

## B 4 AS 2/21 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
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  
B 4 AS 2/21 R  
Datum  
29.03.2022  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, dass Ausländer, die über kein Aufenthaltsrecht oder nur ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche verfügen und denen eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland möglich sowie zumutbar ist, von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen sind.

2. Ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers als Arbeitnehmer kann nicht auf Beschäftigungszeiten gestützt werden, die zeitlich vor einer länger als sechs Monate andauernden Arbeitslosigkeit liegen.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 19. November 2020 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt im Wege des Überprüfungsverfahrens die Gewährung von Alg II für die Zeit vom 1.3. bis 31.8.2019.

2

Der Kläger ist 1992 in der Bundesrepublik Deutschland geboren und Staatsangehöriger der Hellenischen Republik. Im Jahr 1997 reiste er nach Griechenland aus und am 1.2.2016 wieder in die Bundesrepublik Deutschland ein, wo er seit dem 9.2.2016 gemeldet ist.

3

In den Zeiten vom 27.4. bis 31.12.2016 sowie vom 15.8. bis 30.9.2017 war der Kläger erwerbstätig. Aktenkundig sind ferner zwei unterschiedliche Arbeitsverträge des Klägers vom 13.11.2017 über geringfügige Beschäftigungen. Jedenfalls vom 1.4. bis 31.7.2018 war der Kläger sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend war er erneut arbeitslos.

4

Am 24.1.2019 schloss der Kläger mit dem Inhaber eines Restaurants einen unbefristeten Arbeitsvertrag über eine Tätigkeit als Spülkraft mit einer Arbeitszeit von zehn Stunden monatlich und einer monatlichen Vergütung in Höhe von 100 Euro ab. Der Kläger übte diese Tätigkeit an zwei Tagen pro Monat jeweils fünf Stunden aus. Der Beklagte lehnte die Bewilligung von Alg II ab, weil der Kläger ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche habe (*Bescheid vom 6.2.2019; Widerspruchsbescheid vom 26.2.2019*).

5

Am 11.4.2019 beantragte der Kläger die Überprüfung des Bescheids vom 6.2.2019. Diesen Antrag lehnte der Beklagte ab (*Bescheid vom 8.5.2019; Widerspruchsbescheid vom 7.6.2019*).

6

Das SG hat die erstinstanzlich auf den Zeitraum vom 1.3. bis 31.12.2019 beschränkte Klage abgewiesen (*Urteil vom 29.6.2020*), das LSG die Berufung zurückgewiesen (*Urteil vom 19.11.2020*).

7

Mit seiner vom LSG zugelassenen und zuletzt auf den Zeitraum vom 1.3. bis 31.8.2019 beschränkten Revision rügt der Kläger eine Verletzung des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und Nr 2 SGB II](#) und des [§ 75 Abs 2 Alt 2, Abs 5 SGG](#). Er sei nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Aufgrund der am 25.1.2019 aufgenommenen Tätigkeit habe er einen Arbeitnehmerstatus gehabt. Soweit ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht gegeben sei, bestehe aufgrund des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) die Möglichkeit, dass er einen Anspruch auf Gewährung laufender Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII haben könnte. Jedenfalls seien ihm Härtefallleistungen nach [§ 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII](#) zu gewähren.

8

Der Kläger beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 19. November 2020, das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 29. Juni 2020 und den Überprüfungsbescheid vom 8. Mai 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Juni 2019 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, den Bescheid vom 6. Februar 2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Februar 2019 zurückzunehmen und ihm Arbeitslosengeld II in gesetzlicher Höhe für 1. März 2019 bis 31. August 2019 zu gewähren.

9

Der Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

10

Er verteidigt die Entscheidung des LSG.

11

Mit Wirkung vom 1.9.2019 hat der Kläger einen Arbeitsvertrag mit geändertem Inhalt hinsichtlich seiner Tätigkeit im Restaurant abgeschlossen. Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung vor dem BSG einen Verfahrensvergleich geschlossen, in welchem sich der Beklagte zur Entscheidung über einen Anspruch auf Alg II für die Zeit ab 1.9.2019 verpflichtet und der Kläger für die Zeit ab 1.9.2019 seine Revision zurückgenommen hat.

II

12

Die zulässige Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils und der Zurückverweisung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Zwar steht dem Kläger ein Anspruch auf Alg II nicht zu (*dazu 2.*). Dies ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (*dazu 3.*) und europarechtskonform (*dazu 4.*). Der Rechtsstreit war aber unter Aufhebung

des Berufungsurteils an das LSG zurückzuverweisen, damit dieses den örtlich zuständigen Sozialhilfeträger beiladen und ggf zur Leistung verurteilen kann (*dazu 5.*).

13

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid vom 8.5.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.6.2019 ([§ 95 SGG](#)), mit dem der Beklagte die Rücknahme des Bescheids vom 6.2.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.2.2019 abgelehnt hat. In zeitlicher Hinsicht geht es noch um die Rücknahme dieser Bescheide und die Leistungserbringung für die Zeit vom 1.3. bis 31.8.2019, nachdem der Kläger seinen Antrag in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf diesen Zeitraum beschränkt hat (*zur Zulässigkeit der Begrenzung des Streitgegenstands auf einzelne Monate BSG vom 11.2.2015 - [B 4 AS 27/14 R - BSGE 118, 82](#) = SozR 4-4200 § 21 Nr 21, RdNr 10; zuletzt BSG vom 26.1.2022 - [B 4 AS 3/21 R - RdNr 11](#) - zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen*). Der Kläger verfolgt sein Begehren zutreffend im Wege der kombinierten Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4](#) iVm [§ 56 SGG](#); vgl zuletzt BSG vom 10.11.2021 - [B 1 KR 7/21 R - RdNr 11 mwN](#) - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen). Mit der Anfechtungsklage begehrt der Kläger die Aufhebung der Überprüfungsentscheidung. Die Verpflichtungsklage ist auf die Rücknahme des die Leistungsbewilligung ablehnenden Bescheids vom 6.2.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.2.2019 gerichtet. Mit der Leistungsklage macht er die Erbringung von Alg II für den streitbefangenen Zeitraum geltend.

