

Sozialgericht Hamburg

Beschluss

*aufgehoben
durch*

CSG HH

11.10.2012

L 4 AS 266/12 BER

In dem Rechtsstreit

1. —

— Hamburg

2. —

— Hamburg,

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:
zu 1-2: Rechtsanwalt Ronny Koch,
Adenauerallee 8,
20097 Hamburg,

g e g e n

Jobcenter team.arbeit.hamburg
-Rechtsstelle-,
Öjendorfer Weg 9,
22111 Hamburg,

- Antragsgegner -

hat die Kammer 35 des Sozialgerichts Hamburg am 14. August 2012 durch
die Richterin am Sozialgericht Ritter

beschlossen:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe :

I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes um die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die 1956 geborene polnische Antragstellerin zu 1) reiste mit ihrem 1949 geborenen Ehemann, dem Antragsteller zu 2), der gleichfalls die polnische Staatsangehörigkeit besitzt, im November 2010 in Deutschland ein. In der Zeit vom 01.05.2011 bis zum 30.09.2011 arbeitete sie aushilfsweise für die Firma

Nach eigenen Angaben bestand ihre Tätigkeit darin, Die Antragsteller wohnten vom 10.11.2010 bis zum 04.10.2011 bei ihrer gemeinsamen Tochter in der ; vom 04.10.2011 bis zum 01.11.2011 in der vom 01.11.2011 bis zum 24.05.2012 bei und seit dem 31.05.2012 in der wobei ihnen für die verschiedenen Unterkünfte nach eigenen Angaben keine Kosten entstanden sind.

Auf den Antrag vom 27.09.2011 bewilligte der Beklagte mit Bescheid vom 04.10.2011 den Antragstellern aufstockende Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 416,00 € für die Zeit vom 01.11.2011 bis 30.04.2012. Mit Änderungsbescheid vom 26.11.2011 bewilligte der Antragsgegner Leistungen ab dem 01.01.2012 bis zum 30.04.2012 in Höhe von 674,00 €. Für die die Antragstellerin zu 1) ist seit dem 05.10.2011 Arbeitsunfähigkeit festgestellt. Die KOM gemeinnützige Gesellschaft für berufliche Kompetenzentwicklung MBH bescheinigte dem Antragsteller zu 2) die Teilnahme an einem durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge geförderten Integrationskurs mit Alphabetisierung in der Zeit vom 30.08.2011 bis zum 02.08.2012. Die Antragstellerin zu 1. wurde am 14.03.2012 durch den Ärztlichen Dienst der Bundesagentur für Arbeit durch Frau Friedland untersucht, die zu dem Ergebnis kam, dass keine schwerwiegende Leistungseinschränkung vorläge. Im Vordergrund würden Kreislaufstörungen sowie eine seelische Minderbelastbarkeit stehen. Sie sei voraussichtlich bis zu 6 Monaten weniger als 3 Stunden leistungsfähig. Nach Stabilisierung würde voraussichtlich ein Leistungsbild für leichte körperliche Tätigkeiten bestehen.

Den Folgeantrag der Antragsteller vom 15.03.2012 auf Leistungen nach dem SGB II lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 19.03.2012 mit der Begründung ab, dass der Leistungsanspruch ab dem 01.04.2011 erloschen sei. Auf den hiergegen eingelegten Widerspruch des Bevollmächtigten der Antragsteller vom 18.04.2012 lehnte der Beklagte die Gewährung von Leistungen ab dem 01.05.2012 ab. Der Leistungsanspruch sei gem. § 7 Abs. 1 SGB II i.V.m. den EU-Richtlinien 2004/38 ab dem 01.05.2012 erloschen. Mit Bescheid vom 25.05.2012 lehnte die Freie- und Hansestadt Hamburg, Bezirksamt Hamburg Mitte, Grundsicherungs- und Sozialabteilung Leistungen nach dem SGB II mit der Begründung ab, eine Feststellung über die Erwerbsunfähigkeit die Antragstellerin zu 1) sei bisher nicht getroffen worden.

