

## L 2 AS 267/19 B ER

Land

Sachsen-Anhalt

Sozialgericht

LSG Sachsen-Anhalt

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

2

1. Instanz

-

Aktenzeichen

S 16 AS 495/19 ER

Datum

17.04.2019

2. Instanz

LSG Sachsen-Anhalt

Aktenzeichen

L 2 AS 267/19 B ER

Datum

26.03.2020

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Der Antragsgegner wird vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache verpflichtet, den Antragstellern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wie folgt zu erbringen: für Februar bis April 2019 dem Antragsteller zu 1) in Höhe von 400 Euro monatlich, der Antragstellerin zu 2) in Höhe von 450 Euro monatlich, dem Antragsteller zu 3) in Höhe von 164 Euro monatlich, der Antragstellerin zu 4) in Höhe von 112 Euro monatlich und der Antragstellerin zu 5) in Höhe von 106 Euro monatlich; für Mai 2019 dem Antragsteller zu 1) in Höhe von 390 Euro, der Antragstellerin zu 2) in Höhe von 400 Euro, dem Antragsteller zu 3) in Höhe von 155 Euro, der Antragstellerin zu 4) in Höhe von 104 Euro, der Antragstellerin zu 5) in Höhe von 98 Euro und dem Antragsteller zu 6) 61 Euro; für Juni 2019 den Antragsstellern zu 1) und 2) in Höhe von je 404 Euro, dem Antragsteller zu 3) in Höhe von 153 Euro, der Antragstellerin zu 4) in Höhe von 101 Euro, der Antragstellerin zu 5) in Höhe von 95 Euro und dem Antragsteller zu 6) in Höhe von 73 Euro; für Juli 2019 den Antragsstellern zu 1) und 2) in Höhe von je 390 Euro, dem Antragsteller zu 3) in Höhe von 144 Euro, der Antragstellerin zu 4) in Höhe von 92 Euro, der Antragstellerin zu 5) in Höhe von 86 Euro und dem Antragsteller zu 6) 63 Euro.

Im Übrigen werden die Beschwerden zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für die Verfahren S [16 AS 495/19 ER](#) und [L 2 AS 267/19 B ER](#) zu erstatten.

Im Übrigen findet keine Kostenerstattung statt.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) für den Zeitraum vom 1. Februar bis 31. Juli 2019.

Die Antragsteller sind rumänische Staatsbürger. Der am ... 1995 geborene Antragsteller zu 1) und die am ... 1995 geborene Antragstellerin zu 2) sind seit 18. August 2014 verheiratet. Der am ... 2011 geborene Antragsteller zu 3), die am ... 2015 geborene Antragstellerin zu 4) und die am ... 2017 geborene Antragstellerin zu 5) sind ihre gemeinsamen Kinder. Die Antragsteller zu 1) und 2) sind am ... 2019 Eltern des Antragstellers zu 6) geworden.

Die Antragsteller zu 1) bis 3) halten sich nach ihren Angaben seit dem September 2014 in der Stadt H. auf. Seit dem 10. September 2014 besteht eine Gewerbeanmeldung des Antragstellers zu 1) bei der Stadt H. für das Sammeln von Altmetall. Die Antragsteller zu 1) bis 3) sind seit dem Dezember 2014 in der A. Straße ... in H. gemeldet. Für die restlichen Antragsteller trifft dies seit Geburt zu.

Der Antragsgegner gewährte den Antragstellern zu 1) bis 5) bis Dezember 2018 Leistungen in Höhe von insgesamt 1.135,35 Euro (vorläufiger Bescheid vom 19. Juli 2018) und für Januar 2019 in Höhe von insgesamt 1.129,95 Euro (Änderungsbescheid vom 24. November 2018).

Über ihren Prozessbevollmächtigten beantragten die Antragsteller am 22. Januar 2019 die Weiterbewilligung ab dem Monat Februar 2019. Sie gaben an, dass monatlich Kosten der Unterkunft und Heizung wegen einer Grundmiete in Höhe 196,25 Euro, Nebenkosten in Höhe von 98,10 Euro und wegen Heizkosten in Höhe von 65,00 Euro anfallen. Zu diesem Zeitpunkt erhielten die Antragsteller Kindergeld in Höhe von 588,00 Euro monatlich. Der Antragsteller zu 1) sei als Altmetallhändler seit 2014 selbständig tätig. Er werde Einnahmen in Höhe von monatlich 300,00 Euro haben, prognostizierte aber keine Ausgaben. Seine Betriebsstätte sei die Wohnung. Er reichte bulgarische

Versicherungsbestätigungen für ein Kfz Mercedes Sprinter mit dem Kennzeichen ... ein, die auf eine dritte Person ausgestellt waren. Ab der Geburt des vierten Kindes der Antragsteller zu 1) und 2) am 6. Mai 2019 erhöhte sich das Kindergeld auf 853,00 Euro monatlich.

