

L 16 AS 284/16 B ER

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

16

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 40 AS 695/16 ER

Datum

07.04.2016

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 16 AS 284/16 B ER

Datum

20.06.2016

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU bleibt der Arbeitnehmerstatus bei unfreiwilliger, durch die Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit unberührt. Hierbei sind verschiedene Tätigkeiten, die aneinander anschließen, zusammenzurechnen. Dies gilt auch für das Zusammenrechnen von einer abhängigen Beschäftigung und einer selbstständigen Tätigkeit. Die Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft unterliegt zeitlichen Grenzen. Sie wirkt längstens bis zu zwei Jahren nach Beendigung der Tätigkeit fort.

I. Auf die Beschwerde wird der Beschluss des Sozialgerichts München vom 07.04.2016 abgeändert und der Beigeladene verpflichtet, der Beschwerdegegnerin vorläufig Leistungen nach dem SGB XII in Höhe von 1.039 EUR monatlich für die Zeit von April bis Juni 2016 zu erbringen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer trägt 1/10, der Beigeladene 9/10 der außergerichtlichen Kosten der Beschwerdegegnerin.

Gründe:

I.

Zwischen den Beteiligten ist die Gewährung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) für die Zeit vom 22.03.2016 bis zum 30.06.2016 streitig.

Die 1986 geborene Antragstellerin und Beschwerdegegnerin (Bg) reiste im November 2011 in der Bundesrepublik Deutschland ein. In den Jahren 2012 und 2013 arbeitete sie sozialversicherungspflichtig mit einem Bruttolohn in Höhe von 7128 EUR im Jahr 2012 bzw. 7314 EUR im Jahr 2013. Ab Juli 2013 war sie zusätzlich selbstständig erwerbstätig im Bereich Schönheitsbehandlungen (Rasieren), Praxisreinigungen, Kinder- und Seniorenbetreuung, Gebäudereinigung, Haushälterin und Hausmeisterarbeiten (Gewerbeanmeldung vom 04.07.2013). Nach ihren Angaben hatte sie in der Zeit von September 2013 bis März 2014 einen Gewinn von 7207,30 EUR aus selbstständiger Arbeit erzielt (bei Betriebseinnahmen in Höhe von 9321,25 EUR). Für den Zeitraum von September 2012 bis Dezember 2013 war die Bg außerdem in einem Privathaushalt geringfügig beschäftigt. Sie verdiente dort zwischen 120 EUR und 300 EUR monatlich.

Seit Oktober 2013 ist die Bg an der europäischen Hochschule für Recht und Verwaltung in W. als Fernstudentin eingeschrieben.

Vermutlich Anfang des Jahres 2014 hatte sie einen privaten Unfall, der zu einer Knieverletzung führte. Seitdem könne sie ihren früheren Beruf nicht mehr ausüben und habe deshalb ihr Gewerbe zum 01.04.2014 abgemeldet.

Erstmals im August 2014 beantragte sie beim Antragsgegner und Beschwerdeführer (Bf) Leistungen nach dem SGB II unter Vorlage eines Mietvertrages. Die Kaltmiete belief sich ab dem 01.09.2014 auf 505 EUR. Der Bf bewilligte für die Zeit von August bis Januar 2016 durchgehend Leistungen nach dem SGB II, zuletzt mit Bescheid vom 30.07.2015 Leistungen in Höhe von monatlich 944 EUR, davon 545 EUR Kosten der Unterkunft und Heizung.

Am 27.01.2016 beantragte die Bg die Weitergewährung von Leistungen nach dem SGB II. Sie legte eine Bescheinigung des Vermieters vor, nach der sich die Gesamtmiete ab dem 01.01.2016 auf 635 EUR monatlich belaufe. Mit Bescheid vom 02.02.2016 lehnte der Bf den Antrag ab. Der Arbeitnehmerstatus sei mit Aufgabe der Selbstständigkeit zum 01.04.2014 ab diesem Zeitpunkt nach sechs Monaten, also dem 01.11.2014 entfallen. Gegen diesen Bescheid legte die Bevollmächtigte der Bg Widerspruch ein. Die Bg halte sich berechtigt in Deutschland

