

L 28 AS 566/11 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
28
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 77 AS 5417/11 ER
Datum
17.03.2011
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 28 AS 566/11 B ER
Datum
17.05.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 17. März 2011 geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig vom 17. Mai 2011 bis 31. Juli 2011 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der Leistungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch zu gewähren. Die Beschwerde im Übrigen wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat ein Drittel der außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für das einstweilige Rechtsschutzverfahren erster und zweiter Instanz zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für die Zeit ab 25. Februar 2011.

Der 1978 geborene Antragsteller zu 1) und die 1987 geborene Antragstellerin zu 2) sind nicht miteinander verheiratet und die Eltern der 2009 und 2010 geborenen Antragsteller 3) und 4). Die Antragsteller sind rumänische Staatsangehörige, halten sich seit mindestens Mai 2010 in Deutschland auf (der Antragsteller zu 4) seit seiner Geburt und bewohnen die zum 1. Juli 2010 gemietete und im Rubrum bezeichnete Wohnung (2 Zimmer, Bad, Toilette, Küche, ca. 59,50 m² Wohnfläche, 300 EUR Miete, 70 EUR Betriebskostenvorauszahlung). Auf das Konto des Antragstellers zu 1) wird laufend das Kindergeld für die Antragsteller zu 3) und 4) in Höhe von monatlich 368 EUR gezahlt. Der Antragstellerin zu 2) wurde auf ihren Antrag vom 3. Februar 2011 Elterngeld in Höhe von monatlich 375 EUR gewährt. Am 14. April 2011 wurde dem Konto des Antragstellers zu 1) Elterngeld für drei Monate (Februar bis April 2011) gutgeschrieben. Das Bezirksamt Treptow-Köpenick von Berlin hat den Antragstellern am 25. August 2010 bzw. 28. Januar 2011 Bescheinigungen gemäß § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) ausgestellt. Der Antragsteller zu 1) hat eine Gewerbebeanmeldung vom 23. September 2010 über den Beginn einer Tätigkeit als "Bauhelfer" am 22. September 2010 und eine Gewerbe-Ummeldung vom 12. November 2010 über die Neuausübung einer Tätigkeit "Abriss", drei von ihm der Firma L gestellte Rechnungen vom 04. Dezember 2010 (Reinigung des zweiten Hinterhofs, pauschal 350 EUR), vom 20. Dezember 2010 (Glätten von Zementestrich, Auslegen von Folien, pauschal 450 EUR) und vom 15. Januar 2011 (Dämmung auslegen, pauschal 400 EUR) sowie drei Quittungen über Zahlungen der Firma L über 350 EUR am 22. Dezember 2010, 450 EUR am 22. Dezember 2010 und 400 EUR am 02. Februar 2011 vorgelegt.

Mit Bescheid vom 18. Februar 2011 hat der Antragsgegner den Antrag der Antragsteller vom 04. Februar 2011 auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II abgelehnt mit der Begründung, dass diese nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausgenommen seien. Angehörige des Staates Rumänien benötigten für die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit generell eine rechtsgültige Arbeitserlaubnis. Eine selbständige Tätigkeit dürfe ohne Beschränkung ausgeübt werden. Bei der vom Antragsteller zu 1) ausgeübten Tätigkeit handele es sich nicht um eine selbständige Tätigkeit. Der Antragsteller habe nach eigenen Angaben ausschließlich Einnahmen durch die Firma L erzielt. Gegen den Bescheid vom 18. Februar 2011 haben die Antragsteller Widerspruch eingelegt.

Den am 25. Februar 2011 bei dem Sozialgericht Berlin gestellten und auf die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts fortlaufend ab 04. Februar 2011 gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat das Sozialgericht mit

Beschluss vom 17. März 2011 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Ansprüche für die Vergangenheit könnten regelmäßig nicht im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens anerkannt werden, sodass für den Zeitraum vor Antragstellung bei Gericht der Erlass einer einstweiligen Anordnung ausscheide. Für den Zeitraum ab Antragstellung bei Gericht seien die Voraussetzungen für eine (vorläufige) Leistungsgewährung dem Grunde nach nicht gegeben. Die Antragsteller hätten nicht ausreichend glaubhaft gemacht, dass sie Berechtigte im Sinne (iS) des [§ 7 SGB II](#) seien. Sie hätten bereits ihre Hilfebedürftigkeit nicht glaubhaft machen können, da sie trotz Aufforderung keine Angaben zur finanziellen Unterstützung durch ihren Onkel gemacht und keine Kontoauszüge eingereicht hätten. Da sie auch nicht glaubhaft machen konnten, dass sie nicht nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen sind, habe die Frage der Erwerbsfähigkeit vorliegend offen bleiben können.