Der Antragsgegner lehnte Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für den Zeitraum vom 1. Februar bis 31. Juli 2019 ab (Bescheid vom 30. Januar 2019): Es bestünde hierauf kein Anspruch, weil ein Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1) allein zum Zwecke der Arbeitsuche bestehe. Eine Tragfähigkeit der angemeldeten selbständigen Tätigkeit habe bislang nicht erreicht werden können. Für das Gewerbe nutze der Antragsteller zu 1) einen in seinem Besitz befindlichen Transporter. Dieser sei auf eine Firma in Bulgarien zugelassen. Ihm sei die Nutzung gestattet. Der Antragsteller zu 1) habe nicht plausibel aufzeigen können, wo die eingesammelten Materialien bis zum Weiterverkauf gelagert werden. Verpflichtungen gegenüber einem Dritten, den der Antragsteller zu 1) nicht namentlich genannt habe, habe er mit jährlich 600 Euro beziffert. Hiernach sei er keinen finanziellen Risiken ausgesetzt. Nach der gewählten Gestaltung sei nicht festzustellen, dass er die Nutzungsmöglichkeit über das von ihm eingesetzte Fahrzeug uneingeschränkt habe. Weiterhin sei nach den eingereichten Versicherungsunterlagen kein gültiger Versicherungsschutz gegeben. In der vorgelegten Police sei der Überlasser als gewöhnlicher Fahrer benannt. Zudem erstrecke sich der Versicherungsschutz nur auf die private Nutzung des Fahrzeuges. Inwieweit daher die gewerbliche Nutzung versichert sei, erschließe sich nicht. Eine Außenwirkung des Gewerbes sei nicht gegeben. Der Antragsteller zu 1) habe lediglich erklärt, bei Privatpersonen wegen der kostenfreien Abgabe von Altmetall nachzufragen. Nach seinen Angaben, pro Monat ein bis zwei Abgaben bei einem Wertstoffhändler realisieren zu können, sei eine regelmäßige Tätigkeitsausübung nicht erkennbar. Für die Versicherung und die Fahrzeugsteuern entstünden ihm nach seinen Angaben jährliche Kosten von 600 Euro. Die Kraftstoffkosten beliefen sich auf ca. 150 Euro je Monat. Die Abwicklung der Zahlung für die Versicherung erfolge an einen Dritten, der sich gelegentlich in Deutschland aufhalte. Die Zahlung erfolgte in bar und ohne Beleg. Abweichend von diesen Angaben würden in der Anlage EKS keine Betriebsausgaben geltend gemacht. Diese Widersprüchlichkeiten habe der Antragsteller nicht erläutern können, weil die Anlage EKS ausschließlich durch eine dritte Person und ohne sein Zutun erstellt worden sei. Das prognostische Betriebsergebnis von rund 100 Euro je Monat sei nicht geeignet, eine wirtschaftliche Selbstständigkeit zu begründen. Zudem existierten keine Herkunftsnachweise für das gesammelte Altmetall. Die vorgelegten Wiegescheine belegten zwar grundsätzlich die Abgabe von Altmetall, aber nicht dessen Herkunft. Dies wäre jedoch einer Klärung zuzuführen, weil das kostenfreie Einsammeln mehrerer 100 kg Schrott von Privatpersonen plausibel gemacht werden müsse. Bei lebensnaher Betrachtung sei nicht davon auszugehen, dass die aus dem Wiegescheinen ersichtlichen Mengen in H. bzw. Umgebung zur freien Mitnahme verfügbar sein. Ein Handel mit aus Straftaten herrührenden Altmetall begründe keine von der Rechtsordnung gedeckte Selbstständigkeit. Eine selbständige Tätigkeit könne kein Freizügigkeitsrecht begründen, wenn sie von vornherein nicht geeignet sei, um Einkommen zu erzielen, welches zumindest ansatzweise reiche, um die Bedarfe der Bedarfsgemeinschaft zu decken.

Hiergegen erhoben die Antragsteller am 21. Februar 2019 Widerspruch.

