

~~Ausfertigung~~

LANDESSOZIALGERICHT
FÜR DAS SAARLAND
9. Senat
Az.: L 9 AS 3/13 B ER
=====

17 JUNI 2013

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

~~_____~~
Antragsteller, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner,
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwälte Adam und Kollegen, Rathausplatz 5, 66111
Saarbrücken,

gegen

JOBCENTER IM REGIONALVERBAND, vertreten durch den Geschäftsführer, Hafens-
straße 18, 66111 Saarbrücken,
Antragsgegner, Beschwerdeführer und Beschwerdegegner.

hat der 9. Senat des Landessozialgerichts für das Saarland
durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Schneider
sowie die Richter am Landessozialgericht Dick-Küstenmacher und Wagner
am 13. Juni 2013 ohne mündliche Verhandlung

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des
Sozialgerichts für das Saarland vom 23.01.2013 wird zurück-
gewiesen.

Auf die Beschwerde des Antragsgegners werden der Beschluss
des Sozialgerichts für das Saarland vom 23.01.2013 aufgehoben und der gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen An-
ordnung abgelehnt.

Die Beteiligten haben einander keine Kosten des Antrags- und
Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Gewährung vorläufiger Leistungen nach dem 2. Buch des Sozialgesetzbuchs, Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II).

Der am 1.1.1974 geborene Antragsteller ist italienischer Staatsangehöriger. Von 1995 bis 2006 lebte er in der Bundesrepublik, im Anschluss daran in Italien und im März 2012 kehrte er nach Deutschland zurück. Der Antragsteller ist im Besitz einer Bescheinigung über das gemeinschaftliche Freizügigkeitsrecht nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU).

Am 11.04.2012 stellte der Antragsteller bei dem Antragsgegner einen Antrag auf Gewährung von Leistungen nach dem 2. Buch des Sozialgesetzbuchs, Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II).

Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 20.08.2012 mit der Begründung ab, dass der Antragsteller nur ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche habe und daher gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen sei.

Gegen diesen Bescheid legte der Antragsteller Widerspruch mit der Begründung (im Wesentlichen) ein, er habe mit der Firma Pascal Hubig Telekommunikation in Saarbrücken einen Arbeitsvertrag und arbeite dort monatlich 40 Stunden. Die Vergütung betrage 8 € pro Stunde. Die Entscheidung des Antragsgegners sei nicht europarechtskonform. Auch ein geringfügiges, das Existenzminimum nicht deckendes Einkommen stehe der Einstufung als Arbeitnehmer im Sinne des Freizügigkeitsrechts nicht entgegen.

Der eingelegte Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 24.10.2012 als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, die Vorausset-

zungen des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II seien erfüllt. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe, hätten keinen Anspruch auf Leistungen des SGB II. Die von dem Antragsteller ausgeübte Erwerbstätigkeit stelle keine Arbeitnehmertätigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU dar. Es handele sich um eine völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit, so dass der Arbeitnehmerstatus nicht als erfüllt betrachtet werden könne.

Gegen den Widerspruchsbescheid hat der Antragsteller am 22.11.2012 Klage in dem Verfahren S 16 AS 799/12 erhoben.

Am 07.01.2013 hat er im vorliegenden Verfahren einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel gestellt, ihm vorläufig ab Antragstellung, längstens jedoch bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Das Sozialgericht für das Saarland (SG) hat mit Beschluss vom 23.01.2013 den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig ab Januar 2013 bis zur Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache Leistungen nach dem SGB II in Höhe der Regelleistung gemäß § 20 SGB II unter Berücksichtigung des anrechenbaren Einkommens zu zahlen; im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt.

