L 11 AS 899/18

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
11
1. Instanz
SG Nürnberg (FSB)
Aktenzeichen
S 13 AS 71/18
Datum
22.08.2018
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 11 AS 899/18
Datum
26.02.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze
Der Status eines Selbständigen mit der Folge des Fortbestandes eines Aufenthaltsrechts bleibt bei EU-Bürger bestehen, wenn eine selbstständige Tätigkeit nach mehr als einem Jahr infolge von Umständen aufgegeben werden muss, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte (§ 2 Abs 3 Nr 2 FreizügG/EU). Eine zeitliche Befristung der Fortwirkung ergibt sich nicht.
I. Die Berufung des Beklagten gegen Ziffer I. des Urteils des Sozialgerichts Nürnberg vom 22.08.2018 wird zurückgewiesen.

II. Mit Ausnahme des Berufungsverfahrens haben der Beklagte und die Beigeladene unter Abänderung von Ziffer II. des Urteils des Sozialgerichts Nürnberg vom 22.08.2018 die außergerichtlichen Kosten des Klägers je zur Hälfte zu erstatten. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers für das Berufungsverfahren hat der Beklagte zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig sind Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes (Arbeitslosengeld II -Alg II-) nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für die Zeit von Dezember 2017 bis Juni 2018.

Der 1959 geborene Kläger ist kroatischer Staatsangehöriger. Im März 2014 reiste er zur Arbeitssuche in die Bundesrepublik Deutschland ein und meldete sich am 14.03.2014 beim Einwohnermeldeamt in A-Stadt an. Nach der Anmeldung seines Gewerbes am 22.04.2014 übte er eine selbständige Tätigkeit als Fliesen-Platten-Mosaikleger, Bodenleger, Betonstein- und Terrazzohersteller aus. Infolge einer Knieverletzung war er ab 26.05.2015 arbeitsunfähig. Sein Gewerbe meldete er am 06.08.2015 zum 30.06.2015 ab. Am 23.07.2015 erlitt er infolge eines Unfalls eine Schulterdistorsion links (Schulterläsion). Die Schulter wurde am 24.09.2015 operiert. In der Folgezeit erlitt er einen Herzinfarkt und befand sich vom 27.05.2016 bis 10.06.2016 auf einer Reha. Nach dem Bescheid des Zentrums Bayern Familie und Soziales (ZBFS) vom 19.07.2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 12.03.2018 besteht bei ihm ein Grad der Behinderung von 40. Es liege eine dauernden Einbuße seiner körperlichen Beweglichkeit vor sowie eine seelische Störung, eine Funktionsbehinderung des Schultergelenks beidseits, Durchblutungsstörungen des Herzens, ein abgelaufener Herzinfarkt, eine Coronardilatation, eine Stentimplantation, eine Funktionsbehinderung beider Kniegelenke, eine Funktionsbehinderung beider Hüftgelenke, eine Funktionsstörung durch Fußfehlform beidseits, eine Funktionsbehinderung der Wirbelsäule, degenerative Veränderungen, Osteoporose und eine Wirbelsäulenverformung. Nach einem Attest des Klinikums A-Stadt vom 06.12.2017 befinde er sich wegen einer schweren Depression in ambulanter psychiatrischer Behandlung und sei bis auf weiteres arbeitsunfähig.

Der Beklagte bewilligte dem Kläger von Juni 2015 bis November 2017 Alg II (zuletzt Bescheid vom 26.10.2016 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 26.11.2016). Den Weiterbewilligungsantrag vom 17.10.2017 lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 15.11.2017 ab. Die Selbständigkeit sei zum 30.06.2015 aufgegeben worden und der für einen Leistungsanspruch notwendige Arbeitnehmerstatus wirke nur für zwei Jahre nach Beginn der unverschuldeten Arbeitslosigkeit nach. Dagegen legte der Kläger Widerspruch ein. Nach einem Vermerk des Beklagten vom 08.12.2017 habe der Kläger die selbständige Tätigkeit nach mehr als einem Jahr unfreiwillig aufgegeben. Laut Arbeitsvermittlung liege Erwerbsfähigkeit vor. Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 17.01.2018 zurückgewiesen. Nach Erlass eines Beschlusses des Sozialgerichts Nürnberg (SG) vom 28.02.2018 im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes (S 13 AS 29/18 ER) bewilligte der Beklagte mit Bescheid vom 17.04.2018 "nach § 41a Abs 1 SGB II" vorläufig Alg II für die Zeit vom 12.01.2018 bis 30.06.2018. Unter Umsetzung des Beschlusses werde Alg II vorläufig, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache gewährt. Auf einen vom Kläger im Juni 2018 gestellten Weiterbewilligungsantrag bewilligte der Beklagte vorläufig Leistungen für die Monate

