

L 29 AS 2670/13

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

29

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 128 AS 7649/13

Datum

19.09.2013

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 29 AS 2670/13

Datum

22.06.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 14 AS 32/17 R

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 19. September 2013 aufgehoben und die Klage gegen den Beklagten abgewiesen. Die in der Berufungsinstanz angefallene Klage gegen den Beigeladenen wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für die Zeit vom 1. Februar 2013 bis 31. Juli 2013.

Der 1966 geborene Kläger ist italienischer Staatsbürger. Er hält sich nach eigenen Angaben seit dem 28. November 2012 in Deutschland auf und hat sich am 30. November 2012 bei dem Bezirksamt Treptow-Köpenick von Berlin angemeldet. Im streitbefangenen Zeitraum wohnte der Kläger ausweislich des in den Verwaltungsvorgängen befindlichen Mietvertrages vom 27. November 2012 in B, Sstraße, in einer 1-Zimmer-Wohnung mit einer Wohnfläche von ca. 32 qm und einer Netto-Kaltmiete von 275,- Euro, zuzüglich 75,- Euro Betriebskostenvorschuss und 35,- Euro Heizkostenvorschuss. Nach einer Rückkehr in sein Heimatland im Jahr 2014 wohnt er aktuell nach einer erneuten Einreise in Deutschland seit 2015 unter der im Rubrum genannten Anschrift.

Am 15. Februar 2013 beantragte der Kläger bei der Beklagten erstmals Leistungen nach dem SGB II. In dem Antrag gab er an, er studiere Deutsch und suche Arbeit. Er habe (bis Ende 2012 in Italien) mehr als 30 Jahre gearbeitet, verfüge über eine 20-jährige Erfahrung als "Verpackungsdrucker" und "habe fertig". Bisher habe er von seinem letzten Gehalt gelebt und dies sei leider nun "zu Ende". Er könne die Miete nicht mehr bezahlen und sich kein Essen kaufen. Er möchte "arbeitslosengeld zwei" beantragen und suche in Deutschland Arbeit als Verpackungsdrucker oder in einer Pizzeria. Sowohl eine Studienbescheinigung als auch Nachweise über eine konkrete Arbeitsuche (bspw. Bewerbungsschreiben) hat der Kläger nicht vorgelegt.

Mit Bescheid vom 18. Februar 2013 lehnte der Beklagte den Antrag unter Hinweis auf den Leistungsausschluss des [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) ab.

Hiergegen erhob der Kläger mit in deutscher Sprache abgefasstem Schreiben vom 24. Februar 2013 am 27. Februar 2013 (Eingangsdatum) Widerspruch. [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) sei nicht anwendbar, weil die hierzu erlassene Richtlinie der Bundesagentur für Arbeit rechtswidrig sei. Das Sozialgericht Berlin, das Sozialgericht Leipzig und auch das BSG hätten entschieden, dass diese Regelung für Staatsangehörige von Vertragsstaaten des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA) keine Anwendung finde. Unabhängig von Art. 1 EFA verstoße die Regelung auch gegen europäisches Gemeinschaftsrecht und sei schon deshalb nicht anwendbar.

Am 24. März 2013 leitete der nunmehr anwaltlich vertretene Kläger beim Sozialgericht Berlin ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren ein mit dem Antrag, den Beklagten (dort Antragsgegner) zu verpflichten, ihm Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe und Dauer zu bewilligen. Mit Beschluss vom 3. April 2013 (Az.: [S 128 AS 7649/13](#) ER) wies das Sozialgericht Berlin den Antrag ab, weil der Kläger (dort Antragsteller) nach [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen sei. Auf die dagegen von dem Kläger erhobene Beschwerde verpflichtete das Landessozialgericht (LSG) Berlin-Brandenburg den Beklagten mit Beschluss vom 22. April 2013 (L 18 AS 972/13 B ER) unter Änderung des Beschlusses des Sozialgerichts Berlin vom 3. April 2013, dem Kläger bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, längstens bis zum 31. Juli 2013, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe eines monatlichen Betrages von 354,- Euro, für April 2013 entsprechend anteilig, zu gewähren. Im Übrigen wies es die Beschwerde zurück.

Mit Ausführungsbescheid vom 25. April 2013 bewilligte der Beklagte dem Kläger für die Zeit vom 22. April 2013 bis 31. Juli 2013 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe eines monatlichen Betrages von 354,- Euro, für April 2013 entsprechend anteilig.

Am 29. Juli 2013 beantragte der (anwaltschaftlich vertretene) Kläger bei dem Beklagten die Weiterbewilligung der Leistungen. Am 23. August 2013 beantragte er darüber hinaus (anwaltschaftlich vertreten) bei dem Sozialgericht Berlin erneut die Verpflichtung des Beklagten zur Leistungsbewilligung im Wege einstweiligen Rechtsschutzes (S 91 AS 20570/13 ER).

Mit Bescheid vom 28. August 2013 lehnte der Beklagte die Bewilligung von Leistungen abermals unter Hinweis auf den Leistungsausschluss nach [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) ab. Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger am 4. September 2013 wiederum mit der Begründung Widerspruch, er begehre Leistungen nach dem SGB II, der Leistungsausschluss des [§ 7 Absatz 1 S. 2 SGB II](#) sei für ihn nicht anwendbar. Mit Widerspruchsbescheid vom 9. Oktober 2013 wies der Beklagte diesen Widerspruch unter Hinweis auf den gesetzlichen Leistungsausschluss zurück.

Am 13. Januar 2014 beantragte der Kläger wiederum bei dem Beklagten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II; am 28. Januar 2014 erschien der Kläger bei dem Beklagten erneut persönlich zur Abgabe des Antrages auf Arbeitslosengeld II. Ausweislich eines hierüber gefertigten Vermerkes vom 28. Januar 2014 teilte der Kläger mit, sich selbständig machen zu wollen. Die Mitarbeiterin des Beklagten vermerkte weiter, dass der Kläger die beabsichtigte Selbständigkeit im Antrag nicht angegeben habe und die ausgefüllte EKS mit Nachweisen fehle, weshalb ausweislich des Vermerks, 20. Januar 2014 der "Antrag ALG II nicht angenommen" wurde. Als Folgetermin wurde der 3. Februar 2014 vereinbart. Zu diesem Termin erschien der Kläger nicht, wie sich aus einem weiteren, in den Verwaltungsvorgängen befindlichen Vermerk vom 3. Februar 2014 ergibt. Mit Bescheid vom 30. Mai 2014 versagte der Beklagte daraufhin die ab 1. Januar 2014 beantragten Leistungen ganz. Der Bescheid konnte dem Kläger nicht zugestellt werden, da er unter der angegebenen Anschrift nicht ermittelbar war.

Bereits am 25. März 2013 hat der Kläger bei dem Sozialgericht Berlin Klage erhoben. Die Leistungsvoraussetzungen nach den [§§ 7 ff.](#) SGB II seien erfüllt. Ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) widerspreche dem europarechtlich eng ausgestalteten Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 in Verbindung mit Art. 70 der Verordnung (VO) (EG) 883/2004. Selbst wenn der Leistungsausschluss als rechtmäßig angesehen würde, hätte der Beklagte seinen Antrag im Wege des ihm zustehenden Ermessens als Antrag auf Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) auslegen und diesen an das zuständige Sozialamt weiterleiten müssen. Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren gemäß [§ 124](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) einverstanden erklärt.

Das Sozialgericht hat dem Vorbringen des Klägers den sinngemäßen Antrag entnommen,

den Bescheid des Beklagten vom 18. Februar 2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15. März 2013 abzuändern und den Beklagten zu verpflichten, ihm Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Beklagte hat schriftsätzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in den Widerspruchsbescheid vom 15. März 2013 verwiesen.

