

L 29 AS 2344/15 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
29
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 131 AS 16762/15 ER

Datum
14.09.2015
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 29 AS 2344/15 B ER

Datum
28.10.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 14. September 2015 geändert. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird in vollem Umfang abgelehnt. Der Antragstellerin wird für das Verfahren vor dem Landessozialgericht Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwältin B P-S, N , B beigeordnet. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die 1970 geborene Antragstellerin ist griechische Staatsangehörige. Nach ihren eigenen Angaben lebt sie seit 2012 in der Bundesrepublik Deutschland und ist in dieser Zeit zeitweisen Beschäftigungen nachgegangen.

Ausweislich einer Auskunft des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten Berlin war die Antragstellerin am 4. Juli 2011 nach Zuzug aus Griechenland in Berlin Mitte gemeldet. Ausweislich der Vermerke der Bundesagentur für Arbeit hielt sich die Klägerin bis zum 28. Februar 2012 in Griechenland auf. Hiernach war sie nach ihrer Einreise vom 1. März 2012 bis zum 31. Mai 2012 drei Monate in Nebenbeschäftigung als Küchenhelferin in einem griechischen Restaurant tätig. Eine weitere Nebenbeschäftigung in einem griechischen Restaurant erfolgte hiernach für zehneinhalb Monate im Zeitraum vom 1. September 2012 bis zum 14. Juli 2013 als Servicekraft. Schließlich ist für die Antragstellerin noch im Zeitraum vom 1. Dezember 2014 bis zum 31. Januar 2015 für zwei Monate eine Nebenbeschäftigung als Servicekraft in einem Bistro belegt. Außer diesen Beschäftigungszeiten sind im Zeitraum vom 1. März 2012 bis zum 7. August 2015 vorwiegend Arbeitsunfähigkeitszeiten und Zeiten der Arbeitslosigkeit registriert. Für den Zeitraum vom 25. Juli 2014 bis zum 24. Januar 2015 ist eine volle Erwerbsminderung für sechs Monate vermerkt.

Ausweislich eines weiteren Vermerks der Agentur für Arbeit vom 19. November 2013 befand sich die Antragstellerin zudem im Zeitraum vom 11. November 2013 bis zum 28. November 2013 ohne Genehmigung nach ihren eigenen Angaben ortsabwesend in Griechenland und erschien deshalb nicht zu einem Termin am 18. November 2013.

Seit März 2013 stand die Antragstellerin bei dem Antragsgegner mit Unterbrechungen im Leistungsbezug nach dem SGB II; zuletzt wurden ihr mit Bescheid vom 19. Juni 2015 für den Monat Juli 2015 Leistungen in Höhe von 594 EUR vorläufig bewilligt.

Einen Weiterbewilligungsantrag vom 30. Juli 2015 lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 31. Juli 2015 unter Hinweis auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) ab. Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schreiben vom 13. August 2015 Widerspruch mit der Begründung, sie halte sich bereits seit 2012 in Deutschland auf und sei zumindest seit März 2013 als Arbeitnehmerin berufstätig gewesen. Ihr Status als Arbeitnehmerin bleibe ihr gemäß § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU erhalten. Zuletzt habe sie sich im Zeitraum vom 12. bis zum 24. Juni 2015 erneut in einer stationären Behandlung und vom 16. Juli 2015 bis zum 7. August 2015 in einer ambulanten Rehabilitationsmaßnahme befunden.

Am 17. August 2015 hat die Antragstellerin bei dem Sozialgericht Berlin den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) sei nicht anwendbar. Sie sei 2012 in die Bundesrepublik gezogen und arbeite zumindest seit Mai 2012 hier. Es bestünde ein

Anspruch, da die Nachwirkung des Arbeitnehmerstatus der Antragstellerin noch nicht abgelaufen sei. Nach insgesamt mehr als einem Jahr Beschäftigungszeiten bleibe ihr Aufenthaltsrecht als Erwerbstätige gemäß § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU unberührt. Sie sei hilfebedürftig und erhalte Unterstützung durch ihre Tochter.

