

## L 19 AS 1204/20

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)

Aktenzeichen  
S 32 AS 3361/19  
Datum  
29.06.2020

2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 19 AS 1204/20

Datum  
19.11.2020

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 29.06.2020 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Klägers im Berufungsverfahren werden nicht erstattet. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist der Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 01.03.2019 bis 31.12.2019 streitig.

Der am 00.00.1992 in der Bundesrepublik geborene ledige Kläger ist griechischer Staatsangehöriger. Im Jahr 1997 reiste er nach Griechenland aus. Im Jahr 2013 leistete der Kläger den Wehrdienst in Griechenland ab und arbeitete in der Zeit vom 02.01.2014 bis 23.10.2015 im Gaststättengewerbe.

Zum 01.02.2016 reiste der Kläger in die Bundesrepublik ein. Ab dem 09.02.2016 ist er durchgehend in der Bundesrepublik gemeldet. Der Kläger bewohnte im Jahr 2019 eine 38 m<sup>2</sup> große Wohnung. Die Bruttomiete betrug 290,00 EUR

In der Zeit vom 27.04.2016 bis 31.12.2016 war der Kläger bei der Firma T Service GmbH sozialversicherungspflichtig beschäftigt. In dem am 18.05.2016 geschlossenen Arbeitsvertrag war eine Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2016 vereinbart. Als Arbeitslohn war ein Stundenlohn von 8,50 EUR vorgesehen. In Ziffer 4 des Arbeitsvertrages war eine wöchentliche Arbeitszeit nach Bedarf sowie 80 Stunden pro Monat vereinbart.

Am 01.08.2017 schloss der Kläger mit der Firma L B einen unbefristeten Arbeitsvertrag zum 15.08.2017 ab. Als Nettovergütung wurde ein Betrag von 380,00 EUR bei einem Stundenlohn von 10,50 EUR vereinbart. Als regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit waren 10 Stunden vorgesehen. Mit Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts I vom 11.07.2018, O Ca 00/18, wurde die Firma L B verurteilt, dem Kläger für den Monat August 2017 eine Arbeitsvergütung i.H.v. 273,00 EUR und für September 2017 eine Arbeitsvergütung i.H.v. 223,56 EUR zu zahlen. Der Kläger hatte vorgetragen, dass er im Zeitraum vom 15.08.2017 bis 31.08.2017 an dreizehn Tagen je 2 Stunden, insgesamt 26 Stunden, und im September 2017 an elf Tagen je 2 Stunden, insgesamt 22 Stunden zu einem Stundenlohn von 10,50 EUR für die Firma gearbeitet habe. Im Verfahren S 32 AS 4975/18 vor dem Sozialgericht Dortmund trug der Kläger vor, dass er von Herrn B als Bauhelfer auf einer Baustelle eingesetzt worden sei. Er habe gegenüber seinem Arbeitgeber seine Arbeitskraft angeboten, diese sei von dem Arbeitgeber mit dem Argument, dass er über keine weitere Arbeit verfüge, nicht abgerufen worden. Es sei vereinbart worden, dass der Vertrag zum 01.10.2017 ende. Den Zugang der von seinem ehemaligen Arbeitgeber behaupteten fristlosen Kündigung bestreite er.

Das Ausländeramt der Stadt I forderte den Kläger mit Schreiben vom 02.11.2017 zwecks Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen auf, eine Arbeitsbescheinigung oder einen Arbeitsvertrag über mindestens 380,00 EUR netto und mindestens 10 Stunden in der Woche vorzulegen. Daraufhin legte der Kläger einen am 13.11.2017 geschlossenen Arbeitsvertrag mit der Firma H über eine geringfügige Beschäftigung vor, in dem eine regelmäßige Arbeitszeit von 41 Stunden im Monat und eine wöchentliche Arbeitszeit von 9,5 Stunde vereinbart war. Mit Schreiben vom 15.11.2017 wies das Ausländeramt den Kläger darauf hin, dass er laut Arbeitsvertrag nur 9,5 Stunden in der Woche arbeite. Um den Arbeitnehmerstatus zu erhalten, bedürfe es einer Mindeststundenzahl von 10 Stunden wöchentlich. In der Ausländerakte befindet sich ein weiterer vom 13.11.2017 datierter Arbeitsvertrag mit der Firma H. In diesem unbefristeten Arbeitsvertrag war vereinbart, dass der Kläger ab dem 13.11.2017 als Aushilfe eingestellt werde, die regelmäßige Arbeitszeit 43,5 Stunden pro Monat und 10 Stunden in der Woche sowie der Stundenlohn 9,25 EUR und Monatslohn 402,38 EUR betrage. Der Kläger beantragte bei der Bundesknappschaft die Befreiung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung im Rahmen seiner geringfügig entlohnten

Beschäftigung.

Ab dem 01.05.2018 war der Kläger bei der Firma H sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Die Firma kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 17.07.2018 zum 31.07.2018. Die Agentur für Arbeit in I bestätigte unter dem 29.11.2018, dass in Bezug auf die Beschäftigung vom 01.04.2018 bis ein 31.07.2018 die Arbeitslosigkeit unverschuldet eingetreten sei. Die unfreiwillige Arbeitslosigkeit i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 2 FreizügG/EU werde bestätigt.

