

## L 20 AS 2347/11 B ER

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

20

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 94 AS 30571/11 ER

Datum

15.12.2011

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 20 AS 2347/11 B ER

Datum

29.02.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 15. Dezember 2011 wird zurückgewiesen. 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 1988, 1992, 1994, 1996, 1999 und 2001 geborenen Antragsteller zu 3. bis 8. Alle sind rumänische Staatsangehörige, die im September 2010 aus Rumänien, wo sie ein Eigenheim besitzen, nach Deutschland eingereist und seit November 2010 im Besitz einer Bescheinigung gemäß § 5 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern – FreizügG/EU – sind.

Der Antragsteller zu 1. meldete am 4. November 2010 ein Gewerbe für die Tätigkeit "Abriss- und Hausmeister-Service" an. Die Anträge der Antragsteller zu 2. bis 6. auf Erteilung einer Arbeitsberechtigung-EU lehnte die Bundesagentur für Arbeit mit Bescheiden vom 3. März 2011 ab. Für ihre Kinder, die Antragsteller zu 3. bis 8., erhalten die Antragsteller zu 1. und 2. ein Kindergeld in Höhe von monatlich 1.203,- Euro.

Die Antragsteller sind seit dem 29. September 2010 in der K, B gemeldet. Für die Wohnung entrichten sie – jeweils bar – eine monatliche Kaltmiete von 463,40 Euro zuzüglich Betriebskosten von 97,66 Euro, darüber hinaus Heizkosten von 59,- Euro. Sie sind bei der A zu einem monatlichen Beitrag von 221,15 Euro krankenversichert (Familienversicherung). Am 27. Dezember 2011 bestanden Mietschulden in Höhe von 600,- Euro, am 28. Dezember 2011 eine Forderung der A in Höhe von 461,71 Euro.

Am 20. Oktober 2011 beantragten die Antragsteller beim Antragsgegner Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Der Antragsteller zu 1., der über einen rumänischen Hauptschulabschluss verfügt und in Rumänien zuletzt bis Ende 2003 als Helfer im Hochbau tätig war, gab an, seit 2011 Einkommen aus seiner selbständigen Tätigkeit zu erzielen. Er schätzte bei Antragstellung seine voraussichtlichen Betriebseinnahmen für den Zeit-raum vom 1. November 2011 bis 30. April 2012 auf monatlich 600,- Euro. Im April 2011 habe er einen Gewinn von 650,- Euro und in den Monaten Mai 2011 bis Oktober 2011 jeweils von 480,- Euro erzielt. Er legte die Kopie eines Vertrages vom 25. April 2011 vor, mit dem die Firma B Gebäudereinigung, A R, B der Firma S I & V, K, B bezüglich des Objekts "Cine Star Sony Original, P" die "unterhaltsreinigungs arbeit ab 01.05.2011" gegen eine Vergütung in Höhe von monatlich 480,- Euro netto übertrug. Darüber hinaus legte er Kopien von Rechnungen und Quittungen über Barauszahlungen über jeweils 480,- Euro vor, wobei sich die Rechnungen mit den Nummern 09/11 und 10/11 auf den Ausführungszeitraum September bezogen. Weitere Kopien von Rechnungen und Quittungen beziehen sich auf die "Unterhaltsreinigung B" im Ausführungszeitraum Januar bis April 2011 und beinhalten Beträge von jeweils 950,- Euro für die Monate Januar und Februar 2011 bzw. jeweils 650,- Euro für die Monate März und April 2011.

Ausweislich der eingereichten Kontoauszüge des Kontos der Antragstellerin zu 2. mit der Nummer bei der Berliner S (Bankleitzahl ) wies der Kontostand am 24. Oktober 2011 ein Defizit von 2.595,06 Euro auf. Von dem Konto wurden am 15. und 16. September 2011 Beträge von 1.950,- Euro bzw. 1.200,- Euro am Geldautomaten abgehoben. Am 17. Oktober 2011 wurde ein Betrag von 1.190,- Euro abgehoben, am 16. November 2011 ein Betrag von 950,- Euro, am 15. Dezember 2011 Beträge von 440,- und 560,- Euro, am 16. Januar 2012 ein Betrag von 920,- Euro. Lastschriften von N und L erfolgten ab September 2011 in Höhe von 2,78 Euro (N, 09.09.2011), 6,04 Euro (L, 22.09.2011), 13,59 Euro (N, 22.11.2011) und 4,45 Euro (N, 23.11.2011). Am 24. Oktober 2011 ist eine Abbuchung in Höhe von 9,99 von S ersichtlich, am 24.

bzw. 25. November 2011 eine in Höhe von 5,- bzw. 5,99 Euro von A. Des Weiteren sind in den Monaten September und Oktober 2011 Bareinzahlungen von zwei Mal 50,- Euro und jeweils einmal 10,- bzw. 180,- Euro verzeichnet, im Dezember 2012 von 60,- Euro.