Mit Urteil vom 19. September 2013 hat das Sozialgericht Berlin den Beklagten verurteilt, dem Kläger unter Abänderung der angefochtenen Bescheide Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vom 1. Februar 2013 bis zum 31. Juli 2013 in Höhe von monatlich 767,- EUR zu gewähren. Das Sozialgericht hat sich zur Begründung auf eine Entscheidung des 20. Senats des LSG Berlin-Brandenburg vom 25. Oktober 2012 ([L 20 AS 2478/12 B ER](#)) berufen und sich dieser angeschlossen. Danach sei der Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) auf den Kläger als italienischen Staatsangehörigen nicht anwendbar. Der Kläger könne sich auf Art. 1 EFA berufen, der als unmittelbar geltendes, spezielleres Bundesrecht die Anwendung des Ausschlussstatbestandes für Staatsangehörige von Vertragsstaaten, zu dem Italien gehöre, ausschließe. Bei den Regelungen des SGB II zu Leistungen der Grundsicherung nach [§§ 19 ff.](#) SGB II (bei Einführung des SGB II nach [§ 19 Nr. 1 SGB II](#)) handele es sich schon nicht um neue Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 16b EFA. Es handele sich weiterhin um Regelungen der Fürsorgeleistungen, die bereits von Art. 1 EFA (ein Vorbehalt sei hinsichtlich dieser vormals im BSHG geregelten Leistungen nicht erklärt worden) erfasst gewesen seien. Gegen das dem Beklagten am 7. Oktober 2013 zugestellte Urteil hat dieser am 9. Oktober 2013 Berufung bei dem LSG Berlin-Brandenburg eingelegt. Der Kläger sei von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, da er sich allein zum Zweck der Arbeitsuche in Deutschland aufhalte. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Sachen D ... [C-333/13](#) (Leistungsausschluss bei Nichtarbeitsuchenden ist nicht zu beanstanden) und A ... [C-67/14](#) (Leistungsausschluss bei Arbeitsuchenden ist nicht zu beanstanden) sei diese Rechtsfrage höchststrichterlich geklärt. Seit seiner Einreise habe der Kläger nie eine tatsächliche Verbindung zum hiesigen Arbeitsmarkt gehabt. Eine Arbeitsuche mit konkreter Aussicht auf Erfolg sei nicht ersichtlich. Ein anderes Aufenthaltsrecht sei nicht ersichtlich. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem EFA. Das Bundessozialgericht (BSG) gehe nach seiner Vorprüfung im Rahmen seiner Vorlage zum EuGH (Beschluss vom 12. Dezember 2013, [B 4 AS 9/13 R](#), zitiert nach juris) davon aus, dass der von der Bundesregierung am 19. Dezember 2011 erklärte Vorbehalt (gegen die Anwendung des SGB II) wirksam sei.

Mit Beschluss vom 25. Februar 2016 hat der Senat das Bezirksamt Treptow-Köpenick von Berlin zum Verfahren beigelegt.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 19. September 2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise,

den Beigeladenen zur Bewilligung von Sozialleistungen nach dem SGB XII für den streitbefangenen Zeitraum in gesetzlicher Höhe zu verpflichten.

Er trägt vor, der 31. Senat des LSG Berlin-Brandenburg habe entschieden, dass der Leistungsausschluss nicht für Nichtarbeitsuchende gelte. Aus seiner Sicht bestehe auch ein Anspruch nach dem EFA. Unabhängig vom gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot könne er auch einen Anspruch aus [Art. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 des Grundgesetzes \(GG\)](#) herleiten. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe entschieden, dass das Existenzminimum in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein müsse. Gemeinschaftsrecht fände dann keine Anwendung. Sofern ein Anspruch nach dem SGB II verneint werde, bestehe aber ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII, wie das BSG am 3. Dezember 2015, [B 4 AS 59/13 R](#), entschieden habe.

Der Beigeladene beantragt,

die in der Berufungsinanz angefallene Klage gegen den Beigeladenen abzuweisen.

Der Beigeladene führt insbesondere unter Hinweis auf die Rechtsprechung des 20. Senats des LSG Berlin-Brandenburg in der Entscheidung vom 28. September 2015, [L 20 AS 2161/15 B ER](#), und auf diejenige der 35. Kammer des Sozialgerichts Dortmund in der Entscheidung vom 11. Februar 2016, [S 35 AS 5396/15 ER](#), sowie unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zu [§ 21 SGB XII](#) aus, Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII könnten nicht erbracht werden, da bisher eine fehlende Erwerbsfähigkeit des Klägers nicht habe festgestellt werden können. Einem Leistungsanspruch stehe [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) entgegen. Der Kläger sei grundsätzlich erwerbsfähig und damit dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II. Die genannte Rechtsgrundlage versperre allen erwerbsfähigen und deshalb dem SGB II zuzuordnenden Leistungsberechtigten den Zugang zu Leistungen nach dem SGB XII, und das auch dann, wenn die Betroffenen aus anderen rechtlichen Gründen im Ergebnis keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II haben könnten. Denn [§ 21 SGB XII](#) stelle eine Norm zur Abgrenzung der Hilfesysteme nach dem SGB II und SGB XII anhand der Erwerbsfähigkeit dar. Zudem gelte es, den Willen des Gesetzgebers, wie er aus der Gesetzesbegründung zu [§ 21 SGB XII](#), wie auch zu [§ 7 SGB II](#) mehr als deutlich hervorgehe, sowie das generelle Verhältnis der Leistungssysteme des SGB II und des SGB XII zueinander, zu beachten. Der Gesetzgeber habe unmissverständlich zu erkennen gegeben, dass erwerbsfähige Ausländer von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen seien und dass für das Eingreifen von [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) allein die Frage der Erwerbsfähigkeit maßgeblich sei. Die Rechtsauffassung BSG in der Entscheidung vom 3. Dezember 2015 (u.a. [B 4 AS 59/13 R](#), [B 4 AS 44/15 R](#)) und 16. Dezember 2015 (u.a. [B 14 AS 15/14 R](#)) widerspreche nicht nur dem Wortlaut und dem Zweck des [§ 21 XII](#), sondern auch der gesamten inneren Systematik der Grundsicherungssysteme nach dem SGB II und SGB XII. Die Rechtsauffassung des BSG sei verfassungsrechtlich bedenklich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten, der beigezogenen Gerichtsakten zum Aktenzeichen L 18 AS 972/13 B ER ([S 128 AS 7649/13 ER](#)) und der beigezogenen Verwaltungsakte des Beklagten (), die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgemäß eingelegte Berufung des Beklagten ist zulässig ([§§ 143, 144, 151 SGG](#)) und begründet. Das Sozialgericht Berlin hat den Beklagten zu Unrecht verpflichtet, dem Kläger für den Zeitraum vom 1. Februar 2013 bis zum 31. Juli 2013 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von monatlich 767,- EUR zu gewähren. Die Klage gegen den Bescheid des Beklagten vom 18. Februar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. März 2013 ist zulässig, jedoch unbegründet. Der Kläger hat für den o.g. Zeitraum keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gegen den Beklagten (hierzu unter A.). Die in der Berufungsinanz angefallene Klage gegen den Beigeladenen ist unbegründet. Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII gegen den Beigeladenen (hierzu unter B.).

A.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) in der hier anzuwendenden vom 1. April 2012 bis 28. Dezember 2016 geltenden Fassung (a.F.) erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a](#) noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte).

Ausgenommen sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) (a.F.) 1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des [§ 2 Absatz 3](#) des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach [§ 1](#) des Asylbewerberleistungsgesetzes.

[§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) (a.F.) gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt ([§ 7 Abs. 1 Sätze 3 und 4 SGB II](#), a.F.).

Es liegen keinerlei Anhaltspunkte vor, die Zweifel an einer Erwerbsfähigkeit des Klägers im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) (a.F.) in Verbindung mit [§ 8 SGB II](#) zulassen würden. Ob die weiteren Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 4 SGB II](#) (a.F.) vorliegen, insbesondere Hilfebedürftigkeit im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) (a.F.) in Verbindung mit [§ 9 Abs. 1 SGB II](#) kann dahinstehen. Denn der Kläger ist jedenfalls gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Als italienischer

Staatsangehöriger kann sich der Kläger zunächst einmal nicht auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11.12.1953 (EFA), dem u. a. Italien und die Bundesrepublik Deutschland beigetreten sind, berufen. Das BSG hat die Erklärung des Vorbehalts durch die Bundesregierung am 19. Dezember 2011 als wirksam erachtet (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 43/15 R](#), zitiert nach juris, Rn. 18ff.; Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 59/13 R](#), zitiert nach juris, Rn. 13; Urteil vom 17. März 2016, [B 4 AS 32/15 R](#), zitiert nach juris). Nach der Rechtsprechung der für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des BSG erfordert die Anwendbarkeit der Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 S 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.) aber eine Prüfung des Grundes bzw. der Gründe für eine im streitigen Leistungszeitraum (weiterhin) bestehende materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) in der hier anzuwendenden vom 29. Januar 2013 bis 8. Dezember 2014 geltenden Fassung (a.F.) oder ein anderes materielles Aufenthaltsrecht nach den - im Wege eines Günstigkeitsvergleichs - anwendbaren Regelungen des Aufenthaltsgesetzes (§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU, a.F.); vgl. hierzu BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, [B 4 AS 54/12 R](#), zitiert nach juris, Rn. 31 ff., m.w.N.). Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BSG hindert sozialrechtlich bereits das Vorliegen der Voraussetzungen für ein mögliches anderes (im Falle des § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU im Ermessenswege zu erteilendes) bzw. bestehendes Aufenthaltsrecht als ein solches aus dem Zweck der Arbeitsuche die positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.) (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013, [B 4 AS 54/12 R](#), a.a.O., Rn. 31 ff.; BSG, Urteil vom 19. Oktober 2010, [B 14 AS 23/10 R](#), zitiert nach juris, Rn. 17 ff.) bzw. ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ("Aufenthaltsrecht () allein aus dem Zweck der Arbeitsuche"; vgl. auch [BT-Drucks 16/688](#), 13), "dass der Leistungsausschluss von vornherein nicht eingreift, wenn sich ein Ausländer auf ein anderes Aufenthaltsrecht als das zum Zweck der Arbeitsuche berufen kann. Aus dem Aufbau der Norm ist abzuleiten, dass positiv festgestellt werden muss, dass ein Ausländer sich allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhält, denn nur dann kann auch der Leistungsausschluss festgestellt werden" (BSG, Urteil vom 25. Januar 2012, [B 14 AS 138/11 R](#), zitiert nach juris, Rn. 20 f.).