Am 14. März 2019 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Halle eine einstweilige Anordnung vorläufiger Leistungen beantragt. Ihnen stehe wegen der selbständigen Tätigkeit des Antragstellers zu 1) ein Freizügigkeitsrecht zu. Als Einkommen fließe neben den Einnahmen aus der selbständigen Tätigkeit noch Kindergeld i.H.v. 588 Euro zu. Die Kosten für Unterkunft und Heizung betrügen monatlich 313,57 Euro. Ihr derzeitiger Kontostand belaufe sich auf 48,58 Euro. Diesem Antrag haben sie Steuerbescheinigungen für den Antragsteller zu 2) aus dem Jahr 2008 sowie Wiegescheine der Firma M. aus W. beigelegt. Diese Wiegescheine stammten aus dem Zeitraum vom 8. Januar bis 12. Dezember 2018. Nachfolgend haben sie vorgetragen, dass der Antragsteller zu 1) nunmehr einen in Deutschland zugelassenen Kleintransporter Volkswagen LT nutze. Nach der hierzu überreichten Zulassungsbescheinigung ist das Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... seit dem 6. März 2019 auf den Antragsteller zu 1) zugelassen und von ihm versichert. Für das Verfahren haben sie Prozesskostenhilfe beantragt.

Mit Beschluss vom 17. April 2019 hat das Sozialgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Der Antragsteller zu 1) sei als rumänischer Staatsbürger allenfalls wegen der Arbeitsuche freizügigkeitsberechtigt. Er halte sich in der Bundesrepublik weder als Arbeitnehmer noch zur Berufsausbildung auf. Er übe auch keine selbstständige Erwerbstätigkeit aus. Die Ausübung eines Gewerbes sei nicht glaubhaft gemacht worden. Aus der Vorlage von Wiegescheinen mit Einnahmen in Höhe von durchschnittlich knapp 290 Euro monatlich ergebe sich noch nicht, dass der Antragsteller zu 1) eine selbständige Tätigkeit ausübe. Ein Gewinn ergebe sich aus den Einnahmen abzüglich der Ausgaben. Der Antragsteller zu 1) habe zwar Einnahmen mitgeteilt. Es sei jedoch nicht glaubhaft, dass er diese gänzlich ohne Ausgaben erzielen könne. Damit sei auch insgesamt nicht glaubhaft gemacht, dass ein für die Annahme einer nachhaltigen selbständigen Tätigkeit ausreichender Gewinn erzielt worden sei. Die Herkunft des Altmetalls habe der Antragsteller zu 1) nicht glaubhaft gemacht. Es sei zudem nicht klar, ob er über ein zur selbständigen Nutzung überlassenes Fahrzeug verfüge. Für den Transporter Volkswagen LT sei ein Ausfuhrkennzeichen erteilt worden. Zudem habe der Antragsteller zu 1) trotz mehrfacher Aufforderung nicht vorgetragen, dass er über eine Lagerstätte verfüge.

Mit Schriftsatz vom 20. April 2019 hat der Antragsteller zu 1) ausgeführt, dass er seiner Tätigkeit werktags zwischen sechs und acht Stunden täglich nachgehe. Er fahre das gesamte Stadtgebiet, den S., den B. und Sa. sowie das Stadtgebiet L. ab. Auf gewerblich genutzten Grundstücken, auf Baustellen und bei Privathaushalten schaue er nach Altmetall aus und transportiere dies im Erfolgsfall ab. Kraftstoffkosten habe er monatlich zwischen 80 und 100 Euro. Zudem hat er weitere Wiegescheine für den Zeitraum ab dem 18. Februar bis 27. März 2019 vorgelegt, die auf seinen Namen lauten.

Gegen den ihnen am 26. April 2019 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 28. April 2019 Beschwerde wegen der Ablehnung vorläufiger Leistungen ([L 2 AS 267/19 B ER](#)) sowie der Versagung der Prozesskostenhilfe (L 2 AS 268/19 B) erhoben. Wegen der selbständigen Tätigkeit des Antragstellers zu 1) ergäben sich für diesen wie auch für die weiteren familienangehörigen Antragsteller Freizügigkeitsrechte und ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Das Einkommen des Antragstellers zu 1) sei mit monatlich 300 Euro auch nicht marginal. Er nutze einen in seinem Eigentum stehenden Kleintransporter zur Ausübung seines Gewerbes. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 29. Mai 2019 haben sie die Geburt des vierten Kindes angezeigt, ohne ausdrücklich für dieses Leistungen zu begehren. Auf Anfrage haben sie eine Ablichtung der am 13. Mai 2014 ausgestellten und bis 12. Mai 2024 gültigen Fahrerlaubnis des Antragstellers zu 1) für die Klassen B1 und B vorgelegt. Für das Kfz haben sie eine Zulassungsbescheinigung wegen der Zulassung eines Volkswagen LT 32 mit der Fahrgestellnummer ... auf den Antragsteller zu 1) zum amtlichen Kennzeichen ... überreicht. Zudem haben sie einen Nachweis für die Geburt ihres vierten Kindes (...) am 13. Mai 2019 vorgelegt. Weiter haben sie eine Schulbescheinigung für den Antragsteller zu 3) der Grundschule Li. in H. vom 3. Juni 2019 eingereicht, wonach dieser im Schuljahr 2018/2019 bis zum 29. Mai 2019 insgesamt 58 Tage (davon seit dem 2. Mai 2019 durchgehend 19 Schultage) unentschuldigt gefehlt habe. Am 3. Juni 2019 sei er wieder anwesend gewesen. Später

