

L 20 AS 2/12 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
20
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 107 AS 29034/11 ER
Datum
02.12.2011
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 20 AS 2/12 B ER
Datum
12.06.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Bemerkung
[L 20 AS 50/12 B PKH](#)

Die Beschwerden gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 02. Dezember 2011 werden zurückgewiesen. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – SGB II –.

Die Antragsteller zu 1. und 2. sind die miteinander verheirateten Eltern der in den Jahren 1997 und 2011 geborenen Antragsteller zu 3. bis 5. Alle sind b Staatsangehörige, der Antragsteller zu 2) hält sich eigenen Angaben zu Folge seit dem 07. März 2011 in Deutschland auf (Erklärung vom 4. September 2011), die Antragstellerinnen zu 1), 3) und 4) seit dem 18. Juli 2011 (Erklärung vom 4. Oktober 2011), der Antragsteller zu 5) wurde am 19. Dezember 2011 in Deutschland geboren. Die Antragsteller sind im Besitz von Bescheinigungen gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern – FreizügG/EU.

Der Antragsteller zu 2. meldete am 21. Juni 2011 ein Gewerbe für die Tätigkeit "Packetendienst – Kurierdienste – Getränke Hol- und Bringservice" an. Für ihre Kinder, die Antragsteller zu 3. bis 5., erhalten die Antragsteller zu 1. und 2. Kindergeld in Höhe von monatlich 558,- Euro sowie Elterngeld in Höhe von 300,- Euro.

Die Antragsteller wohnen seit Mitte Januar 2012 im T Weg, B, davor bewohnten sie eine Wohnung in der in. Für die Wohnung haben sie derzeit eine monatliche Miete von brutto 499,10 Euro zu entrichten. Am 9. Mai 2012 bestanden Mietschulden für die neue Wohnung in Höhe von 2 Monatsmieten (998,20 Euro), am 11. Mai 2012 leisteten die Antragsteller eine Überweisung in Höhe einer Monatsmiete (Kontoauszug Nr. 10), am 21. Mai 2012 wies ihr Konto nach Abhebungen am Geldautomat von 140,00 Euro noch ein Guthaben von 816,35 Euro auf (Kontoauszug 13). Am 16. August 2011 beantragten die Antragsteller zu 1) bis 4) beim Antragsgegner Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Der Antragsteller zu 2. gab an, Einkommen aus seiner selbständigen Tätigkeit zu erzielen, das jedoch nicht ausreiche.

Mit Bescheid vom 19. Oktober 2011 lehnte der Antragsgegner den Antrag der Antragsteller auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts unter Bezugnahme auf [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) ab. Hiergegen legten die Antragsteller am 25. Oktober 2011 Widerspruch ein, der bisher nicht beschieden wurde.

Am 3. November 2011 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Berlin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt, mit dem sie die vorläufige Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von monatlich 1.426,00 Euro begehrt haben. Ferner haben sie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Sie haben vortragen lassen, die Antragsteller lebten seit Mai 2011 in der Bundesrepublik, der Antragsteller zu 2. sei selbständig und daher nicht allein zum Zweck der Arbeitssuche in Deutschland. Dass er nur einen Auftraggeber habe, sei unschädlich und vor allem in der Anfangsphase einer Selbständigkeit nachvollziehbar. Im Übrigen sei der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) europarechtswidrig. Sollte diese Frage im vorliegenden Verfahren nicht zu klären sein, seien den Antragstellern Leistungen im Wege der Folgenabwägung zu gewähren. Im Rahmen

des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Antragsteller zu 2. zunächst vortragen lassen, dass er aus seiner selbständigen Tätigkeit monatlich Einnahmen von 250,00 Euro erziele. Später wurde vorgetragen, er habe in den Monaten September und Oktober 2011 jeweils 160,00 Euro eingenommen, und Quittungen über den Erhalt von insgesamt 120,00 Euro im September und von insgesamt 230,00 Euro im Oktober 2011 vorgelegt. Im Übrigen seien die Antragsteller seit der Einreise zum Teil von den Eltern unterstützt worden. Sie reichten insoweit Überweisungsbelege aus Oktober 2011 über 500 Euro und aus September 2011 über insgesamt 280 Euro ein.

