

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 4 AS 8/24 R**

LSG Nordrhein-Westfalen 11.01.2024 - L 19 AS 1849/21

SG Köln 23.11.2021 - S 4 AS 3407/20

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Jobcenter Köln,
Pohligstraße 3, 50969 Köln,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

beigeladen:

Stadt Köln - Amt für Soziales und Senioren,
Ottmar-Pohl-Platz 1, 51103 Köln.

Der 4. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2025 durch die Präsidentin Dr. Fuchslöcher, die Richter Dr. Harich und Dr. Burkiczak sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Hochmann-Laufs und Ruland für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 11. Januar 2024 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger, ein bulgarischer Staatsangehöriger, beansprucht vom beklagten Jobcenter Alg II für April bis Dezember 2020, hilfsweise Leistungen nach dem SGB XII vom beigeladenen Sozialhilfeträger für den Zeitraum 8.4. bis 31.12.2020.
- 2 Der 1991 geborene Kläger reiste im Juli 2011 erstmals in die Bundesrepublik Deutschland ein. Der Kläger war in der Folgezeit teilweise in Deutschland gemeldet. Teilweise hielt er sich in Bulgarien auf. Die Dauer seiner Inlands- und Auslandsaufenthalte ist im Einzelnen unklar. Fest steht, dass der Kläger sich im Anschluss an eine Auslieferungshaft von Ende November 2017 bis Ende Februar 2018 in Bulgarien in Haft befand.
- 3 Der Kläger war in den letzten Jahren in der Bundesrepublik Deutschland teilweise erwerbstätig. In der Zeit vom 15.2.2016 bis 31.3.2017 arbeitete er für ein monatliches Bruttoentgelt von 500 Euro als Thekenkraft. Im Oktober 2016 nahm der Kläger zwei Wochen unbezahlten Urlaub, um nach Bulgarien zu reisen. Das nach dem Arbeitsvertrag ohnehin bis zum 31.3.2017 befristete Arbeitsverhältnis wurde betriebsbedingt - ebenfalls zum 31.3.2017 - gekündigt. Die Agentur für Arbeit K bestätigte dem Kläger den unfreiwilligen Verlust der Beschäftigung und bewilligte ihm Alg für den Zeitraum 1.4. bis 14.7.2017. Aufstockend bezog er von März bis August 2017 Alg II.
- 4 In der Folgezeit war der Kläger für verschiedene kürzere Zeiträume insbesondere als Reinigungskraft erwerbstätig, nämlich vom 17.7. bis 18.9.2017 (Beginn der Auslieferungshaft), vom 20.4. bis 11.6.2018, vom 2.5. bis 4.7.2019 und vom 7.10. bis 31.10.2019. Gegenüber der Agentur für Arbeit K erklärte er im Oktober 2018, dort nicht als arbeitssuchend geführt werden zu wollen. Nach seinen Angaben stellte er seinen Lebensunterhalt im Zeitraum November 2019 bis März 2020 durch "Gelegenheits-Prostitution" sicher.
- 5 Am 8.4.2020 stellte der Kläger einen erneuten Antrag auf Alg II. Dies lehnte das beklagte Jobcenter ab (*Bescheid vom 8.5.2020; Widerspruchsbescheid vom 16.9.2020*). Das SG verpflichtete den Beklagten im einstweiligen Rechtsschutz, dem Kläger vorläufig für den Zeitraum 18.5. bis 31.12.2020 Leistungen in Höhe des Regelbedarfs zu gewähren.
- 6 Das SG hat die auf Leistungen nach dem SGB II in Höhe des Regelbedarfs für den Zeitraum April bis Dezember 2020 gerichtete Klage abgewiesen (*Urteil vom 23.11.2021*). Im Berufungsverfahren hat der Kläger hilfsweise beantragt, den inzwischen beigeladenen Sozialhilfeträger zu verurteilen, ihm Leistungen gemäß § 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII für den Zeitraum 8.4. bis 31.12.2020 zu gewähren. Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen (*Urteil vom 11.1.2024*). Der Kläger sei im streitigen Zeitraum von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, weil er allenfalls zur Arbeitsuche aufenthaltsberechtigt gewesen sei (*vgl § 7*

Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst b SGB II). Insbesondere sei er seinerzeit nicht (mehr) als Arbeitnehmer oder als selbständig Erwerbstätiger freizügigkeitsberechtigt gewesen. Eine ohne Anmeldung nach dem Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) ausgeübte Prostitution sei rechtswidrig und falle nicht unter die Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Im Zeitraum ab April 2020 liege auch kein fortwirkender Arbeitnehmerstatus mehr vor (*vgl § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2, Satz 2 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern [FreizügG/EU]*). Im Hinblick auf die vor dem Streitzeitraum zuletzt ausgeübte (geringfügige) Beschäftigung vom 7.10. bis 31.10.2019 habe sich der Kläger der Bundesagentur für Arbeit oder dem Beklagten nicht in angemessener Zeit zur Verfügung gestellt. Der Arbeitnehmerstatus aus der Beschäftigung vom 15.2.2016 bis 31.3.2017 wirke aufgrund der späteren Beschäftigungsaufnahmen nicht fort. Die Rückausnahme nach § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II greife ebenfalls nicht zugunsten des Klägers ein. Die Zeit der Inhaftierung in Bulgarien stelle eine wesentliche Unterbrechung des Fünf-Jahres-Zeitraums mit Neubeginn nach der Wiedereinreise dar. Zuletzt habe der Kläger auch keinen Anspruch gegen den Beigeladenen auf Überbrückungsleistungen. Eine besondere Härte sei nicht ersichtlich. Dieses Ergebnis sei sowohl mit Unionsrecht vereinbar als auch verfassungsgemäß.

7 Hiergegen richtet sich der Kläger mit seiner vom LSG zugelassenen Revision. Er rügt die Verletzung von § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2, Satz 4 SGB II, § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU und § 23 Abs 3 Satz 3 ff SGB XII. Entgegen der Ansicht des LSG könne er sich auf den fortwirkenden Arbeitnehmerstatus aus der Erwerbstätigkeit in der Zeit vom 15.2.2016 bis 31.3.2017 berufen. Hieran ändere eine erneute Beschäftigungsaufnahme nichts. Jedenfalls falle er unter die Rückausnahme nach einem fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Insoweit fehle es bereits an der erforderlichen Prognoseentscheidung des LSG. Die fehlende Aufklärung der Art der Haft stelle zudem einen Verfahrensfehler dar. Darüber hinaus verletze das Berufungsurteil § 23 Abs 3 Satz 3 ff SGB XII. Es sei ihm am Beginn der Corona-Pandemie nicht möglich und zumutbar gewesen, in sein Heimatland zu reisen. Eine besondere Härte liege bei ihm im Übrigen schon deshalb vor, weil er einen verfestigten Aufenthalt in der Bundesrepublik gehabt habe und die Ausländerbehörde ihm gegenüber keine Verlustfeststellung getroffen habe.

8 Der Kläger beantragt,
die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 11. Januar 2024 und des Sozialgerichts Köln vom 23. November 2021 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids vom 8. Mai 2020 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. September 2020 zu verurteilen, ihm für April bis Dezember 2020 Arbeitslosengeld II in Höhe des Regelbedarfs zu gewähren,

hilfsweise, die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 11. Januar 2024 und des Sozialgerichts Köln vom 23. November 2021 abzuändern und die Beigeladene zu verurteilen, ihm Überbrückungsleistungen nach dem SGB XII für den Zeitraum 8. April bis 31. Dezember 2020 zu gewähren.

9 Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

10 Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

II

11 Die zulässige Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils und der Zurückverweisung der Sache begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). Der Senat kann derzeit nicht abschließend darüber entscheiden, ob der Kläger im Zeitraum April bis Dezember 2020 den in erster Linie geltend gemachten Anspruch auf Alg II hat (*hierzu 3. bis 5.*). Zutreffend ist das LSG zwar davon ausgegangen, dass der Kläger als Unionsbürger jedenfalls nicht aufgrund eines (fortwirkenden) Arbeitnehmerstatus leistungsberechtigt nach dem SGB II ist (*hierzu 4.a und b*). Ob der Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II auf ihn als (vormals) selbständig Erwerbstätigen keine Anwendung findet, kann derzeit offenbleiben (*hierzu 4.c*). Aufgrund fehlender Feststellungen des LSG kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob ein eventuell bestehender Leistungsausschluss im Fall des Klägers deshalb nicht greift, weil er sich vor dem Streitzeitraum für mindestens fünf Jahre im Bundesgebiet gewöhnlich aufgehalten hat (*hierzu 5.*). Einer Entscheidung über die hilfsweise beanspruchten Sozialhilfeleistungen bedarf es vor diesem Hintergrund noch nicht (*hierzu 6.*).

12 1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind die Urteile der Vorinstanzen und der Bescheid vom 8.5.2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16.9.2020, durch den der Beklagte die von dem Kläger begehrten Leistungen nach dem SGB II abgelehnt hat, sowie das gegen die Beigeladene gerichtete hilfsweise Begehren auf Leistungen nach dem SGB XII. Streitig ist der Zeitraum April bis Dezember 2020.

13 2. Zutreffende Klageart für das gegen den Beklagten gerichtete Begehren ist die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1, Abs 4 SGG). Zulässig ist auch der Hilfsantrag auf Verurteilung des notwendig beigeladenen Sozialhilfeträgers (*vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 13*). Weder diesem Antrag noch dem Hauptantrag steht entgegen, dass vom Beklagten für den Zeitraum 18.5. bis 31.12.2020 aufgrund einer einstweiligen Anordnung des SG vorläufig Leistungen erbracht worden sind (*vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 14; zuletzt BSG vom 14.12.2023 - B 4 AS 4/23 R - BSGE 137, 210 = SozR 4-4200 § 67 Nr 1, RdNr 17 mwN*).

