Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Eingegangen
02. MRZ. 2011
Anwaltsbüro im Mehringhof

Az.: L 34 AS 92/11 B ER
und L 34 AS 112/11 B PKH
Az.: S 82 AS 36780/10 ER
Berlin

Beschluss

In dem Verfahren

1) der Frau [redacted]

2) [redacted]
vertreten d. d. Antragstellerin zu 1),

- Antragstellerinnen und Beschwerdeführer -

Prozessbevollmächtigte zu 1) und 2):
Anwaltsbüro im Mehringhof,
Thomas Herzog, Sven Lindemann,
Martin Poell, Volker Gerloff,
Gneisenaustr. 2 A, 10961 Berlin,
Gz.: V 497/07

gegen

JobCenter Berlin Mitte
- Rechtsstelle -,
Sickingenstraße 70/71, 10553 Berlin,
Gz.: Bs 16/11

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

hat der 34. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg am 28. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Weinert und die Richterinnen am Landessozialgericht Müller und Radon ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerinnen wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 21. Dezember 2010 geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellerinnen vorläufig ab 1. März 2011 bis zum 31. August 2011 (längstens jedoch bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (einschließlich der Leistungen für

Unterkunft und Heizung) nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) zu zahlen.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat den Antragstellerinnen die Kosten des gesamten einstweiligen Anordnungsverfahrens zu erstatten. Kosten für das Beschwerdeverfahren bezüglich der Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die erste Instanz sind nicht zu erstatten.

Gründe

Die gemäß § 172 Abs. 1 und § 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Beschwerde der Antragstellerinnen, mit der die sich gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 21. Dezember 2010 wenden, mit dem dieses es abgelehnt hat, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu zahlen sowie den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt hat, ist zulässig und in dem tenorierten Umfang begründet.

Nach § 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheinen. Die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (Anordnungsgrund) und der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) sind glaubhaft zu machen (§ 86 b Abs. 2 Satz 3 SGG i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 Zivilprozessordnung [ZPO]).

Der Senat sieht im Hinblick auf die Vielfalt der in der Literatur und der Rechtsprechung zu der Frage, ob die Ausschlussnorm des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II europarechtskonform ist, vertretenen Meinungen davon ab, in diesem einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine abschließende Aussage darüber zu treffen, ob ein Anordnungsanspruch besteht oder nicht. Es erscheint zumindest möglich, dass den Antragstellerinnen ein Recht auf Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes zusteht.

Denn jedenfalls sind den Antragstellerinnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II auf Grund einer Folgenabwägung zu bewilligen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Entscheidung vom 12. Mai 2005 (Az. 1 BvR

569/05, dokumentiert in juris, weitere Fundstelle NVwZ 2005, 927 bis 929) ausgeführt, dass Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens stellt, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen könnten, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären (BVerfG, a.a.O., juris Rn. 24). Das BVerfG führt weiter aus: „Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen. Dies gilt ganz besonders, wenn es um die Wahrung der Würde des Menschen geht. Eine Verletzung dieser grundgesetzlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern (vgl. BVerfG, a.a.O., juris Rn. 26).

Die Folgenabwägung im vorliegenden Fall geht zu Gunsten der Antragstellerinnen aus. Da sie nicht in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt anderweitig zu sichern, sind die Nachteile, die ihnen entstünden, wenn dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht nachgekommen würde, sehr viel gravierender als die Nachteile der öffentlichen Hand, die rein fiskalischer Natur sind und die entstehen, wenn den Antragstellerinnen vorläufig Leistungen zu bewilligen sind. Zu berücksichtigen war dabei auch, dass es sich bei der Antragstellerin zu 2) um ein Kind handelt und die Antragstellerin zu 1) hochschwanger ist.

Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 SGB II sind erfüllt. Diese Vorschrift lautet:

> Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die
>
> 1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
> 2. erwerbsfähig sind,
> 3. hilfebedürftig sind und
> 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben
> (erwerbsfähige Hilfebedürftige).

Die Antragstellerinnen sind hilfebedürftig, da sie ihren Lebensunterhalt nicht aus Einkommen oder Vermögen bestreiten können.

Sie dürften auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Nach § 30 Abs. 3 Satz 2 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Die Antragstellerinnen haben eine Wohnung in Berlin, also in Deutschland, sie haben nach ihren Angaben, an denen der Senat keinen Anlass zu Zweifeln hat, die Absicht, in der Bundesrepublik Deutschland zu bleiben. Bei Ausländern wird der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes jedoch grundsätzlich durch rechtliche Voraussetzungen zertifiziert (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 30 SGB I, Rn. 19), d.h., in der Regel kann ein gewöhnlicher Aufenthalt nur dort begründet werden, wo sich jemand rechtmäßig aufhält. Der Senat geht zum jetzigen Zeitpunkt davon aus, dass sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Anhaltspunkte dafür, dass sich ein Aufenthaltsrecht aus anderen Rechtsvorschriften ergibt, insbesondere ein vom Ehemann abgeleitetes Aufenthaltsrecht, liegen nicht vor. Nach den beigezogenen Akten der Ausländerbehörde ist dieser nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels, sondern ausreisepflichtig und war, soweit ersichtlich, auch in der Vergangenheit nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels.