Ferner legten die Antragsteller die Kopie eines Vertrages vom 01. September 2011 zwischen der Fa. F-T O & G, bezeichnet als Auftraggeber, und dem Antragsteller zu 2), bezeichnet als Mitarbeiter, vor. Danach wird der Antragsteller eingesetzt für Lieferung von Obst und Gemüse, er teilt seine Arbeitszeit nach eigenem Ermessen ein, muss jedoch in der Zeit von 10:00 bis 18:00 Uhr telefonisch erreichbar sein und mindestens zwei Vormittage pro Woche Dienste im Büro des Auftraggebers oder in seinem eigenen leisten. Der Mitarbeiter sei nicht weisungsgebunden, er habe aber die Interessen des Auftraggebers in seine Planungen einzubeziehen. Der übe seine Tätigkeit nach eigenem Ermessen aus, wenn auch in Absprache mit dem Auftraggeber. Ihm werde eine Beauftragung von 80 Stunden im Monat garantiert, das Honorar wird auf fünf Euro pro Stunde festgesetzt. Auf das Honorar werde keine gesetzliche Mehrwertsteuer bezahlt, alle Zahlungen erfolgen bar. Der Mitarbeiter sei berechtigt, alle Büroeinrichtungen und Gerätschaften des Auftraggebers zu benutzen, benötigtes Büromaterial in Absprache mit dem Auftraggeber entweder selbst zu beschaffen und in Rechnung zu stellen oder aber dem Büro des Auftraggebers zu entnehmen. Der Mitarbeiter sei Dritten gegenüber zu absolutem Stillschweigen über die Interna des Betriebes des Auftraggebers verpflichtet.

Darüber hinaus legte er Kopien von Quittungen über Barauszahlungen vor, die sich auf den Ausführungszeitraum September und Oktober 2011 bezogen.

Das Sozialgericht Berlin hat die Anträge mit Beschluss vom 02. Dezember 2011 abgelehnt. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei unbegründet, da die Antragsteller einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht hätten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller seien ungeklärt. Das nach Aktenlage belegte Einkommen sowie die Unterstützung durch die Eltern könnten den notwendigen Lebensunterhalt für eine vierköpfige Bedarfsgemeinschaft der Antragsteller nicht einmal ansatzweise abdecken, zumal daneben Kosten der Unterkunft und für Krankenversicherung anfielen. Es lasse sich nicht feststellen, dass es den Antragstellern nicht auch weiterhin möglich sein solle, ihren notwendigen Lebensbedarf gegebenenfalls mit familiärer Unterstützung weiter selbst zu bestreiten, zumal sie sich laut Antragstellung bereits seit Mai 2011 in der Bundesrepublik Deutschland aufhielten. Prozesskostenhilfe sei mangels hinreichender Erfolgsaussichten abzulehnen.

Hiergegen haben die Antragsteller am 2. Januar 2012 Beschwerde beim Landessozialgericht Berlin-Brandenburg erhoben. Ergänzend zu ihrem erstinstanzlichen Vorbringen, tragen sie vor, ihnen seien zur Sicherung des Lebensunterhaltes von der Mutter der Antragstellerin zu 1) insgesamt ca. 1000 Euro geschickt worden, Quittungen und Belege hierfür seien jedoch nicht mehr vollständig vorhanden. Die Mutter sei zu diesen Zahlungen nicht mehr in der Lage. Die Miete in der Wohnung K in der sie bis Februar 2012 wohnen könnten, betrage seit dem 1. Januar 2012 440,00 Euro und werde regelmäßig gezahlt. Die Antragsteller seien bei der AOK familienversichert, hätten jedoch bisher keine Beiträge gezahlt.

Im November 2011 habe die Familie eine Nachzahlung der Familienkasse erhalten, weitere Nachzahlungen von Kinder- und Elterngeld seien im April 2012 erfolgt. Ferner habe der Antragsteller zu 2) im November 320 Euro und im Dezember 240 Euro an Einnahmen erzielt. Der Antragsteller zu 2) habe nunmehr einen weiteren Auftraggeber, nämlich die Fa. "G N". Insoweit reichten die Antragsteller Quittungen über Barauszahlungen "für" G N vom 10. Oktober 2011 und 4. November 2011 über jeweils 40 Euro und vom 16. Februar 2012 über 100 Euro ein. Diese Quittungen sind in derselben Handschrift ausgefüllt wie die Quittungen über Barauszahlung der Firma F-T O- und G. Auf Nachfrage des Senats hat der Geschäftsinhaber der Firma G N, Herr KB, unter dem 29. Februar 2012 (Eingang 23. März 2012) erklärt, dass der Antragsteller zu 2) zwar hin und wieder für ihn Lieferungen getätigt habe, er hierfür aber keine Bezahlung erhalten habe, da er bei ihm gefrühstückt und umsonst Kaffee habe trinken können. Er sei von dem Untermieter F G als Fahrer beschäftigt worden. Die Antragsteller haben am 24. Mai 2012 Quittungen über Barauszahlungen der F-T G an den Antragsteller zu 2) eingereicht, aus denen sich Zahlungen in den Monaten Februar, März und April 2012 in Höhe von jeweils insgesamt 360 Euro, sowie für den Monat Januar 2012 in Höhe von insgesamt 240 Euro ergeben, sowie eine weitere in derselben Handschrift ausgefüllte Quittung für G N über den Erhalt von 70 Euro für "zwei Tage 24. und 25. Januar Fahrerkosten". Eine Stellungnahme der Antragsteller zur Auskunft des Herrn B (G N) ist trotz Aufforderung durch den Senat nicht erfolgt.