Am 13.06.2012 hat der Bevollmächtigte der Antragsteller beim Sozialgericht einen Antrag auf Gewährung Einstweiligen Rechtsschutzes gestellt. Darin heißt es, die Antragstellerin zu 1) sei aus gesundheitlichen Gründen zum 30.09.2011 gekündigt worden. Sie sei voraussichtlich auf Dauer arbeitsunfähig; hierzu legt sie ein ärztliches Attest des Arztes für Allgemeinmedizin, _____ 18.03.2012 vor, in dem es heißt, die Antragstellerin sei aufgrund der Diagnosen: Z.n. Myokardinfarkt, COPD, Hypertonie, Osteoporose, chronische Schmerzen für berufliche Tätigkeiten nicht mehr leistungsfähig. Zur Begründung wird weiter ausgeführt, dass ein Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II bei europarechtskonformer Auslegung nicht greife, denn er widerspreche dem europarechtlich eng ausgestalteten Gleichbehandlungsgebot aus Artikel 4 i.V.m. 70 VO (EG) 883/2004-VO. Dieses gebiete, die sozialrechtlich geschuldete Leistung einem Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates unter denselben Voraussetzungen zu gewähren, wie dem Staatsangehörigen des zuständigen Staates. Da die Auslegung der Vorschriften des Europäischen Unionsrechts grundsätzlich dem EuGH vorbehalten sei, dieser jedoch zu § 7 Abs. 1 SGB II noch nicht entschieden habe, sei im einstweiligen Rechtsschutzverfahren eine Folgenabwägung vorzunehmen. Unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sei den Antragstellern ein Abwarten in der Hauptsache nicht zuzumuten. So lange der Antragsgegner eine Feststellung der Erwerbsunfähigkeit gem. § 44 a SGB II nicht getroffen habe, wäre der Antragsgegner zur Leistung verpflichtet.

Alternativ sei ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU gegeben, da die Antragstellerin zu 1) bereits während der Beschäftigung bei der Fa. [redacted] krank gewesen sei.

Der Bevollmächtigte der Antragsteller beantragt.

den Antragsgegner zu verpflichten, dem Antragssteller umgehend Leistung zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II zu bewilligen.

Der Antragsgegner beantragt.

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung wird ausgeführt, die Antragstellerin zu 1) sei gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen, weil sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe. Sie sei nicht mehr nach § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU freizügigkeitsberechtigt, da bei unfreiwilliger, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung das Recht auf Aufenthalt nur während der Dauer von 6 Monaten unberührt bliebe (§ 2 Abs. 3 Satz 2 Freizügigkeitsgesetz/EU). Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU gelte nur für Fälle vorübergehender Erwerbsminderung, in die in einer während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses entstandenen Krankheit bzw. eines Unfalls begründet seien, nicht jedoch für Erwerbsminderungen, die zu einem Zeitpunkt aufgetreten seien, zu dem der betreffende EU-Bürger keinen faktischen Arbeitnehmerstatus mehr hatte.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Ein Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruches der Antragsteller als Voraussetzung für den Erlass der begehrten Regelungsanordnung nach § 86 b Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO) ist nicht glaubhaft gemacht.

Der Leistungsanspruch der Antragsteller ist nach der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen.

Nach dieser Norm erhalten Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und ihre Familienangehörigen, keine Leistungen nach dem SGB II. Die Vorschrift knüpft an die aufenthaltsrechtlichen Regelungen über den Zweck von Aufhalten an, also bei Unionsbürgern an das FreizügG-EU, und zwar hinsichtlich des Aufenthaltszwecks „Arbeitssuche“ konkret an die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 FreizügG-EU. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II greift dagegen nicht ein, wenn sich das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers (oder Drittstaatsangehörigen) zumindest auch aus einem anderen aufenthalts- oder freizügigkeitsrechtlich anerkannten Grund ergibt.

Die Antragstellerin zu 1) ist allein aus Gründen der Arbeitssuche aufenthaltsberechtigt. Andere Aufenthaltsgründe liegen nicht vor.

Nach Verlust ihres Arbeitsplatzes zum 30.9.2011 war die Antragstellerin nicht mehr Arbeitnehmerin im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 FreizügG-EU. Arbeitnehmer ist für das Gemeinschaftsrecht einheitlich und nach objektiven Kriterien zu definieren; darunter sind Personen zu verstehen, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringen und hierfür als Gegenleistung eine Vergütung erhalten (Heilbronner, Komm. z. AusIR 54. Akt. Okt. 2007 § 2 FreizügG/EU Rn 19). Die Arbeitnehmereigenschaft erlischt grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Dienelt in: Renner: AulR. Kommentar § 2 FreizügG/EU 2 Rn 51).

