

B 14 AS 31/16 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
14
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)

Aktenzeichen
S 32 AS 190/16 WA
Datum
12.09.2016

2. Instanz
-
Aktenzeichen
-

Datum
-

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

B 14 AS 31/16 R
Datum
30.08.2017

Kategorie
Urteil
Leitsätze

Von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossene erwerbsfähige EU-Ausländer haben Zugang zu Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII, soweit sie nicht auch hiervon ausgeschlossen sind.

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12. September 2016 geändert. Die Beigeladene wird verurteilt, der Klägerin vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2015 Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen. Die Beigeladene hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen zu erstatten. Ansonsten haben die Beteiligten einander Kosten nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Im Streit sind existenzsichernde Leistungen für eine Unionsbürgerin vom 1.1. bis 30.6.2015.

2

Die 1979 geborene Klägerin ist bulgarische Staatsangehörige. Sie besuchte in Bulgarien acht Jahre eine Grundschule und nahm vier Jahre an einer Ausbildung in Business Communication teil, ohne sie abzuschließen. Danach war die Klägerin in Bulgarien und zeitweilig in der Schweiz erwerbstätig, unterbrochen durch kürzere Zeiten der Arbeitslosigkeit. Ende Februar 2014 oder spätestens am 2.3.2014 reiste die Klägerin in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sie meldete ihren Wohnsitz bei der Stadt H an. Vom 6.3. bis 30.6.2014 war die Klägerin als Verpackerin erwerbstätig. Im Anschluss hieran bezog sie bis 31.12.2014 vom beklagten Jobcenter Alg II. Ab 1.7.2015 war die Klägerin wieder erwerbstätig und bezog aufstockendes Alg II vom Beklagten. Ein ausländerbehördliches Verfahren zur Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt fand nicht statt.

3

Den Weiterbewilligungsantrag der Klägerin vom 14.11.2014 für die Zeit ab 1.1.2015 lehnte der Beklagte ab (Bescheid vom 3.12.2014; Widerspruchsbescheid vom 9.1.2015). Die Klägerin sei nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) ([§ 7 Abs 1 SGB II](#) in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung - aF) von Leistungen ausgeschlossen, da sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. Ein fortdauerndes Aufenthaltsrecht als unverschuldet arbeitslose Arbeitnehmerin habe nur bis 31.12.2014 bestanden (§ 2 Abs 3 Satz 2 FreizügG/EU).

4

Die gegen die Ablehnung von Leistungen ab 1.1.2015 erhobene Klage hat das SG nach Beiladung der Stadt H als örtlichen Träger der Sozialhilfe abgewiesen und die Sprungrevision zugelassen (Urteil vom 12.9.2016). Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin habe für die streitige Zeit vom 1.1. bis 30.6.2015 weder einen Anspruch auf Leistungen gegen den Beklagten noch gegen die Beigeladene. Zwar seien die Anspruchsvoraussetzungen nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF erfüllt. Jedoch greife der Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF ein, der auch für Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht Anwendung finde. Die Klägerin habe im

streitigen Zeitraum ein Aufenthaltsrecht allein (oder nicht einmal) aus dem Zweck der Arbeitsuche innegehabt. Dem Leistungsausschluss stehe weder das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) noch das Recht der Europäischen Union (EU) entgegen. Die Klägerin habe entgegen der Rechtsprechung des 4. und 14. Senats des BSG seit den Urteilen vom 3.12.2015 auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII gegen die Beigeladene, was mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar sei. Die nicht vertretbare Auslegung von [§ 21 SGB XII](#) und [§ 23 SGB XII](#) ([§ 23 Abs 3 SGB XII](#) in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung - aF) durch das BSG sei ihrerseits wegen Verletzung von [Art 100](#) und [Art 101 Abs 1 Satz 2 GG](#) verfassungswidrig.

5

Mit ihrer Sprungrevision rügt die Klägerin insbesondere eine Verletzung von [Art 1 Abs 1](#) iVm [Art 20 Abs 1 GG](#). Nach der Rechtsprechung des BSG habe sie zumindest einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII.

6

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12. September 2016 sowie den Bescheid des Beklagten vom 3. Dezember 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 9. Januar 2015 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihr vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2015 Leistungen nach dem SGB II zu gewähren, hilfsweise die Beigeladene zu verurteilen, ihr vom 1. Januar bis zum 30. Juni 2015 Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

7

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

8

Die Klägerin sei von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

9

Die Beigeladene beantragt, die Revision zurückzuweisen.

10

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII. Dies sei mit dem GG vereinbar.

