

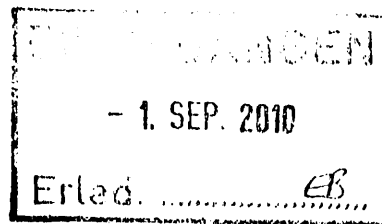
LANDESSOZIALGERICHT NIEDERSACHSEN-BREMEN



15 AS 145/10 B ER

S AS 272/10 ER (Sozialgericht Osnabrück)

BESCHLUSS



In dem Beschwerdeverfahren

1. [REDACTED]
 2. [REDACTED]
 3. [REDACTED]
 4. [REDACTED]
 5. [REDACTED]
- alle wohnhaft in: [REDACTED]

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

zu 1-5: Rechtsanwalt Albrecht,
Bierstraße 14, 49074 Osnabrück,



gegen

AGOS, vertreten durch den Geschäftsführer,
Natruper-Tor-Wall 5, 49076 Osnabrück,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

beigeladen: Stadt Osnabrück, vertr. d. d. Oberbürgermeister, Natruper-Tor-Wall 5, 49076 Osnabrück

hat der 15. Senat des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen am 24. August 2010 in Bremen durch den Vorsitzenden Richter **Hübschmann**, die Richterin **Sprung** und den Richter **Spekker** beschlossen:

Die Beigeladene wird im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern für die Zeit vom 01.06. bis 31.08.2010 vorläufig Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII in Höhe von 975,56 € monatlich zu gewähren.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.



Die Beigeladene hat den Antragstellern die Hälfte der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt Albrecht, Osnabrück, gewährt.

GRÜNDE

I.

Die Antragsteller begehren in vorliegendem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die vorläufige Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Mit ihrer am 10.05.2010 erhobenen Beschwerde wenden sie sich gegen einen Beschluss des Sozialgerichts (SG) Osnabrück vom 26.04.2010, mit dem der Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt worden ist.

Der 1967 geborene Antragsteller zu 1), seine 1970 geborene Ehefrau (Antragstellerin zu 2)) sowie ihre 1987, 1993 und 1995 geborenen gemeinsamen Kinder (Antragsteller zu 3-5)) sind bulgarische Staatsangehörige. Sie reisten nach ihren Angaben im Jahr 2008 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Die Ausländerbehörde der Stadt Osnabrück erteilte ihnen zuletzt mit Datum vom 11.06.2010 Bescheinigungen nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU). Die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU für den Antragsteller zu 2) lehnte die Bundesagentur für Arbeit (Agentur für Arbeit Osnabrück) mit bestandskräftigem Bescheid vom 14.12.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2010 ab.

Zum 01.05.2009 mieteten die Antragsteller zu 1) und 2) eine Drei-Zimmer-Wohnung in der in Osnabrück an, für die sie eine Nettokaltmiete von 300,00 € zuzüglich Nebenkostenvorauszahlung von 100,00 € (insgesamt 400,00 € monatlich) zu entrichten haben. Der monatliche Abschlag für die Gaslieferung belief sich bis April 2010 auf 167,00 € (Schreiben der Stadtwerke Osnabrück vom 08.05.2009).

Nachdem die Antragsgegnerin den Antragstellern im Hinblick auf mitgeteilte Beschäftigungsverhältnisse für die Zeit vom 23.02. bis 31.08.2009 und 07.09.2009 bis 28.02.2010 Leistungen nach dem SGB II gewährt hatte, lehnte sie die Weitergewährung mit Be-

scheid vom 26.02.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.03.2010 ab. Zur Begründung gab sie an, die Antragsteller seien von Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen, da sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. Die hiergegen am 30.03.2010 erhobene Klage ist unter dem Aktenzeichen S 18 AS 295/10 bei dem SG Osnabrück anhängig.

Den am 24.03.2010 unter Hinweis auf eine am 20.10.2009 angemeldete Gewerbetätigkeit des Antragstellers zu 1) (Abbrucharbeiten, Trockenbau, Gartenarbeiten, Ausbesserungsarbeiten im Putz und in Fliesen) gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat das SG Osnabrück mit dem angefochtenen Beschluss vom 26.04.2010 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Antragsteller unterfielen dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II. Ihr Aufenthaltsrecht ergebe sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche. Eine selbstständige Tätigkeit übe der Antragsteller zu 1) nicht aus. Vielmehr habe er seine Arbeiten auf verschiedenen Baustellen nur deshalb als selbstständige Tätigkeit deklariert, weil ihm eine abhängige Beschäftigung nicht erlaubt sei.