14 3. Der Senat kann nicht abschließend darüber entscheiden, ob der Kläger im Zeitraum April bis Dezember 2020 den in erster Linie geltend gemachten Anspruch auf Alg II hat. Rechtsgrundlage

des vom Kläger beanspruchten Alg II sind §§ 19 ff, §§ 7 ff SGB II (*in der von April bis Dezember 2020 geltenden Fassung*). Der Kläger hat nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG als erwerbsfähiger Leistungsberechtigter mit einem gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland im Grundsatz einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II (§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II *idF der Bekanntmachung vom 13.5.2011, BGBl I 850*). Ob der Kläger aber als Ausländer (*zum Begriff § 2 Abs 1 AufenthG*) deshalb ausgenommen von Leistungen nach dem SGB II ist, weil er im Streitzeitraum entweder gar nicht (mehr) freizügigkeitsberechtigt war (§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a SGB II *idF des Gesetzes vom 22.12.2016, BGBl I 3155*) oder allenfalls noch über ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche verfügte, das ebenfalls zu einem Leistungsausschluss führt (§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst b SGB II *idF des Gesetzes vom 22.12.2016, BGBl I 3155*), kann noch nicht abschließend entschieden werden.

- 15 4. Ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II auf den Kläger aufgrund seiner freizügigkeitsrechtlichen Stellung keine Anwendung findet, kann noch nicht abschließend geklärt werden. In Betracht kommt allein, dass er sich auf ein fortwirkendes Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer (*dazu a und b*) oder als selbständig Erwerbstätiger (*dazu c*) berufen kann (§ 2 Abs 3 FreizügG/EU *idF des Gesetzes vom 19.8.2007, BGBl I 1970*). Ein anderes, nicht unter den Leistungsausschluss fallendes Aufenthaltsrecht ist von vornherein nicht erkennbar (*vgl zur Bedeutung nationaler Aufenthaltserlaubnisse in diesem Zusammenhang jüngst EuGH vom 1.8.2025 - C-397/23 - FL gegen Jobcenter Arbeitplus Bielefeld, ECLI:EU:C:2025:602, RdNr 52 ff*).
- 16 a) Der Arbeitnehmerstatus des Klägers wirkt nicht bis zum hier streitigen Zeitraum fort (*vgl zur Aufrechterhaltung des Freizügigkeitsrechts als Arbeitnehmer gemäß Art 7 Abs 3 Buchst b und c RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sog "Unionsbürger-Richtlinie", ABI EU Nr L 158, 77, berichtigt ABI EU Nr L 229, 35, nur EuGH vom 4.6.2009 - C-22/08 ua - Vatsouras und Koupatantze, ECLI:EU:C:2009:344, RdNr 31 f; EuGH vom 15.9.2015 - C-67/14 - Alimanovic, ECLI:EU:C:2015:597, RdNr 53 f*).
- 17 Dies gilt zunächst im Hinblick auf die letzte geringfügige Beschäftigung des Klägers vor dem Streitzeitraum, nämlich diejenige vom 7.10. bis 31.10.2019. Insoweit kommt ohnehin nur eine Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft für sechs Monate in Betracht (§ 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU). Dies betrifft im Streitzeitraum nur den Monat April 2020. Das LSG hat offengelassen, ob diese Tätigkeit einen Arbeitnehmerstatus begründen konnte. Voraussetzung hierfür wäre eine Gesamtbewertung der ausgeübten Tätigkeit, um ausschließen zu können, dass sie deswegen außer Betracht zu bleiben hat, weil sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt (*stRspr, vgl nur EuGH vom 4.2.2010 - C-14/09 - Genc, ECLI:EU:C:2010:57, RdNr 19; ausführlich BSG vom 29.3.2022 - B 4 AS 2/21 R - BSGE 134, 45*

= *SozR 4-1100 Art 1 Nr 20, RdNr 19 f*). Feststellungen hierzu fehlen. Selbst wenn der Kläger insoweit als Arbeitnehmer freizügigkeitsberechtigt war, konnte seine Erwerbstätigeneigenschaft gleichwohl nicht fortwirken. Dies setzt voraus, dass sich der Unionsbürger bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt innerhalb eines angemessenen Zeitraums zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt zur Verfügung stellt (*vgl § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2, Satz 2 FreizügG/EU; Art 7 Abs 3 Buchst b und c RL 2004/38/EG; hierzu EuGH vom 13.9.2018 - C-618/16 - Prefeta, ECLI:EU:C:2018:719, RdNr 37 unter Bezugnahme auf EuGH vom 19.6.2014 - C-507/12 - Saint Prix, ECLI:EU:C:2014:2007, RdNr 41 f; EuGH vom 11.4.2019 - C-483/17 - Tarola, ECLI:EU:C:2019:309, RdNr 40 mwN; vgl auch EuGH vom 20.12.2017 - C-442/16 - Gusa, ECLI:EU:C:2017:1004, RdNr 46; vgl zur grundsätzlich konstitutiven Bedingung der Bestätigung der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit durch die zuständige Agentur für Arbeit zuletzt BSG vom 9.3.2022 - B 7/14 AS 79/20 R - BSGE 133, 297 = SozR 4-4200 § 7 Nr 62, RdNr 27 ff mwN*). Dies war auf der Grundlage der Feststellungen des LSG schon deshalb nicht der Fall, weil der Kläger erstmals mit der Stellung seines Alg II-Antrags mehr als fünf Monate nach Verlust der Arbeitsstelle überhaupt Kontakt zur Arbeitsverwaltung aufgenommen hat.