II

11

Die zulässige Sprungrevision ist teils unbegründet, teils begründet ([§ 170 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Satz 1 SGG](#)). Zu Recht hat das SG zwar die Klage gegen den Beklagten abgewiesen, weil die Klägerin keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hat. Jedoch ist die Klage nicht insgesamt abzuweisen, sondern es ist als anderer leistungspflichtiger Träger nach [§ 75 Abs 2 Alt 2, Abs 5 SGG](#) die Beigeladene als Sozialhilfeträger zu verurteilen, der Klägerin Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

12

1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind das Urteil des SG, durch das die Klage gegen den Beklagten auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, die dieser durch Bescheid vom 3.12.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 9.1.2015 abgelehnt hatte, und die hilfsweise Klage gegen die Beigeladene auf Leistungen nach dem SGB XII abgewiesen worden ist, und das Begehren der Klägerin nach existenzsichernden Leistungen vom 1.1. bis 30.6.2015.

13

2. Die Sprungrevision ist zulässig. Nach [§ 161 Abs 1 Satz 1 SGG](#) steht den Beteiligten die Revision unter Übergehung der Berufungsinstanz zu, wenn der Gegner schriftlich zustimmt und wenn sie vom SG im Urteil oder auf Antrag durch Beschluss zugelassen wird; nach [§ 161 Abs 1 Satz 3 SGG](#) ist die Zustimmung des Gegners der Revisionsschrift beizufügen, wenn die Revision im Urteil zugelassen ist. Das SG hat die Sprungrevision im Urteil vom 12.9.2016 zugelassen. Die schriftliche Zustimmung des Beklagten und auch der Beigeladenen vom 28.10.2016 zur Einlegung der Sprungrevision unter Übergehung der Berufungsinstanz hat die Klägerin der Revisionsschrift beigefügt. An die Zulassung der Sprungrevision ist der Senat gebunden ([§ 161 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

14

3. Richtiger Beklagter ist das Kommunale Jobcenter H, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, dem die Stadt H die ihr als zugelassener kommunaler Träger ([§ 6a SGB II](#) iVm [§ 1 Kommunalträger-Zulassungsverordnung](#)) obliegenden Aufgaben - auf der Grundlage von [§ 6a Abs 5 SGB II](#) iVm [§ 3 Abs 1 Satz 1, Abs 2](#) Gesetz zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch für das Land Nordrhein-Westfalen iVm [§ 114a Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen](#) iVm [§ 2 Abs 1](#) der Satzung der Stadt H über die kommunale Einrichtung "Kommunales Jobcenter H" in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vom 18.6.2013 - zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen hat und welches daher im Außenverhältnis verpflichtet ist (zur Wahrnehmungszuständigkeit vgl BSG vom 28.10.2014 - [B 14 AS 65/13 R - BSGE 117, 186](#) = SozR 4-4200 [§ 7 Nr 39, RdNr 9](#)).

15

4. 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 - bereits im Klageverfahren - gestellte Hilfsantrag auf Verurteilung der Beigeladenen (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 mit dem Hauptantrag weiterverfolgten Leistungsantrag gegen den Beklagten steht entgegen, dass die Klägerin von diesem für Teilzeiträume des streitigen Zeitraums bereits aufgrund einer ausgeführten stattgebenden Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig Leistungen erhalten hat (vgl BSG, aaO, RdNr 14).

16

5. Die Klägerin hat im streitigen Zeitraum keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Alg II, wie das SG zu Recht entschieden hat. Sie erfüllte nach dem damals geltenden und hier anwendbaren Recht (dazu 6.) zwar die Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF (dazu 7.), unterlag jedoch dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF (dazu 8.). Diesem Leistungsausschluss stehen weder EU-Recht (dazu 9.) noch das EFA (dazu 10.) oder das GG (dazu 11.) entgegen.

17

Doch sind der Klägerin von der Beigeladenen Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf sie steht [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) nicht entgegen (dazu 12.). Zwar unterlag die Klägerin nach dem damals geltenden und hier anwendbaren Recht dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF und dieser ist mit dem EU-Recht und dem EFA vereinbar (dazu 13.), doch schließt dies nicht Ermessensleistungen nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) aus (dazu 14.). Aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null sind der Klägerin Leistungen zu gewähren (dazu 15.).

18

6. Für den von der Klägerin für Januar bis Juni 2015 geltend gemachten Anspruch ist das in diesem Zeitraum geltende Recht anzuwenden, weil es an einer hiervon abweichenden Regelung fehlt (Geltungszeitraumprinzip, vgl BSG vom 19.10.2016 - [B 14 AS 53/15 R](#) - vorgesehen für SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 ff). Insbesondere lässt sich dem Gesetz 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](#), nachfolgend: Gesetz vom 22.12.2016) nicht entnehmen, dass es sich Geltung für die Zeit vor seinem Inkrafttreten am 29.12.2016 beimisst (vgl BSG vom 23.2.2017 - [B 4 AS 7/16 R](#) - juris, RdNr 33).

19

7. Die Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF erfüllte die 1979 geborene Klägerin in der streitigen Zeit nach den Feststellungen des SG ([§ 163 SGG](#)).