Ausweislich der eingereichten Kontoauszüge des Kontos der Antragsteller mit der Nummer bei der Berliner S (Bankleitzahl) wies der Kontostand zuletzt am 21. Mai 2012 ein Plus von 816,35 Euro auf. Am 3. Mai erfolgte ausweislich der Kontoauszüge eine Abbuchung der Spielwarenfirma T über 80,95 Euro.

Die Antragsteller beantragen, den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 2. Dezember 2011 aufzuheben und den Antragsgegner zu verpflichten, den Antragstellern vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und Kosten der Unterkunft und Heizung monatlich zu gewähren und den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Sozialgericht und für das Verfahren vor dem Landessozialgericht Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihres Bevollmächtigten zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller seien nach wie vor ungeklärt, im Übrigen unterlägen sie dem Leistungsausschluss nach § 7 Absatz ein S. 2 Nr. 2 SGB II.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie des Verwaltungsvorgangs des Antragsgegners (Az. - Behelfsakte) Bezug genommen, der vorlag und Gegenstand der Beratung war.

II.

Die Beschwerde ist zulässig aber unbegründet.

Das Sozialgericht hat es zu Recht abgelehnt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern vorläufig Leistungen nach dem SGB II zu gewähren. Denn die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) kann das Gericht einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die Antragsteller müssen glaubhaft machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO](#)), dass ihnen ein Anspruch auf die geltend gemachte Leistung zusteht (Anordnungsanspruch) und dass das Abwarten einer gerichtlichen Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren für sie mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre (Anordnungsgrund).

Die Antragsteller haben schon nicht glaubhaft gemacht, hilfebedürftig zu sein. Anspruchsgrundlage für die von den Antragstellern begehrten Leistungen ist [§§ 7 Abs. 1 bis 3](#), 19 ff. SGB II. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig sind, hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Nach [§ 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) erhalten auch jene Personen Leistungen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, wozu gemäß [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) u. a. auch die dem Haushalt angehörenden unverheirateten Kinder eines erwerbsfähigen Hilfebedürftigen gehören, wenn sie das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen beschaffen können.

Es bestehen bereits erhebliche Zweifel an der Hilfebedürftigkeit der Antragsteller. Schon das Sozialgericht hat darauf abgestellt, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller ungeklärt sind. Die Antragsteller vermochten seit der Zeit der Antragstellung beim Antragsgegner im August 2011 ihren notwendigen Lebensunterhalt einschließlich der Mietzahlungen ohne Inanspruchnahme von Leistungen des Antragsgegners zu decken und ohne anderweitig Schulden zu machen. Zwar war Ende Mai eine Monatsmiete offen, das Konto der Antragsteller wies aber zu diesem Zeitpunkt eine ausreichende Deckung aus, um diese zu begleichen. Die nachgewiesenen Einnahmen der Antragsteller aus Kindergeld, Familiengeld und einem geringfügigen Verdienst des Antragstellers zu 2) dürften nicht ausreichen, um über den Zeitraum von zehn Monaten sämtliche Kosten einer inzwischen fünfköpfigen Familie abzudecken. Insofern drängt sich der Verdacht auf, dass die Antragsteller über weitere Einkommensquellen verfügen, die sie bisher nicht offen gelegt haben.

Die Frage, wovon die Antragsteller seit November 2011 (Antragstellung bei Gericht) ihren Unterhalt finanziert haben, kann aber dahin stehen, da sie als b Staatsbürger ohnehin von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen ausgenommen. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Antragsteller zu 2. hat ein anderes als dem Zweck der Arbeitsuche dienendes Aufenthaltsrecht nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

Ein Aufenthaltsrecht ergibt sich nicht aus § 2 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU). Gemäß § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU u. a. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen (Nr. 1) oder Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige) (Nr. 2). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Denn die Antragsteller haben nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller zu 2. einer (selbständigen) Tätigkeit nachgeht.

