

---

## S 32 AS 3361/19

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Grundsicherung für Arbeitsuchende - Leistungsausschluss für Ausländer bei Aufenthalt zur Arbeitsuche - Unionsbürger - kein anderes Aufenthaltsrecht - Arbeitnehmerstatus - geringfügige Beschäftigung - Fortwirkung des Arbeitnehmerstatus bei Tätigkeit von mehr als einem Jahr - keine Addition von Beschäftigungszeiten bei Unterbrechung von mehr als sechs Monaten - Verfassungs- und Europarechtskonformität - sozialgerichtliches Verfahren - unechte notwendige Beiladung des Sozialhilfeträgers - Härtefallregelung des <a href="#">§ 23 Abs 3 S 6 SGB XII</a> - EuFüRsAbk - Inländergleichbehandlung - Zugunstenverfahren - Prozessökonomie
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.
Normenkette	SGB II <a href="#">§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 Buchst b</a> F: 2016-12-22; SGB II <a href="#">§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2</a>

---

[Buchst b F: 2016-12-22; SGB XII § 23 Abs 3; SGB XII § 23 Abs 3a; SGB XII § 23 Abs 3 S 1 F: 2006-12-02; FreizügG/EU § 2 Abs 2 Nr 1 J: 2004; FreizügG/EU § 2 Abs 2 Nr 1a J: 2004; FreizügG/EU § 2 Abs 3 S 1 Nr 2 J: 2004; EGRL 38/2004 Art 7 Abs 3 Buchst b; EGRL 38/2004 Art 7 Abs 3 Buchst c; EGRL 38/2004 Art 24 Abs 2; EGV 883/2004 Art 4; EuFürsAbk Art 1; EUGrdRCh; \[GG Art 1 Abs 1; GG Art 20 Abs 1; GG Art 3 Abs 1; SGB 10 § 44; SGG § 75 Abs 2 Alt 2\]\(#\)](#)

### 1. Instanz

Aktenzeichen S 32 AS 3361/19  
Datum 29.06.2020

### 2. Instanz

Aktenzeichen L 19 AS 1204/20  
Datum 19.11.2020

### 3. Instanz

Datum 29.03.2022

Â

Auf die Revision des KlÃ¤gers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Â Westfalen vom 19.Â November 2020 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÃ¼ckverwiesen.

Â

G r Ã¼ n d e :

I  
Â  
1

Der KlÃ¤ger begehrt im Wege des Ã¼berprÃ¼fungsverfahrens die GewÃ¤hrung von AlgÂ II fÃ¼r die Zeit vom 1.3. bis 31.8.2019.

Â  
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 Spalkraft 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 räumt 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.

Ä

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.

Ä

9

Der Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

Ä

10

Er verteidigt die Entscheidung des LSG.

Ä

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 Vergleich 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.

---

Â

II

Â

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 ([Â§ 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.*).

Â

13

1.Â Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid vom 8.5.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7.6.2019 ([Â§ 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](#) [Â§ 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 ([Â§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 iVm Â§ 56 SGG](#); *vgl zuletzt BSG vom 10.11.2021* [B 1 KR 7/21 R](#) *zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen*). Mit der Anfechtungsklage begehrt der Kläger die Aufhebung der Äußerungsentscheidung. 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.

Â

14

2.Â 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.

Ä

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.

Ä

16

Im Revisionsverfahren ist auf die Rechtmäßigkeit zum Zeitpunkt des Erlasses des zur Revision 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.

Ä

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 für 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.

Ä

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.