14

2. Der Bescheid des Beklagten vom 8.5.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.6.2019 ist rechtmäßig. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rücknahme des Ablehnungsbescheids vom 6.2.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.2.2019, da die Voraussetzungen des [§ 40 Abs 1 SGB II](#) iVm [§ 44 Abs 1 SGB X](#) nicht vorliegen.

15

a) Gemäß [§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) ist, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsakts 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, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, denn der Beklagte hat den Antrag des Klägers auf Gewährung von Alg II ab 1.3.2019 zu Recht abgelehnt.

16

Im Überprüfungsverfahren ist auf die Rechtmäßigkeit zum Zeitpunkt des Erlasses des zur Überprüfung gestellten Bescheids abzustellen (*BSG vom 15.6.2010 - [B 2 U 22/09 R - juris RdNr 13, 18](#); BSG vom 17.7.2014 - [B 14 AS 54/13 R - BSGE 116, 200](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 37, RdNr 15 mwN; BSG vom 4.4.2017 - [B 4 AS 6/16 R - BSGE 123, 76](#) = SozR 4-4200 § 40 Nr 12, RdNr 15; BSG vom 26.2.2020 - [B 5 R 21/18 R - SozR 4-6555 Art 25 Nr 1 RdNr 16](#)). Ist ein Widerspruchsbescheid ergangen, ist die Sach- und Rechtslage bei Erlass des Widerspruchsbescheids entscheidend (*BSG vom 4.11.1998 - [B 13 RJ 27/98 R - juris RdNr 15](#); BSG vom 8.7.2020 - [B 12 R 1/19 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 48 RdNr 17](#)*), hier also bei Erlass des Widerspruchsbescheids vom 26.2.2019. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ab 1.3.2019.*

17

b) Der Kläger, der Staatsangehöriger der Hellenischen Republik ist, war nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II (*in der hier anzuwendenden vom 29.12.2016 bis 31.12.2020 geltenden Fassung des Gesetzes vom 22.12.2016, [BGBl I 3155](#)*) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Hiernach sind "ausgenommen" - erhalten also keine Leistungen nach dem SGB II - Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen. Die Voraussetzungen der Ausschlussnorm des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II liegen bei dem Kläger vor, denn er hat allenfalls ein Aufenthaltsrecht, das sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Ein anderes Aufenthaltsrecht als ein solches zum Zweck der Arbeitsuche, das den Leistungsausschluss entfallen lässt, liegt nicht vor.

18

aa) Der Kläger verfügte bei Erlass des Widerspruchsbescheids vom 6.2.2019 über kein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer nach [§ 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU](#) für den streitbefangenen Zeitraum.

19

(1) Der Begriff des Arbeitnehmers in § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU ist europarechtlich geprägt (BSG vom 12.9.2018 - [B 14 AS 18/17 R](#) - *juris RdNr 19 mwN*). Die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Rechts der Europäischen Union beurteilt sich allein nach objektiven Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf Rechte und Pflichten kennzeichnen (EuGH vom 6.11.2003 - [C-413/01](#) - *Ninni-Orasche, juris RdNr 24; EuGH vom 21.2.2013 - C-46/12 - juris RdNr 40*). Arbeitnehmer in diesem Sinne 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 (EuGH vom 6.11.2003 - [C-413/01](#) - *Ninni-Orasche, juris RdNr 26 mwN; EuGH vom 14.6.2012 - C-542/09 - Kommission/Niederlande, juris RdNr 68; EuGH vom 26.3.2015 - C-316/13 - juris RdNr 27; EuGH vom 16.7.2020 - C-658/18 - juris RdNr 93; im Anschluss daran etwa BSG vom 12.9.2018 - [B 14 AS 18/17 R](#) - *juris RdNr 19; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 42/19 R - juris RdNr 17; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 25/20 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 59 RdNr 19*). Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH vom 6.11.2003 - [C-413/01](#) - *Ninni-Orasche, juris RdNr 24; EuGH vom 14.6.2012 - C-542/09 - Kommission/Niederlande, juris RdNr 68; BSG vom 12.5.2021 - B 4 AS 34/20 R - juris RdNr 18*). Der Umstand, dass eine Person im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur sehr wenige Arbeitsstunden leistet, kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die ausgeübte Tätigkeit nur untergeordnet und unwesentlich ist (EuGH vom 26.2.1992 - [C-357/89](#) - *Raulin, juris RdNr 14; EuGH vom 4.2.2010 - C-14/09 - Genc, juris RdNr 26 mwN; EuGH vom 1.10.2015 - C-432/14 - juris RdNr 24; BSG vom 12.9.2018 - B 14 AS 18/17 R - juris RdNr 19 mwN; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 42/19 R - juris RdNr 18; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 25/20 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 59 RdNr 20*). Unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit ist indes nicht auszuschließen, dass die Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmerstatus begründen kann (EuGH vom 4.2.2010 - [C-14/09](#) - *Genc, juris RdNr 26; BSG vom 12.9.2018 - B 14 AS 18/17 R - RdNr 19 mwN*). Auch die Dauer der von dem Betroffenen ausgeübten Tätigkeit ist ein Gesichtspunkt, den das innerstaatliche Gericht bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen hat, ob es sich hierbei um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt oder ob sie vielmehr einen so geringen Umfang hat, dass sie nur unwesentlich und untergeordnet ist (vgl. EuGH vom 26.2.1992 - [C-357/89](#) - *Raulin, juris RdNr 14; EuGH vom 4.2.2010 - C-14/09 - Genc, RdNr 27*). Der bloße Umstand der kurzen Dauer der Beschäftigung führt als solcher aber nicht dazu, dass die Tätigkeit vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeschlossen ist (EuGH vom 6.11.2003 - [C-413/01](#) - *Ninni-Orasche, juris RdNr 25; EuGH vom 4.6.2009 - C-22/08, C-23/08 - Vatsouras, Koupantze, SozR 4-6035 Art 39 Nr 5 RdNr 29 mwN*). Liegen die Voraussetzungen des Arbeitnehmerstatus vor, sind die Motive für den Abschluss von Arbeitsverträgen sowie der Suche nach Arbeit in einem Mitgliedstaat unerheblich (EuGH vom 23.3.1982 - [C-53/81](#) - *Levin, juris RdNr 22; EuGH vom 21.2.2013 - C-46/12 - juris RdNr 47 mwN*).*

