

## S 31 AS 2611/10 ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
SG Duisburg (NRW)  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
31  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 31 AS 2611/10 ER

Datum  
14.09.2010  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt. Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I. Streitig ist, ob die Antragsteller nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch (SGB) Zweites Buch (II) - Grundsicherung für Arbeitsuchende - von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sind.

Die am 14.11.1973 geborene Antragstellerin zu 1) ist polnische Staatsangehörige. Am 29.08.2007 reiste sie zusammen mit den zwischen 2002 und 2007 geborenen Antragstellern zu 2) bis 4) in die Bundesrepublik ein. Die Stadt Berlin erteilte ihr am 22.05.2008 eine Bescheinigung nach § 5 FreizügG/EU. Nach Angaben der Antragsteller wurde der Lebensunterhalt zunächst vom Kindesvater und damaligen Lebensgefährten der Antragstellerin zu 1), Herrn R. O., sichergestellt, der ebenfalls polnischer Staatsangehöriger ist.

Zum 01.07.2008 verzogen die Antragsteller und Herr O. in die gegenwärtig bewohnte Wohnung in Essen (Warmmiete: 680,00 EUR), wo die Antragsteller zu 2) und 3) auch zur (Grund-) Schule gehen. Am 10.02.2009 lehnte die Bundesagentur für Arbeit (AA Essen) einen Antrag der Antragstellerin zu 1) vom 06.01.2009 auf Erteilung einer EU-Arbeitserlaubnis als Reinigungskraft beim Betrieb Karsten Gröll, Altbausanierung (Essen) ab. Am 16.06.2009 meldete die Antragstellerin zu 1) ab dem 01.07.2008 ein Gewerbe für "Reinigungsarbeiten, Altenpflege, Kinderbetreuung, Kurierdienst" an.

Erstmals Mitte 2009 beantragten die Antragsteller SGB II-Leistungen. Herr O. sei durch die Polizei der Wohnung verwiesen worden und nach Polen zurückgekehrt. Bis September 2009 wurde die Miete bar durch Herrn O. bezahlt. Ende Dezember 2009 wurde das Mietverhältnis fristlos gekündigt, mittlerweile wurde auch Räumungsklage erhoben. Am 26.01.2010 erteilte die Stadt Essen der Antragstellerin zu 1) eine Freizügigkeitsbescheinigung.

Am 03.02.2010 beantragten die Antragsteller erneut bei der Antragsgegnerin SGB II-Leistungen, wobei die Antragstellerin zu 1) eine selbständige Tätigkeit als Reinigungskraft angab. Dem Antrag waren Rechnungen der Antragstellerin zu 1) gegenüber einer Hausverwaltung K. G. in Höhe von 300,00 EUR für Reinigungsarbeiten ab September 2009 beigelegt. Am 30.04.2010 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag ab, da die Antragstellerin zu 1) nicht erwerbsfähig sei. Hiergegen legte die Antragstellerin zu 1) am 14.05.2010 Widerspruch ein. Am 17.05.2010 lehnte die Bundesagentur für Arbeit (AA Essen) erneut die Erteilung einer EU-Arbeitserlaubnis für den bereits damals angegebenen Betrieb ab.

Am 05.07.2010 haben die Antragsteller den vorliegenden Eilantrag gestellt, in dem zunächst sowohl die Verpflichtung der Stadt Essen als Trägerin der Leistungen nach dem SGB XII, als auch die Verpflichtung der Antragsgegnerin beantragt worden ist. Die für Angelegenheiten des SGB XII zuständige Kammer hat die Sache sowohl als SGB XII (S 16 SO 214/10 ER), als auch als SGB II-Sache eintragen lassen. Das SO-Verfahren hat sich durch Antragsrücknahme am 22.07.2010 erledigt.

Die Antragsteller tragen vor, sie lebten allein von Unterhaltsvorschuss- und Kindergeldleistungen. Die Antragstellerin zu 1) sei selbständig tätig. Zur Glaubhaftmachung hat sie weitere Rechnungen an die Hausverwaltung K. G. mit monatlich gleichbleibenden Rechnungsbeträgen von 300,00 EUR vorgelegt. Sie sei nicht in dessen Betriebshierarchie eingebunden und könne auch Aufträge Dritter annehmen, worum sie sich gegenwärtig bemühe. Bis zum Auszug des Herrn O. sei der Lebensunterhalt durch diesen sichergestellt worden. Herr O. habe einen Kfz-Handel betrieben und immer über erhebliche Barmittel verfügt, über deren Ursprung er die Antragstellerin zu 1) jedoch in Unkenntnis gelassen habe. Herr O. lebe möglicherweise noch in Deutschland, vielleicht sogar in Essen. Ein Kontakt sei von Seiten der Antragstellerin zu

1) aber aus Sorge um ihre Kinder nicht gewünscht.