Ä

19

(1) Der Begriff des Arbeitnehmers in § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU ist europarechtlich geprägt (BSG vom 12.9.2018 [Az: 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 [Az: C 413/01](#) *juris RdNr 24*; EuGH vom 21.2.2013 [Az: 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 [Az: C 413/01](#) *juris RdNr 26 mwN*; EuGH vom 14.6.2012 [Az: C 542/09](#) *juris RdNr 68*; EuGH vom 26.3.2015 [Az: C 316/13](#) *juris RdNr 27*; EuGH vom 16.7.2020 [Az: C 658/18](#) *juris RdNr 93*; im Anschluss daran etwa BSG vom 12.9.2018 [Az: B 14 AS 18/17 R](#) *juris RdNr 19*; BSG vom 27.1.2021 [Az: B 14 AS 42/19 R](#) *juris RdNr 17*; BSG vom 27.1.2021 [Az: B 14 AS 25/20 R](#) *juris RdNr 18*; SozR 44/200 [Az: 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 [Az: C 413/01](#) *juris RdNr 24*; EuGH vom 14.6.2012 [Az: C 542/09](#) *juris RdNr 68*; BSG vom 12.5.2021 [Az: 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 [Az: C 357/89](#) *juris RdNr 14*; EuGH vom 4.2.2010 [Az: C 14/09](#) *juris RdNr 26 mwN*; EuGH vom 1.10.2015 [Az: C 432/14](#) *juris RdNr 24*; BSG vom 12.9.2018 [Az: B 14 AS 18/17 R](#) *juris RdNr 19 mwN*; BSG vom 27.1.2021 [Az: B 14 AS 42/19 R](#) *juris RdNr 18*; BSG vom 27.1.2021 [Az: B 14 AS 25/20 R](#) *juris RdNr 18*; SozR 44/200 [Az: 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 [Câ 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 [Câ 357/89](#) *Raulin, juris RdNr 14*; EuGH vom 4.2.2010 [Câ 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 [Câ 413/01](#) *Ninni-Orasche, juris RdNr 25*; EuGH vom 4.6.2009 [Câ 22/08](#), [Câ 23/08](#) *Vatsouras, Koupatantze, 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 von Arbeit in einem Mitgliedstaat unerheblich (EuGH vom 23.3.1982 [Câ 53/81](#) *Levin, juris RdNr 22*; EuGH vom 21.2.2013 [Câ 46/12](#) *juris RdNr 47 mwN*).

Ä

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 [Câ 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*).

Ä

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 Spätkraft 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 Â 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.

Â

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.

Â

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 Â 7 Nr 59 RdNr 27 ff mwN*).

Â

24

bb) Der Kläger hatte auch kein Aufenthaltsrecht nach Â 2 Abs 2 Nr 2 FreizügG/EU, denn er *„bte 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

---

Â§Â 2 AbsÂ 2 NrÂ 3 FreizÃ¼gG/EU (als Erbringer von Dienstleistungen) oder nach Â§Â 2 AbsÂ 2 NrÂ 4 FreizÃ¼gG/EU (als EmpfÃ¤nger von Dienstleistungen) bestehen nach den Feststellungen des LSG keine Anhaltspunkte. Ein Aufenthaltsrecht nach Â§Â 2 AbsÂ 2 NrÂ 5 iVm Â§Â 4 FreizÃ¼gG/EU scheidet schon deswegen aus, weil der KIÃ¤ger nicht Ã¼ber ausreichende Existenzmittel verfÃ¼gte; anderenfalls hÃ¤tte er keinen Antrag auf Grundsicherungsleistungen stellen mÃ¼ssen.

Â

25

cc) Der KIÃ¤ger verfÃ¼gte zum hier maÃgeblichen Zeitpunkt auch nicht Ã¼ber ein Daueraufenthaltsrecht nach Â§Â 2 AbsÂ 2 NrÂ 7 iVm Â§Â 4a AbsÂ 1 SatzÂ 1 FreizÃ¼gG/EU (vgl ArtÂ 16 AbsÂ 1 der Richtlinie 2004/38/EG des EuropÃ¤ischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 â im Folgenden: *FreizÃ¼gigkeitsrichtlinie*). Ein solches haben UnionsbÃ¼rger nur, wenn sie sich seit fÃ¼nf Jahren stÃ¤ndig rechtmÃ¤Ãig im Bundesgebiet aufgehalten haben. Der KIÃ¤ger hÃ¤lt sich stÃ¤ndig allenfalls seit Februar 2016 und damit auch wÃ¤hrend des gesamten streitbefangenen Zeitraums noch nicht fÃ¼nf Jahre im Bundesgebiet auf. Der frÃ¼here Aufenthalt des KIÃ¤gers in der Bundesrepublik Deutschland (1992 bis 1997) ist nicht zu berÃ¼cksichtigen, weil die anschlieÃende Unterbrechung einem stÃ¤ndigen Aufenthalt entgegensteht; die in Â§Â 4a AbsÂ 6 FreizÃ¼gG/EU (vgl ArtÂ 16 AbsÂ 3 *FreizÃ¼gigkeitsrichtlinie*) normierten Ausnahmen von diesen Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Voraussetzungen des Â§Â 4a AbsÂ 2 FreizÃ¼gG/EU sind, ausgehend von den Feststellungen des LSG, ebenfalls nicht erfÃ¼llt.

