
S 32 AS 3591/18

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Grundsicherung für Arbeitsuchende - Leistungsausschluss für Ausländer ohne Aufenthaltsrecht oder bei Aufenthalt zur Arbeitsuche - Rückausnahme - fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet - Meldungen bei der Meldebehörde - Unterbrechungen
Leitsätze	Die Rückausnahme vom Leistungsausschluss für Ausländer aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts setzt einen solchen Aufenthalt ohne wesentliche Unterbrechung von fünf Jahren ab der ersten ordnungsbehördlichen Anmeldung im Bundesgebiet voraus, nicht aber die permanente Meldung während dieses Zeitraums.
Normenkette	SGB II § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 Buchst a F : 2016-12-22; SGB II § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 Buchst b F : 2016-12-22; SGB II § 7 Abs 1 S 4 Halbs 1 ; SGB II § 7 Abs 1 S 5 ; SGB I § 30 Abs 3 S 2 ; GG Art 3 Abs 1
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 32 AS 3591/18
Datum	26.01.2022
2. Instanz	
Aktenzeichen	-
Datum	-
3. Instanz	
Datum	20.09.2023

Â

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 26.Â Januar 2022 wird zurÃ¼ckgewiesen.

Der Beklagte hat dem KlÃ¤ger die auÃgerichtlichen Kosten auch des Revisionsverfahrens zu erstatten.

G r Ã¼ n d e :

I

1

Die Beteiligten streiten um die GewÃ¤hrung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGBÂ II fÃ¼r Januar 2018 bis einschlieÃlich Februar 2019, insbesondere Ã¼ber die Frage eines Leistungsausschlusses des KlÃ¤gers als AuslÃ¤nder.

2

Der 1976 geborene KlÃ¤ger ist StaatsangehÃ¶riger der Republik Polen. Er reiste erstmals 2009 in die Bundesrepublik Deutschland ein und hÃ¤lt sich seitdem im Inland auf. Die erste behÃ¶rdliche Anmeldung hier erfolgte am 21.4.2009; seitdem war er â mit Unterbrechungenâ im Inland gemeldet. Vom 30.10. bis zum 1.11.2016 verbÃ¼te er eine Freiheitsstrafe wegen einer nicht bezahlten Geldstrafe.

3

Den Leistungsantrag des KlÃ¤gers vom 17.1.2018 lehnte der Beklagte ab (Bescheid vom 13.2.2018; Widerspruchsbescheid vom 19.6.2018). Der KlÃ¤ger habe allein ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche. Ein Daueraufenthaltsrecht sei nicht erkennbar.

4

Die AuslÃ¤nderbehÃ¶rde der Stadt H teilte dem Beklagten mit, dass dem KlÃ¤ger kein rechtmÃ¤Ãiger Aufenthalt in H und kein Daueraufenthaltsrecht bestÃ¤tigt werden kÃ¶nne (E-Mail vom 7.9.2018).

5

Das SG verpflichtete den Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung, dem KlÃ¤ger vorlÃ¤ufig ab dem 18.7.2018 bis zu einer rechtskrÃ¤ftigen Entscheidung in der Hauptsache, lÃ¤ngstens bis zum 18.1.2019 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Form des Regelbedarfs zu gewÃ¤hren (Beschluss vom 2.10.2018 â SÂ 35Â AS 3581/18Â ER). Das LSG wies die vom Beklagten eingelegte Beschwerde zurÃ¼ck (Beschluss vom 9.1.2019 â LÂ 2Â AS 1638/18Â BÂ ER). AusdrÃ¼cklich in AusfÃ¼hrung des Beschlusses des SG zahlte der Beklagte dem KlÃ¤ger vorlÃ¤ufig Leistungen fÃ¼r den tenorierten Zeitraum (Bescheid vom 22.1.2019).

6

Das SG hat den Bescheid des Beklagten vom 13.2.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.6.2018 aufgehoben und den Beklagten verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1.1.2018 bis zum 31.12.2018 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II iHv 416 Euro monatlich sowie für die Zeit vom 1.1.2019 bis zum 28.2.2019 iHv 424 Euro monatlich zu gewähren (Urteil vom 26.1.2022). Der Kläger sei nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen gewesen. Er habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit 2009 im Bundesgebiet. Dass der Kläger seit seiner erstmaligen Meldung im Bundesgebiet nicht durchgängig gemeldet gewesen sei, sei unschädlich.

