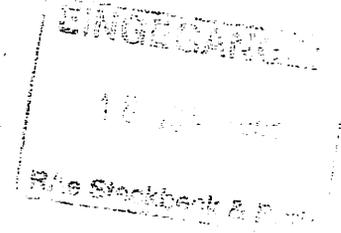
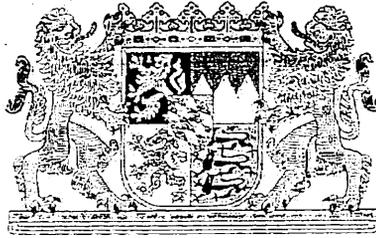


Ausfertigung

S 19 AS 589/08 ER



SOZIALGERICHT NÜRNBERG

In dem Antragsverfahren

[REDACTED]

Proz.Bev.: Rechtsanwälte Wolfram Steckbeck u.Koll., Leipziger Platz 1, 90491 Nürnberg - 1-8599-08 -

gegen

Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, vertreten durch den Geschäftsführer, Richard-Wagner-Platz 5, 90443 Nürnberg - 73514 BG 0071026-W 1152/08 -
- Antragsgegnerin -

Angelegenheiten nach dem SGB II - Grundsicherung für Arbeitssuchende (AS)

erlässt der Vorsitzende der 19. Kammer, Richter am Sozialgericht Gröschel-Gundermann, ohne mündliche Verhandlung am 12. Juni 2008 folgenden

B e s c h l u s s :

- I. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, ab dem Datum dieses Beschlusses bis zur Entscheidung über die unter dem Aktenzeichen S 19 AS 561/08 geführte Klage der Antragstellerin Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu bewilligen.
- II. Die Antragsgegnerin hat die notwendig außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu erstatten.
- III. Der Antragstellerin wird – auch für die unter dem Aktenzeichen S 19 AS 561/08 geführte Hauptsache - Prozesskostenhilfe bewilligt. Rechtsanwalt Wolfram Steckbeck, Nürnberg, wird ihr beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung von der Antragsgegnerin Leistungen nach dem SGB II.

Die am .1984 geborene Antragstellerin ist polnischer Staatsangehörige. Sie beantragte am 21.12.2007 bei der Antragsgegnerin Leistungen nach dem SGB II. Die Antragstellerin ist am 5.7.2006 nach Nürnberg zugezogen und hat dort ein Gewerbe als Servicekraft im Gastronomiebereich und Reinigungsservice angemeldet. Am 19.10.2006 hat sie das Gewerbe umgemeldet. Sie ist im Besitz einer Bescheinigung gemäß § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU). Bei Antragstellung war die Antragstellerin schwanger. Sie legte einen Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2006 vor, wonach sie Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 1887 EUR erzielt hatte. Des weiteren legte sie Rechnungen aus dem Jahr 2007 für die Zeit von Januar bis Dezember vor, die an sieben verschiedene Auftraggeber gerichtet waren (Blatt 23 bis 51 der Leistungsakte). Aus den vorgelegten Kontoauszügen für die Zeit vom 23.9.2007 bis 14.1.2008 sind allerdings keine Überweisungen von Auftraggebern, sondern lediglich Bareinzahlungen ersichtlich.

Bei einer Vorsprache am 8.1.2008 gab die Antragstellerin an, sie habe ihre Wohnung zum 30.11.2007 aufgeben müssen, da sie die Miete nicht mehr habe aufbringen können. Sie sei mit einem Reinigungsservice selbstständig gewesen, könne auf Grund ihrer Schwangerschaft die selbstständige Tätigkeit jedoch nicht mehr ausüben.

Mit Bescheid vom 19.2.2008 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag ab. Die Entscheidung beruhe auf § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Satz 2 SGB II. Das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin ergebe sich lediglich aus der Arbeitsuche.

Mit Schriftsatz vom 28.2.2008 teilte der Bevollmächtigte der Antragstellerin mit, die Antragstellerin sei selbstständig und könne die Tätigkeit lediglich auf Grund ihrer Schwangerschaft nicht ausüben. Der berechnete Entbindungstermin sei der 22.4.2008. Die Antragstellerin sei leistungsberechtigt nach dem SGB II, da ihr Aufenthaltsrecht nicht aus der Arbeitsuche sondern aus § 2 Abs. 2 Ziff. 1 FreizügG/EU folge.

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 12.3.2008 legte die Antragstellerin gegen den Bescheid vom 19.2.2008 Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 16.4.2008

wies die Antragsgegnerin den Widerspruch zurück. Die Antragstellerin sei nicht als Selbstständige anzusehen, da ihr Betriebsbüro in ihrer Wohnung gewesen sei. Bei der Gewerbeanmeldung habe es sich um Tätigkeiten gehandelt, die üblicherweise im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung und nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit möglich gewesen wären. Die Dienstleistungsfreiheit könne sie nicht beanspruchen, da sie die Dienstleistungen nicht von ihrem Heimatstaat oder einem anderen Mitgliedstaat der EU aus erbringe.