haben die Antragsteller eine am 5. April 2019 ausgestellte Zulassungsbescheinigung über die Zulassung eines Volkswagen LT 32 mit der Fahrgestellnummer ... auf den Antragsteller zu 1) zum amtlichen Kennzeichen ... überreicht. Auf Aufforderung haben sie erklärt, ihr Rechtsschutzziel umfasse nur vorläufige Leistungen bis zum 31. Juli 2019. Weiter haben sie eine Aufstellung der Verkäufe an die M. im Zeitraum vom Januar bis 19. August 2019 vorgelegt, wonach vom Antragsteller zu 1) insgesamt 3.582,38 Euro Erlöst worden seien. Hiervon seien 2.564,73 Euro im Streitzeitraum verdient worden, wobei monatlich zwei bis vier Abgaben stattgefunden hätten. Der Antragsteller zu 1) gehe seiner Erwerbstätigkeit werktäglich sechs bis acht Stunden nach. Er fahre das Stadtgebiet H., den gesamten S., den B. und Sa. sowie das Stadtgebiet von L. ab. Dort halte er auf Grundstücken nach Almetall Ausschau und transportiere es mit Zustimmung der Eigentümer ab. Die Kosten der Versicherung des Kfz hat er mit den eingereichten Nachweisen für den Zeitraum April bis Juli 2019 in Höhe von 228,22 Euro belegt. Er habe Kosten für Tankrechnungen, die sich auf bis zu 100 Euro monatlich belaufen. Eingereicht hat er lediglich Tankrechnungen aus Juni 2019 (30,04 Euro) und Juli 2019 (81,04 Euro). Das Kfz habe er gebraucht zum Preis von 1.500,00 Euro erworben. Weitere Betriebsausgaben mache er nicht geltend. Dies geschehe aus eigenem Unvermögen bzw. wegen Bildungsferne und Analphabetismus. Der Antragsteller zu 1) hat einen Nachweis über die Zuteilung einer Steuernummer als Kleinunternehmer vorgelegt (Schreiben des Finanzamts H. vom 16. März 2015). Einkommensteuererklärungen würden aber nicht eingereicht. Der Antragsteller zu 1) verrichte sein Gewerbe allein.

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 17. April 2019 abzuändern und den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe für den Zeitraum vom 1. Februar bis 31. Juli 2019 zu gewähren sowie ihnen Prozesskostenhilfe unter Beordnung ihres Prozessbevollmächtigten für beide Instanzen zu bewilligen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Er hält insbesondere die Angaben der Antragsteller zu den Betriebsausgaben nicht für ausreichend.

Der Beklagte hat den Widerspruch der Antragsteller mit Widerspruchsbescheid vom 10. Mai 2019 zurückgewiesen. Die zugehörige Klage ist beim Sozialgericht unter dem Aktenzeichen S ... anhängig.

Auf Anfrage hat die M. am 13. Juni 2019 das amtliche Kennzeichen des vom Antragsteller zu 1) bis Februar 2019 zur Abgabe benutzten Fahrzeuges mit und für spätere Lieferungen mit ... angegeben.

Für weitere Einzelheiten wird auf die Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners und die Gerichtsakten verwiesen. Die Akten haben dem Senat bei der Entscheidung vorgelegen.

II.

Die Beschwerde hat Erfolg, soweit das Sozialgericht die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes für die Antragsteller abgelehnt hat.

1. Gegenstand der Beschwerden sind die Beschlüsse des Sozialgerichts vom 17. April 2019 zum einstweiligen Rechtsschutz wegen der Ablehnung der Verpflichtung des Antragsgegners zu vorläufigen Leistungen für den Zeitraum vom 1. Februar bis 31. Juli 2019 und der Ablehnung der Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren.