Das Sozialgericht Berlin hat mit Beschluss vom 14. September 2015 den Antragsgegner verpflichtet, der Antragstellerin für die Zeit vom 17. August 2015 bis zum 31. Januar 2015 (gemeint wohl 2016), längstens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, Leistungen zu zahlen und zwar monatlich ab September 2015 vorläufig in Höhe von 789 EUR. Der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) greife nicht, weil die Antragstellerin nicht nur ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche habe. Sie habe vielmehr auch ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 Var.1 Freizügigkeitsgesetz/EU glaubhaft gemacht; die Antragstellerin berufe sich mit Erfolg auf eine fortbestehende Arbeitnehmereigenschaft nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (richtig wohl: § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU) wegen vorübergehender Erwerbsminderung, denn die Antragstellerin sei aktuell aufgrund mehrerer gesundheitlicher Beeinträchtigungen arbeitsunfähig. Jedenfalls aber greife § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU. Die Antragstellerin sei seit ihrer Einreise im Jahre 2012 mehrfach und bei unterschiedlichen Arbeitgebern als Küchenhelfer beschäftigt gewesen. Ihre letzte Beschäftigung habe Ende Januar 2015 unfreiwillig im Sinne der genannten Vorschrift geendet. Eine unfreiwillige Arbeitslosigkeit sei zu bejahen, wenn sie vom Willen des Antragstellers unabhängig oder durch einen legitimen Grund gerechtfertigt sei. Sie setze zudem voraus, dass der Betroffene seinen arbeitsförderungs- und grundsicherungsrechtlichen Obliegenheiten nachkomme. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Unstreitig sei das Arbeitsverhältnis der Antragstellerin aus gesundheitlichen Gründen beendet worden. Sie habe sich im März 2015 einer Meniskusoperation unterziehen müssen und die Tätigkeit nicht mehr ausüben können. Dass diese unfreiwillige Arbeitslosigkeit bis heute nicht von der zuständigen Agentur für Arbeit formal bestätigt worden sei, könne der Antragstellerin nicht zum Nachteil gereichen. Die Arbeitslosigkeit sei auch nach mehr als einem Jahr Tätigkeit eingetreten. Zwar habe die letzte Beschäftigungsdauer der Antragstellerin lediglich zwei Monate betragen. Bei summarischer rechtlicher Prüfung gehe die Kammer jedoch davon aus, dass von der genannten Vorschrift auch Fälle umfasst seien, bei denen es sich wie vorliegend um keine durchgehende Beschäftigung handele, aber insgesamt über mehr als ein Jahr einer Tätigkeit als Arbeitnehmerin nachgegangen worden sei. Denn "nach mehr als einem Jahr Tätigkeit" könne sich sowohl auf eine durchgängige Tätigkeit als auch auf akkumulierte Tätigkeitszeiten beziehen. Die Antragstellerin habe seit ihrer Einreise nach Deutschland zusammengerechnet Tätigkeiten mit einer Dauer von mehr als einem Jahr absolviert.

Gegen diesen dem Antragsgegner am 15. September 2015 zugestellten Beschluss hat er am 18. September 2015 Beschwerde bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt. Zu Unrecht habe das Sozialgericht die Zeiten mehrerer beruflicher Tätigkeiten zusammengerechnet; § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU spreche lediglich von "einem Jahr Tätigkeit". Entsprechend habe sich für die Antragstellerin nur ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin bis zum 31. Juli 2015 ergeben und danach greife der Leistungsausschluss des [§ 7 SGB II](#).

Der Senat hat mit Schreiben vom 6. Oktober 2015 auf die Ausreise der Antragstellerin im November 2013 und einen Beschluss des Landessozialgericht Baden-Württemberg vom 22. Februar 2010 ([L 13 AS 365/10 ER - B](#)) hingewiesen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, zu Recht seien die Zeiten verschiedenen Tätigkeiten zusammenzurechnen. Dass sie (die Antragstellerin) zwischenzeitlich für einige Wochen nach Griechenland zurück gereist sei, sei unerheblich, weil es sich nur um eine vorübergehende Ausreise aus gutem Grund (dem Beschaffen diverser Unterlagen für ihren Antrag auf Kindergeld) gehandelt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird verwiesen auf den Inhalt der Gerichtsakten und den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakten des Antragsgegners (92210//0030117).