Weiterhin konnte sich die Klägerin nicht auf einen dauerhaft fortbestehenden Status als frühere Arbeitnehmerin nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU berufen.

Nach dieser Vorschrift bleibt das Recht eines Unionsbürgers aus Art. 2 Abs. 1 FreizügG-EU, und zwar das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer (vgl. Dienelt, in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 2 FreizügG-EU Rn. 86) unberührt bei einer vorübergehenden Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall. Die Vorschrift setzt begrifflich voraus, dass die von ihr Begünstigten zum Zeitpunkt des Auftretens der vorübergehenden Erwerbsminderung als Arbeitnehmer- oder Selbständige tätig waren und nicht etwa als Arbeitssuchende auftraten (VG Dresden. Beschluss v. 27.07.2010 - 3 L 292/10 -). Die Antragstellerin zu 1) ist ausweislich des Kündigungsschreibens der Fa. _____ vom 5. September 2011 aus betrieblichen Gründen gekündigt worden. Zwar mag die gutachterlich festgestellte seelische Minderbelastbarkeit und die Kreislaufstörungen schon während des Arbeitsverhältnisses vorgelegen haben, jedoch waren die Erkrankungen nicht so gravierend, dass sie zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt haben; ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit liegt unbestritten erst seit dem 5.10.2011, mithin nach Verlust der Arbeitnehmereigenschaft am 1.10.2011 vor.

Die Vereinbarkeit der Vorschrift mit Gemeinschaftsrecht der EU ist in Rechtsprechung, Kommentierung und inzwischen reichhaltiger Judikatur umstritten. Streit besteht im Wesentlichen vor dem Hintergrund der höchstrichterlich bislang nicht entschiedenen Frage, ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entsprechend den Vorstellungen des Gesetzgebers durch den Vorbehalt des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG gedeckt ist, weil es sich bei den Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II um Sozialhilfeleistungen handelt, oder ob es sich um Leistungen der sozialen Sicherheit bzw. zur Eingliederung in Arbeit handelt, die freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern unter Verstoß gegen das Verbot der Differenzierung nach Staatsangehörigkeit und/oder das allgemeine Differenzierungsverbot vorenthalten würden. Sowohl der EuGH als auch das BSG haben die Frage in jüngeren Entscheidungen offen gelassen (Urteil des EuGH vom 04.06.2009 - C-22/08 und C-23/08 - Vatsouras/Koupatantze; Urteil des BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R).

Nach Auffassung des Gerichts ist die Vorschrift nach Maßgabe der europarechtlichen Rechtsprechung nicht dahin auszulegen, dass sie ausschließlich auf Unionsbürger, die

sich erstmals zur Arbeitssuche nach Deutschland begeben, anzuwenden ist (a.A. LSG Hamburg, Beschluss v. 2. März 2010 - L 5 AS 54/10 ER -).

Der Leistungsausschluss verstößt nicht gegen primäres EU - Recht.

Ein Verstoß gegen die in Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelte Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist nicht ersichtlich.

Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer und gibt einen Anspruch auf Gleichbehandlung hinsichtlich der Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Bei den von den Antragstellern begehrten Leistungen handelt es sich jedoch um solche zur Sicherung des Existenzminimums, also Leistungen der staatlichen Fürsorge (BSG Urf. V. 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 Rz 33). Das BSG führt dazu aus, dass die Regelleistung nach § 20 SGB II als Bestandteil der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes ein im Falle der Bedürftigkeit gewährtes "Mittel für den Lebensbedarf" darstellt (vgl auch Urteil des Senats vom 31.10.2007 - B 14/11b AS 5/07 R - BSGE 99, 170 = SozR 4-4200 § 24 Nr 1, wo im Hinblick auf das SGB II von einer "steuerfinanzierten Fürsorgeleistung" die Rede ist; vgl auch BT-Drucks 15/1516 S 56: "nachrangige Fürsorgeleistung"). Denn das SGB II ist - anders als bis zum 1.1.2005 die Alhi als Lohnersatzleistung - ein bedarfsabhängiges Leistungssystem (vgl Urteil des Senats vom 31.10.2007 - B 14 AS 30/07 R - SozR 4-4200 § 24 Nr 2). Darüber hinaus ist die Fürsorgegesetzgebung in der Bundesrepublik nach dem Außerkrafttreten des BSHG zum 1.1.2005 auch nicht auf die Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII beschränkt. Sozialhilfe und Grundsicherung für Arbeitsuchende unterscheiden sich zwar nach ihrem Adressatenkreis. Das SGB II verliert dadurch aber nicht seinen Charakter als Fürsorgegesetz (BSG a.a.O.). Zwar soll die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach § 1 Abs. 2 Satz 2 SGB II erwerbsfähige Leistungsberechtigte auch bei der Aufnahme oder Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit unterstützen, die in § 1 Abs. 3 SGB II vorgenommene Unterscheidung zwischen Leistungen zur Beendigung oder Verringerung der Hilfsbedürftigkeit, insbesondere durch Eingliederung in Arbeit (Nr. 1) und solchen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (Nr. 2) zeigt aber, dass die Regelbedarfe zur Existenzsicherung keinen rechtlichen Bezug zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt haben, sondern vom Leistungsträger nach den Vor-