auf und sei über Jahre selbstständig tätig. Sie habe ihre gewerbliche Tätigkeit aufgrund eines Unfalles nicht mehr ausüben können. Mit Widerspruchsbescheid vom 21.04.2016 wurde der Widerspruch zurückgewiesen, da die Bg gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen sei. Zwar gelte der Ausschlussgrund nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich in der Bundesrepublik Deutschland als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Selbstständige aufhalten. Die Bg übe jedoch seit März 2014 ihre geringfügige Tätigkeit nicht mehr aus und habe auch ihr Gewerbe abgemeldet. Sie könne sich daher nicht auf das sogenannte "Nachwirken der Erwerbstätigkeit" gemäß § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU berufen. Weder ihre selbstständige Tätigkeit, noch die geringfügige Tätigkeit würden eine Arbeitnehmereigenschaft im streitigen Zeitraum begründen. Gegen den Widerspruchsbescheid wurde nach den Angaben der Bevollmächtigten der Bg Klage erhoben.

Am 11.03.2016 beantragte die Bg erneut Leistungen nach dem SGB II beim Bf. Sie legte Kontoauszüge vor, aus denen sich seit Anfang Januar 2016 so gut wie keine Kontobewegungen ergeben.

Bereits am 22.03.2016 stellte die Bevollmächtigte der Bg einen Antrag auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz beim Sozialgericht München. Die Bg sei seit dem 01.11.2011 bis Ende 2013 in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt gewesen. Von Juli 2013 bis März 2014 sei sie selbstständig erwerbstätig gewesen. Ihre Erwerbstätigkeit habe sie aufgrund eines Unfalles aufgeben müssen. Ihr Arbeitnehmerstatus bestehe daher fort. Auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten sei eine Weiterbewilligung von Arbeitslosengeld II geboten, da sie über kein Einkommen und Vermögen verfüge.

Mit Beschluss vom 07.04.2016 verpflichtete das Sozialgericht den Bf für den Monat März 2016 Arbeitslosengeld II in Höhe von 346,33 EUR und für den Zeitraum vom 01.04.2016 bis 30.06.2016 in Höhe von 1039 EUR monatlich zu erbringen. Die Bg sei hilfebedürftig und habe einen Bedarf von derzeit monatlich 1039 EUR. Sie sei nicht vom Leistungsbezug nach dem SGB II nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ausgenommen. Nach dieser Vorschrift seien vom Leistungsbezug lediglich Ausländerinnen und Ausländer ausgenommen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergäbe. Die Bg habe zwar ein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 2 Nr. 1a Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU), da sie Arbeit suche. Das Aufenthaltsrecht der Bg ergebe sich jedoch auch nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU weil ihr Arbeitnehmerstatus fortbestehe. Nach dieser Vorschrift bleibe das Recht auf Einreise und Aufenthalt für Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätige unberührt bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall und bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit. Hiervon ausgehend, sei dem Bf zuzustimmen, dass der Arbeitnehmerstatus nicht wegen des ausgeübten Minijobs und auch nicht wegen der bis Ende 2013 ausgeübten versicherungspflichtigen Beschäftigung bestehen bleibe. Das Gericht gehe aber nach summarische Prüfung davon aus, dass die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt seien, weil die abhängige Beschäftigung und die selbstständige Erwerbstätigkeit nicht getrennt betrachtet, sondern zusammengerechnet werden müssten. Die selbstständige Erwerbstätigkeit wurde seit Juli 2013 und damit ein halbes Jahr parallel zur abhängigen Beschäftigung ausgeübt. Nach Kündigung dieser Beschäftigung sei die Bg nahtlos selbstständig erwerbstätig gewesen und habe damit ihren Lebensunterhalt sichern können (Gewinn von durchgehend über 1000 EUR monatlich). Die abhängige Beschäftigung und die selbstständige Beschäftigung müssten zusammen betrachtet werden. Dafür spreche der Wortlaut des § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU. Zusammengerechnet dauere die abhängige und selbstständige Erwerbstätigkeit der Bg nach Aktenlage zwei Jahre und vier Monate. Ob wirklich eine selbstständige Tätigkeit im angegebenen Umfang ausgeübt worden sei, müsse im Hauptsacheverfahren geklärt werden. Ebenso wie die Umstände der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Es schade nicht, dass nach Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit keine unfreiwillige, von der Arbeitsagentur bestätigte Arbeitslosigkeit bestand, da die Bg ihre selbstständige Tätigkeit wohl infolge von Umständen, auf die sie keinen Einfluss hatte aufgegeben habe. Damit ergebe sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Aufenthaltsrecht der Bg nicht nur aus dem Zweck der Arbeitssuche, sondern auch aus dem Erhalt ihres Arbeitnehmerstatus. Damit greife der Leistungsausschluss nicht ein. Auch ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 5 SGB II](#) aufgrund des Fernstudiums greife nicht ein, da die Ausbildung nach Überzeugung des Gerichts nicht nach dem Bundesausbildungsgesetz förderungsfähig sei.