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners ist zulässig und begründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint ([§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#)). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der Antragsteller das Bestehen eines zu sichernden Rechts (den so genannten Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anordnungsgrund) glaubhaft macht ([§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#), [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung - ZPO). Auch im Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich (OVG Hamburg, [NVwZ 1990, 975](#)).

Bis zu dem Zeitpunkt der Entscheidung des erkennenden Senates ist schon ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Derartige Ansprüche für die Vergangenheit können regelmäßig nicht im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens anerkannt werden. Diese sind in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Etwas Anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn die sofortige Verfügbarkeit von für zurückliegende Zeiträume zu zahlenden Hilfen zur Abwendung eines gegenwärtig drohenden Nachteils erforderlich ist. Hierzu sind Tatsachen jedoch weder glaubhaft gemacht worden, noch sonst für das Gericht ersichtlich.

Darüber hinaus ist - entgegen der Auffassung des Sozialgerichts - auch ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zumindest dieser fehlende Anordnungsanspruch steht der begehrten einstweiligen Anordnung auch für die Zukunft entgegen.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

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

Ausgenommen sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,
2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,
3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt ([§ 7 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB II](#)).

Nach diesen Regelungen ist der begehrte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht überwiegend wahrscheinlich im Sinne der Legaldefinition des [§ 23 Abs. 1 Satz 2](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) und damit nicht glaubhaft gemacht.

Vorliegend kann dahinstehen, ob die Antragstellerin grundsätzlich die Voraussetzungen für den behaupteten Anspruch nach [§ 7 SGB II](#) erfüllt. Zumindest im Hinblick auf die behauptete Erwerbsfähigkeit ([§ 7 Abs. 1 Nr. 2](#) in Verbindung mit [§ 8 Abs. 1 SGB II](#)) bestehen wegen der Erkrankungen der Antragstellerin und einer sogar bis Ende Januar 2015 bestehenden vollen Erwerbsminderung Bedenken. Und auch die Hilfebedürftigkeit ([§ 7 Abs. 1 Nr. 3](#) in Verbindung mit [§ 9 SGB II](#)) erscheint im Hinblick auf von der Tochter erhaltene Hilfeleistungen sehr fraglich.

Zudem bestehen Zweifel an einem Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche, nachdem die Antragstellerin zumindest ab Februar 2015 einer Erwerbstätigkeit nicht mehr nachgegangen ist und eine konkrete Arbeitsuche nicht einmal behauptet wird. Hierzu verweist der Senat auf den Beschluss des Sächsischen Obergerichtes vom 20. August 2012 ([3 B 202/12](#) m.w.N., zitiert nach juris), wonach für eine Arbeitsuche zwar keine starren Fristen gelten, ein unbeschränktes Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt jedoch auch nicht gewährt wird. Deshalb seien nach Ablauf eines Zeitraums von sechs Monaten sogar aufenthaltsbeendende Maßnahmen grundsätzlich zulässig, wenn der Unionsbürger nicht nachweisen könne, mit konkreter Aussicht auf Erfolg nach Arbeit gesucht zu haben. Vorliegend sind seit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit weit über sechs Monate vergangen, ohne dass eine Arbeitsuche mit konkreter Aussicht auf Erfolg ersichtlich wäre, so dass deshalb schon ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche kaum als glaubhaft gemacht angesehen werden könnte.

Ob ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche letztlich tatsächlich besteht, kann bei einem dann nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) greifenden Leistungsaus-schluss ebenfalls dahinstehen. Ein anderes Aufenthaltsrecht ist jedenfalls nicht er-kennbar.