Weiter geht der Senat davon aus, dass sich ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) auch nicht aus § 2 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze vom 26. Februar 2008, BGBl. I S. 215, ergibt. Nach Absatz 2 Nr. 2 dieser Vorschrift sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbstständige Erwerbstätige). In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) wird der Begriff Niederlassung als die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit als Haupt- oder (selbstständige oder unselbstständige) Zweigniederlassung definiert (HK-Ausländerrecht/Hoffmann, § 2 FreizügG/EU, Rn. 14 mit zahlreichen Nachweisen). Der Senat hat erhebliche Zweifel daran, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Tätigkeit eines Zimmermädchens eine selbständige Tätigkeit darstellen kann. Bei dieser Tätigkeit dürfte Bindung hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Arbeitsausführung bestehen, sodass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung und nicht einer selbständigen Tätigkeit erfüllt sein dürften. Eine Gewerbeanmeldung, wie sie für die Antragstellerin zu 1) für die Tätigkeit eines Zimmermädchens vorliegt, reicht für ein Aufenthaltsrecht allein nicht aus, wenn es sich

tatsächlich nicht um eine selbständige Tätigkeit gehandelt hat. Im Hauptsacheverfahren wäre jedoch ggfs. zu prüfen, ob es sich um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis handelte, was für den Arbeitnehmerstatus im Sinne der europarechtlichen Vorschriften von Bedeutung sein könnte.

Es ist also davon auszugehen, dass sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) allein aus Gründen der Arbeitsuche ergibt. Dieses Aufenthaltsrecht dürfte bei den Antragstellerinnen gegeben sein, da die Antragstellerin zu 1) im Besitz einer Arbeitsgenehmigung–EU gemäß § 284 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) ist und in der Bundesrepublik Deutschland auf Arbeitsuche. Damit dürfte ein erlaubter Aufenthalt gemäß § 2 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU vorliegen. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitsuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen, gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Der Senat geht davon aus, dass die Antragstellerin zu 1) arbeitsuchend ist. Spätestens mit dem Antrag auf Bewilligung von Arbeitslosengeld II hat sie ihren Willen dokumentiert, in der Bundesrepublik Deutschland eine Beschäftigung aufzunehmen (wobei die Arbeitsuche im Moment auf Grund des Mutterschutzes – voraussichtlicher Entbindungstermin ist der 17. März 2011 – ausgesetzt sein dürfte). Der Antragsgegner wäre auch gehalten, die Antragstellerin bei der Suche nach Arbeit zu unterstützen. § 13 FreizügG/EU, nach dem dieses Gesetz nicht anwendbar ist für (noch) nicht arbeitnehmerfreizügige Unionsbürger, ist vorliegend nicht einschlägig, da die Antragstellerin zu 1) über eine Arbeitsgenehmigung-EU verfügt.

Die Antragstellerin zu 1) ist auch erwerbsfähig. An der (gesundheitlichen) Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB II bestehen keine Zweifel. Auch ist die Voraussetzung des § 8 Abs. 2 SGB II, wonach Ausländer nur erwerbstätig sein können, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte, ist auf Grund der vorliegenden Arbeitsgenehmigung–EU erfüllt.

Da somit die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 SGB II erfüllt sind, stellt sich die Frage, ob der Anspruch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift lautet:

Ausgenommen sind

1. Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

Satz 2 Nr. 1 gilt nicht für Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

Ob die Ausschlussnorm des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II europarechtskonform ist, ist höchst umstritten (vgl. zum Ganzen Schreiber, Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, info also 2009, Seite 195; Husmann, Reaktionen in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 und im deutschen Sozialleistungsrecht auf die Rechtsprechung des EuGH, NZS 2009, 652; Hailbronner, Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, ZFSH/SGB 2009, Seite 195; Spellbrink in Eicher/Spellbrink, Kommentar zum SGB II, 2. Aufl., § 7 Rn. 13ff und Brühl/Schoch, LPK-SGB II, 3. Aufl., § 7 Rn. 33ff). Von einer zumindest teilweisen Unvereinbarkeit mit Europarecht gehen u.a. das Bayerische Landessozialgericht aus (Beschluss vom 12. März 2008, Az. L 7 B 1104/07 AS ER, dokumentiert in juris) sowie das LSG Baden-Württemberg (Beschluss vom 25. August 2010, Az. L 7 AS 3769/10 ER-B, dokumentiert in juris). Die Entscheidung des EuGH auf die Vorlagebeschlüsse des Sozialgerichts Nürnberg (Urteil vom 4. Juni 2009, Az. C-22/08 und C-23/08, Vatsouras und Koupatantze, dokumentiert in juris sowie in SozR 4-6035 Art. 39 Nr. 5) hat diesbezüglich nicht sämtliche Fragen beantworten und Unklarheiten ausräumen können. Umstritten bleibt auch, ob Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158/77; so genannte Unionsbürgerrichtlinie), die eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 24 Abs. 1 dieser Richtlinie vorsieht, mit höherrangigem Europarecht vereinbar ist, insbesondere, ob er gegen den aus Art. 18 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV - (früher Art. 12 des Vertrages über die Europäische Union- EV-) folgenden Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt (vgl. hierzu auch Schreiber, a.a.O., Seite 197). Von