Gegen diesen Beschluss hat der Bf Beschwerde zum Bayerischen Landessozialgericht erhoben. Er hat sich insbesondere gegen das Zusammenrechnen der genannten Tätigkeiten gewandt und gerügt, dass das Fehlen einer Bestätigung der zuständigen Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit zumindest nach Aufgabe der selbstständigen Tätigkeit als unschädlich erachtet wurde. Aufgrund des Zwecks des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU ergäben sich Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Zusammenrechnung der beiden Tätigkeiten. Erst durch das Ausüben einer Tätigkeit von mehr als zwölf Monaten am Stück könne eine Integration in den deutschen Arbeitsmarkt bewirkt werden. Eine Abfolge kürzerer Beschäftigungsverhältnisse, auch wenn diese sich auf ein Jahr aufsummieren sollten, sei hierfür nicht geeignet. Außerdem habe das Sozialgericht rechtsfehlerhaft das Fehlen der Bestätigung der zuständigen Agentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit bei der Abmeldung der selbstständigen Tätigkeit als unschädlich erachtet. Nach Auffassung des Bf sei eine solche Bestätigung auch bei der Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit erforderlich.

Die Bevollmächtigte der Bg hat beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen und auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts Bezug genommen.

Der Beigeladene hat sich gegen die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in dessen Urteilen vom 03.12.2015 gewandt und erklärt, dass das Sozialamt nicht der Ausfallbürge des Jobcenters sei. Im Übrigen hätte die Bg wohl ein Aufenthaltsrecht, nachdem sie ihren Lebensunterhalt für mehr als zwei Jahre aus abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sichern konnte.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten des Bf sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ([§§ 172, 173 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#) -) ist zulässig und teilweise begründet.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 1 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint.

Voraussetzung für eine solche Anordnung ist, dass sowohl Anordnungsgrund, als auch Anordnungsanspruch (das ist der materiell rechtliche Anspruch) glaubhaft gemacht worden sind ([§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1](#) Zivilprozessordnung - ZPO -). Die Entscheidung darf sowohl auf eine Folgenabwägung wie auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden; hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine etwaige Verletzung von Grundrechten zu verhindern (so BVerfG, Beschluss vom 06.08.2014, [1 BvR 1453/12](#), Rn. 9, juris). Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen. Ist eine der drohenden Grundrechtsverletzung entsprechende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, etwa weil es dafür weiterer, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu verwirklichender tatsächlicher Aufklärungsmaßnahmen bedürfte, ist es von Verfassung wegen nicht zu beanstanden, wenn die Entscheidung über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes auf der Grundlage einer Folgenabwägung erfolgt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.02.2013, [1 BvR 2366/12](#), Rn. 3, juris).

Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist, die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 22.03.2016 bis zum 30.06.2016.