Juli 2018 bis Dezember 2018 (Bescheid vom 06.07.2018 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 12.12.2018).

Gegen den Widerspruchsbescheid vom 17.01.2018 hat der Kläger beim SG Klage erhoben. Es gebe keine zeitliche Einschränkung des privilegierten Freizügigkeitsrechts beim unfreiwilligen Verlust einer Beschäftigung oder Aufgabe einer selbständigen Tätigkeit. Auch ergebe sich das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts aus der nur vorübergehenden Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall. Eine negative Prognose hinsichtlich der Wiederherstellung einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit liege nicht vor. Das SG hat die Stadt A. als Sozialhilfeträger beigeladen und den Beklagten mit Urteil vom 28.08.2018 unter Aufhebung des angefochtenen Bescheids zur (endgültigen) Zahlung von Alg II für die Zeit von Dezember 2017 bis Juni 2018 verurteilt. Ein Leistungsausschluss liege nicht vor. Mangels ausdrücklicher Regelung im Gesetz sei das Fortbestehen des Arbeitnehmerstatus bzw Selbständigenstatus nicht auf zwei Jahre begrenzt. Eine restriktive Auslegung unter Berücksichtigung veralteten EWG-Rechts scheide aus.

Dagegen hat der Beklagte Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Zwar habe der Kläger zunächst über einen Selbständigenstatus verfügt, dieser bestehe aber zeitlich begrenzt nur für zwei Jahre. Der Aufenthalt des Klägers in Deutschland erfolge alleine zur Arbeitssuche. Es werde auf die Entscheidung des 16. Senats des LSG (L 16 AS 284/16 B ER) verwiesen.

Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 22.08.2018 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 15.11.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.01.2018 abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die Erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Er habe mit der selbständigen Tätigkeit am Tag nach der Gewerbeanmeldung begonnen. Diese habe er bis zu seiner Schulterverletzung - diese habe zu gesundheitlichen Beschwerden in der linken Hand geführt, so dass er dann nicht mehr selbständig habe arbeiten können - im Juli 2015 ausgeübt und danach das Gewerbe abgemeldet.

Die Beigeladene hat keinen eigenen Antrag gestellt. Sie hat ebenfalls auf die zeitliche Begrenzung des Selbständigenstatus des Klägers und die Entscheidung des 16. Senats verwiesen. Es sei dem Kläger zudem zumutbar, nach Kroatien zurückzukehren, da er in Deutschland kein Aufenthaltsrecht mehr besitze.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die vom Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz -SGG-), aber nicht begründet. Das SG hat den Beklagten zu Recht dem Grunde nach zur Zahlung von Alg II für Dezember 2017 bis Juni 2018 verurteilt. Der Bescheid des Beklagten vom 15.11.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.01.2018 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.