2. Die Beschwerden sind von den Antragstellern form- und fristgerecht ([§ 173 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)) eingelegt. Sie sind gemäß [§ 173 Abs. 1 SGG](#) statthaft und nicht ausgeschlossen, weil die Berufung in der Hauptsache keiner Zulassung bedürfte ([§ 173 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 lit. b SGG](#)). Die vom Sozialgericht abgelehnten Ansprüche der Antragsteller und damit der Wert des Beschwerdegegenstands übersteigen den Beschwerdewert ([§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#)) von 750,00 Euro. Auch ohne ausdrückliche Bezifferung wird aufgrund der geltend gemachten Regelbedarfe für sechs Monate abzüglich der Einnahmen des Antragstellers zu 1) und des Kindergeldes der Beschwerdewert überschritten. Für das vierte Kind der Antragsteller zu 1) und 2) sind wegen der Mitteilung seiner Geburt zumindest sinngemäß ebenfalls vorläufige Leistungen geltend gemacht.

3. Die Beschwerde gegen die Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes ist begründet.

Verfahrensrechtliche Grundlage für eine Verpflichtung des Antragsgegners in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes, in denen es – wie hier – nicht um die Geltendmachung einer bereits gewährten, zwischenzeitlich aber aberkannten Rechtsposition geht, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) und 4 SGG sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die §§ 920, 921, 923, 926, 928, 929 Absatz 1 und 3, die [§§ 930 bis 932, 938, 939](#) und [945](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) gelten entsprechend. Voraussetzung für den Erlass einer Regelungsanordnung ist gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) in Verbindung mit [§ 920 Abs. 2 ZPO](#) stets die Glaubhaftmachung des Vorliegens eines Anordnungsanspruchs (der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines in der Hauptsache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs) und eines Anordnungsgrunds (der Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile).

a) Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch hinreichend glaubhaft gemacht.

Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn eine Vorausbeurteilung der Hauptsache nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Obsiegen eines Antragstellers in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist. [Art. 19 Abs. 4](#) des Grundgesetzes (GG) stellt aber besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu

beseitigen wären. Insofern hat, umso gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen. Ist eine der drohenden Grundrechtsverletzung entsprechende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich – etwa weil es dafür weiterhin, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu verwirklichender tatsächlicher Aufklärungsmaßnahmen bedürfte –, ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn die Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes dann auf der Grundlage einer Folgenabwägung erfolgt (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 14. März 2019 - [1 BvR 169/19](#) - juris, Rn. 15, 16 m.w.N.). Eine Entscheidung unter bloßer Abwägung der Folgen setzt allerdings voraus, dass nicht nur eine gewisse Möglichkeit des Erfolgs in dem Hauptsacheverfahren besteht, sondern der Ausgang völlig offen ist und die streitentscheidenden Tatsachen aufgrund der Eilbedürftigkeit der vorläufigen Entscheidung nicht festgestellt werden können. Gleichwohl bleibt, auch wenn schwerwiegende Grundrechtsinteressen berührt sind, eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage keineswegs ausgeschlossen. Dementsprechend ist die Verpflichtung der Behörde aufgrund einer reinen Folgenabwägung dann nicht zulässig, wenn die Anspruchsteller an der Sachverhaltsaufklärung nicht ausreichend mitgewirkt haben (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, Kommentar, 12. Auflage, § 86b Rn. 2a m.w.N.).

Vorliegend ist bei summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache ein Leistungsanspruch der Antragsteller nach dem SGB II für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum eher wahrscheinlich als ausgeschlossen.

Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten erwerbsfähige Leistungsberechtigte Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Dazu zählen Personen, die

1. 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.

Für den Senat ist hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller zu 1) die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erfüllt.

Es ist auch hinreichend glaubhaft, dass die übrigen Antragsteller im Streitzeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatten.

Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand gemäß [§ 30 Abs. 3 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil (SGB I) dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist in erster Linie nach den objektiv gegebenen tatsächlichen Verhältnissen im streitigen Zeitraum zu beurteilen. Entscheidend im Rahmen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) ist, ob der örtliche Schwerpunkt der Lebensverhältnisse faktisch dauerhaft im Inland ist. Dauerhaft ist ein solcher Aufenthalt, wenn und solange er nicht auf Beendigung angelegt, also zukunfts offen ist. Die Antragsteller hielten sich nach den bisherigen Erkenntnissen tatsächlich nicht nur vorübergehend mit zukunfts offenem Verbleib in der Bundesrepublik Deutschland auf. Die Antragsteller nutzten eine Wohnung in H ... Ihr Aufenthalt ist weiter durch die eingereichten Verkaufsnachweise und die von der Schule bestätigten Anwesenheitszeiten belegt.