20

Sie war erwerbsfähig nach [§ 8 Abs 1 SGB II](#) und die fehlende deutsche Staatsangehörigkeit stand ihrer Erwerbsfähigkeit nach [§ 8 Abs 2 SGB II](#) nicht entgegen, weil für sie als bulgarische Staatsangehörige die Möglichkeit, dass eine Beschäftigung erlaubt werden könnte, bestand und ausreicht (vgl BSG vom 30.1.2013 - [B 4 AS 54/12 R - BSGE 113, 60](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 34, RdNr 13 ff). Sie war auch hilfebedürftig nach [§§ 9, 11](#) ff SGB II, weil sie selbst nicht über zur Bedarfsdeckung ausreichendes zu berücksichtigendes Einkommen oder Vermögen verfügte und mit niemandem eine Bedarfsgemeinschaft bildete. Die spätestens am 2.3.2014 in Deutschland eingereiste Klägerin hatte hier auf der Grundlage der Feststellungen des SG im streitigen Zeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt ([§ 30 Abs 3 Satz 1 SGB I](#)).

21

8. Die Klägerin war indes nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.

22

a) Nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF sind "ausgenommen" - also keine leistungsberechtigten Personen iS des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Von diesem Leistungsausschluss umfasst sind erst recht die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (EU-Ausländer) und nicht über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 19 ff; BSG vom 16.12.2015 - [B 14 AS 15/14 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 48 RdNr 18 ff; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 24; so seit 29.12.2016 auch [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a SGB II](#)). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest.

23

Von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen nach dem FreizügG/EU zu unterscheiden ist die generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer, für deren rechtmäßige Einreise nach Deutschland ein gültiger Pass genügt (§ 2 Abs 5 FreizügG/EU). Aufgrund der generellen Freizügigkeitsvermutung muss der Aufenthalt eines EU-Ausländers zumindest solange als rechtmäßig angesehen werden, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts aufgrund von § 5 Abs 4 FreizügG/EU bzw der Missbrauchstatbestände in § 2 Abs 7 FreizügG/EU festgestellt und damit nach § 7 Abs 1 FreizügG/EU die sofortige Ausreisepflicht begründet hat (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 34; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 25). Diese generelle Freizügigkeitsvermutung allein eröffnet indes weder einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II noch steht sie dem Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II entgegen.

24

b) Auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag, konnte sich die Klägerin im streitigen Zeitraum nicht berufen.

25

Eine Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmerin oder als Selbstständige nach § 2 Abs 2 Nr 1 oder 2 FreizügG/EU scheidet nach den Feststellungen des SG aus. Das Gleiche gilt für eine über den 31.12.2014 hinaus nachwirkende Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmerin oder selbstständige Erwerbstätige nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU. Dahinstehen kann, ob die Klägerin ab 1.1.2015 über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche nach § 2 Abs 2 Nr 1a FreizügG/EU oder über keine materielle Freizügigkeitsberechtigung mehr verfügte, denn in beiden Fällen ist sie vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF erfasst (vgl oben a). Die Voraussetzungen für eine Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs 2 FreizügG/EU nach der Nr 3 oder 4 (Erbringer oder Empfänger von Dienstleistungen) sowie Nr 7 (Inhaber eines Daueraufenthaltsrechts) oder als Familienangehörige nach § 2 Abs 2 Nr 6, § 3 FreizügG/EU sind den Feststellungen des SG nicht zu entnehmen. Aufgrund ihrer Hilfebedürftigkeit iS des [§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II](#) aF scheidet auch eine Freizügigkeitsberechtigung der Klägerin als nicht Erwerbstätige nach § 2 Abs 2 Nr 5, § 4 FreizügG/EU aus.

26

Ein Aufenthaltsrecht der Klägerin nach dem AufenthG, insbesondere vermittelt der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs 1 Satz 11 FreizügG/EU, das eine Ausnahme vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF zu rechtfertigen vermag, ist aufgrund der Feststellungen des SG nicht ersichtlich.

27

9. Mit EU-Recht ist dieser Leistungsausschluss vereinbar, wie sich aus den Entscheidungen des EuGH vom 11.11.2014 ([C-333/13](#) - Dano, [NJW 2015, 145](#)) und vom 15.9.2015 ([C-67/14](#) - Alimanovic, [NJW 2016, 555](#)) ergibt (vgl auch EuGH vom 25.2.2016 - [C-299/14](#) - Garcia-Nieto, [NJW 2016, 1145](#); zur Kritik an dieser Rechtsprechung des EuGH vgl Wallrabenstein, [JZ 2016, 109](#), und Wallrabenstein, ZESAR 2016, 349, der sich der Senat nicht anschließt).