20

Für die Gesamtbewertung der Ausübung einer Tätigkeit als Beschäftigung und damit die Zuweisung des Arbeitnehmerstatus ist mithin 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 (BSG vom 27.1.2021 - [B 14 AS 42/19 R](#) - *juris RdNr 21 mwN; BSG vom 27.1.2021 - B 14 AS 25/20 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 59 RdNr 24 mwN*). Nicht alle einzelnen dieser Merkmale müssen schon je für sich die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen genügen. Der maßgeblichen Gesamtbewertung ist mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH ein weiteres Verständnis zugrunde zu legen (BSG vom 27.1.2021 - [B 14 AS 42/19 R - juris RdNr 21 mwN\). Für die Beurteilung, ob eine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt, sind die nationalen Gerichte zuständig, denn sie allein verfügen über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts und sind am besten in der Lage, die erforderlichen Prüfungen vorzunehmen \(EuGH vom 4.2.2010 - \[C-14/09\]\(#\) - \*juris RdNr 32; BVerwG vom 19.4.2012 - 1 C 10/11 - BVerwGE 143, 38 \[43\] = Buchholz 451.901 Assoziationsrecht Nr 60 = juris RdNr 15\*\).](#)

21

(2) Ausgehend von diesen Maßstäben ist das LSG im Rahmen der erforderlichen Gesamtbewertung zu Recht davon ausgegangen, dass die am 24.1.2019 aufgenommene Tätigkeit des Klägers im Restaurant sich als nur unwesentliche und untergeordnete Tätigkeit darstellte und damit keinen Arbeitnehmerstatus begründet hat. Die Tätigkeit des Klägers als Spülkraft zu einer monatlichen Bruttovergütung von 100 Euro beschränkte sich auf Arbeitseinsätze von lediglich zehn Stunden im Monat, verteilt auf zwei Tage mit jeweils fünf Stunden. Es liegt damit ein Fall vor, in dem der Betroffene "nur sehr wenige Stunden" (*hierzu EuGH vom 26.2.1992 - C-357/89 - Raulin, juris RdNr 14*) gearbeitet hat und in dem die Ausgestaltung der Tätigkeit nicht auf eine Eingliederung in den inländischen Arbeitsmarkt schließen lässt. Die weiteren Umstände der Tätigkeit führen im vorliegenden Fall zu keiner anderen Beurteilung. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall jedenfalls durch den Umfang der Arbeitstätigkeit des Klägers und die Verteilung seiner Arbeitszeit von den Entscheidungen des 14. Senats, in denen sich die Arbeitszeit auf 7,5 Stunden wöchentlich (BSG vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 3, 18\) bzw auf 30 Stunden monatlich \(BSG vom 12.9.2018 - \[B 14 AS 18/17 R - juris RdNr 21\\) belief.\]\(#\)](#)

22

(3) Mangels Arbeitnehmereigenschaft fällt der Kläger nicht in den Anwendungsbereich des Art 7 Abs 1 der Verordnung (EU) Nr 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union und kann sich daher nicht auf den Gleichbehandlungsanspruch aus Art 7 Abs 2 dieser Verordnung berufen.

23

(4) Vor diesem Hintergrund kann der Senat - wie auch schon das LSG - dahinstehen lassen, ob die Berufung des Klägers auf einen Arbeitnehmerstatus rechtsmissbräuchlich ist (vgl. zum Rechtsmissbrauch BSG vom 27.1.2021 - [B 14 AS 25/20 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 59](#)

RdNr 27 ff mwN).

24

bb) Der Kläger hatte auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 2 Nr 2 FreizügG/EU, denn er übte nach den Feststellungen des LSG zum maßgeblichen Zeitpunkt - hier Erlass des Widerspruchsbescheids vom 26.2.2019 - keine selbständige Erwerbstätigkeit aus (vgl zur unionsrechtlichen Definition der Selbständigkeit BSG vom 12.5.2021 - [B 4 AS 34/20 R](#) - juris RdNr 18). Auch für Aufenthaltsrechte nach § 2 Abs 2 Nr 3 FreizügG/EU (als Erbringer von Dienstleistungen) oder nach § 2 Abs 2 Nr 4 FreizügG/EU (als Empfänger von Dienstleistungen) bestehen nach den Feststellungen des LSG keine Anhaltspunkte. Ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 2 Nr 5 iVm § 4 FreizügG/EU scheidet schon deswegen aus, weil der Kläger nicht über ausreichende Existenzmittel verfügte; anderenfalls hätte er keinen Antrag auf Grundsicherungsleistungen stellen müssen.

25

cc) Der Kläger verfügte zum hier maßgeblichen Zeitpunkt auch nicht über ein Daueraufenthaltsrecht nach § 2 Abs 2 Nr 7 iVm § 4a Abs 1 Satz 1 FreizügG/EU (vgl Art 16 Abs 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 - im Folgenden: Freizügigkeitsrichtlinie). Ein solches haben Unionsbürger nur, wenn sie sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben. Der Kläger hält sich ständig allenfalls seit Februar 2016 und damit auch während des gesamten streitbefangenen Zeitraums noch nicht fünf Jahre im Bundesgebiet auf. Der frühere Aufenthalt des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland (1992 bis 1997) ist nicht zu berücksichtigen, weil die anschließende Unterbrechung einem ständigen Aufenthalt entgegensteht; die in § 4a Abs 6 FreizügG/EU (vgl Art 16 Abs 3 Freizügigkeitsrichtlinie) normierten Ausnahmen von diesen Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Voraussetzungen des § 4a Abs 2 FreizügG/EU sind, ausgehend von den Feststellungen des LSG, ebenfalls nicht erfüllt.