18

b) Das Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer bleibt auch nicht aufgrund der vom 15.2.2016 bis 31.3.2017 und damit für mehr als ein Jahr ausgeübten Tätigkeit als Thekenkraft erhalten. Soweit der Kläger geltend macht, seine Erwerbstätigeneigenschaft wirke insoweit grundsätzlich bis zum "Verlust der Erwerbsfähigkeit" unbegrenzt fort, nachdem er - mit kurzer Unterbrechung (*vgl hierzu BSG vom 13.7.2017 - B 4 AS 17/16 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 31*) - über ein Jahr am Stück erwerbstätig gewesen sei, überzeugt dies nicht. Zwar ist es zutreffend, dass die Unionsbürger-Richtlinie den Erhalt der Erwerbstätigeneigenschaft nach mehr als einjähriger Beschäftigung nicht befristet (*Art 7 Abs 3 Buchst b RL 2004/38/EG*), weshalb der EuGH davon spricht, sie sei "zeitlich unbeschränkt/unbegrenzt" (*EuGH vom 11.4.2019 - C-483/17 - Tarola, ECLI:EU:C:2019:309, RdNr 27, 44; offengelassen noch von BSG vom 13.7.2017 - B 4 AS 17/16 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 54 RdNr 33*). Dies gilt aber ausdrücklich nur - wie bereits dargelegt -, wenn sich der Unionsbürger bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt. Daran fehlt es hier, weil sich beim Kläger nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.3.2017 bis zum Streitzeitraum kürzere Beschäftigungszeiten abwechselten mit Zeiten, in denen er weder erwerbstätig war noch für eine Eingliederung in den deutschen Arbeitsmarkt zur Verfügung stand. Soweit er hiergegen einwendet, ihm sei nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit seinem Bezug von Alg die unfreiwillige Arbeitslosigkeit bestätigt worden, folgt hieraus nichts anderes. Seinerzeit mag die Erwerbstätigeneigenschaft aufrechterhalten worden sein. Daraus folgt aber nicht, dass das Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer aufgrund der einmal erteilten Bestätigung - losgelöst von den in § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2 FreizügG/EU, Art 7 Abs 3 Buchst b RL 2004/38/EG geregelten Voraussetzungen - in der Folgezeit im Sinne eines (weiteren) Daueraufenthaltsrechts "unbegrenzt" erhalten bleibt (*vgl zum Daueraufenthaltsrecht § 4a FreizügG/EU*). Dahinstehen kann vor diesem Hintergrund, ob die Ansicht des LSG, die gemäß § 2 Abs 3 Satz 1 Nr 2

FreizügG/EU (unbegrenzt) aufrechterhaltene Erwerbstätigeneigenschaft ende, sobald der Unionsbürger erneut eine Erwerbstätigkeit aufnehme, die ggf nur zu einer befristeten Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft führt (§ 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU), zutreffend ist.