Der Antragsteller hat seit Beginn seiner Gewerbeanmeldung im Juni 2011 lediglich einen einzigen angeblichen Auftraggeber, nämlich die Firma F-T O und G, bei der er offensichtlich im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung, mit monatlichen Einnahmen unterhalb der eine Steuerpflicht erzeugenden Grenze von 400 Euro tätig ist.

Der vorgelegte Vertrag zwischen dem Antragsteller und der Firma F-T vom 1. September 2011 ist als Vertrag über eine abhängige Beschäftigung zu werten. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteil vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale nach dem Gesamtbild überwiegen (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Hier überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung bestehenden Merkmale. Wesentlich für die Einschätzung einer abhängigen Beschäftigung im vorliegenden Falle ist zum einen, dass der Antragsteller täglich in der Zeit von 10 bis 18 Uhr für den Auftraggeber erreichbar zu sein hat, ihm eine – vom Auftraggeber zu bestimmende – Beschäftigung von 80 Stunden im Monat garantiert ist und er an zwei Vormittagen pro Woche Dienste im Büro zu leisten hat, wobei davon auszugehen ist, dass es sich um das Büro des "Auftraggebers" handelt. Da der Antragsteller zu 2) jedenfalls bis einschließlich Februar 2011 mit seiner gesamten Familie in der K lediglich ein 1-Raumapartment bewohnte, ist davon auszugehen, dass er keine eigene Betriebsstätte unterhielt, dies ist auch nicht vorgetragen worden. Insoweit sprechen auch die Vereinbarungen des "Vertrages über Mitarbeit" vom 1. September 2011, wonach der Mitarbeiter berechtigt ist, alle Büroeinrichtungen und Gerätschaften des Auftraggebers zu benutzen und er Büromaterial im Büro des Auftraggebers entnehmen könne, gegen die Existenz einer eigenen Betriebsstätte. Zum anderen sprechen auch die weiteren Bestimmungen dafür, dass der Antragsteller in den Betrieb der Firma F-T eingegliedert ist. Zwar heißt es in dem genannten Vertrag, die Parteien seien sich einig darüber, dass eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers nicht bestehe, weiter heißt es aber, dass der Mitarbeiter auf die Zusammenarbeit mit anderen Kräften des Auftraggebers angewiesen sei, die ihn bei der Durchführung soweit nötig mit Rat und Tat unterstützen würden. Diese Regelung spricht gegen eine freie Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und eine im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit. Dass der Antragsteller, der mit der Auslieferung von Waren betraut ist, Ort und Art der Tätigkeit nicht frei bestimmen kann, ergibt sich bereits aus der Natur der Aufgaben. Ein eigenes Unternehmerrisiko ist ebenfalls nicht erkennbar. Offensichtlich stellt sich die Tätigkeit des Antragstellers bei der Fa. F-T auch für Außenstehende als abhängiges Beschäftigungsverhältnis dar. Denn insoweit hat der Geschäftsführer des Hauptmieters der Betriebsräume der Fa. F-T, Herr KB, mitgeteilt, der Antragsteller sei bei seinem Untermieter "als Fahrer beschäftigt".

Nach alledem ist davon auszugehen, dass der Antragsteller zu 2) als abhängig Beschäftigter tätig ist, wofür ihm jedoch die nach [§ 284 Absatz 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) erforderliche Genehmigung (so genannte EU-Arbeitserlaubnis) fehlt.

Weder der Antragsteller zu 2. noch die Antragstellerin zu 1. haben ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht aus einer früheren Tätigkeit. Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bleibt das Recht nach Absatz 1 für Arbeitnehmer und selbständige Erwerbstätige unberührt bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit. Dasselbe gilt nach § 2 Abs. 3 Satz 2 FreizügG/EU bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung während der Dauer von sechs Monaten. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, da die Antragsteller auch eine frühere (selbständige) Tätigkeit nicht glaubhaft gemacht haben.