Â

26

dd) Aus den vorstehenden GrÃ¼nden greift auch die Ausnahmeregelung des [Â§Â 7 AbsÂ 1 SatzÂ 4 HalbsatzÂ 1 SGBÂ II](#) nicht zu Gunsten des KIÃ¤gers ein. Nach dieser Norm erhalten AuslÃ¤nderinnen und AuslÃ¤nder und ihre FamilienangehÃ¶rigen abweichend von [Â§Â 7 AbsÂ 1 SatzÂ 2 NrÂ 2 SGBÂ II](#) Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fÃ¼nf Jahren ihren gewÃ¶hnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Auch dies setzt einen ununterbrochenen gewÃ¶hnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet voraus. Lediglich unwesentliche Unterbrechungen des Aufenthaltes â zum Beispiel ein kurzer Heimatbesuch â sind unschÃ¤dlich (*BegrÃ¼ndung des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung von AnsprÃ¼chen auslÃ¤ndischer Personen in der Grundsicherung fÃ¼r Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem ZwÃ¶lften Buch Sozialgesetzbuch*, BT-Drucks 18/10211, SÂ 14; G.Â Becker in Eicher/Luik/Harich, *SGBÂ II*, 5.Â Aufl 2021, Â§Â 7 RdNrÂ 54; Leopold in Schlegel/Voelzke, *jurisPK* â *SGBÂ II*, 5.Â Aufl 2020, Â§Â 7 RdNrÂ 163). Hier hatte der KIÃ¤ger nach seiner Ausreise in die Hellenische Republik im Jahr 1997 keinen gewÃ¶hnlichen Aufenthalt mehr in der Bundesrepublik Deutschland. Er hat diesen frÃ¼hestens wieder durch die Einreise im Februar 2016 begrÃ¼ndet; die FÃ¼nf-Jahres-Frist

---

begann erst ab Meldung bei der Meldebehörde am 9.2.2016 erneut zu laufen (vgl. BT-Drucks 18/10211, S. 14).

Â

27

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

Â

28

Nach der Rechtsprechung des Senats zu Â§ 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 â B. 4. AS 17/16 R. â SozR 4-4200 Â§ 7 Nr. 54 RdNr. 22 ff mwN zum Streitstand; aA Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, Â§ 2 FreizügG/EU RdNr. 116 f). Der Senat hatte dabei kürzere Unterbrechungen der Tätigkeit im Blick (BSG vom 13.7.2017 â B. 4. AS 17/16 R. â SozR 4-4200 Â§ 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 â B. 4. AS 17/16 R. â SozR 4-4200 Â§ 7 Nr. 54 RdNr. 31). Der Senat hat ausdrücklich offengelassen, ob der am Integrationsgedanken orientierten Zielsetzung des Gesetzes in Â§ 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 âmehr als einem Jahrâ käme (BSG vom 13.7.2017 â B. 4. AS 17/16 R. â SozR 4-4200 Â§ 7 Nr. 54 RdNr. 31).

Â

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 Zensur 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 [Câ 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 Art 2 Abs 2 Nr 1a FreizügigG/EU, dass Unionsbürger, die sich zur Arbeitssuche 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 Art 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügigG/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, werden unterlaufen, wenn in die Berechnung der Jahresdauer 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.

Ä

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.

Ä

31

ff) Auch ein Aufenthaltsrecht aus Art 2 Abs 3 Satz 2 FreizügigG/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 Art 2 Abs 1 FreizügigG/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.