Der Kläger hat weder ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU (a.F.) noch nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

Gemäß § 2 Abs. 1 FreizügG/EU (a.F.) haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Gemäß § 2 Abs. 2 FreizügG/EU (a.F.) sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt:

1. Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitsuche oder zur Berufsausbildung aufhalten wollen,
2. Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige),
3. Unionsbürger, die, ohne sich niederzulassen, als selbständige Erwerbstätige Dienstleistungen im Sinne des Artikels [57](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erbringen wollen (Erbringer von Dienstleistungen), wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung berechtigt sind,
4. Unionsbürger als Empfänger von Dienstleistungen,
5. nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4

(§ 4 FreizügG/EU lautet: Nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Hält sich der Unionsbürger als Student im Bundesgebiet auf, haben dieses Recht nur sein Ehegatte, Lebenspartner und seine Kinder, denen Unterhalt gewährt wird.),

6. Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4

(§ 3 FreizügG/EU lautet: Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger haben das Recht nach § 2 Abs. 1, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.),

7. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben. Auf der Grundlage der einzig in Betracht kommenden Nrn. 1 und 2 ist festzustellen, dass sich der Kläger im streitbefangenen Zeitraum im Bundesgebiet weder als Arbeitnehmer noch als selbständig Tätiger noch zur Berufsausbildung aufgehalten hat. Auch ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche ist nicht erkennbar.

Voraussetzung für den Status als Arbeitsuchender ist, dass der betreffende Arbeitslose auch tatsächlich eine Arbeit in Deutschland sucht und der Arbeitsverwaltung zur Verfügung steht, um innerhalb eines angemessenen Zeitraumes eine Beschäftigung zu finden. Der Arbeitsuchende muss alles Erforderliche unternehmen, um eine Erwerbstätigkeit auf dem Arbeitsmarkt zu erlangen (vgl. Sächsisches Obergericht [OVG], Beschluss vom 20. August 2012, [3 B 202/12](#), zitiert nach juris).

Das BSG hat in seinem Urteil vom 3. Dezember 2015 ([B 4 AS 44/15 R](#), zitiert nach juris, Rn.17) zum Begriff der Arbeitsuche weitergehend - auch im Hinblick auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals Arbeitsuche für den hier streitbefangenen Zeitraum - ausgeführt:

"Der Begriff der "Arbeitsuche" ist im vorliegenden Kontext freizügigkeitsrechtlich geprägt. Der Gesetzgeber hat in [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB II](#) - anders als in [§ 7 Abs 1 S 2 Nr 1 SGB II](#) - zwar nicht ausdrücklich Bezug auf die Regelungen des FreizügG/EU genommen. Aus der Verknüpfung mit dem "Aufenthaltsrecht" folgt jedoch bereits nach dem Wortlaut der Vorschrift, dass die dortigen Regelungen sowie die der RL 2004/38/EG zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der "Arbeitsuche" heranzuziehen sind. Dies wird durch den Gesetzentwurf zur Änderung des S 2 des [§ 7 Abs 1 SGB II](#) ([BT-Drucks 16/5065 S 234](#); Änderung des SGB II zum 28.8.2007 durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007, [BGBl I 1970](#), 2008) bestätigt. Danach sollten mit den Neuregelungen in [§ 7 Abs 1 S 2 SGB II](#) die Unionsbürgerrichtlinie RL 2004/38/EG im Leistungsrecht umgesetzt und insbesondere von der Möglichkeit des Leistungsausschlusses nach Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht werden. Diese Norm regelt, dass vom Grundsatz der Gleichbehandlung aller Unionsbürger abgewichen werden kann, wenn die betreffende Person weder Arbeitnehmer, noch

Selbstständiger oder deren Familienangehöriger ist und sie diesen Status nicht erhalten konnte (vgl hierzu Art 7 Abs 3 Buchst b und c RL 2004/38/EG). Sofern sie als Arbeitsuchende in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates eingereist ist, sieht die Richtlinie durch Art 14 Abs 4 Buchst b RL 2004/38/EG solange eine Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts als Arbeitsuchende vor, solange sie nachweisen kann, dass sie weiterhin Arbeit sucht und sie eine begründete Aussicht hat, eingestellt zu werden. Diese Regelung hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich (mW ab dem 9.12.2014, [BGBl I 1922](#)) ins FreizügG/EU übernommen. In dessen § 2 Abs 2 S 1 Nr 1a FreizügG/EU ist nunmehr geregelt, dass freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger sind, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Der dies tragende Grundgedanke der Aussicht auf Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ist jedoch wegen der Gründung des Normtextes des [§ 7 Abs 1 S 2 SGB II](#) auf der RL 2004/38/EG auch bereits im streitigen Zeitraum zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Arbeitsuche heranzuziehen."

Eine derartige aktive Arbeitsuche mit konkreter Aussicht auf Erfolg wird von dem Kläger nicht einmal substantiiert behauptet, geschweige denn durch Vorlage entsprechender Unterlagen (bspw. Bewerbungsschreiben) belegt. Er hat vielmehr bereits am 10. Februar 2013, d.h. im zeitlichen Zusammenhang mit seiner Einreise SGB II-Leistungen bei dem Beklagten beantragt. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht nachvollziehbar, dass Zweck der Einreise eine aktive Arbeitsuche war. Auch die spätere Entwicklung spricht gegen ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche im streitigen Zeitraum. Bei der persönlichen Vorsprache am 28. Januar 2014 hat der Kläger ausweislich eines darüber gefertigten Vermerkes erklärt, er wolle sich selbständig machen. Wie der Vermerkklage zu entnehmen ist, hat er in dem Folgeantrag aber weder diesen Umstand erwähnt noch eine entsprechende Erklärung (EKS) eingereicht. Zu dem für die Nachreichung der EKS vereinbarten Folgetermin am 3. Februar 2014 erschien der Kläger nicht. Ausweislich eines Postrückläufers zum anschließenden Versagungsbescheid vom 30. Mai 2014 konnte der Kläger unter der von ihm gegebenen Anschrift nicht ermittelt werden. Aufgrund dieser Gesamtumstände ist in keiner Weise erkennbar, dass der Kläger überhaupt eine Stelle als Arbeitnehmer oder die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in Deutschland angestrebt hat; er hat dies zu keiner Zeit auch nur ansatzweise konkret behauptet oder gar durch Vorlage entsprechender Unterlagen belegt. Erfolgt ein solcher Nachweis nicht, ist ein unbeschränktes Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt auch nicht mehr zu gewähren (Sächsisches OVG, Beschluss vom 20. August 2012, [3 B 202/12](#), m.w.N., a.a.O.).

Ein Daueraufenthaltsrecht im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU (a.F.) hat der Kläger ebenfalls nicht. Nach der genannten Vorschrift haben Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügG/EU (a.F.) das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht). Der Kläger hat sich im streitbefangenen Zeitraum noch keine fünf Jahre im Bundesgebiet aufgehalten. Da zum streitigen Zeitraum nicht einmal ein Aufenthalt von fünf Jahren insgesamt gegeben ist, kann dahinstehen, ob ein solcher Aufenthalt gegebenenfalls rechtmäßig im Sinne dieser Regelung gewesen wäre.

Der Kläger kann sich auch nicht auf ein Aufenthaltsrecht aus dem Aufenthaltsgesetz berufen. Zwar findet das Aufenthaltsgesetz nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU (a.F.) vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU. Jedoch ist kein weitergehendes Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz ersichtlich.

