

## L 32 AS 105/24

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Abteilung  
32  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 213 AS 1232/23  
Datum  
26.01.2024  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 32 AS 105/24  
Datum  
28.11.2024  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 4 AS 32/24 R  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Die Rückausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) letzter Teilsatz SGB II tritt jedenfalls solange nicht ein, wie eine durch die Ausländerbehörde nach dem FreizügigG/EU verfügte Verlustfeststellung mit Aufforderung zur Ausreise infolge der aufschiebenden Wirkung einer verwaltungsgerichtlichen Klage nicht durchsetzbar ist.

Bemerkung

Revision eingelegt

**Die Berufung des Beklagten gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 26. Januar 2024 wird zurückgewiesen.**

**Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers auch für das Berufungsverfahren.**

**Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.**

### **Tatbestand**

Streitig ist, ob der Beklagte berechtigt ist, Verwaltungsakte über die laufende Bewilligung von Arbeitslosengeld II bzw. Bürgergeld aufzuheben.

Der im März 1987 geborene Kläger besitzt die Staatsbürgerschaft des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland. Er hält sich seit 2014 in der Bundesrepublik Deutschland auf und ist seit dem 1. September 2014 durchgehend in Berlin melderechtlich erfasst. Er ist alleinstehend und bewohnt zur Miete Räumlichkeiten im Berliner Bezirk Neukölln.

Beschäftigungen, die in der deutschen gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig waren, ging er von Februar 2015 bis März 2017 nach. Das letzte Arbeitsverhältnis endete durch Aufhebungsvertrag. Anschließend bezog er von Juli bis September 2017 und durchgehend seit November 2017 vom Beklagten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Gestalt von Arbeitslosengeld II. Zuletzt stand er im November 2018, nach Lage der Akten für wenige Tage, in einem Beschäftigungsverhältnis, das durch arbeitgeberseitige Kündigung beendet wurde. Zu einer Unterbrechung des Leistungsbezugs kam es deswegen nicht.

Zu dem Leistungsantrag betreffend den am 1. Juni 2021 beginnenden Bewilligungszeitraum finden sich zu 2. der Bewilligungsverfügung („Folgende Änderungen sind eingetreten bzw. sind im Bewilligungsfall zu prüfen“) die durch Markierungsfelder als zutreffend gekennzeichneten Angaben „EU-Bürger/Freizügigkeit“ und „Daueraufenthaltsrecht erworben (über 5 Jahre)“. Arbeitslosengeld II wurde dem

Kläger in der Folge für die Zeit vom 1. Juni 2021 bis 31. Mai 2022 bewilligt (Bescheid des Beklagten vom 5. Mai 2021).

Während des laufenden Bewilligungszeitraums kam es am 13. Dezember 2021 zu einem Gespräch beim Beklagten, in dem der Kläger auf Befragen mitteilte, über keine Aufenthaltserlaubnis zu verfügen. Die Ausländerbehörde habe ihm mitgeteilt, dass er erst dann eine erhalte, wenn er eine Arbeitsstelle habe. Weiter habe er sich um eine Aufenthaltserlaubnis nicht gekümmert. Die Leistungsgewährung wurde daraufhin Mitte Dezember 2021 (ab Januar 2022) zunächst eingestellt, weil der „Aufenthalt“ ungeklärt sei, und der Kläger förmlich aufgefordert, einen aktuellen Aufenthaltstitel bis Ende 2021 einzureichen. Noch im Dezember 2021 übersandte der Kläger dem Beklagten Unterlagen, aus denen hervorging, dass er bei der Ausländerbehörde per Email wegen seines Aufenthaltsstatus angefragt und einen Termin dort am 21. April 2022 erhalten hatte.

Nachdem der Kläger eine erweiterte Meldebescheinigung vorgelegt hatte, aus der gemeldete Wohnsitze in Berlin durchgehend ab 1. September 2014 hervorgingen, nahm der Beklagte die Gewährung von Leistungen rückwirkend ab 1. Januar 2022 wieder auf. In der entsprechenden Mitteilung an den Kläger vom 3. Februar 2022 führte er aus, dass sich für britische Staatsangehörige, die sich bis zum 31. Dezember 2020 in Deutschland rechtmäßig aufgehalten hätten, die aufenthaltsrechtlichen Regelungen weiterhin aus dem Austrittsabkommen bzw. dem FreizügG/EU ergäben. Britische Staatsangehörige hätten grundsätzlich auch ein Daueraufenthaltsrecht, sobald sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Laut der eingereichten Meldebescheinigung lebe der Kläger schon seit mehr als fünf Jahren in Deutschland.

