
S 27 AS 3388/14 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	2
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 27 AS 3388/14 ER
Datum	22.12.2014

2. Instanz

Aktenzeichen	L 2 AS 113/15 B ER
Datum	25.02.2015

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 22.12.2014 wird zurückgewiesen. Kosten sind auch für das Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im übrigen zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Recht abgelehnt.

Gemäß [§ 86b Abs. 2 S. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes setzt mithin neben einem Anordnungsanspruch – im Sinne eines materiell-rechtlichen Anspruches auf die beantragte Leistung – einen Anordnungsgrund – im Sinne einer besonderen Eilbedürftigkeit der vom Gericht zu treffenden Regelung – voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2](#)

[§ 2 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung).

Bereits das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs nach [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht. Es kann dahin stehen, ob er hilfebedürftig im Sinne von [§ 9 SGB II](#) ist, weil ein möglicher Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II auch bei bestehender Hilfebedürftigkeit nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ausgeschlossen ist. Ausgenommen von Leistungen nach dem SGB II sind nach dieser Vorschrift Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Diese Regelung findet auf den Antragsteller Anwendung. Ein anderes Aufenthaltsrecht als das zum Zweck der Arbeitssuche ist nicht ersichtlich.

Der 1994 geborene Antragsteller ist rumänischer Staatsangehöriger. Nach seinen Angaben reiste er im Juli 2012 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Eine Berufstätigkeit hat er seither nicht ausgeübt. Der Antragsteller ist damit weder als Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 FreizügG/EU noch als Selbständiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt. Er ist auch nicht als Nicht-Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 iVm § 4 Satz 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt, weil es ihm bereits an ausreichenden Existenzmitteln fehlt. Sein Aufenthaltsrecht kann sich damit allenfalls aus dem Zweck der Arbeitssuche (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU in der Fassung vom 02.12.2014) ergeben. Danach sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Eine aktive Arbeitssuche im jetzt bereits mehr als zweieinhalb Jahre umfassenden Zeitraum seit seiner Einreise hat der Antragsteller, der im Verfahren wiederholt geltend gemacht hat, er halte sich zur Arbeitssuche im Bundesgebiet auf, nicht glaubhaft gemacht. Die im Beschwerdeverfahren jetzt eingereichten und mit handschriftlichen Notizen zur nicht erfolgten Einstellung versehenen drei Stellenangebote sind dafür keinesfalls ausreichend. Es ist für den Senat nicht nachvollziehbar, dass ein junger Mann von ca. 20 Jahren, bei dem keine gesundheitlichen Einschränkungen vorliegen, die sich auf sein Arbeitsvermögen auswirken könnten, und der behauptet, sich durchgehend um Arbeit bemüht zu haben, im Zeitraum von mehr als zweieinhalb Jahren keine irgendwie geartete Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit und sei es in Form von nur ganz untergeordneten Hilfs- bzw. Helfertätigkeiten auf dem Arbeitsmarkt ausgeübt hat. Für ganz einfache Helfertätigkeiten stellt regelmäßig auch die nur unzulängliche Beherrschung der deutschen Sprache kein bedeutsames Einstellungshindernis dar. Die vorgenannte Regelung des FreizügG statuiert eine Freizügigkeitsberechtigung für eine Arbeitssuche im Zeitraum von bis zu sechs Monaten. Nach dem Vorbringen des Antragstellers sucht er bereits in einem mehr als fünf mal so langen Zeitraum erfolglos eine Arbeit, so dass selbst dann, wenn unterstellt würde, er betreibe eine aktive Arbeitssuche, es jetzt jedenfalls an der begründeten Aussicht fehlte, eine Einstellung zu erlangen, was ebenfalls einer Freizügigkeitsberechtigung entgegenstünde. Der Senat sieht es jedoch bereits als nicht glaubhaft an, dass vom Antragsteller eine ernsthafte und aktive Arbeitssuche seit seiner Einreise ins Bundesgebiet betrieben wurde.

Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist auf EU-Bürger

anwendbar, die sich ohne materielles Aufenthaltsrecht in Deutschland aufhalten (vgl. eingehend zum Meinungsstand SG Dortmund, Beschluss vom 18.11.2014 - [S 35 AS 3929/14 ER](#), juris RdNrn. 2 ff). Teilweise wird diesbezüglich allerdings vertreten, dass der Leistungsausschluss nur eingreife, wenn das Aufenthaltsrecht des Ausländers zur Arbeitsuche positiv festgestellt werden kann (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 05.05.2014 - [L 19 AS 430/13](#), juris RdNr. 42 ff; Hessisches LSG, Urteil vom 27.11.2013 - [L 6 AS 378/12](#), juris RdNr. 54). Die Vorschrift könne nicht dahingehend erweiternd ausgelegt werden, dass der Leistungsausschluss "erst recht" für EU-Ausländer ohne materielles Aufenthaltsrecht gelte. Als Ausnahmevorschrift müsse [§ 7 Abs. 1](#) Satz Nr. 2 SGB II vielmehr eng ausgelegt werden. Die Voraussetzungen für einen methodisch zulässigen "erst recht"-Schluss seien zudem nicht erfüllt, da eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage nicht vorlägen. Art. 14 Abs. 4 b) der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Richtlinie 2004/38 EG) regle einen Ausweisungsschutz bei nachgewiesener Arbeitsuche. Allein für diesen freizügigkeitsberechtigten Personenkreis solle der Leistungsausschluss gelten. Bei Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht bestehe demgegenüber die Möglichkeit zur Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen durch die Ausländerbehörde.

Die Gegenauffassung nimmt demgegenüber an, dass der Leistungsausschluss auch auf die EU-Bürger anwendbar ist, bei denen ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche nie bestanden hat oder fortgefallen ist und kein anderes Aufenthaltsrecht feststellbar ist (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24.07.2014 - [L 15 AS 202/14 B ER](#), juris RdNr. 15 ff.; Hessisches LSG, Beschluss vom 14.10.2009 - [L 7 AS 166/09 B](#), juris RdNr. 21; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 28.11.2013 - [L 6 AS 130/13](#), juris RdNr. 35 f.). Dieser Auffassung hat sich der Senat bereits wiederholt angeschlossen (siehe Beschlüsse vom 03.12.2014 zum Az. [L 2 AS 1623/14 B ER](#) und vom 04.02.2015 zum Az. [L 2 AS 2224/14 B ER](#)). Wortlaut und Aufbau der Norm belegen, dass der Gesetzgeber mit der Vorschrift alle EU-Bürger vom Leistungsbezug ausschließen wollte, die nicht über zusätzliche Aufenthaltsrechte als die des bis zu drei monatigen Aufenthaltes oder des Aufenthalts zur Arbeitssuche verfügen (vgl. hierzu auch SG Dortmund, Beschluss vom 18.11.2014 - [S 35 AS 3929/14 ER](#), juris). Insbesondere unter Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes des [Art. 3 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) hält er es nicht für vertretbar, arbeitssuchende EU-Bürger, die über ein Aufenthaltsrecht verfügen, vom Leistungsbezug auszuschließen, EU-Bürger ohne materielles Aufenthaltsrecht aber mit einzubeziehen und hält daher allein eine weite Auslegung der Ausschlussregelung für sachgerecht (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24.07.2014 - [L 15 AS 202/14 B ER](#), juris RdNr. 16;). Hierfür spricht auch der Sinn und Zweck der Norm, eine unangemessene Belastung der sozialen Sicherungssysteme zu verhindern. Dieser Sinn und Zweck gebietet es gerade, die nicht erwerbstätigen EU-Bürger, die nicht einmal zum Zweck der Arbeitsuche eingereist sind und die nicht über ausreichende Mittel zur Existenzsicherung verfügen, in den Leistungsausschluss mit einzubeziehen (vgl. Greiser in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014 Anhang zu § 23 , juris RdNr. 15.4). Die Anwendung des SGB II auf diese Ausländer ist vor dem Hintergrund, dass diese Leistung nicht nur der

Unterhaltssicherung, sondern auch der Integration in den Arbeitsmarkt dient, systemwidrig (vgl. erneut LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24.07.2014 – [L 15 AS 202/14 B ER](#), juris RdNr. 16).

Das Argument, gegen letztere bestehe die Möglichkeit, aufenthaltsbeendende Maßnahmen einzuleiten, so dass eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben sei, ist nicht tragfähig, weil das Freizügigkeitsrecht nach §§ 5 Abs. 5, 6 und 7 FreizügG/EU so lange besteht, bis sein Verlust nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU festgestellt worden ist. Bis zum Erlass eines solchen Feststellungsaktes gilt damit zunächst die Vermutung der Freizügigkeit. Das somit formal bis zur Ausweisung noch bestehende Aufenthaltsrecht kann aber keine Rechtsposition begründen, die über diejenige eines aufenthaltsberechtigten EU-Ausländers hinausgeht (vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 24.07.2014 – [L 15 AS 202/14 B ER](#), juris RdNr. 16; Greiser in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014 Anhang zu § 23, juris RdNr. 15.2 f.). Allein die Möglichkeit, einer unangemessenen Beanspruchung der Leistungen durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu begegnen, lässt zudem die Erforderlichkeit einer Anwendung des Leistungsausschlusses bis zur tatsächlichen Durchsetzung dieser Maßnahmen nicht zwingend entfallen (vgl. Greiser in: jurisPK-SGB XII, 2. Aufl. 2014 Anhang zu § 23, juris RdNr. 15.3). Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der EU-Ausländer bereits nach kurzzeitiger Ausreise erneut für drei Monate nach Deutschland einreisen kann.

Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ist demnach auf den Antragsteller anzuwenden, weil er auch Ausländer erfasst, die – wie der Antragsteller – wirtschaftlich inaktiv sind, ohne über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel zu verfügen.

Nach der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union – EuGH in Sachen Dano (Urteil vom 11.11.2014 – [C-333/13](#), zitiert nach curia.europa.eu) ist der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) jedenfalls in Bezug auf Ausländer, bei denen – wie beim Antragsteller – ein Aufenthalt zum Zwecke der Arbeitssuche nicht festgestellt werden kann, nicht europarechtswidrig.

Art. 24 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/38 bestimmt zwar, dass jeder Unionsbürger, der sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält, grundsätzlich ein Recht auf die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen des Mitgliedstaates hat, er gilt aber nach der oben zitierten Entscheidung des EuGH nur, wenn und solange der Aufenthalt des Unionsbürgers im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 überhaupt erfüllt. Dies setzt nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 bei einem Aufenthalt von über drei Monaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates voraus, dass der Unionsbürger entweder Arbeitnehmer oder Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist (Art. 7 Abs. 1 a) oder für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während des Aufenthalts keine Sozialleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (Art. 7 Abs. 1 b). Nur solange sie diese Voraussetzungen erfüllen, steht ihnen das Aufenthaltsrecht zu

(Art. 14 Abs. 2 der RL 2004/13). Bei der Beurteilung dieser Frage ist eine konkrete Prüfung der wirtschaftlichen Situation des Betroffenen vorzunehmen, wobei die beantragten Leistungen nicht zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH in Sachen Dano, Urteil vom 11.11.2014 - [C-333/13](#), zitiert nach curia.europa.eu, RdNr. 69 ff.). Liegen die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie nicht vor, kann der Unionsbürger hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen keine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Aufnahmestaats verlangen.

Der Antragsteller verfügt nach eigenen Angaben nicht über ausreichende Existenzmittel. Auch ein Krankenversicherungsschutz besteht bei ihm nicht. Er kann sich damit nicht auf das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie berufen.

Auch Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004, die ab dem 1. Mai 2010 die Verordnung Nr. 1408/71 ersetzt hat, steht dem Leistungsausschluss nicht entgegen. Art. 4 ("Gleichbehandlung") der Verordnung lautet: "Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates." In Art. 70 Abs. 1) und 2) der Verordnung sind diesbezüglich die "besonderen beitragsunabhängigen Leistungen" geregelt, zu denen nach Anhang X der Verordnung 883/2004 auch die Leistungen nach dem SGB II gehören. Diese werden aber nach Art. 70 Abs. 4 der Verordnung 883/2004 ausschließlich in dem Mitgliedsstaat, in dem die betreffenden Personen wohnen, und nach dessen Rechtsvorschriften gewährt. Hieraus folgt nach der Entscheidung des EuGH, dass eine nationale Regelung - wie [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) - die die Gewährung solcher Leistungen an nicht erwerbstätige Unionsbürger von dem Erfordernis abhängig macht, dass sie die Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38 für ein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedsstaat erfüllen, nicht europarechtswidrig ist (vgl. EuGH in Sachen Dano, Urteil vom 11.11.2014 - [C-333/13](#), zitiert nach curia.europa.eu, RdNr. 83).

Da eine Beschäftigungssuche mit dadurch begründeter Verbindung zum Arbeitsmarkt vom Antragsteller nicht glaubhaft gemacht wurde, kommt es auf die vom BSG im Vorlagebeschluss vom 12.12.2013 ([B 4 AS 9/13 R](#)) angesprochene Frage, ob der Leistungsausschluss auch für solche Arbeitsuchende europarechtskonform ist, die eine Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates haben, weil sie - wie im Fall der den Vorlageschluss betreffenden Klägerinnen - bereits kurzfristige Beschäftigungen in Deutschland ausgeübt haben, im vorliegenden Verfahren nicht an. Aus diesem Grund besteht auch keinen Anspruch auf vorläufige Gewährung von Leistungen nach [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) iVm [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 SGB III](#). Ein den hier vorliegenden Sachverhalt betreffendes Verfahren ist beim EuGH nicht anhängig.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe konnte wegen fehlender hinreichender Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens nicht erfolgen.

Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Erstellt am: 09.03.2015

Zuletzt verändert am: 09.03.2015