Mangels anderer Anhaltspunkte ist daher von einem Aufenthaltswitz der Arbeitssuche auszugehen mit der Folge, dass die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) erfüllt sind. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist als geltendes Recht auch anzuwenden ([Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz - GG](#)). Der Senat ist von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1. Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht überzeugt. Nur eine solche Überzeugung könnte ihn ausnahmsweise berechtigen, dieses formelle Gesetz nicht anzuwenden. Anders als in Verfahren nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#), bei denen ggf. eine Entscheidung aufgrund einer Interessenabwägung zu treffen ist (vgl. OVG Berlin, Beschluss vom 13. März 1996 - [7 NC 147/95](#), [NVwZ 1996, 1239](#); OVG Lüneburg, Beschlüsse vom 10. März 2010 - [12 ME 176/08](#), [NuR 2010, 290](#), und vom 5. Januar 2011 - [1 MN 178/10](#), [BauR 2010, 990](#)), sind die Gerichte im Rahmen des [§ 86b Abs. 2 SGG](#) grundsätzlich nicht berechtigt, formelle Gesetze als unwirksam zu behandeln. Dies gilt insbesondere, wenn das Gericht lediglich Zweifel an der Vereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht hat (a. A. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 11. August 2011 - [L 15 AS 188/11 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 30. November 2010 - [L 34 AS 1501/10 B ER](#) -, vom 17. Mai 2011 - [L 28 AS 566/11 B ER](#) -, vom 20. Juni 2011 - [L 25 AS 535/11 B ER](#) - und vom 30. September 2011 - [L 14 AS 1148/11 B ER](#), [L 14 AS 1152/11 B PKH](#); Bayerisches LSG, Beschluss vom 22. Dezember 2010 - [L 16 AS 767/10 B ER](#); Hessisches LSG, Beschluss vom 14. Juli 2011 - [L 7 AS 107/11 B ER](#)). Nur ausnahmsweise, wenn das Gericht von der Europarechtswidrigkeit einer innerstaatlichen Norm überzeugt ist und zudem die Durchsetzung der Ansprüche des Antragstellers endgültig versagt würde, kommt [Art. 19 Abs. 4 GG](#) Vorrang vor [Art. 20 Abs. 3 GG](#) zu mit der Folge, dass ausnahmsweise eine einstweilige Anordnung ergehen kann. Diese setzt jedoch eine ansonsten abschließende Prüfung der Sach- und Rechtslage auch im Eilverfahren voraus; für eine "Folgenabwägung" ist hingegen kein Raum (so im Ergebnis auch SG Dresden, Beschluss vom 5. August 2011 - [S 36 AS 3461/11 ER](#)). Eine Überzeugung von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) lässt sich den vorgenannten Entscheidungen der Landessozialgerichte nicht entnehmen. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof durch ein Landessozialgericht ist nicht bekannt. Auch der Senat kann eine solche Überzeugung nicht gewinnen.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist nicht schon wegen des Gleichbehandlungsgebots des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) unanwendbar (vgl. BSG, Urteil vom 18. Januar 2011 - [B 4 AS 14/10 R](#)). Die Antragsteller sind nicht vom Schutzbereich des EFA erfasst, weil Bulgarien den Vertrag dieses Abkommens bislang nicht ratifiziert hat. Selbst wenn sie vom Schutzbereich des EFA erfasst wären, bliebe [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) seit der am 19. Dezember 2011 erfolgten Veröffentlichung des auf der Grundlage des Art. 16 Buchstabe b EFA von der Bundesregierung dem Europarat mitgeteilten Vorbehalts von dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA unangetastet.