Es hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, der gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei teilweise begründet. Nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sei der Erlass einer einstweiligen Anordnung in der Form der Regelungsanordnung begründet, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheine. Voraussetzungen für den Erlass seien die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes. Der Anordnungsanspruch richte sich nach dem materiellen Recht. Die Begründetheit der einstweiligen Anordnung orientiere sich demgemäß an den Erfolgsaussichten der Hauptsache. Im Bereich des SGB II sei zudem zu berücksichtigen, dass diese Leistungen der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens dienen. Danach sei bei Orientierung an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu beurteilen. Erst wenn die-

se Prüfung wegen der Komplexität der Sach- und Rechtslage nicht möglich sei, erfolge eine Entscheidung anhand einer Folgenabwägung.

Unter Beachtung dieser Grundsätze habe vorliegend eine einstweilige Anordnung bezüglich der Gewährung der Regelleistung gem. § 20 SGB II erlassen werden können; mangels Anordnungsgrundes scheidet jedoch eine entsprechende Anordnung bezüglich der Kosten der Unterkunft und Heizung aus.

Einem Anspruch des Antragstellers stehe vorliegend nicht der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entgegen. Nach dieser Vorschrift seien Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe, und ihre Familienangehörigen vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Der Antragsteller sei als italienischer Staatsangehöriger Ausländer. Gem. § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU hätten freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU seien gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitsuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollten. Die zentrale Ausländerbehörde Saarbrücken habe am 17.07.2012 festgestellt, dass der Antragsteller nach Maßgabe des Freizügigkeitsgesetzes/EU zur Einreise und zum Aufenthalt in der Bundesrepublik berechtigt sei.

Vorliegend könne dahinstehen, ob der Antragsteller als Arbeitnehmer anzusehen sei und ob der Leistungsausschluss gegen Europarecht verstoße. Denn auch für den Fall, dass der Leistungsausschluss nicht gegen Europarecht verstoße und sich der Antragsteller tatsächlich nur zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufhalte, greife in seinem Fall der Leistungsausschluss nicht ein, da er sich auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) berufen könne, da Italien Vertragsstaat des Abkommens sei.

Art. 1 EFA schließe als unmittelbar geltendes, spezielleres Bundesrecht die Anwendung des Ausschlusstatbestandes für Staatsangehörige von Vertragsstaaten aus. Mit Art. 1 EFA habe sich die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat verpflichtet, Staatsangehörigen anderer vertragsschließender Staaten wie dem Antragsteller, die sich im Staatsgebiet erlaubt aufhielten und nicht über ausreichende Mittel verfügten, in gleicher Weise wie Bundesbürgern Fürsorgeleistungen zu gewähren. Zu diesen Fürsorgeleistungen habe die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt nach §§ 11ff Bun-

dessozialhilfegesetz (BSHG) gem. Art. 2 Abs. a und b EFA in Verbindung mit Buchst. A Anhang I zum EFA, Fassung vom 01.02.1991 (BGBl II S. 686), der bis zum 01.01.2005 einzigen klassischen Fürsorgeleistung im Sozialleistungssystem der Bundesrepublik Deutschland, gehört. Eine Einschränkung dieser völkervertraglichen Fürsorgegewährleistung sei nach Einführung des BSHG nur bezüglich der Leistungen nach § 30 BSHG und nach § 70 BSHG erfolgt (Anhang 11 EFA, Fassung ab dem 01.12.1982 <BGBl 1983 II S. 338>; Anhang 11 EFA, Fassung ab dem 01.02.1991 <BGBl II S. 687>). Damit sei die Fürsorgeleistung „Hilfe zum Lebensunterhalt“ nach dem BSHG von der von der Bundesrepublik Deutschland eingegangenen völkervertraglichen Verpflichtung erfasst gewesen. Die Verpflichtung erfasse auch die Leistungen der Grundsicherung nach §§ 19ff SGB II. Dabei handele es sich um Fürsorgeleistungen, denn sie hätten lediglich begrifflich und nicht materiell die Fürsorgeleistungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige ersetzt. Die Normierung der vormalig im BSHG für alle Hilfebedürftigen geregelten Fürsorgeleistung in nunmehr zwei Regelungssystemen der Sozialhilfe, die maßgeblich im Bereich der Leistungen zum Lebensunterhalt nach der Fähigkeit, eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, differenzierten, und die auch im Bereich der Grundsicherung nicht in einem Subsidiaritätsverhältnis stünden, habe an der Leistungsart „Fürsorgeleistung“ im Sinne des EFA nichts geändert.

