötig erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.10.1977 - [2 BvR 42/76](#), zit. n. juris).

2. Der Antrag ist überwiegend begründet.

a) Ein Anordnungsgrund liegt vor. Nach den genannten Grundsätzen haben die Antragsteller durch die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als zulässigem Mittel zur Glaubhaftmachung gemäß [§§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#), [920 Abs. 2](#), [294 Abs. 1 ZPO](#) sowie durch die Vorlage der Kontoauszüge einschließlich der sich bereits in der Leistungsakte befindlichen Kontoauszüge hinreichend glaubhaft gemacht, über keine nennenswerten Vermögenswerte oder Einkommen zu verfügen, aus denen der Lebensunterhalt zunächst hinreichend bestritten werden kann. Die Nachteile für eine längere Versagung von Grundsicherungsleistungen trotz Bestehens eines Anspruchs hierauf wären irreversibel, das Abwarten des Abschlusses des Klageverfahrens ohne hinreichende Sicherung des Existenzminimums unzumutbar, so dass fiskalische Interessen des Antragsgegners zurückzutreten haben.

b) Auch das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs ist hinreichend glaubhaft gemacht.

(1) Die Antragsteller haben durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherungen und Vorlage der Kontoauszüge hinreichend glaubhaft

gemacht, hilfebedürftig i.S.d. [§ 9 SGB II](#) zu sein. Die Antragsteller erhalten derzeit lediglich Kindergeld in Höhe von insgesamt 558 EUR monatlich. Unter Zugrundelegung eines monatlichen Bedarfs der Antragstellerin zu 1) von 328 EUR gemäß [§ 20 Abs. 4](#) und der übrigen Antragsteller von je 213 EUR gemäß [§ 23 Abs. 1 Nr. 1 SGB II](#) und eines Anteils an den Kosten für Unterkunft und Heizung im Sinne des [§ 22 Abs. 1 SGB II](#) von monatlich 46 EUR für jeden Antragsteller ergeben sich aus einem Gesamtanspruch von 593 EUR folgende individuelle Ansprüche für die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft:

Regelbedarf Kosten für Unterkunft und Heizung

Antragstellerin zu 1) 328 EUR 46 EUR

Antragstellerin zu 2) 29 EUR 46 EUR

Antragsteller zu 3) 29 EUR 46 EUR

Antragstellerin zu 4) 23 EUR 46 EUR

(2) Die Antragsteller sind nicht gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

(a) Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Die Antragstellerin zu 1) hält sich gegenwärtig allein zur Arbeitssuche in der BRD auf. Ihr Aufenthaltsrecht ergibt sich aus [§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU](#). Ein Wegfall dieses Aufenthaltsrechts kommt nur dann in Betracht, wenn aufgrund objektiver Umstände davon auszugehen ist, dass der Unionsbürger in Wirklichkeit keinerlei ernsthafte Absichten verfolgt, eine Beschäftigung aufzunehmen (vgl. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss v. 16.01.2009 - [19 C 08.3271](#), Rz 6, zit. n. juris). Die Antragstellerin zu 1) hat zwar bislang keinerlei Aktivitäten am Arbeitsmarkt entfaltet, sondern vornehmlich ihre Kinder erzogen. Bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Sachprüfung kann jedoch allein daraus nicht geschlussfolgert werden, dass sie keinen ernsthaften Willen hätte, eine Arbeit aufzunehmen, zumal diese Feststellung - und der damit unter Umständen einhergehende Verlust des Aufenthaltsrechtes aus [§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU](#) - einem aufenthaltsrechtlichen Verwaltungsverfahren nach [§ 7](#) oder [§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU](#) vorbehalten (BSG v. 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#), Rz 14, zit. n. juris; Schreiber, info also 05/2009, 105, 200) und der Aufenthalt bis zu dessen Abschluss rechtmäßig bliebe. Von einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche ist daher auszugehen. Bemüht sich die Antragstellerin zu 1) allerdings nicht ernsthaft um Arbeit, gefährdet sie ihr Aufenthaltsrecht. Wer als "nur Arbeitssuchender" Unionsbürger über Zeiten einer nachweisbar aktiven Arbeitssuche oder akuter Notfälle (z.B. längere Krankheit) hinaus Leistungen nach dem SGB II bezieht, verliert das Freizügigkeitsrecht. Die Ausländerbehörde könnte aus diesem Anlass eine Ausweisung verfügen.