Der Kläger bezog in der Zeit vom 15.08.2017 bis 31.10.2018 vom Beklagten Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 08.10.2018 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 24.11.2018 bewilligte der Beklagte dem Kläger Grundsicherungsleistungen für die Monate November 2018 bis Oktober 2019. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 04.12.2018 nahm der Beklagte die Leistungsbewilligung ab Februar 2019 zurück. Das Arbeitsverhältnis mit der Firma H sei zum 31.07.2018 beendet gewesen, sodass der Arbeitnehmerstatus nur bis zum 30.01.2019 fortwirke.

Den Antrag des Klägers auf Überprüfung des Bescheides vom 04.12.2018 lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 28.01.2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2019 ab. Die hiergegen erhobene Klage, S 32 AS 1571/19, wies das Sozialgericht Dortmund durch Gerichtsbescheid vom 06.08.2019 ab. In dem anschließenden Berufungsverfahren, L 19 AS 1441/19, nahm der Kläger die Berufung zurück.

Am 24.01.2019 schloss der Kläger mit dem Inhaber des Restaurants P, Herrn I1, in N einen unbefristeten Arbeitsvertrag über eine Beschäftigung mit einer Arbeitszeit von 10 Stunden monatlich und einer monatlichen Vergütung i.H.v. 100,00 EUR ab.

Mit Bescheid vom 06.02.2019 lehnte der Beklagte den Antrag "vom 21.09.2018" ab, weil der Kläger ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche habe. Bei dem Arbeitsverhältnis in dem Restaurant P handle sich um eine untergeordnete Tätigkeit, mit der der Kläger keinen erheblichen Beitrag zum Lebensunterhalt beisteuern könne. Daher sei ein Arbeitnehmerstatus nicht gegeben. Hiergegen legte der Kläger am 12.02.2019 Widerspruch ein, den der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 26.02.2019 zurückwies. Den Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung wies das Sozialgericht Dortmund mit Beschluss vom 09.04.2019, S 32 AS 841/19 ER, ab.

Am 30.08.2019 schloss der Kläger mit dem Inhaber der Gaststätte P in N einen Arbeitsvertrag als Servicekraft beginnend zum 01.09.2019. In diesem Vertrag war geregelt, dass der Kläger im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sein Arbeitsentgelt pro geleisteter Arbeitsstunde i.H.v. 10,00 EUR sowie ein monatliches Bruttogehalt i.H.v. 250,00 EUR erhalte. Am 24.01.2020 beantragte der Kläger beim Beklagten die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen. Diesen Antrag lehnte der Beklagte durch Bescheid vom 19.06.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2020 ab. Hiergegen erhob der Kläger Klage, S 32 AS 3455/20.

Mit Schreiben vom 12.02.2020 forderte das Ausländeramt der Stadt I den Kläger zwecks Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen auf, u.a. einen Nachweis über den Arbeitnehmerstatus vorzulegen. Daraufhin reichte der Kläger die beiden Arbeitsverträge mit dem Inhaber des Restaurants P ein.

Mit Schreiben vom 18.06.2020 wurde der Kläger vom Ausländeramt der Stadt I u.a. aufgefordert, den Nachweis über den Arbeitnehmerstatus (Arbeitsvertrag, Arbeitsbescheinigung) über mindestens 10 Stunden in der Woche und mindestens 380,00 EUR Verdienst im Monat vorzulegen. Dem Ausländeramt wurde ein Arbeitsvertrag vom 25.06.2020 übermittelt, wonach der Kläger im Restaurant P ab dem 01.07.2020 bis zum 30.06.2021 als Servicekraft im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses mit einem Arbeitsentgelt pro geleisteter Arbeitsstunde von 10,00 EUR bzw. 450,00 EUR monatlich beschäftigt wird.

Am 11.04.2019 beantragte der Kläger die Überprüfung des Bescheides vom 06.02.2019. Diesen Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 08.05.2019 ab. Bei Erlass des zur Überprüfung gestellten Bescheides sei das Recht richtig angewandt worden. Auch sei man von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen.

Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies der Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 07.06.2019 als unbegründet zurück.

Am 11.07.2019 hat der Kläger Klage gegen den Bescheid vom 08.05.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.06.2019 erhoben.

Er hat vorgetragen, dass er hilfebedürftig im Sinne von [§ 7 SGB II](#) sei. Er sei im Restaurant P angestellt, verdiene dort als Spülkraft monatlich 100,00 EUR. Er werde jeden zweiten Freitagabend von 17:00 bis 22:00 Uhr eingesetzt. Zuvor sei er bei dem Restaurant H beschäftigt gewesen. Dieses Arbeitsverhältnis habe er unfreiwillig aufgegeben, da er ordentlich betriebsbedingt gekündigt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung des Überprüfungsbescheides vom 08.05.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.06.2019 zu verurteilen, den Ablehnungsbescheid vom 06.02.2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2019 zurückzunehmen und ihm Arbeitslosengeld II in gesetzlicher Höhe zu gewähren für die Monate März bis Dezember 2019.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 29.06.2020 hat das Sozialgericht Dortmund die Klage abgewiesen. Auf die Gründe wird Bezug genommen.

Gegen das seinem Bevollmächtigten am 15.07.2020 zugestellte Urteil hat der Kläger am 14.08.2020 Berufung eingelegt.