7

Hiergegen richtet sich die vom SG zugelassene Revision des Beklagten, der eine Verletzung des [ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst b, Satz 4 bis 6 SGB II](#) ragt. Der Kläger habe allenfalls ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche und sei deshalb von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Die Rückausnahme des [ 7 Abs 1 Satz 4 SGB II](#) greife nicht ein. Sie setze eine durchgehende Meldung in der Bundesrepublik Deutschland voraus. Zudem führten Zeiten der Inhaftierung zu einer âUnterbrechungâ des Fünfjahreszeitraums.

8

Der Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 26. Januar 2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

9

Der Kläger beantragt sinngemäß,
die Revision des Beklagten zurückzuweisen.

10

Er verteidigt das angegriffene Urteil.

11

Die zulässige Revision des Beklagten ist unbegründet.

12

1. Der Senat konnte in Abwesenheit des Bevollmächtigten des Klägers entscheiden, nachdem dieser in der Ladung auf die Möglichkeit der Entscheidung nach Lage der Akten im Fall des Ausbleibens ([ 165 Satz 1](#) iVm [ 153 Abs 1](#) iVm [ 110 Abs 1 Satz 2 SGG](#)) hingewiesen worden ist. Die Zulässigkeit der Entscheidung nach Lage der Akten ([ 126 SGG](#)) schließt die Möglichkeit einer Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung in Abwesenheit der Beteiligten oder eines Teils der Beteiligten ein (vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14. Aufl 2023,  126 RdNr 4). Der Bevollmächtigte des Klägers hat sich im übrigen, ohne dass es hierauf ankäme, mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt.

13

2. Die Sprungrevision des Beklagten ist zulässig.

14

Gemäß [Â§ 161 Abs 1 Satz 1 SGG](#) steht den Beteiligten gegen das Urteil eines SG die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und sie vom SG im Urteil oder auf Antrag durch Beschluss zugelassen worden ist. Die Zustimmung des Gegners ist dem Antrag oder, wenn die Revision im Urteil zugelassen ist, der Revisionschrift beizufügen ([Â§ 161 Abs 1 Satz 3 SGG](#)). Wenn die Revision wie hier im Urteil zugelassen ist, setzt die Zulässigkeit der Sprungrevision also voraus, dass der Rechtsmittelgegner der Einlegung des Rechtsmittels schriftlich zugestimmt hat und diese Zustimmungserklärung der Revisionschrift beigefügt wird; die schriftliche Zustimmungserklärung muss innerhalb der Revisionsfrist vorgelegt werden (BSG vom 11.4.2022 [B 4 AS 8/21 R](#) [SozR 41500 Â§ 161 Nr 6 RdNr 7 mwN](#)).

15

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Das SG hat die Revision zum BSG im Tenor des angefochtenen Urteils ausdrücklich zugelassen. Der Beklagte hat die Revision innerhalb der bis zum 25.3.2022 laufenden Revisionsfrist eingelegt. Er hat zudem die Zustimmungserklärung des Gegners form- und fristgerecht vorgelegt, weil er eine beglaubigte Abschrift des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem SG, in der der Kläger vor der Urteilsverkündung seine Zustimmung zur Einlegung der Sprungrevision erklärt hat, beigefügt hat (vgl zu dieser Möglichkeit BSG vom 30.6.1960 [GS 1/59](#) [BSGE 12, 230](#) = [SozR Nr 14 zu Â§ 161 SGG](#)). Dabei ist unschädlich, dass der Beklagte das beglaubigte Protokoll eingescannt und über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (lediglich) als pdf-Datei übermittelt hat (vgl BSG vom 7.7.2011 [B 14 AS 153/10 R](#) [BSGE 108, 289](#) = [SozR 44200 Â§ 38 Nr 2, RdNr 13 f](#); vgl auch BSG vom 11.4.2022 [B 4 AS 8/21 R](#) [SozR 41500 Â§ 161 Nr 6 RdNr 8](#)), zumal für den Beklagten gemäß [Â§ 65d SGG](#) seit dem 1.1.2022 sogar die Pflicht besteht, derartige Schriftstücke als elektronisches Dokument einzureichen.