Die Antragsteller beantragen schriftlich sinngemäß,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen ab Stellung des Eilantrags SGB II-Leistungen nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, Leistungen seien nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ausgeschlossen, da sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableite. Im Übrigen habe die Antragstellerin zu 1) gegenüber dem Ausländeramt am 17.06.2010 widersprüchliche Angaben gemacht. Insbesondere sei eine Übernahme der Unterkunftskosten durch Herrn O. angekündigt worden, dessen Aufenthaltsort die Antragstellerin zu 1) nunmehr nicht kennen wolle.

Das Ausländeramt der Stadt Essen hat mitgeteilt, es werde gegenwärtig der Entzug der Freizügigkeitsbescheinigung der Antragstellerin zu 1) geprüft. Auch aus [§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU](#) ergebe sich kein Freizügigkeitsrecht.

Die Hausverwaltung K. G. hat mitgeteilt, die Antragstellerin zu 1) sei selbständig tätig und habe im ersten Halbjahr 2010 1.800,00 EUR erhalten.

Das Ordnungsamt Berlin hat mitgeteilt, dass auf Herrn O. vom 01.09.2007 - 16.02.2009 ein Gewerbe angemeldet gewesen sei (PKW-Zulassungsdienst, Autovermittlung, Autoreinigung). Das Gewerbeaufsichtsamt Essen hat mitgeteilt, ein Gewerbe eines Herrn O. sei nicht bekannt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte verwiesen.

II. Der zulässige Antrag ist unbegründet.

Nach [§ 86 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) kann das Gericht der Hauptsache eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass das geltend gemachte Begehren im Rahmen der beim einstweiligen Rechtsschutz allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung begründet erscheint (Anordnungsanspruch) und erfordert zusätzlich die besondere Eilbedürftigkeit der Durchsetzung des Begehrens (Anordnungsgrund). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen.

Hier ist ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#) ist Voraussetzung für den Bezug von SGB II-Leistungen die "Erwerbsfähigkeit". Gemäß [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) können Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind von SGB II-Leistungen solche Ausländer ausgeschlossen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Gemäß [§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FreizügG/EU](#) sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen sowie Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige). Gemäß [§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU](#) behalten die Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum Abschluss einer Ausbildung ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.

Nach diesen Grundsätzen stehen den Antragstellern keine SGB II-Leistungen zu. Denn es ist nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragstellerin zu 1) ein anderes Aufenthaltsrecht außer [§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU](#) zusteht, von dem sich dann auch das Aufenthaltsrecht der Antragsteller zu 2) - 4) ableitet.

1. Dass der Antragstellerin zu 1) eine Freizügigkeitsbescheinigung erteilt worden ist, ist dabei unerheblich, da diese Bescheinigung nur deklaratorisch ist (vgl. bspw. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.03.2010, [L 29 AS 2128/09 B ER](#) m.w.N.).

2. Die Antragstellerin zu 1) ist nicht freizügigkeitsberechtigten nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU](#). Zwar geben Sie und ihr vermeintlicher Auftraggeber Herr G. übereinstimmend an, sie sei selbständig tätig. Sie hat auch ein entsprechendes Gewerbe angemeldet. Gleichwohl ist nach summarischer Prüfung davon auszugehen, dass die Antragstellerin zu 1) nach den zu [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) entwickelten Maßstäben tatsächlich nicht selbständig, sondern abhängig beschäftigt ist. Denn sie ist nach den von ihr vorgelegten Unterlagen ausschließlich für die Hausverwaltung G. tätig. Der Rechnungsbetrag beträgt konstant 300,00 EUR monatlich und zwar im gesamten nachgewiesenen Zeitraum von nahezu einem Jahr. Auffällig ist insbesondere, dass die vermeintlichen Geschäftsbeziehungen der Antragstellerin zu 1) ausschließlich zu Herrn G. und damit zum Inhaber derjenigen Firma bestehen, im Hinblick auf die sowohl Anfang 2009 als auch zuletzt ein Antrag auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis-EU gestellt wurde (vgl. zu einem vergleichbaren Sachverhalt Hessisches LSG, Beschluss vom 13.09.2007, [L 9 AS 44/07 ER](#), juris, Rdnr. 41). Im Übrigen haben weder die Antragstellerin zu 1) noch Herr G. irgendwelche Unterlagen mit Ausnahme der offenbar als Rechnungen und Quittungen zugleich gedachten und allein von der Antragstellerin zu 1) unterzeichneten Belege vorgelegt.