Ä

32

gg) Der KlÄxger verfÄ½gt schlie¼lich nicht Ä½ber ein nach der ä¼¼MeistbegÄ½nstigungsklauselâ¼¼ des Â§Ä 11 AbsÄ 1 SatzÄ 11 FreizÄ½gG/EU in der bis zum 23.11.2020 geltenden Fassung (*heute Â§Ä 11 AbsÄ 14 SatzÄ 1 FreizÄ½gG/EU*) beachtliches Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG. Ihm war weder ein Aufenthaltstitel erteilt worden noch lagen die Voraussetzungen fÄ½r die Erteilung eines Aufenthaltstitels vor. Letzteres setzt in der Regel unter anderem voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist ([Ä§Ä 5 AbsÄ 1 NrÄ 1 AufenthG](#)). Bereits daran fehlt es im vorliegenden Fall.

Ä

33

c) Der KlÄxger kann einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGBÄ II zudem nicht aus dem Gleichbehandlungsanspruch des ArtÄ 1 EFA (*BGBI 1956Ä II 564*) ableiten, denn der von der Bundesregierung am 19.12.2011 bezogen auf Leistungen nach dem SGB II erklÄrte Vorbehalt (*nach ArtÄ 16 AbsÄ b SatzÄ 2 EFA; vgl. AnhangÄ II zum EFA in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.1.2012, [BGBIÄ II 144](#), berichtigt durch die Bekanntmachung vom 3.4.2012, [BGBIÄ II 740](#)) bewirkte eine wirksame EinschrÄnkung der Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit deutschen StaatsangehÄ¼rigen (*zur formellen und materiellen Wirksamkeit der VorbehaltserklÄrung BSG vom 3.12.2015 ä¼¼Ä [BÄ 4Ä AS 43/15Ä RÄ ä¼¼ \[BSGE 120. 139\]\(#\) = SozR 4ä¼¼4200 Ä§Ä 7 NrÄ 46, RdNrÄ 18Ä ff; BSG vom 9.8.2018 ä¼¼Ä \[BÄ 14Ä AS 32/17Ä RÄ ä¼¼ SozR 4ä¼¼4200 Ä§Ä 7 NrÄ 57 RdNrÄ 34\]\(#\)](#)*).*

Ä

34

3. Dieses Ergebnis ist mit den grundrechtlichen Positionen des KlÄxgers vereinbar. Dies gilt unabhÄngig davon, ob dem KlÄxger mÄ¼glicherweise ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGBÄ XII aufgrund des ArtÄ 1 EFA ä¼¼Ä hierzu untenÄ ä¼¼ zusteht. Der Gesetzgeber hat mit dem Regelungsregime des [Ä§Ä 7 AbsÄ 2 SatzÄ 2 NrÄ 2 BuchstÄ a](#) undÄ b SGBÄ II und [Ä§Ä 23 AbsÄ 3](#) und 3a SGBÄ XII in der seit dem 29.12.2016 geltenden Fassung (*des Gesetzes vom 22.12.2016, [BGBIÄ I 3155](#)*) ä¼¼Ä in Reaktion auf die Rechtsprechung des BSG (*vgl. BegrÄ½ndung des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung von AnsprÄ½chen auslÄndischer Personen in der Grundsicherung fÄ½r Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem ZwÄ¼lften Buch Sozialgesetzbuch, BTä¼¼Drucks 18/10211, SÄ 15*)Ä ä¼¼ verfassungskonform die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenÄ½ber desjenigen des Herkunftslandes ausgestaltet.