Steht dem Kläger damit kein Aufenthaltsrecht oder allenfalls ein Aufenthaltsrecht zu der von ihm pauschal behaupteten - zur Überzeugung des Senats jedoch nicht vorliegenden (s.o.) - Arbeitsuche zur Seite, ist er von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) a.F.). Diese Auslegung des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) und 2 SGB II (a.F.) ist auch europarechtskonform (so schon Senatsbeschluss vom 7. Juni 2012, [L 29 AS 920/12 B ER](#), mit weiteren Nachweisen, zitiert nach juris). Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) sowohl in der Rechtssache D ... (vom 11. November 2014 - [C-333/13](#), zitiert nach juris) als auch in der Rechtssache A ... (vom 15. September 2015 - [C-67/14](#), zitiert nach juris) in den hier gegebenen Fallkonstellationen die Zulässigkeit der Verknüpfung des Ausschlusses von Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten von existenzsichernden Leistungen mit dem Bestehen eines Aufenthaltsrechts im Sinne der RL 2004/38/EG ausdrücklich anerkannt. Nach seiner Rechtsprechung sind Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG in Verbindung mit ihrem Art. 7 Abs. 1 Buchst b und Art. 4 VO 883/2004/EG dahin auszulegen, dass sie der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug bestimmter "besonderer beitragsunabhängiger Geldleistungen" im Sinne des Art. 70 Abs. 2 VO 883/2004/EG ausgeschlossen werden, während Staatsangehörige des Aufnahmemitgliedstaats, die sich in der gleichen Situation befinden, diese Leistungen erhalten, sofern den betreffenden Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht (EuGH Rs D ... vom 11. November 2014 - [C-333/13](#), Rn. 84). In der Rechtssache A ... hat der EuGH insoweit betont, dass Unionsbürger anderer EU-Staaten, die nach Deutschland eingereist sind, um Arbeit zu suchen, vom deutschen Gesetzgeber vom Bezug von Arbeitslosengeld II oder Sozialgeld ausgeschlossen werden können, selbst wenn diese Leistungen als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen im Sinne des Art. 70 VO 883/2004/EG eingeordnet werden (EuGH Rs. A ... vom 15. September 2015 - [C-67/14](#) Rn. 63). Beim Arbeitslosengeld II und Sozialgeld handele es sich um Leistungen der "Sozialhilfe" im Sinne des Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG. Danach haben die Aufnahmestaaten jedoch keine Verpflichtung zur Gleichbehandlung ihrer Staatsangehörigen und solcher anderer EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf einen Anspruch auf Sozialhilfe, wenn letztere nicht Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder ihnen dieser Status erhalten geblieben ist bzw. Familienangehörige dieser sind.

Dieser Rechtsprechung ist das BSG insbesondere in seinem Urteil vom 3. Dezember 2015 ([B 4 AS 44/15 R](#), m.w.N., zitiert nach juris) gefolgt und hat in solchen Fällen einen Leistungsanspruch nach dem SGB II gegen den beklagten Grundsicherungsträger nach dem SGB II verneint. Dieser Rechtsprechung folgt der Senat nach eigener Prüfung und verweist insoweit auf die Ausführungen des BSG in seiner oben genannten Entscheidung.

Hinsichtlich des begehrten Leistungsanspruches nach dem SGB II gegen den Beklagten ist danach zunächst abschließend festzustellen, dass ein solcher Leistungsanspruch aufgrund des Leistungsausschlusses aus [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) nicht gegeben ist.

B.

Nach Ansicht des Senats ist darüber hinaus auch ein Leistungsanspruch gegen den Beigeladenen nach dem SGB XII nicht gegeben.

Hierzu hat das BSG in der oben genannten Entscheidung vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 44/15 R](#) (ab Rn. 36, a.a.O.) grundlegend im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

"Den Klägern steht jedoch ein Recht auf Existenzsicherung durch Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII gemäß [§ 23 Abs. 1 S 3 SGB XII](#) in gesetzlicher Höhe gegen die Beigeladene zu. a) Die Kläger waren leistungsberechtigt im Sinne des Sozialhilferechts, weil sie im streitigen Zeitraum ihren Lebensunterhalt nicht iS des [§ 19 Abs 1 SGB XII](#) iVm [§ 27 Abs 1 SGB XII](#) aus eigenen Kräften und Mitteln decken konnten.

Nach [§ 19 Abs. 1 SGB XII](#) ist Personen Hilfe zum Lebensunterhalt zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können.

b) Einem Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII stand auch eine mangelnde Kenntnis der Beigeladenen von der Bedürftigkeit der Kläger im streitigen Zeitraum nicht entgegen. Die Kläger haben zwar "nur" Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bei dem Beklagten beantragt. Die nach [§ 18 Abs. 1 SGB XII](#) erforderliche Kenntnis der Beigeladenen von dem Bedarf der Kläger liegt jedoch gleichwohl vor. Die Beigeladene muss sich insoweit die Kenntnis des Beklagten aufgrund des Antrags auf SGB II-Leistungen nach der gefestigten Rechtsprechung des BSG zurechnen lassen.

c) Ebenso wenig waren die Kläger nach [§ 21 S 1 SGB XII](#) von der Hilfe zum Lebensunterhalt ausgeschlossen. [§ 21 S 1 SGB XII](#) bestimmt, dass Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt erhalten. Die Kläger waren im streitigen Zeitraum nicht dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II, weil sie dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) unterfielen. Dies führt dazu, sie dem System des SGB XII zuzuweisen. Die Erwerbsfähigkeit zumindest der Kläger zu 1 und 2 steht dem nicht entgegen.

Schon der Wortlaut des [§ 21 S 1 SGB XII](#) stellt nicht ausschließlich auf das Vorliegen von Erwerbsfähigkeit ab, sondern berücksichtigt einen Leistungsanspruch nach dem SGB II dem Grunde nach. Ist mithin ein Erwerbsfähiger wegen des Vorliegens der Voraussetzungen eines Leistungsausschlusses nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II, folgt hieraus nicht zwangsläufig ein Leistungsausschluss nach dem SGB XII. Die "Systemabgrenzung" erfordert vielmehr eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Leistungsausschlüsse. Im Grundsatz gilt für die Systemzuweisung aufgrund der Erwerbszentriertheit des SGB II, dass derjenige, der von dem auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausgerichteten Leistungssystem des SGB II ausgeschlossen werden soll, dem System des SGB XII zugewiesen wird.

Auf dieser Grundlage hat das BSG bereits für andere in [§ 7 SGB II](#) geregelte Leistungsausschlüsse ausdrücklich entschieden, dass die "Anwendungssperre" des [§ 21 S 1 SGB XII](#) nicht greift. Dies gilt nach der Rechtsprechung der für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate sowohl für den Leistungsausschluss wegen einer den Regelbedarf unterschreitenden ausländischen Rentenleistung als auch den Leistungsausschluss eines Erwerbsfähigen wegen der Unterbringung in einer stationären Einrichtung oder in einem Krankenhaus nach [§ 7 Abs. 4 S 1 SGB II](#). Sie sind i.S. des [§ 21 SGB XII](#) nach dem SGB II dem Grunde nach nicht mehr leistungsberechtigt und bei Bedürftigkeit auf "die auf gleicher Grundlage wie im SGB II bemessenen und daher vom Umfang im Wesentlichen identischen Leistungen der Sozialhilfe" verwiesen. In gleicher Weise hat der für das Sozialhilferecht zuständige 8. Senat des BSG für den Leistungsausschluss bei Aufenthalt in einer Einrichtung zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehung entschieden. Erwerbsfähige Hilfebedürftige, die einem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs 4 S 2 SGB II](#) unterfallen, können grundsätzlich Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII beanspruchen. Bezogen auf den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs 1 S 2 SGB II](#) gilt nichts anderes. Der Ausschluss von Personen, die nicht oder nicht mehr über eine Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche verfügen, vom erwerbszentrierten Leistungssystem des SGB II führt dazu, die Sperrwirkung des [§ 21 SGB XII](#) entfallen zu lassen.

d) Allerdings steht dem Rechtsanspruch der Kläger auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII ein Ausschluss aufgrund der Regelung des [§ 23 Abs. 3 S 1 SGB XII](#) entgegen.

e) Zwar ist Rechtsfolge des Ausschlusses nach [§ 23 Abs. 3 S 1 SGB XII](#), dass trotz des tatsächlichen Aufenthalts im Inland kein Rechtsanspruch auf u.a. Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§ 23 Abs. 1 S 1 SGB XII](#) besteht. In einem solchen Fall des Ausschlusses können jedoch nach [§ 23 Abs. 1 S 3 SGB XII](#) Leistungen der Sozialhilfe gewährt werden, wenn dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Ausschlussregelung, denn sie nimmt lediglich Bezug auf den "Anspruch" auf Sozialhilfe. Dementsprechend hat bereits das BVerwG zu der Vorschrift des § 120 Abs 3 S 1 Alt 1 BSHG befunden, dass Ausländer, die dem Leistungsausschluss unterfielen, weil sie eingereist seien, um Sozialhilfe zu erlangen, lediglich von einem Rechtsanspruch u.a. auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 120 Abs 1 S 1 BSHG ausgeschlossen seien. Insoweit gilt für die Regelung des [§ 23 Abs. 3 S 1 SGB XII](#), die der Gesetzgeber in Kenntnis der Rechtsprechung des BVerwG im Wesentlichen inhaltsgleich ausgestaltet hat, nichts anderes.