Hiergegen wenden sich die Antragsteller mit ihrer am 27.04.2010 erhobenen Beschwerde. Der Antragsteller zu 1) übe keine illegale Beschäftigung aus, sondern versteuere seine Einnahmen ordnungsgemäß beim Finanzamt. Die von ihm angenommenen Aufträge führe er weisungsfrei aus und trage dabei auch ein unternehmerisches Risiko. Er sei nunmehr bereits seit ca. einem dreiviertel Jahr als selbstständiger Gewerbetreiber für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig, wobei sich seine Einnahmesituation ständig verbessere. In diesem Zusammenhang legt der Antragsteller zu 1) diverse Rechnungen vor. Ferner reichen die Antragsteller eine Meldebestätigung der Stadt Osnabrück vom 21.06.2010 ein, wonach sie weiterhin unter der Anschrift _____ in Osnabrück gemeldet sind.

Nach Beiladung der Stadt Osnabrück als Sozialhilfeträger gemäß § 75 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG - (Senatsbeschluss vom 21.07.2010) beantragen die Antragsteller sinngemäß,

die Antragsgegnerin, hilfsweise die Beigeladene, unter Aufhebung des Beschlusses des SG Osnabrück vom 26.04.2010 im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass die Antragsteller Leistungen nach dem SGB II nur geltend machen könnten, wenn der Antragsteller zu 1) selbstständig tätig sei. Für eine unselbstständige Tätigkeit benötige dieser eine Arbeitsgenehmigung-EU, die er bislang nicht habe erhalten können. Soweit auf den im Beschwerdeverfahren vorgelegten Rechnungen vom 03.05. und 10.05.2010 die Anschrift in Osnabrück angegeben sei, sei aufgrund des Umstandes, dass Post der Antragsgegnerin im April 2010 unter dieser Anschrift nicht habe zugestellt werden können und auch ein Mietvertrag über eine andere Wohnung vorgelegt worden sei, anzunehmen, dass die Antragsteller zwischenzeitlich umgezogen seien. Es sei vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, dass im Mai 2010 Rechnungen mit einer falschen Anschrift geschrieben worden sein sollten. Im Übrigen verfügten weder der Antragsteller zu 1) noch seine Ehefrau, die Antragstellerin zu 2), über ausreichende Deutschkenntnisse, um derartige Rechnungen ausstellen zu können. Soweit der Antragsteller zu 1) an die Fa. Hoch- und Tiefbau GmbH gerichtete Rechnungen vorgelegt habe, sei davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine abhängige Beschäftigung gehandelt habe. Denn der Antragsteller zu 1) habe lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Er verfüge weder über das notwendige Kapital, um Baumaterialien selbst zu beschaffen, noch über die erforderlichen Fachkenntnisse im handwerklichen Bereich. Auch sei er wegen seiner fehlenden Deutschkenntnisse nicht in der Lage, selbstständig Aufträge zu akquirieren. Soweit der Antragsteller für eine Privatperson Gartenarbeiten verrichtet habe, habe es sich hierbei um einen Gelegenheitsjob gehandelt.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag. Sie sieht sich nicht als leistungspflichtig an, da die Antragsteller sowohl im medizinischen Sinne als auch im rechtlichen Sinne erwerbsfähig i. S. des § 8 SGB II seien. Nach den Ausführungsbestimmungen der Bundesagentur für Arbeit zu den Vorschriften des SGB II in der Fassung vom 20.01.2010 reiche für die Tatbestandsvoraussetzung des § 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II („erlaubt werden könnte“) die theoretische Möglichkeit der Zulassung zur Beschäftigung aus, d. h. die Möglichkeit des sog. nachrangigen Zugangs (unter dem Vorbehalt der Nicht-Verfügbarkeit bevorzogter Bewerber). Es komme somit darauf an, ob zumindest rechtlich-theoretisch eine Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt werden könnte, auch wenn im Bezug auf den angestrebten Arbeitsplatz ggf. eine Vorrangprüfung dies verhindere oder den bisherigen Zugang verhindert habe. Die anderslautende Auf-