Aufgrund des vom Kläger am 4. Mai 2022 gestellten Antrags bewilligte der Beklagte dem Kläger dann durch bestandskräftig gewordenen Bescheid vom 9. Mai 2022 Arbeitslosengeld II für die Zeit vom 1. Juni 2022 bis zum 31. Mai 2023 in Höhe von anfangs 715,04 Euro (449,- Euro Regelbedarf, 266,04 Euro Kosten der Unterkunft und Heizung entsprechend den tatsächlich anfallenden Aufwendungen).

Bei einem Gespräch in der Arbeitsvermittlung des Beklagten am 7. Juli 2022 teilte der Kläger mit, dass er keinen Aufenthaltsstatus habe. Der Gesprächsvermerk wurde an ein „Team“ des Beklagten per Email zur weiteren Veranlassung gesandt, ohne dass betreffend den Aufenthaltsstatus etwas geschah.

Auf eine Anfrage des Berliner Landesamtes für Einwanderung vom 23. November 2022 (Eingang beim Beklagten) machte der Beklagte diesem Amt Mitteilung über den Leistungsbezug des Klägers.

Durch Bescheid vom 1. Dezember 2022 änderte der Beklagte die Leistungsbewilligung für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Mai 2023 und bewilligte dem Kläger für diesen Zeitraum Leistungen unter Berücksichtigung eines Regelbedarfs von 449,- Euro und - für diesen Zeitraum erstmalig - von Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von 292,58 Euro entsprechend den tatsächlich anfallenden Aufwendungen, insgesamt 741,58 Euro. Wie bisher wurden davon 44,90 Euro zur Rückzahlung einer vom Beklagten darlehensweise gewährten Leistung einbehalten und 221,- Euro unmittelbar an den Energielieferanten Vattenfall Sales GmbH ausgezahlt.

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2022 änderte der Beklagte den Bescheid vom 1. Dezember 2022 und bewilligte dem Kläger für den Zeitraum 1. Januar bis 31. Mai 2023 nunmehr unter Berücksichtigung des ab Januar 2023 geltenden Regelbedarfs von 502,- Euro Leistungen in Höhe von monatlich 794,58 Euro.

Am 20. Januar 2023 übersandte das Landesamt für Einwanderung Berlin dem Beklagten den am 18. Januar 2023 zugestellten Bescheid vom 16. Dezember 2022, durch den es den Verlust des Rechts auf Freizügigkeit in der Bundesrepublik Deutschland festgestellt, den Antrag des Klägers auf Ausstellung eines Aufenthaltsdokuments GB abgelehnt und die zwangsweise Durchsetzung der Ausreise aus dem Geltungsbereich des FreizügigG/EU angedroht hatte, sofern der Kläger nicht bis zum 6. März 2023 in seinen Herkunftsstaat oder ein anderes Land, in das er einreisen dürfe oder das zu seiner Rückübernahme verpflichtet sei, ausgereist sei. Das Anschreiben des Landesamtes für Einwanderung enthielt in Fettdruck den Satz, „Die Auszahlung der Transferleistungen kann eingestellt werden“. Die getroffene Entscheidung zur Verlustfeststellung begründete das Landesamt für Einwanderung unter anderem damit, dass der Kläger nicht mehr freizügigkeitsberechtigt sei. Dafür habe er u.a. nach den Vorschriften des FreizügigG/EU in Verbindung mit denen des Austrittsabkommens (zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union) am 31. Dezember 2020 freizügigkeitsberechtigt gewesen sein müssen. Dies sei nicht der Fall (wird ausgeführt).

Gegen den Bescheid des Landesamtes ist ein Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin noch anhängig (Az. VG 15 K 38/23).

Durch Bescheid vom 26. Januar 2023 hob der Beklagte die Bescheide vom 9. Mai, 1. Dezember und 17. Dezember 2022 mit Wirkung ab 1. Februar 2023 auf. Seine Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Absatz 3 FreizügigG/EU sei mit dem Bescheid vom 16. Dezember 2022 „aufgehoben/abgelehnt“ worden.