Ein Daueraufenthaltsrecht aus § 4a Freizügigkeitsgesetz/EU kommt für die Antrag-stellerin schon nach ihrem eigenen Vortrag nicht in Betracht, weil sie sich in der Bun-desrepublik Deutschland frühestens seit März 2012 und damit nicht fünf Jahre stän-dig rechtmäßig oder unter den Bedingungen des § 4a Abs. 2 Freizügigkeitsge-setz/EU aufgehalten hat. Dies gilt im Übrigen auch, sofern man entsprechend der Auskunft des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten Berlin von einem Zuzug der Antragstellerin aus Griechenland nach Berlin am 4. Juli 2011 aus-geht, denn auch dann hat sich die Antragstellerin nicht fünf Jahre rechtmäßig oder unter den Bedingungen des § 4a Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU in der Bundesre-publik Deutschland aufgehalten.

Auch ein behauptetes fortdauerndes Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU ist von der Antragstellerin nicht glaubhaft ge-macht worden.

Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU bleibt das Recht auf Freizügigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU für Arbeitnehmer und selbständig Er-werbstätige unberührt bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit. Bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung bleibt das Recht aus Abs. 1 während der Dauer von sechs Monaten unberührt (§ 2 Abs. 3 S. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU).

Hier kann dahinstehen, ob mehrere kurzzeitige Beschäftigungen für die Erlangung von "mehr als einem Jahr Tätigkeit" im Sinne dieser Regelung zusammengerechnet werden könnten. Selbst wenn dies grundsätzlich als möglich angesehen würde, so könnten jedenfalls vorliegend wegen der zwischenzeitlich erfolgten Ausreise der An-tragstellerin zuvor zurückgelegte Beschäftigungszeiten keine Berücksichtigung fin-den.

Hierzu hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg mit Beschluss vom 22. Feb-ruar 2010 ([L 13 AS 365/10](#) ER- B, m.w.N., zitiert nach juris Rz. 4) Folgendes ausge-führt:

"Der Antragsteller Ziff. 1 hat auch das vor der Ausreise nach Italien im Juni 2006 erworbene Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer verloren.

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU sind Unionsbürger als Arbeit-nehmer freizügigkeitsberechtigt. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsge-setz/EU bleibt dieses Recht aber nur unberührt bei unfreiwilliger durch die zu-ständige Agentur für Arbeit (BA) bestätigter Arbeitslosigkeit (nach mehr als ei-nem Jahr Tätigkeit). Hieraus folgt für den Senat, dass die Arbeitslosigkeit ge-mäß [§ 119](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) Tatbestandsvorausset-zung für die Aufrechterhaltung dieses Freizügigkeitsrechts ist; die Arbeitneh-mereigenschaft besteht nur solange fort, wie Arbeitslosigkeit in diesem Sinne gegeben ist (vgl. dazu auch Hamburgisches Obergericht, Be-schluss vom 14. Dezember 2005 - [3 Bs 79/05](#) - veröffentlicht in juris).

Der Antragsteller Ziff. 1 ist spätestens seit der Ausreise nach Italien nicht mehr arbeitslos gewesen, da er den Vermittlungsbemühungen der BA nicht zur Verfügung stand ([§ 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III](#)). Da die anderen Antragsteller ebenfalls ausreisten, erlosch auch deren - abgeleitetes - Freizügigkeitsrecht (vgl. § 3 Freizügigkeitsgesetz/EU). Mangels anderslautender gesetzlicher Regelung folgt für den Senat bereits aus dem Verlust des Freizügigkeitsrechts (als Arbeitnehmer), dass die damaligen Zeiten der das Freizügigkeitsrecht begründenden Beschäftigung nicht mit den nach der Wiedereinreise verrichteten Zeiten der Beschäftigung für die Wiederbegründung eines neuen

Freizügigkeitsrechts zusammengerechnet werden können."

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat nach eigener Prüfung an.

Soweit die Antragstellerin der Ansicht ist, ihre Ausreise im November 2013 sei nur vorübergehend und aus gutem Grund erfolgt und führe daher nicht zum Verlust des vorher erworbenen Aufenthaltsrechts als Arbeitnehmerin, vermag dem der Senat nicht zu folgen.