fassung widerspreche dem Gesetzeswortlaut („erlaubt werden könnte“) und den Motiven des Bundesgesetzgebers. Sie würde auch dazu führen, dass den betroffenen EU-Bürgern der Zugang u. a. zum Besuch eines Integrationskurses als Leistung nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III) verwehrt sein würde. Dies sei sozialpolitisch wenig sinnvoll, weil trotz absehbaren Daueraufenthalts die Integration in den Arbeitsmarkt verhindert würde und an die Stelle des Arbeitslosengeldes II Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel des SGB XII in gleicher Höhe beansprucht werden könnte. Dass dem Antragsteller zu 1) eine Arbeitsgenehmigung versagt worden sei, sei dem Umstand geschuldet, dass er die fragliche Tätigkeit entgegen den gesetzlichen Vorschriften ohne Genehmigung ausgeübt habe und eine nachträgliche Genehmigung nicht möglich sei.

Der Senat hat die den Antragsteller zu 1) betreffende Ausländerakte der Stadt Osnabrück beigezogen sowie eine Auskunft der Agentur für Arbeit Osnabrück zum Stand des Arbeitsgenehmigungsverfahrens eingeholt.

II.

Die gemäß §§ 172, 173 SGG zulässige Beschwerde ist insoweit begründet, als die Beigeladene in analoger Anwendung des § 75 Abs. 5 SGG zu verpflichten ist, den Antragstellern vorläufig Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII zu gewähren.

Nach § 86 b Abs. 2 und 4 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag durch Beschluss eine einstweilige Anordnung treffen, wenn entweder die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, oder wenn die Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint.

§ 86 b Abs. 2 SGG unterscheidet damit zwischen Sicherungsanordnungen und Regelungsanordnungen. Während sich die Zulässigkeit einer Sicherungsanordnung gem. § 86 b Abs. 2 Satz 1 SGG darin erschöpft, bestandsschützende Maßnahmen zu treffen (vgl. Keller in Meyer-Ladewig / Keller / Leitherer, Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz, 9. Aufl. 2008, § 86b Rdnr. 25a), gibt das Institut der Regelungsanordnung nach § 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG die weitergehende Möglichkeit, über den bestehenden Zustand hinaus zugunsten des Antragstellers eine formale Rechtsposition erst zu begründen oder zu erweitern, insbesondere Leistungen zuzusprechen, die ansonsten vor einer Auszahlung erst durch Verwaltungsakt des zuständigen Trägers gewährt werden müssten (vgl. Keller,

aaO, Rdnr. 25 b). Das Begehren der Antragsteller, die bei verständiger Würdigung eine vorläufige Verpflichtung des in Betracht kommenden Leistungsträgers zur Gewährung unterhaltssichernder Leistungen erreichen wollen, ist hiernach auf den Erlass einer Regulationsanordnung im Sinne von § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG gerichtet.

Der Erlass einer Regulationsanordnung setzt im Regelfall sowohl das Bestehen des in § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG ausdrücklich erwähnten Anordnungsgrundes, d.h. der Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, als auch das Bestehen eines Anordnungsanspruchs, d.h. eines materiellen Rechts als Grundlage für die mit der Regulationsanordnung zuzusprechende formelle Rechtsposition, voraus. Zwar wird die Erforderlichkeit des Anordnungsanspruchs in § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG nicht eigens erwähnt. Sie ergibt sich jedoch einerseits aus dem Umstand, dass bereits der Erlass einer Sicherungsanordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG ein sicherungsfähiges Recht des Antragstellers verlangt, andererseits daraus, dass die für die Regulationsanordnung kennzeichnende vorläufige Einräumung oder Feststellung einer formalen, auf Prozessrecht beruhenden Rechtsposition regelmäßig nur dann erfolgen kann, wenn ihr ein entsprechendes materielles Recht des Antragstellers zugrunde liegt. Andernfalls würde nämlich der Erlass der Regulationsanordnung gegen das Verbot der Überschreitung der Hauptsache verstoßen, nach welchem dem Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes keinesfalls mehr zugesprochen werden darf, als er in einem auf dasselbe Ziel gerichteten Klageverfahren erreichen könnte. Die Verurteilung des zuständigen Trägers zu einer Leistung sowie zum Erlass eines hierauf gerichteten, von ihm abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes ist im Verfahren der Hauptsache nach § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 und 5 SGG in jedem Fall vom Bestehen eines entsprechenden materiellen Anspruchs auf die Leistung abhängig.