(b) Tatsachen zur Begründung eines daneben bestehenden, weiteren Aufenthaltsrechtes, welches zur Unanwendbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) führen würde, sind weder dargelegt noch glaubhaft gemacht worden. Die Antragstellerin zu 1) ist weder Arbeitnehmerin noch als Selbstständige tätig, noch war sie es in der jüngeren Vergangenheit. Es genügt für ein weiteres Aufenthaltsrecht nicht, dass die Antragstellerin zu 1) plausible Gründe haben mag, sich auch aus familiären Gründen in D aufzuhalten. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) stellt auf Aufenthaltsrechte ab. Soll neben dem Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitssuche mithin ein weiteres Aufenthaltsrecht bestehen, muss dieses auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin verfügt noch nicht über ein Daueraufenthaltsrecht gemäß [§ 4a FreizügG/EU](#), welches Unionsbürger nach 5 Jahren ständigem rechtmäßigem Aufenthalt - bei Erwerbstätigkeit u.U. nach 3 Jahren Aufenthalt - erwerben. Dabei kann dahinstehen, inwieweit es für einen "rechtmäßigen" Aufenthalt über 5 Jahre in diesem Sinne erforderlich ist, dass der nicht erwerbstätige Unionsbürger über diesen Zeitraum die Voraussetzungen der [§ 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU](#) erfüllen muss (vgl. hierzu Vorlage d. BVerwG v. 13.07.2010 - [1 C 14/09](#), zit. n. juris). Die Antragstellerin zu 1) ist erst seit dem 19.06.2009 (wieder) in der BRD ständig aufhältig.

Ein Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige aus [§ 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU](#) kann die Antragstellerin zu 1) ebenfalls nicht geltend machen, da sie gerade nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, [§ 4 FreizügG/EU](#).

Der Antragstellerin zu 1) steht auch kein Aufenthaltsrecht zur Ausübung der ehelichen Gemeinschaft bzw. zur Personensorge für ihre Kinder zu. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) stellt auf ein Aufenthaltsrecht ab. Es bedarf daher nicht der Darlegung womöglich plausibler Gründe für einen Aufenthalt, sondern von Tatsachen, aus denen sich ein aus dem Gesetz ableitbarer Aufenthaltstitel ergibt. Aus [§ 2 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 3 Abs. 1 FreizügG/EU](#) ergibt sich ein derartiges Recht nicht, da die Antragstellerin zu 1) selbst die dort angeführte "Unionsbürgerin" ist und damit nicht zugleich eine dort angeführte "Familienangehörige" i.S.d. [§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU](#) sein kann. Die Antragstellerin zu 1) fällt nicht unter diese gesetzliche Definition der Familienangehörigen. Sie ist nicht Ehegatte einer in [§ 2 Abs. 2 FreizügG/EU](#) genannten Person, denn ihr Ehemann ist als georgischer Staatsangehöriger nicht Unionsbürger. Als Angehörige ihrer Kinder, welche selbst Unionsbürger sind, fällt sie auch nicht unter [§ 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU](#). Weder sind die Antragsteller zu 2) bis 4) eigenständig freizügigkeitsberechtigt nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 - 5](#) und [7](#) noch unterhalten sie die Antragstellerin zu 1). Vielmehr unterliegen die Antragsteller zu 2) bis 4) als Familienangehörige zunächst ebenfalls dem Ausschluss aus [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Im Übrigen wären die Voraussetzungen der [§§ 3 Abs. 1 Satz 2, 4 FreizügG/EU](#) zu beachten. Der Antragstellerin zu 1) steht ferner kein Aufenthaltsrecht aus dem Aufenthaltsgesetz neben jenem "zur Arbeitssuche" zu. Gemäß [§ 11 Abs. 1 Satz 6 FreizügG/EU](#) findet das Aufenthaltsgesetz dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung ermittelt als das FreizügG/EU. Nach [§ 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthaltsgG](#) könnte sich etwa ein Recht zur Personensorge ableiten, wenn die Antragstellerin zu 4) als jüngstes Kind der Antragstellerin zu 1) die deutsche Staatsbürgerschaft hätte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zudem erfüllt die Antragstellerin zu 1) nicht die allgemeine Voraussetzung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG](#), da der Lebensunterhalt nicht i. S. d. [§ 2 Abs. 3 AufenthG](#) ohne öffentliche Mittel gesichert ist. Aus diesem Grunde steht ihr auch kein Aufenthaltsrecht zwecks Zusammenlebens mit ihrem Ehemann (Ehegattennachzug) aus [§ 30 AufenthG](#) zu.