Gegen den am 22. März 2011 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller zu 1) am 25. März 2011 bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg "Widerspruch" eingelegt. Die Antragsteller haben u.a. den an die Antragstellerin zu 2) gerichteten Bescheid des Bezirksamtes Neukölln vom 31. März 2011 über die Gewährung von Elterngeld für den Antragsteller zu 4) und Kontoauszüge zum Konto des Antragstellers zu 1) bei der P vorgelegt. Das Gericht hat die Sach- und Rechtslage in einem Termin erörtert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 5. Mai 2011 Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht ([§ 173 Sozialgerichtsgesetz - SGG -](#)) erhobene Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 17. März 2011 ist zulässig und teilweise begründet. Mit ihrer Beschwerde verfolgen die Antragsteller ihr Begehren weiter, den Antragsgegner im Wege einer Regelungsanordnung iS von [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) vorläufig zu verpflichten, ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit ab 25. Februar 2011 zu gewähren.

Der als Beschwerde zu wertende "Widerspruch" des Antragstellers zu 1) vom 23. März 2011 war dahin auszulegen, dass sich damit nicht nur der Antragsteller zu 1), sondern auch die anderen Antragsteller des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 17. März 2011 wenden und ihr Begehren weiterverfolgen. Alle vier Antragsteller waren daher als Beschwerdeführer zu erfassen.

Den Antragstellern sind vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der Leistungen für Unterkunft und Heizung nach dem SGB II für die Zeit vom 17. Mai 2011 (Entscheidung des Senats) bis 31. Juli 2011 im Wege einer Folgenabwägung (hierzu BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005, [1 BvR 569/05](#), juris) zu gewähren.

Hinsichtlich der Gewährung von Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 25. Februar 2011 (Eingang des einstweiligen Rechtsschutzbegehrens bei dem Sozialgericht) bis 16. Mai 2011 fehlt es an dem für den Erlass einer Regelungsanordnung erforderlichen Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit), weil für eine rückwirkende Leistungsgewährung für Zeiträume vor dem Eingang des Antrags bei dem Gericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich kein Raum ist. Maßgeblicher Zeitpunkt im Beschwerdeverfahren ist nach der Rechtsprechung des Senats der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 1. Oktober 2009, [L 28 AS 1589/09 B ER](#), vom 4. Januar 2008, [L 28 B 2130/07 AS ER](#), mwN, beide juris). Anhaltspunkte dafür, dass die Nichtgewährung von Leistungen in der Vergangenheit in die Gegenwart fortwirkt und eine gegenwärtige Notlage bewirken würde, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Vielmehr konnten die Antragsteller ihre Existenz nach eigenen Angaben durch die in den Quittungen der Firma L genannten Beträge, die Unterstützungsleistungen des Onkels D (ca. 300 EUR monatlich für Verpflegung), das Kindergeld und das im April 2011 für drei Monate ausgezahlte Elterngeld bestreiten. Die Miete für die im Rubrum bezeichnete Wohnung haben sie nach eigenen Angaben aus mitgebrachten Ersparnissen gezahlt. Mietrückstände bestehen nach ihren Angaben bisher nicht. Den Antragstellern ist insoweit zuzumuten, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens gegen den Ablehnungsbescheid vom 18. Februar 2011 abzuwarten.

Eine vorläufige Regelung war über den 31. Juli 2011 hinaus nicht zu treffen, denn im Hinblick auf den plausibel dargelegten Wunsch des Antragstellers zu 1), den Lebensunterhalt der Bedarfsgemeinschaft durch Arbeit (selbständige Tätigkeit) zu finanzieren, kann eine kurzfristige Veränderung in den Einkommensverhältnissen und ein Wegfall der Bedürftigkeit nicht ausgeschlossen werden. Das einstweilige Rechtsschutzverfahren dient gerade nicht der Vorwegnahme der Hauptsache für einen längeren Zeitraum. Hinsichtlich des Endzeitpunktes hat sich der Senat am voraussichtlichen Bewilligungsabschnitt ([§ 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#)) - ausgehend von der Stellung des Leistungsantrags am 4. Februar 2011 - orientiert.