Da sich Angehörige von Vertragsstaaten des EFA direkt auf Art. 1 EFA berufen könnten, sei § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II als „jüngere“ Regelung im Einklang mit der von der Bundesrepublik Deutschland eingegangenen Verpflichtung völkerrechtskonform auszulegen. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber spezielleres älteres Völkerrecht durch die spätere innerstaatliche Regelung habe außer Kraft setzen wollen, ergäben sich nicht, da ein solcher Wille bei Inkraftsetzen der Regelung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zum 28.08.2007 (Art. 6 Abs. 9 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der europäischen Union vom 19.08.2007, BGBl I S. 1970) nicht bekundet worden sei.

An dieser sich aus der der völkerrechtlichen Verpflichtung aus Art. 1 EFA ergebenden zwingenden Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II habe sich auch nichts durch den von der Bundesregierung mit Wirkung zum 19.12.2011 für Leistungen nach dem SGB II unter Berufung auf Art. 16 b EFA erklärten Vorbehalt geändert. Nach Art. 16 b EFA habe jeder Vertragsschließende dem Generalsekretär des Europarates alle neuen Rechtsvorschriften mitzuteilen, die in Anhang I noch nicht aufgeführt seien. Gleich-

zeitig könne der Vertragsschließende Vorbehalte hinsichtlich der Anwendung dieser neuen Rechtsvorschriften auf Staatsangehörige der anderen Vertragsschließenden machen.

Bei den Regelungen des SGB II zu Leistungen der Grundsicherung nach §§ 19ff SGB II (bei Einführung des SGB II nach § 19 Nr. 1 SGB II) handele es sich schon nicht um neue Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 16 b EFA, da es sich weiterhin um Regelungen der Fürsorgeleistungen handele, die bereits von Art. 1 EFA erfasst gewesen seien, da ein Vorbehalt hinsichtlich dieser vormals im BSHG geregelten Leistungen nicht erklärt worden sei. Art. 16 b EFA ermächtige die Vertragsschließenden nicht, im Wege eines Vorbehalts bereits von Art. 1 EFA erfasste Verpflichtungen im Nachhinein aufzukündigen. Bezüglich Fürsorgeleistungen der Sozialhilfe habe die Bundesrepublik Deutschland einen Vorbehalt hinsichtlich der Gleichbehandlungsverpflichtung gerade nicht bezogen auf die laufende Hilfe zum Lebensunterhalt erklärt. Art. 16 b EFA solle den Vertragsschließenden die Möglichkeit geben, Vorbehalte hinsichtlich Rechtsvorschriften zu erklären, bezüglich derer sie bei Vertragsschluss noch keine Erklärungen hätten abgeben können. Art. 16 b EFA biete den Vertragsschließenden keine Grundlage, sich aus bereits bestehenden Verpflichtungen einseitig zu lösen und den erreichten gesetzlichen Fürsorgestandard für Staatsangehörige von Vertragsschließenden des EFA nachträglich abzusenken. Dies gelte nicht nur für die Einfügung einer den Anspruch dieses Personenkreises ausschließende Norm in dem alten Leistungsgesetz, sondern auch bei Fortschreibung fürsorgerechtlicher Ansprüche in einem neuen Leistungsgesetz. Eine Aufkündigung bereits eingegangener Verpflichtungen über Art. 16 b EFA würde eine Umgehung der Regelung zur Kündigung des Abkommens bedeuten. Das EFA regle nicht die teilweise Kündigung des Abkommens. Nach Art. 24 EFA verlängere sich die Geltungsdauer für die einzelnen Vertragsschließenden von Jahr zu Jahr, wenn es nicht innerhalb einer geregelten Frist (anfangs sechs Monate, nunmehr für die Bundesrepublik Deutschland ein Jahr) durch an den Generalsekretär des Europarates zu richtende Erklärung gekündigt werde. Gerade weil das Abkommen den Staatsangehörigen der Vertragsstaaten auch in anderen Hoheitsgebieten Rechte aus Verpflichtungen gewähre, seien „Teilkündigungen“ von bereits eingegangenen Verpflichtungen nicht vorgesehen. Andernfalls könnte sich ein Vertragsstaat einseitig aus bereits eingegangenen Verpflichtungen lösen, ohne für die Staatsangehörigen seines Landes die im Falle einer Kündigung nach Art. 24 EFA eintretenden Folgen in Kauf nehmen zu müssen.