Er verfolgt sein Begehren weiter. Das Sozialgericht habe die Voraussetzung des Aufenthaltsrechtes gemäß den Regelungen des FreizügG/EU verkannt. Die vom Sozialgericht vorgenommene Auslegung des im FreizügG/EU verwandten Begriffes des Arbeitnehmers gehe fehl. Nach

dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 12.09.2018 - B 14 AS 18/17R - sei von einer wesentlichen Tätigkeit bereits dann auszugehen, wenn ein Betrag von 100,00 EUR monatlich aus einer unselbstständigen Tätigkeit erzielt werde. Er habe sein Arbeitsverhältnis im Restaurant H, beginnend ab dem 13.11.2017, unfreiwillig aufgegeben, da er ordentlich betriebsbedingt gekündigt worden sei. Das Arbeitsverhältnis im Restaurant P habe am 25.01.2019 begonnen. Er habe sich in der Zeit immer bemüht, seine Stunden und damit auch seine Vergütung zu erhöhen. Nachdem er sich bewährt habe, sei der Änderungsvertrag zum 01.09.2019 geschlossen worden. Ab diesem Zeitpunkt habe er 250,00 EUR verdient. Unstreitig dürfte sein, dass ab dem 01.09.2019 von einer wesentlichen Tätigkeit auszugehen sei. Es sei dem erstinstanzlichen Gericht zu zugestehen, dass ein Rechtssatz nicht existiere, wonach bei einem Verdienst von 100,00 EUR monatlich von einer wesentlichen Tätigkeit auszugehen sei. Die vorzunehmende Gesamtschau führe allerdings dazu, dass eine Arbeitnehmereigenschaft im vorliegenden Fall nach dem FreizügG/EU zu bejahen sei. Die Regelungen des FreizügG/EU orientierten sich daran, inwieweit eine Integration in den Arbeitsmarkt gelungen sei. Hierbei sei somit bei einer Gesamtschau nicht nur auf die im Entscheidungszeitpunkt ausgeübte Tätigkeit, sondern auch auf die Vorbeschäftigung abzustellen. Er sei bereits in den Arbeitsmarkt integriert gewesen und habe nach einer unfreiwilligen Arbeitsaufgabe eine Weiterbeschäftigung gefunden. Auch hier habe er sich bemüht, die Stundenzahl heraufsetzen zu lassen und somit mehr zu verdienen. Insofern sei von einer gelungenen Integration in den Arbeitsmarkt auszugehen.

Der Kläger hat beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 29.06.2020 und den Überprüfungsbescheid vom 08.05.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.06.2019 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld II in gesetzlicher Höhe für die Monate März bis Dezember 2019 zu gewähren

Der Beklagte hat beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen

Er hält das Urteil für zutreffend. Entscheidend sei, ob zum Zeitpunkt der Ablehnungsentscheidung im Februar 2019 der Kläger eine echte und nicht völlig untergeordnete Tätigkeit ausgeübt habe, die geeignet gewesen sei, eine Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU zu begründen. Bei der vorzunehmenden Gesamtschau sei zu berücksichtigen, dass die Tätigkeit als Spülkraft zum entscheidungsrelevanten Zeitpunkt im Februar 2019 höchstens viermal ausgeübt wurde (jeden zweiten Freitagabend für jeweils 5 Stunden); die Bezahlung sei bar erfolgt. Die Arbeitsstätte habe sich über 30 km entfernt von dem Wohnort befunden und dies bei einem Verdienst von monatlich 100,00 EUR. Die Tätigkeit, die nur ca. zweimal im Monat für jeweils einen Abend ausgeübt werde, habe so gut wie gar kein Gewicht. Sie sei eher vergleichbar mit einer Tätigkeit, mit der Schüler ihr Taschengeld aufbesserten. Die Tätigkeit habe weder ansatzweise den Alltag des Klägers bestimmt noch lasse sich wegen einer solche Tätigkeit eine Bindung an den deutschen Arbeitsmarkt feststellen. Eine Fortwirkung des Arbeitnehmerstatus i.S.v. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und S. 2 FreizügG/EU komme aufgrund des Ablaufs der sechs Monate nicht in Betracht. Eine Beschäftigungsdauer von über einem Jahr i.S.v. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU könne sich nur durch Addition, mit vorangegangenen Beschäftigungsverhältnissen ergeben. Dagegen spreche, dass die Unterbrechung zwischen der Beschäftigungszeit vom 27.04.2016 bis 31.12.2016 und die Aufnahme der Tätigkeit zum 13.11.2017 mehr als acht Monate betragen habe. Die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU sei eng auszulegen.

Zu weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakten des Beklagten sowie den beigezogenen Akten des Sozialgerichts Duisburg S 32 AS 4975/18, S 32 AS 841/19 ER, S 32 AS 1571/19 und S 32 AS 3455/20 und der Ausländerakte der Stadt I, Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Streitgegenstand des Verfahrens ist der Bescheid vom 08.05.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.06.2019, mit dem der Beklagte den Antrag auf Rücknahme des Bescheides vom 06.02.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2019 und die Gewährung von Grundsicherungsleistungen für die Zeit ab dem 01.02.2019 im Wege des Überprüfungsverfahrens nach [§ 44 SGB X](#) abgelehnt hat. Der streitige Zeitraum ist durch den im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Klageantrag auf den Zeitraum vom 01.03.2019 bis 31.12.2019 begrenzt worden.

Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage nach [§ 54 Abs. 1 S. 1 1 Alt. SGG](#) i.V.m. [§ 56 SGG](#) (vgl. zur Klageart bei ablehnenden Bescheiden nach [§ 44 SGB X](#): BSG, Urteil vom 24.05.2017 - [B 14 AS 32/16 R](#)). Mit der Anfechtungsklage begehrt der Kläger die Aufhebung des die Überprüfung ablehnenden Verwaltungsaktes vom 08.05.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.06.2019. Die Verpflichtungsklage ist auf die Erteilung eines Bescheides gerichtet, der den bindenden leistungsablehnenden Bescheid ändert. Mit der Leistungsklage beantragt der Kläger die Erbringung von Grundsicherungsleistungen für die Zeit ab dem 01.03.2019 (BSG, Urteil vom 13.02.2014 - [B 4 AS 22/13 R](#)).