Der Anordnungsanspruch (materiell-rechtlicher Anspruch der Hauptsache) der Regelungsanordnung iS von [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) ist bei der nur gebotenen summarischen Prüfung für die Zeit vom 17. Mai 2011 bis 31. Juli 2011 gegeben.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) in der ab 1. April 2011 geltenden Fassung (nF) des Gesetzes vom 24. März 2011 ([BGBl. I 453](#)) - bis auf eine redaktionelle Änderung (Leistungsberechtigte statt Hilfebedürftige) inhaltsgleich mit der alten Fassung (aF) - erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen,

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

Erwerbsfähige Leistungsberechtigte erhalten nach [§ 19 Satz 1 SGB II](#) in der ab 1. Januar 2011 geltenden Fassung (nF) des Gesetzes vom 24. März 2011 ([BGBl. I 453](#)) Arbeitslosengeld II. Nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, erhalten Sozialgeld, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des Zwölften Buches haben (Satz 2 aaO). Die Leistungen umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung (Satz 3 aaO).

Der Anspruch ist bei summarischer Prüfung zunächst nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Antragsteller aus rechtlichen Gründen gehindert sind, erwerbstätig zu sein. Nach [§ 8 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) in der ab 1. April 2011 geltenden Fassung (nF) des Gesetzes vom 24. März 2011 (inhaltsgleich mit [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) aF) können Ausländerinnen und Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Die Antragsteller dürfen nach der Mitteilung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 17. Dezember 2008 (BANz 2008, 4807 - 4808) bis 31. Dezember 2011 als rumänische Staatsangehörige

eine Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt gemäß [§ 284 Abs. 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch nur mit einer Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben. Eine solche Genehmigung liegt nicht vor und wurde nach dem Vortrag der Antragsteller zu 1) und 2) im Erörterungstermin auch nicht beantragt. Gegenüber dem Antragsteller zu 1) hat die Bundesagentur für Arbeit (Agentur für Arbeit Berlin-Süd) zudem mit Bescheid vom 27. Januar 2011 den Antrag auf Erteilung einer Arbeitsberechtigung-EU vom selben Tag abgelehnt. Nach [§ 8 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) nF ist die rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach [§ 39](#) des Aufenthaltsgesetzes aufzunehmen, ausreichend. Mit dem zur Verdeutlichung angefügten Satz 2 des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) (siehe dazu [BT-Drucks. 17/3404 S. 93](#)) dürfte die bislang umstrittene Frage, ob für die Annahme der Erwerbsfähigkeit eines Ausländers iS des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) aF erforderlich ist, dass die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung konkret möglich erscheint oder die abstrakt-generelle Möglichkeit ausreicht (siehe hierzu LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. November 2010, [L 34 AS 1001/10 B](#), Rn. 42, mwN, juris), geklärt sein. Zudem ist denkbar, dass als Beschäftigung iS des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) nicht nur die abhängige Beschäftigung nach [§ 7](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) anzusehen ist, sondern auch die selbständige Erwerbstätigkeit (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss, vom 22. Juli 2010, [L 14 AS 763/10 B](#), Rn. 8, mwN, juris). Die Ausübung der vom Antragsteller zu 1) behaupteten selbständigen Tätigkeit wäre demnach erlaubt (so auch die Auffassung des Antragsgegners im Bescheid vom 18. Februar 2011).

Ob auch die Antragstellerin zu 2) als erwerbsfähig iS des [§ 8 SGB II](#) angesehen werden kann, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Wäre sie nicht in diesem Sinne erwerbsfähig, hätte sie als mit dem Antragsteller zu 1) in einer Bedarfsgemeinschaft ([§ 7 Abs. 3 Nr. 3a SGB II](#)) lebende Lebenspartnerin Anspruch auf Sozialgeld ([§ 19 Satz 2 SGB II](#) nF, vormals [§ 28 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) aF).

Einem Leistungsanspruch der Antragsteller steht nicht mit hinreichender Gewissheit die Regelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nF (bis auf eine sprachliche Ergänzung inhaltsgleich mit der aF) entgegen. Danach sind vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgenommen Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen. Zwar ist der Ausschlussgrund ausgehend von den Bedingungen, unter denen sich der Antragsteller zu 1) in der Bundesrepublik aufhält, anwendbar und seine Voraussetzungen sind erfüllt. Es spricht jedoch einiges dafür, dass [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) (aF und nF) mit dem Recht der Europäischen Union (EU) nicht vereinbar ist und auf Unionsbürger wie den Antragsteller zu 1) zumindest nicht einschränkungslos anwendbar ist (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 29. November 2010, [L 34 AS 1001/10 B](#), aaO; vom 9. September 2010, [L 10 AS 1023/10 B ER](#), aaO).