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stehen als vom Antragsteller glaubhaft zu machende Voraussetzungen der Regulationsanordnung (§§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 ZPO) nicht unabhängig nebeneinander, sondern bilden aufgrund ihres funktionalen Zusammenhangs ein kommunizierendes System (Keller, aaO, § 86b Rdnr. 29). In ihm sind die rechtlichen Anforderungen an die Sicherheit, mit welcher das Bestehen eines Anordnungsanspruchs festgestellt oder ausgeschlossen werden kann, davon abhängig, wie schwer die dem Antragsteller drohenden Nachteile wiegen und mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit sie sich ohne den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung einstellen werden. Ist etwa die Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden ist. Ist die Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so vermindern sich

die Anforderungen an den Anordnungsgrund, wobei wegen des Vorrangs der Rechtswirklichkeit im Klageverfahren und des hieraus folgenden Ausnahmecharakters des Anordnungsverfahrens nicht gänzlich auf sein Vorliegen verzichtet werden kann.

Ist demgegenüber, wie es insbesondere bei Leistungen der Grundsicherung für Arbeitslose in Betracht kommt, im Einzelfall damit zu rechnen, dass ohne die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bis zu einer bestands- oder rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache unzumutbare und irreparable Nachteile entstehen, erfordert die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art 19 Abs. 4 Grundgesetz - GG - eine besondere Ausgestaltung des Verfahrens auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. Zweifel am Bestehen eines materiellen Leistungsanspruchs (Anordnungsanspruchs) führen in diesem Fall lediglich dann zu einer Antragsablehnung, wenn bereits im Anordnungsverfahren abschließend festgestellt werden kann, dass ein Anordnungsanspruch nicht besteht. Ist hingegen ein Erfolg im Hauptsacheverfahren nicht bereits auszuschließen, weil insbesondere eine abschließende Sachaufklärung im Eilverfahren nicht möglich ist, bedarf es einer Folgenabwägung, in welche die Sozialgerichte die grundrechtlichen Belange des Antragstellers, namentlich die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines die Menschenwürde wahren Existenzminimums, umfassend einzustellen haben (BVerfG, Beschl. 1 BvR 569/05 v. 12. Mai 2005). Dabei haben sie sich schützend und fördernd vor die Wahrung der Menschenwürde zu stellen und eine Verletzung dieser grundgesetzlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint, zu verhindern (BVerfG, aaO unter c aa 2).

Unabhängig von der im Vordergrund des Vorbringens der Antragsteller und der Antragsgegnerin stehenden Frage, ob der Antragsteller zu 1) einer selbständigen Tätigkeit nachgeht und sich damit nicht nur zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, kommt nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand ein Anspruch gegen die Antragsgegnerin als Trägerin der Grundsicherung für Arbeitsuchende bereits deswegen nicht in Betracht, weil Grundvoraussetzung für einen Anspruch nach dem SGB II die Erwerbsfähigkeit ist (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II), d. h. die Fähigkeit, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein (§ 8 Abs. 1 SGB II).

Erwerbsfähigkeit in diesem Sinne richtet sich nicht allein nach medizinischen, sondern auch nach rechtlichen Kriterien. Denn nach § 8 Abs. 2 SGB II können Ausländer im Sinne von Abs. 1 nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Nach § 284 Abs. 1 SGB III dürfen Staatsangehörige u. a. der Staaten, die nach dem Vertrag vom 25.04.2005 über den Beitritt der Republik Bulga-

rien und Rumäniens zur Europäischen Union der Europäischen Union beigetreten sind, eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche Genehmigung besitzen, soweit nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden. Art. 23 der Beitrittsakte zum Vertrag vom 25.04.2005 über den Beitritt Bulgariens und Rumäniens enthält eine entsprechende Übergangsregelung zur vollständigen Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (vgl. hierzu im Einzelnen: Beschluss des Landessozialgerichts – LSG – Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.06.2010 – L 29 AS 952/10 B, Rn. 48ff).