Nach allem sei vorliegend ein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung nach §§ 19ff SGB II glaubhaft gemacht. Da der Antragsteller glaubhaft über keine Mittel verfüge, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten, sei ihm auch ein Abwarten einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren nicht zumutbar.

Die Verpflichtung des Antragsgegners sei allerdings unter Berücksichtigung von § 11 SGB II anzuordnen. Bezüglich der Kosten der Unterkunft und Heizung bzw. Mietschuldenübernahme fehle es zudem an dem erforderlichen Anordnungsgrund, da das Mietverhältnis, soweit ersichtlich, noch nicht gekündigt worden sei.

Gegen den am 23.01.2013 zugestellten Beschluss haben der Antragsgegner am 05.02.2013 und der Antragsteller am 25.02.2013, einem Montag, Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung trägt der Antragsteller im Wesentlichen vor, ihm seien Leistungen nach dem SGB II ohne Einschränkung zu zahlen. Er habe seit April 2012 seine Miete nicht mehr zahlen können, aber eine bislang für seine Situation verständige Vermieterin. Ausweislich § 543 II Satz 1 Nr. 3a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bestehe für den Vermieter einer Mietwohnung die Möglichkeit, ein Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn der Mieter mit der Zahlung von mindestens zwei Monatsmieten in Verzug geraten sei. Dem Antragsteller drohe daher jederzeit der Ausspruch der fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses. Zwischenzeitlich schulde er seiner Vermieterin einen Mietzins von 3.630,00 €. Der vom SG zitierte Beschluss des Bayerischen Landessozialgerichts <LSG> sei im Übrigen auch für das vorliegende Verfahren nicht einschlägig.

Zu der Beschwerde des Antragsgegners trägt der Antragsteller im Wesentlichen vor, aus den vom SG im Einzelnen genannten Gründen könne er sich auf das EFA berufen. Auf der Ebene der erstinstanzlichen Gerichte gebe es bekanntlich eine Vielzahl von Entscheidungen im Sinne der hier angefochtenen Entscheidung. Sei aber die Entscheidungslage zu der hier interessierenden Problematik in hohem Maße unterschiedlich, könne dies im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht zu Lasten des Antragstellers gehen. Soweit der Antragsgegner sich unter Bezugnahme auf einen Beschluss des LSG Berlin-Brandenburg darauf berufe, dass das EFA eine Sanktionierung für eine verspätete Mitteilung nicht vorsehe, werde dem entgegengehalten, dass es sich

bei den hier interessierenden Fällen um keine „verspätete Mitteilung“ eines Vorbehalts gehandelt habe. Es sei keineswegs so, dass eine Vorbehaltserklärung verspätet abgegeben worden wäre. Vielmehr habe sich die Bundesregierung erst Jahre nach Inkrafttreten des EFA überhaupt dazu entschlossen, eine Vorbehaltserklärung abzugeben, die nach den Ausführungen des SG überhaupt nicht möglich sei.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

1. den Beschluss des SG vom 23.01.2013 dahingehend zu ändern, dass der Antragsgegner verpflichtet wird, dem Antragsteller vorläufig ab Januar 2013 auch Kosten der Unterkunft und Heizung zu zahlen,
2. die Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,

1. den Beschluss des SG vom 23.01.2013 aufzuheben und den gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen,
2. die Beschwerde des Antragstellers zurückzuweisen.