28

10. Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht dem Leistungsausschluss der Klägerin als bulgarischer Staatsangehörige nicht entgegen, denn das EFA ist schon nach seinem persönlichen Anwendungsbereich nicht einschlägig, weil Bulgarien kein Unterzeichnerstaat dieses Abkommens ist (BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 30).

29

11. Auch Verfassungsrecht steht dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF nicht entgegen.

30

Dieser ist vorliegend schon deshalb mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs 1 GG](#) iVm dem Sozialstaatsprinzip des [Art 20 Abs 1 GG](#) vereinbar, weil der Klägerin existenzsichernde Leistungen durch die Beigeladene nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) zu gewähren sind. Aufgrund dieses Zugangs zu existenzsichernden Leistungen scheidet eine Vorlage des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF an das BVerfG nach [Art 100 Abs 1 Satz 1 GG](#) aus.

31

An der Nichtvorlage dieses Leistungsausschlusses ist auch in Kenntnis der hieran geübten Kritik festzuhalten (vgl zu dieser Pattar, SGB 2016, 665, 671 f). Da gesetzlich der Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII für die vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF erfassten Personen grundsätzlich eröffnet ist, weil sie im SGB XII aufgrund dessen vom SGB II abweichender normativer Struktur nicht von allen Leistungen ausgeschlossen sind (dazu sogleich), kann sich der Senat angesichts der strukturellen Gleichwertigkeit der Existenzsicherungssysteme nach dem SGB II, SGB XII und AsylbLG in einer verfassungsrechtlichen Perspektive und ungeachtet deren unterschiedlicher gesetzlicher Ausgestaltung im Einzelnen (vgl dazu BSG vom 12.12.2013 - [B 14 AS 90/12 R](#) - SozR 4-4200 § 12 Nr 22 RdNr 50; BSG vom 25.6.2015 - [B 14 AS 17/14 R](#) - [BSGE 119, 164](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 73, RdNr 18 ff; vgl auch BSG vom 9.3.2016 - [B 14 AS 20/15 R](#) - [BSGE 121, 55](#) = SozR 4-4200 § 43 Nr 1, RdNr 47, wonach aus [Art 3 Abs 1 GG](#) keine weiteren Maßstäbe folgen) die Überzeugung von einer Verfassungswidrigkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF nicht bilden. Eine isolierte Betrachtung nur dieses Leistungsausschlusses wird dem gesetzlichen System existenzsichernder Leistungen nicht gerecht, das insgesamt der verfassungsrechtlich gebotenen Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu dienen bestimmt ist.

32

12. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf die Klägerin steht [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) nicht entgegen.

33

Die erwerbsfähige Klägerin war nicht von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen, weil die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII zwar grundsätzlich an das Kriterium der Erwerbsfähigkeit anknüpft, jedoch hierauf nicht reduziert werden kann, sondern differenzierter ist (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - [BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 40 ff; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 34 ff). Im Sinne der Abgrenzungsregelung des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#), die nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern mit [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) korrespondiert, sind nach dem SGB II "als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach

leistungsberechtigt" grundsätzlich die Personen nicht, die auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Diese Personen können Leistungen nach dem SGB XII erhalten, wenn sie nicht auch durch das SGB XII von Leistungen ausgeschlossen sind (wie zB durch [§ 22 SGB XII](#), der [§ 7 Abs 5](#) und 6 SGB II entspricht, oder durch [§ 23 Abs 2 SGB XII](#), der [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II](#) entspricht).

34

An diesem Verständnis des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) ist auch in Kenntnis der hieran geübten Kritik festzuhalten (vgl Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 634 f; Greiner/Kock, NZS 2017, 201, 206; jeweils ohne Berücksichtigung des Urteils des Senats vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47). Denn schon der Wortlaut des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) stellt nicht ausschließlich auf das Vorliegen von Erwerbsfähigkeit als Abgrenzungsmerkmal ab, sondern auf eine Leistungsberechtigung von Personen nach dem SGB II als Erwerbsfähige dem Grunde nach, während nach [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) der Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II nur Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ausschließt. Dieser unterschiedliche Wortlaut der miteinander korrespondierenden Abgrenzungsregelungen verlangt eine aufeinander abgestimmte Auslegung unter Berücksichtigung des Normzwecks (zu entsprechenden Konkretisierungsbemühungen noch vor den Urteilen des BSG seit dem 3.12.2015 vgl Grube in Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl 2014, § 21 RdNr 2 f, 5, 8; S. Knickrehm/Hahn in Eicher, SGB II, 3. Aufl 2013, § 5 RdNr 16 ff).