Es erscheint unwahrscheinlich, dass der Antragsteller zu 1) als Ausländer vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist. Ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) für die ersten drei Monate des Aufenthalts ist angesichts der Aufenthaltsdauer der Antragsteller nicht gegeben. Dass ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2b SGB II](#) gegeben ist, weil sich sein Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, ist nicht wahrscheinlich.

Eher wahrscheinlich ist, dass er aufgrund einer Tätigkeit als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung verfügt.

Die Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU macht deutlich, dass es nicht allein auf die Berechtigung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit ankommt. Vielmehr muss - abgesehen von den Fällen des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU - die selbständige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt werden (vgl. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004, Amtsblatt der Europäischen Union L 158, 77). Selbständig ist eine Tätigkeit, wenn sie nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt, in eigener Verantwortung und gegen ein Entgelt, das dem Tätigen vollständig und unmittelbar gezahlt wird, ausgeübt wird (vgl. Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Urteil vom 20. November 2001 in der Rechtssache Jany u.a. - [C-268/99](#) - juris Rn. 71). Niedergelassen sind Selbständige, wenn die Möglichkeit besteht, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als ihres Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen (vgl. EuGH, Urteil vom 11. März 2010 in der Rechtssache Attanasio Group - [C-384/08](#) - juris, Rn. 36). Wegen der unterschiedlichen wirtschaftlichen Risiken, die Arbeitnehmer und Selbständige mit ihrer Tätigkeit eingehen, muss es bei der Prüfung der wirtschaftlichen Relevanz der Tätigkeit eines Selbständigen nicht allein auf den Umfang der Einnahmen ankommen. Zu berücksichtigen sein können auch die von ihm im Zusammenhang mit der Aufnahme der Tätigkeit eingegangenen Verpflichtungen gegenüber anderen. Dabei kann es sich um Risiken handeln, denen sich der selbständig tätige Unionsbürger gegenüber Trägern öffentlicher Verwaltung aussetzt (z.B. gegenüber den Trägern der Sozialversicherung bei Beschäftigung Dritter), aber auch um gegenüber Privaten eingegangene Verbindlichkeiten (z.B. bei Leasing eines Firmenfahrzeugs, Anmietung von Geschäftsräumen). Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass nicht mit jedem Gewerbe die regelhafte Eingehung auf eine gewisse Dauer angelegter Verpflichtungen verbunden sein muss (vgl. Reisegewerbe). Je geringer eingegangene wirtschaftliche Risiken sind, desto eher gleicht sich die Selbständigkeit in ihrer Bedeutung für die Teilnahme des Unionsbürgers am Wirtschaftsleben der Arbeitnehmertätigkeit an. Andererseits kann in diesen Fällen – ebenso wie bei einem Arbeitnehmer – verstärktes Gewicht auf die Regelmäßigkeit der Ausübung der Tätigkeit zu legen sein. Gerade in Fällen wie den vorliegenden, in denen aufgrund der konkreten Ausgestaltung der selbständigen Tätigkeit mangels Betriebsausgaben die Betriebseinnahmen nahezu im Verhältnis 1:1 den Gewinn darstellen, liegt es daher nahe, einen Gewinn in Höhe des vom EuGH für eine nicht nur untergeordnete und unwesentliche Marktteilnahme als Arbeitnehmer als hinreichend erachtete Vergütung ausreichen zu lassen (vgl. zu einem Durchschnittslohn von etwa 175 EUR bei Arbeitnehmern: EuGH, Urteil vom 4. Februar 2010 in der Rechtssache Genc - [C-14/09](#) - [Slg. 2010, I-931](#)). In diesem Sinne kann zum Beispiel

die nur gelegentliche Erbringung handwerklicher Leistungen Anhaltspunkt für eine fehlende wirtschaftliche Relevanz der Tätigkeit sein (vgl. Senatsbeschluss vom 7. Februar 2019 - [L 2 AS 860/18 B ER](#), juris).