Streitgegenstand ist der Bescheid vom 15.11.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.01.2018, mit dem der Beklagte die Zahlung von Alg II ab Dezember 2017 abgelehnt hat. Dagegen wendet sich der Kläger zulässigerweise mit der von ihm erhobenen kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 4 SGG). Zeitlich ist der Streitgegenstand auf Leistungen für die Zeit von Dezember 2017 bis Juni 2018 beschränkt. Der Kläger hat im Juni 2018 - im Hinblick auf ihm vorläufig bewilligte Leistungen bis lediglich einschließlich Juni 2018 im Bescheid vom 17.04.2018 - für die Zeit ab Juli 2018 einen Weiterbewilligungsantrag gestellt, auf den hin der Beklagte mit Bescheid vom 06.07.2018 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 12.12.2018 vorläufig Alg II für die Zeit von Juli bis Dezember 2018 bewilligt hat. Jedenfalls mit der Entscheidung über den Folgeantrag ab Juli 2018, in der der Beklagte auch über die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen den Bescheid hingewiesen hat, ist der von dieser Entscheidung betroffene Zeitraum nicht mehr Gegenstand des Verfahrens gegen den vorliegend streitigen Ablehnungsbescheid. Der neue Bescheid wird auch nicht nach § 96 SGG Gegenstand des bereits anhängigen Verfahrens (vgl dazu BSG, Urteil vom 31.10.2007 - B 14/11b AS 59/06 R - und Urteil vom 28.10.2009 - B 14 AS 62/08 R - beide zitiert nach juris). Im Übrigen hat alleine der Beklagte Berufung gegen das Urteil des SG eingelegt und eine Verurteilung zur Leistungserbringung ab Juli 2018 ist nicht erfolgt. Soweit der Beklagte mit Bescheid vom 17.04.2018 "nach § 41a Abs 1 SGB II" vorläufig Alg II für die Zeit vom 12.01.2018 bis 30.06.2018 bewilligt hat, sind diese Leistungen auf die endgültigen Leistungen anzurechnen, wobei offen bleiben kann, ob es sich bei dem Bescheid nach Auslegung seines Inhalts entgegen dem ausdrücklichen Verweis auf § 41a Abs 1 SGB II um einen bloßen Ausführungsbescheid hinsichtlich der vorläufigen Verpflichtung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens durch das SG im Beschluss vom 28.02.2018 (S 13 AS 29/18 ER) oder tatsächlich um eine vorläufige Leistungsbewilligung iSv § 41a Abs 1 SGB II gehandelt hat.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Alg II für die Zeit von Dezember 2017 bis Juni 2018.

Nach § 19 Abs 1 Satz 1 SGB II iVm § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II erhalten Alg II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig sowie hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Nach § 9 Abs 1 SGB II ist hilfebedürftig, wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem nicht durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit, aus dem zu berücksichtigen Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält.

Der Kläger erfüllt die Leistungsvoraussetzungen. Er war im streitgegenständlichen Zeitraum 58 Jahre alt, erwerbsfähig - zumindest gibt es bislang keine hinreichenden Feststellungen des Beklagten, dass dies im Hinblick auf die beim Kläger vorliegenden Erkrankungen nicht der Fall ist -, hilfebedürftig - Anhaltspunkte für verfügbares Einkommen iSv § 11 SGB II oder einzusetzendes Vermögen iSv § 12 SGB II liegen nicht vor - und er hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in A-Stadt. Zudem hat er an 17.10.2017 die Weiterbewilligung seines Alg II ab

Dezember 2017 beantragt.

Er war auch nicht nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Danach sind ua ausgeschlossen, Ausländer, (a) die kein Aufenthaltsrecht haben, (b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder (c) die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Art 10 der Verordnung (EU) Nr 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl L 141 vom 27.05.2011, S 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl L 107 vom 22.04.2016, S 1) geändert worden ist, ableiten.

Als Kroate ist der Kläger Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union und damit Unionsbürger iSv § 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU). Er fällt somit in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Ihm steht im streitgegenständlichen Zeitraum ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 2 Nr 2 und Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU, mithin nicht alleine zum Zweck der Arbeitssuche iSv § 2 Abs 2 S 1 Nr 1a FreizügG/EU, zu. Danach bleibt das Recht nach § 2 Abs 1 FreizügG/EU auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland für selbständig Erwerbstätige unberührt bei Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit.