Der Senat ist auch nicht davon überzeugt, dass der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG - sog. Unionsbürgerrichtlinie - gedeckt ist, soweit Leistungen zum Lebensunterhalt begehrt werden (so auch Peters in Estelmann, SGB II, § 7 Rn. 14, und mit zutreffenden Erwägungen LSG Berlin-Brandenburg im Beschluss vom 8. Juni 2009 - [L 34 AS 790/09 B ER](#) -; inzwischen hat dieser Senat seine Rechtsprechung allerdings aufgegeben, Beschluss vom 30. November 2011 - [L 34 AS 1501/10 B ER](#), [L 34 AS 1518/10 B PKH](#)). Nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens zu gewähren. Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b der Richtlinie bestimmt, dass auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden darf, wenn die Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen. In diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) beruht auf diesen europarechtlichen Bestimmungen (vgl. [BT-Drs. 16/688, S. 13](#)). Der Senat hat auch keine Bedenken, die vorliegend erstrebten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie anzusehen. Die Frage, welche Leistungen unter diesen Sozialhilfebegriff fallen, ist im Einklang mit Art. 39 Abs. 2 des EG-Vertrags (EGV) zu beantworten (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Vatsouras, Koupantantze, C 22-/08 und [C 23/08](#)). Nach Art. 39 Abs. 2 EGV umfasst die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die nach Art. 39 Abs. 1 EGV gewährleistet wird, die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Vor dem Hintergrund dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es nicht mehr möglich, Staatsangehörige eines Mitgliedstaates, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Beschäftigung suchen, von finanziellen Leistungen auszunehmen, sofern diese den Zugang zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates erleichtern sollen (EuGH, Urteile vom 23. März 2004, Collins, [C-138/02](#), und vom 15. September 2005, Ioannidis, [C-258/04](#)). Es kann dahin stehen, dass Bulgaren gemäß § 1 Abs. 3 EU-Beitrittsvertrag in Verbindung mit dem Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Dezember 2011 noch bis zum 31. Dezember 2013 in ihrer Freizügigkeit eingeschränkt sind, da es sich bei den von den Antragstellern beantragten Leistungen ohnehin nicht um finanzielle Leistungen handelt, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, sondern um staatliche Fürsorgeleistungen, die der Existenzsicherung dienen. Es ist Sache der nationalen Behörden und innerstaatlichen Gerichte, nicht nur das Vorliegen einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt festzustellen, sondern auch die grundlegenden Merkmale dieser Leistungen zu prüfen (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Vatsouras, Koupantantze, C 22-/08 und [C 23/08](#)). Grundlegendes Merkmal der von den Antragstellern beehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist deren "Passivität", das heißt deren Existenz sichernde Funktion (vgl. zum Charakter des SGB II als Fürsorgegesetz BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 - [B 14 AS 23/10 R](#)); sie begehren hingegen nicht "aktive" Leistungen der Eingliederung in Arbeit (vgl. zur Trennbarkeit der Leistungen im SGB II auch ausführlich SG Berlin, Urteil vom 16. Dezember 2011 - [S 26 AS 10021/08](#); Beschluss des SG Dresden vom 5. August 2011 - [S 36 AS 3461/11 ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, 34. Senat, a. a. O.). Die Regelungen des SGB II führen die frühere Arbeitslosenhilfe einerseits und die frühere Sozialhilfe andererseits zusammen ([BT-Drs. 15/1516, S. 44](#)). Das bisherige Nebeneinander von zwei staatlichen Fürsorgeleistungen sollte beendet, der Grundsatz "Arbeit statt passiver Leistung" besser umgesetzt werden (a. a. O.). Die Leistungen zur

Eingliederung in Arbeit werden aber weiterhin als aktive Leistungen zur Eingliederung in Arbeit und als passive Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erbracht (a. a. O., S. 50). Während die aktiven Leistungen den Erwerbsfähigen bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unterstützen sollen, sollen die passiven Leistungen den Lebensunterhalt des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen und der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft sichern, soweit sie ihn nicht auf andere Weise bestreiten können (a. a. O.). Die Antragsteller begehren allein Leistungen, die der Existenzsicherung dienen, und damit Sozialhilfeleistungen im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie.

Der Senat ist auch nicht davon überzeugt, dass sich eine Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) aus einem Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit – VO 883/2004 – ergibt. Es werden zwar Zweifel erhoben, ob der Leistungsausschluss im SGB II mit der VO 883/2004 vereinbar ist (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. September 2011 – [L 14 AS 1148/11 B ER](#), [L 14 AS 1152/11 B PKH](#); SG Dresden, Beschluss vom 5. August 2011 – [S 36 AS 3461/11 ER](#)). Der Senat hält die Annahme der Unvereinbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) aber nicht für zwingend.

Nach Art. 4 der VO 883/2004 haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats, soweit mit der VO nichts anderes bestimmt ist. Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung erstreckt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 u. a. auf Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, der sachliche Geltungsbereich gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. h) auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Während Art. 3 Abs. 1 VO 883/2004 die Anwendbarkeit der VO auf die Systeme der sozialen Sicherheit regelt und damit diese einer Exportpflicht unterwirft, regelt Art. 3 Abs. 5 Lit. a) VO 883/2004 den Ausschluss der Fürsorgeleistungen vom Anwendungsbereich der VO und damit von der Exportpflicht. In Reaktion auf Ausgestaltungen von Sozialleistungssystemen in den Mitgliedsstaaten, die die Kategorisierung von Leistungen in solche der sozialen Sicherung einerseits und Leistungen der Fürsorge andererseits erschwerten und aufgrund der Rechtsprechung des EuGH wurde bereits mit Art. 10a Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 eine Regelung geschaffen, die für etwaige "Mischleistungen", nämlich für besondere beitragsunabhängige Leistungen, eine Ausnahme von der generellen Exportpflicht (Art. 10 Abs. 1 VO 1408/71) vorsah. Für diese Leistungen, sofern sie denn als beitragsunabhängige Sonderleistungen von den Koordinierungsregelungen der VO erfasst waren, sollte der Leistungstransfer in das europäische Ausland ausgeschlossen werden. Eine Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises war damit nicht verbunden; bereits Art 10a Abs. 1 Satz 2 VO 1408/71 bestimmte, dass die Leistungen ausschließlich im Wohnmitgliedsstaat und ausschließlich nach dessen Rechtsvorschriften erbracht werden.