35

[§ 21 Satz 1 SGB XII](#) und [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) sollen (ergänzende) Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII für Leistungsberechtigte nach dem SGB II ausschließen. Existenzsichernde Leistungen können nur nach dem einen oder dem anderen der beiden Leistungssysteme beansprucht werden (zum Ausschließlichkeitsverhältnis vgl bereits BSG vom 12.12.2013 - [B 14 AS 90/12 R](#) - SozR 4-4200 § 12 Nr 22 RdNr 50 f). Von den leistungsberechtigten Personen iS des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF sind die in [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF genannten Personen indes "ausgenommen". Sie sind keine Leistungsberechtigten nach dem SGB II iS des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) und nicht nach dem SGB II dem Grunde nach leistungsberechtigt. Ihren Zugang zu Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII sperrt deshalb nicht die Regelung des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#), ohne dass es hierfür darauf ankommt, ob die betreffenden Personen erwerbsfähig nach [§ 8 SGB II](#) sind.

36

Gegen dieses Verständnis der Abgrenzungsregelung in [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) spricht nicht, dass in den Gesetzesmaterialien abweichende Regelungsvorstellungen zum Ausdruck gelangt sind. Denn soweit [§ 21 SGB XII](#) ausweislich der Materialien noch aus dem Jahr 2003 durch die Anknüpfung an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren Angehörige nach dem SGB II eine eindeutige Abgrenzung leisten sollte (vgl insbesondere die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 5.9.2003, [BT-Drucks 15/1514 S 57](#); vgl auch [BT-Drucks 16/688 S 13](#) vom 15.2.2006), ist diese allein auf das Kriterium der Erwerbsfähigkeit abstellende Abgrenzung der existenzsichernden Leistungssysteme in den gesetzlichen Abgrenzungsregelungen des SGB II und des SGB XII so schon in deren Ursprungsfassungen nicht verwirklicht worden. Zudem sind diese Abgrenzungsregelungen und die mit ihnen in engem sachlichen Zusammenhang stehenden Regelungen insbesondere in [§ 7 Abs 1 Satz 2](#) ff und Abs 4 SGB II sowie in [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2005 mehrfach geändert worden, ohne dass diese Änderungen eine Abgrenzung der Leistungssysteme allein nach der Erwerbsfähigkeit normativ verwirklicht haben (vgl nur zu [§ 21 Satz 1 SGB XII](#): Art 3 des Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24.3.2006, [BGBl I 558](#); zu [§ 7 Abs 1 Satz 2](#) ff SGB II: Art 6 Abs 9 Nr 2 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007, [BGBl I 1970](#); zu [§ 7 Abs 4 SGB II](#): Art 1 Nr 7 Buchst c des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.7.2006, [BGBl I 1706](#); zu [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#): Art 1 Nr 4 des Gesetzes zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 2.12.2006, [BGBl I 2670](#)).

37

Die Systemabgrenzung zwischen den existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und SGB XII ist auch durch die Rechtsprechung des BSG nach und nach ausdifferenziert worden, ohne hierbei allein an die Erwerbsfähigkeit als Differenzierungsmerkmal anzuknüpfen (vgl nur zu [§ 7 Abs 1 Satz 2](#) ff SGB II: BSG vom 13.11.2008 - [B 14 AS 24/07 R](#) - [BSGE 102, 60](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 10](#); BSG vom 16.12.2008 - [B 4 AS 40/07 R](#) - juris; BSG vom 19.10.2010 - [B 14 AS 23/10 R](#) - [BSGE 107, 66](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 21](#); BSG vom 30.1.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 34](#); BSG vom 2.12.2014 - [B 14 AS 8/13 R](#) - [BSGE 117, 297](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 41](#); zu [§ 7 Abs 4 SGB II](#): BSG vom 6.9.2007 - [B 14/7b AS 60/06 R](#) - [SozR 4-4200 § 7 Nr 5](#); BSG vom 16.12.2008 - [B 4 AS 9/08 R](#) - juris; BSG vom 24.2.2011 - [B 14 AS 81/09 R](#) - [SozR 4-4200 § 7 Nr 24](#); BSG vom 16.5.2012 - [B 4 AS 105/11 R](#) - [SozR 4-4200 § 7 Nr 30](#); BSG vom 5.6.2014 - [B 4 AS 32/13 R](#) - [BSGE 116, 112](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 36](#); BSG vom 2.12.2014 - [B 14 AS 66/13 R](#) - [BSGE 117, 303](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 42](#); BSG vom 19.8.2015 - [B 14 AS 1/15 R](#) - [BSGE 119, 271](#) = [SozR 4-4200 § 12a Nr 1](#); BSG vom 12.11.2015 - [B 14 AS 6/15 R](#) - [SozR 4-4200 § 7 Nr 45](#); zu [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#): BSG vom 18.11.2014 - [B 8 SO 9/13 R](#) - [BSGE 117, 261](#) = [SozR 4-3500 § 25 Nr 5](#)).