Die selbständige Tätigkeit hat der Kläger nach seinen glaubhaften Ausführungen für mehr als ein Jahr ausgeübt. Er hat diese am Tag nach der Gewerbeanmeldung, folglich am 23.04.2014 aufgenommen und bis zumindest 25.05.2015 ausgeübt. Dies hat der Beklagte auch nicht bestritten, vielmehr selbst stets darauf hingewiesen, der Kläger habe mehr als ein Jahr seine selbständige Tätigkeit ausgeübt. Die tatsächliche Ausübung ergibt sich auch aus vom Kläger beim Beklagten vorgelegten Kontoauszügen, in denen verschiedene Geldeingänge von Kunden für erledigte Aufträge verbucht sind. Danach bestehen für den Senat auch keine Zweifel, dass der Kläger aus den Einkünften aus seinem Gewerbebetrieb seinen Lebensunterhalt bestreiten konnte. Das ihm während dieser Zeit zustehende Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 2 Nr 2 FreizügG/EU (niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger) bestand auch nach der Einstellung der selbständigen Tätigkeit im Mai 2015 - oder auch später, sollte der Kläger nach seiner Knieverletzung nochmals bis zu seiner Schulterverletzung im Juli 2015 selbständig tätig gewesen sein, wie er es im Erörterungstermin angegeben hat - fort.

Die aufgrund der Kniebeschwerden bzw der Schulterverletzung aufgetretenen gesundheitlichen Einschränkungen führten dazu, dass der Kläger die selbständige Tätigkeit nach mehr als einem Jahr infolge von Umständen einstellen musste, auf die er keinen Einfluss hatte (§ 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU).

Zur Überzeugung des Senats war der Kläger infolge der Knie- bzw Schulterbeschwerden nicht mehr in der Lage, seine Fliesenlegertätigkeit auszuüben. Auch im Hinblick auf die später hinzutretenden gesundheitlichen Beschwerden wegen des Herzinfarktes und der Depressionen gibt es keinen Zweifel, dass der Kläger seine selbständige Tätigkeit einstellen musste, wenngleich er jedoch nach Auffassung des Beklagten noch erwerbsfähig war. Die unfreiwillige Einstellung der selbständigen Tätigkeit aufgrund von Umständen, auf die der Kläger keinen Einfluss hatte, hat der Beklagte selbst im Rahmen eines Vermerks vom 08.12.2017 innerhalb des Widerspruchsverfahrens vermerkt. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Kläger auf seine gesundheitlichen Probleme hätte Einfluss nehmen können. Auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU (AVV zum FreizügG/EU) vom 03.02.2016 (GMBl S 86) sieht in Nr 2.3.1.2 als Fall der unfreiwilligen Einstellung der selbständigen Tätigkeit eine Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen an.

Die Fortgeltung des Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs 2 Nr 2 iVm Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU unterlag auch keiner zeitlichen Befristung, die ihm in der Zeit von Dezember 2017 bis Juni 2018 entgegengestanden wäre. Die Dauer der Tätigkeit des Klägers betrug mehr als ein Jahr, so dass eine Befristung der Fortgeltung dieses Rechts auf sechs Monate nach § 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU nicht in Betracht kommt.

Auch aus anderen Gründen ergibt sich keine zeitliche Einschränkung des Aufenthaltsrechts. Das BSG hat hierzu im Urteil vom 13.07.2017 (B 4 AS 17/16 R - juris) unter Verweis auf den Beschluss des BayLSG vom 20.06.2016 (L 16 AS 284/16 B ER - juris) und auf Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl 2016, § 2 FreizügG/EU Rn 107 ff, einerseits sowie auf Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl 2016, § 2 FreizügG/EU Rn 38, andererseits die Frage offen gelassen, ob die Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft einer festen zeitlichen Grenze unterliege und diese nach einem Zeitraum von zwei Jahren zu ziehen sei, wie dies teilweise unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Art 7 Abs 3 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl Nr L 158 S 77 - RL 2004/38/EG) vertreten werde.