Hier ist zunächst festzustellen, dass der von der Antragstellerin behauptete "gute Grund" für den 17-tägigen Aufenthalt in Griechenland nicht einmal glaubhaft gemacht wurde. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dieser Aufenthalt sei nötig gewesen, "um für die Familienkasse Berlin-Brandenburg diverse Unterlagen einzureichen, die sich noch in Griechenland befanden" ist dies schon in sich unschlüssig. Denn soweit die Unterlagen bereits vorhanden waren, ist jedenfalls ein 17-tägiger Aufenthalt zu deren Beschaffung kaum nachvollziehbar. Soweit sie erst in Griechenland zu beschaffen gewesen sein sollten, ist zudem nicht erkennbar, weshalb überhaupt eine Reise nötig wurde und die Unterlagen aus Griechenland nicht auch schriftlich angefordert werden konnten.

Wie der erkennende Senat bereits mehrfach entschieden hat (vergleiche schon Be-schluss vom 21. Juni 2006, [L 29 B 314/06 AS ER](#), zitiert nach juris), ist bei der Prü-fung ob von einer gelungenen Glaubhaftmachung eines behaupteten Anspruches auszugehen ist, zudem nicht entscheidend auf die Angaben des Antragstellers abzu-stellen. Vielmehr beurteilt sich die Frage nach allen äußeren, objektiv erkennbaren Umständen. Insofern ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Erklärungen der Betei-ligten, die mehr und mehr erfahren haben, worauf es ankommt, um die Vorausset-zungen für einen behaupteten Anspruch zu erfüllen, immer weniger glaubhaft werden (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 26. Januar 1998 - [12 M 345/98](#) -, [FEVS 48, Seite 545](#) m.w.N.).

Aber auch wenn als glaubhaft gemacht angesehen würde, dass sich die Antragstelle-rin zur Beschaffung notwendiger Unterlagen für den Antrag auf Kindergeld in Grie-chenland aufgehalten hat, führt diese unstreitig zuvor nicht mitgeteilte Ortsabwesen-heit mit einem Aufenthalt in Griechenland vorliegend zum Erlöschen eines in der Bundesrepublik Deutschland bis zum Ausreisezeitpunkt eventuell bestehenden Auf-enthaltsrecht als Arbeitnehmer.

Vorliegend ist entscheidungserheblich, dass sich die Antragstellerin auch nach ihren eigenen Angaben ohne vorherige Genehmigung vom 11. November 2013 bis zum 28. November 2013 nicht am angegebenen Wohnort in der Bundesrepublik Deutsch-land, sondern ohne vorherige Mitteilung in Griechenland aufgehalten hat. Damit ist sie jedoch in diesem Zeitraum nicht mehr als arbeitslos anzusehen und kann auch ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht als (arbeitslose) Arbeitnehmerin mithin nicht her-leiten, weil nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizü-gigkeitsgesetz/EU insbesondere eine bestehende Arbeitslosigkeit Voraussetzung für ein solches Aufenthaltsrecht ist.

Zur Beurteilung, ob Arbeitslosigkeit im Sinne dieser Regelung vorliegt, ist auf die ge-setzlichen Regelungen des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) abzustellen. Denn nach dem Wortlaut der Regelung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU kommt es zur Beurteilung, ob Arbeitslosigkeit eingetreten ist, auf die Feststellungen der zuständigen Agentur für Arbeit an und für diese stellt mangels speziellerer Rege-lungen vorrangig das SGB III und die dort enthaltenen Definitionen insbesondere zur Arbeitslosigkeit die maßgeblichen und einschlägigen gesetzlichen Regelungen dar.

Nach der im oben genannten Zeitraum der Abwesenheit (November 2013) gültigen gesetzlichen Definition des [§ 138 Abs. 1 SGB III](#) ist arbeitslos, wer Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer ist und

1. nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), 2. sich bemüht, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbe-mühungen), und 2. den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit).