Er trägt zur Begründung im Wesentlichen vor, der auf der Grundlage von Art. 16 b Satz 2 EFA erklärte Vorbehalt sei wirksam, wie sich aus Entscheidungen des LSG Berlin-Brandenburg und des LSG Niedersachsen-Bremen ergebe. Der Antragsgegner verkenne nicht, dass auch derjenige Arbeitnehmer im Sinne des Freizügigkeitsrechts sei, der nur über ein geringfügiges, das Existenzminimum nicht deckende Erwerbseinkommen verfüge. Das Bundessozialgericht (BSG) verlange jedoch unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), dass die betreffende Tätigkeit keinen so geringen Umfang haben dürfe, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstelle. Hierbei gehe das BSG davon aus, dass im Falle einer wöchentlichen Arbeitszeit von 7,5 Stunden eine Untergeordnetheit bzw. Unwesentlichkeit nicht gegeben sei. Im vorliegenden Fall müsse dagegen davon ausgegangen werden, dass sich die von dem Antragsteller ausgeübte Tätigkeit als völlig

untergeordnet und unwesentlich darstelle. Denn zwar betrage die monatliche Arbeitszeit nach dem Arbeitsvertrag vom 13.07.2012 40 Stunden, was einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 7,5 Stunden, nämlich ($40 \times 3: 13 =$) 9,23 Stunden, entspreche. Die tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit habe jedoch, soweit nachgewiesen, seit Beschäftigungsbeginn wöchentlich durchschnittlich deutlich weniger als 7,5 Stunden, nämlich 3,41 Stunden betragen:

- im August 2,54 Stunden
- im September 6 Stunden
- im Oktober ($10 \times 3: 13 =$) 2,31 Stunden
- im November ($12 \times 3: 13 =$) 2,77 Stunden.

Der Antragsgegner gehe angesichts einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von lediglich 3,41 Stunden davon aus, dass die Erwerbstätigkeit des Beschwerdegegners als völlig untergeordnet und unwesentlich zu erachten sei.

Eine Europarechtswidrigkeit des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sei nach der Rechtsprechung des LSG für das Saarland zu verneinen.

Sollte im vorliegenden Fall gleichwohl eine Entscheidung anhand einer Folgenabwägung zu treffen sein, so könne diese Folgenabwägung nicht zu Lasten des Antragsgegners getroffen werden. Denn der Antragsteller habe nach der Rechtsprechung des LSG Niedersachsen-Bremen einen Anspruch auf Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel des 12. Buches des Sozialgesetzbuchs, Sozialhilfe (SGB XII).

II.

Gegen die Zulässigkeit der von dem Antragsteller und dem Antragsgegner eingelegten Beschwerden ergeben sich keine Bedenken.

Die Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet; die Beschwerde des Antragsgegners ist in vollem Umfang begründet.

Denn die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86 b Abs. 2 SGG liegen entgegen der Auffassung des SG nicht vor. Zutreffend hat das SG

insoweit ausgeführt, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund voraussetzt (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG-Kommentar, 10. Auflage 2012, § 86 b Randnr. 27ff). Entgegen der Auffassung des SG fehlt es aber bereits an einem Anordnungsanspruch, weil dem Antragsteller ein Anspruch auf Gewährung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II nicht zusteht.