Der Wortlaut der Vorschrift des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU sieht keine zeitliche Befristung der Fortgeltung des Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs 1 FreizügG/EU vor. Eine solche kann auch durch Auslegung der Norm nicht vorgenommen werden. So sieht das FreizügG/EU im Falle einer unfreiwilligen, durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigten Arbeitslosigkeit bei einer Beschäftigung von weniger als einem Jahr eine Befristung des Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs 1 FreizügG/EU auf sechs Monate vor (§ 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU). Im Falle des § 2 Abs 3 Satz 1 FreizügG/EU ist von einer solchen zeitlichen Beschränkung gerade keine Rede, was dafür spricht, dass folglich bei einer Beschäftigung bzw selbständigen Tätigkeit von mehr als einem Jahr - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU - eine Befristung nicht erfolgt. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber eine zeitliche Beschränkung im Falle des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU trotz der fehlenden Festschreibung in dieser Regelung gewollt hat, wenn gerade im nächsten Satz ausdrücklich für einen anderen Fall eine solche in das Gesetz aufgenommen wird. Von einem Versehen des Gesetzgebers kann daher nicht ausgegangen werden. So geht auch Ziffer 2.3.1.2 AVV zum FreizügG/EU davon aus, dass nach einer durchgängigen Beschäftigung von mindestens einem Jahr das Freizügigkeitsrecht im Falle des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU, zB bei der unverschuldeten Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen, grundsätzlich unbefristet fortbesteht.

Auch unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU vermag der Senat keine einschränkende Auslegung vorzunehmen. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG und regelt den Erhalt der Erwerbstätigeneigenschaft (vgl Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Auflage 2018, § 2 FreizügG/EU Rn 103; siehe auch BT-Drs 16/5065, S 208). Nach Art 7 Abs 1 Buchst a) RL 2004/38/EG hat jeder Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist. Für die Zwecke des Abs 1 Buchst a) bleibt nach Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG die Erwerbstätigeneigenschaft dem Unionsbürger, der seine

Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger nicht mehr ausübt, erhalten, wenn er wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig (Buchst a), er sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt (Buchst b), sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt - in diesem Fall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten - (Buchst c) oder er eine Berufsausbildung beginnt, wobei dabei die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft voraussetzt, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren (Buchst d). Art 7 Abs 3 Buchst b) RL 2004/38/EG ist dabei dahingehend auszulegen, dass dieser sowohl Arbeitnehmer als auch Selbständige erfasst. Da auch ein selbständig Erwerbstätiger gezwungen sein kann, seine Tätigkeit aufzugeben, ist dieser Fall mit einem unfreiwilligen Arbeitsplatzverlust eines Arbeitnehmers vergleichbar, denn er befindet sich dann in einer ebenso schwierigen Situation, die mit der eines entlassenen Arbeitnehmers vergleichbar ist. Zudem hat der, der eine Erwerbstätigkeit als Selbständiger im Aufnahmemitgliedstaat ausgeübt hat, zum Sozialversicherungs- und Steuersystem dieses Mitgliedstaats durch die Entrichtung von Steuern, Abgaben und die Tragung von anderen seine Einkünfte mindernden Kosten beigetragen (vgl zum Ganzen: EuGH, Urteil vom 20.12.2017 - C-442/16 - juris). Eine zeitliche Begrenzung, wie lange die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten bleiben soll, ist in Art 7 Abs 3 RL 2004/38/EG nicht vorgesehen.