16

3. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben der vorinstanzlichen Entscheidung der Bescheid vom 13.2.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.6.2018 ([Â§ 95 SGG](#)), mit dem der Beklagte den Leistungsantrag des Klägers vom 17.1.2018 abgelehnt hat. Nachdem nur der Beklagte Revision eingelegt hat, ergibt sich der Streitgegenstand in zeitlicher Hinsicht aus dem Umfang der Verurteilung des Beklagten durch das SG; er währt vom 1.1.2018 bis zum 28.2.2019. Der Bescheid vom 22.1.2019 ist hingegen nicht nach [Â§ 86 Halbsatz 1 SGG](#) Gegenstand des Vorverfahrens geworden, weil er lediglich zur Umsetzung der einstweiligen Anordnung des SG erlassen worden ist, ihm insoweit daher die Regelungswirkung ([Â§ 31 Satz 1 SGB X](#)) fehlt (vgl BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 14 mwN](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)).

17

4. Die Sprungrevision des Beklagten ist aber unbegründet und daher zurückzuweisen ([Â§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG](#)). Das SG hat den Beklagten zu Recht verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1.1.2018 bis zum 31.12.2018 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II iHv 416 Euro monatlich sowie für die Zeit vom 1.1.2019 bis zum 28.2.2019 iHv 424 Euro monatlich zu gewährleisten.

18

a) Die Klage ist zulässig. Dass dem Kläger aufgrund der einstweiligen Anordnung des SG vom 2.10.2018 Leistungen des Beklagten für die Zeit vom 18.7.2018 bis zum 18.1.2019 erbracht worden sind, steht seinem Rechtsschutzbedürfnis auch für diesen Zeitraum nicht entgegen. Denn die Wirkung dieser einstweiligen Anordnung würde, nachdem diese nicht bereits im Beschwerdeverfahren aufgehoben worden ist, spätestens mit Bestandskraft des die Leistungsgewährung ablehnenden Bescheids vom 13.2.2018 entfallen (vgl BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 17 mwN](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)). In diesem Fall wäre der Kläger ipso iure zur Rückzahlung der erbrachten Leistungen verpflichtet (vgl BSG vom 4.3.2021 [B 11 AL 5/20 R](#) [BSGE 131, 286](#) = [SozR 41300 Â§ 50 Nr 7, RdNr 28](#); BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 17](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)).

19

Richtige Klageart ist auch in der vorliegenden Konstellation die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage. Zwar hat der Kläger die begehrten Leistungen vom Beklagten aufgrund der einstweiligen Anordnung des SG bereits teilweise erhalten, so dass insofern die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ausreichen würde (vgl BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 18 mwN](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)). Da die bereits erbrachten Leistungen aber nicht den gesamten streitbefangenen Zeitraum betreffen, muss dem Kläger insgesamt die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage offenstehen (vgl BSG vom 3.12.2015 [B 4 AS 44/15 R](#) [BSGE 120, 149](#) = [SozR 44200 Â§ 7 Nr 43, RdNr 14](#)). Der Beklagte ist durch die Verurteilung nicht mit dem Einwand der (teilweisen) Erfüllung ausgeschlossen (vgl BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 30](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)).

20

Dafür, dass der Kläger während des streitbefangenen Zeitraums einen neuen Leistungsantrag gestellt hätte, der zur Zäsur des Streitgegenstands geführt hätte (dazu BSG vom 6.6.2023 [B 4 AS 4/22 R](#) [RdNr 35](#) [ff](#) [zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen](#)), ohne dass über den anschließenden Zeitraum eine Verwaltungsentscheidung getroffen worden wäre, ist nichts ersichtlich.

21

b) Die Klage ist auch begründet. Der Bescheid des Beklagten vom 13.2.2018 in

der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19.6.2018 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in der vom SG zugesprochenen Höhe für Januar 2018 bis Februar 2019.

22

aa) Aus den Feststellungen des SG, an die der Senat gebunden ist ([   163 SGG](#)), und deren rechtlicher Würdigung, die revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, ergibt sich, dass der Kläger im streitbefangenen Zeitraum die Voraussetzungen des [   7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) erfüllt hat.

23

bb) Der Kläger, der Staatsangehöriger der Republik Polen ist, war auch nicht gemäß [   7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b, Satz 4 bis 7 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. Nach [   7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a](#) und b SGB II aF 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 (zur Vereinbarkeit dieses Leistungsausschlusses mit Verfassungs- und EU-Recht BSG vom 29.3.2022    [B  4 AS 2/21 R ](#)    [BSGE 134, 45](#) = SozR 41100 Art 1 Nr 20, RdNr 34 ff; BSG vom 6.6.2023    [B  4 AS 4/22 R ](#)    RdNr 27 f mwN    zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen). Zwar kann der Senat angesichts insofern fehlender Feststellungen des SG nicht beurteilen, ob in der Person des Klägers die Voraussetzungen für einen solchen Leistungsausschluss vorlagen. Jedenfalls greift aber die Rücknahme des [   7 Abs 1 Satz 4 SGB II](#) zugunsten des Klägers ein.