Bei summarischer Prüfung ergibt sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1) allein aus dem Zweck der Arbeitsuche. Insbesondere hat der Antragsteller zu 1) bei summarischer Prüfung kein Aufenthaltsrecht als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU](#). Denn er ist weder niedergelassen noch erbringt er (Dienst-)Leistungen außerhalb des Staates seiner Niederlassung. Eine selbständige Tätigkeit seit Einreise in die Bundesrepublik in einem Umfang, welcher eine tatsächliche Verbindung zum Arbeits- bzw. Gütermarkt der Bundesrepublik Deutschland herstellen könnte (siehe hierzu EuGH, Urteil vom 04. Juli 2009, [C-22/08](#) und [C-23/08](#), juris), ist nicht glaubhaft gemacht. Falls der Antragsteller die in den drei Rechnungen vom 4. Dezember 2010, 20. Dezember 2010 und 15. Januar 2011 aufgeführten Tätigkeiten für den Bekannten seines Onkels (Firma L) tatsächlich im angegebenen Umfang ausgeübt haben sollte, dürfte es sich um eine abhängige Beschäftigung ([§ 7 SGB IV](#)), nicht jedoch um eine selbständige Tätigkeit handeln. Denn der Antragsteller zu 1) war nur für einen Auftragnehmer weisungsgebunden tätig. Herr L habe ihn angerufen und ihm gesagt, wo er hinkommen müsse und was er tun müsse (siehe Erklärung in der Sitzungsniederschrift vom 5. Mai 2011). Allein die Anmeldung eines Gewerbes begründet nicht das Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU](#) (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. November 2010, [L 34 AS 1001/10 B ER](#), Rn. 36, aaO). Da auch die weiteren Tatbestände des [§ 2 Abs. 2 Nr. 3 bis 7 FreizügG/EU](#) in Bezug auf den Antragsteller zu 1) nicht erfüllt sind, folgt seine gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsberechtigung allein aus [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#). Hiernach sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitsuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen. Dies entspricht auch dem wirklichen Willen des Antragstellers zu 1), der "wie jeder andere" in der Bundesrepublik Deutschland arbeiten möchte. Er hat - wie auch die Antragstellerin zu 2) - keinen Beruf erlernt und in Rumänien keine Arbeit gehabt.

Trotz der Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (nF) ist dennoch eine Folgenabwägung (dazu BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005, [1 BvR 569/05](#), aaO) bezüglich der Leistungsgewährung vorzunehmen, denn die Wirksamkeit des Ausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) (aF und nF) steht nicht mit hinreichender Sicherheit fest. In einer Vielzahl von Entscheidungen der Landessozialgerichte in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und Äußerungen im Schrifttum wird diese Frage mit uneinheitlichen Begründungen bejaht oder verneint (siehe dazu LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 9. September 2010, [L 10 AS 1023/10 B ER](#), Rn. 15f, aaO; vom 29. November 2010, [L 34 AS 1001/10 B ER](#), aaO, jeweils mwN). Umstritten ist dabei insbesondere, ob Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) gegen europäisches Primärrecht verstößt und das Arbeitslosengeld II als Sozialhilfe iS des Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie anzusehen ist (was einen Leistungsanspruch ausschließen würde).

Die Folgenabwägung ist zu Gunsten der Antragsteller zu treffen, denen zurzeit kein hinreichendes eigenes Einkommen oder Vermögen zur Verfügung steht, um ihre elementaren Bedürfnisse zu befriedigen. Das laufende monatliche Einkommen der Antragsteller (ohne Leistungen des Onkels D) in Höhe von 743 EUR (368 EUR Kindergeld, 375 EUR Elterngeld) reicht zur Deckung ihres Bedarfs (Kosten für Unterkunft und Heizung, Regelbedarf bzw. Sozialgeld) nicht aus. Zu berücksichtigendes Vermögen ([§ 12 SGB II](#)) liegt nach gegenwärtigem Erkenntnisstand nicht vor. Das Vermögen der Antragstellerin zu 2) in Form eines Guthabens von ca. 1600 EUR auf ihrem Bankkonto (siehe Erklärung in der Sitzungsniederschrift vom 5. Mai 2011) übersteigt nicht den Grundfreibetrag ([§ 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB II](#)). Allein fiskalische Gesichtspunkte oder die Möglichkeit zur Rückkehr in das Heimatland - die Antragsteller zu 3) und 4) besuchen aufgrund ihres geringen Alters noch keine Schule - überwiegen nicht die rechtlich gestützten Positionen der Antragsteller, zumal sie als Unionsbürger unmittelbar aus Art. 18 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt in jedem anderen Mitgliedsstaat der EU haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt das nur teilweise Obsiegen der Antragsteller.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved
2011-07-14