Das Sozialgericht hat im Ergebnis zutreffend die Klage abgewiesen.

Die Kläger sind nicht beschwert i.S.v. [§ 54 Abs. 2 S. 1 SGG](#). Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig.

Der Beklagte hat es zutreffend nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) (i.d.F. des Gesetzes vom n der Bekanntmachung vom 26.07.2016, [BGBl I 1824 - a.F.](#)) i.V.m. [§ 44 Abs. 1 SGB X](#) abgelehnt, seine durch Bescheid vom 06.02.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2019 getroffene Entscheidung betreffend die Ablehnung der Gewährung von Grundsicherungsleistungen an den Kläger für die Zeit ab dem 01.02.2019 zu ändern und dem Kläger ab dem 01.03.2019 Grundsicherungsleistungen zu gewähren.

Nach [§ 44 Abs. 1 S. 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt

ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Der Verwaltungsakt, dessen Rücknahme begehrt wird, muss im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe, als von Anfang an, d. h. nach der im Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe bestehenden Sach- und Rechtslage, rechtswidrig sein. Wird er hingegen erst nachträglich rechtswidrig, kann er nur unter den Voraussetzungen des § 48 SGBX aufgehoben werden (vgl. BSG, Urteil vom 15.06.2010 - [B 2 U 22/09 R](#); siehe auch Merten in: Hauck/Noftz, SGB, 04/18, § 44 SGB X, Rn. 23 m.w.N.; Schütze, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 44 Rn. 10 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Der Bescheid vom 06.02.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.02.2019 ist zum Zeitpunkt seiner Bekanntgabe rechtmäßig gewesen. Dem Kläger hat gegenüber dem Beklagten im März 2019 keinen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II zugestanden.

Der Kläger hat zwar im Februar 2019 die Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1, 2 und 4 SGB II](#) erfüllt. Er hatte das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht (Nr. 1), hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland gehabt (Nr. 4) und ist erwerbsfähig gewesen (Nr. 2). Dahinstehen kann, ob der Kläger hilfebedürftig i.S.v. [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 SGB II](#) gewesen ist.

Jedenfalls ist der Kläger nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (i.d.F. des Gesetzes vom 22.12.2016, [BGBI I 3155](#) mit Wirkung zum 29.12.2016) vom Leistungsbezug ausgeschlossen gewesen. Hiernach sind Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, 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 Artikel 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 ableiten (ABl. L 141 vom 27.05.2011, S. 1, geändert durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.04.2016, S. 1). Abweichend von Satz 2 Nr. 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben ([§ 7 Abs. 1 S. 4 Halbs. 1 SGB II](#)).

[§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) findet auf den Kläger Anwendung. Er kann sich im streitigen Zeitraum nicht auf einen Aufenthalt von fünf Jahren in Deutschland berufen ([§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)), da er erst im Februar 2016 nach Deutschland eingereist und melderechtlich erfasst worden ist.

Der Kläger ist nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a\) und b\) SGB II](#) von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ausgeschlossen gewesen. Denn der Kläger hat im Februar 2019 allenfalls über ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU](#) verfügt, so dass er nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 b\) SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen gewesen ist. Ein anderes Aufenthaltsrecht aus [§§ 2 Abs. 2 und Abs. 3, 3, 4, 4a FreizügG/EU](#) oder nach den Bestimmungen der RL 2004/38/EG - bis auf ein Aufenthaltsrecht aus [§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU](#) - hat für ihn nicht bestanden.

Im Februar 2019 hat der Kläger keine (abhängige oder selbständige) Tätigkeit ausgeübt ([§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FreizügG/EU](#), Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) RL 2004/38/EG). Die am 25.01.2019 aufgenommene Tätigkeit im Restaurant P hat keine Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#) begründet.

Der Begriff des Arbeitnehmers in [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#) ist europarechtlich geprägt. Arbeitnehmer nach Art. 45 AUEV ist jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Dies ist gestützt auf objektive Kriterien und in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen, festzustellen (EuGH, Urteile vom 6.11.2003 - [C-413/01](#) und vom 21.02.2013 - [C-46/12](#)). Um Arbeitnehmer zu sein, muss die betreffende Person während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Für die Gesamtbewertung der Ausübung einer Tätigkeit als Beschäftigung und damit die Zuweisung des Arbeitnehmerstatus ist Bezug zu nehmen insbesondere auf die Arbeitszeit, den Inhalt der Tätigkeit, eine Weisungsgebundenheit, den wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung, die Vergütung als Gegenleistung für die Tätigkeit, den Arbeitsvertrag und dessen Regelungen sowie die Beschäftigungsdauer (EuGH, Urteile vom 19.07.2017 - [C - 143/16](#) m.w.N. und vom 04.02.2010 - [C-14/09](#); vgl. zusammenfassend: BSG, Urteile vom 03.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) und vom 12.09.2018 - [B 14 AS 18/17 R](#)). Allein von einer bestimmten geringen Wochen- oder Monatsarbeitszeit, einem nicht existenzsichernden Lohn oder dem Umstand, dass der Beschäftigte seine Arbeitskraft auf "Abruf" zu erbringen hat, kann noch nicht auf eine völlig untergeordnete oder unwesentliche Tätigkeit geschlossen werden (vgl. EuGH, Urteile vom 26.02.1992 - [C 357/89](#) Raulin, vom 14.12.1995 - [C-444/93](#) und vom 18.7.2007 - [C-213/05](#) Geven). Nicht alle einzelnen dieser Merkmale müssen schon für sich die Arbeitnehmereigenschaft begründen; maßgeblich ist ihre Bewertung in einer Gesamtschau. Der Gesamtbewertung ist mit Rücksicht auf einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein weites Verständnis zugrunde zu legen (BSG, Urteil vom 12.09.2018 - [B 14 AS 18/17 R](#)).