Mit seinem Widerspruch gegen den Bescheid machte der Kläger geltend, dass er keinem Leistungsausschluss unterfalle, weil er seit mehr als fünf Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet habe. Die Klage vor dem Verwaltungsgericht entfalte aufschiebende Wirkung, weshalb die gesetzliche Rückausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) (letzter Teilsatz) SGB II nicht greife. Sofern die Auffassung nicht geteilt werde, bestehe subsidiär ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII. Vorsorglich werde deshalb die Gewährung vorläufiger Leistungen gemäß [§ 43 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) beantragt.

Durch Widerspruchsbescheid vom 6. März 2023 wies der Beklagte den Widerspruch zurück. Rechtsgrundlage für die getroffene Entscheidung sei [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#). Eine wesentliche Veränderung in den für die Leistung erheblichen Verhältnissen sei durch die Verlustfeststellung vom 16. Dezember 2022 eingetreten. Dadurch sei der gewöhnliche Aufenthalt des Klägers entfallen (Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 16. November 2011 - [1 C 17.09](#) -, BSG, Urteile vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - und vom 3. Dezember 2015 - [B 4 AS 44/15 R](#)). Infolge der Verlustfeststellung habe der Kläger auch kein Aufenthaltsrecht mehr, weshalb er gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a](#)) SGB II von Leistungen ausgeschlossen ist. Der Suspensiveffekt der verwaltungsgerichtlichen Klage ändere daran nichts (Hinweis auf Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 8. Juli 2021 - [L 6 AS 92/21 B ER](#) -).

Das LSG Berlin-Brandenburg hat durch Beschluss vom 20. April 2023 - [L 29 AS 320/23 B ER](#) - die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 26. März 2023 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. März 2023 mit der Begründung angeordnet, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt solange bestehe und ein Leistungsausschluss nicht, wie der Suspensiveffekt der verwaltungsgerichtlichen Klage

andauere.

Zur Begründung seiner Klage gegen den Bescheid vom 26. Januar 2023 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. März 2023 hat der Kläger geltend gemacht, dass eine nicht vollziehbare Verlustfeststellung weder den Tatbestand des Leistungsausschlusses erfüllen noch den Aufenthalt unrechtmäßig machen könne. Die anderenfalls eintretende Rechtsfolge, dass er während des ausländerrechtlichen Verfahrens zwar im Inland verbleiben dürfe, aber von allen existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen sei, sei mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum unabhängig vom Aufenthaltsstatus nicht vereinbar. Auf Sozialleistungen im Herkunftsland könne er ebenfalls nicht verwiesen werden, weil sich in diesem Fall das verwaltungsgerichtliche Verfahren erledigen würde und effektiver Rechtsschutz gegen die ausländerrechtliche Maßnahme nicht mehr erlangt werden könne.

Der Beklagte hat den angefochtenen Bescheid verteidigt.

Der Kläger hat für Zeiträume ab Juni 2023 mehrere neue Leistungsanträge gestellt, die vom Beklagten jeweils abgelehnt worden sind. Mit seinen Klagen gegen die ablehnenden Bescheide war der Kläger, soweit bereits Entscheidungen getroffen wurden, im Wesentlichen erfolgreich. Erfolgreich war der Kläger auch im Wesentlichen mit mehreren Anträgen auf Erlass einstweiliger Anordnungen.

Durch Gerichtsbescheid vom 26. Januar 2024 hat das Sozialgericht den angefochtenen Bescheid aufgehoben. Die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Leistungsbewilligung lägen nicht vor. In den leistungserheblichen Verhältnissen sei keine wesentliche Änderung eingetreten. Infolge der Verlustfeststellung habe der Kläger zwar keinen gewöhnlichen Aufenthalt mehr, so dass von daher die Leistungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt seien. Die Kammer folge aber der Auffassung des 29. Senats des LSG Berlin-Brandenburg, dass die auch bei feststellenden Verwaltungsakten eintretende aufschiebende Wirkung der verwaltungsgerichtlichen Klage den gewöhnlichen Aufenthalt noch nicht beseitige und dass auch erst die bindende Verlustfeststellung den Leistungsausschluss infolge der Rückausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) bewirke.