In diesem Zeitraum erfüllt die Bg die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) iVm [§ 19 Satz 1 SGB II](#). Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht vollendet haben (Nr. 1), erwerbsfähig (Nr. 2) und hilfebedürftig (Nr. 3) sind sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (Nr. 4). Die Bg ist insbesondere hilfebedürftig iS des [§ 9 Abs. 1 SGB II](#), weil sie ihren Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, vor allem nicht durch Aufnahme einer zumutbaren Arbeit, aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern konnte und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhielt.

Die Bg ist soweit ersichtlich auch erwerbsfähig nach [§ 8 Abs. 1 SGB II](#).

Ob die Bg von der Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen ist, weil der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. SGB II](#) anwendbar ist, kann der Senat im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht abschließend beurteilen. Nach dieser Vorschrift sind von Leistungen nach dem SGB II Ausländer deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung der für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des Bundessozialgerichts (BSG) erfordert die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. SGB II](#) zunächst die Prüfung des Bestehens eines anderen Aufenthaltsrechts, als das zur Arbeitssuche (BSG, Urteil vom 25.01.2012, [B 14 AS 138/11 R](#), RdNr. 20 f.). Dies kann eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein anderes materielles Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz sein, das über die Günstigkeitsregelung des [§ 11 Absatz 1 Satz 11 FreizügG/EU](#) anwendbar ist (BSG, Urteil vom 30.01.2013, [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 31 ff; BSG, Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 59/13 R](#), Rn. 15; BSG, Urteil vom 20.01.2016, [B 14 AS 35/15 R](#), Rn. 28). Das Vorliegen der Voraussetzungen für ein mögliches anderes Aufenthaltsrecht als ein solches zur Arbeitsuche lässt den Leistungsausschluss entfallen (BSG, Urteil vom 25.01.2012, [B 14 AS 138/11 R](#), Rn. 20 f; BSG, Urteil vom 30.01.2013, [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 31 ff; BSG, Urteil vom 19.10.2010, [B 14 AS 23/10 R](#), Rn. 17 ff).

Es kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Bg ein fortbestehendes Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 3 Nr. 1](#) oder [Nr. 2 FreizügG/EU](#) hat und sich deshalb auf ein anderes Aufenthaltsrecht, neben einem ggf. vorhandenen zur Arbeitsuche, berufen kann. Der Senat hält es jedoch für überwiegend wahrscheinlich, dass die Bf ab April 2016 kein anderes Aufenthaltsrecht hat und daher der Beigeladene ab April 2016 Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch erbringen muss.

Nach [§ 2 Abs. 3 Nr. 1](#) oder [Nr. 2 FreizügG/EU](#) bleibt das Recht auf Einreise und Aufenthalt für Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätige unberührt unter anderem bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall ([Nr. 1](#)) und bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit oder Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte, nach mehr als einem Jahr Tätigkeit ([Nr. 2](#)).

[§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU](#) gewährt Arbeitnehmern und Selbstständigen den Schutz ihrer Rechtsstellung als Freizügigkeitsberechtigte und nicht nur die Gewährung eines Aufenthaltsrechts. Dies ist von Bedeutung für den Schutz vor Aufenthaltsbeendigung und den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechtes. Die Vorschrift entspricht im wesentlichen Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG (Freizügigkeitsrichtlinie), mit dem die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) über die Rechte abhängiger Beschäftigte umgesetzt wurde (Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, [§ 2 FreizügG/EU](#) Rn. 34; Hailbronner Kommentar zum Ausländerrecht, [§ 2 FreizügG/EU](#), Rn. 79). Diese Rechtsstellung als Freizügigkeitsberechtigte behalten auch vorübergehend erwerbsunfähig gewordene Selbstständige unter den in [§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU](#) aufgeführten Voraussetzungen.