Für Schrottsammler/Altmetallsammler hat der Senat die Anforderungen an eine selbständige Tätigkeit weiter konkretisiert: Alleine die Vorlage von Nachweisen über erzielte Einkünfte aus Schrottverkäufen sind nicht ausreichend, um eine selbständige Tätigkeit als Schrotthändler nachzuweisen. Solche Quittungen sagen für sich genommen nichts darüber aus, welche Personen auf welche Weise den Schrott gesammelt beziehungsweise erworben haben und ob der Leistungen nach dem SGB II geltend Machende hierbei selbständig gehandelt hat, für einen anderen tätig war oder ob der Schrott von Personen des erweiterten Familienverbundes gesammelt wird und jeweils von der Person eingeliefert wird, für die es leistungsrechtlich aktuell von Bedeutung ist, eine selbständige Tätigkeit nachzuweisen. Es bedarf außerdem der erforderlichen Ausrüstung, um eine solche selbständige Tätigkeit durchzuführen. Trägt der "Schrottsammler" vor, als "Einzelunternehmer" mit einem Fahrzeug Baustellen oder Straßen abzufahren und das gesammelte Metall nicht auf einem dafür vorgesehenen Lagerplatz, sondern im Fahrzeug zu lagern, kommt der eigenverantwortlichen Nutzung des Fahrzeuges eine besondere Bedeutung zu. Die nachvollziehbare uneingeschränkte Nutzung eines geeigneten Transportfahrzeuges ist dann eine der Mindestvoraussetzungen für eine stabile kontinuierliche gewerbliche Tätigkeit im Bereich des Schrotthandels (vgl. Senatsbeschluss vom 7. Februar 2019 - [L 2 AS 860/18 B ER](#) - juris).

Es ist nicht fernliegend, dass der Antragsteller zu 1) diese Anforderungen erfüllt. Denn der Antragsteller zu 1) hat glaubhaft gemacht, das er nunmehr über ein ihm gehörendes Fahrzeug und einen zu dessen Nutzung erforderlichen Führerschein verfügt. Außerdem ist der Abschluss einer Versicherung belegt worden.

Die Erlöse aus den Verkäufen, die der Antragsteller zu 1) durchschnittlich monatlich erzielt, sind nach den vorgehend geschilderten Grundsätzen auch nicht als wirtschaftlich völlig unwesentlich anzusehen. Im Februar bis Juli 2019 habe der Antragsteller zu 1) nach Bestätigung des Altmetallhändlers an ihn Schrott im Wert von insgesamt 2.564,73 Euro verkauft. Dies entspricht einem durchschnittlichen Monatsumsatz von rund 427 Euro. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Angaben nicht zutreffen bzw. nicht mit einer Tätigkeit des Antragstellers zu 1) einhergehen. Die Anzahl der Abgaben von zwei bis vier Mal monatlich deuten bei der Art der Tätigkeit mit Sammlungen im Fahrzeug nicht auf eine nur sporadische Tätigkeit hin. Im Hauptsacheverfahren müsste ggf. noch abschließend die Höhe der Verkaufserlöse ermittelt werden.

Ebenso muss die Höhe der betrieblichen Ausgaben des Antragstellers zu 1) der Sachaufklärung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Die bisherigen Angaben sind aber ausreichend und hinreichend glaubhaft, die Kosten zumindest überblicken zu können. Die Versicherung für das Fahrzeug kostete nach dem eingereichten Versicherungsschein für ein Vierteljahr 228,22 Euro. Monatlich folgen daraus Ausgaben in Höhe von 57,06 Euro. In welcher Höhe Kraftfahrzeugsteuer angefallen ist, hat der Antragsteller zu 1) nicht belegt. Nach den Daten aus der Zulassungsbescheinigung kann von einer Kfz-Steuer in Höhe von 308 Euro jährlich (monatlich 25,67 Euro) ausgegangen werden (Berechnung mit dem über das Internet verfügbaren Rechner; <https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Service/Apps/Rechner/KfzRechner/KfzRechner.html>). Nach seinen Angaben über den Verbrauch von Kraftstoff betragen die Kosten hierfür rund 100 Euro monatlich. Es sind keine Umstände ersichtlich, dass diese Angaben gravierend unzutreffend sein könnten und dass noch wesentliche weitere Kosten angefallen sind.

Unter Zugrundelegung der glaubhaft gemachten Angaben zu den Kosten der Versicherung und der Kraftstoffkosten kann jedenfalls nicht mit der nötigen Wahrscheinlichkeit von einem nur marginalen Gewinn ausgegangen werden. Durchschnittlichen monatlichen Einnahmen im Streitzeitraum in Höhe von rund 427 Euro standen monatlich durchschnittliche Ausgaben in Höhe von rund 183 Euro gegenüber, so dass ein Durchschnittserlös in Höhe von 244 Euro monatlich glaubhaft gemacht ist.