3. Ob die Antragstellerin zu 1) angesichts dieser fehlenden Belege überhaupt eine Beschäftigung ausübt, kann dahinstehen. Denn selbst wenn dies im vorgetragenen Umfang der Fall sein sollte, so stünde zwar nicht die Geringfügigkeit des Arbeitsentgelts entgegen (vgl. hierzu Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, [§ 7 Rdnr. 16](#); LSG Nordrhein-Westfalen vom 07.11.2007, [L 20 B 184/07 AS ER](#) m.w.N.).

Die Antragstellerin zu 1.) wäre ggf. aber bereits auf einer vorgelagerten Stufe als nicht erwerbsfähig i.S.v. §§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; 8 Abs. 2 SGB II anzusehen. Denn gerade dann, wenn sie tatsächlich angestellt als Raumpflegerin tätig ist, geht sie einer Beschäftigung nach, für die eine Arbeitserlaubnis ausdrücklich und offenbar bestandskräftig abgelehnt wurde. Eine bloß abstrakt-generelle Erlaubnismöglichkeit reicht nicht (vgl. Blüggel, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 8 Rdnr. 64 ff. m.w.N.; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.10.2006, [L 3 ER 175/06 AS](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.12.2005, [L 25 B 1281/05 AS-ER](#); a.A. bspw. Hackethal, in: jurisPK-SGB II, 2. Aufl. 2007, § 8 Rdnr. 34).

4. Ein Aufenthaltsrecht nach § 3 Abs. 4 FreizügG/EU ist nach summarischer Prüfung auch dann nicht gegeben wenn unterstellt wird, dass Herr O. tatsächlich dauerhaft weggezogen ist. Denn es ist nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten unklar geblieben, ob bzw. inwiefern Herr O. zum Zeitpunkt des Wegzugs freizügigkeitsberechtigt war.

a. Eine gewerbliche Tätigkeit konnte durch das Gericht lediglich bis zum 16.02.2009 ermittelt werden (vgl. zu den Anforderungen an den Nachweis einer selbständigen Tätigkeit LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2008, [L 5 B 1425/08 AS ER](#), juris, OS 1). Im Rahmen von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) darf aber nicht nur auf den erstmaligen Zeitpunkt der Einreise abgestellt werden (vgl. Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 7 Rdnr. 19, str.). Die Antragsteller haben hierzu nichts Näheres vorgetragen; nicht einmal eine Betriebsstätte wurde angegeben. Im Übrigen bestehen angesichts fehlender amtlicher Unterlagen, einem aktenkundigen Schreiben der Staatsanwaltschaft, wonach Herr O. wegen Diebstahls gesucht werde und den Angaben der Antragsteller Zweifel daran, dass die mutmaßliche selbständige Tätigkeit des Herrn O. legal war, was aber Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht wäre (vgl. Hessisches LSG, a.a.O., Rdnr. 41).

b. Der Vortrag, Herr O. habe immer über erhebliche Barmittel verfügt, reicht allein nicht zur Glaubhaftmachung der Voraussetzungen von § 4 FreizügG/EU. Auch hier sind die Zweifel an der Legalität seines Handelns von Belang. Schließlich ist fraglich, ob diese Norm überhaupt in Betracht kommt, wenn gerade eine Erwerbstätigkeit geltend gemacht wird.

c. Mit letztgenannter Erwägung ließe sich auch § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU verneinen.

Selbst wenn § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU - gleichsam als Auffangnorm - in Betracht kommen sollte, so dürfte [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) erweiternd auch auf den Fall anzuwenden sein, dass die in § 3 Abs. 4 FreizügG/EU genannten Personen ihr Aufenthaltsrecht von einem Unionsbürger ableiten, der zuvor (bzw. zuletzt) selbst nur nach § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt war.