Der Senat hält es nicht für überwiegend wahrscheinlich, dass sich die Bg noch auf ein Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU](#) berufen kann. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift bleibt das Aufenthaltsrecht bei vorübergehender Erwerbsminderung infolge Krankheit oder Unfall erhalten. [§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU](#) setzt Art. 7 Abs. 3a RL 2004/38/EG um. In der Freizügigkeitsrichtlinie wird im Gegensatz zum FreizügG/EU nicht von Erwerbsminderung sondern von Arbeitsunfähigkeit gesprochen. Daher ist der Begriff der Erwerbsfähigkeit so auszulegen, dass auf eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit abzustellen ist. Eine Erwerbsminderung iSv [§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU](#) ist dann als vorübergehend anzusehen, wenn aufgrund einer ärztlichen Prognose mit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit gerechnet werden kann (Hailbronner Kommentar zum Ausländerrecht, [§ 2 FreizügG/EU](#), Rn. 81; 2.3.1.1. Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU des Bundesministerium des Inneren vom 03.02.2016 - AVV zum FreizügG/EU). Die Bevollmächtigte der Bg hat vorgetragen, dass diese ihre selbstständige Tätigkeit 2014 wegen eines Unfalls aufgeben musste. Ob dies zu einer Erwerbsminderung nach [§ 2 Abs. 3 Nr. 1 FreizügG/EU](#) führt, die im streitigen Zeitraum fortbesteht, ist fraglich.

Ob der Bg ein Aufenthaltsrecht nach [§ 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU](#) zusteht, kann der Senat ebenfalls nicht abschließend entscheiden. Der Senat hat keine Zweifel daran, dass die Bg nach mehr als einem Jahr Tätigkeit unfreiwillig arbeitslos geworden ist. Wie schon das Sozialgericht ausgeführt hat, sprechen der Wortlaut und der Zweck der Vorschrift dafür, dass der Arbeitnehmerstatus bei einer Tätigkeit von mehr als einem Jahr unberührt bleibt. Hierbei sind verschiedene Tätigkeiten die aneinander anschließen, zusammenzurechnen (so auch

Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 FreizügG/EU Rn. 38; a.A. Hailbronner Kommentar zum Ausländerrecht, § 2 FreizügG/EU, Rn. 85). Dies gilt auch für das Zusammenrechnen einer abhängigen Beschäftigung und einer selbständigen Tätigkeit. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird unterschieden zwischen unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit und der Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte. In beiden Fällen bleibt der Arbeitnehmerstatus unberührt. Der letzte Halbsatz des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU "nach mehr als einem Jahr Tätigkeit", bezieht sich nach dem Wortlaut auf beide zuvor aufgezählten Alternativen der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit. Auch die AVV zum FreizügG/EU geht davon aus, dass unmittelbar aneinander anschließende Tätigkeiten zusammen zu zählen sind (2.3.1.2. AVV zum FreizügG/EU).

Beide Beschäftigungsverhältnisse berücksichtigend hat die Bg mehr als ein Jahr der Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland aufzuweisen, auch wenn in einem Hauptsacheverfahren gegebenenfalls noch zu klären sein wird, welche Gründe zu einer Beendigung der Beschäftigungsverhältnisse geführt haben, insbesondere, ob der damit verbundene Eintritt der Arbeitslosigkeit unfreiwillig gewesen ist. Unfreiwilligkeit in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn das Arbeitsverhältnis aus Gründen, die der Arbeitnehmer nicht zu vertreten hat, vom Arbeitgeber oder wegen eines legitimen Grundes durch den Arbeitnehmer beendet wurde (Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2015, § 2 FreizügG/EU, Rn. 104; Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 FreizügG/EU Rn. 36 m. w. N.).

Der Senat lässt es vorliegend offen, ob auch nach einer Einstellung einer selbstständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbstständige keinen Einfluss hatte, eine Arbeitslosmeldung erforderlich ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine solche nicht erforderlich. Die in § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU für Selbstständige genannten Voraussetzungen für den Erhalt des Freizügigkeitsrecht finden in der Freizügigkeitsrichtlinie keine Entsprechung. Trotzdem ist es nahe liegend, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU unionsrechtlich auszulegen. (Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 FreizügG/EU Rn. 37). Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen eher dafür, dass auch der Selbstständige einen Nachweis zur Arbeitssuche erbringen muss. Einen solchen könnte die Bg für den streitigen Zeitraum erbracht haben, da sie im August 2014 einen Leistungsantrag beim Bf gestellt hat. Eine Pflichtverletzung der Bg nach [§ 31 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 SGB II](#) wurde soweit ersichtlich nicht festgestellt.