Der Senat kommt unter Abwägung der Gesamtumstände zum Ergebnis, dass der Kläger aufgrund des Arbeitsvertrages vom 24.01.2019 ab dem 25.01.2019 kein Arbeitnehmer i.S.d. [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU](#) (vgl. zum Arbeitnehmerbegriff: EuGH, Urteil vom 19.07.2017 - [C-143/16](#), m.w.N.) gewesen ist, weil es sich bei der ab dem 25.01.2019 ausgeübten geringfügigen Beschäftigung als Spülkraft mit einer monatlichen Bruttovergütung i.H.v. 100,00 EUR für 10 Stunden monatlich um eine untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit gehandelt hat. Allein die Tatsache, dass es sich um eine sozialversicherungsfreie geringfügige Beschäftigung i.S.v. [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) (i.d.F. des Gesetzes vom 18.12.2018, [BGBI I, 2651](#)) gehandelt hat, schließt zwar die Annahme des Arbeitnehmerstatus nicht aus (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 19.04.2012 - [1 C 10/11](#)). Auch die fehlende Regelung im schriftlichen Arbeitsvertrag über den Urlaubsanspruch des Klägers steht der Annahme eines Arbeitnehmerstatus i.S.v. [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 FreizügG/EU](#) nicht zwangsläufig entgegen. Denn bei geringfügig Beschäftigten i.S.v. [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) handelt es sich um Teilzeitbeschäftigte i.S.v. [§ 2 Abs. 2 TzBfG](#), auf die die Vorschriften des Lohnfortzahlungsgesetzes und des Bundesurlaubsgesetzes anwendbar sind. Des Weiteren ist der Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen, gültig ab dem 01.05.2016, in dem u.a. die Ansprüche der Beschäftigten im Gaststätten- und Hotelgewerbe auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle und Urlaub geregelt sind, für allgemeinverbindlich erklärt worden (Bekanntmachung des Landes Nordrhein-Westfalen über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für das Gaststätten- und Hotelgewerbe vom 20.09.2016, Bundesanzeiger Allgemeiner Teil vom 13.10.2016, B 7) und damit auf das Beschäftigungsverhältnis des Klägers anwendbar. In dem Formulararbeitsvertrag wird auch in Ziffer 2 auf den Manteltarifvertrag Bezug genommen. Jedoch stellt sich die Tätigkeit des Klägers in

Hinblick auf die ausgesprochene Geringfügigkeit der vereinbarten Vergütung - 100,00 EUR monatlich - und der Arbeitszeit - 10 Stunden monatlich - als untergeordnet und unwesentlich dar (vgl. LSG Hessen, Beschluss vom 18.09.2015 - L 7 AS 431/15 B ER; siehe auch BVerwG, Urteil vom 19.04.2012 - [1 C 10/11](#), wonach eine Arbeitszeit von 5,5 Stunden wöchentlich auch für ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis eher niedrig ist), auch wenn berücksichtigt wird, dass das Arbeitsverhältnis unbefristet gewesen ist und der vereinbarte Stundenlohn von 10,00 EUR den im Jahr 2019 geltenden Mindestlohn von 9,19 EUR nach dem MiLoG und das für die Tarifgruppe 1 (u.a. für Spülkräfte) geltende Tarifentgelt i.H.v. 9,53 EUR (siehe Entgelttarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen, gültig ab dem 01.08.2018) überstiegen hat. Soweit sich der Kläger auf die Entscheidungen des Bundessozialgerichts vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) und vom 12.09.2018 - [B 14 AS 18/17 R](#) beruft, ist eine Vergleichbarkeit der Sachverhalte nicht gegeben. Zwar haben die Kläger in beiden Entscheidungen lediglich einen Monatslohn von 100,00 EUR in den Jahren 2008 bzw. 2011 erzielt, jedoch ist ihre Arbeitszeit - 7,5 Stunden wöchentlich bzw. 30 Stunden monatlich - erheblich höher gewesen.

Dahinstehen kann - wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat -, ob der Kläger zum 01.09.2019 mit der Vereinbarung über den Einsatz als Servicekraft mit einem Entgelt i.H.v. 250,00 EUR monatlich einen Arbeitnehmerstatus i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU erworben hat. Grundlage der Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Erlasses. Daher ist maßgeblicher Prüfungszeitpunkt der Zeitpunkt des Erlasses des zu überprüfenden Widerspruchsbescheides, also der 26.02.2016.

Da der Senat die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ab dem 25.01.2019 verneint, kann dahinstehen, ob die Berufung des Klägers auf ein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU rechtsmißbräuchlich ist (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 06.10.2020 - [C-181/19](#) m.w.N. und vom 12.03.2014 - [C-456/12](#); LSG Hessen, Beschluss vom 09.10.2019 - [L 4 SO 160/19 B ER](#); VGH Bayern, Beschlüsse vom 09.07.2019 - [10 CS 19.1165](#) und vom 27.11.2018 - [10 CS 18.2180](#); OVG NRW, Beschluss vom 28.03.2017 - [18 B 274/17](#); OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20.09.2016 - [7 B 10406/16](#)).