Mit Bescheid vom 11. November 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 22. November 2011 Widerspruch ein. Der Antragsteller zu 1. sei selbständig. Wegen seiner mangelhaften Deutschkenntnisse arbeite er nur bei einem Auftraggeber. Er habe bisher seine Familie ernährt, was bei Kosten für Krankenversicherung und Miete sehr schwer sei.

Am 21. 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 begehren. Im Rahmen dieses Verfahrens trug der Antragsteller zu 1. vor, dass er seit der Einreise nach Deutschland den Lebensunterhalt für seine Familie und sich mit den Ersparnissen und seinem Einkommen finanziert habe.

Mit Verfügungen vom 1. und 8. Dezember 2011 forderte das Sozialgericht die Antragsteller zu einer weiteren Glaubhaftmachung der Tätigkeit des Antragstellers zu 1. sowie ihrer Einkommens- und Vermögenssituation auf. Die Antragsteller sollten die genauen Tage und jeweils die genauen Arbeitszeiten sowie die jeweiligen Tätigkeiten innerhalb der letzten drei Monate aufschlüsseln und entsprechend belegen. Auch bat das SG darum, eine entsprechende Bestätigung der Auftraggeber des Antragstellers zu 1. einzureichen und diese durch eine eidesstattliche Versicherung glaubhaft zu machen. Außerdem wurden die Antragsteller gebeten, eidesstattliche Versicherungen über ihre derzeitige Vermögens- und Einkommenssituation abzugeben, und auch durch eidesstattliche Versicherung darzulegen, wie sie ihren Lebensunterhalt seit der Einreise nach Deutschland bestritten haben. Zugleich werde auch der Steuerbescheid für das Jahr 2010 benötigt.

Das Sozialgericht Berlin hat den Antrag mit Beschluss vom 15. Dezember 2011 abgelehnt. Er sei unbegründet, da die Antragsteller nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen seien. Die Antragsteller hätten nicht glaubhaft gemacht, dass sie sich aus einem anderen Zweck als zu dem der Arbeitssuche hier aufhielten. Die vorgelegten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der selbständigen Tätigkeit des Antragstellers zu 1. seien nicht ausreichend. Insbesondere sei nicht glaubhaft gemacht, dass überhaupt Einnahmen erzielt würden. Die eingereichten Unterlagen habe der Antragsteller zu 1. selbst erstellt, ein Nachweis für Zahlungseingänge auf Konten liege ebenso nicht vor. Der Vortrag der Antragsteller widerspreche sich in vielen Punkten. Zum einen widerspreche der Vertrag mit der Firma B Gebäudereinigung den Rechnungen hinsichtlich der Auftragsorte. Auch sei nicht erklärbar, weshalb die Firma des Antragstellers zu 1. auch auf die Antragstellerin zu 2. geführt werde, diese aber keine selbständige Tätigkeit ausübe. Die Angabe, dass eine achtköpfige Familie von Erspartem und von Einkommen des Antragstellers zu 1. finanziert worden sei, aber kein Steuerbescheid 2010 existieren solle, weil der Antragsteller zu 1. im Jahr 2010 über kein Einkommen verfügt habe, sei ebenfalls nicht erklärbar. Vor dem Hintergrund gehe das Gericht nicht davon aus, dass der Antragsteller zu 1. selbständig tätig sei.

Hiergegen haben die Antragsteller am 28. Dezember 2011 Beschwerde beim Landessozialgericht Berlin-Brandenburg erhoben. Jetzt arbeite der Antragsteller zu 1. bei der Firma R UG, was sich aus den beigefügten Kopien ergebe. Beigefügt waren Rechnungen des Antragstellers zu 1. zulasten der R UG von November 2011 über 300,- Euro und von Dezember 2011 über 420,- Euro sowie ein Auftrag der R UG vom 9. November 2011. Dort war als Bauvorhaben "E, Sch" und das "Gewerk: Abrissarbeiten" mit einem "Baubeginn: 14.11.2011" und der "Fertigstellung: Ende 02/2012" vereinbart.