38

Diese Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung findet in der maßgeblich auf ältere Gesetzesmaterialien Bezug nehmenden Kritik am aufgezeigten Verständnis des BSG keine genügende Beachtung. Soweit in dieser Kritik zudem als erweiterndes Abgrenzungsmerkmal eine über die Erwerbsfähigkeit iS des [§ 8 SGB II](#) hinausgreifende, sog fingierte Erwerbsunfähigkeit formuliert wird (vgl LSG Nordrhein-Westfalen vom 7.3.2016 - [L 12 SO 79/16 B ER](#) - juris RdNr 18, 23), beruhen weder [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) und [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) noch die mit ihnen in engem sachlichen Zusammenhang stehenden Regelungen auf einem solchen in ihnen verwirklichten einheitlichen normativen Konzept (vgl zwar noch im Zusammenhang mit [§ 7 Abs 4 SGB II](#) und dem sog funktionalen Einrichtungsbegriff BSG vom 6.9.2007 - [B 14/7b AS 16/07 R](#) - [BSGE 99, 88](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 7](#), RdNr 13; anders aber nachfolgend BSG vom 5.6.2014 - [B 4 AS 32/13 R](#) - [BSGE 116, 112](#) = [SozR 4-4200 § 7 Nr 36](#), RdNr 23 ff; BSG vom 2.12.2014 - [B 14 AS 35/13 R](#) - juris, RdNr 19 f).

39

Eine Bestätigung des hier dargelegten Verständnisses des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) ist zuletzt den Neuregelungen durch das Gesetz vom 22.12.2016 ([BGBl I 3155](#)) zu entnehmen, denn durch dieses sind weder [§ 5 Abs 2 Satz 1 SGB II](#) noch [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) geändert, indes im SGB XII Leistungsansprüche für die grundsätzlich von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und SGB XII ausgeschlossenen Personen geregelt worden (vgl. [§ 23 Abs 3 Satz 3](#) ff, Abs 3a SGB XII und [BT-Drucks 18/10211 S 2](#) und 11). Damit ist vom Gesetzgeber anerkannt, was Ergebnis der Systemabgrenzung nach dem Verständnis des BSG ist: Eine Personengruppe, die sich tatsächlich in Deutschland aufhält, kann bei Hilfebedürftigkeit aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht schlechterdings vom Zugang zu gesetzlichen existenzsichernden Leistungen ausgeschlossen werden - ungeachtet deren Ausgestaltung im Einzelnen.

40

13. Die Klägerin unterlag im SGB XII dem Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF.

41

Danach haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Für den von der Klägerin für Januar bis Juni 2015 geltend gemachten Anspruch ist [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) noch in dieser, im streitigen Zeitraum geltenden Fassung anzuwenden, weil es an einer hiervon abweichenden Regelung fehlt (Geltungszeitraumprinzip, vgl. BSG vom 19.10.2016 - [B 14 AS 53/15 R](#) - vorgesehen für SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 f). Insbesondere lässt sich auch insoweit dem Gesetz vom 22.12.2016 ([BGBl I 3155](#)) nicht entnehmen, dass es sich Geltung für die Zeit vor seinem Inkrafttreten am 29.12.2016 beimisst.

42

a) Zwar ist die Klägerin nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des SG nicht eingereist, um iS des [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 1 SGB XII](#) aF Sozialhilfe zu erlangen. Hierfür wäre Voraussetzung, dass der Zweck, Sozialhilfe zu erlangen, den Einreiseentschluss geprägt hat (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - [BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 45). Ein solcher finaler Zusammenhang ist hier nicht gegeben, zumal die Klägerin kurz nach ihrer Einreise eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Doch sind ebenso wie nach [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII](#) aF EU-Ausländer, die weder über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, noch ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen, vom Anspruch auf Sozialhilfe ausgeschlossen (BSG, aaO, RdNr 48 ff).

43

b) Auch dieser Ausschluss vom Anspruch auf Sozialhilfe ist mit dem EU-Recht vereinbar; hier gilt nichts anderes wie zum Leistungsausschluss im SGB II. Das EFA steht diesem Leistungsausschluss schon deshalb nicht entgegen, weil die Klägerin bulgarische Staatsangehörige und Bulgarien kein Unterzeichnerstaat dieses Abkommens ist (BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 39).

44

14. Der Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF führt indes nicht zum Ausschluss auch von Ermessensleistungen nach [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#).

45

[§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF beinhaltet, wie schon dem Wortlaut entnommen werden kann, nur einen Ausschluss von einem Anspruch auf Sozialhilfe iS des [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII](#), nicht aber von im Wege des Ermessens zu leistender Sozialhilfe, wie sie [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) vorsieht. Aufgrund dieser Ermessensregelung in [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) kommen für vom Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF erfasste Personen auch die Leistungen nach dem SGB XII in Betracht, auf die für nicht vom Leistungsausschluss erfasste Personen ein Anspruch nach [§ 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII](#) besteht (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - [BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 51 f; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 41).