Über die danach erforderliche Genehmigung zur Ausübung einer Beschäftigung verfügen weder der Antragsteller zu 1), die Antragstellerin zu 2) noch ihre Kinder, die 15 bis 22 Jahre alten Antragsteller zu 3) bis 5), die sich nach den vorliegenden Unterlagen in Schulausbildung befinden bzw. (Antragstellerin zu 5) an einem Integrationskurs teilnehmen. Nach § 8 Abs. 2 2. Alt SGB II reicht es für die Annahme einer Erwerbsfähigkeit von Ausländern zwar auch aus, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung (noch) nicht erlaubt ist, sie aber erlaubt werden könnte. Insoweit genügt allerdings nach wohl überwiegender Auffassung in Rechtsprechung in Literatur nicht die bloße abstrakt generelle Möglichkeit zur Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis, sondern es muss eine konkrete Aussicht auf die Erteilung einer solchen Erlaubnis bestehen (so z. B. LSG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 13.12.2005 – L 25 B 1181/05 AS ER, vom 27.01.2010 – L 29 AS 1820/09 B ER und vom 16.06.2010 – L 29 AS 952/10 B; Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Beschlüsse vom 17.10.2006 – L 3 ER 175/06 AS und vom 12.02.2010 – L 1 SO 84/09 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 14.09.2006 – L 6 AS 376/06 ER; Blüggel in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 62ff; Loose in: Hohm, GK-SGB II, § 8, Rn. 105 ff; a. A. SG Dessau, Beschluss vom 21.07.2005 – S 9 AS 386/05 ER; Valgolio in: Hauck/Noffz, SGB II, § 8 Rn. 20f, Brühl in LPK-SGB II, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 32, ebenso die Durchführungshinweise der BA für die Anwendung des SGB II, Stand: 20.08.2010, Ziffer 2.4.1). Denn Ziel des SGB II ist die Integration in den Arbeitsmarkt. Besteht für einen Ausländer aufgrund der arbeitsgenehmigungsrechtlichen Vorschriften keine konkrete Aussicht auf die Erlaubnis einer Beschäftigungsaufnahme, ist es demgemäß auch nicht gerechtfertigt, ihn dem Sicherungssystem des SGB II zuzuordnen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber auf Kriterien der Steuerung der Ausländerbeschäftigung bezüglich des zwar fürsorgerechtlichen, aber strikt arbeitsmarktbezogenen Leistungssystems des SGB II hätte verzichten wollen. Auch die Systematik des § 8 Abs. 2 spricht gegen die Auffassung, die abstrakt-generelle Möglichkeit der Erlangung einer Arbeitsgenehmigung sei im Rahmen der 2. Alternative ausreichend. Denn die 1. Alternative des § 8 Abs. 2 SGB II (tatsächliche Erteilung einer Erlaubnis) wäre

überflüssig bzw. liefe leer, wenn jeder Ausländer bereits gemäß § 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II anspruchsberechtigt wäre, sofern er nur potentiell eine Beschäftigungserlaubnis erhalten kann (so zutreffend Blüggel a. a. O., Rn. 66). Die historische Auslegung ist entgegen den Ausführungen in den Durchführungshinweisen der BA unergiebig (vgl. wiederum Blüggel, a. a. O.). Denn die Formulierung in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1516, S.52), die „arbeitsgenehmigungsrechtlichen Regelungen“ blieben unberührt, kann im vorliegenden Kontext sowohl bedeuten, dass diese Anwendung finden sollen, d. h. die gesetzlichen Voraussetzungen für einen sog. nachrangigen Arbeitsmarktzugang zu prüfen sind (so die Auslegung des LSG Berlin-Brandenburg, a. a. O.), als aber auch umgekehrt, dass dies gerade nicht der Fall sein soll (so die Durchführungshinweise der BA). Die Auffassung der Beigeladenen, die einschränkende Auslegung des § 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II sei sozialpolitisch wenig sinnvoll, weil trotz absehbarem Daueraufenthalt eine Integration in den Arbeitsmarkt verhindert werde, übersieht, dass Neu-EU-Bürger nach dem Willen des Gesetzgebers von vornherein nur einen beschränkten Zugang zum bundesdeutschen Arbeitsmarkt haben. Auch kann bei diesem Personenkreis keineswegs generell von einem absehbaren Daueraufenthalt ausgegangen werden.

Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Antragsteller eine konkrete Aussicht auf eine Arbeitsgenehmigung haben. Sie haben nicht einmal eine Tätigkeit angegeben, für die nach ihrer Auffassung eine Arbeitsgenehmigung zu erteilen wäre. Die vom Antragsteller zu 1) nach seinen Angaben derzeit ausgeübte selbstständige Tätigkeit kommt insoweit nicht in Betracht, da sich die Arbeitsgenehmigung lediglich auf eine abhängige Beschäftigung beziehen kann. Sein Genehmigungsantrag, der sich auf eine Tätigkeit als „Helfer“ beim Beschäftigungsbetrieb, ... e. V.“ bezog, ist nach den beigezogenen Unterlagen von der Bundesagentur für Arbeit bestandskräftig abgelehnt worden. Die Ausführungen in dem Widerspruchsbescheid vom 15.03.2010, wonach für die nicht näher beschriebene Beschäftigung als Helfer genügend geeignete bevorrechtigte Arbeitnehmer arbeitsuchend gemeldet seien, lassen erkennen, dass der Antragsteller zu 1) für eine Hilfsarbeitstätigkeit, die für ihn mangels nachgewiesener höherer beruflicher Qualifikation allein in Betracht käme, kaum Aussicht auf Erteilung einer Arbeitsgenehmigung hätte. Welche Tätigkeiten die Antragstellerinnen zu 2) und 5) evt. anstreben, ist nicht bekannt; die Antragsteller zu 3) und 4) besuchen nach den vorliegenden Erkenntnissen noch die Schule.

Damit scheidet nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand ein Anspruch nach dem SGB II unabhängig von der Frage, ob entsprechend der Auffassung der Antragsgegnerin auch die Ausschlussklausel des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II greift, bereits wegen fehlender Erwerbsfähigkeit im rechtlichen Sinne (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 SGB

II) aus. Es ist allerdings ein Anordnungsanspruch auf Verpflichtung der Beigeladenen zur vorläufigen Leistungsgewährung gegeben. Dieser ergibt sich aus § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII, wonach Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, u. a. Hilfe zum Lebensunterhalt zu leisten ist. Der Ausschlussklausel des § 21 S. 1 SGB XII, wonach Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt erhalten, unterfallen die Antragsteller nicht, da sie – wie festgestellt – nicht erwerbsfähig i. S. des § 8 SGB II sind. Sie erfüllen auch die Grundvoraussetzung für Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel des SGB XII, weil sie glaubhaft gemacht haben, dass sie ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, insbesondere aus ihrem Einkommen und Vermögen, beschaffen können (§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB XII).

Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann allerdings nicht abschließend geklärt werden, ob der Anspruch auf Sozialhilfe nach § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII ausgeschlossen ist. Danach haben u. a. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Zu diesem Personenkreis würden die Antragsteller dann nicht gehören, wenn der Antragsteller zu 1) ein Aufenthaltsrecht als niedergelassener selbstständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU hätte. Bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit i. S. dieser Vorschrift muss es sich um eine wirtschaftlich relevante Tätigkeit handeln, weshalb völlig untergeordnete, unwesentliche Tätigkeiten nicht genügen. Der erforderliche Wille zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verlangt zudem eine ernstzunehmende Gewinnerzielungsabsicht (vgl. Oberverwaltungsgericht - OVG - Rheinland-Pfalz, Urteil vom 02.04.2009 - 7 A 11053/08, Rn. 24 m. w. N.).

Davon ausgehend bestehen für die Zeit von Oktober 2009 (Gewerbeanmeldung am 20.10.2009) bis Mai 2010 erhebliche Zweifel, ob es sich um eine wirtschaftlich relevante selbstständige Tätigkeit gehandelt hat. In dieser Zeit hat der Antragstellerin insgesamt lediglich sechs Rechnungen mit einem Gesamtumsatz von 2.830,10 € geschrieben (Rechnungen vom 22.12.2009 – – über 450,00 €, vom 02.02.2010 – – über 388,00 €, vom 08.03.2010 – Bau – über 150,00 €, vom 15.03.2010 – Hoch- und Tiefbau – über 556,00 €, vom 03.05.2010 – Hoch- und Tiefbau – über 798,00 € sowie vom 10.05.2010 – – über 488,10 €). Nach Abzug der Kosten hat der Antragsteller nach den vorgelegten Unterlagen in den Monaten Oktober bis Dezember 2009 ein Betriebsergebnis von 407,98 und in den Monaten Januar bis März 2010 von 750,30 € erzielt. Für die nachfolgenden Monate sind keine entsprechenden Berechnungen vorgelegt worden. Der durchschnittliche Gewinn des Antragstellers lag damit in den Monaten Oktober bis Dezember 2009 bei 136,00 € (407,98 :