Auch nach Art. 3 Abs. 3 VO 883/2004 gilt nunmehr die (Nachfolge-)Verordnung ausdrücklich auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Art. 70. Als solche Leistungen sind gemäß Art. 70 Abs. 2 lit. c) i. V. m. Anhang X für Deutschland auch Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende, soweit für diese Leistungen nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld ([§ 24 Abs. 1 SGB II](#)) erfüllt sind, aufgeführt. Dies führt jedoch nicht zu der Annahme eines grundsätzlichen Anspruchs aller Unionsbürger auf scheinbar alle Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Art. 4 VO 883/2004 bestimmt den Gleichbehandlungsgrundsatz sofern in der VO selbst nichts anderes bestimmt ist. Art. 70 Abs. 4 VO 883/2004 regelt, dass die besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnortlandes geleistet werden. Hier können Zugangsregelungen geschaffen werden. Eine Ausweitung der grundsätzlichen Leistungsberechtigungen der beitragsunabhängigen Leistungen nach nationalem Recht für alle Unionsbürger war auch mit der Regelung des Art. 70 VO 883/2004 nicht bezweckt. Dieses Verständnis entspricht der historisch-systematischen sowie teleologischen Auslegung. Die Unionsbürgerrichtlinie, die in Art. 24 Abs. 2 die Möglichkeit eines Leistungsausschlusses eröffnet, und die VO 883/2004, wonach der vorgenannte Leistungsausschluss gerade nicht möglich sein soll, datieren auf denselben Tag, nämlich den 29. April 2004. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Europäische Parlament und der Rat sich widersprechende Regelwerke in Kraft setzen wollten (vgl. zu den "Widersprüchlichkeiten" SG Dresden, a. a. O., das allerdings deshalb zu dem Schluss der Unvereinbarkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) mit der VO 883/2004 kommt). Dies gilt umso mehr, als mit der VO 883/2004 die Koordinierung der Sozialsysteme, aber gerade nicht die Vereinheitlichung der materiellen Standards bezweckt war (vgl. Schreiber in VO (EG) Nr. 883/2004, Kommentar, 2012, Einleitung Rn. 5), eine Aushöhlung der Möglichkeit des mitgliedstaatlichen Leistungsausschlusses auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie durch die Regelungen in VO 883/2004 also nicht beabsichtigt gewesen sein dürfte. Nach dem bisherigen materiellen Standard, der in der Verordnung (EG) Nr. 1408/71, die durch Art. 90 der VO 883/2004 überwiegend aufgehoben wurde, abgebildet ist, waren nicht auch Arbeitssuchende vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst (Art. 2 VO 1408/71; vgl. hierzu Schreiber, a. a. O. Art. 70 Rn. 5).

Mit der Aufnahme der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende in den zuvor leeren Anhang X der VO 883/2004 mit der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 ist damit keine Abkehr vom bisherigen materiellen Standard erfolgt, sondern auf die Einführung dieser Leistungen und der Grundsicherungsleistungen nach dem 4. Kapitel des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch – SGB XII – reagiert und sichergestellt worden, dass diese Leistungen – soweit sie die weiteren Voraussetzungen des Art. 70 Abs. 2 VO 883/04 erfüllen, also "Mischleistungen" sind – nicht dem generellen Exportgebot unterfallen, sondern nur in Deutschland erbracht werden. Soweit es sich bei den Leistungen nach dem SGB II nicht um "besondere beitragsunabhängige" i.S. des Art. 70 Abs. 2 VO 883/04 handelt, sie reine Fürsorgeleistungen sind, sind sie weiterhin bereits nach Art 3 Abs. 5 VO 883/04 nicht von den Koordinierungsvorschriften erfasst.