Den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit steht nach [§ 138 Abs. 5 SGB III](#) zur Verfügung, wer

1. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für sie oder ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben kann und darf 2. Vorschlägen der Agentur für Arbeit zu beruflichen Eingliederung zeit- und orts- nach Folge leisten kann, 3. bereit ist, jede Beschäftigung im Sinne der Nr. 1 anzunehmen und auszuüben, und 4. bereit ist, an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilzunehmen.

Schließlich kann nach [§ 152](#) a.F. SGB III in Verbindung mit § 1 der Anordnung des Verwaltungsrats der Bundesanstalt für Arbeit zur Pflicht des Arbeitslosen, Vorschlä- gen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten zu können (Erreichbarkeits- Anordnung - EAO) in der damals gültigen Fassung Vor-schlägen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten, wer in der Lage ist, unverzüglich

1. Mitteilungen des Arbeitsamtes persönlich zur Kenntnis zu nehmen, 2. das Arbeitsamt aufzusuchen, 3. mit einem möglichen Arbeitgeber oder Träger einer beruflichen Eingliede-rungsmaßnahmen Verbindung zu treten und bei Bedarf persönlich mit diesem Zusammen zutreffen und 4. eine vorgeschlagene Arbeit anzunehmen oder an einer beruflichen Eingliede-rungsmaßnahme teilzunehmen.

Der Arbeitslose kann sich gemäß § 2 EAO vorübergehend auch von seinem Wohn-sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt entfernen, wenn

1. er dem Arbeitsamt rechtzeitig seine Anschrift für die Dauer der Abwesenheit mitgeteilt hat, 2. er auch an seinem vorübergehenden Aufenthaltsort die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 erfüllen kann und 3. er sich im Nahbereich des Arbeitsamtes aufhält. Zum Nahbereich können alle Orte in der Umgebung des Arbeitsamtes, von denen aus der Arbeitslose er-forderlichenfalls in der Lage wäre, das Arbeitsamt täglich ohne unzumutbaren Aufwand zu erreichen.

Erfüllt der Arbeitslose nicht die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 bis 3 EAO, steht dies der Verfügbarkeit bis zu drei Wochen im Kalenderjahr nicht entgegen, wenn das Ar-beitsamt vorher seine Zustimmung erteilt hat (§ 3 Abs. 1 S. 1 EAO).

Nach diesen Regelungen ist die Antragstellerin während ihrer Abwesenheit in Griechenland schon deshalb nicht als arbeitslos im Sinne der gesetzlichen Regelungen anzusehen, weil sie der Agentur für Arbeit nicht zur Verfügung stand. Die Antragstellerin war ortsabwesend und hatte dies der Agentur für Arbeit nicht einmal zuvor mitgeteilt, noch gar eine vorherige Zustimmung im Sinne von § 3 Absatz 1 S. 1 EAO eingeholt. Vielmehr hat die Antragstellerin sich erst aus Griechenland mit einer E-Mail vom 15. November 2013 im Hinblick auf einen Termin bei der Agentur für Arbeit am 18. November 2013 gemeldet und mitgeteilt, dass Sie diesen wegen der Ortsabwesenheit nicht wahrnehmen könne. Danach kann dahinstehen, ob im Falle einer erfolgten Zustimmung der Ortsabwesenheit durch die Agentur für Arbeit eine Unterbrechung bis zu drei Wochen zur Beurteilung der fortdauernden Arbeitslosigkeit un-schädlich wäre. Mangels eingeholter Zustimmung ist dies vorliegend jedenfalls nicht der Fall. Durch das Verlassen des Aufenthaltsortes ohne Kenntnis der Agentur für Arbeit endeten somit vorliegend die Verfügbarkeit und damit auch die Arbeitslosigkeit der Antragstellerin am 11. November 2013.

Liegt aber keine Arbeitslosigkeit im Sinne der gesetzlichen Regelungen mehr vor, so kann aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU auch kein Aufenthaltsrecht mehr abgeleitet werden, so dass ein eventuell bisher nach dieser Regelung bestehendes Aufenthaltsrecht erlischt und gegebenenfalls ein neues Aufenthaltsrecht erworben werden muss.