(c) Die tschechische Republik hat den Vertrag des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) bislang nicht ratifiziert, so dass die Antragsteller nicht von dessen Schutzbereich erfasst werden und für sie das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA, welches zur Nichtanwendung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) führen würde, nicht gilt (vgl. dazu BSG v. 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#), zit. n. juris).

(d) Der Ausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB ist jedoch europarechtskonform dahingehend einzuschränken, dass er für die Konstellation der Antragsteller nicht gilt.

Eine umfängliche Anwendung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) auf Unionsbürger, welche sich allein zur Arbeitssuche in der BRD aufhalten, wird in Rechtsprechung und Schrifttum teilweise für unvereinbar mit dem Recht der Europäischen Union gehalten (LSG Berlin-Brandenburg v. 30.11.2010 - [L 34 AS 1501/10 B ER](#); SG Berlin v. 24.05.2011 - [S 149 AS 17644/09](#), jew. zit. n. juris; Schreiber in: info also 2008, 3, 9; Geiger in: info also 2010, 147, 150), andernorts für europarechtskonform (LSG Nordrhein-Westfalen v. 22.06.2010 - [L 1 AS 36/08](#) und v. 15.06.2007 - [L 20 B 59/07 AS ER](#); LSG Baden-Württemberg v. 15.04.2010 - [L 13 AS 1124/10 ER-B](#); LSG Berlin-Brandenburg v. 25.03.2010 - [L 29 AS 2128/09 B ER](#); LSG Hessen v. 13.09.2007 - [L 9 AS 44/07 ER](#); LSG Niedersachsen-Bremen v. 02.08.2007 - [L 9 AS 447/07 ER](#) jew. zit. n. juris)

Eine reine Folgenabwägung, welche zu einer vorläufigen Leistungsgewährung führen würde (vgl. etwa LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 30.06.2011 - L 25 535/11 ER), erscheint nicht angezeigt. Der Sachverhalt ist hinreichend geklärt. Rechtsfragen sind auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich zu entscheiden, mögen sie auch streitig sein und eine Positionierung erfordern. Lediglich wenn die Aufklärung der Rechtslage wegen besonders atypischer Konstellationen oder außergewöhnlicher Komplexität einer zeitnahen Prüfung entgegensteht, vermag auch insoweit auf eine Folgenabwägung abgestellt werden können. Vorliegend existieren indes bereits zahlreiche - nicht auf eine Folgenabwägung abstellende - veröffentlichte Gerichtsentscheidungen sowie Erläuterungen aus dem Schrifttum mit ausgetragenen Argumenten zur Frage der europarechtlichen Konformität des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Die Rechtslage ist, wenngleich eine einhellige Auffassung nicht besteht, bekannt und damit einer Entscheidung zugänglich. Allein mit dem Hinweis auf streitige, höchstrichterlich noch nicht entschiedene Rechtsfragen darf im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht auf eine Folgenabwägung abgestellt werden.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) verstößt, soweit wie hier Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes und nicht Leistungen zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt ([§§ 14 - 18e SGB II](#)) betroffen sind, nicht gegen das in [Art. 18 AEUV](#) niedergelegte Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Diskriminierungsverbot gilt nicht vorbehaltlos, sondern lässt eine unterschiedliche Behandlung von Unionsbürgern dann zu, wenn sie durch objektive Gründe sachlich gerechtfertigt ist (EuGH Ur. v. 23.01.1997, Rs. [C-29/95](#) - Pastoors u. Transcap GmbH, NVZ 1997, 234 [235] und Ur. v. 02. Oktober 1997, Rs. [C-122/96](#) - Saldanha u. MTS Securities Corporation, [NJW 1997, 3299](#) [3300]). Die unterschiedliche Behandlung von deutschen Bürgern und Unionsbürgern in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist grundsätzlich gerechtfertigt, da die Regelung den sachlichen Zweck verfolgt, sozialleistungsorientierte Wanderungsbewegungen zu vermeiden (LSG Hessen, Beschl. v. 03.04.2008 - [L 9 AS 59/08 B ER](#), zitiert nach juris, Rz 24; SG Reutlingen, Ur. v. 29.04.2008 - [S 2 AS 2952/07](#), Rz 85-89). Der Europäische Gerichtshof (EuGH, Urteil vom 7. September 2004 - Trojani, [C-456/02](#), Rz 40, zit. n. juris) hat demgemäß zutreffend festgestellt, dass es in Einklang mit der Unionsbürgerschaft und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts - somit auch dem Gleichheitsgrundsatz - steht, wenn für das Recht zum Aufenthalt eines wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgers im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates verlangt wird, dass der betroffene Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über eine Krankenversicherung, die im Aufnahmemitgliedstaat alle Risiken abdeckt, sowie über ausreichende Existenzmittel verfügt, durch die sichergestellt ist, dass während des Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch genommen werden muss. Auch ist es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, sich einer tatsächlichen Beziehung zwischen demjenigen, der Sozialleistungen beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen (EuGH, Urteil vom 15.09.2005 - Ioannidis, [C 258/04](#), Rz 30, zit. n. juris).