Der Kläger hat sich nicht in Deutschland aufgehalten um Dienstleistungen zu erbringen oder in Anspruch zu nehmen (§ 2 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 FreizügG/EU). Er hat nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt, um seinen Lebensunterhalt und Krankenversicherungsschutz selbst zu decken (§§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 4 FreizügG/EU, Art. 7 Abs. 1 Buchst. c) RL 2004/38/EG). Die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht haben für den im Februar 2016 in Deutschland eingereisten Kläger ebenfalls nicht vorgelegen (§§ 2 Abs. 2 Nr. 7, 4a FreizügG/EU, Art. 16 RL 2004/38/EG).

Der Kläger hat sich im Februar 2019 auch nicht auf ein nachwirkendes Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 3 FreizügG/EU berufen können. Er ist zwar bis zum 31.07.2018 Arbeitnehmer i.S.v. [Art. 45 AEUV](#) gewesen. Auf die Fortwirkung des Aufenthaltsrechts als Arbeitnehmer wegen unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit nach § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU kann sich der Kläger aber nicht berufen. Vielmehr gilt für ihn lediglich die Regelung des § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU, wonach die durch eine Erwerbstätigkeit erworbene Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU bei unfreiwilliger und durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung nur während der Dauer von sechs Monaten fortwirkt und nur solange ein Aufenthaltsrecht vermittelt (vgl. zur Zulässigkeit der Fortwirkung der Arbeitnehmereigenschaft auf die Dauer von sechs Monaten bei Beschäftigungen unter einem Jahr: EuGH, Urteil vom 11.04.2019 - [C-483/17](#)).

Der Kläger ist zwar insgesamt 18 Monate als Arbeitnehmer i.S.v. [Art. 45 AEUV](#) während seines Aufenthaltes in der Zeit vom 01.02.2016 bis 31.07.2018, also von 30 Monaten, in Deutschland beschäftigt gewesen; jedoch sind seine drei Tätigkeiten als Arbeitnehmer durch Zeiten der Arbeitslosigkeit von 7,5 Monaten (vom 01.01.2017 bis 14.08.2017) und 1,5 Monaten (vom 01.10.2018 bis 12.11.2017) unterbrochen gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 13.07.2017 - [B 4 AS 17/16 R](#); a. A. OVG NRW, Beschluss vom 22.05.2015 - [12 B 312/15](#); siehe auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.12.2019 - [L 25 AS 1831/18](#), wonach die Voraussetzungen für den Fortbestand einer Arbeitnehmereigenschaft vorliegen, wenn der Unionsbürger eine Beschäftigungszeit von mehr als einem Jahr in etwa 18 Monaten erreicht) setzt § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügG/EU unter Beachtung der Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 Buchst. a) und Abs. 3 Buchst. b) RL 2004/38/EG zwar keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus. Auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können zumindest bei einer einmaligen kurzfristigen Unterbrechung dem gesetzlichen Erfordernis einer "Tätigkeit von mehr als einem Jahr" genügen. Zumindest bei einer Unterbrechung, dem Zeitraum vom 01.01.2017 bis 14.08.2017, handelt es sich jedoch nicht um eine kurzfristige, sondern um eine über mehrere Monate andauernde Unterbrechung. Auch wenn die Unterbrechung von 1,5 Monaten (Zeit vom 01.10.2017 bis 12.11.2017) als kurzfristige Unterbrechung gewertet würde, haben die beiden Arbeitsverhältnisse bei den Firmen L B und H zusammen weniger als 12 Monate gedauert. Die Sechs-Monats-Frist des § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU ist zum 31.01.2019 abgelaufen gewesen.

Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Aufenthaltsrechts des Klägers aus § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. Bestimmungen des AufenthG sind nicht ersichtlich und ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag des Klägers.

Der Senat lässt offen, ob die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU für die Zeit ab dem 01.03.2019 vorgelegen haben. Denn ein solches Aufenthaltsrecht wird vom Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2b SGB II](#) erfasst.

Die Leistungsausschlüsse nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) a) und b) SGB II sind europarechtskonform (vgl. EuGH, Urteile vom 20.05.2014 - [C-333/13](#), vom 15.09.2015 - [C-67/14](#) und vom 22.04.2015 - [C-299/14](#)).

[§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) a) und b) SGB II betreffend den Ausschluss von Unionsbürgern von den Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II bei fehlenden materiellen Aufenthaltsrecht bzw. Bestehen eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitssuche ist verfassungsgemäß (vgl. Urteile des Senats vom 05.12.2019 - [L 19 AS 1608/18](#) und vom 19.12.2019 - [L 19 AS 1426/18](#); LSG Hessen, Beschlüsse vom 21.08.2019 - [L 7 AS 285/19 B ER](#) und vom 27.03.2019 - [L 7 AS 7/19](#); LSG NRW, Beschluss vom 05.08.2017 - [L 6 AS 783/17 B ER](#); siehe zum inhaltsgleichen [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1-3 SGB XII](#): LSG Hessen, Urteil vom 01.07.2020 - [L 4 SO 120/18](#); LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 07.11.2019 - [L 7 SO 934/19](#); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.07.2019 - [L 15 SO 181/18](#); LSG NRW, Beschlüsse vom 08.05.2017 - [L 20 SO 138/17 B ER](#) und vom 05.04.2017 - [L 9 SO 83/17 B ER](#); LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - [L 23 SO 30/17 B ER](#); LSG Bayern, Beschluss vom 24.04.2017 - [L 8 SO 77/17 B ER](#); a. A. SG Kassel, Beschluss vom 14.02.2017 - [S 4 AS 20/17 ER](#); siehe auch. Dollinger, Ausschussdr. 18(11) 851 S. 7 ff. und Berlit a.a.O. S. 55 ff.; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Ausschluss von EU-Ausländern von