Zu beachten ist aber, dass die Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft zeitlichen Grenzen unterliegt. Das Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU besteht nur solange, wie die Arbeitnehmereigenschaft fort gilt. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG ergibt sich, dass die Arbeitnehmereigenschaft bis zu zwei Jahren nach Beendigung der Tätigkeit, die die Arbeitnehmereigenschaft vermittelt, fortbestehen kann. Zur Begründung des Kommissionsentwurfs der Richtlinie wurde ausgeführt, dass die wesentlichen Bestimmungen der RL 68/360/EWG übernommen wurden. In Art. 7 Abs. 2 RL 68/360/EWG konnte die Gültigkeit der Aufenthaltserlaubnis beschränkt werden, nachdem der Arbeitnehmer länger als 12 Monate unfreiwillig arbeitslos war. Die Beschränkung durfte jedoch 12 Monate nicht unterschreiten. Somit blieb bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit das Aufenthaltsrecht für zwei Jahre erhalten. Übertragen auf § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU bedeutet dies, dass die Arbeitnehmereigenschaft für längstens zwei Jahre erhalten bleibt (vgl. zur Begründung im Einzelnen: Dienelt, in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Aufl. 2015, § 2 FreizügG/EU Rn. 107 ff; a.A. Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 2 FreizügG/EU Rn. 38, danach erlischt das Freizügigkeitsrecht nur, wenn der Unionsbürger aus dem Arbeitsleben ausgeschieden ist, weil er z.B. nicht mehr vermittelbar ist). Eine zeitliche Grenze ergibt sich auch aus der Systematik des Gesetzes. Nach § 4a Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU erhalten Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben ein Daueraufenthaltsrecht. § 4a Abs. 2 FreizügG/EU legt die Bedingungen für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechtes für Erwerbstätige fest, die ihre Erwerbstätigkeit beenden, bevor sie ein Daueraufenthaltsrecht nach Abs. 1 erworben haben ([BT-Drs. 16/5065, S. 210](#)). Würde die Arbeitnehmereigenschaft zeitlich unbegrenzt fortbestehen, würde dies die Möglichkeit eröffnen ein Daueraufenthaltsrecht schon nach einer Tätigkeit von mehr als einem Jahr zu erwerben. Dies widerspricht den Regelungen in § 4a Abs. 2 FreizügG/EU.

Ein Aufenthaltsrecht der Bg nach dem AufenthG, insbesondere nach der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU, ist nicht ersichtlich.

Somit ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Bg spätestens ab April 2016 kein fortwirkendes Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU hat, da sie ihre selbstständige Tätigkeit am 01.04.2014 beendet hat und damit die zeitliche Grenze der Fortgeltung der Arbeitnehmereigenschaft von zwei Jahren mit Ablauf des Monats März 2016 überschritten ist. Damit ist die Bg ab dem 01.04.2016 wegen des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen, da es überwiegend wahrscheinlich ist, dass sie über kein Aufenthaltsrecht verfügt (wohl auch nicht über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche, da sie bereits seit mehr als zwei Jahre erfolglos Arbeit sucht).

Der Leistungsausschluss ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar. Das ergibt sich aus den Entscheidungen des EuGH vom 11.11.2014 ([C-333/13](#) - Dano), vom 15.9.2015 ([C-67/14](#) - Alimanovic) und vom 25.02.2016 ([C-299/14](#) - Garcia-Nieto).

Somit ist der Bf nur bis zum 31.03.2016 verpflichtet Leistungen nach dem SGB II zu gewähren. Für die Zeit ab April 2016 hat die Bg nach der Rechtsprechung beider für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des Bundessozialgerichts jedoch ein Recht auf Existenzsicherung durch Hilfe zum Lebensunterhalt gemäß [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) gegenüber dem Beigeladenen (vgl. BSG, Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn. 36ff).

Die Leistungsvoraussetzungen nach [§ 19 Abs. 1](#), [§ 27 Abs. 1 SGB XII](#) erfüllte die Bg. Zur nach [§ 18 Abs. 1 SGB XII](#) erforderlichen Kenntnis des Sozialhilfeträgers ist auf die Kenntnis des beklagten Jobcenters zu verweisen (BSG, Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn. 39 m.w.N.).