Auch [Art. 21 AEUV](#) wird nicht verletzt. Diese Norm gewährleistet die Freizügigkeit eines jeden Unionsbürgers, jedoch gewährt sie keinen Anspruch gegen die öffentliche Hand im Sinne eines Teilhaberechts an Sozialleistungen (so auch LSG Hessen, a.a.O., Rz 25f.; SG Reutlingen, a.a.O., Rz 84). Ferner steht das sekundärrechtliche Gleichbehandlungsgebot aus [Art. 24 Abs. 1](#) der Richtlinie 2004/38/EG dem Ausschluss aus [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für die hier in Rede stehenden Leistungen nicht entgegen. Danach genießt vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Die Antragstellerin zu 1) als tschechische Staatsangehörige und Unionsbürgerin fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie, [Art. 3 Abs. 1](#) 2004/38/EG. Die Richtlinie enthält in [Art. 24 Abs. 2](#) jedoch einen Rechtfertigungsgrund für eine abweichende Behandlung von diesem Gleichheitsgebot, welchen [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in das nationale Recht umgesetzt hat. Danach ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen bzw. Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, während des längeren Zeitraums nach [Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b](#) einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Der "Zeitraum nach [Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b](#)" ist jener, in denen die Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Dieser Verweis mag wenig gelungen sein, so dass zuweilen argumentiert wird, dass Unionsbürger mit einem anderen ursprünglichen Einreisezweck (etwa Studium, Nachzug zu Angehörigen) nicht hierunter fielen (so SG Berlin v. 24.05.2011 - [S 149 AS 17644/09](#), Rz 27, zit. n. juris). Dies würde indes nicht Sinn und Zweck der Regelung entsprechen und zu willkürlichen Ergebnissen führen. In erster Linie zielt der Verweis auf [Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b Satz 2 ab](#), da auch nur dort ("solange") eine Regelung über einen Zeitraum getroffen ist. Dementsprechend legt der Europäische Gerichtshof [Art. 24 Abs. 2](#) 2004/38/EG dahingehend aus, dass "nach dieser Bestimmung [] der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet [ist], u. a. Arbeitssuchenden während des längeren Zeitraums, während dessen sie dort ein Aufenthaltsrecht haben, einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren" (EuGH, Vorabentscheidung vom 04.06.2009 - Vatsouras, Koupatantze, [C-22/08](#), [C-23/08](#), Rz 35, zit. n. juris). Das Gericht folgt auch nicht jener Auffassung, wonach [Art. 24 Abs. 2](#) 2004/38/EG keine Leistungen nach dem SGB II erfasse (so LSG Berlin-Brandenburg v. 30.11.2010 - [L 34 AS 1501/10 B ER](#)). Zwar ist dort nur von einem "Anspruch auf Sozialhilfe" die Rede, jedoch ist diese Formulierung im gemeinschaftsrechtlichen Kontext auszulegen. Die sekundärrechtliche Regelung vermag nicht alle rechtlichen oder typischen Bezeichnungen der zahlreichen Mitgliedstaaten für ihre Sozialhilfeleistungen wiederzugeben. Auch eine einheitliche Auslegung mit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, welche etwa in [Art. 70](#) zwischen "Sozialhilfe" und "beitragsunabhängigen Geldleistungen", unter welche die Leistungen des SGB II fallen (s.u.), unterscheidet, ist keineswegs zwingend (Schreiber in: info also 2009, 195, 197). [Art. 24](#) 2004/38/EG steht in einem aufenthaltsrechtlichen Zusammenhang, während die VO (EG) Nr. 883/2004 auf die Koordinierung von Sozialleistungen abstellt. Gerade weil die Formulierungen im europäischen Recht aufgrund der zahlreichen Landessprachen anfälliger für Ungenauigkeiten sind, geht vielen Regelwerken voran, die maßgeblichen Begriffe gesondert für das einzelne Regelwerk zu definieren. Eine Auslegung im regelwerkübergreifenden sprachlichen Kontext vermag daher weniger zu leisten, als es im nationalen Recht der Fall ist. Die