- 19 c) Offenbleiben kann, ob der Kläger sich vor dem Hintergrund seines Vortrags, er habe in der Zeit von November 2019 bis März 2020 seinen Lebensunterhalt durch "Gelegenheits-Prostitution" sichergestellt, auf eine Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft als Selbständiger berufen kann. Das LSG hat hierzu keine Feststellungen getroffen, sondern sich auf den Standpunkt gestellt, der Kläger sei schon deshalb kein niedergelassener Selbständiger im Sinne der europäischen Niederlassungsfreiheit (*Art 49 AEUV*), weil er die Prostitution aufgrund einer fehlenden Anmeldung nach dem ProstSchutzG rechtswidrig ausgeübt hätte. Es erscheint zweifelhaft, ob (bereits) der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit in diesem Sinne eingeschränkt ist (*vgl zur unionsrechtlichen Rechtfertigung einer nach nationalem Recht erforderlichen "Bewilligungspflicht" für die Ausübung der Prostitution nur EuGH vom 8.5.2019 - C-230/18 - PI gegen Landespolizeidirektion Tirol, ECLI:EU:C:2019:383, RdNr 68 ff, zur Anwendung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit RdNr 47 mwN; Tewocht in BeckOK AuslR, § 2 FreizügG/EU RdNr 33 f, Stand April 2025*). Die Beantwortung dieser Frage kann aber dahinstehen, solange weder feststeht, ob der Kläger diese Tätigkeit überhaupt und ggf in einem mehr als völlig untergeordneten und unwesentlichen Umfang (*EuGH vom 20.11.2001 - C-268/99 - Jany ua, ECLI:EU:C:2001:616, RdNr 33*) ausgeübt hat, noch, ob er sich nicht ohnehin auf die Rückausnahme vom Leistungsausschluss nach einem fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 7 Abs 1 Satz 4 SGB II) berufen kann.
- 20 5. Der Senat kann auf der Grundlage der Feststellungen des LSG nicht darüber entscheiden, ob der ausländerrechtliche Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II auf den Kläger schon deshalb keine Anwendung findet, weil er vor dem Streitzeitraum und seit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde mindestens fünf Jahre seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hatte (§ 7 Abs 1 Satz 4 SGB II). Das LSG hat zum Aufenthalt des Klägers vor April 2020 nur einzelne Feststellungen getroffen und sich im Übrigen auf den Standpunkt gestellt, durch die dreimonatige Inhaftierung des Klägers in Bulgarien bis Februar 2018 sei der gewöhnliche Aufenthalt jedenfalls unterbrochen gewesen und habe nach der Wiedereinreise neu begonnen. Dies ist mit Bundesrecht nicht vereinbar. Die Ausnahme vom ausländerrechtlichen Leistungsausschluss bei einem gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet von mindestens fünf Jahren erfordert vielmehr eine Prognose hinsichtlich des künftigen örtlichen Schwerpunkts der Lebensverhältnisse, die in der Regel dann neu zu erfolgen hat, wenn eine Ausreise nicht nur für einen kurzen Heimatbesuch erfolgt. Dies ist bislang nicht erfolgt. Da der Kläger selbst geltend macht, erst seit Ende des Jahres 2013 bzw Anfang des Jahres 2014 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland zu haben, stellt sich dabei allerdings nicht die Frage, wie sich der Umstand auswirken würde, wenn ein fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt vor

der vermeintlichen Unterbrechung durch die Inhaftierung in Bulgarien bereits erfüllt gewesen wäre.

- 21 a) Die Regelung des § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II stellt ausdrücklich auf einen "gewöhnlichen Aufenthalt" ab. Entgegen der Ansicht des LSG ist die Vorschrift nicht inhaltlich identisch mit der sozialhilferechtlichen Rechtslage, die voraussetzt, dass Ausländer sich "seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten" (§ 23 Abs 3 Satz 7 SGB XII *insoweit idF des Gesetzes vom 22.12.2016, BGBl I 3155*). Die sozialhilferechtliche Regelung knüpft systematisch an die Hilfe zum Lebensunterhalt für Ausländerinnen und Ausländer an, die einen Leistungsanspruch von einem "tatsächlichen Aufenthalt" im Bundesgebiet abhängig macht (§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII, *hierzu BSG vom 25.4.2018 - B 8 SO 20/16 R - BSGE 125, 293 = SozR 4-3500 § 23 Nr 4, RdNr 17; vgl auch § 1 Abs 1 AsylbLG*) und - hiermit korrespondierend - eine zu einer besseren sozialrechtlichen Rechtsstellung führende Aufenthaltsverfestigung dann annimmt, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet für einen bestimmten Zeitraum "ohne wesentliche Unterbrechung" erfolgt (*neben § 23 Abs 3 Satz 7 SGB XII insbesondere § 2 Abs 1 Satz 1 AsylbLG*). Demgegenüber verlangen die Grundsicherungssysteme als Leistungsvoraussetzung einen gewöhnlichen Aufenthalt (§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 4 SGB II; § 41 Abs 1 SGB XII) und reagieren auf die Situation, dass trotz (vorübergehender) Auslandsaufenthalte ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet fortbesteht, mit differenzierten Leistungsausschlüssen (§ 7b Abs 1 Satz 1 SGB II; § 41a SGB XII *idF des Gesetzes vom 22.12.2016, BGBl I 3159; vgl hierzu BT-Drucks 18/9984 S 92*).
- 22 Dies hätte es zwar nicht ausgeschlossen, die Rückausnahmen nach § 23 Abs 3 Satz 7 SGB XII und § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II einheitlich zu regeln, zumal es ungewöhnlich ist, bei der Feststellung der Erfüllung einer Mindestdauer abzustellen auf den gewöhnlichen Aufenthalt, der notwendigerweise zukunftsgerichtet ist (*dazu unter c*). Eine solche Harmonisierung ist aber gerade nicht erfolgt. Durch die Anknüpfung an den Begriff des "gewöhnlichen Aufenthalts" in § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II hat sich der Gesetzgeber (*im Rahmen des 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 vom 22.12.2016, BGBl I 3155*) für das SGB II vielmehr dafür entschieden, an § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I, der gemäß § 37 Satz 1 SGB I auch im SGB II anwendbar ist, und die insoweit entwickelten allgemeinen Maßstäbe auch bei der Frage nach der Rückausnahme zum ausländerrechtlichen Leistungsausschluss anzuknüpfen (*vgl BSG vom 20.9.2023 - B 4 AS 8/22 R - BSGE 136, 281 = SozR 4-4200 § 7 Nr 68, RdNr 28 f; BSG vom 11.9.2024 - B 4 AS 12/23 R - RdNr 23 f, vorgesehen für SozR; vgl allgemein zur einheitlichen Verwendung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts BSG vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - BSGE 113, 60 = SozR 4-4200 § 7 Nr 34, RdNr 19*). § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II stellt auf diese Weise einen Gleichklang her zwischen der Rückausnahme vom Leistungsausschluss und den Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II und eröffnet einen Leistungsanspruch für solche Personen, die - obwohl sie aus aufenthaltsrechtlichen Gründen von Leistungen "eigentlich" ausgeschlossen wären - die

Leistungsvoraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts (§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 4 SGB II) für mindestens fünf Jahre erfüllen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass sich der Aufenthalt solcher Personen im Bundesgebiet so verfestigt habe, dass der das SGB II prägende Grundsatz des "Förderns und Forderns" uneingeschränkt gelten solle (so die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 7.11.2016, BT-Drucks 18/10211 S 14).

- 23 b) Seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat nach § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Dafür genügt ein tatsächliches, absehbar längeres, zukunftsoffenes und mehr als zufälliges Verweilen (BSG vom 18.3.2021 - B 10 EG 6/19 R - SozR 4-7837 § 1 Nr 11 RdNr 37 mwN). Die Frage des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthalts nach § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I ist anhand einer dreistufigen Prüfung zu klären. Ausgangspunkt ist ein "Aufenthalt"; es sind dann die mit dem Aufenthalt verbundenen "Umstände" festzustellen; sie sind schließlich daraufhin zu würdigen, ob sie "erkennen lassen", dass der Betreffende am Aufenthaltsort oder im Aufenthaltsgebiet "nicht nur vorübergehend verweilt" (BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 24 mwN). § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I verbindet die Begriffe "vorübergehendes Verweilen" und "gewöhnlicher Aufenthalt" aber nicht mit bestimmten Höchst- oder Mindestzeiten (BSG vom 25.6.1987 - 11a REg 1/87 - BSGE 62, 67 = SozR 7833 § 1 Nr 1 - juris RdNr 14; BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 31; BSG vom 27.3.2020 - B 10 EG 7/18 R - BSGE 130, 103 = SozR 4-7837 § 1 Nr 9, RdNr 44).
- 24 Den gewöhnlichen Aufenthalt im Inland verliert zwar nicht, wer sich von vornherein zeitlich begrenzt und nur vorübergehend im Ausland aufhält, solange er seine maßgeblichen Lebensbeziehungen zum Aufenthaltsort im Inland aufrechterhält (BSG vom 18.3.2021 - B 10 EG 6/19 R - SozR 4-7837 § 1 Nr 11 RdNr 37 mwN; S. Knickrehm in Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 9. Aufl 2025, § 7 SGB II RdNr 12; Leopold in jurisPK-SGB II, 5. Aufl 2020, § 7 RdNr 81 mwN; vgl zu zeitweisen Unterbrechungen auch BSG vom 23.5.2012 - B 14 AS 133/11 R - SozR 4-1300 § 44 Nr 25 RdNr 22). Dagegen ist die Verlagerung des örtlichen Schwerpunkts der Lebensverhältnisse ein gewichtiges Indiz für einen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts (BSG vom 18.3.2021 - B 10 EG 6/19 R - SozR 4-7837 § 1 Nr 11 RdNr 37 mwN).
- 25 c) Bei Anwendung des § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I zur Bestimmung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts ist eine vorausschauende Betrachtung, also eine Prognose erforderlich (BSG vom 17.12.2014 - B 8 SO 19/13 R - juris RdNr 15; BSG vom 8.3.2023 - B 7 AS 7/22 R - BSGE 136, 1 = SozR 4-4200 § 36a Nr 3, RdNr 17; ausführlich zum Wesen einer Prognoseentscheidung BSG vom 27.3.2020 - B 10 EG 7/18 R - BSGE 130, 103 = SozR 4-7837 § 1 Nr 9, RdNr 28 ff). Die Prognose hat unter Berücksichtigung aller für die Beurteilung der künftigen Entwicklung grundsätzlich im Zeitpunkt des Eintreffens am maßgeblichen Ort erkennbaren Umstände zu erfolgen (BSG vom 17.12.2014 - B 8 SO 19/13 R - juris RdNr 15 mwN). Dies gilt auch dann, wenn

- wie hier - der gewöhnliche Aufenthalt rückblickend zu ermitteln ist (*BSG vom 17.12.2014 - B 8 SO 19/13 R - juris RdNr 15; BSG vom 1.3.2018 - B 8 SO 22/16 R - SozR 4-3250 § 14 Nr 28 RdNr 20; BSG vom 23.2.2023 - B 8 SO 8/21 R - SozR 4-3500 § 98 Nr 8 RdNr 23*).