Von dem Freizügigkeitsrecht des Antragstellers zu 1) hängen auch die Freizügigkeitsrechte der anderen Antragsteller als Familienangehörige (Ehefrau und leibliche Kinder) gem. § 3 FreizügG/EU ab.

b) Es besteht auch ein Anordnungsgrund, da die Antragsteller zur Existenzsicherung auf die Leistungen angewiesen sind.

c) Bei der Bemessung der Gewährung der vorläufigen Leistungen ab Februar 2019 ist der Senat von den monatlichen Regelbedarfen der Antragsteller zu 1) und 2) in Höhe von je 382 Euro, des Antragstellers zu 3) in Höhe von 302 Euro und des der weiteren Antragsteller in Höhe von 245 Euro ausgegangen. Der Antragstellerin zu 2) steht bis zur Geburt ein Mehrbedarf wegen Schwangerschaft zu (64,94 Euro). Die angegebenen Kosten der Unterkunft und Heizung sind kopfanteilig (für diesen Zeitraum: in Höhe von je 71,87 Euro) berücksichtigt. Nach Berücksichtigung des um den Erwerbstätigenfreibetrag bereinigten Erwerbseinkommens ergibt sich ein Anspruch des Antragstellers zu 1) in Höhe von rund 416 Euro und der Antragstellerin zu 2) in Höhe von rund 475 Euro. Unter Berücksichtigung des Kindergeldes bei den weiteren Antragstellern ergeben sich ihre Ansprüche in Höhe von rund 164 Euro, 112 Euro und 107 Euro.

Für den ersten Teil des Monats Mai (5/30) stehen die Ansprüche hiernach wie folgt zu: Antragsteller zu 1) in Höhe von rund 69 Euro, Antragstellerin zu 2) rund 79 Euro, Antragsteller zu 3) 27 Euro, Antragstellerin zu 4) rund 19 Euro und Antragstellerin zu 5) rund 18 Euro. Ab dem 6. Mai 2019 fällt aufgrund der Geburt des vierten Kindes der bei der Antragstellerin zu 2) bisher zu berücksichtigende Mehrbedarf weg und ändert sich die Verteilung der Kosten der Unterkunft und Heizung, so dass für den Restmonat (25/30) folgende Leistungen zustehen: Antragsteller zu 1) und 2) in Höhe von rund 337 Euro; Antragsteller zu 3) rund 128 Euro, Antragstellerin zu 4) rund 85 Euro, Antragstellerin zu 5) rund 80 Euro, Antragsteller zu 6) rund 61 Euro. Insgesamt stehen für diesen Monat damit Leistungen wie folgt zu: Antragsteller zu 1) in Höhe von rund 406 Euro, Antragstellerin zu 2) 416 Euro, Antragsteller zu 3) rund 155 Euro, Antragstellerin zu 4) rund 104 Euro, Antragstellerin zu 5) rund 98 Euro und Antragsteller zu 6) rund 61 Euro.

Im Juni 2019 bestehen Ansprüche wie folgt: Antragssteller zu 1) und 2) je rund 404 Euro, Antragsteller zu 3) rund 153 Euro, Antragstellerin zu 4) rund 101 Euro, Antragstellerin zu 5) rund 95 Euro und Antragsteller zu 6) rund 73 Euro.

Aufgrund der Kindergelderhöhung zum 1. Juli 2019 (monatlich für die ersten beiden Kinder 204 Euro, für das dritte Kind 210 Euro, für das vierte Kind 235 Euro) ergeben sich für diesen Monat folgende gerundete Ansprüche: Antragssteller zu 1) und 2) je 403 Euro, Antragsteller zu 3) 144 Euro, Antragstellerin zu 4) 92 Euro, Antragstellerin zu 5) 86 Euro und Antragsteller zu 6) 63 Euro.

Dem Hauptsacheverfahren muss die endgültige Klärung der Höhe der Einnahmen (z.B. des tatsächlichen Beginns der Kindergeldzahlungen) bzw. der Einnahmen und Absetzungen vorbehalten bleiben. Der Senat hat von der im einstweiligen Rechtsschutz bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Verpflichtung des Antragsgegners zu Leistungen geringfügig niedriger zu bestimmen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

5. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Prozesskostenhilfe im Beschluss des Sozialgerichts wird zurückgewiesen. Mit dem hiesigen Beschluss ist den Antragstellern ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Antragsgegner zuerkannt. Deshalb besteht nunmehr kein Bedürfnis mehr, gemäß [§ 73a SGG](#) i.V.m. [§§ 114 ff. ZPO](#) rückwirkend für das erstinstanzliche Verfahren bzw. für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu gewähren. Die Kostenentscheidung folgt hier aus [§ 127 Abs. 4 ZPO](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2020-08-14