Der Ausschluss nur von dem Rechtsanspruch auf die in S 1 des [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) benannten Leistungen erschließt sich auch aus dem - im Übrigen gegenüber § 120 BSHG unveränderten - systematischen Verhältnis der Regelungen der Sätze 1 und 3 in Abs 1 des [§ 23 SGB XII](#) zueinander. Durch [§ 23 Abs. 1 S 1 SGB XII](#) erhält der Ausländer ausschließlich unter der Voraussetzung, dass er sich tatsächlich im Inland aufhält, einen Rechtsanspruch auf Leistungen der Sozialhilfe nach einem reduzierten Leistungskatalog, aber der Höhe nach uneingeschränkt. Hiervon sollen diejenigen, die die Ausschlussstatbestände des [§ 23 Abs. 3 S 1 SGB XII](#) erfüllen, ausgeschlossen werden, nicht jedoch von dem der Sozialhilfe systemimmanenten grundsätzlichen Anspruch auf Hilfe bei bedrohter Existenzsicherung. Diesem Personenkreis sollen daher nur nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens Leistungen der Sozialhilfe erbracht werden können, aber eben auch solche Leistungen, die nach S 1 des [§ 23 Abs 1 SGB XII](#) vom Rechtsanspruch ausgenommen worden sind, soweit im Einzelfall geboten.

f) Das Ermessen des Sozialhilfeträgers ist jedoch in einem Fall wie dem vorliegenden, dem Grunde und der Höhe nach hinsichtlich der Hilfe zum Lebensunterhalt auf Null reduziert. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich das Aufenthaltsrecht des ausgeschlossenen Ausländers verfestigt hat - regelmäßig ab einem sechsmonatigen Aufenthalt in Deutschland. Dies folgt aus der Systematik des [§ 23 Abs. 3 S 1 Alt 2 SGB XII](#) im Verhältnis zu [§ 23 Abs. 1 S 1](#) und 3 SGB XII sowie verfassungsrechtlichen Erwägungen.

So bezieht sich der ausdrückliche Ausschluss der Alt 2 des [§ 23 Abs. 3 S 1 SGB XII](#) auf den im Freizügigkeitsgesetz/EU zeitlich begrenzten Vorgang der Arbeitsuche. Unter 2.a) ist bereits dargelegt worden, dass die Freizügigkeitsberechtigung zum Zwecke der Arbeitsuche nach dem Ablauf von sechs Monaten gemäß § 2 Abs. 1a FreizügG/EU idF des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2.12.2014 endet, wenn nicht weiterhin eine begründete Aussicht auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit besteht. Diese Begrenzung der Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche dient nach den Gesetzesmaterialien der Umsetzung von Unionsrecht in seiner

Auslegung durch den EuGH, der entschieden habe, dass die Mitgliedstaaten berechtigt seien, das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche auf einen angemessenen Zeitraum zu begrenzen, wobei der EuGH von einem Zeitraum von sechs Monaten ausgegangen sei. Mit dem auf den konkreten Einzelfall abstellenden Zusatz - "darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden" - nimmt die Neuregelung lediglich die Formulierung in Art 14 Abs 4 Buchst b RL 2004/38/EG auf, enthält jedoch mit der allgemein geltenden zeitlichen Begrenzung - "für bis zu sechs Monate" - eine Typisierung. Für diese typisierte Dauer einer Arbeitsuche von sechs Monaten nach der Einreise liegt eine Aufenthaltsverfestigung noch nicht vor, weil hinter der zeitlichen Begrenzung die Erwartung steht, es handele sich um einen angemessenen Zeitraum, die Erfolgsaussichten einer Arbeitsuche in einem anderen Mitgliedstaat ohne Aufenthaltsverfestigung zu prüfen.

Werden diese Erwartungen enttäuscht und bleibt der tatsächliche Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland nach Ablauf von sechs Monaten bestehen, tritt im Regelfall eine Aufenthaltsverfestigung ein, der nach geltendem Recht ausländerbehördlich entgegengetreten werden kann. Bestand nie eine Freizügigkeitsberechtigung wegen eines Aufenthalts zur Arbeitsuche oder besteht diese nach Ablauf von sechs Monaten mangels begründeter Aussichten, eingestellt zu werden, nicht mehr, kann durch die Ausländerbehörde der Verlust der Freizügigkeitsberechtigung durch Verwaltungsakt festgestellt werden. Erst die förmliche Verlustfeststellung begründet nach § 7 Abs. 1 S 1 FreizügG/EU die sofortige Ausreisepflicht, wenn nicht Rechtsschutz in Anspruch genommen wird. In tatsächlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass von der rechtlichen Möglichkeit der Verlustfeststellung nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird. Zur Prüfung der Voraussetzungen einer Verlustfeststellung kann die zuständige Ausländerbehörde im Übrigen nach § 5 Abs. 2 S 1 FreizügG/EU bereits frühzeitig, nämlich drei Monate nach der Einreise, verlangen, dass die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU glaubhaft gemacht werden.

Ist hiernach typisierend von einer Aufenthaltsverfestigung auszugehen, ist die Ermessenausübung jedoch daran zu messen, dass der Rechtsanspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt im Sozialhilferecht ansonsten weder nach dem Grund der Einreise, noch nach Berechtigung oder Dauer des Aufenthalts fragt. Bei der Leistungsgewährung nach dem SGB XII kommt es in erster Linie auf die Tatsache einer gegenwärtigen Hilfebedürftigkeit an. Es reicht nach dem Wortlaut des [§ 23 Abs. 1 S 1 SGB XII](#) allein der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland aus. Dem Leistungsberechtigten, der über kein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche mehr verfügt und "erstreckt" von dem Rechtsanspruch auf "Sozialhilfeleistungen" i.S. des [§ 23 Abs. 1 S 1 SGB XII](#) ausgeschlossen ist, mangelt es wie jedem anderen Ausländer, der sich tatsächlich im Inland aufhält - zunächst einmal ohne Freizügigkeits- oder Aufenthaltsberechtigung - an einer Aufenthaltsperspektive. Um den Gleichklang mit Letzterem zu erreichen, ist es folgerichtig, zumindest im Hinblick auf die Hilfe zum Lebensunterhalt durch eine Ermessensreduktion, bei verfestigtem Aufenthalt zu denselben Leistungen zu gelangen. Dieses nach Ablauf von regelmäßig sechs Monaten durch ein Vollzugsdefizit des Ausländerrechts bewirkte Faktum eines verfestigten tatsächlichen Aufenthalts des Unionsbürgers im Inland ist unter Berücksichtigung auch der verfassungsrechtlichen Vorgaben kein zulässiges Kriterium, die Entscheidung über die Gewährung existenzsichernder Leistungen dem Grunde und der Höhe nach in das Ermessen des Sozialhilfeträgers zu stellen.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum AsylbLG im Anschluss und in Weiterentwicklung der grundlegenden Entscheidung vom 9.2.2010 Grundlagen und Umfang des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums näher ausgeformt. Wenn Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlten, weil sie weder aus einer Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen oder durch Zuwendungen Dritter zu erlangen seien, sei der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür Hilfebedürftigen zur Verfügung stünden. Als Menschenrecht - und dies ist hier entscheidend - stehe dieses Grundrecht deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhielten, gleichermaßen zu. Eine pauschale Differenzierung nach dem Aufenthaltsstatus hat das BVerfG im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der existenzsichernden Leistungen ausdrücklich abgelehnt. Insoweit komme es für eine abweichende Bedarfsbestimmung darauf an, ob etwa wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfeempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden könnten. Hierbei sei etwa zu berücksichtigen, ob durch die Kürze des Aufenthalts Minderbedarfe durch Mehrbedarfe kompensiert werden könnten, die typischerweise gerade unter den Bedingungen eines nur vorübergehenden Aufenthalts anfielen. Dies lässt sich während des Bestehens eines Aufenthaltsrechts allein zum Zwecke der Arbeitsuche über die Ermessensleistung des [§ 23 Abs. 1 S 3 SGB XII](#) regulieren, nicht jedoch bei verfestigtem Aufenthalt. Denn ließen sich - so das BVerfG - tatsächlich spezifische Minderbedarfe bei einem nur kurzfristigen, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalt feststellen, und wolle der Gesetzgeber die existenznotwendigen Leistungen für eine Personengruppe deshalb gesondert bestimmen, müsse er sicherstellen, dass die gesetzliche Umschreibung dieser Gruppe hinreichend zuverlässig tatsächlich nur diejenigen erfasse, die sich regelmäßig nur kurzfristig in Deutschland aufhielten. Eine Beschränkung auf etwaige Minderbedarfe für Kurzaufenthalte komme dann nicht mehr in Betracht, wenn der tatsächliche Aufenthalt die Spanne eines Kurzaufenthalts deutlich überschritten habe. Für diese Fälle sei ein zeitnaher Übergang zu den existenzsichernden Leistungen für Normalfälle vorzusehen. Dies begründet im Regelfall eine Ermessensreduktion auf Null und damit eine Anpassung der Hilfe zum Lebensunterhalt für diejenigen, die sich nicht nur kurzfristig im Inland aufhalten. Denn im Übrigen weist das BVerfG darauf hin, dass eine Regelung zur Existenzsicherung vor der Verfassung nur Bestand habe, wenn Bedarfe durch Anspruchsnormen gesichert würden.