Der Gewährung von Grundsicherungsleistungen steht vorliegend die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II entgegen, wonach vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II Ausländerinnen und Ausländer ausgeschlossen sind, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Die Ausschlussnorm des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ist vorliegend auch einschlägig, weil sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers ausschließlich aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und zwar gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU. Der Anwendung der Ausschlussnorm steht auch nicht der Vortrag des Antragstellers entgegen, dass er sich zum Zeitpunkt der Stellung des Leistungsantrages nicht nur zum Zweck der Arbeitsuche, sondern auch als Arbeitnehmer i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU in Deutschland aufgehalten habe. Nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 04.06.2009, Az.: C-22/08, C-23/08; Urteil vom 04.02.2010, Az.: C-14/09) und des BSG (vgl. Urteil vom 19.10.2010, Az.: B 14 AS 23/10 R) ist als „Arbeitnehmer“ grundsätzlich jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin besteht, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.08.2012, Az.: L 13 AS 2352/12 ER-B). Im vorliegenden Fall hatte der Antragsteller zwar mit der Fa. ... in Saarbrücken einen Arbeitsvertrag mit einer monatlichen Arbeitszeit von 40 Stunden abgeschlossen. Die tatsächliche Arbeitszeit belief sich aber nach den vorliegenden Unterlagen und nach der von dem Antragsgegner angestellten zutreffenden Berechnung auf durchschnittlich 3,4 Stunden/Monat. Zwar ist auch bei einer Bezahlung, die unter dem Existenzminimum liegt, die Person, die die entsprechende Tätigkeit ausübt, an sich als Arbeitnehmer anzusehen. Dies gilt aber nicht für Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen (vgl. EuGH a.a.O.; BSG a.a.O.; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 08.08.2012, Az.: L 13 AS 2355/12 ER-B). Eine Tätigkeit mit einem durchschnittlichen wöchentlichen Ar-

beitsaufwand von 3,4 Stunden ist aber als eine derartige völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit anzusehen, so dass eine Einstufung des Klägers als Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht in Betracht kommt; folglich ergab sich das Aufenthaltsrecht des Klägers ausschließlich aus dem Zweck der Arbeitsuche.

Die Ausschlussnorm des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II steht auch nicht in Widerspruch zu übergeordneten europarechtlichen Normen, wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat (vgl. u.a. Beschluss vom 27.08.2012 – Az.: L 9 AS 17/12 B ER; Beschluss vom 23.01.2013, Az.: L 9 AS 52/12 B ER; ebenso LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.08.2012, Az.: L 3 AS 250/12 B ER; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 22.06.2010, Az.: L 1 AS 36/08; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.08.2012, Az.: L 13 AS 2352/12 ER-B, und Beschluss vom 08.08.2012, Az.: L 13 AS 2355/12 ER-B). Hieran hält der Senat auch nach erneuter Prüfung fest und geht nach wie vor davon aus, dass nach Art. 3 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 diese Verordnung – und damit auch das darin enthaltene Gleichheitsgebot – ausdrücklich auf soziale und medizinische Fürsorgeleistungen nicht anwendbar sind; hieran kann auch der Verweis auf Anhang X der Verordnung nichts ändern.

Letztlich lässt sich ein Anspruch des Antragstellers auf Gewährung von Grundsicherungsleistungen entgegen der Auffassung des SG auch nicht daraus herleiten, dass der Antragsteller dem Anwendungsbereich des EFA unterfallen würde. Soweit das BSG in einem Urteil vom 19.10.2010 (Az: B 14 AS 23/10 R) noch eine hiervon abweichende Auffassung vertreten hat, ist diese Entscheidung für Fallkonstellationen nach dem 19.12.2011 nicht mehr einschlägig. Das LSG Niedersachsen-Bremen hat in einer Entscheidung vom 20.07.2012 (Az.: L 9 AS 563/12 B) für einen vergleichbaren Sachverhalt in diesem Zusammenhang u.a. ausgeführt:

.... Der Beschwerdegegner kann sich im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 EFA (vgl. hierzu ausführlich: BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010 - B 14 AS 23/10 R -, abrufbar unter Juris) berufen, denn die Bundesregierung hat am 15. Dezember 2011, in Kraft ab 19. Dezember 2011, einen Anwendungsausschluss ausgesprochen.

Dieser Anwendungsausschluss stützt sich auf Art. 16b EFA. Danach haben die Vertragsschließenden den Generalsekretär des Europarates über jede Änderung ihrer Gesetzgebung zu unterrichten, die den Inhalt von Anhang I und III berühren (Satz 1). Jeder Vertragsschließende hat dem Generalsekretär des Europarates alle neuen Rechtsvorschriften mitzuteilen, die in Anhang I noch nicht ausgeführt sind; gleichzeitig mit dieser Mitteilung kann der Vertragsschließende Vorbehalte hinsichtlich der Anwendung dieser neuen Rechtsvorschriften auf die Staatsangehörigen der anderen Vertragsschließenden machen (Satz 2).