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 13.5.2008 erhob die Antragstellerin am 15.5.2008 Klage und beantragte gleichzeitig,

im Wege der einstweiligen Anordnung die Beklagte - hilfsweise die beizuladenden Stadt Nürnberg - zu verurteilen, der Klägerin vorläufig Leistungen nach dem SGB II - hilfsweise nach dem SGB XII - zu gewähren, um die gegenwärtige Notlage abzuwenden.

Des Weiteren beantragte sie,

der Klägerin für das Klageverfahren und das Verfahren auf einstweilige Anordnung Prozesskostenhilfe zu gewähren und Rechtsanwalt W. Steckbeck, Nürnberg, beizuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Im Übrigen wird auf die ausgetauschten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Der nach § 86b Abs. 2 SGG zulässige Antrag auf Erlass einer Regulationsanordnung ist begründet. Gemäß § 86b Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zu-

stands in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Ein solcher Antrag ist gem. § 86 b Abs. 3 SGG auch schon vor der Klageerhebung in der Hauptsache zulässig.

Die Regelungsanordnung setzt das Vorliegen eines Anordnungsgrundes - das ist in der Regel die Eilbedürftigkeit - und das Vorliegen eines Anordnungsanspruches - das ist der materiell-rechtliche Anspruch, auf den er sein Begehren stützt - voraus. Die Angaben hierzu hat der Antragsteller glaubhaft zu machen (§ 86b Abs 2 Satz 2 und 4 SGG iVm § 920 Abs 2, § 294 Zivilprozessordnung - ZPO -; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 8.Aufl, § 86b RdNr 41).

Zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch besteht dabei eine Wechselbeziehung. An das Vorliegen des Anordnungsgrundes sind dann weniger strenge Anforderungen zu stellen, wenn bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage im vom BVerfG vorgegebenen Umfang (BVerfG vom 12.05.2005 Breithaupt 2005, 803 = NVwZ 2005, 927, NDV-RD 2005, 59) das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist. Ist bzw. wäre eine in der Hauptsache erhobene Klage offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist wegen des fehlenden Anordnungsanspruches der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, kommt dem Anordnungsgrund entscheidende Bedeutung zu. Soweit existenzsichernde Leistungen in Frage stehen, sind die Anforderungen an den Anordnungsgrund und den Anordnungsanspruch weniger streng zu beurteilen. In diesem Fall ist ggf. auch anhand einer Folgenabwägung unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Belange des Ast zu entscheiden (vgl. BVerfG vom 12.05.2005 Breithaupt 2005, 803 = NVwZ 2005, 927, NDV RD 2005, 59 und vom 22.11.2002 NJW 2003, 1236).

Ein Anordnungsgrund besteht, weil die Antragstellerin über keinerlei Einkommen verfügt.

Auch ein Anordnungsanspruch besteht im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. Die Antragsgegnerin hat unterstellt, die Antragstellerin könne ihr Aufenthaltsrecht lediglich aus der Arbeitssuche herleiten, sodass die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II vorliegen. Das Gericht geht davon aus, dass aus der vorangegangenen selbstständigen Erwerbstätigkeit zumindest für eine Übergangszeit ein nachwirkendes Aufenthaltsrecht entsteht, das unabhängig von der Arbeitssuche ist. Zumindest während der tatsächlichen Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit greift der Ausschlussstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II daher nicht ein (OVG Hamburg vom 20.4.2007 Az.: S1 B 123/07 und vom

5.11.2007 Az.: S1 B 252/07). Nach § 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) freizügigkeitsberechtigt, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Diese Berechtigung folgt aus der Niederlassungsfreiheit in Art. 43 EG.

Die Antragstellerin ist seit 5.7.2006 selbstständig tätig gewesen. Ihr Gewerbe hat sie zu diesem Zeitpunkt angemeldet und in der Folge nach einer Sitzverlegung am 19.10.2006 auch weiter ausgeübt. Anders als die Antragsgegnerin geht das Gericht nicht von einer Scheinselbstständigkeit aus. Die Antragstellerin hat ausweislich der von ihr vorgelegten Rechnungen für sieben verschiedene Auftraggeber gearbeitet und hierbei auch Einkommen in Höhe von bis zu 1300 EUR monatlich erzielt, was offensichtlich für ihren Lebensunterhalt ausreichte. Die Voraussetzung für eine selbstständige Tätigkeit ist nicht, dass sich hieraus ein erheblich höheres Einkommen gibt, als das eines Arbeitnehmers. Da die Antragstellerin für mehrere verschiedene Auftraggeber tätig war, die Auftraggeber von Monat zu Monat wechselten und kein Einziger von diesen den wesentlichen Anteil ihrer Aufträge vergab, befand sich die Antragstellerin nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, wie es für das Arbeitnehmerverhältnis kennzeichnend ist. Zwar fällt auf, dass keine einzige Rechnung nachweislich per Überweisung beglichen wurde, angesichts der vergleichsweise geringen Einzelsummen scheint es jedoch möglich, dass die Rechnungen bar bezahlt wurden. Deshalb muss vorläufig davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin als selbstständig Tätige seit mindestens 5.7.2006 in den Genuss der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit gekommen ist. Während dieser Phase ist es nach Art. 12 EG unzulässig, EU-Ausländer im Hinblick auf Sozialleistungen zu benachteiligen.