24

(1) Nach [   7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II](#) erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen abweichend von [   7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben.

25

Der Gesetzgeber ist mit dieser Leistungsberechtigung hinter den für das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts 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 [Freizügigkeitsrichtlinie]) notwendigen Voraussetzungen zurückgeblieben (vgl Leopold in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl 2020, [   7 RdNr 163](#)). Für das Entstehen eines Daueraufenthaltsrechts ist ein Aufenthalt, der sich allein auf die generelle Freiz gigkeitsvermutung stützt, nicht ausreichend (BSG vom 12.9.2018    [B  14 AS 18/17 R ](#)    juris RdNr 26 mwN). Erforderlich ist vielmehr, dass sich der Unionsbürger ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat und der Aufenthalt im Einklang mit den Voraussetzungen des

Art 7 Abs 1 der Richtlinie 2004/38 stand (EuGH vom 6.9.2012
âĀĀ C147/11âĀ uaâĀ âĀĀ juris RdNrâĀ 40; BVerwG vom 16.7.2015 âĀĀâĀ [1âĀ C 22/14](#)
âĀâĀ Buchholz 402.261 âĀâĀ 4a FreizâĀ¼gG/EU NrâĀ 4 =âĀ juris RdNrâĀ 16âĀ f mwN zur
EuGH-Rechtsprechung).

26

DemgegenâĀ¼ber setzt [âĀâĀ 7 AbsâĀ 1 SatzâĀ 4 HalbsatzâĀ 1 SGBâĀ II](#) nur einen
ununterbrochenen gewâĀĥhnlichen Aufenthalt von fâĀ¼nf Jahren ab erstmaliger
behâĀĥrdlicher Anmeldung im Bundesgebiet voraus. Lediglich unwesentliche
Unterbrechungen des Aufenthalts âĀĀâĀ zum Beispiel ein kurzer HeimatbesuchâĀ âĀĀ
sind unschâĀdlich; ansonsten beginnt die Frist wieder neu zu laufen (BSG vom
29.3.2022 âĀĀâĀ [BâĀ 4âĀ AS 2/21âĀ RâĀ](#) âĀĀ [BSGE 134, 45](#) =âĀ SozR 41100 ArtâĀ 1
NrâĀ 20, RdNrâĀ 26 unter Hinweis auf die BegrâĀ¼ndung des Entwurfs eines Gesetzes
zur Regelung von AnsprâĀ¼chen auslâĀndischer Personen in der Grundsicherung
fâĀ¼r Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der
Sozialhilfe nach dem ZwâĀĥften Buch Sozialgesetzbuch, [BT-Drucks 18/10211, SâĀ 14](#)
).

27

Beachtlich sind dabei nur Zeiten eines gewâĀĥhnlichen Aufenthalts, die nach einer
Anmeldung bei der zustâĀndigen MeldebehâĀĥrde liegen. Dies ergibt sich aus [âĀâĀ 7
AbsâĀ 1 SatzâĀ 5 SGBâĀ II](#), wonach die fâĀ¼nfjahresfrist mit der Anmeldung bei der
zustâĀndigen MeldebehâĀĥrde beginnt. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung
des [âĀâĀ 7 AbsâĀ 1 SatzâĀ 4 SGBâĀ II](#) einem lâĀngeren verfestigten Aufenthalt in
Deutschland Rechnung tragen und ging dabei davon aus, dass die Betroffenen ihre
Verbindung zu Deutschland, die Voraussetzung fâĀ¼r eine Aufenthaltsverfestigung
sei, durch die Meldung bei der MeldebehâĀĥrde dokumentierten (BegrâĀ¼ndung des
Gesetzesentwurfs, [BT-Drucks 18/10211, SâĀ 14](#)). Die Anmeldung bei der
MeldebehâĀĥrde ist damit nicht nur Beweiserleichterung, sondern ihr kommt
konstitutive Wirkung zu (Hohm in Schellhorn/Hohm/Scheider/Busse, SGBâĀ XII,
21.âĀ Aufl 2023, âĀâĀ 23 RdNrâĀ 100; A.âĀ Loose in Hohm, SGBâĀ II, âĀâĀ 7 RdNrâĀ 74.6,
Stand November 2018). Die Meldeobliegenheit nach [âĀâĀ 7 AbsâĀ 1 SatzâĀ 5 SGBâĀ II](#)
besteht dabei unabhâĀngig von einer ordnungsrechtlichen Meldepflicht (vgl
A.âĀ Loose in Hohm, SGBâĀ II, âĀâĀ 7 RdNrâĀ 74.6, Stand November 2018).