Auf die Verfügung des Senats vom 19. Januar 2012, in der die Antragsteller unter Bezugnahme auf die Verfügungen des Sozialgerichts vom 1. und 8. Dezember 2011 nochmals aufgefordert worden sind, die selbständige Tätigkeit des Antragstellers zu 1. sowie die Hilfebedürftigkeit der Antragsteller durch eidesstattlich versicherte Belege der genauen Tage, der jeweiligen Arbeitszeiten, Arbeitsorte und Tätigkeiten bei der R UG sowie deren entsprechende Bestätigung sowie durch Vorlage vollständiger, ungeschwärzter Kontoauszüge aller Konten der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft für den Zeitraum ab November 2011 glaubhaft zu machen und außerdem Nachweise der getätigten Mietzahlungen, ggf. eine Bestätigung des Vermieters einzureichen, wurde eine unter dem 25. Januar 2012 vom Inhaber der R UG den Antragstellern zu 1. und 2. erteilte eidesstattliche Versicherung vorgelegt, in der er den Baubeginn 14.11.2011 und die Fertigstellung Ende 02/2012 sowie den Arbeitsort B bestätigte. Genaue Arbeitszeiten seien nicht festgelegt worden.

Einen konkreten Antrag haben die Antragsteller nicht gestellt.

Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Er bezieht sich auf die den Beschluss des Sozialgerichts Berlin tragenden Gründe.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte sowie auf den Verwaltungsvorgang des Antragsgegners (Az. ) verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Der Beschwerdeantrag der Antragsteller ist sachdienlich ([§ 106 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) dahingehend auszulegen, dass die Antragsteller beantragen, den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 15. Dezember 2011 aufzuheben und den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren.

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 mit der für eine Vorwegnahme der Hauptsache erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit 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.

Die Antragsteller haben trotz mehrfacher gerichtlicher Aufforderungen nicht vorgetragen, wovon sie seit ihrer Einreise im Oktober 2010 gelebt und ihre Unkosten finanziert haben. Der Vortrag, sie hätten von Ersparnissen und Einkünften gelebt, ist nicht glaubhaft, denn der Antragsteller zu 1. war nach eigenen Angaben bei Antragstellung gegenüber dem Antragsgegner zuletzt bis Ende 2003 beschäftigt. Aus den eingereichten Kontoauszügen ergeben sich jeweils etwa zur Monatsmitte Abhebungen in Höhe von zuletzt ca. 1.000,- Euro. Daneben gibt es kaum nennenswerte Lastschriften für Lebensmittel oder ähnliche Ausgaben für den täglichen Lebensunterhalt. Außerdem haben sie bei Antragstellung angegeben, in Rumänien über ein Ei-genheim zu verfügen, jedoch - trotz Nachfrage zu ihrem Vermögen - keine weiteren Informationen hierzu gegeben oder Unterlagen eingereicht.

Letztlich kann die Frage, wovon die Antragsteller seit Oktober 2010 ihren Unterhalt finanziert haben und ob sie über Vermögen verfügen, dahin stehen, da sie als rumänische 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 1. 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 1. einer (selbständigen) Tätigkeit nachgeht. Hinsichtlich der behaupteten gegenwärtigen Tätigkeit des Antragstellers zu 1. haben sich die Antragsteller darauf beschränkt, eine Kopie des Auftrags sowie eine eidesstattliche Versicherung der Firma R UG vorzulegen. Die Vorlage des "Auftrags" der Firma R UG vom 9. November 2011 betreffend "Abbrucharbeiten in der E." sowie die eidesstattliche Versicherung vom 25. Januar 2012 ohne detaillierte Angaben zum Auftrag hält den Anforderungen an eine Glaubhaftmachung nicht stand. Die abgeforderten Angaben zu den genauen Arbeitstagen und -zeiten, dem konkreten Arbeitsort und der im Rahmen des Auftrags verrichteten Tätigkeiten sind nicht erfolgt. Nachweise zu geleisteten Zahlungen des Auftraggebers liegen nicht vor. Aus diesen Gründen kann auch nicht von einer verdeckten abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden. Mangels konkreter Angaben zu Umfang und tatsächlicher Entlohnung der Tätigkeit ist nicht glaubhaft gemacht, dass es sich um eine mehr als völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit handelt (vgl. zu den Anforderungen an den sehr weiten europarechtlichen Arbeitnehmerbegriff die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 2011 - [L 19 AS 317/11 B ER](#)).