26

dd) Aus den vorstehenden Gründen greift auch die Ausnahmeregelung des [§ 7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II](#) nicht zu Gunsten des Klägers ein. Nach dieser Norm erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen abweichend von [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Auch dies setzt einen ununterbrochenen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. Lediglich unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthaltes - zum Beispiel ein kurzer Heimatbesuch - sind unschädlich (*Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch*, BT-Drucks 18/10211, S 14; G. Becker in Eicher/Luik/Harich, SGB II, 5. Aufl 2021, § 7 RdNr 54; Leopold in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl 2020, § 7 RdNr 163). Hier hatte der Kläger nach seiner Ausreise in die Hellenische Republik im Jahr 1997 keinen gewöhnlichen Aufenthalt mehr in der Bundesrepublik Deutschland. Er hat diesen frühestens wieder durch die Einreise im Februar 2016 begründet; die Fünf-Jahres-Frist begann erst ab Meldung bei der Meldebehörde am 9.2.2016 erneut zu laufen (vgl BT-Drucks 18/10211, S 14).

27

ee) Der Kläger kann sich nicht auf ein fortwirkendes Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU berufen. Danach bleibt das Recht aus § 2 Abs 1 FreizügG/EU, also auf Einreise und Aufenthalt, bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach mehr als einem Jahr Tätigkeit unberührt.

28

Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU setzt diese Norm keine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr voraus, sondern auch durch Arbeitslosigkeit unterbrochene Tätigkeiten können das gesetzliche Erfordernis erfüllen (*ausführlich BSG vom 13.7.2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 22 ff mwN zum Streitstand; aA Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl 2020, § 2 FreizügG/EU RdNr 116 f*). Der Senat hatte dabei kürzere Unterbrechungen der Tätigkeit im Blick (*BSG vom 13.7.2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 29*); konkret ging es um eine nur einmalige, kurzfristige Unterbrechung von 15 Tagen im Verlauf einer insgesamt 14,5 Monate andauernden (eventuellen) Beschäftigung in zwei Tätigkeiten (*BSG vom 13.7.2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 31*). Der Senat hat ausdrücklich offengelassen, ob der am Integrationsgedanken orientierten Zielsetzung des Gesetzes in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU auch dann noch entsprochen wäre, wenn in Addition zahlreicher kurzfristiger oder durch längere Zeiten unterbrochener Beschäftigungsverhältnisse es nur auf längere Sicht und eher zufällig zu einer Tätigkeit von "mehr als einem Jahr" käme (*BSG vom 13.7.2017 - [B 4 AS 17/16 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 31*).

29

Die vorliegende Unterbrechung der Beschäftigungszeit um siebeneinhalb Monate lässt das Aufenthaltsrecht nach dieser Vorschrift nicht fortwirken. Jedenfalls eine Unterbrechung der Beschäftigungszeit von mehr als sechs Monaten stellt eine so erhebliche Zäsur dar, dass sie

einer Addition der vor und nach der Unterbrechung liegenden Beschäftigungszeiten entgegensteht. Sowohl der europäische Normgeber als auch der deutsche Gesetzgeber erachten Phasen der bloßen Arbeitsuche grundsätzlich nur bis zu einer Dauer von sechs Monaten für aufenthaltsrechtlich unschädlich (vgl dazu etwa EuGH vom 11.4.2019 - [C-483/17](#) - *Neculai Tarola*, juris RdNr 40 ff). So bleibt nach Art 7 Abs 3 Buchst c Freizügigkeitsrichtlinie die Erwerbstätigeneigenschaft dem Unionsbürger, der seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger nicht mehr ausübt, für mindestens sechs Monate erhalten, wenn er sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrages oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt. Im Anschluss daran bestimmt § 2 Abs 2 Nr 1a FreizügG/EU, dass Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, grundsätzlich nur bis zu sechs Monaten unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind, es sei denn, sie können nachweisen, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Die dortigen Zeitgrenzen bieten Anhaltspunkte auch für die Auslegung von § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU. Die differenzierten Regelungen des Art 7 Abs 3 Buchst b und c Freizügigkeitsrichtlinie, die danach unterscheiden, ob die beendete Beschäftigung mehr als ein Jahr oder kürzer andauert hat, würden unterlaufen, wenn in die Berechnung der Jahresdauer iS des Art 7 Abs 3 Buchst b und c Freizügigkeitsrichtlinie auch solche, ein Jahr oder kürzer dauernde Beschäftigungen einfließen, denen sich vor einer erneuten Beschäftigung eine Beschäftigungslosigkeit von mehr als sechs Monaten angeschlossen hat.

30

Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass die in der Zeit vom 27.4. bis zum 31.12.2016 ausgeübte Tätigkeit des Klägers nicht zusammen mit den nach dem 15.8.2017 ausgeübten Tätigkeiten betrachtet werden darf, weil dazwischen ein Zeitraum von siebeneinhalb Monaten lag. Die im Zeitraum vom 15.8. bis 30.9.2017 (anderthalb Monate), vom 13.11.2017 bis 31.3.2018 (viereinhalb Monate) und vom 1.4. bis 31.7.2018 (vier Monate) ausgeübten Tätigkeiten erreichen aber nur eine Gesamtdauer von etwa neun Monaten. Daher kann dahinstehen, ob sich den Feststellungen des LSG auch eine Arbeitnehmertätigkeit in der Zeit vom 13.11.2017 bis 31.3.2018 entnehmen lässt und ob ggf die Unterbrechung in der Zeit vom 1.10. bis 12.11.2017 unschädlich ist.

31

ff) Auch ein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU stand dem Kläger im maßgeblichen Zeitraum nicht zu. Nach dieser Norm bleibt bei unfreiwilliger durch die zuständige Agentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit nach weniger als einem Jahr Beschäftigung das Recht aus § 2 Abs 1 FreizügG/EU (auf Einreise und Aufenthalt) während der Dauer von sechs Monaten unberührt. Das durch die am 31.7.2018 beendete Beschäftigung vermittelte Aufenthaltsrecht endete hier also am 31.1.2019.