Diesen Vorgaben wird der von der Bundesregierung ausgesprochene Anwendungsausschluss vom 15. Dezember 2011, in Kraft seit 19. Dezember 2011, gerecht.

In der Originalerklärung der Bundesregierung heißt es (vgl. "<http://conventions.coe.int>" - Vollständige Liste der Verträge des Europarates - Nr. 014 Europäisches Fürsorgeabkommen - Übersicht über die Erklärungen, Vorbehalte und andere Mitteilungen - Deutschland; vgl. in deutscher Sprache die Bekanntmachung des Auswärtigen Amtes vom 31. Januar 2012, BGBl. II, 2012, S. 144): *"In accordance with Article 16, paragraph b, first sentence, of the Convention, Germany notifies the following new laws not already included in Annex I to the Convention: Annex I - Legislative measures regarding assistance referred to in Article 1 of the Convention: – Book Two of the Social Code – Basic Income Support for Jobseekers – as published on 13 May 2011 (Federal Law Gazette I, p. 850) [...] In accordance with Article 16, paragraph b, second sentence, of the Convention, the Government of the Federal Republic of Germany does not undertake to grant to nationals of the other Contracting Parties, equally and under the same conditions as to its own nationals, the benefits provided for in Book Two of the Social Code – Basic Income Support for Jobseekers – in the latest applicable version."*

Die Bundesregierung hat danach mit der Deklaration vom 15. Dezember 2011, am 19. Dezember 2011 bei dem Generalsekretär des Europarates eingegangen, und damit zu diesem Zeitpunkt in Kraft getreten, zum einen

(unter anderem) das SGB II als in Anhang I noch nicht aufgeführtes Gesetz benannt und zum anderen einen Vorbehalt (unter anderem) für das SGB II ausgesprochen.

Entsprechend dem Wortlaut dieser Erklärung ist ferner entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung auch davon auszugehen, dass sowohl die Benennung des Gesetzes als auch der Ausspruch des Vorbehalts "gleichzeitig" im Sinne des Art. 16b Satz 2 EFA erfolgt ist.

Das SGB II ist bezogen auf die Ratifizierung des Vertrages durch die Bundesrepublik Deutschland am 11. Dezember 1953 auch ein "neues" Gesetz im Sinne des Art. 16b Satz 2 EFA. Dass das SGB II - so das SG - schon lange vor Abgabe der Erklärung des Vorbehalts durch die Bundesregierung existent war, ändert an der rechtlichen Bewertung nichts. Fristen für die Mitteilung von neuen Gesetzen und für Erklärungen von Vorbehalten enthält das EFA nicht.

Soweit teilweise vertreten wird, dass der zum 19. Dezember 2011 erklärte Vorbehalt der Bundesregierung unwirksam sei, weil er nicht "bei" Ratifikation oder Beitritt zu dem Vertrag im Sinne des Art. 19 i.V.m. Art. 2 Abs. 1d der Wiener Vertragskonvention (WVRK), sondern vielmehr nach Ratifikation des EFA ausgesprochen worden sei (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Mai 2012 - L 19 AS 794/12 B ER -, Juris Rn. 8), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn ein Verstoß gegen das WVRK scheidet aus, weil diese Vorschriften allein Vorbehalte bei Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages regelt, während Art. 16b Satz 2 EFA ausdrücklich auch nachträgliche Vorbehalte erlaubt. Das Recht, einen nachträglichen Vorbehalt zu dem EFA auszusprechen, beruht unmittelbar auf einer Vorschrift des Abkommens selbst (vgl. auch SG Berlin, Beschluss vom 14. Mai 2012 - S 124 AS 7164/12 ER -, Juris Rn. 32). Für diese Ansicht spricht auch die Erklärung zu Art. 16b Satz 2 EFA, wenn es dort heißt (vgl. "<http://conventions.coe.int>" - Vollständige Liste der Verträge des Europarates - Nr. 014 Europäisches Fürsorgeabkommen - Erläuternder Bericht - Art. 16): "[...] 27. *According to Article 16 (b), the Contracting Parties can make reservations not only at the time of ratification, but also at a later date.[...]*".