Raum für eine solche erweiternde Auslegung ergibt sich dadurch, dass der SGB II-Gesetzgeber offensichtlich nur die Tatbestände des § 2 FreizügG/EU vor Augen hatte. In der Begründung zu [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) in der ab dem 01.04.2006 gültigen Fassung heißt es, der Leistungsausschluss gelte nur, wenn sich die Freizügigkeitsberechtigung aus der Arbeitsuche ergebe. Nicht ausgeschlossen seien Unionsbürger, bei denen ein anderer Grund "nach § 2 FreizügG/EU" greife (vgl. [BT-Drs. 16/688, Seite 13](#), rechte Spalte). Das Vorliegen eines Rechts nach § 3 FreizügG/EU wurde offenbar nicht bedacht.

Die Ausdehnung des Leistungsausschlusses ergibt sich aus Sinn und Zweck von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Danach sollen arbeitsuchende Ausländer von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sein. Sie werden auf die sozialen Sicherungssysteme ihres Herkunftslands verwiesen (vgl. hierzu Hessisches LSG, a.a.O., Rdnr. 50; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2008, [L 5 B 1425/08 AS ER](#), juris, Rdnr. 27). Diese Wertentscheidung muss auch für Familien gelten, wenn sich der bzw. ein arbeitsuchender Elternteil von der Familie trennt. Andernfalls bestünden Missbrauchsmöglichkeiten. Der SGB II-Gesetzgeber wollte ausweislich der bereits zitierten Begründung ausdrücklich Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38 EG vom 29.04.2004) umsetzen. Dort wird die Möglichkeit eröffnet, Sozialhilfe anderen Personen als "Arbeitnehmern, Selbständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt" vorzuenthalten, wobei die letztgenannte Gruppe nicht den in § 3 Abs. 4 FreizügG/EU, sondern den in § 2 Abs. 3 FreizügG/EU angesprochenen Personenkreis betrifft (vgl. auch den Verweis auf Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 EG in der Kommentierung zu § 3 Abs. 4 FreizügG/EU bei Huber, AufenthG, 2010, § 3 FreizügG/EU Rdnr. 23). Art. 24 der Richtlinie findet sich dabei in deren fünftem Kapitel, das "Gemeinsame Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht und das Recht auf Daueraufenthalt" enthält. Als solche allgemeine Bestimmung geht Art. 24 dem als Grundlage für § 3 Abs. 4 FreizügG/EU dienenden und im dritten Kapitel der Richtlinie geregelten Art. 12 Abs. 3 vor.

§ 3 Abs. 4 FreizügG/EU dürfte der Regelfall zugrunde liegen, dass ein freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger in der Bundesrepublik zusammen mit seiner Familie - auch wirtschaftlich - Fuß fasst. In der ausländerrechtlichen Kommentierung heißt es zu § 3 FreizügG/EU beispielsweise, diese Vorschrift regelt - in Abgrenzung zu § 4 FreizügG/EU - das Einreise- und Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen "Erwerbstätiger im weiteren Sinne" (Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 3 FreizügG/EU Rdnr. 2). In einem solchen Fall dürfte das Vertrauen der Familienangehörigen in den Fortbestand des Aufenthalts, das sich unter anderem in einem Schulbesuch der Kinder spiegelt, auch aus Sicht des SGB II schützenswert sein. Das gilt indes nicht, wenn die Familie - was bei Rückgriff auf § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alternative FreizügG/EU zu unterstellen wäre - zuletzt über keine hinreichenden Mittel verfügte und vom Bezug von Transferleistungen ausgeschlossen war.

5. Eine Freizügigkeitsberechtigung der Antragsteller nach § 4 FreizügG/EU scheitert jedenfalls an den fehlenden existenzsichernden Mitteln, ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügG/EU an einem mindestens fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt.

6. Zweifel an der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) bestehen bei vorläufiger Prüfung nicht (vgl. bereits den Beschluss der erkennenden Kammer vom 19.11.2009, [S 31 AS 414/09 ER](#), juris, Rdnr. 26; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.11.2008, [L 5 B 1425/08 AS ER](#), juris, Rdnr. 23 ff. und Beschluss vom 08.06.2009, [L 34 AS 790/09 B ER](#); a.A. etwa Spellbrink, a.a.O., Rdnr. 18 und zuletzt LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.08.2010, [L 7 AS 3769/10 ER-B](#), juris).

7. Leistungen nach dem SGB XII, die ohnehin ausgeschlossen sind (vgl. Spellbrink, a.a.O., Rdnr. 14 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung), waren Gegenstand des parallelen Eilverfahrens.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#) analog.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2010-10-12