32

gg) Der Kläger verfügt schließlich nicht über ein nach der "Meistbegünstigungsklausel" des § 11 Abs 1 Satz 11 FreizügG/EU in der bis zum 23.11.2020 geltenden Fassung (*heute § 11 Abs 14 Satz 1 FreizügG/EU*) beachtliches Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG. Ihm war weder ein Aufenthaltstitel erteilt worden noch lagen die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels vor. Letzteres setzt in der Regel unter anderem voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist ([§ 5 Abs 1 Nr 1 AufenthG](#)). Bereits daran fehlt es im vorliegenden Fall.

33

c) Der Kläger kann einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II zudem nicht aus dem Gleichbehandlungsanspruch des Art 1 EFA (*BGBI 1956 II 564*) ableiten, denn der von der Bundesregierung am 19.12.2011 bezogen auf Leistungen nach dem SGB II erklärte Vorbehalt (*nach Art 16 Abs b Satz 2 EFA*; vgl. *Anhang II zum EFA in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.1.2012*, [BGBI II 144](#), *berichtigt durch die Bekanntmachung vom 3.4.2012*, *BGBI II 740*) bewirkte eine wirksame Einschränkung der Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen (*zur formellen und materiellen Wirksamkeit der Vorbehaltserklärung BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139 = SozR 4-4200 § 7 Nr 46, RdNr 18 ff; BSG vom 9.8.2018 - B 14 AS 32/17 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 57 RdNr 34*).

34

3. Dieses Ergebnis ist mit den grundrechtlichen Positionen des Klägers vereinbar. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Kläger möglicherweise ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII aufgrund des Art 1 EFA - hierzu unten - zusteht. Der Gesetzgeber hat mit dem Regelungsregime des [§ 7 Abs 2 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II und [§ 23 Abs 3](#) und 3a SGB XII in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung (*des Gesetzes vom 22.12.2016*, [BGBI I 3155](#)) - in Reaktion auf die Rechtsprechung des BSG (*vgl Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch, BT-Drucks 18/10211, S 15*) - verfassungskonform die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber desjenigen des Herkunftslandes ausgestaltet.

35

a) Der Leistungsausschluss verletzt den Kläger insbesondere nicht in seinem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen

Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG. Der Gesetzgeber muss Unionsbürgern ohne ein Aufenthaltsrecht oder lediglich mit einem Aufenthaltsrecht, das sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, jedenfalls dann keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einräumen, wenn ihnen eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere eine Rückkehr in ihr Heimatland, möglich und zumutbar ist (zu [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) bzw [§ 23 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB XII](#) etwa LSG Baden-Württemberg vom 29.6.2015 - [L 1 AS 2338/15 ER-B ua](#) - juris RdNr 39; LSG Bayern vom 24.4.2017 - [L 8 SO 77/17 B ER](#) - juris RdNr 39; LSG Berlin-Brandenburg vom 7.1.2019 - [L 23 SO 279/18 B ER](#) - juris RdNr 37; LSG Hessen vom 27.3.2019 - [L 7 AS 7/19](#) - juris RdNr 5 ff; LSG Sachsen-Anhalt vom 4.7.2019 - [L 4 AS 246/19 B ER](#) - juris RdNr 43; LSG Nordrhein-Westfalen vom 6.10.2021 - [L 12 AS 1004/20](#) - juris RdNr 84 ff; Harich, Bundestag-Ausschussdrucksache 18(11)851, S 22 [24]; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, § 23 RdNr 91 mwN, Stand Juli 2021; Ulmer, ZRP 2016, 224; in diesem Sinne auch bereits zu § 120 Abs 1 BSHG BVerwG vom 8.7.1988 - [5 B 136/87](#) - Buchholz 436.0 § 120 BSHG Nr 9 = juris RdNr 3; zweifelnd etwa LSG Nordrhein-Westfalen vom 28.1.2018 - [L 7 AS 2299/17 B](#) - juris RdNr 14 f; LSG Berlin-Brandenburg vom 28.1.2019 - [L 18 AS 141/19 B ER ua](#) - juris RdNr 5; aA etwa SG Mainz vom 18.4.2016 - [S 3 AS 149/16](#) - juris RdNr 341 ff [die Vorlage wurde verworfen durch BVerfG [Kammer] vom 4.12.2019 - [1 BvL 4/16](#) - juris]; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197 [199 ff]; Oberhäuser/Steffen, ZAR 2017, 149 [151]; Schreiber, SR 2018, 181 ff; Siefert in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Aufl 2020, § 23 RdNr 98 ff; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, § 7 RdNr 143, Stand Juni 2021; siehe zum Streitstand auch die Nachweise bei BVerfG [Kammer] vom 12.2.2020 - [1 BvR 1246/19](#) - juris RdNr 18 ff). Der Umstand, dass auch Ausländer in den persönlichen Gewährleistungsbereich des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums fallen, wenn sie sich im Inland aufhalten (BVerfG vom 18.7.2012 - [1 BvL 10/10](#) - [BVerfGE 132, 134](#) [159, RdNr 63] = SozR 4-3520 § 3 Nr 2 RdNr 63), sagt nichts über dessen sachlichen Gewährleistungsbereich aus.