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 [Ä 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) bzw. [Ä 23 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB XII](#) etwa LSG Baden-Württemberg vom 29.6.2015 [LÄ 1 AS 2338/15](#) ER [B 1 ua](#) [juris RdNr 39](#); LSG Bayern vom 24.4.2017 [LÄ 8 SO 77/17](#) [B ER](#) [juris RdNr 39](#); LSG Berlin-Brandenburg vom 7.1.2019 [LÄ 23 SO 279/18](#) [B ER](#) [juris RdNr 37](#); LSG Hessen vom 27.3.2019 [LÄ 7 AS 7/19](#) [juris RdNr 5](#) ff; LSG Sachsen-Anhalt vom 4.7.2019 [LÄ 4 AS 246/19](#) [B ER](#) [juris RdNr 43](#); LSG Nordrhein-Westfalen vom 6.10.2021 [LÄ 12 AS 1004/20](#) [juris RdNr 84](#) ff; Harich, Bundestag Ausschussdrucksache 18(11)851, S 22 [24]; Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII, Ä 23 RdNr 91 mwN, Stand Juli 2021; Ulmer, ZRP 2016, 224; in diesem Sinne auch bereits zu Ä 120 Abs 1 BSHG BVerwG vom 8.7.1988 [5 B 136/87](#) [Buchholz 436.0 Ä 120 BSHG Nr 9](#) = [juris RdNr 3](#); zweifelnd etwa LSG Nordrhein-Westfalen vom 28.1.2018 [LÄ 7 AS 2299/17](#) [B](#) [juris RdNr 14](#) f; LSG Berlin-Brandenburg vom 28.1.2019 [LÄ 18 AS 141/19](#) [B ER](#) [ua](#) [juris RdNr 5](#); aA etwa SG Mainz vom 18.4.2016 [SÄ 3 AS 149/16](#) [juris RdNr 341](#) ff [die Vorlage wurde verworfen durch BVerfG [Kammer] vom 4.12.2019 [1Ä 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, Ä 23 RdNr 98 ff; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, Ä 7 RdNr 143, Stand Juni 2021; siehe zum Streitstand auch die Nachweise bei BVerfG [Kammer] vom 12.2.2020 [BÄ 7 AY 1/16](#) [R](#) [BVerfGK 20, 316](#) nicht abgedruckt). Andere Grundrechte und damit auch Art 3 Abs 1 GG [juris](#) vermögen für die Bemessung des Existenzminimums keine weiteren Maßstäbe zu setzen (BVerfG vom 9.2.2010 [1Ä BvL 1/09](#) [ua](#) [BVerfGE 125, 175](#) [227] = [SozR 4 4200 Ä 20 Nr 12 RdNr 145](#); BVerfG [Kammer] vom 7.7.2010 [1Ä BvR 2556/09](#) [BVerfGK 17, 375](#) [377] = [SozR 4 4200 Ä 11 Nr 33 RdNr 10](#); BVerfG vom 27.7.2016 [1Ä BvR 371/11](#) [BVerfGE 142, 353](#) [372, RdNr 43] = [SozR 4 4200 Ä 9 Nr 15 RdNr 43](#); dazu näher Aibel 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 [1Ä BvR 2556/09](#) [BVerfGK 17, 375](#) [377] = [SozR 4 4200 Ä 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 maßgeblich erachtete, wäre eine Ungleichbehandlung jedenfalls

---

durch die oben dargelegten Umstände gerechtfertigt, die auch einer Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums entgegenstehen.

Ä

45

4. Der Anwendung des [ÄSÄ 7 AbsÄ 1 SatzÄ 2 NrÄ 2 BuchstÄ a](#) und b SGBÄ II auf den KlÄger steht das Recht der EuropÄischen Union nicht entgegen. Die Ausschlussregelungen sind europarechtskonform (BSG vom 17.3.2016 [ÄÄÄ BÄ 4Ä AS 32/15Ä RÄ ÄÄÄ juris RdNrÄ 16 mwN](#); BSG vom 30.8.2017 [ÄÄÄ BÄ 14Ä AS 31/16Ä RÄ ÄÄÄ BSGE 124, 81](#) =Ä SozR 4ÄÄÄ4200 ÄSÄ 7 NrÄ 53, RdNrÄ 27 mwN), denn den EUÄMitgliedstaaten steht das Recht zu, die GewÄhrung von Geldleistungen iS des ArtÄ 3 AbsÄ 3 iVm ArtÄ 70 der Verordnung (EG) NrÄ 883/2004 des EuropÄischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 (ÄÄÄbesondere beitragsunabhÄngige GeldleistungenÄÄÄ) und Sozialhilfeleistungen iS von ArtÄ 24 AbsÄ 2 FreizÄ¼igigkeitsrichtlinie von einem bestehenden Aufenthaltsrecht, das nicht auf Arbeitsuche beruht, abhÄngig zu machen (EuGH vom 11.11.2014 [ÄÄÄÄ CÄÄÄ333/13Ä ÄÄÄ Dano ÄÄÄÄ SozR 4ÄÄÄ6065 ArtÄ 4 NrÄ 3Ä ÄÄÄ juris RdNrÄ 69Ä ff](#); EuGH vom 15.9.2015 [ÄÄÄÄ CÄÄÄ67/14Ä ÄÄÄ AlimanovicÄ ÄÄÄ SozR 4ÄÄÄ4200 ÄSÄ 7 NrÄ 49Ä ÄÄÄ juris RdNrÄ 49Ä f, 57Ä f](#); EuGH vom 25.2.2016 [ÄÄÄÄ CÄÄÄ299/14Ä ÄÄÄ Garcá½·aÄÄÄNieto, juris RdNrÄ 38Ä f](#); vgl auch EuGH vom 15.7.2021 [ÄÄÄÄ CÄÄÄ709/20Ä ÄÄÄ juris RdNrÄ 74Ä ff](#)).