28

Einen gewâĀĥhnlichen Aufenthalt hat gemâĀâĀ [âĀâĀ 30 AbsâĀ 3 SatzâĀ 2 SGBâĀ I](#), der
gemâĀâĀ [âĀâĀ 37 SatzâĀ 1 SGBâĀ I](#) auch im SGBâĀ II anwendbar ist (vgl BSG vom
30.1.2013 âĀĀâĀ [BâĀ 4âĀ AS 54/12âĀ RâĀ](#) âĀĀ [BSGE 113, 60](#) =âĀ SozR 44200 âĀâĀ 7
NrâĀ 34, RdNrâĀ 18), jemand dort, wo er sich unter UmstâĀnden aufhâĀlt, die
erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur
vorâĀbergehend verweilt. Erforderlich ist damit eine vorausschauende
Betrachtung, also eine Prognose (BSG vom 17.12.2014 âĀĀâĀ [BâĀ 8âĀ SO 19/13âĀ R](#)
âĀâĀ juris RdNrâĀ 15; BSG vom 8.3.2023 âĀĀâĀ [BâĀ 7âĀ AS 7/22âĀ RâĀ](#) âĀĀ RdNrâĀ 17
âĀĀâĀ zur VerâĀffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen; ausfâĀ¼hrlich zum
Wesen einer Prognoseentscheidung BSG vom 27.3.2020 âĀĀâĀ [BâĀ 10âĀ EG 7/18âĀ R](#)
âĀâĀ [BSGE 130, 103](#) =âĀ SozR 47837 âĀâĀ 1 NrâĀ 9, RdNrâĀ 28âĀ ff), die sich im Laufe
der Zeit auch verâĀndern kann (vgl BSG vom 27.3.2020 âĀĀâĀ [BâĀ 10âĀ EG 7/18âĀ R](#)

Â [BSGE 130, 103](#) =Â SozR 47837 Â§Â 1 NrÂ 9, RdNrÂ 28). Die Prognose hat unter BerÃ¼cksichtigung aller fÃ¼r die Beurteilung der kÃ¼nftigen Entwicklung im Zeitpunkt des Eintreffens am maÃgeblichen Ort erkennbaren UmstÃ¤nde zu erfolgen (BSG vom 17.12.2014 [BÂ 8Â SO 19/13Â RÂ](#) [juris RdNrÂ 15 mwN](#)). Dies gilt auch dann, wenn [wie hier](#) [der gewÃhnliche Aufenthalt rÃ¼ckblickend zu ermitteln ist](#) (BSG vom 17.12.2014 [BÂ 8Â SO 19/13Â RÂ](#) [juris RdNrÂ 15](#); BSG vom 1.3.2018 [BÂ 8Â SO 22/16Â RÂ](#) [SozR 43250 Â§Â 14 NrÂ 28 RdNrÂ 20](#); BSG vom 23.2.2023 [BÂ 8Â SO 8/21Â RÂ](#) [RdNrÂ 23](#) [zur VerÃffentlichung in SozR vorgesehen](#)). Davon, dass ein gewÃhnlicher Aufenthalt bestand, mÃ¼ssen sich die Gerichte die volle [ÃuÃerzeugung verschaffen](#) ([Â§Â 128 AbsÂ 1 SatzÂ 1 SGG](#); vgl zu den Anforderungen Giesbert in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2.Â Aufl 2022, [Â§Â 128 RdNrÂ 26Â ff mwN](#); HÃ¼bschmann in BeckOGK, [Â§Â 128 SGG RdNrÂ 20Â ff mwN](#), Stand 1.8.2023; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14.Â Aufl 2023, [Â§Â 128 RdNrÂ 3b mwN](#)); derjenige, der Leistungen begehrt, trÃ¤gt insofern die objektive Beweislast (vgl BVerfG [Kammer] vom 1.2.2010 [1 BvR 20/10Â](#) [juris RdNrÂ 2](#); BSG vom 29.11.2022 [BÂ 4Â AS 64/21Â RÂ](#) [SozR 44200 Â§Â 41a NrÂ 7Â RdNrÂ 34Â mwN](#) [auch zur VerÃffentlichung in BSGE vorgesehen](#)).