Tatsächliche Hinweise darauf, dass von einer Ermessensreduzierung trotz des Zeitablaufs ausnahmsweise abzugehen ist, sind den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen. Derartige Umstände können insbesondere vorliegen, wenn die tatsächlichen Lebensumstände des Unionsbürgers darauf schließen lassen, dass er nicht auf Dauer im Inland verweilen wird. Gleiches gilt, wenn die Ausländerbehörde bereits konkrete Schritte zur Beendigung des Aufenthalts eingeleitet hat. Demgegenüber haben sich die Kläger im streitigen Zeitraum bereits mehr als zwei Jahre in Deutschland aufgehalten, ohne dass derartige Maßnahmen im Raum standen."

Nach dieser Rechtsprechung des BSG käme vorliegend bei einer Einreise des Klägers in die Bundesrepublik Deutschland am 28. November 2012 für den hier im Streit befindlichen Zeitraum ab 1. Februar 2013 ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII für den Zeitraum bis zum 28. Mai 2013 schon deshalb nicht in Betracht, weil auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG nicht aufgrund eines mehr als sechsmonatigen Aufenthalts von einem verfestigten Aufenthalt auszugehen wäre. Auch nach dieser Rechtsprechung des BSG käme mithin allenfalls für den hier im Streit befindlichen Zeitraum vom 29. Mai 2013 bis zum 31. Juli 2013 noch ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII im Betracht.

Davon abgesehen, sieht der Senat jedoch für den gesamten hier streitigen Zeitraum (vom 1. Februar 2013 bis zum 31. Juli 2013) einen

Leistungsanspruch nach dem SGB XII nicht als gegeben an. Insoweit vermag der Senat der Rechtsprechung des BSG nicht zu folgen.

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.) erfüllt, ist nach Ansicht des Senats eine Leistungsgewährung (auch) nach den Vorschriften des SGB XII ausgeschlossen. Der Kläger hat daher auch gegen den Beigeladenen keinen Anspruch auf laufende Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII. Der Senat folgt insoweit nicht den Urteilen des BSG vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 44/15 R](#), vom 16. Dezember 2015, [B 14 AS 15/14 R](#) und [B 14 AS 18/14 R](#) sowie vom 20. Januar 2016, [B 14 AS 35/15 R](#), alle zitiert nach juris, die zu Ansprüchen von EU-Ausländern gegen die Träger der Sozialhilfe auf Leistungen gelangen.

Festzustellen ist zunächst, dass der Kläger nur Leistungen nach dem SGB II beantragt hat. Die Beiladung des Sozialhilfeträgers nach dem SGB XII erfolgte in dem vorliegenden Verfahren und in dem oben genannten Revisionsverfahren [B 4 AS 44/15 R](#), a.a.O., erst in der Berufungsinanz und damit geraume Zeit nach dem Verstreichen des jeweils streitigen Leistungszeitraumes. Danach sieht der Senat schon nicht, dass von einer notwendigen rechtzeitigen Kenntniserlangung des Sozialhilfeträgers im Sinne von [§ 18 Abs. 1 SGB XII](#) ausgegangen werden kann.

Soweit das BSG eine solche Kenntniserlangung in seiner oben genannten neueren Rechtsprechung nunmehr unter Bezugnahme auf die grundlegende Entscheidung des 8. Senats des BSG vom 26. August 2008 ([B 8/9b SO 18/07 R](#), m.w.N., zitiert nach juris) über [§ 16 Abs. 2](#) des Ersten Buches Sozialgesetzbuch (SGB I) herleitet, sieht der erkennende Senat eine solche Konstellation vorliegend als nicht gegeben an, weil die Antragstellung auf Leistungen nach dem SGB II hier bei dem zuständigen Träger erfolgte.

Nach der Regelung des [§ 16 Abs. 2 S. 1 SGB I](#) sind Anträge, die bei einem unzuständigen Leistungsträger gestellt werden, unverzüglich an den zuständigen Leistungsträger weiterzuleiten und gelten dort als zum Zeitpunkt gestellt, in dem sie bei der unzuständigen Stelle eingegangen sind ([§ 16 Abs. 2 S. 2 SGB I](#)). Einen solchen Fall hatte der 8. Senat des BSG in dem o. g. Urteil vom 26. August 2008 angenommen, weil dort ein Antrag einer psychisch kranken Klägerin auf eine Haushaltshilfe im Sinne von [§ 65 Abs. 1 S. 1 SGB XII](#) bei einem Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II dem Träger von Leistungen nach dem SGB XII nicht weitergeleitet worden war.

Anders als im vorliegenden Fall, war der dortige Träger nach dem SGB II für die beantragte Leistung nach dem SGB XII somit erkennbar unzuständig. Vorliegend beantragte der Kläger aber bei dem für Leistungen nach dem SGB II zuständigen Beklagten ausdrücklich Leistungen nach dem SGB II. In einem solchen Fall sind die Voraussetzungen [§ 16 Abs. 2 SGB I](#) nicht erfüllt.

In seinem Urteil vom 2. April 2014 ([B 4 AS 29/13 R](#)) hat der 4. Senat des BSG zur Kenntniserlangung im Sinne von [§ 16 Abs. 2 S. 2 SGB I](#) (noch) Folgendes ausgeführt:

"Der Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gilt auch nicht nach [§ 16 Abs. 2 S. 2 SGB I](#) als zu dem Zeitpunkt gestellt, in dem der Antrag auf Alg nach dem SGB III bei der Arbeitsagentur einging (22.12.2008). Dieser bei der Arbeitsagentur gestellte Antrag des Klägers zu 1. umfasste nicht zugleich einen solchen auf Leistungen nach dem SGB II für ihn und die Kläger zu 2. bis 4. Nach der für den Senat bindenden Auslegung des Alg-Antrags durch das LSG ([§ 163 SGG](#)) war er im konkreten Fall ausschließlich auf das Alg nach dem SGB III gerichtet (a). Auch vermag sich der erkennende Senat nicht der Rechtsauffassung der Kläger anzuschließen, dass ein Alg-Antrag nach dem SGB III immer auch einen solchen auf die Leistungen nach dem SGB II umfasse (noch offen gelassen: BSG Urteil vom 19.10.2010 - [B 14 AS 16/09 R](#) - SozR 4-4200 § 37 Nr 3 RdNr 18; aA Link in Eicher, SGB II, 3. Aufl 2013, § 37 RdNr 27; Striebinger in Gagel SGB II/SGB III, [§ 37 SGB II](#) RdNr 61, Stand XII/12; Valgolio in Hauck/Noftz SGB II, § 37 RdNr 29, Stand IV/12; wohl auch Spellbrink/G.Becker in Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl 2013, [§ 36-45 SGB II](#) RdNr 10) (b). a) Die Auslegung des LSG, dass der Antrag vom 22.12.2008 ausschließlich auf Alg nach dem SGB III gerichtet war, haben die Kläger weder mit Verfahrensrügen angegriffen, noch hat das LSG seiner Auslegung einen unzutreffenden Maßstab zugrunde gelegt (vgl zur Bindung an die Auslegung einer Willenserklärung durch das LSG: BSG Urteil vom 11.9.2001 - [B 2 U 41/00 R](#) - SozR 3-2200 § 1150 Nr 5, Juris-RdNr 24; BSG Urteil vom 24.11.1976 - [1 RA 151/75](#) - BSGE 43, 37, 39 = SozR 2200 § 1265 Nr 24, Juris-RdNr 13; BSG Urteil vom 24.10.1975 - [5 RJ 84/75](#) - SozR 1500 § 163 Nr 2, Juris-RdNr 25).