Die Bg kann sich wegen des Leistungsbezuges nach dem SGB XII als bulgarische Staatsangehörige nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953 (EFA) berufen, denn das EFA ist weder nach seinem sachlichen noch nach seinem persönlichen Anwendungsbereich einschlägig, da die Bg bulgarische Staatsangehörige ist und Bulgarien kein Unterzeichnerstaat des Abkommens ist (vgl. BSG, Urteil vom 20.01.2016, [B 14 AS 35/15 R](#), Rn. 30).

Die Bg war nicht nach [§ 21 SGB XII](#) von Leistungen zum Lebensunterhalt ausgeschlossen, weil sie zum einen dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) unterfiel und zum anderen bei der Abgrenzung zwischen dem Leistungssystem des SGB II und dem des SGB XII nicht nur auf das Kriterium Erwerbsfähigkeit abgestellt werden kann (vgl. im Einzelnen: BSG, Urteil vom 3.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn. 40 ff).

m.w.N).

Der Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Alt 1 SGB XII](#) - eingereist, um Sozialhilfe zu erlangen - steht, soweit erkennbar, der Leistungsgewährung nicht entgegen, da es an einem finalen Zusammenhang zwischen der Einreise der Bg in die Bundesrepublik Deutschland und dem Sozialhilfebezug fehlt (BSG, Urteil vom 18.11.2014, [B 8 SO 9/13 R](#), Rn. 25).

Ob die Bg ab April 2016 noch über ein Aufenthaltsrecht zu Arbeitssuche verfügt kann der Senat nicht abschließend beurteilen. Für ein solches Aufenthaltsrecht wäre es zumindest notwendig, dass sie nachweist, dass sie weiterhin mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU). Dies kann im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch dahingestellt bleiben, da auch für den Fall, dass die Bg, weder materiell freizügigkeitsberechtigt nach dem FreizügG/EU noch aufenthaltsberechtigt nach dem AufenthG ist, ein Anspruch auf Sozialhilfe im Wege des Ermessens nach [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) besteht und lediglich der Rechtsanspruch auf Sozialhilfe entfällt. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift (BSG, Urteil vom 03.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn.48 ff und 51).

Hinsichtlich der Höhe der Leistungen, liegen die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf null vor, da sich die Bg länger als sechs Monate in Deutschland aufhält und sich daher ihr Aufenthaltsrecht verfestigt hat (BSG, Urteil vom 3.12.2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn. 53 ff). Dies ergibt sich aus der Systematik des [§ 23 Abs. 3 S. 1 Alt.2 SGB XII](#) im Verhältnis zu [§ 23 Abs. 1 Satz 1](#) und 3 SGB XII sowie aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Asylbewerberleistungsgesetz (Urteil vom 18.07.2012, [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#)). In dieser Entscheidung hat das BVerfG eine Differenzierung in der Ausgestaltung der existenzsichernden Leistungen nach dem Aufenthaltsstatus abgelehnt, da nur bei einem kurzfristigen Aufenthalt von Minderbedarfen ausgegangen werden könne.

Sollte sich die Bg in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich ohne materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder einem anderen materiellen Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz aufhalten, kann durch die Ausländerbehörde der Verlust der Freizügigkeitsberechtigung durch Verwaltungsakt festgestellt werden (§ 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU). Nach der förmlichen Verlustfeststellung wird die sofortige Ausreisepflicht begründet (§ 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU). Die Bg hätte dann mit Verlustfeststellung einen Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz - AsylbLG - (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG) und keinen Leistungsanspruch mehr nach dem SGB XII.

Daher war der Beschluss des Sozialgerichts München für die Zeit ab April 2016 abzuändern und der Beigeladene zu verpflichten Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Hinsichtlich der Höhe der Leistungen wird auf den angefochtenen Beschluss des Sozialgerichts München Bezug genommen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) in entsprechender Anwendung.

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2016-09-08