Grundsicherungsleistungen des SGB II fallen daher begrifflich unter Art. 24 Abs. 2 2004/38/EG.

Soweit der Europäische Gerichtshof mit zutreffender Argumentation entschieden hat, dass finanzielle Leistungen, welche unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, nicht als Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 2004/38/EG angesehen werden können (EuGH, Vorabentscheidung vom 04.06.2009 - Vatsouras, Koupatantze, [C-22/08](#), [C-23/08](#), zit. n. juris), steht dies hier einer Anwendung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht entgegen. Anders als die in Kapitel 3 Abschnitt 1 geregelten Leistungen des SGB II, bei denen eine europarechtskonforme einschränkende Auslegung des Ausschlusses von Unionsbürgern geboten erscheint, dienen die im Kapitel 3 Abschnitt 2 geregelten Leistungen der Sicherung des Lebensunterhaltes und nicht der Eingliederung in Arbeit. Eine Trennung der Leistungen ist möglich.

Der Ausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für Unionsbürger ist allerdings mit höherrangigem europäischem Sekundärrecht in Form des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 nicht vereinbar (LSG Hessen, Beschluss v. 14.07.2011 - [L 7 AS 107/11 B ER](#); vgl auch LSG Bayern, Beschluss v. 12.03.2008 - [L 7 B 1104/07 AS ER](#) und SG Berlin, Urteil v. 24.05.2011 - [S 149 AS 17644/09](#)). Die Antragstellerin zu 1) kann sich auf das dort festgesetzte Gleichbehandlungsgebot berufen. In Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 hat der europäische Verordnungsgeber ein (weiteres) sekundärrechtliches Gleichbehandlungsgebot normiert, ohne dort die Möglichkeit einer Rechtfertigung ähnlich des Art. 24 Abs. 2 2004/38/EG zuzulassen. Dies ist trotz der Widersprüchlichkeiten verbindlich. Eine Übertragung der Rechtfertigungsmöglichkeit aus Art. 24 Abs. 2 2004/38/EG auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 ist nicht zulässig, da - abgesehen von der anderen Regelungsmaterie der Verordnung - das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 eine Abweichung nur nach ebendieser Verordnung zulässt und ferner Art. 24 Abs. 2 2004/38/EG das Gebrauchmachen einer Rechtfertigung den Mitgliedstaaten nur ermöglicht, dies jedoch nicht gebietet.

Anders als in Art. 2 der Vorgängerregelung - Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 - erfasst der persönliche Anwendungsbereich der seit dem 01.05.2010 geltenden VO (EG) Nr. 883/2004 gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 nicht mehr nur Arbeitnehmer, sondern "alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen." Selbst wenn sich der Passus der "Rechtsvorschriften" auch auf Unionsbürger bezieht, wofür die Formulierung der Vorgängerregelung spricht, fällt die Antragstellerin in den Anwendungsbereich. Mit den "Rechtsvorschriften" sind ausweislich der Begriffsbestimmung des Art. 1 Buchstabe I) alle Rechtsvorschriften "in Bezug auf die in Artikel 3 Absatz 1 genannten Zweige der sozialen Sicherheit" gemeint. Dort wiederum sind u. a. als Zweige genannt die "Leistungen bei Arbeitslosigkeit" sowie die "Familienleistungen". Rechtsvorschriften beider Zweige gelten für die Antragstellerin zu 1), welche etwa Arbeitsvermittlungsleistungen in Anspruch nehmen kann, Kindergeld (hierzu EuGH, Vorabentscheidung v. 20.05.2008 - Bosmann, [C-352/06](#), zit. n. juris) bezieht und auch Landeserziehungsgeld konkret-individuell bezogen hat.