3) und in den Monaten Januar bis März 2010 bei 250,10 € (750,30 : 3). In den Monaten April/Mai 2010 dürfte der Gewinn angesichts der gestiegenen Umsatzerlöse im Mai 2010 etwas höher gewesen sein. Ob angesichts dieses geringen Nettoeinkommens und des Umstandes, dass der Antragsteller in den Monaten Oktober und November 2009 sowie Januar und April 2010 überhaupt keine Einnahmen erzielt hat, die Grenze zu einer wirtschaftlich relevanten Tätigkeit bereits überschritten worden ist, erscheint zweifelhaft. Darüberhinaus ist aber auch fraglich, ob der Antragsteller überhaupt selbstständig tätig gewesen ist. Zwar spricht die rechtliche Ausgestaltung (Gewerbeanmeldung, Umsatzsteuer-Voranmeldung, Subunternehmervertrag vom 05.03.2010 mit der Fa. . . . Bau) für eine selbstständige Erwerbstätigkeit, im Zweifel sind aber – wie das SG zutreffend ausgeführt hat – die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend. Es liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Antragsteller – soweit er auf Baustellen der Firmen . . . : und ! . . . im Einsatz war und hier etwa Abbruch- und Aufräumarbeiten verrichtet hat – nur seine eigene Arbeitskraft eingebracht hat und damit tatsächlich als abhängig beschäftigter Bauhelfer tätig gewesen ist. Letztlich wird anhand der Gesamtumstände zu entscheiden sein, welche Merkmale überwiegen. Hierzu ist eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts erforderlich, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht erfolgen kann.

Für die Zeit ab Juni 2010 kann angesichts der vorgelegten Rechnungen vom 14.06.2010 (3.213,00 €) und vom 05.07.2010 (1.428,00 €) nicht von einer wirtschaftlich unbedeutenden Tätigkeit gesprochen werden. Die von der Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdeerwidernge geäußerten Zweifel, ob der Antragsteller diese Tätigkeiten tatsächlich ausgeübt hat, vermag der Senat nicht ohne weiteres zu teilen. Der Antragsteller bedient sich in steuerlicher Hinsicht nach den vorgelegten Unterlagen fachkundiger Hilfe („ . . . -“), die er -- mangels ausreichender Deutschkenntnisse -- auch bei der Ausstellung der Rechnungen in Anspruch genommen haben kann. Durch Vorlage der Meldebestätigung haben die Antragsteller glaubhaft gemacht, weiterhin in der . . . in Osnabrück zu wohnen, so dass danach die auf den Rechnungen angegebene Anschrift zutreffend wäre. Dem Hinweis der Antragsgegnerin auf fehlende Fachkenntnisse wäre ggf. im Hauptsacheverfahren nachzugehen, wobei die in den fraglichen Rechnungen aufgeführten Tätigkeiten jedenfalls überwiegend keine besondere berufliche Qualifikation voraussetzen dürften (z. B. Betonabbruch, Pflasterarbeiten, Gartenarbeiten mit Zaunsetzen, Montage von Fahrradständern, Anstricharbeiten). Es ist auch nicht ersichtlich, dass es sich bei dem Auftraggeber . . . um einen Gewerbetreibenden handelt, bei dem der Antragsteller nach dem Gesamtbild der Tätigkeit abhängig beschäftigt gewesen sein könnte.

Nach alledem spricht nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand einiges dafür, dass der

Antragsteller zu 1) seit Juni 2010 ein Aufenthaltsrecht als niedergelassener selbstständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU hat. Hieraus würde sich für die übrigen Antragsteller ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach § 3 Abs. 1 FreizügG/EU ergeben. In dem davorliegenden Zeitraum dürfte der Antragsteller dagegen lediglich ein Aufenthaltsrecht als Arbeitssuchender gehabt haben (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. FreizügG/EU). Da eine vollständige Klärung des Sachverhalts im vorliegenden Verfahren nicht möglich ist, sind den Antragstellern nach den eingangs dargestellten Grundsätzen aufgrund einer Folgenabwägung vorläufige Leistungen zur Sicherstellung ihres Existenzminimums für die Zeit ab dem 01.06.2010 zuzusprechen.