Grundsicherungsleistungen - WD 6-30000-025/16; Kannalan, ZESAR 2016, 365ff, 414ff). Der Ausschluss von Unionsbürgern ohne materielles Aufenthaltsrecht bzw. nur mit einem Recht zur Arbeitsuche von laufenden Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II bzw. Hilfen zum Lebensunterhalt nach dem Dritten und Vierten Kapitel des SGB XII ist mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ([Art. 1 Abs. 1 GG](#)) vereinbar, das durch das BVerfG näher konturiert worden ist (BVerfG, Urteile vom 09.02.2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09 und vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), 2/11 - ; Beschluss vom 23.07.2014 - 1 BvL 10, 12/12, [1 BvR 1691/13](#) ). Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ist als Gewährleistungsrecht von vornherein auf die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angelegt. Es ist dem Grunde nach unverfügbar und muss durch einen gesetzlichen Leistungsanspruch eingelöst werden, der indes der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber bedarf. Das Gewährleistungsrecht bedingt nicht, dass existenzsichernde Leistungen voraussetzungslos zur Verfügung gestellt werden müssten, und es fordert nicht, die gesetzliche Ausgestaltung der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Richtung auf ein bedingungsloses Grundeinkommen zu entwickeln. Bei der Ausgestaltung des Grundrechts steht dem Gesetzgeber vielmehr ein Gestaltungsspielraum zu, innerhalb dessen er die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat (BSG, Urteil vom 09.03.2016 - [B 14 AS 20/15 R.](#)).

Gegenstand der Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Gewährleistungsrecht durch den Gesetzgeber sind nicht nur die Höhe der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und das Verfahren ihrer Bemessung und Anpassung. Gegenstand können vielmehr auch Leistungsvoraussetzungen und -ausschlüsse, Leistungsminderungen und Leistungsmodalitäten sein. Der Gesetzgeber hat die Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht bzw. nur mit einem Recht zur Arbeitsuche nicht gänzlich aus den existenzsichernden Leistungssystemen ausgeschlossen, sondern für diesen Personenkreis in [§ 23 Abs. 3 S. 3](#) - 6 SGB XII einen eigenständigen, differenziert ausgestalteten Anspruch auf Erhalt von existenzsichernden Leistungen, die in der Höhe und im zeitlichen Umfang von existenzsichernden Leistungen für Unionsbürger mit einem materiellen Aufenthaltsrecht abweichen, geschaffen. Die damit statuierte unterschiedliche Ausgestaltung der Leistungen zur Existenzsicherung von Unionsbürgern, die über ein materielles, auf Dauer angelegtes Aufenthaltsrecht verfügen und von Unionsbürgern, die über kein Aufenthaltsrecht bzw. ein zeitlich befristetes Aufenthaltsrecht, nämlich zur Arbeitsuche verfügen, kann im Hinblick auf den unterschiedlichen Aufenthaltsstatus dieser Personengruppen noch als sachlich gerechtfertigt angesehen werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.10.2016 - 1 BvR 2778/13 m.w.N.).

Der Senat hat von einer notwendigen Beiladung der Stadt I als zuständige Sozialhilfeträger abgesehen. Denn die Notwendigkeit der Beiladung ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt der möglichen Verurteilung des zuständigen Sozialhilfeträgers nach [§ 75 Abs. 2](#) 2. Alt, Abs. 5 SGG im Hinblick auf die Gewährung von Leistungen nach [§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3, [5](#) und [6 SGB XII](#) in der ab 29.12.2016 geltenden Fassung.

[§ 75 Abs. 5 SGG](#) dient der Prozessökonomie und bezweckt die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen. Den Gerichten wird die Befugnis eingeräumt, in einer rechtshängigen Streitsache über einen in die Zuständigkeit eines anderen Leistungsträgers fallenden Anspruch möglichst schnell zu einer Sachentscheidung, d. h. eine Entscheidung über den Anspruch selbst zukommen. Die Verurteilung nach [§ 75 Abs. 5 SGG](#) stellt einen erheblichen Eingriff in das Recht des Beigeladenen dar und ist als Ausnahmvorschrift eng auszulegen (BSG, Urteile vom 31.05.1988 - [2 RU 67/87](#) und vom 11.07.1974 - [4 RJ 339/73](#)).