Wie lange der Schutz durch die europarechtliche Freizügigkeit dauert, lässt sich dem EU-Recht nicht eindeutig entnehmen. Er bewegt sich aber jedenfalls innerhalb einer Spanne zwischen drei und sechs Monaten (vgl. Becker, Arbeitnehmerfreizügigkeit in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 9 Rdnr. 15). Das Gewerbe der Antragstellerin ist weiterhin angemeldet, sie konnte es lediglich in der Zwischenzeit auf Grund ihrer Schwangerschaft und der anschließenden Betreuung ihres Kleinkindes nicht ausüben. Das Gericht geht daher davon aus, dass die selbstständige Tätigkeit der Antragstellerin, die nicht von der Innehabung bestimmter Betriebsräume abhängig ist, lediglich für die Dauer der Schwangerschaft und der anschließenden Betreuung des Kleinkindes aus zwingenden Gründen unterbrochen wurde, auf Grund der Absicht, das Gewerbe weiterhin auszuüben jedoch als weiterhin bestehend zu betrachten ist.

Selbst wenn dem nicht so wäre, besteht die Möglichkeit, dass die Antragstellerin leistungsberechtigt nach dem SGB II ist, denn es besteht die ernstliche Möglichkeit, dass § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II gegen höherrangiges EU-Recht verstößt.

Das Gericht hat erhebliche Zweifel daran, dass die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 mit höherrangigem primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere Art. 39 EG, zu vereinbaren ist. Insoweit hat das Gericht im Rahmen von zwei Hauptsacheverfahren um eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs ersucht. Das Verfahren wird dort unter den Aktenzeichen C-22/08 und C-23/08, die inzwischen zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurden, geführt.

Erginge die einstweilige Anordnung nicht, wäre die Antragstellerin gezwungen, den wie oben ausgeführt voraussichtlich rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland sofort zu beenden. Darüber hinaus ist auch nicht sichergestellt, dass sie über die erforderlichen Mittel für die Heimreise verfügt. Kurz nach der Entbindung benötigt die Antragstellerin schon aus gesundheitlichen Gründen des besonderen Schutzes ihres Aufenthaltsstaats. Angesichts dessen überwiegt das Interesse der Antragstellerin an der fortdauernden Sicherung ihres Lebensunterhalts das Interesse der Antragsgegnerin so offensichtlich, dass die einstweilige Anordnung ergehen muss. Der Antragstellerin stehen deshalb Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu.

Über Ansprüche des Kindes der Antragstellerin hatte das Gericht nicht zu entscheiden, da aus den Akten nicht ersichtlich ist, dass für das Kind ein Antrag auf Sozialgeld gestellt worden wäre und unabhängig davon das Gericht nicht über die gestellten Anträge hinausgehen darf. Das Gericht regt jedoch an, auch dem Kind Leistungen nach dem SGB II unter Anrechnung eines etwaigen Kindergeldes oder sonstigen Einkommens zu gewähren, falls dies beantragt wurde.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung von Rechtsanwalt Wolfram Steckbeck, Nürnberg, ist begründet.

Gemäß § 73 a Abs. 1 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. § 114 Satz 1 Zivilprozessordnung (ZPO) erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten

aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht vorgeschrieben ist, erfolgt nach § 121 Abs. 2 Satz 1 ZPO auf Antrag die Beordnung eines Rechtsanwaltes, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich erscheint oder der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist.

Diese Voraussetzungen liegen vor.

Hinsichtlich Ziffern 1 bis 2 dieses Beschlusses gilt folgende Rechtsmittelbelehrung:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist gemäß den §§ 172 Abs.1, 173 SGG Beschwerde zum Bayer. Landessozialgericht statthaft. Die Beschwerde ist binnen eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Sozialgericht Nürnberg, Weintraubengasse 1, 90403 Nürnberg, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Bayer. Landessozialgericht, Ludwigstraße 15, 80539 München, oder bei der Zweigstelle des Bayer. Landessozialgerichts, Rusterberg 2, 97421 Schweinfurt, schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

Im Übrigen ist der Beschluss für die Beteiligten unanfechtbar.