29

Feststellungen zu den tatsÃ¤chlichen UmstÃ¤nden des Aufenthalts einer Person sind als tatrichterliche Feststellungen fÃ¼r den Senat bindend ([Â§Â 163 SGG](#)). Die darauf aufbauende Prognose und rechtliche Beurteilung, dass diese Person auch ihren gewÃhnlichen Aufenthalt im Inland gehabt habe, unterliegt hingegen der Beurteilung des Revisionsgerichts (vgl BSG vom 17.12.2014 [BÂ 8Â SO 19/13Â RÂ](#) [juris RdNrÂ 16Â f](#); BSG vom 27.3.2020 [BÂ 10Â EG 7/18Â RÂ](#) [BSGE 130, 103](#) =Â SozR 47837 Â§Â 1 NrÂ 9, RdNrÂ 32; BSG vom 18.3.2021 [BÂ 10Â EG 6/19Â RÂ](#) [SozR 47837 Â§Â 1 NrÂ 11 RdNrÂ 30](#)).

30

(2)Â Aus der Gesamtschau der AusfÃ¼hrungen des SG ergibt sich noch mit hinreichender Sicherheit, dass das SG aufgrund der von ihm festgestellten tatsÃ¤chlichen UmstÃ¤nde die (rÃ¼ckschauende) Prognose getroffen hat, dass der KlÃ¤ger im maÃgeblichen Zeitraum [seit der ersten Anmeldung am 21.4.2009](#) [seinen gewÃhnlichen Aufenthalt im Inland hatte](#), ohne dass dies auf revisionsrechtliche Bedenken stÃ¼Ãt.

31

Soweit der Beklagte mit der Revision vorbringt, dass Zeiten der Inhaftierung mangels rechtmÃ¤Ãigen Aufenthalts im Inland den Lauf der FÃ¼nfjahresfrist unterbrechen und der FÃ¼nfjahreszeitraum nach der Haftentlassung wieder neu beginnt, ist dem jedenfalls fÃ¼r die vorliegende Fallkonstellation nicht beizutreten. Bereits aufgrund der Kurzfristigkeit der Inhaftierung von drei Tagen war der gewÃhnliche Aufenthalt in H nicht allein durch diese aufgegeben (vgl zum gewÃhnlichen Aufenthalt am GefÃ¤ngnisort wÃ¤hrend einer Inhaftierung auch BSG vom 29.5.1991 [4Â RA 38/90Â](#) [SozR 31200 Â§Â 30 NrÂ 5 SÂ 8](#) =Â juris RdNrÂ 22).