schriften der §§16 ff. SGB II gesondert gewährt werden (LSG Berlin- Brandenburg Beschluss vom 3.4.012 – L 5 AS 2157711 B ER).

Zudem sind die Antragssteller nicht als "Arbeitnehmer" im Sinne des Art. 45 Abs. 1 AEUV anzusehen.

Es ist auch kein Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV festzustellen. Art. 18 AEUV verbietet in seinem Abs. 1 -unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge - in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Nach Art. 18 Abs. 2 AEUV können das europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen. Wie der EuGH festgestellt hat, gilt dieses Diskriminierungsverbot jedoch nicht vorbehaltlos, sondern eine unterschiedliche Behandlung von Unionsbürgern ist vertretbar, wenn sie durch objektive Gründe sachlich gerechtfertigt ist. (Urt.v. 23.01.1997, C-29/95 - Pastoors u. Transcap GmbH, v. 02.10.1997 C-122/96 - Saldanha u. MTS Securities Corporation). Ein sachlicher Grund besteht darin sozialleistungsorientierte Wanderungsbewegungen zu vermeiden (LSG Hessen Beschluss .v. 03.04.2008 - L 9 AS 59/08 B ER unter Verweis auf die Entscheidungen des EuGH vom 07.09.2004 - C-456/02 - Trojani - und 15.09.2005 C-258/04 - Ioannidis, wonach es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers wäre, sich einer tatsächlichen Beziehung zwischen demjenigen, der Sozialleistungen beantragt und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen).

Eine einschränkende Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ergibt sich nicht aus dem europäischen Sekundärrecht vor dem Hintergrund der zum 1. Mai 2010 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 883/2004- nachfolgend: VO EG (a..A. LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss v. 11. August 2011 – L 15 AS 188711 B ER, LSG Berlin- Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2012 – L 14 AS 763/12 B ER, SG Berlin Beschluss v. 29.6.2012 – S 96 AS 15360/12). Mit dem In-Kraft-Treten dieser Neuregelung ist davon auszugehen, dass alle Unionsbürger ungeachtet des Grundes ihres Aufenthalts, also auch jene, die sich nur zum Zwecke der Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben wie die Bürger des Aufenthaltsstaats. Die Neuregelung hat die europarechtliche Lage gegenüber der früheren Wanderarbeitnehmerverordnung (Verordnung [EWG] Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971) erheblich verändert (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss

vom 11.08.2011, L 15 AS 188/11 B ER, Juris Rn. 24 m.w.N.). Gemäß Art. 4 VO EG haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist. Die Norm gebietet, die sozialrechtlich geschuldete Leistung einem Angehörigen eines anderen Mitgliedsstaates unter denselben Voraussetzungen zu gewähren wie dem Staatsangehörigen des zuständigen Staates (Eichenhofer, in: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl., Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004, Rn. 1, Rn. 4 m.w.N.). Die VO (EG) umfasst nach ihrem Art. 3 Abs. 3 besondere beitragsunabhängige Sozialleistungen, diese allerdings nur nach Maßgabe von Art. 70 VO. Art. 70 Abs. 1 VO bestimmt, dass solche beitragsunabhängigen Sozialleistungen solche sind, die auf Grund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Art. 3 Abs. 1 VO genannten, immer erfassten Sozialleistungen als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen. Die weiteren, konkreten Anforderungen sind in Art. 70 Abs. 2 VO genannt. Hiernach gehört zu diesen Leistungen auch das Arbeitslosengeld II nach dem deutschen SGB II. Es ist im Sinne von Art. 70 Abs. 2 lit. a Unterabs. i VO ein Mindesteinkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts, es wird ausschließlich durch Steuern finanziert (Art. 70 Abs. 2 lit. b VO) und es ist von der Bundesrepublik benannt und daher ausdrücklich als erfasste Leistung in Anlage X Buchst. b zu Art. 70 VO aufgenommen worden (Art. 70 Abs. 2 lit. c VO). Eine Beschränkung des Gleichbehandlungsgebotes ist nur insoweit vorgesehen, als die Art. 70 VO unterliegenden besonderen beitragsunabhängigen Leistungen nicht in einen anderen Mitgliedsstaat exportiert werden dürfen (Art. 70 Abs. 4 VO). Der teilweise Geltungsauschluss nach Art. 70 Abs. 3 VO umfasst nicht das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO.

Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 enthält jedoch einen Rechtfertigungsgrund für eine abweichende Behandlung von dem Gleichheitsgebot des Art. 4 VO. Nach Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG ist der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, 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) Richtlinie 2004/38/EG 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.

Nach Auffassung des Gerichtes ist Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 als speziellere Regelung anwendbar (LSG Berlin- Brandenburg, Beschluss vom 4.4.2012 a.a.O., LSG Niedersachsen- Bremen, Beschluss v. 23.5.2012 - L 9 AS 347/12 B ER -, LSG Baden-Württemberg. Urteil v. 16.5.2012- L 3 AS 1477/11). Im Recht der Europäischen Union sind sekundärrechtliche Normenkollisionen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen „lex posterior derogat legi priori“ und „lex specialis derogat legi generali“ zu lösen (LSG Berlin- Brandenburg a.a.O). Das LSG Berlin- Brandenburg führt dazu aus: „ Die Anwendung des erstgenannten Rechtsgrundsatzes ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen, da beide Regelungen gleichzeitig am 29. April 2004 verabschiedet wurden. An dieser Ausgangslage hat sich auch durch die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der *Verordnung (EG) 883/2004* (ABl. L 284 S. 1) sowie durch die Verordnung (EG) Nr. 988/2009 vom 16. September 2009 zur Änderung der *VO 883/2004* und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge (ABl. L 284 S. 43) nichts geändert. Diese Verordnungen waren nach Art. 91 Verordnung (EG) Nr. 988/2009 sowie nach den Anhängen II, X und XI erforderlich, um die Anwendung der *VO 883/2004* überhaupt erst zu ermöglichen. Sie enthalten aber keine Regelungen, die der Anwendung des Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG entgegenstehen. Auch soweit Art. 70 *VO 883/2004* in Verbindung mit Anlage X *VO 883/2004* die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ausdrücklich als besondere beitragsunabhängige Leistungen einstuft, steht das der Anwendung des § 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG nicht entgegen. Diese Einstufung galt bereits nach der Vorgängerregelung des Art. 10a in Verbindung mit Anlage IIA der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149, S. 2), in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 629/2006 vom 5. April 2006 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 114, S. 1).“

Zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Sache *Vatsouras* am 4.Juni 2009 (C-22/08; C23) hat der EuGH einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 der Ver-

ordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht gesehen, obwohl die Grundsicherung für Arbeitssuchende bereits als beitragsunabhängige Geldleistung im Anhang IIa der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 eingetragen war und hat die Ausschlussregelung des Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG nicht für unanwendbar gehalten.

Vor diesem Hintergrund ist sie gegenüber dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO 883/2004 als speziellere Vorschrift anzusehen, denn als Regelung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger ist sie gegenüber VO 883/2004 als allgemein Vorschrift zur Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme eigenständig (LSG Berlin- Brandenburg a.a.o.). In Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG ist auch das Gleichbehandlungsgebot gesondert geregelt. Hierzu stellt Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG eine Ausnahmevorschrift dar. Sie ist erforderlich, weil das Aufenthaltsrecht einerseits unter anderem schon tatbestandlich davon abhängt, dass Sozialhilfeleistungen nicht oder nicht unangemessen in Anspruch genommen werden (Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und c, 12 Abs. 2, 14 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG), andererseits aber die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen gemäß Art. 14 Abs. 3 Richtlinie 2004/38/EG nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf. Wie bereits dargelegt, handelt es sich nach Auffassung des Gerichtes bei den Leistungen nach dem SGB II auch um Sozialhilfe i.S. d. § 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG.