Eine Beiladung und Verurteilung nach [§ 75 Abs. 2](#) 2. Alt, Abs. 5 SGG setzt zwar nicht voraus, dass der mit der Klage geltend gemachte Anspruch und der Anspruch gegen den anderen Träger inhaltlich derselbe Anspruch ist oder sich diese Ansprüche inhaltlich vollständig decken, sie dürfen sich aber nach Rechtsgrund und Rechtsfolge nicht wesentlich unterscheiden (Schmidt in: Meyer-Ladewig, SGG, 13. Aufl. 2020, § 75 Rn. 18 m.w.N.; Straßfeld in: Roos/Wahrendorf, SGG, 1. Aufl. 2014, § 75 Rn. 296; siehe auch BSG, Urteil vom 08.05.2007 - [B 2 U 3/06 R](#)). Inhaltlich müssen sich die Leistungen zwar nicht decken, jedoch müssen Anspruchsgrund und Rechtsfolgen im Kern übereinstimmen. Der in [§ 75 Abs. 5 SGG](#) verwirklichte Grundsatz der Prozessökonomie rechtfertigt einen Verzicht auf das ansonsten zwingend vorgeschriebene Verwaltungsverfahren nur dann, wenn im Verfahren gegen den Beigeladenen im Wesentlichen über dieselben Tat- und Rechtsfragen im Ausgangsverfahren gegen dem Beklagten zu entscheiden ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Gegenstand des Verfahrens ist der Anspruch des Klägers auf Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakts über die Bewilligung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II und der Anspruch auf eine sich daraus ergebende Leistungsnachzahlung aus [§§ 40 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) a.F., 44 Abs. 1 S. 1 SGB X. [§ 44 SGB X](#) durchbricht als andere Bestimmung i.S.d. [§ 77 Halbs. 2 SGG](#) die Bindungswirkung bestandskräftiger Verwaltungsakte ([§ 77 Halbs. 1 SGG](#)) und vermittelt einem Betroffenen einen einklagbaren Anspruch auf Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 30. 01.2020 - [B 2 U 2/18 R](#) m.w.N.; Baumeister in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB X, 2. Aufl., [§ 44 SGB X](#) (Stand: 23.03.2020), Rn. 19 m.w.N.). Die Voraussetzungen für dieses subjektive Recht des Klägers auf Überprüfung des unanfechtbaren leistungsablehnenden Bescheides vom 06.02.2019 ist an bestimmte Voraussetzungen - (bestimmter) Antrag (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 12.10.2016 - [B 4 AS 37/15 R](#)), kein Eingreifen von Präklusionsfristen ([§ 40 Abs. 1 S.2 SGB II](#) a.F.), anfängliche Rechtswidrigkeit des zu überprüfenden Bescheides, unrichtige Leistungsversagung, Gutgläubigkeit des Berechtigten ([§ 40 Abs. 1 S. 2 SGB X](#)) - gebunden, die sich wesentlich von den etwaigen Leistungsansprüchen des Klägers aus [§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3, [5](#) und [6 SGB XII](#) - Eingreifen des Leistungsausschlusses [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB II](#), eingeschränkter Leistung hinsichtlich Zeitraum und Umfang, Härtefall - unterscheiden. Insoweit wäre allein schon aufgrund der Struktur des Anspruchs aus [§ 44 Abs. 1 S.1 SGB X](#) nicht im Wesentlichen über dieselben Tat- und Rechtsfragen zu entscheiden.

Des Weiteren stellen die Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 S. 3](#), 5 und 6 SGB XII im Verhältnis zu den vom Kläger begehrten Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II nach Auffassung des Senats, und der gefestigten Rechtsprechung der Landessozialgerichte ein aliud dar und sind daher prozessual getrennte Streitgegenstände (Urteil des Senats vom 19.12.2019 - [L 19 AS 1426/18](#) m.w.N.; LSG Hessen, Beschlüsse vom 21.08.2019 - [L 7 AS 285/19 B ER](#) und vom 27.03.2019 - [L 7 AS 7/19 B](#); LSG Bayern, Beschluss vom 02.08.2017 - [L 8 SO 130/17 B ER](#) m.w.N.; LSG Niedersachsen- Bremen, Beschluss vom 26.05.2017 - [L 15 AS 62/17 B ER](#) m.w.N.; vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 07.11.2019 - [L 7 SO 934/19](#) und Beschluss vom 27.11.2019 - [L 7 SO 3873/19 ER-B](#); Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.02.2017 - [L 23 SO 30/17 B ER](#) m.w.N.; siehe auch Kommentierungen zu [§ 23 SGB XII](#), wonach es sich bei Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 Sätze 3 bis 6 SGB XII](#) um eine gegenüber den Leistungen nach dem Dritten bzw. Vierten Kapitel rechtlich eigenständige Leistung im Sinne eines "aliud" handelt: Schlette in: Hauck/Noftz, SGB, Stand Juni 2019, [§ 23 SGB XII](#), Rn. 86; Siefert in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., [§ 23 SGB XII](#) (Stand: 12.10.2020), Rn. 115; Grube/Wahrendorf/Flint/Deckers, 7. Aufl. 2020, SGB XII [§ 23](#) Rn. 70; LPK-SGB XII/Ulrich-Arthur Birk, 12. Aufl. 2020, SGB XII [§ 23](#) Rn. 38; a. A. LSG NRW, Beschluss vom 28.01.2018 - [L](#)

[7 AS 2299/17 B](#)), so dass eine Beiladung des Sozialhilfeträgers nicht erfolgen muss. Denn der Bezug der Überbrückungsleistungen ist - anders als bei laufenden Leistungen nach dem Dritten oder Vierten Kapitel des SGB XII oder nach [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) - auf eine kurze überbrückbare Absicherung des Aufenthalts bis zur Ausreise gerichtet und dient der Vorbereitung dieser Ausreise aus dem Bundesgebiet. Er hat Ausnahmecharakter (a.A. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11.07.2019 - [L 15 SO 181/18](#), Revision anhängig unter [B 8 SO 7/19 R](#)).

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

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2021-01-07