Wenn in der Begründung zu Art 8 Abs 7 des Vorschlages der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten - KOM(2001) 257 endg - 2001/0111(COD) - darauf verwiesen wird, dass in diesem Absatz das Wesentliche einiger Bestimmungen der Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15.10.1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft (ABl Nr L 257 S 13 - RL 68/360/EWG) übernommen und präzisiert, sowie dabei auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft beim Ausscheiden aus der abhängigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit aufgenommen worden sei (Nr 7 der Erläuterung zu Art 8), kann daraus ebenfalls keine zeitliche Beschränkung entnommen werden. So sah Art 7 Abs 1 der RL 68/360/EWG vor, dass einem Arbeitnehmer eine gültige Aufenthaltserlaubnis nicht allein deshalb entzogen werden konnte, weil er keine Beschäftigung mehr hat, sei es, weil er infolge Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig ist, sei es, weil er unfreiwillig arbeitslos geworden ist, wenn letzterer Fall vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäß bestätigt wird. Bei der ersten Verlängerung konnte nach Art 7 Abs 2 der RL 68/360/EWG die Gültigkeitsdauer der Aufenthaltserlaubnis, wenn der Arbeitnehmer im Aufnahmestaat länger als zwölf aufeinanderfolgende Monate unfreiwillig arbeitslos ist, beschränkt werden, wobei sie jedoch zwölf Monate nicht unterschreiten durfte. Eine Beschränkung des Erhalts der Erwerbstätigeneigenschaft auf maximal zwei Jahre kann daraus nicht abgeleitet werden. Diese erschien zwar nach der alten Rechtslage im Falle der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit möglich, stellte aber die untere Grenze des möglichen Fortbestandes der Aufenthaltserlaubnis dar. Eine entsprechende Regelung des nationalen Rechts war im Gesetz über die Einreise und Aufenthalts von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Aufenthaltsgesetz/EWG) nicht enthalten. Vielmehr war eine Aufenthaltserlaubnis-EG auf Antrag Verbleibeberechtigten, bei denen nach § 6a Abs 7 Nr 2 Aufenthaltsgesetz/EWG Zeiten der Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, als Erwerbstätigkeit angesehen worden sind, für mindestens fünf Jahre erteilt, sofern sie nicht für eine kürzere Zeit beantragt wurde (§ 6a Abs 9 Satz 1 Aufenthaltsgesetz/EWG). Zwar war die Möglichkeit einer nachträglichen zeitlichen Beschränkung der Aufenthaltserlaubnis in § 6a Abs 10 Aufenthaltsgesetz/EWG vorgesehen, die aber nur dann möglich war, wenn die für die Erteilung der Erlaubnis erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr vorlagen.

Auch aus der Richtlinie des Rates vom 17.12.1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben (RL 75/34/EWG) ergibt sich kein Anhaltspunkt, der eine zeitliche Beschränkung des Fortbestandes des Aufenthaltsrechts des Klägers indizieren würde. Eine entsprechende Regelung, wie sie § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU vorsieht, hat es dort nicht gegeben.

Sofern im Vorschlag der Kommission für die RL 2004/38/EG in Art 8 Abs 7 Buchst c) festgehalten war, dass bei einem Anspruch auf Arbeitslosenleistung die Erwerbstätigeneigenschaft erhalten bleibt, bis der Anspruch erlischt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Vielmehr bezog sich diese Begrenzung auf Fälle der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit infolge des Ablaufs eines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrages. Auf den in Art 8 Abs 7 Buchst b) des Vorschlages geregelten Fall der ordnungsgemäß bestätigten unfreiwilligen Arbeitslosigkeit und des Zurverfügungstellens beim zuständigen Arbeitsamt bezog sich die Beschränkung nicht.

Unabhängig davon wäre aber auch zu berücksichtigen, dass nach dem Erwägungsgrund 3 der RL 2004/38/EG nicht nur die bisherigen Rechte auf Freizügigkeit und Aufenthalt vereinfacht, sondern auch verstärkt werden sollten. Dies schließt die Erweiterung zuvor bestehender Aufenthaltsrechte daher nicht aus. Zudem bleiben durch die RL 2004/38/EG günstigere nationale Rechtsvorschriften unberührt (Art 37 RL 2004/38/EWG). Auch in der Begründung zum FreizügG/EU ist ausgeführt, dass ein über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben noch weiter als bisher hinausgehender Schutz vor Aufenthaltsbeendigung für einen erweiterten Personenkreis sichergestellt werden sollte sowie dass bereits das Aufenthaltsgesetz/EWG die Gewährung eines gegen Aufenthaltsbeendigung besonders geschützten Aufenthaltsstatus für Erwerbstätige, Verbleibeberechtigte und die jeweiligen Familienangehörigen vorgesehen habe, der über den damaligen Stand des Gemeinschaftsrecht hinausgegangen sei (BT-Drs 15/420, S 101). Hieraus wird ebenfalls deutlich, dass eine einschränkende Auslegung des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU gegen seinen Wortlaut alleine mit Blick auf die Entstehungsgeschichte nicht angezeigt ist.