Von einer Beiladung des Sozialhilfeträgers hat das Gericht abgesehen, da die Antragsteller nach § 23 Abs. 3 Satz 1 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch - Sozialhilfe - (SGB XII) keine Sozialhilfe erlangen können, insofern sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt.

Schließlich ist den Antragstellern auch nicht auf Grund der aus Art. 1 Abs.1 Grundgesetz (GG) und dem Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) folgenden Verpflichtung des Staates, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, ein Anspruch auf vorläufige Leistungen. Dies würde gerade dazu führen, dass der von der Rechtsordnung und nach den Grundsätzen des Beitrittsvertrages der EU nicht erwünschte Aufenthalt der Antragsteller in Deutschland verlängert würde. Aus Art. 1 Abs. 1 GG lässt sich daher nur die Verpflichtung zur Gewährung solcher Leistungen herleiten, die notwendig sind, um den Antragstellern, sofern sie hierüber nicht verfügen, eine Rückkehr in ihr Heimatland zu ermöglichen (LSG Nordrhein- Westfalen, Beschluss v. 28.6.2011 – L 19 AS 317/11 B).

Mangels ausreichender Zweifel an der Europarechtskonformität des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sieht das Gericht keinen Raum für eine Folgenabwägung zu Gunsten der Antragsteller.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in entsprechender Anwendung.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig.

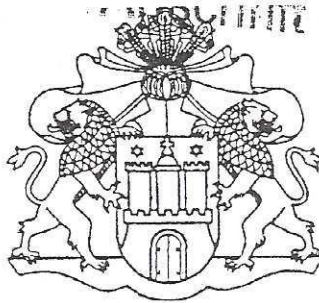
Sie ist binnen eines Monats nach seiner Bekanntgabe schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Sozialgericht Hamburg, Kapstadtring 1, 22297 Hamburg, oder schriftlich bei der Gemeinsamen Annahmestelle für das Landgericht Hamburg, das Amtsgericht Hamburg und weitere Behörden, Sievekingplatz 1, 20355 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Landessozialgericht Hamburg, Kapstadtring 1, 22297 Hamburg, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

gez. Ritter
Vorsitzende

Ausgefertigt
Hamburg, den 14. August 2012

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Landessozialgericht Hamburg

Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren

1.

Hamburg

2.

Hamburg

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

Prozessbevollmächtigter:
zu 1-2: Rechtsanwalt Ronny Koch
Adenauerallee 8
20097 Hamburg

g e g e n

Jobcenter team.arbeit.hamburg
Öjendorfer Weg 9
22111 Hamburg

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

hat der 4. Senat des Landessozialgerichts Hamburg am 11. Oktober 2012 durch

den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. Kuhl-Dominik,
die Richterin am Landessozialgericht Abayan und
die Richterin am Sozialgericht Notz

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 14. August 2012 aufgehoben. Der Antragsgegner wird im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet, den Antragstellern laufende Leistungen nach den Vorschriften des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (SGB II) in gesetzlicher Höhe ab 13. Juni 2012 bis 30. November 2012 zu gewähren.

Der Antragsgegner erstattet die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller.

Gründe

Die am 14. August 2012 durch den Prozessbevollmächtigten der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom gleichen Tag eingelegte Beschwerde ist statthaft und auch sonst zulässig (§§ 172, 173 Sozialgerichtsgesetz – SGG).

Die Beschwerde ist auch erfolgreich, da es das Sozialgericht zu Unrecht abgelehnt hat, dem Begehren der Antragsteller zu entsprechen und den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern laufende Leistungen nach den Regeln des SGB II zu gewähren.

Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setzt einen Anordnungsanspruch voraus, also einen materiell-rechtlichen Anspruch auf die Leistung, zu dem der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll, sowie einen Anordnungsgrund, nämlich einen Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründet. Sowohl Anordnungsanspruch als auch Anordnungsgrund sind gem. § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 Zivilprozessordnung glaubhaft zu machen.

Die Antragsteller haben in diesem Sinn sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund hinreichend glaubhaft gemacht.

Zwischen den Parteien steht im Wesentlichen in Streit, ob die 56jährige Antragstellerin zu 1 und der mit ihr in einer Bedarfsgemeinschaft lebende 62jährige Ehemann, der Antragsteller zu 2, die beide die polnische Staatsangehörigkeit besitzen, nach § 7 Abs. 1 Satz 2

Nr. 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen sind. Nach dieser Vorschrift sind Ausländerinnen und Ausländer von Leistungen ausgeschlossen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Der Senat ist der Auffassung, dass die Antragsteller von diesem Leistungsausschluss nicht erfasst werden.