36

Die Verfassung gebietet nicht die Gewährung voraussetzungsloser Sozialleistungen (BVerfG [Kammer] vom 7.7.2010 - [1 BvR 2556/09](#) - [BVerfGK 17, 375](#) [378] = SozR 4-4200 § 11 Nr 33, RdNr 13; BSG vom 29.4.2015 - [B 14 AS 19/14 R](#) - [BSGE 119, 17](#) = SozR 4-4200 § 31a Nr 1, RdNr 51 mwN; BSG vom 12.5.2017 - [B 7 AY 1/16 R](#) - [BSGE 123, 157](#) = SozR 4-3520 § 1a Nr 2, RdNr 29 mwN). Der Gesetzgeber gewährt Fürsorgeleistungen zur finanziellen Existenzsicherung entsprechend insbesondere nur dann, wenn es dem Betroffenen nicht möglich ist, seinen eigenen Lebensunterhalt auf andere zumutbare Weise sicherzustellen (vgl BVerfG vom 5.11.2019 - [1 BvL 7/16](#) - [BVerfGE 152, 68](#) [148, RdNr 209] - SozR 4-4200 § 31a Nr 3 RdNr 209), und knüpft damit - an die Eigenverantwortlichkeit an, die Teil der Art 1 Abs 1 GG zugrundeliegenden Vorstellung vom Menschen ist (vgl BSG vom 9.3.2016 - [B 14 AS 20/15 R](#) - [BSGE 121, 55](#) = SozR 4-4200 § 43 Nr 1, RdNr 39; BSG vom 24.5.2017 - [B 14 AS 16/16 R](#) - [BSGE 123, 188](#) = SozR 4-4200 § 9 Nr 16, RdNr 37).

37

Der Gesetzgeber kann daher verfassungsrechtlich zulässig die Leistungsgewährung von Grundsicherungsleistungen an das Vorliegen von formellen und materiellen Voraussetzungen knüpfen. Er kann etwa einen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen und ähnliche Leistungen davon abhängig machen, dass es dem Betroffenen nicht möglich ist, sein Existenzminimum aus eigenem Einkommen oder Vermögen zu decken ([§§ 9, 11 ff SGB II](#); [§§ 19, 82 ff, 90 SGB XII](#); vgl dazu BVerfG [Kammer] vom 11.3.2010 - [1 BvR 3163/09](#) - SozR 4-4200 § 11 Nr 32 - juris RdNr 7; BVerfG [Kammer] vom 7.4.2010 - [1 BvR 688/10](#) - juris RdNr 2; BVerfG [Kammer] vom 7.7.2010 - [1 BvR 2556/09](#) - [BVerfGK 17, 375](#) [377 ff] = SozR 4-4200 § 11 Nr 33, RdNr 12 ff). Auch knüpft er Leistungsansprüche zulässig an den Aufenthalt an vorgegebenen Orten ([§ 23 Abs 5 SGB XII](#); vgl zu § 120 Abs 5 Satz 2 BSHG BVerfG [Kammer] vom 9.2.2001 - [1 BvR 781/98](#) - juris RdNr 22 ff) und geht verfassungsrechtlich unbedenklich davon aus, dass der Betroffene unter bestimmten Voraussetzungen ggf auf eine von ihm gewünschte Ausbildung verzichtet und stattdessen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht ([§ 7 Abs 5 und 6 iVm § 27 SGB II](#); [§ 22 Abs 1 Satz 1 SGB XII](#); vgl BVerfG [Kammer] vom 8.10.2014 - [1 BvR 886/11](#) - juris RdNr 12 ff; BSG vom 6.9.2007 - [B 14/7b AS 28/06 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 8 RdNr 29) oder an der Überwindung der Hilfebedürftigkeit selbst aktiv mitwirkt (BVerfG vom 5.11.2019 - [1 BvL 7/16](#) - [BVerfGE 152, 68](#) [116 f, RdNr 125 ff] = SozR 4-4200 § 31a Nr 3 RdNr 125 ff). In diesen Konstellationen können Personen von Grundsicherungsleistungen ausgeschlossen sein, auch wenn sie de facto ohne hinreichende finanzielle Mittel sind.

38

In entsprechender Weise darf der Gesetzgeber Unionsbürger regelmäßig darauf verweisen, die erforderlichen Existenzsicherungsleistungen durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Heimatstaat als Ausprägung der eigenverantwortlichen Selbsthilfe zu realisieren (vgl nochmals zu § 120 Abs 1 BSHG BVerwG vom 8.7.1988 - [5 B 136/87](#) - Buchholz 436.0 § 120 BSHG Nr 9 = juris RdNr 3; allgemein zur Zumutbarkeit der Rückkehr von Ausländern in ihre Heimatländer, selbst wenn damit familiäre oder wirtschaftliche Nachteile verbunden sind, etwa: BVerfG vom 12.5.1987 - [2 BvR 1226/83 ua](#) - [BVerfGE 76, 1](#) [57] = juris RdNr 117; BVerfG [Kammer] vom 16.9.1992 - [2 BvR 1546/92](#) - juris RdNr 2 f; BVerfG [Kammer] vom 20.10.2021 - [2 BvQ 95/21](#) - juris RdNr 13; BVerwG vom 18.2.2021 - [1 C 4/20](#) - juris RdNr 33 ff; BVerwG vom 24.6.2021 - [1 C 27/20](#) - juris RdNr 14 ff). Auch das BVerfG hat bereits von einem Beschwerdeführer verlangt, sich mit der Möglichkeit einer Bedarfsdeckung im Ausland auseinanderzusetzen (BVerfG [Kammer] vom 4.10.2016 - [1 BvR 2778/13](#) - juris RdNr 8).

39

Etwas anderes folgt nicht aus dem Urteil des BVerfG zum AsylbLG und insbesondere der dortigen Formulierung, das Existenzminimum müsse in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein (BVerfG vom 18.7.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#) [172, RdNr 94] = SozR 4-3520 § 3 Nr 2; aA Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, § 7 RdNr 143, Stand Juni 2021). Denn die dortigen Ausführungen betrafen zum einen nur die Frage der höhenmäßigen Bemessung des Bedarfs, nicht aber die davon zu trennende Frage der Zumutbarkeit anderer Bedarfsdeckung und Bedarfsvermeidung. Zum anderen betrafen sie nur den von § 1 Abs 1 AsylbLG erfassten Personenkreis, bei dem der Gesetzgeber typisierend davon ausgeht, dass diesem eine Rückreise in das Heimatland gegenwärtig nicht möglich oder zumutbar

ist. Dies ist bei Unionsbürgern grundsätzlich, vorbehaltlich individueller Umstände im Einzelfall, anders. Soweit der 14. Senat des BSG die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland für unbeachtlich gehalten hat, bezog sich dies - vor dem Hintergrund der bis zum 28.12.2016 geltenden Rechtslage - darauf, dass der allgemeine Nachranggrundsatz des [§ 2 Abs 1 SGB XII](#) keine eigenständige Ausschlussnorm sei (BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 42; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 15/15 R](#) - juris RdNr 32). Eine solche Ausschlussnorm stellt aber [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II (ebenso wie [§ 23 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB XII](#)) dar.