Für den von der Bundesregierung ausgesprochenen Vorbehalt bedarf es entgegen der Auffassung des SG und des Beschwerdegegners keines Zustimmungsgesetzes (offengelassen: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Mai 2012 - L 19 AS 794/12 B ER -, Juris Rn. 9).

Nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG bedürfen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes.

Die Erklärung eines Vorbehalts ermöglicht es gemäß Art. 2 Abs. 1d WVRK der Partei eines völkerrechtlichen Vertrages, die Rechtswirkungen einzelner Vertragsbestimmungen für diese Vertragspartei auszuschließen oder zu ändern. Es handelt sich dabei um eine einseitige Willenserklärung völkerrechtlicher Art, die nach der Rechtsprechung des BVerfG (vgl. Urteil vom 18. Dezember 1984 - 2 BvE 13/83 -, Juris Rn. 132 ff zur verfassungsgemäßen Zustimmung der Bundesregierung zur Aufstellung von Mittelstreckenraketen ohne spezielle Ermächtigung durch den Bundestag vor dem Hintergrund des Nato-Doppelbeschlusses) im Rahmen bestehender zwei- oder mehrseitiger Verträge grundsätzlich nicht einem derartigen Zustimmungserfordernis unterworfen sind (vgl. hierzu ausführlich: SG Berlin, Beschluss vom 14. Mai 2012 - S 124 AS 7164/12 ER -, Juris Rn. 35 und 36 m.w.N.).

Bestehen danach unter Berücksichtigung der im Rahmen von - wie hier - streitigen existenzsichernden Leistungen zu beachtenden erhöhten Anforderungen an die Prüfungsintensität und -dichte im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hinsichtlich der Erfolgsaussichten in der Hauptsache (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05 -, Juris Rn. 25, 26; ausführlich Düring in: Jansen, SGG, 3. Auflage 2009, § 86b, Rn. 32 und 33 m.w.N. zur umfangreichen Rechtsprechung des BVerfG) für den Senat keine durchgreifenden Zweifel hinsichtlich der Europarechtskonformität des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II und

ist die Sachlage in tatsächlicher Hinsicht geklärt, besteht kein Raum für eine Folgenabwägung."

Dieser Auffassung, die auch vom 5. Senat des LSG Berlin-Brandenburg (vgl. Beschluss vom 06.08.2012, Az.: L 5 AS 1749/12 B ER; Beschluss vom 02.08.2012, Az.: L 5 AS 1297/12 B ER) geteilt wird, schließt sich der Senat in vollem Umfang an; die hiergegen vorgebrachten Bedenken (vgl. u.a. LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 21.08.2012, Az.: L 3 AS 250/12 B ER m.w.N.; 20. Senat des LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.09.2012, Az.: L 20 A2047/12 B ER) teilt der Senat nicht.

Dahingestellt bleiben kann, ob dem Antragsteller ein Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem 3. Kapitel des SGB XII zusteht (bejahend LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 20.07.2012, Az.: L 9 AS 563/12 B ER), weil von dem Antragsteller kein entsprechender Antrag gestellt worden ist und der Sozialhilfeträger an dem vorliegenden Verfahren dementsprechend auch nicht beteiligt ist.

Auf die Beschwerde des Antragsgegners waren daher der angegriffene Beschluss aufzuheben und der gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen; die Beschwerde des Antragstellers war zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG analog.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

gez. Schneider

gez. Dick-Küstenmacher

gez. Wagner



Ausgefertigt


(E.P.)

Justizfachliche
abgegeben am
der Geschäftsstelle