26 Dabei gilt, dass spätere Entwicklungen, die bei Beginn des entscheidungserheblichen Zeitraums noch nicht erkennbar waren, eine Prognose weder bestimmen noch widerlegen können (*BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 26*). Die weitere Entwicklung kann aber eine neue Prognoseentscheidung erfordern, wenn sich die für die Feststellung eines gewöhnlichen Aufenthalts erheblichen Umstände im Beurteilungszeitraum geändert haben. Dies liegt insbesondere dann nahe, wenn ausländische Staatsangehörige freiwillig oder unfreiwillig aus dem Bundesgebiet ausreisen, ohne dass lediglich ein kurzer Heimatbesuch im Herkunftsstaat geplant ist (*vgl hierzu BT-Drucks 18/10211 S 14*). In der Folge kann der gewöhnliche Aufenthalt an dem Ort oder in dem Gebiet vom Zeitpunkt der Änderung an entfallen (*BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 26; vgl auch BSG vom 22.3.1988 - 8/5a RKn 11/87 - BSGE 63, 93 = SozR 2200 § 205 Nr 65 - juris RdNr 21; BSG vom 27.3.2020 - B 10 EG 7/18 R - BSGE 130, 103 = SozR 4-7837 § 1 Nr 9, RdNr 28*).

27 d) Davon, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt bestand, müssen sich die Gerichte die volle Überzeugung verschaffen (§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG). Derjenige, der Leistungen begehrt, trägt insofern die objektive Beweislast (*BSG vom 20.9.2023 - B 4 AS 8/22 R - BSGE 136, 281 = SozR 4-4200 § 7 Nr 68, RdNr 28 mwN; vgl speziell zu § 7 Abs 1 Satz 4 SGB II BT-Drucks 18/10211 S 15*). Feststellungen zu den tatsächlichen Umständen des Aufenthalts einer Person einschließlich der Prognose (als solche) als Feststellung einer hypothetischen Tatsache sind als tatrichterliche Feststellungen für den Senat bindend (§ 163 SGG), solange nicht durchgreifende Verfahrensrügen dagegen erhoben werden (*BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 27; BSG vom 17.12.2014 - B 8 SO 19/13 R - juris RdNr 15; BSG vom 14.12.2017 - B 8 SO 16/16 R - SozR 4-3500 § 27b Nr 1 RdNr 9*). Die darauf aufbauende rechtliche Beurteilung, dass diese Person auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland gehabt habe, unterliegt hingegen der Beurteilung des Revisionsgerichts. In diesem Sinne ist die Prognose rechtsfehlerhaft, wenn das Gericht die der Prognose zugrunde zu legenden Tatsachen nicht richtig festgestellt oder nicht alle wesentlichen in Betracht kommenden Umstände hinreichend gewürdigt hat oder wenn die Prognose auf rechtlich falschen oder unsachlichen Erwägungen beruht (*BSG vom 31.10.2012 - B 13 R 1/12 R - BSGE 112, 116 = SozR 4-1200 § 30 Nr 6, RdNr 28; zuletzt BSG vom 11.9.2024 - B 4 AS 12/23 R - RdNr 24, vorgesehen für SozR; B. Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14. Aufl 2023, § 162 RdNr 3a mwN*).

28 e) Vorliegend hat das LSG keine Prognose getroffen. Es hat vielmehr auf der Grundlage einer rückblickenden Betrachtung entschieden, dass die Inhaftierung des Klägers im Hinblick auf die tatsächliche Dauer von drei Monaten und den Anlass des Aufenthalts im Herkunftsstaat den

gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet unterbrochen habe. Insoweit fehlt es an einer vorausschauenden Betrachtung zum Zeitpunkt des Eintritts der maßgeblichen Änderung, die hier in dem Vollzug der Auslieferungshaft lag. Zu der Frage, ob zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden konnte, dass der Aufenthalt des Klägers in seinem Heimatstaat nur vorübergehend sein würde und er seine maßgeblichen Lebensbeziehungen zum Aufenthaltsort im Inland aufrechterhält, finden sich im Berufungsurteil keine Feststellungen. Nicht bekannt ist insbesondere, wie die Wohnsituation des Klägers in K war und über welche persönlichen Beziehungen er im Bundesgebiet verfügte. Darüber hinaus fehlen auch Feststellungen zu den näheren Umständen und dem Rückschlüsse auf die Haftdauer zulassenden Zweck der Haft in Bulgarien sowie dem Anlass für die in der Auslieferungshaft zum Ausdruck kommende justizielle Zusammenarbeit (Strafverfolgung oder Strafvollstreckung). Die vom Kläger insoweit ebenfalls erhobene Verfahrensrüge bedarf demnach keiner Entscheidung.