40

Auch aus der Formulierung des BVerfG, die Menschenwürde dürfe nicht migrationspolitisch relativiert werden (BVerfG vom 18.7.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvR 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#) [173, RdNr 95] = SozR 4-3520 § 3 Nr 2), folgt nichts anderes. Abgesehen davon, dass die - einer Abwägung schlechthin nicht zugängliche (vgl nur Höfling in Sachs, GG, 9. Aufl 2021, Art 1 RdNr 11 mwN) - Garantie der Menschenwürde (Art 1 Abs 1 GG) nicht identisch ist mit dem auf Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesenen Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG; dazu Auel in Emmenegger/Wiedmann, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Band 2, 2011, S 273 [278 ff]), ist diese Formulierung im thematischen - auf den Anwendungsbereich des AsylbLG bezogenen - Kontext zu sehen (vgl grundsätzlich zur Notwendigkeit der Kontextualisierung gerichtlicher Entscheidungen Lepsius, JZ 2019, 793 ff). Sie bezog sich auf eine Absenkung des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum für einen Personenkreis, dem (wie ausgeführt) eine Rückkehr in das Herkunftsland prima facie nicht zumutbar ist und nicht auf den hier betroffenen Personenkreis der Unionsbürger.

41

Die Auffassung, es müsse ein Leistungsanspruch bestehen, solange der Staat das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nicht festgestellt hat (vgl etwa Oberhäuser/Steffen, ZAR 2017, 149 [151]), entspricht nicht der gesetzlichen Konzeption, die zur Bedingung des Leistungsausschlusses gerade nur das Fehlen eines den Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II begründenden Aufenthaltsrechts (vgl [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#)) macht. Auch das BVerfG hat im Kontext des [§ 120 Abs 5 Satz 2 BSHG](#) nicht beanstandet, wenn das Leistungsrecht dem Betroffenen faktisch engere Vorgaben macht als sie ihm ausländerrechtlich vorgegeben sind (BVerfG [Kammer] vom 16.6.1997 - [1 BvR 236/97](#) - juris RdNr 9; BVerfG [Kammer] vom 9.2.2001 - [1 BvR 781/98](#) - juris RdNr 22 ff). Ähnlich wie eine unterbliebene Vermögensverwertung nicht zu einem Leistungsanspruch führt (dazu BSG vom 24.5.2017 - [B 14 AS 16/16 R](#) - [BSGE 123, 188](#) = SozR 4-4200 § 9 Nr 16, RdNr 37), sind Leistungen nicht allein deshalb zu gewähren, weil die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland unterbleibt.

42

Der Gesetzgeber hat dem vom BVerfG konturierten Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch das differenzierte Regelungsgefüge des [§ 7 Abs 2 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II und [§ 23 Abs 3](#) und 3a SGB XII Rechnung getragen: Soweit dem Unionsbürger im Einzelfall eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig nicht möglich oder zumutbar ist, können Leistungen nach Maßgabe der Härtefallregelung des [§ 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII](#) in Betracht kommen. Der nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II von Leistungen nach dem SGB II und nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB XII](#) von Leistungen nach [§ 23 Abs 1 SGB XII](#) und von Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII ausgeschlossene Personenkreis erhält zwar grundsätzlich lediglich noch Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat ([§ 23 Abs 3 Satz 3](#) und 5 SGB XII) sowie die angemessenen Kosten der Rückreise ([§ 23 Abs 3a SGB XII](#)). Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände aber erfordern, werden diesen Personen zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen iS von [§ 23 Abs 1 SGB XII](#) gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist ([§ 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII](#); vgl BT-Drucks 18/10211, S 17).

43

b) Der Kläger ist schließlich auch nicht in seinem Grundrecht aus Art 3 Abs 1 GG als allgemeinem Gleichheitssatz verletzt, etwa weil er anders behandelt wird als der von [§ 1 Abs 1 AsylbLG](#) erfasste Personenkreis.

44

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist Maßstab für die gesetzgeberische Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums grundsätzlich allein Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG (BVerfG [Kammer] vom 29.5.2013 - [1 BvR 1083/09](#) - juris RdNr 10 - insoweit in [BVerfGK 20, 316](#) nicht abgedruckt). Andere Grundrechte - und damit auch Art 3 Abs 1 GG - vermögen für die Bemessung des Existenzminimums keine weiteren Maßstäbe zu setzen (BVerfG vom 9.2.2010 - [1 BvL 1/09](#) ua - [BVerfGE 125, 175](#) [227] = SozR 4-4200 § 20 Nr 12 RdNr 145; BVerfG [Kammer] vom 7.7.2010 - [1 BvR 2556/09](#) - [BVerfGK 17, 375](#) [377] = SozR 4-4200 § 11 Nr 33 RdNr 10; BVerfG vom 27.7.2016 - [1 BvR 371/11](#) - [BVerfGE 142, 353](#) [372, RdNr 43] = SozR 4-4200 § 9 Nr 15 RdNr 43; dazu näher Auel in Emmenegger/Wiedmann, Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Band 2, 2011, S 273 [281 ff]; demgegenüber ist Art 3 Abs 1 GG für die Frage, welches Einkommen oder Vermögen bedarfsmindernd zu berücksichtigen ist, von Bedeutung: BVerfG [Kammer] vom 7.7.2010 - [1 BvR 2556/09](#) - [BVerfGK 17, 375](#) [377] = SozR 4-4200 § 11 Nr 33 RdNr 16 ff). Ob dies auch für die Frage von Leistungsausschlüssen gilt,

kann dahinstehen. Selbst wenn man hierfür Art 3 Abs 1 GG als maßstäblich erachtete, wäre eine Ungleichbehandlung jedenfalls durch die - oben dargelegten - Umstände gerechtfertigt, die auch einer Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums entgegenstehen.