Mit seiner am 5. Februar 2024 eingelegten Berufung gegen den ihm am 29. Januar 2024 zugestellten Gerichtsbescheid wendet sich der Beklagte in vollem Umfang gegen die ergangene Entscheidung. Er wiederholt seine Auffassung, dass eine wesentliche Änderung in den leistungserheblichen Verhältnissen eingetreten sei. Der unbestritten bestehende Suspensiveffekt der Klage vor dem Verwaltungsgericht lasse den rechtmäßigen Aufenthalt nicht wieder aufleben, sondern mache nur die Durchsetzung der Ausreisepflicht unzulässig. Die Rückausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) setze nur die Verlustfeststellung an sich und nicht deren Bestandskraft voraus. Im Übrigen habe der Kläger auch kein materielles Aufenthaltsrecht wegen fortwirkender Arbeitnehmereigenschaft gehabt. Das zweite Beschäftigungsverhältnis habe er durch Auflösungsvertrag beendet. Spätestens ab dann habe keine unfreiwillige Arbeitslosigkeit mehr vorgelegen.

Der Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Berlin vom 26. Januar 2024 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Gerichtsakte sowie die elektronische Verwaltungsakte des Beklagten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Wegen Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt dieser Aktenstücke Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Der angefochtene Bescheid war rechtswidrig und deshalb auf die isolierte Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 SGG](#)) des Klägers hin aufzuheben, wie das Sozialgericht zutreffend entschieden hat.

Als Rechtsgrundlage für den Bescheid kommt nur [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) in Betracht, der gemäß [§ 40 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) für das (Verwaltungs-) Verfahren nach dem SGB II anwendbar ist (im Folgenden ohne die Verweisungsnorm zitiert). Danach ist ein Dauerverwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt.

Der Bescheid ist formal rechtmäßig. Der Beklagte war als die die Leistungsbewilligungen für den streitigen Zeitraum verfügende Behörde dafür zuständig, deren Rechtswirkungen wieder zu beseitigen. Das vor dem Erlass des angefochtenen Bescheides unterbliebene Anhörungsverfahren ([§ 24 SGB X](#)) ist durch das Widerspruchsverfahren nachgeholt worden.

Die materiellen Voraussetzungen für den Erlass des angefochtenen Verwaltungsakts sind dagegen nicht erfüllt.

Soweit durch ihn die Bescheide vom 9. Mai und 1. Dezember 2022 mit Wirkung ab 1. Februar 2023 aufgehoben worden sind, gilt dies bereits deshalb, weil der Beklagte durch den Bescheid vom 1. Dezember 2022 den Bescheid vom 9. Mai 2022 mit Wirkung ab 1. Januar 2023 und durch den Bescheid vom 17. Dezember 2022 den Bescheid vom 1. Dezember 2022 in vollem Umfang ersetzt hat. Die Bescheide vom 9. Mai und 1. Dezember 2022 waren deshalb betreffend den Aufhebungszeitraum infolge Erledigung nicht mehr wirksam ([§ 39 Abs. 2](#) letzte Alt. SGB X). Deren Aufhebung ging folglich ins Leere.

Der Bescheid vom 17. Dezember 2022 konnte ebenfalls nicht gemäß [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) mit Wirkung ab 1. Februar 2023 aufgehoben werden. Er stellte zwar einen Dauerverwaltungsakt dar, weil er Ansprüche des Klägers für mehrere Leistungszeiträume (Monate, [§ 42 Abs. 1](#)

[SGB II](#)) regelte, ohne dass es weiterer Umsetzungsakte bedurfte (zum Begriff des Dauerverwaltungsakts s. stellvertretend Schütze in Schütze, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 48 Rn 76 f. m.w.Nachw.). Auch traf der Aufhebungsbescheid vom 26. Januar 2023 eine Regelung mit Wirkung für die Zukunft, das heißt für die Zeit nach seiner Bekanntgabe ab dem Beginn des nächsten Leistungszeitraums (s. zum Bezugspunkt für den Begriff Zukunft Schütze a.a.O. Rn 23 ebenfalls m.w.Nachw.). Der angefochtene Bescheid vom 26. Januar 2023 beanspruchte Gültigkeit ab 1. Februar 2023 und somit ab dem an diesem Tag beginnenden Leistungsmonat. Dieser Zeitpunkt lag bei Bekanntgabe des Bescheides in der Zukunft. Dass der mit einfacher Post versandte Bescheid dem Kläger erst nach dem 31. Januar 2023 (einem Dienstag) zugegangen und damit erst nach Beginn des am 1. Februar 2023 beginnenden Leistungszeitraums bekanntgegeben worden wäre (§ 39 Abs. 1 i.V.mit [§ 37 Abs. 1](#) und 2 SGB X), ist vom Kläger nicht vorgetragen worden und auch sonst nicht ersichtlich.