46

Hieran ist in Kenntnis der an dieser Rechtsprechung geäußerten Kritik festzuhalten (vgl. Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 635; Thym, NZS 2016, 441, 444, in seiner Besprechung - nur - von BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - [BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43). Hierfür spricht bereits der unterschiedliche Sprachgebrauch innerhalb des [§ 23 SGB XII](#). Während nach [§ 23 Abs 2 SGB XII](#) Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG keine Leistungen der Sozialhilfe erhalten, haben die von [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF erfassten Ausländer keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Anhaltspunkte dafür, diesen Wortlautunterschied nicht beim Wort zu nehmen, lassen sich [§ 23 SGB XII](#) in der hier anzuwendenden Fassung nicht entnehmen. Die von [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF erfassten Ausländer sind danach nicht schlechterdings vom Erhalt von Leistungen der Sozialhilfe ausgeschlossen, sondern nur vom Anspruch auf Sozialhilfe. [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) regelt indes keinen Anspruch auf Sozialhilfe, sondern im Wege des Ermessens zu leistende Sozialhilfe.

47

Diesen unterschiedlichen Sprachgebrauch des [§ 23 SGB XII](#), den [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB II](#) aF nicht kennt und der für den Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII die normative Grundlage bildet, hat der Gesetzgeber erst durch das Gesetz vom 22.12.2016 aufgegeben, denn nach [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) erhalten seither die von dieser Ausschlussregelung erfassten Ausländer keine Leistungen nach § 23 Abs 1 SGB XII oder nach dem Vierten Kapitel des SGB XII. Erst hierdurch sind die Wortlaute der Ausschlussregelungen in [§ 23 Abs 2](#) und 3 SGB XII angeglichen worden.

48

Dieser Auslegung des [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF steht trotz entsprechender Kritik an ihr Rechtsprechung des BVerwG noch zu § 120 BSHG nicht entgegen (zur Bezugnahme auf diese Rspr vgl BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 51 f; auf diese Bezugnahme des 4. Senats indes nur noch hinweisend, ohne sie aufzugreifen, BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 41). Denn diese Auslegung folgt nicht, was die Kritik übersieht (Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 635), aus Rechtsprechung des BVerwG zu § 120 BSHG in einer bestimmten normativen Struktur dieser Regelung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Das aufgezeigte Verständnis des systematischen Verhältnisses von [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF zu [§ 23 Abs 1 Satz 1](#) und 3 SGB XII, das den Zugang zu den Leistungen nach dem SGB XII, insbesondere der Hilfe zum Lebensunterhalt, eröffnet, wird getragen und ist angezeigt vielmehr in einer verfassungsrechtlichen Perspektive durch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art 1 Abs 1 GG](#) iVm [Art 20 Abs 1 GG](#) bei einem tatsächlichen Aufenthalt eines Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird (so BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 41 mit Hinweisen auf die Rspr des BVerfG). Mit diesem Grundrecht wäre ein durch den Wortlaut des [§ 23 SGB XII](#) in der hier anzuwendenden Fassung nicht vorgegebener vollständiger Ausschluss vom Zugang zu jeglichen existenzsichernden Leistungen für die von [§ 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II](#) aF erfassten Personen sowohl im SGB II als auch im SGB XII nicht zu vereinbaren (vgl zu dieser verfassungsrechtlichen Perspektive auch bereits F. Kirchhof, NZS 2015, 1, 4). Einen solchen Ausschluss sieht - ungeachtet der Ausgestaltung der Ansprüche im Detail, über die hier nicht zu entscheiden ist - auch nicht das auf die Rechtsprechung des BSG reagierende Gesetz vom 22.12.2016 vor.

49

Darauf, ob die Möglichkeit einer Heimkehr des vom Leistungsausschluss erfassten EU-Ausländers in sein Herkunftsland besteht, kommt es in dieser verfassungsrechtlichen Perspektive nicht an, wie der Senat für das vorliegend noch anzuwendende Recht bereits entschieden hat (BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 42) und woran festgehalten wird.

50

Schließlich steht dem aufgezeigten Verständnis des Verhältnisses von [§ 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII](#) aF zu [§ 23 Abs 1 Satz 1](#) und 3 SGB XII nicht entgegen, dass es den Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII als Ermessensleistungen eröffnet. Selbst wenn aus der Rechtsprechung des BVerfG der Schluss zu ziehen sein sollte, dass ausschließlich Ansprüche auf gesetzlich gebundene Leistungen dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums genügen könnten (so Pattar, SGb 2016, 665, 671), die hier anzuwendende Fassung des [§ 23 SGB XII](#) aufgrund ihrer normativen Struktur aber nur den Zugang zu Ermessensleistungen ermöglicht, verpflichtete dies den Senat nicht zu einer Vorlage nach [Art 100 Abs 1 GG](#) an das BVerfG. Denn auf die Differenz von Ansprüchen auf gesetzlich gebundene existenzsichernde Leistungen zu Ansprüchen auf pflichtgemäße, ermessensfehlerfreie Entscheidung über existenzsichernde Ermessensleistungen käme es nicht entscheidungserheblich an, weil der Klägerin im Wege der Ermessenreduzierung auf Null existenzsichernde Leistungen so zu gewähren sind, wie sie den gebundenen Leistungsansprüchen entsprechen (dazu sogleich).