Weder der Antragsteller zu 1. noch die Antragstellerin zu 2. 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 der Antragsteller zu 1. oder 2. nicht glaubhaft gemacht haben. Die vom Sozialgericht im angefochtenen Beschluss zu Recht aufgeworfenen Widersprüche zur vorgeblichen früheren Beschäftigung des Antragstellers zu 1. und evtl. auch der Antragstellerin zu 2. haben die Antragsteller gar nicht erst aufzulösen versucht. Mangels konkreter Informationen zum Arbeitsort, der Arbeitszeit und der konkreten Entlohnung - was im Hinblick auf die Aufnahme der Antragstellerin zu 2. im Auftrag der Firma B Gebäudereinigung ungeklärt geblieben ist - haben die Antragsteller weder eine selbständige Tätigkeit des Antragstellers zu 1. noch eine abhängige Beschäftigung des Antragstellers zu 1. oder der Antragstellerin zu 2. glaubhaft gemacht.

Nach alledem ist mangels anderer Anhaltspunkte 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 Lüne-burg, 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 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 Rumänien 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 Selbstständigen, 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, Koupatantze, 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 Rumänen 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, Koupatantze, C 22-/08 und [C 23/08](#)). Grundlegendes Merkmal der von den Antragstellern begehrten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist deren "Passivität", das heißt deren Existenzsichernde 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 deshalb von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) überzeugt, weil dieser 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 – verstoßen könnte. Es bestehen zwar Zweifel, 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 und ist daher weiterhin nicht von der Europarechtswidrigkeit des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) überzeugt. 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. 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. Gemäß Art. 3 Abs. 3 VO 883/2004 gilt die Verordnung ausdrücklich auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen gemäß Art. 70, unter die gemäß dessen 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, fallen. Zwar spricht der isolierte Wortlaut der VO 883/2004 für einen grundsätzlichen Gleichbehandlungsanspruch aller Unionsbürger auf scheinbar alle Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Nach historisch-systematischer sowie teleologischer Auslegung ist dieser Schluss jedoch nicht zwingend. Denn 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 wäre, 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). Daher ist schwer nachvollziehbar, dass in Abkehr zum bisherigen materiellen Standard der zuvor für Deutschland leere Anhang X der VO 883/2004 mit der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 dahin gehend aufgefüllt wurde, dass nunmehr 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 Absatz 1](#) des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch) erfüllt sind, aufgenommen wurden. Diese Leistungen wurden mit Aufnahme im Anhang X als besondere beitragsunabhängige Leistungen im Sinne des Art. 70 VO 883/2004 qualifiziert, obwohl es sich – nach den vorstehenden Ausführungen – teilweise um Leistungen der sozialen Fürsorge handelt, die gemäß Art. 3 Abs. 5 ausdrücklich vom Anwendungsbereich der VO 883/2004 ausgenommen sind. Nicht mehr nachzuvollziehen ist die Aufnahme der Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch – SGB XII – in den Anhang X, bei denen es sich nach bundesdeutschem Recht unzweifelhaft um Fürsorgeleistungen handeln dürfte (so auch Fuchs in Europäisches Sozialrecht, 5. Auflage 2010, Art. 70 Rn. 14). Ob die hier in Rede stehenden Leistungen tatsächlich besondere beitragsunabhängige Sonderleistungen oder nicht doch Leistungen der sozialen Fürsorge sind, wäre ggf. vom EuGH zu überprüfen (vgl. hierzu Schreiber a. a. O., Art. 70 Rn. 22). Der Senat kann sich auch nicht im Wege der europarechtsfreundlichen Auslegung des *effet utile* davon überzeugen, dass [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) europarechtswidrig ist. Denn vor dem Hintergrund, dass Rumänen und Bulgaren 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.). Die Bundesregierung selbst geht ausweislich des vorgenannten von Art. 16 Buchstabe b EFA gedeckten Vorbehalts weiterhin sogar 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.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-03-07