(3) Der Anwendung des [Â§ 7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II](#) steht nicht entgegen, dass der KlÃ¤ger seit dem Zeitpunkt seiner ersten Anmeldung am 21.4.2009 nicht durchweg im Inland gemeldet war. Der Senat teilt nicht die Auffassung der Revision, dass als Zeiten des gewÃ¶hnlichen Aufenthalts nur solche Zeiten zu berÃ¼cksichtigen sind, in denen der Betroffene zugleich behÃ¶rdlich gemeldet war (ebenso etwa LSG Berlin-Brandenburg vom 11.5.2020 â [LÃ 18 AS 1812/19](#) â juris RdNr 20; LSG Nordrhein-Westfalen vom 18.8.2021 â [LÃ 21 AS 1016/21 BÃ ER](#) â juris RdNr 9; LSG Berlin-Brandenburg vom 1.12.2022 â [LÃ 19 AS 929/22 BÃ ER](#) â juris RdNr 28; aA LSG Schleswig-Holstein vom 4.5.2018 â [LÃ 6 AS 59/18 BÃ ER](#) â juris RdNr 27; Hessisches LSG vom 16.10.2019 â [LÃ 7 AS 343/19 BÃ ER](#) â juris RdNr 24; LSG Berlin-Brandenburg vom 4.5.2020 â [LÃ 31 AS 602/20 BÃ ER](#) â juris RdNr 4 ff; LSG Berlin-Brandenburg vom 31.5.2021 â [LÃ 5 AS 457/21 BÃ ER](#) â juris RdNr 7). [Â§ 7 Abs 1 Satz 5 SGB II](#) regelt nur die Voraussetzung fÃ¼r den Beginn der FÃ¼nfjahresfrist. Der Normwortlaut sagt lediglich, dass die Frist nach Satz 4 mit der Anmeldung beginnt, ohne ausdrÃ¼cklich anzuordnen, dass die Meldung auch Ã¼ber den gesamten Zeitraum von mindestens fÃ¼nf Jahren Bestand haben muss. Der Regelung lÃsst sich damit nicht hinreichend entnehmen, dass neben das Erfordernis des gewÃ¶hnlichen Aufenthalts als weitere Voraussetzung die permanente Meldung in der Bundesrepublik Deutschland tritt. Etwas anderes vermag der Senat auch den entstehungsgeschichtlichen Dokumenten nicht zu entnehmen. Dass damit Zeiten des gewÃ¶hnlichen Aufenthalts vor der ersten Anmeldung nicht berÃ¼cksichtigt werden, anschlieÃende Zeiten des gewÃ¶hnlichen Aufenthalts ohne gleichzeitige Meldung aber schon, ist Folge der Regelung des [Â§ 7 Abs 1 Satz 5 SGB II](#). Die dahinterstehende, auf die mit der ersten Anmeldung verbundene Dokumentation der Verbindung zu Deutschland abstellende Differenzierung (BegrÃ¼ndung des Gesetzentwurfs, [BT-Drucks 18/10211, SÃ 14](#)) des Gesetzes ist wegen dieses hinreichenden Sachgrunds auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG) vereinbar, sofern Art 3 Abs 1 GG in diesem Kontext Ã¼berhaupt MaÃstabswirkung entfaltet (vgl BSG vom 29.3.2022 â [BÃ 4 AS 2/21 R](#) â [BSGE 134, 45](#) = SozR 41100 Art 1 Nr 20, RdNr 44 mwN).

(4) Zu Recht ist das SG davon ausgegangen, dass der Anwendung des [Â§ 7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 1 SGB II](#) im vorliegenden Fall nicht [Â§ 7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 2 SGB II](#) entgegensteht. Danach gilt Halbsatz 1 nicht, wenn der Verlust des Rechts nach [Â§ 2 Abs 1 FreizÃ¼gG/EU](#) festgestellt wurde. Diese EinschrÃ¤nkung des [Â§ 7 Abs 1 Satz 4 Halbsatz 2 SGB II](#) greift dann ein, wenn die zustÃ¤ndige AuslÃ¤nderbehÃ¶rde diese Verlustfeststellung durch Verwaltungsakt wirksam ([Â§ 43 VwVfG](#)) gegenÃ¼ber dem AuslÃ¤nder getroffen hat. Daran fehlt es hier. Bei der E-Mail der Mitarbeiterin des AuslÃ¤nderamts der Stadt H an den Beklagten vom 7.9.2018 handelt es sich ersichtlich nicht um eine eine Regelungs- und AuÃenwirkung intendierende VerfÃ¼gung des AuslÃ¤nderamts.

(5) Für das Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 6 SGB II](#), wonach Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet werden, gibt es nach den Feststellungen des SG keinen Anhalt.

35

cc) Die Verurteilung des Beklagten erweist sich auch der Höhe nach als zutreffend. Nach den Feststellungen des SG bestand der Bedarf des Klägers im streitbefangenen Zeitraum zumindest aus dem Regelbedarf. Dieser betrug im Jahr 2018 monatlich 416 Euro ([§ 20 Abs 1a SGB II](#) iVm Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2018 vom 8.11.2017, [BGBl I 3767](#)) und im Jahr 2019 monatlich 424 Euro ([§ 20 Abs 1a SGB II](#) iVm Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2019 vom 19.10.2018, [BGBl I 1766](#)). Weitere Bedarfe wären im Revisionsverfahren schon deshalb irrelevant gewesen, weil lediglich der Beklagte Revision gegen das Urteil des SG eingelegt hat. Zu berücksichtigendes Einkommen oder Vermögen war nach den Feststellungen des SG nicht gegeben, so dass der monatliche Anspruch jeweils in Höhe des Bedarfs bestand.

36

5. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs 1 Satz 1 SGG](#).

Ä

Erstellt am: 13.03.2024

Zuletzt verändert am: 21.12.2024