Die Leistungen nach dem SGB II sind mit Aufnahme im Anhang X als insoweit besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne des Art. 70 VO 883/2004 qualifiziert, als sie – nach den vorstehenden Ausführungen – Leistungen der sozialen Fürsorge darstellen und eine Leistung der Sozialen Sicherheit ersetzen oder ergänzen. Die Leistungen nach §§ 19 ff. "ergänzen" nicht Leistungen der sozialen Sicherheit (vgl. hierzu Fuchs, in Europäisches Sozialrecht, 5. Auflage 2010, Rn. 11), da sie nicht zusammen mit einer der von Art. 3 Abs. 1 VO 883/04 erfassten Leistung erbracht werden (hier Arbeitslosengeld nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch – SGB III –). Die Leistungen der [§§ 19 ff. SGB II](#) ersetzen auch nicht in jeder Leistungsform eine Leistung der Sozialen Sicherheit im Sinne des Art. 3 VO 883/04, hier eine Leistung bei Arbeitslosigkeit. Ersatzweise i.S. Art. Abs. 2 VO 883/04 werden solche Leistungen gewährt, die anstelle von Regelleistungen in Versicherungsfällen nach Art. 3 Abs. 1 VO 883/04 gewährt werden, es muss ein "exakt identischer Versicherungsfall" (Fuchs, a.a.O.) gegeben sein. Dies ist in den Fällen, in denen das Arbeitslosengeld II nach dem SGB II, welches nicht an die Arbeitslosigkeit, sondern an die Bedürftigkeit mangels Einkommens und Vermögens trotz bestehender Erwerbsfähigkeit anknüpft, jedenfalls dann nicht gegeben, wenn der reine Fürsorgecharakter der Leistung im Vordergrund steht, d.h. kein Bezug zu einem vorausgegangenem Verlust eines Arbeitsplatzes gegeben ist,.

Ob die hier in Rede stehenden Leistungen der [§§ 19 ff. SGB II](#) insgesamt tatsächlich besondere beitragsunabhängige Sonderleistungen oder nicht doch insgesamt Leistungen der sozialen Fürsorge sind, wäre ggf. vom EuGH zu überprüfen (vgl. hierzu Schreiber a. a. O., Art. 70 Rn. 22). [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) regelt jedenfalls allein einen Ausschluss von reinen Fürsorgeleistungen i.S. des Art. 3 VO 883/2004. Die so verstandene Regelung der Art. 3 Abs. 3, Art. 70 VO 883/2004 führt auch nicht zu der Annahme, dass die Aufnahme der Leistungen der Grundsicherung nach §§ 19 ff. SGB etwa ins Leere läuft. Da Unionsbürger nicht generell vom Leistungsbezug nach [§§ 19 ff. SGB II](#) ausgeschlossen sind, bestand ein Regelungsbedarf dahin, diese beitragsunabhängige Leistung, soweit sie eine besondere Leistung i.S. des Art. 70 Abs. 2 VO 883/2004 ist, nicht den generellen Exportverpflichtungen der VO zu unterwerfen (Art. 7 VO 883/2004) und nur spezielle Koordinierungsregelungen für anwendbar zu erklären (so das Wohnortprinzip, Art. 70 Abs. 4 VO 883/2004).

Erst Recht bei Staatsangehörigen Rumäniens und Bulgariens führt auch eine europarechtsfreundliche Auslegung des "effet utile" nicht zu Zweifeln an der Europarechtskonformität des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Denn vor dem Hintergrund, dass Staatsangehörige dieser Länder bis Ende 2013 weiterhin – und wegen § 1 Abs. 3 EU-Beitrittsvertrag europarechtlich legitimiert – von der uneingeschränkten Freizügigkeit ausgeschlossen sind, besteht ein objektiver Grund, sie von den hier beantragten Leistungen auszuschließen. Der Ausschluss von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) korrespondiert für Rumänen und Bulgaren mit deren Ausschluss von der uneingeschränkten Freizügigkeit (vgl. hierzu die ausführliche Begründung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen im Beschluss vom 28. Juni 2001 – [L 19 AS 317/11 B ER](#) – m. w. N.). Im Übrigen geht auch die Bundesregierung in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung ausweislich des vorgenannten von Art. 16 Buchstabe b EFA gedeckten Vorbehalts weiterhin davon aus, dass [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) rechtswirksam jeden Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II von Staatsangehörigen auch aller anderen Mitgliedstaaten ausschließt.

Das Sozialgericht hat auch zu Recht mangels Erfolgsaussichten die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ([§ 73 a SGG](#) i. V. m. [§ 114 Zivilprozessordnung – ZPO](#)) abgelehnt.

Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren war ebenfalls wegen fehlender Erfolgsaussicht abzulehnen ([§ 73 a SGG](#) i. V. m. [§ 114 ZPO](#)).

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#) und aus [§ 73 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 127 Abs. 4 ZPO](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-07-12