Ä

46

Ob der durch ArtÄ 51 AbsÄ 1 SatzÄ 1 EUÄGrundrechtecharta umschriebene sachliche Anwendungsbereich der EUÄGrundrechtecharta im vorliegenden Fall erÄffnet ist, obwohl das Grundsicherungsrecht nicht unionsrechtlich determiniert ist (vgl zu diesem Maßstab BVerfG von 24.4.2013 [ÄÄÄÄ 1Ä BvR 1215/07Ä ÄÄÄ BVerfGE 133, 277](#) [313Ä ff, RdNrÄ 88Ä ff]), kann der Senat dahinstehen lassen. Jedenfalls ergeben sich im vorliegenden Fall aus der hier allein in Betracht kommenden Gewährleistung des ArtÄ 1 EUÄGrundrechtecharta (vgl EuGH vom 15.7.2021 [ÄÄÄÄ CÄÄÄ709/20Ä ÄÄÄ juris RdNrÄ 93](#)) keine weitergehenden Rechte als aus dem Grundrecht aus ArtÄ 1 AbsÄ 1 iVm ArtÄ 20 AbsÄ 1 GG.

Ä

47

5. Der Rechtsstreit war aber unter Aufhebung des Berufungsurteils an das LSG zurÄckzuverweisen, damit dieses den Ärtlich zustÄndigen SozialhilfetrÄger gemÄÄÄ [ÄSÄ 75 AbsÄ 2 AltÄ 2 SGG](#) beiladen und ggf gemÄÄÄ [ÄSÄ 75 AbsÄ 5 SGG](#) zur Leistung verurteilen kann.

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

Der Pflicht zur Beiladung nach [ÄSÄ 75 AbsÄ 2 AltÄ 2 SGG](#) steht nicht entgegen, dass es sich vorliegend um ein Überprüfungsverfahren nach [ÄSÄ 44 SGBÄ X](#) handelt. Zwar kann passiv legitimiert für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage im vorliegenden Fall nur der Beklagte sein ([ÄSÄ 44 AbsÄ 3 SGBÄ X](#)), sodass insofern eine Verurteilung eines anderen Trägers ausscheidet. Das BSG ist indes schon in früheren Entscheidungen âĀĀÄ wenn auch ohne ProblematisierungâĀĀ davon ausgegangen, dass die insofern isolierte Leistungsklage gegen den anderen Träger Erfolg haben kann und daher eine Beiladung nach [ÄSÄ 75 AbsÄ 2 AltÄ 2 SGG](#) möglich ist (vgl BSG vom 7.2.2002 âĀĀÄ [BÄ 7Ä AL 28/01Ä RÄ](#) âĀĀ juris RdNrÄ 13; BSG vom 16.12.2015 âĀĀÄ [BÄ 14Ä AS 18/14Ä RÄ](#) âĀĀ juris RdNrÄ 39Ä 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 âĀĀÄ [BÄ 1Ä KR 15/18Ä RÄ](#) âĀĀ [BSGE 128, 295](#) =Ä SozR 4âĀĀ2500 ÄSÄ 85 NrÄ 89, RdNrÄ 18 mwN) der sog unechten notwendigen Beiladung Rechnung zu tragen.

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

---

haben.

Â

Erstellt am: 07.07.2022

Zuletzt verändert am: 21.12.2024