Die nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) erforderliche wesentliche Veränderung in den für die Leistung erheblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen war aber nicht eingetreten. Wesentlich ist eine Änderung dann, wenn ein Verwaltungsakt nach den nunmehr eingetretenen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen nicht (mehr) hätte erlassen werden dürfen (s. statt aller BSG, Urteil vom 19. Februar 1986 - [7 AR 55/84](#) -, Rn 15 in „Juris“).

Der Anspruch des jedenfalls im streitigen Zeitraum alleinstehenden Klägers auf die vom Beklagten durch den aufgehobenen Verwaltungsakt bewilligten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, die im streitigen Zeitraum noch wahlweise als Bürgergeld oder Arbeitslosengeld II bezeichnet werden durften (§ 19 Abs. 1 Satz 1 i.V. mit [§ 65 Abs. 9 SGB II](#), jeweils in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung, im Folgenden ohne Zusatz zitiert), setzte gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) voraus, dass er (1.) das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht hatte, (2.) er erwerbsfähig und (3.) hilfebedürftig war und (4.) seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hatte und somit die Eigenschaft eines erwerbsfähigen Hilfebedürftigen besaß.

Bei diesen Leistungsvoraussetzungen war nach Erlass des Bescheides vom 17. Dezember 2022 keine Änderung eingetreten.

Der 1987 geborene Kläger hatte im streitigen Zeitraum offenkundig durchgehend das 15. Lebensjahr vollendet und die für ihn gemäß [§ 7a Satz 2 SGB II](#) geltende Altersgrenze von 67 Jahren noch nicht erreicht.

Keine Änderung hatte sich auch bei der medizinischen oder der für ihn als Ausländer zusätzlich erforderlichen sogenannten rechtlichen Erwerbsfähigkeit ergeben ([§ 8 SGB II](#)). Ob die rechtliche Erwerbsfähigkeit ([§ 8 Abs. 2 SGB II](#)) im Zeitpunkt der Leistungsbewilligung gegeben war, kann angesichts dessen offenbleiben. Dies hätte nur eine Rücknahme des Bescheides vom 17. Dezember 2022 auf der Grundlage des [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) begründen können, auf den sich der Beklagte nicht gestützt hat. Eine Umdeutung des vorliegend angefochtenen, gebundenen Bescheids oder ein „Austausch der Rechtsgrundlage“ in eine gebundene Entscheidung nach [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, dass die Aufhebungsvoraussetzungen nach dieser Vorschrift vorliegen (s. zusammenfassend zu den Umdeutungsvoraussetzungen BSG, Urteil vom 7. April 2016 - [B 5 R 26/15](#) -, Rn 33).

Ebenfalls keine Änderung hat sich bei der Anspruchsvoraussetzung der Hilfebedürftigkeit ergeben. Art oder Höhe der berücksichtigungsfähigen Bedarfe in Gestalt des Regelbedarfs und der Kosten der Unterkunft und Heizung hatten sich nicht verändert. Der Kläger erzielte im streitigen Zeitraum weder anrechenbares Einkommen noch besaß er verwertbares Vermögen.

Entgegen der Auffassung des Beklagten hatte der Kläger auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im streitigen Zeitraum durchgehend in der Bundesrepublik Deutschland.