Wie von dem Landessozialgericht Baden-Württemberg in der oben genannten Entscheidung zutreffend ausgeführt folgt daraus auch, dass Beschäftigungszeiten, die zum Entstehen eines nunmehr erloschenen Aufenthaltsrechts geführt haben, bei einer erneuten Einreise nicht nochmals berücksichtigt werden können.

Diese Wertung ergibt sich nach Ansicht des Senats zudem aus der Systematik des Freizügigkeitsgesetzes/EU, welches für ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht als (arbeitsloser) Arbeitnehmer keinen Erhalt dieses Freizügigkeitsrechts bei einem (vorübergehenden) Aufenthalt außerhalb der Bundesrepublik Deutschland und einem hieraus letztlich resultierenden Verlust der Arbeitslosigkeit vorsieht.

Denn anders als im § 4a Abs. 6 und Abs. 7 Freizügigkeitsgesetz/EU sind im hier einschlägigen § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU entsprechende Regelungen bei vorübergehenden Auslandsaufenthalten nicht enthalten.

Nach der Regelung des § 4a Abs. 6 Freizügigkeitsgesetz/EU wird der "ständige Aufenthalt" (im Sinne von § 4a Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU) nicht berührt u.a. durch Abwesenheiten bis zu insgesamt sechs Monaten im Jahr (Nr. 1) oder eine einmalige Abwesenheit von bis zu zwölf aufeinanderfolgenden Monaten aus wichtigem Grund (Nr. 3). § 4a Abs. 7 Freizügigkeitsgesetz/EU wiederum enthält eine Regelung für den Verlust des Daueraufenthaltsrechts bei einer längeren Abwesenheit aus Deutschland "aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grund von mehr als zwei auf einander folgenden Jahren". Diese Sonderregelungen betreffen jedoch schon nach dem klaren Wortlaut ("ständiger Aufenthalt") und der Systematik (als Abs. 6 und Abs. 7 im § 4a Freizügigkeitsgesetz EU) nur den § 4a Freizügigkeitsgesetz/EU und ein hieraus hergeleitetes Daueraufenthaltsrecht.

Nach Ansicht des Senats folgt aus der speziellen Regelung im § 4a Abs. 6 und Abs. 7 Freizügigkeitsgesetz/EU und einer unterlassenen entsprechenden Regelung im § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU, dass ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer bei Beendigung der Arbeitslosigkeit auch infolge eines kurzen Auslandsaufenthalts nicht mehr besteht, weil ein solcher Erhalt gesetzlich gerade nicht vorgesehen ist.

Für die Antragstellerin ergibt sich danach vorliegend, dass nur Beschäftigungszeiten nach ihrer erneuten Einreise (wohl am 28. November 2013) berücksichtigungsfähig sind und damit keine Tätigkeiten von mehr als einem Jahr vorliegen. Berücksichtigungsfähig wären nur zwei Monate Tätigkeit vom 1. Dezember 2014 bis zum 31. Januar 2015. Ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht könnte sich daraus allenfalls für sechs Monate und damit mithin bis zum 31. Juli 2015 ergeben (§ 2 Abs. 3 S. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU).

Auch ein von dem Sozialgericht Berlin angedeutetes fortwirkendes Aufenthaltsrecht als vorübergehend erwerbsgeminderter Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU ist nicht glaubhaft gemacht.

Nach dieser Regelung bleibt für einen Arbeitnehmer oder selbständigen Erwerbstätigen ein nach § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU erworbenes Freizügigkeitsrecht bei "vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall erhalten".

Hierzu ist zunächst feststellen, dass die Antragstellerin selbst für den hier streitigen Zeitraum ab dem 17. August 2015 nicht einmal eine bestehende Arbeitsunfähigkeit oder gar Erwerbsminderung behauptet oder sogar glaubhaft gemacht hat.