Bei dem Antrag handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige, öffentlich-rechtliche Willenserklärung, auf die - sofern das Sozialrecht keine speziellen Regelungen trifft - die Vorschriften des BGB, insbesondere des [§ 133 BGB](#), Anwendung finden (BSG Urteil vom 17.7.1990 - [12 RK 10/89](#) - SozR 3-1200 § 16 Nr 2 mwN, RdNr 20). Maßgebend für die Auslegung eines Antrags ist daher - unter Berücksichtigung aller Umstände - der erkennbare wirkliche Willen des Antragstellers (BSG Urteil vom 1.4.1981 - [9 RV 49/80](#) - SozR 3100 § 48 Nr 7, Juris RdNr 17; BSG Urteil vom 23.2.1973 - [3 RK 44/71](#) - BSGE 35, 220, 221 = SozR Nr 2 zu § 173a RVO, Juris RdNr 18). Die Auslegung hat nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung zu erfolgen (vgl BSG Urteil vom 6.5.2010 - [B 14 AS 3/09 R](#) - SozR 4-4200 § 28 Nr 3, RdNr 14). Danach ist, sofern eine ausdrückliche Beschränkung auf eine bestimmte Leistung nicht vorliegt, davon auszugehen, dass der Antragsteller die nach der Lage des Falls ernsthaft in Betracht kommenden Leistungen begehrt, unabhängig davon welchen Antragsvordruck er hierfür benutzt oder welchen Ausdruck er gewählt hat (BSG Urteil vom 11.9.2001 - [B 2 U 41/00 R](#) - SozR 3-2200 § 1150 Nr 5, Juris RdNr 24; BSG vom 1.4.1981 - [9 RV 49/80](#) - SozR 3100 § 48 Nr 7, Juris RdNr 17; BSG Urteil vom 15.11.1979 - [7 RA 75/78](#) - BSGE 49, 114 = SozR 4100 § 100 Nr 5, Juris-RdNr 13).

Eine Berufung auf den Meistbegünstigungsgrundsatz kann jedoch in einer Konstellation wie der hier vorliegenden - also der ausdrücklichen Beantragung einer Sozialleistung (Alg nach dem SGB III) bei dem für die weitere Leistung (Alg II/Sozialgeld) unzuständigen Träger (vgl zur Trägerzuständigkeit unten unter b) - allenfalls dann angenommen werden, wenn der Antragsteller einen für den unzuständigen Leistungsträger erkennbaren Willen zum Ausdruck bringt, neben der beantragten Leistung noch weitere Sozialleistungen zu begehren. Zumindest bedarf es dann im Verhältnis von Alg zu Alg II (Sozialgeld) tatsächlicher Angaben - unter Berücksichtigung der Laiensicht -, aus denen insbesondere auf die Hilfebedürftigkeit, aber ggf auch das Vorliegen anderer Anspruchsvoraussetzungen der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu schließen ist (vgl zu den erforderlichen Angaben, um ein Überprüfungsverfahren nach [§ 44 SGB X](#) auszulösen: BSG vom 13.2.2014 - [B 4 AS 22/13 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen). Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Antragsteller zu erkennen gibt, ihm und ggf der Bedarfsgemeinschaft fehle es an hinreichenden finanziellen Mitteln, um den Lebensunterhalt zu bestreiten und sie seien deshalb auf weitere Sozialleistungen als die ausdrücklich beantragten angewiesen. Nur so kann im Übrigen ausgeschlossen werden, dass ein hilfebedürftiger Leistungsberechtigter, der keine Grundsicherungsleistungen in Anspruch nehmen möchte, gleichwohl in die Situation gelangt, als Antragsteller auf diese Leistungen behandelt zu werden, verbunden damit, dass für

ihn - und ggf auch die restliche Bedarfsgemeinschaft - das System des Forderns und Förderns gilt (s zur Vermeidung des Grundsicherungsleistungsbezugs durch die Leistung des Kinderzuschlags nach § 6a BKGG: [BT-Drucks 15/1516, S 83](#); vgl auch Spellbrink/G. Becker in Eicher, SGB II, 3. Aufl 2013, § 6a BKGG RdNr 3). Einen Willen, Leistungen nach dem SGB II zu beantragen, hat der Kläger zu 1 hier nach den Feststellungen des LSG gegenüber der Arbeitsagentur jedoch gerade nicht bekundet."

Vorliegend hat der Kläger bei dem Beklagten als zuständigem Leistungsträger nach dem SGB II ausdrücklich solche Leistungen beantragt. Demgegenüber sind von dem Kläger Leistungen nach dem SGB XII für den streitigen Zeitraum zu keinem Zeitpunkt bei dem Beigeladenen oder einem anderen (unzuständigen) Leistungsträger beantragt worden.

Es sind auch keinerlei Umstände erkennbar, die es gegebenenfalls geboten erscheinen lassen könnten, den Antrag des Klägers auf Leistungen nach dem SGB II als Antrag nach dem SGB XII auszulegen.

Ausweislich des von dem Kläger gegen den Bescheid vom 15. Februar 2013 erhobenen Widerspruchs vom 27. Februar 2013 war der Kläger nicht nur sprachlich in der Lage seinem Begehren Ausdruck zu verleihen, er hat dieses auch mit entsprechenden Rechtskenntnissen untermauert und hat auf zu diesem Thema ergangene Rechtsprechung bis hin zum BSG verwiesen. Dennoch hat er bei dem Beklagten ausdrücklich nur "arbeitslosengeld zwei" beantragt und in seinem Widerspruchsschreiben unter Hinweis auf die seiner Ansicht nach diesbezüglich bestehende Rechtslage seinen vermeintlichen Anspruch nochmals bekräftigt. Allein der Hinweis des Klägers im Antrag, seine Ersparnisse seien aufgebraucht, er könne nunmehr die Miete nicht mehr bezahlen und sich kein Essen (mehr) kaufen, führt nicht zu einer anderen Einschätzung und der Annahme einer vermeintlichen Beantragung von Leistungen nach dem SGB XII. Denn auch bei Leistungen nach dem SGB II ist eine bestehende Hilfebedürftigkeit Leistungsvoraussetzung ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) in Verbindung mit [§ 9 SGB II](#)). Entsprechend musste und durfte der Beklagte davon ausgehen, dass die Hinweise des Klägers zu seiner (damaligen) Situation aufgrund der von ihm dargestellten Rechtskenntnisse allein der Begründung der notwendigen Hilfebedürftigkeit dienen und nicht hilfsweise eine gegebenenfalls weiterzuleitende Antragstellung nach dem SGB XII darstellen sollten.

Für eine solche Sicht spricht zudem das Verhalten des Klägers im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem Sozialgericht Berlin. Dort hatte der mittlerweile anwaltlich vertretene Kläger am 24. März 2013 - also noch während des hier streitigen Zeitraums - ausdrücklich die Verpflichtung des Beklagten zur vorläufigen Leistungserbringung von Leistungen nach dem SGB II beantragt. Trotz für möglich gehaltener Leistungen nach dem SGB XII hat er einen entsprechenden Antrag bei dem zuständigen Leistungsträger nach dem SGB XII aber nicht gestellt. Auch dies spricht dafür, dass die von dem Kläger beantragten Leistungen nach dem SGB II seinem damaligen Begehren entsprochen haben und es sich damit bei dem Beklagten um den zuständigen Träger für die beantragten Leistungen gehandelt hat. Selbst wenn sich aber der Beigeladene die (nach [§ 18 Abs. 1 SGB XII](#) erforderliche) Kenntnis des Beklagten vom Bedarf des Klägers aufgrund des Antrages auf SGB II-Leistungen nach der Rechtsprechung der für SGB II und SGB XII zuständigen Senate des BSG zurechnen lassen müsste (vgl. BSG, Urteile vom 2. Dezember 2014, [B 14 AS 66/13 R](#) und vom 13. Februar 2014, [B 8 SO 58/13 B](#), alle zitiert nach juris) besteht ein Anspruch des Klägers auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt gegen den Beigeladenen zudem deshalb nicht, weil der Anwendung des Dritten Kapitels des SGB XII die Vorschrift des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) entgegensteht.

Gemäß [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt.

Der Kläger ist grundsätzlich erwerbsfähig, d.h. unter den normalen Bedingungen des Arbeitsmarktes zumindest drei Stunden einsetzbar (anderes ist weder vorgetragen noch ersichtlich) und damit nach Auffassung des Senats vom Leistungsbezug nach dem SGB XII ausgeschlossen. Denn [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) versperrt erwerbsfähigen und deshalb dem SGB II zuzuordnenden Hilfebedürftigen den Zugang zu Leistungen nach dem SGB XII (vgl. u.a. Thie, LPK-SGB XII, 10. Auflage 2015, § 21 Rn. 3) und zwar auch dann, wenn die Betroffenen aus anderen (rechtlichen) Gründen keinen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II haben (vgl. zu dieser Problematik auch Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB, 06/16, § 21 SGB XII Rn. 26ff, insbesondere Rn. 35: "Neben der gesundheitlichen Komponente hat der Begriff der Erwerbsfähigkeit auch einen rechtlichen Aspekt, denn nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) können Ausländerinnen und Ausländer nur im Sinne von Abs. 1 erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte, wobei die abstrakte rechtliche Möglichkeit, eine Beschäftigung rechtmäßig aufzunehmen, ausreichend ist. Hierbei ist zu klären, ob für Ausländer rechtlich ein Zugang zum Arbeitsmarkt besteht oder rechtlich zulässig wäre"). Vorliegend ist dem Kläger aber als italienischem Staatsbürger - wie bereits ausgeführt - aus rechtlichen Gründen der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt nicht versperrt, so dass auch aus rechtlichen Gründen keine Zweifel an der Erwerbsfähigkeit des Klägers bestehen.