Die Leistungen des SGB II fallen auch in den sachlichen Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 883/2004. In Art. 3 Abs. 5 VO (EG) Nr. 883/2004 heißt es zwar, dass "diese Verordnung [] weder auf die soziale und medizinische Fürsorge noch auf Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen anwendbar [ist]". Gemäß Art. 3 Abs. 3 der Verordnung erfasst der Anwendungsbereich hingegen auch "die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Artikel 70". Dieser wiederum trifft Regelungen für "besondere beitragsunabhängige Geldleistungen, die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Artikel 3 Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen". Die Leistungen nach dem SGB II, welche im Anhang X der Verordnung ausdrücklich angeführt sind, fallen unter diese sog. Mischleistungen (BSG, Urteil v. 18.01.2011 - [B 4 AS 14/10 R](#), zit. n. juris).

Eine Ungleichbehandlung lässt Art. 70 Abs. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 zu, wonach "die in Absatz 2 genannten Leistungen [] ausschließlich in dem Mitgliedstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt [werden]". Die Leistungen dürfen mithin nicht in einen anderen Mitgliedstaat exportiert werden. Die Antragstellerin zu 1) wohnt jedoch sowohl melderechtlich als auch tatsächlich in der BRD. Weitere Rechtfertigungen für eine ungleiche Behandlung sind der Verordnung insoweit nicht zu entnehmen.

Soweit der Antragsgegner geltend macht, das Bundessozialgericht sei in seinem Urteil vom 19.10.2010 ([B 14 AS 23/10 R](#), zit. n. juris) nicht zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Unvereinbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit dem Recht der Europäischen Union bestehe, ist dies zutreffend. Das Bundessozialgericht hatte jedoch hierüber auch nicht entscheiden müssen, da in der dem Urteil zugrundeliegenden Konstellation das EFA anwendbar war und zu einem Leistungsanspruch führte. Es hat davon abgesehen, den Leistungsausschluss und seine Vereinbarkeit bzw. Unvereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union zu prüfen oder richtungsweisende Hinweise dahingehend zu geben. Mangels Erwähnung der Richtlinie 2004/38/EG, der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und dem europarechtlichen Diskriminierungsverbot überhaupt trotz der bekannten rechtlichen Diskussion, auf die auch die Vorinstanz einging, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundessozialgericht in dem genannten Urteil die Europarechtskonformität des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) inzident mit der Feststellung bejaht hätte, der Ausschluss greife bei dem dortigen Kläger (zunächst) ein. Diese (einfachgesetzliche) Subsumtion war erforderlich, um die im Ergebnis verneinte Frage der Vereinbarkeit des Ausschlusses mit dem EFA einer Prüfung zuzuführen.

Da nach alledem der Ausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) für die Antragstellerin zu 1) als Unionsbürgerin nicht eingreift, kann er auch keine Geltung für ihre ebenfalls die Unionsbürgerschaft besitzenden Kinder, die übrigen Antragsteller, beanspruchen.

3. Soweit der Antrag über die monatlich vorläufig zu gewährende Leistung hinausging, war er nicht begründet. Die von den Antragstellern begehrte höhere Summe dürfte auf der Annahme beruhen, dass die Antragsteller zu 2) und 3) lediglich 164 EUR Kindergeld erhielten, sowie auf dem bei Antragstellung noch nicht bewilligten Kindergeld für die Antragstellerin zu 4). Der Leistungszeitraum war zudem dem vorläufigen Charakter der Regelungsanordnung entsprechend zeitlich zu begrenzen, wobei sich das Gericht an [§ 41 Abs. 1 SGB II](#) orientiert hat.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSS
Saved
2011-10-12