Soweit eingewandt wird, dass bei Annahme eines fortgeltenden Aufenthaltsrechts im vorliegenden Fall schon vor Ablauf von fünf Jahren faktisch ein Daueraufenthaltsrecht geschaffen werde, ist zu berücksichtigen, dass dies auch in anderen Fällen, wie sie in § 4a Abs 2 FreizügG/EU genannt werden, eintritt. Im Unterschied zu den dort genannten Fallgruppen ist in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU zwar kein Ausscheiden aus dem Erwerbsleben wegen eines (Vor-)Ruhestandes oder infolge einer vollen Erwerbsminderung erforderlich, jedoch wird anders als in § 4a Abs 2 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU eine selbständige Tätigkeit von mindestens einem Jahr vorausgesetzt. Auch im Vergleich zu § 4a Abs 1 FreizügG/EU, der nicht auf eine Erwerbstätigkeit abstellt, liegt gerade die besondere Fallgestaltung vor, dass der Unionsbürger sich zwar noch keine fünf Jahre im Bundesgebiet aufgehalten hat, er aber bereits mehr als ein Jahr hier gearbeitet hat und seine Tätigkeit unfreiwillig aufgeben musste. Im Übrigen sieht Erwägungsgrund 19 der RL 2004/38/EG ausdrücklich vor, dass abhängig oder selbständig erwerbstätige Unionsbürger in bestimmten Fällen bereits ein Daueraufenthaltsrecht erwerben können sollten, bevor sie einen Aufenthalt

von fünf Jahren im Aufnahmemitgliedstaat vollendet haben.

Da sich die Voraussetzung einer Bescheinigung der zuständigen Agentur für Arbeit in Bezug auf die unfreiwillige Arbeitslosigkeit in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU nur auf die 1. Alt, nicht aber auf die der Einstellung der selbständigen Tätigkeit bezieht (so auch Dienelt aaO Rn 109), kann es vorliegend dahinstehen, ob der Kläger über eine solche verfügt. Dass sich der Kläger arbeitslos melden bzw Nachweise zur Arbeitssuche erbringen muss, ist keine Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU (so aber aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift folgernd: Dienelt aaO Rn 110). Unabhängig davon hat sich der Kläger an den Beklagten gewandt und dort Leistungen beantragt. Auch Pflichtverletzungen in Bezug auf Eingliederungsbemühungen sind nicht erkennbar. Damit hat er einen Nachweis zur Arbeitssuche erbracht (vgl dazu auch BayLSG, Beschluss vom 20.06.2016 - L 16 AS 284/16 B ER - juris).

Es kann damit dahinstehen, dass dem Kläger für den Zeitraum vom 12.01.2018 bis 30.06.2018 bereits deshalb Alg II zusteht, weil der Beklagte insoweit mit Bescheid vom 17.04.2018 vorläufig Alg II nach § 41a Abs 1 SGB II bewilligt hat. Die Voraussetzungen des § 41a Abs 1 SGB II für eine vorläufige Leistungsbewilligung haben nicht vorgelegen. Es kann aber im Hinblick auf obige Ausführungen offen bleiben, ob die Auslegung des Hinweises am Ende des Bescheides, die Gewährung der Leistungen erfolge unter Umsetzung des Beschlusses des SG, dazu führt, dass lediglich ein Ausführungsbescheid anzunehmen wäre, oder eine Rücknahme des Bescheides nicht in Betracht kommen und dieser einen Rechtsgrund für das vorläufige Behaltendürfen der Leistungen darstellen könnte (vgl zu dieser Problematik: Beschluss des Senats vom 19.07.2018 - L 11 AS 329/18 B ER mit Hinweis auf LSG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 12.09.2013 - L 8 AS 378/12 B ER - juris).

Nach alledem hat die Berufung des Beklagten keinen Erfolg und war daher zurückzuweisen. Der Senat belässt es insofern auch bei der Verurteilung des Beklagten dem Grunde nach durch das SG, denn - wie der Bescheid vom 17.04.2018 zeigt - besteht auch der Höhe nach ein Anspruch des Klägers.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG. Im Hinblick auf die Kostenentscheidung bezüglich der ersten Instanz war zu berücksichtigen, dass die Beigeladene einen Antrag vor dem SG gestellt hat, weshalb sie am Kostenrisiko für das Verfahren vor dem SG zu beteiligen war.

Die Revision war gemäß § 160 Abs 2 Nr 1 SGG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen.
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2019-03-22