Allein zum Zweck der Arbeitssuche im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II hält sich eine Person nur dann auf, wenn sie noch keine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt aufgenommen hat. Insoweit bleibt der erkennende Senat bei seiner ständigen Rechtsprechung, begründet durch den Beschluss vom 2. März 2010 (L 5 AS 54 /10 B ER). Dort heißt es:

„Allein zum Zweck der Arbeitsuche besteht das Aufenthaltsrecht bei Bürgern der Europäischen Union, die sich in Deutschland aufhalten zur Suche einer Arbeitsbeschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit einschließlich Erbringung von Dienstleistungen (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 Freizügigkeitsgesetz/EU). An der alleinigen Arbeitsuche aber fehlt es bei Unionsbürgern schon dann, wenn sie in Deutschland bereits beschäftigt oder erwerbstätig waren, ihre Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit aber verloren haben. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II erfasst nur Personen, die sich erstmals zur Arbeitsuche nach Deutschland begeben. Diese über § 2 Abs. 3 FreizügG/EU hinausgreifende Rückausnahme zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II folgt aus den Wirkungen des Unionsbürgerrechts bereits nach den Wertungen der Art. 14 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürger-Richtlinie – RL 2004/38/EG – (so überzeugend Brühl/Schoch, in: LPK-SGB II, § 7 Rn. 34; Husmann, NZS 2009, 652, 655; beide unter Hinweis auf LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.7.2007 – L 6 AS 444/07 ER, InfAusIR 2008, 52). Denn schon danach werden besonders geschützt Unionsbürger, die Arbeitnehmer oder Selbständige sind, und Unionsbürger, denen dieser Status erhalten bleibt, solange sie nachweisen können, weiterhin Arbeit zu suchen und begründete Aussicht haben, eine zu finden.“

Die Antragstellerin zu 1 hat bereits eine tatsächliche Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hergestellt, da sie auch aktuell auf Arbeitssuche ist und bereits im Zeitraum vom 1. Mai 2011 bis zum 30. September 2011 in der Bundesrepublik als Arbeitnehmerin tätig war. Aus diesem Grund hat sie auch Zugang zu den finanziellen Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, zumindest solange keine gegenteiligen Feststellungen zur Erwerbsfähigkeit getroffen werden (vgl. EuGH, Urteil vom 4.6.2009 – C-22/08 und C-23/08, SozR 4-6035 Art. 39 Nr. 5).

Der Antrag richtet sich auch gegen den richtigen Antragsgegner, da die Antragstellerin zu 1 dem Personenkreis des SGB II und nicht dem des SGB XII zuzurechnen ist. Sie hat zwar ein Attest vom 18. März 2012 vorgelegt, dass sie voraussichtlich dauerhaft arbeitsunfähig sei. Der ärztliche Dienst der Bundesagentur für Arbeit hat jedoch nach einer Untersuchung am 14. März 2012 festgestellt, dass keine schwerwiegenden Leistungseinschränkungen vorlägen und die Antragstellerin voraussichtlich nur bis zu 6 Monaten weniger als drei Stunden arbeiten könne. Damit ist zumindest aktuell davon auszugehen, dass sie gesundheitlich auch in der Lage ist, wieder eine Tätigkeit aufzunehmen. Dem Antragsgegner bleibt es insoweit unbenommen, die Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin erneut zu überprüfen.

Der Antragsteller zu 2 hat zwar in dem oben genannten Sinne noch keine Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt aufbauen können, da er bisher weder als Arbeitnehmer noch als Selbständiger tätig war. Er hält sich aber nicht nur zum Zweck der Arbeitssuche in der Bundesrepublik auf. Er begleitet seine Ehefrau, die Antragstellerin zu 1, und kann sich aus diesem Grund als Familienangehöriger wohl auch auf ein Aufenthaltsrecht nach § 3 Satz 1 Freizügigkeitsgesetz/EU berufen.

Es liegt auch ein Anordnungsgrund vor, da die Antragsteller über keine sonstigen Mittel verfügen, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und entspricht dem Ausgang des Verfahrens.

Der Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).

gez. Abayan

(Dr. Kuhl-Dominik ist urlaubsbedingt
an der Beifügung seiner Unterschrift
gehindert)

gez. Abayan

gez. Notz