51

Anders als es im Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH nach [Art 267 AEUV](#) möglich ist, lässt es das Vorlageverfahren zum BVerfG nach [Art 100 Abs 1 GG](#) allein unter den engen Voraussetzungen der Überzeugung der erkennenden Richter von der Verfassungswidrigkeit und der Entscheidungserheblichkeit zu, verfassungsrechtliche Auslegungsfragen zur Klärung zu bringen (bloße Fragen formuliert Bernsdorff, NVwZ 2016, 633, 636 ff). Kann - wie hier - einer grundrechtlichen Rechtsposition durch Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts seitens der Fachgerichtsbarkeit Geltung verschafft werden, scheidet eine Vorlage an das BVerfG aus. Diese Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts durch die für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des BSG ist nicht die Einräumung eines richterrechtlichen Sozialhilfeanspruchs ohne Beachtung des Gesetzesrechts (so die Kritik bei Greiner/Kock, NZS 2017, 201, 205 f).

52

15. Auf der Grundlage des [§ 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII](#) hat die Klägerin einen Anspruch gegen die Beigeladene auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII im streitigen Zeitraum. Dabei ist das Ermessen der Beigeladenen dem Grunde und der Höhe nach auf Null reduziert, weil sich der Aufenthalt der Klägerin nach Ablauf von sechs Monaten tatsächlichem Aufenthalt in Deutschland so verfestigt hat, dass die Erbringung existenzsichernder Leistungen nur im Einzelfall nach Ermessen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr genügt.

53

Die typisierende Annahme einer Aufenthaltsverfestigung von EU-Ausländern nach Ablauf von sechs Monaten tatsächlichem Aufenthalt in Deutschland, der von der Ausländerbehörde faktisch geduldet wird, hat als normative Anknüpfungspunkte [§ 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII](#) aF und [§ 2 Abs 2 Nr 1a FreizügG/EU](#), die sich auf die Arbeitsuche und die hieraus folgende Freizügigkeitsberechtigung für sechs Monate beziehen (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 53 ff; BSG vom 20.1.2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 44 ff). Hieran ist festzuhalten, denn es ist unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht zu erkennen, dass für die Gruppe der generell freizügigkeitsberechtigten EU-Ausländer an andere, längere Aufenthaltszeiten in vergleichbarer Weise sachgerecht normativ angeknüpft werden könnte (aA Thym, NZS 2016, 441, 444 f, im Rahmen einer europarechtlichen Perspektive und unter Betonung einer Privatisierung der Unionsbürgerfreiheit).

54

Tatsachen, die vorliegend abweichend vom Regelfall gegen eine Verfestigung des tatsächlichen Aufenthalts der Klägerin in Deutschland nach Ablauf von sechs Monaten seit ihrer Einreise Ende Februar/Anfang März 2014 und damit gegen eine Ermessensreduzierung auf Null im

streitigen Zeitraum vom 1.1. bis 30.6.2015 sprechen könnten, hat das SG nicht festgestellt. Vielmehr ist den Feststellungen zu entnehmen, dass die Klägerin bereits kurz nach ihrer Einreise eine Erwerbstätigkeit aufnahm und diese bis 30.6.2014 ausübte, anschließend wegen unverschuldeter Arbeitslosigkeit vom Beklagten Alg II bis zum Ende der nachwirkenden Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU am 31.12.2014 bezog, im streitigen Zeitraum aufgrund einer Verpflichtung des Beklagten im Wege gerichtlichen Eilrechtsschutzes vorläufig Alg II erhielt und schließlich, dass der streitige Zeitraum deshalb am 30.6.2015 endete, weil die Klägerin erneut eine Erwerbstätigkeit aufnahm und ab 1.7.2015 vom Beklagten aufstockendes Alg II bezog.

55

Der Klägerin stehen danach im streitigen Zeitraum dem Grunde und der Höhe nach die gesetzlichen existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII zu. Insbesondere erfüllte sie die Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§ 19 Abs 1](#), [§ 27 Abs 1 SGB XII](#) nach den Feststellungen des SG zu den Voraussetzungen des [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB II](#) aF. Hinsichtlich der nach [§ 18 Abs 1 SGB XII](#) erforderlichen Kenntnis des beigeladenen Sozialhilfeträgers ist auf die Kenntnis des beklagten Jobcenters zu verweisen (BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 44/15 R](#) - [BSGE 120, 149](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 39).

56

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2018-02-02