Nach [§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I](#) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist in erster Linie nach den objektiv gegebenen tatsächlichen Verhältnissen im streitigen Zeitraum zu beurteilen (s., auch zum Folgenden, BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) -, Rn 19f. in „Juris“). Entscheidend ist, ob der örtliche Schwerpunkt der Lebensverhältnisse faktisch dauerhaft im Inland ist. Dauerhaft ist ein nicht auf Beendigung angelegter, also zukunftsöffener Aufenthalt. Mit einem Abstellen auf den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse im Gebiet der Bundesrepublik soll lediglich ausgeschlossen werden, dass ein Wohnsitz nur formal zur Erlangung von Sozialleistungen begründet, jedoch tatsächlich weder genutzt noch beibehalten wird. Jedenfalls für den Bereich des SGB II liefe es der Vereinheitlichung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zuwider, wenn dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus aufgestellt würden und damit einzelnen Personengruppen der Zugang zu existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts versperrt würde. Zudem hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des 4. Senats in seiner früheren Zuständigkeit für Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung zur sogenannten rechtlichen „Einfärbung“ des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts anhand des Gesetzes, in dem er verwendet wird (s. stellvertretend BSG, Urteil vom 3. April 2001 - [B 4 RA 90/00 R](#) -, Rn 17 in „Juris“ m.w.Nachw.; offengelassen vom ehemalige 13. - ebenfalls für Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung zuständigen - Senat des BSG, s. dessen Urteil vom 31. Oktober 2012 - [B 13 R 1/12 R](#) -, Rn 23 ff. in „Juris“), nur in Teilbereichen, etwa beim Kinder-, Erziehungs- und Elterngeld, aufgegriffen und einen Anspruch von einem definierten Aufenthaltsstatus abhängig gemacht (z.B. [§ 1 Abs. 7 BEEG](#); § 1 Abs. 6 BErzGG i.d.F. bis zum 31.12.2006).

Ein diesen Regelungen entsprechendes, also zu dem gewöhnlichen Aufenthalt hinzutretendes Anspruchsmerkmal im Sinne einer bestimmten Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem AufenthG fehlt im SGB II. Vielmehr hat der Gesetzgeber selbst in Kenntnis der Problemstellung und der Rechtsprechung des BSG mit [§ 7 Abs. 1](#) Sätze 2 bis [7 SGB II](#) in den seit 29. Dezember 2016 geltenden Fassungen in einer anderen Regelungssystematik ein Ausschlusskriterium von SGB II-Leistungen nur für bestimmte Ausländer vorgesehen.

Nach diesen Maßstäben ist für den gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers allein entscheidend, dass er sich tatsächlich im Inland aufhält und nicht beabsichtigt, seinen Aufenthalt zu beenden. Die vom Landesamt für Einwanderung Berlin ausgesprochene Verlustfeststellung kann dem Willen des Klägers schon deshalb nicht entgegenstehen, weil die hiermit allein verbundene Wirkung der sofortigen Ausreisepflicht (s. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) -, Rn 34) infolge der aufschiebenden Wirkung der Klage vor dem Verwaltungsgericht nicht durchsetzbar ist ([§ 80 Abs. 1](#) Sätze 1 und 2 [VwGO](#)).

Einen Leistungsausschluss hat die Verlustfeststellung ebenfalls nicht bewirkt.

Soweit für den Kläger in Betracht kommend, sind gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vom Kreis der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländer ausgenommen, die (a) kein Aufenthaltsrecht haben oder (b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.

Der Senat kann offen lassen, ob der Kläger, der nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU nicht mehr Unionsbürger ist, nach Maßgabe des [§ 16 FreizügigG/EU](#) i.V. mit den Bestimmungen des Austrittsabkommens noch ein fortwirkendes Freizügigkeitsrecht oder nach den allgemeinen Bestimmungen des Ausländerrechts ein Aufenthaltsrecht hat (zur ausländerrechtlichen Rechtslage nach dem „Brexit“ ausführlich VG München, Urteil vom 12. Mai 2022 – [M 10 K 20.3378](#) –, Rn 13 ff. in „Juris“). Er ist jedenfalls nach [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) erster Teilsatz SGB II leistungsberechtigt. Danach erhalten abweichend von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Die Frist beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde (Satz 5). Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet (Satz 6). Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt (Satz 7).

Der Kläger hatte die Fünfjahresfrist mit Ablauf des 31. August 2019 und damit noch vor Wirksamwerden des „Brexit“ erfüllt, was auch vom Beklagten nicht in Frage gestellt und von ihm jedenfalls den Leistungsbewilligungen ab 1. Juni 2021 ausdrücklich zugrunde gelegt wurde. Er war seit dem 1. September 2014 durchgehend mit einem Wohnsitz in Berlin melderechtlich erfasst und hielt sich seither auch ohne erkennbare nennenswerte Unterbrechungen in der Bundesrepublik Deutschland auf (s. zum Umfang des Meldeerfordernisses BSG, Urteil vom 20. September 2023 – [B 4 AS 8/22 R](#) –).

Die Rückausnahme nach [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) letzter Teilsatz SGB II ist nicht eingetreten. Danach gilt die leistungsrechtliche Privilegierung infolge verfestigten Aufenthalts nicht, wenn der Verlust des Rechts nach [§ 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU](#) festgestellt wurde.