Hinsichtlich der Höhe der im Rahmen der vorläufigen Regelung zu gewährenden Leistungen orientiert sich der Senat an dem zuletzt ergangenen Bewilligungsbescheid der Antragsgegnerin vom 11.01.2010, da eine exakte Feststellung der Leistungsansprüche nach dem SGB XII insbesondere in Ermangelung aktueller Unterlagen über die Betriebsergebnisse des Antragstellers zu 1) nicht möglich ist. Die Antragsgegnerin hat in ihrem Bewilligungsbescheid vom 11.01.2010 einen Gesamtbedarf von 2.046,13 € ermittelt (Regelleistungen in Höhe von 2x 323,00 € und 3x 287,00 €, Kosten für Unterkunft und Heizung von 539,13 €). Als Einkommen ist zunächst das Kindergeld in Höhe von 558,00 € anzurechnen. Das Einkommen des Antragstellers zu 1) aus selbstständiger Tätigkeit kann mangels vollständiger Unterlagen über die aktuellen Einnahmen und Ausgaben nur geschätzt werden. Es erscheint insoweit sachgerecht, von den bislang im laufenden Kalenderjahr erzielten Umsatzerlösen auszugehen. Diese belaufen sich nach den eingereichten Rechnungen bis Juli 2010 auf 7.021,10 €. Hieraus errechnet sich ein durchschnittlicher Monatsumsatz von rund 1.003,00 €. Eine Übersicht über die Ausgaben liegt nur für die Monate Januar bis März 2010 vor. Nach dem Periodenvergleich für diese Monate sind bei Umsatzerlösen von 1.094,00 € Gesamtkosten in Höhe von 343,70 € angefallen, der Kostenanteil betrug mithin 31 %. Bei einem Kostenanteil von 31 % ergibt sich für Januar bis Juli 2010 ein geschätzter Gewinn von 692,07 € monatlich. In Anwendung des § 82 Abs. 3 S. 1 SGB XII ist ein Erwerbstätigenfreibetrag von 179,50 € (50% des Eckregelsatzes) abzuziehen, sodass ein anzurechnendes Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit von 512,57 € verbleibt. Hieraus errechnet sich unter Hinzusetzung des Kindergeldes ein Gesamteinkommen von 1.070,57 €. Weiteres Einkommen erzielen die Antragsteller nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand nicht. Nach überschlägiger Berechnung ermittelt sich danach ein vorläufiger Leistungsanspruch der Antragsteller in Höhe von 975,56 € (2.046,13 - 1.070,57) monatlich.

Angesichts der mit erheblichen Unsicherheiten behafteten Schätzung des Leistungsanspruchs kann eine einstweilige Anordnung nur für die Zeit bis zum Ablauf des Monats der

Senatsentscheidung ergehen, mithin bis zum 31.08.2010. Für den nachfolgenden Zeitraum haben die Antragsteller zunächst vollständige Antragsunterlagen mit den erforderlichen Nachweisen bei der Beigeladenen einzureichen. Etwaige Überzahlungen für den Zeitraum von Juni bis August 2010 wären von den Antragstellern zu erstatten.

Die Kostenentscheidung ergeht in entsprechender Anwendung des § 193 SGG. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hat das SG hat den Erlass einer einstweiligen Anordnung noch zu Recht abgelehnt, so dass die Antragsteller ihre außergerichtliche Kosten für das erstinstanzliche Verfahren selbst zu tragen habe. Im Beschwerdeverfahren haben die Antragsteller teilweise obsiegt (hinsichtlich eines begrenzten Zeitraums), so dass insoweit eine Kostenteilung mit der Beigeladenen sachgerecht erscheint.

Den Antragstellern war für das Beschwerdeverfahren gemäß § 73 a Abs. 1 S. 1 SGG i. V. m. § 114 S. 1 Zivilprozessordnung Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.

Hübschmann

Sprung

Spekker

Ausgefertigt:

27.08.2010

Diebitz

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