Bedeutung ist diesbezüglich, ob das Arbeitslosengeld II als „Sozialhilfe" anzusehen ist. Ob der erkennende Senat an seiner dies bejahenden Rechtsprechung festhält (vgl. Beschluss vom 8. Juni 2009, Az. L 34 AS 790/09 B ER, dokumentiert in juris) muss zum jetzigen Zeitpunkt nicht beantwortet werden; die hieran in Rechtsprechung und Literatur geäußerten Zweifel (vgl. z.B. Spellbrink, a.a.O., Rn. 18, der darauf hinweist, dass es lebensfremd und auch nicht zielführend wäre, den EU-Bürger über § 7 Abs. 1 Satz 2 nur von den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts auszuschließen, ihm aber europarechtlich einen Anspruch auf Leistungen zur Eingliederung in Arbeit gemäß den §§ 14 ff SGB II einzuräumen, und Valgolio in Hauck/Noftz, Gesamtkommentar zum Sozialgesetzbuch, SGB II, § 7 Rn. 116 ff, der das Urteil des EuGH vom 4. Juni 2009, Az. C-22/08 so versteht, dass der EuGH angenommen hat, dass, da die Grundsicherungsleistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern solle, es sich nicht um Sozialhilfe im Sinne des § 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie handele) sind geeignet, im Rahmen der Folgenabwägung einen vorläufigen Anspruch der Antragsteller zu begründen, da es zum jetzigen Zeitpunkt durchaus möglich erscheint, dass nach (späterer) Rechtsprechung des Bundessozialgerichts oder des EuGH ein Anspruch besteht.

Zweifel daran, dass das Arbeitslosengeld II entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Senats als Sozialhilfe anzusehen ist, ergeben sich für den Senat (auch) aus der Regelung des Art. 70 der zum 1. Mai 2010 in Kraft getretenen Verordnung –VO - (EG) Nr. 883/2004 (ABl. L 116 vom 30. April 2004), zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (ABl. Nr. L 28443). Danach besteht Anspruch auf beitragsunabhängige Geldleistungen, zu denen nach dem Anhang X Deutschland b) auch Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitsuchende gehören; diese Leistungen sind nach Absatz 4 dieser Vorschrift lediglich nicht exportierbar. Es ist zwar fraglich, ob diese Vorschrift für die Antragstellerin zu 1) anwendbar ist, da sie - möglicherweise - mangels Vorbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland nicht unter den Arbeitnehmerbegriff im Sinne der VO (EG) Nr. 883/2004 fällt, es stellt sich jedoch unter anderem die Frage, ob es nicht widersprüchlich ist, dass eine Leistung, auf die nach einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift ausdrücklich Anspruch besteht, bei der Auslegung einer anderen Vorschrift so verstanden werden kann, dass sie, da sie Sozialhilfe wäre, eigentlich ausgeschlossen wäre. Weiter stellt sich die Frage, ob eine Leistung, die den eigenen Staatsbürgern vorbehaltlos erbracht wird, Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten vorenthalten werden kann oder ob es sich um eine Diskriminierung allein aufgrund der Staatsangehörigkeit handelt.

Nach alledem ist es möglich, dass den Antragstellerinnen ein Anspruch auf Bewilligung von Arbeitslosengeld II bzw. Sozialgeld zusteht.

Die Gewährung von Leistungen war im Hinblick auf die Schwangerschaft der Antragstellerin zu 1) auch für sie nicht auf das Notwendige zu beschränken, so dass keine Kürzung der Regelleistung auf 85% vorzunehmen war (hinsichtlich der Antragstellerin zu 2) ist eine solche Kürzung deshalb nicht vorzunehmen, weil es sich um ein Kind handelt). Es war jedoch die Gewährung von Leistungen, um den Wegfall anspruchsbegründender Elemente überprüfen zu können, auf ein halbes Jahr seit Beschlussfassung zu begrenzen.

Für die Vergangenheit, also für die Zeit vor Beschlussfassung des Senats, waren keine Leistungen zu bewilligen.

Die Beschwerde hinsichtlich der Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren erster Instanz war zurückzuweisen, da diesbezüglich im Hinblick auf die erfolgte Kostenentscheidung, die für beide Instanzen gilt, kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG analog und aus § 73 a SGG i.V.m. § 127 Abs. 4 ZPO.

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

Weinert Müller Radon

Ausgefertigt
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle
28. FEB. 2011

LANDESSOZIALGERICHT BERLIN-BRANDENBURG 41