45

4. Der Anwendung des [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II auf den Kläger steht das Recht der Europäischen Union nicht entgegen. Die Ausschlussregelungen sind europarechtskonform (*BSG vom 17.3.2016 - [B 4 AS 32/15 R](#) - juris RdNr 16 mwN; BSG vom 30.8.2017 - [B 14 AS 31/16 R](#) - [BSGE 124, 81](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 27 mwN*), denn den EU-Mitgliedstaaten steht das Recht zu, die Gewährung von Geldleistungen iS des Art 3 Abs 3 iVm Art 70 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 ("besondere beitragsunabhängige Geldleistungen") und Sozialhilfeleistungen iS von Art 24 Abs 2 Freizügigkeitsrichtlinie von einem bestehenden Aufenthaltsrecht, das nicht auf Arbeitsuche beruht, abhängig zu machen (*EuGH vom 11.11.2014 - [C-333/13](#) - [Dano](#) - SozR 4-6065 Art 4 Nr 3 - juris RdNr 69 ff; EuGH vom 15.9.2015 - [C-67/14](#) - [Alimanovic](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 49 - juris RdNr 49 f, 57 f; EuGH vom 25.2.2016 - [C-299/14](#) - [García-Nieto](#), juris RdNr 38 f; vgl auch EuGH vom 15.7.2021 - [C-709/20](#) - juris RdNr 74 ff*).

46

Ob der durch Art 51 Abs 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta umschriebene sachliche Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta im vorliegenden Fall eröffnet ist, obwohl das Grundsicherungsrecht nicht unionsrechtlich determiniert ist (*vgl zu diesem Maßstab BVerfG vom 24.4.2013 - [1 BvR 1215/07](#) - [BVerfGE 133, 277](#) [313 ff, RdNr 88 ff]*), kann der Senat dahinstehen lassen. Jedenfalls ergeben sich im vorliegenden Fall aus der hier allein in Betracht kommenden Gewährleistung des Art 1 EU-Grundrechtecharta (*vgl EuGH vom 15.7.2021 - [C-709/20](#) - juris RdNr 93*) keine weitergehenden Rechte als aus dem Grundrecht aus Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG.

47

5. Der Rechtsstreit war aber unter Aufhebung des Berufungsurteils an das LSG zurückzuverweisen, damit dieses den örtlich zuständigen Sozialhilfeträger gemäß [§ 75 Abs 2 Alt 2 SGG](#) beiladen und ggf gemäß [§ 75 Abs 5 SGG](#) zur Leistung verurteilen kann.

48

Zwar ergeben sich nach den Feststellungen des LSG keine Anhaltspunkte dafür, dass beim Kläger die Voraussetzungen der Härtefallklausel des [§ 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII](#) vorliegen. Jedoch besteht angesichts der Rechtsprechung des BSG zu [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF (*vgl BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 15/15 R](#) - juris RdNr 29*) die Möglichkeit, dass der Sozialhilfeträger im Wege einer Gleichbehandlung mit inländischen Staatsangehörigen (*Art 1 EFA*) leistungspflichtig ist. Wegen der fehlenden Beiladung und des dem noch Beizuladenden zu gewährenden rechtlichen Gehörs (*Art 103 Abs 1 GG; § 62 SGG; vgl BSG vom 7.2.2002 - [B 7 AL 28/01 R](#) - juris RdNr 13; zum Gehörsanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts BVerfG vom 16.12.2014 - [1 BvR 2142/11](#) - [BVerfGE 138, 64](#) [83, RdNr 55 mwN]*) kann der Senat zum jetzigen Zeitpunkt nicht entscheiden, ob diese Rechtsprechung auf [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) in der hier maßgeblichen Fassung zu übertragen ist. Zudem hat das LSG bislang offengelassen, ob der Kläger über ein - hier allein in Betracht kommendes - Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche verfügt und daher in den persönlichen Anwendungsbereich des Art 1 EFA fällt (*vgl zum Erfordernis einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung zuletzt BSG vom 21.3.2019 - [B 14 AS 31/18 R](#) - juris RdNr 27 mwN*).

49

Der Pflicht zur Beiladung nach [§ 75 Abs 2 Alt 2 SGG](#) steht nicht entgegen, dass es sich vorliegend um ein Überprüfungsverfahren nach [§ 44 SGB X](#) handelt. Zwar kann passiv legitimiert für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage im vorliegenden Fall nur der Beklagte sein ([§ 44 Abs 3 SGB X](#)), sodass insofern eine Verurteilung eines anderen Trägers ausscheidet. Das BSG ist indes schon in früheren Entscheidungen - wenn auch ohne Problematisierung - davon ausgegangen, dass die insofern isolierte Leistungsklage gegen den anderen Träger Erfolg haben kann und daher eine Beiladung nach [§ 75 Abs 2 Alt 2 SGG](#) möglich ist (*vgl BSG vom 7.2.2002 - [B 7 AL 28/01 R](#) - juris RdNr 13; BSG vom 16.12.2015 - [B 14 AS 18/14 R](#) - juris RdNr 39 ff*). Das vorliegende Verfahren veranlasst den Senat nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Vielmehr ist auch in einer solchen Konstellation dem prozessökonomischen Zweck (*vgl BSG vom 30.7.2019 - [B 1 KR 15/18 R](#) - [BSGE 128, 295](#) = SozR 4-2500 § 85 Nr 89, RdNr 18 mwN*) der sog unechten notwendigen Beiladung Rechnung zu tragen.

50

6. Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft  
Aus

Saved  
2022-07-07