- 29 6. Da es dem Senat nicht möglich ist, auf der Grundlage der Feststellungen des LSG über den Hauptantrag zu entscheiden, ist eine Entscheidung über den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf sozialhilferechtliche Überbrückungsleistungen (*§ 23 Abs 3 Satz 3 bis 6 SGB XII hier idF des Gesetzes vom 22.12.2016, BGBl I 3155*) zurzeit nicht veranlasst. Im Hinblick auf den weiteren Fortgang des Verfahrens besteht nur Anlass zu folgenden Hinweisen:
- 30 Zutreffend ist das LSG davon ausgegangen, dass insbesondere die Auffangvorschrift des § 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII dazu dient, das Eintreten besonderer Härten zu vermeiden, zu denen es aufgrund des im Grundsatz verfassungsgemäßen und unionsrechtskonformen Ausschlusses von existenzsichernden Leistungen (*hierzu ausführlich BSG vom 29.3.2022 - B 4 AS 2/21 R - BSGE 134, 45 = SozR 4-1100 Art 1 Nr 20; vgl auch BVerfG [Kammer] vom 8.10.2024 - 1 BvR 2006/24 - juris RdNr 12 f*) im Einzelfall kommen kann (*vgl zur systematischen Einordnung der Überbrückungsleistungen BSG vom 13.7.2023 - B 8 SO 11/22 R - BSGE 136, 199 = SozR 4-3500 § 23 Nr 7, RdNr 18 ff; zusammenfassend zur Härtefallregelung BSG vom 29.3.2022 - B 4 AS 2/21 R - BSGE 134, 45 = SozR 4-1100 Art 1 Nr 20, RdNr 42*). Dabei ist bei der Prüfung der Frage, ob eine besondere Härte vorliegt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen insbesondere aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (*Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG*) Rechnung zu tragen (*vgl zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung BVerfG vom 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 - BVerfGE 138, 64, 93 f RdNr 86 mwN*). Ob daneben der durch Art 51 Abs 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta umschriebene sachliche Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta eröffnet ist, kann dahinstehen, weil Art 1 EU-Grundrechtecharta vorliegend jedenfalls keine weitergehenden Rechte als Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG vermittelt (*BSG vom 29.3.2022 - B 4 AS 2/21 R - BSGE 134, 45 = SozR 4-1100 Art 1 Nr 20, RdNr 46*).
- 31 Es ist nicht ersichtlich, dass das LSG rechtsfehlerhaft das Vorliegen einer besonderen Härte verneint hat. Soweit der Kläger auch im Revisionsverfahren geltend macht, ihm sei es aufgrund der Covid19-Pandemie ab April 2020 nicht möglich oder zumutbar gewesen, nach Bulgarien

zurückzukehren, ist für eine besondere Härte nichts ersichtlich. Das LSG hat insoweit eine Auskunft der Deutschen Botschaft in Sofia eingeholt und für das BSG bindend festgestellt, dass es bulgarischen Staatsangehörigen grundsätzlich jederzeit möglich war, aus Deutschland nach Bulgarien einzureisen. Dass der Kläger, wie er vorträgt, für eine solche Reise nicht die finanziellen Mittel besaß, begründet keine besondere Härte, sondern ggf einen Anspruch auf (darlehensweise) Übernahme der Rückreisekosten (§ 23 Abs 3a SGB XII), die der Kläger nicht beantragt hat.

32 Entgegen der Ansicht des Klägers ergibt sich eine besondere Härte zuletzt auch nicht aus dem Umstand, dass die Ausländerbehörde ihm gegenüber keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eingeleitet hat. Das BSG hat in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass nach der gesetzlichen Konzeption des SGB II nicht allein deshalb ein Leistungsanspruch besteht, weil der Staat das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nicht festgestellt hat (*BSG vom 29.3.2022 - B 4 AS 2/21 R - BSGE 134, 45 = SozR 4-1100 Art 1 Nr 20, RdNr 41*). Das SGB II setzt mit den Leistungsausschlüssen nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und 2 SGB II ua Regelungen zur sekundärrechtlichen Kodifikation des Unionsbürgerstatus um, in der die Personenfreizügigkeit weiter geht als der Zugang zu Sozialhilfeleistungen (*vgl Art 24 RL 2004/38/EG sowie BT-Drucks 16/688 S 13 zur erstmaligen Einführung des Leistungsausschlusses durch Gesetz vom 24.3.2006, BGBl I 558*) und aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber Unionsbürgern enge Grenzen gesetzt sind. Allein der Umstand, dass solche nicht eingeleitet wurden und stattdessen der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglicht wird, stellt keine besondere Härte im Sinne des § 23 Abs 3 Satz 6 SGB XII dar.

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