Allein dass eine solche Verlustfeststellung, die aufgrund des gemäß [§ 16 Abs. 4 FreizügigG/EU](#) entsprechend anwendbaren [§ 5 Abs. 4 FreizügigG/EU](#) auch gegenüber den vom Austrittsabkommen betroffenen Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs ausgesprochen werden kann, gegenüber dem Kläger verfügt wurde, reicht jedoch nicht aus, um die Wirkung der leistungsrechtlichen Privilegierung nach [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) Erster Teilsatz SGB II zu beseitigen.

Zwar nennt der Wortlaut des zweiten Teilsatzes keine weiteren Voraussetzungen für den Eintritt der Rückausnahme, im Besonderen nicht die Bestandskraft oder die Vollziehbarkeit der Verlustfeststellung für den Eintritt der Rückausnahme. Es gibt aber auch keine allgemeine Regel des Inhalts, dass ein Gesetz nur dann die Bestandskraft oder die Vollstreckbarkeit für den Eintritt einer Rechtswirkung fordert, wenn es dies ausdrücklich erwähnt.

Nach dem sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Sinn und Zweck des Gesetzes muss die Verlustfeststellung mindestens vollziehbar sein, was hier an der aufschiebenden Wirkung des [§ 80 VwGO](#) scheitert.

Der Gesetzgeber hat die leistungsrechtliche Privilegierung des [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) erster Teilsatz SGB II damit begründet, dass dann, wenn abzusehen ist, dass ausländische erwerbsfähige Personen ohne materielles Freizügigkeits- oder Aufenthaltsrecht dauerhaft oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum in Deutschland verbleiben werden und damit eine Verfestigung des Aufenthaltes eintritt, für sie – sofern sie erwerbsfähig sind – nach fünf Jahren das Leistungsrecht des SGB II und damit auch der Grundsatz des Förderns und Forderns uneingeschränkt gelten soll (s., auch zum Folgenden, [BT-Dr. 18/10211](#), 14). Von einem längeren verfestigten Aufenthalt in Deutschland sei nach Ablauf eines gewöhnlichen Aufenthalts von mindestens fünf Jahren ab Meldung bei der Meldebehörde auszugehen; durch die verpflichtende Meldung bei der Meldebehörde dokumentierten die Betroffenen ihre Verbindung zu Deutschland, die Voraussetzung für eine Aufenthaltsverfestigung sei. Ausdrücklich hebt der Gesetzgeber hervor, dass diese Frist zwar an den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts angelehnt sei, jedoch im Gegensatz zu diesem keine materielle Freizügigkeitsberechtigung voraussetze. Schließlich heißt es: „Sollte die Ausländerbehörde allerdings feststellen, dass ein Freizügigkeitsrecht nach [§ 2 Absatz 1 FreizügG/EU](#) nicht (mehr) besteht, ist der Aufenthalt nicht mehr verfestigt. Die Personen sind nach [§ 7 Absatz 1 Satz 1 FreizügG/EU](#) zur Ausreise verpflichtet.“

Wenn sich aber die Gegen Ausnahme des [§ 7 Abs. 1 Satz 4](#) letzter Teilsatz SGB II dadurch begründet, dass die betroffenen Personen zur Ausreise verpflichtet sind, dann trifft diese Begründung jedenfalls solange nicht zu, wie die Ausreisepflicht gerade nicht durchsetzbar ist, weil sie im Klageweg angegriffen wird, und die Ausländerbehörde selbst keinen Anlass sieht, die sofortige Vollziehung anzuordnen. Ob der durch [§ 16 Abs. 4 FreizügG/EU](#) nicht ausdrücklich in Bezug genommene [§ 7 Abs. 1 FreizügG/EU](#) überhaupt anwendbar ist, kann offenbleiben (s. zur Begründung des [§ 16 Abs. 4 FreizügG/EU](#) [BT-Dr. 19/21750](#), 50).

Ein alternativ für Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Betracht kommender Träger der Sozialhilfe nach dem SGB XII war nicht gemäß [§ 75 SGG](#) beizuladen. Da der Kläger Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II beanspruchen kann, ist er gemäß [§§ 5 Abs. 2 SGB II](#), 21 Satz 1 SGB II von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII ausgeschlossen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2025-02-07