Außerdem kann dahinstehen, ob der Antragstellerin ein solches Freizügigkeitsrecht schon wegen des Verlustes ihres Arbeitsplatzes nicht zukommt, weil ein solches Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU unter Berücksichtigung der Regelungen in Art. 7 III a der Richtlinie 2004/38/EG gegebenenfalls arbeitsplatzbezogen ist und damit grundsätzlich den Erhalt des Arbeitsplatzes voraussetzt (vergleiche hierzu Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, Kommentar, 10. Auflage 2013, § 2 Freizügigkeitsgesetz/EU, Rz. 99, m.w.N.).

Jedenfalls kommt auch ein solches Aufenthaltsrecht schon nach dem klaren Wortlaut nur für den Zeitraum einer "vorübergehenden Erwerbsminderung" in Betracht und somit in Anlehnung an den rentenrechtlichen Begriff (vergleiche § 43 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - SGB VI) und unter Berücksichtigung des § 101 Abs. 1 SGB VI nur für die Dauer bis zum Ablauf von sechs Monaten (vergleiche hierzu auch Blüggel in Eicher, SGB II, Kommentar, 3. Auflage 2013, § 8 Rz. 30 f., m.w.N.). Auch diese sechs Monate wären im hier streitigen Zeitraum (ab dem 17. August 2015) verstrichen, wenn eine von der Antragstellerin behauptete Erkrankung im Januar 2015 angenommen würde.

Selbst wenn im Übrigen für das Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU ein längerer Zeitraum als sechs Monate angenommen würde, würde dies nicht zu einer gelungenen Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches führen. Denn nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 SGB II setzt ein Leistungsanspruch nach dem SGB II allgemein voraus, dass der Leistungsbezieher erwerbsfähig ist und allenfalls eine für absehbare Zeit bestehende Erwerbsminderung lässt den Anspruch nicht entfallen. Auch hier ist letztlich auf die rentenrechtlichen Begrifflichkeiten und Regelungen abzustellen, so dass nur für einen Zeitraum von bis zu einschließlich sechs Monaten von einer "auf absehbare Zeit" bestehenden Einschränkung der Erwerbsfähigkeit im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II

ausgegangen werden könnte (Blüggel, a.a.O., § 8 Rz. 30 f., m.w.N.). Wie bereits dargestellt, sind diese sechs Monate bei einer im Januar 2015 erfolgten Erkrankung im hier streitigen Zeitraum ab August 2015 verstrichen.

Insgesamt ergibt sich danach, dass die Antragstellerin im hier streitigen Zeitraum ab dem 17. August 2015 allenfalls ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche geltend machen kann, so dass sie selbst bei angenommener Erwerbsfähigkeit gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) grundsätzlich von Grundsicherungsleistungen ausgeschlossen ist.

Hinsichtlich des Leistungsausschlusses verweist der Senat auf seine eigene ständige Rechtsprechung zu [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#). Nach dieser Regelung sind Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen (unter anderem Beschluss vom 12. Juni 2012, [L 29 AS 1044/12 B ER](#) und Beschluss vom 22. Juni 2012, [L 29 AS 1252/12 B ER](#), beide zitiert nach juris und m.w.N.). Die Wirksamkeit dieses Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) dürfte nunmehr spätestens seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 15. September 2015 ([C-67/14](#)) keinen vernünftigen Zweifeln mehr zugänglich sein.

Danach ist abschließend festzustellen, dass jedenfalls zumindest aufgrund des anzuwendenden Leistungsausschlusses [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches nicht gelungen ist.

Durch diesen Beschluss hat sich der Antrag des Antragsgegners auf Aussetzung der Vollziehung des Beschlusses des Sozialgerichts ([§ 199 Abs. 2 SGG](#)) erledigt.

Der Antragstellerin war Prozesskostenhilfe nach [§ 73a SGG](#) in Verbindung mit [§ 119 Abs.1 S. 2 ZPO](#) ohne Prüfung zu bewilligen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint, weil der Gegner das Rechtsmittel eingelegt hat.

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

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2016-02-26