Das SGB II und das SGB XII stehen hinsichtlich ihrer Leistungen zur Existenzsicherung nicht in einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis, sondern gleichrangig und selbstständig nebeneinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis (BSG, Urteil vom 12. Dezember 2013, [B 14 AS 90/12 R](#), zitiert nach juris, Rn. 50). Beide Sicherungssysteme bedürfen daher einer Abgrenzung. Diese folgt grundsätzlich aus dem Begriff der Erwerbsfähigkeit (Grube in Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl. 2014, [§ 21 SGB XII](#) Rn. 8, Eicher in Schlegel/Voelzke, juris PK-SGB XII, 2. Auflage 2014, § 21 Rn. 12, 15), wie dies auch im Wortlaut des [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) klar zum Ausdruck kommt.

Neben dem Wortlaut der Regelung spricht zudem die Intention des Gesetzgebers, wie sie aus dem damaligen Gesetzesentwurf ersichtlich ist, für ein Verständnis der Regelung in diesem Sinne. In dem Entwurf der damaligen Regierungsparteien zu der Regelung des [§ 21 SGB XII](#) ([BT-Drucks. 15/1514 S. 57](#)) heißt es hierzu:

"Die Vorschrift korrespondiert mit § 5 Abs. 2, § 7 Abs. 4 und § 45 des Zweiten Buches. Zur Vermeidung von Schnittstellen und im Hinblick auf das zwischen beiden Büchern abgestimmte Leistungsniveau werden in Satz 1 ergänzende Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt ausgeschlossen. Die Regelung setzt nicht voraus, dass jemand tatsächlich Leistungen des anderen Sozialleistungsträgers erhält oder voll erhält, sondern knüpft an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren im Zweiten Buch näher bezeichneten Angehörigen an. Die definierten Ausnahmen von dieser eindeutigen Abgrenzung beziehen sich auf Leistungen, die wegen der erforderlichen Ortsnähe oder des Zusammenhangs mit anderen kommunalen Aufgaben und Leistungen sachgerecht vom Träger der Sozialhilfe erbracht werden können."

Nach dieser Gesetzesbegründung ist damit ebenfalls maßgebliches Abgrenzungskriterium in [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) die Erwerbsfähigkeit. Damit hat der Gesetzgeber eine eindeutige allgemeine Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB

II und der Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII geschaffen (die allerdings nicht abschließend ist, auch Erwerbsfähige können von den Leistungen zum Lebensunterhalt ausgenommen sein, z.B. [§ 7 Abs. 5 SGB II](#)). Auch nach der Änderung des [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) zum 1. April 2006 durch [Art. 1 Nr. 2 lit. a\) SGB II](#) (u.a. ÄndG vom 24. März 2006 [[BGBl I 558](#)]) ging der Gesetzgeber unverändert davon aus, dass erwerbsfähige Ausländer bei Vorliegen der allgemeinen Leistungsvoraussetzungen – ungeachtet des neuen Leistungsausschlusses in Satz 2 – dem Grunde nach leistungsberechtigt sind und bekräftigte die Absicht des Ausschlusses von Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt für diese Personen. In den Materialien zu der Änderung ([BT-Drucks 16/688 S. 13](#)) heisst es:

"Der neu gefasste Satz 2 normiert einen Leistungsausschluss für bestimmte Gruppen von Ausländern. Auch wenn bei Ausländern die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, das heißt sie zwischen 15 und unter 65 Jahre alt, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, können dennoch die Leistungen nach diesem Buch durch den neugefassten Satz 2 ausgeschlossen sein. Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist."

Für einen Leistungsausschluss für das SGB XII spricht zudem eine systematische Auslegung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.). Das Vorliegen eines Leistungsausschlusses (wie gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#), a.F.) lässt die Leistungsberechtigung "als Erwerbsfähiger" "dem Grunde nach" nach der Systematik der Norm gerade nicht entfallen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. März 2016, [L 12 SO 79/16 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 19). Während [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) (a.F.) die (positiv formulierten) Tatbestandsvoraussetzungen ("dem Grunde nach") für einen Bezug von Leistungen nach dem SGB II benennt, schließen die Regelungen des [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) (a.F.) ["ausgenommen sind (...)"] nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) (a.F.) leistungsberechtigte Personengruppen wieder vom Leistungsbezug nach dem SGB II aus. Dem entspricht, dass [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.), nicht wie [§ 7 Abs. 4 SGB II](#), eine negative Tatbestandsvoraussetzung, sondern lediglich eine anspruchsvernichtende Einwendung darstellt, die die Leistungsberechtigung für den Erwerbsfähigen dem Grunde nach unberührt lässt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. März 2016, [a.a.O.](#), Rn.19).

Dass die Erwerbsfähigkeit das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung der Leistungssysteme nach dem SGB II und dem SGB XII ist, ergibt sich schließlich auch aus der weiteren Systematik des [§ 21 SGB XII](#). [§ 21 Satz 3 SGB XII](#) bestimmt ein zwischen den Trägern von Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII anzuwendendes Verfahren, falls unterschiedliche Auffassungen über die Zuständigkeit bestehen. Diesbezüglich ist der Träger von Leistungen nach dem SGB XII an die Feststellung einer vollen Erwerbsminderung im Sinne des [§ 43 Abs. 2 SGB VI](#) und nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens an die Entscheidung der Agentur für Arbeit zur Erwerbsfähigkeit gemäß [§ 44 a Abs. 1 SGB II](#) gebunden. Dieses Instrumentarium verdeutlicht den Willen des Gesetzgebers, dass allein die Einschätzung der Erwerbsfähigkeit das entscheidende Abgrenzungskriterium ist und infolgedessen über Zuständigkeit des jeweiligen Träger entscheidet (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. März 2016, [a.a.O.](#), Rn.20).

Sowohl nach dem Wortlaut, der Intention des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik ist die Vorschrift des [§ 21 S. 1 SGB XII](#) mithin dahingehend auszulegen, dass anspruchsberechtigt auf Leistungen nach dem Zweiten Buch dem Grunde nach im Sinne von [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) bereits derjenige ist, der die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 4 SGB II](#) (a.F.) erfüllt oder dessen Angehöriger ist (so bereits der erkennende Senat im Beschluss vom 29. Januar 2015, [L 29 AS 3339/14 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 56, mit Verweis auf den 20. Senat des LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. Dezember 2014, [L 20 AS 2697/14 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 23; s.a. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. September 2015, [L 20 AS 2161/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 20; ebenso LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Juni 2015, [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), zitiert nach juris, Rn. 38; LSG Hessen, Beschlüsse vom 22. Mai 2015, [L 4 SO 31/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 22 und vom 26. September 2016, [L 9 AS 643/16 B ER](#) zitiert nach juris, Rn. 20; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. Mai 2015, [L 2 AS 256/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 29; Adolph, SGB II/SGB XII/AsylbLG, [§ 21 SGB XII](#), Stand 98. EL Januar 2017, Rn. 12; Birk in LPK-SGB XII, 10. Auflage 2015, § 23 Rn. 13 [Leistungen nach § 1a AsylbLG analog befürwortend]; Groth in BeckOK, [§ 21 SGB XII](#), Stand 1. September 2015, Rn. 3; Schumacher in Oestreicher, SGB II/SGB XII, [§ 21 SGB XII](#), Stand 79. EL September 2016, Rn. 17a). Denn sowohl das Tatbestandsmerkmal "als Erwerbsfähige" als auch das Tatbestandsmerkmal "dem Grunde nach" wären überflüssig, wenn nicht das Vorliegen der Erwerbsfähigkeit das zentrale Ausschlusskriterium wäre. Ansonsten hätte ein bloßer Verweis auf das Vorliegen einer Leistungsberechtigung oder eines Anspruches ausgereicht. Demgegenüber ist es unerheblich, ob Leistungen tatsächlich bezogen werden.

Entsprechend sieht auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Erwerbsfähigkeit als entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen dem SGB II und dem SGB XII an. In seinem Beschluss vom 27. Juli 2016 ([1 BvR 371/11](#), mit weiteren Nachweisen, zitiert nach juris) hat es unterschiedliche Anrechnungsregelungen bei der Einkommensanrechnung nach dem SGB II und nach dem SGB XII im Hinblick auf die unterschiedliche Konzeption beider Gesetze für erwerbsfähige bzw. nicht erwerbsfähige Leistungsbezieher als gerechtfertigt angesehen und hierzu als tragende Erwägungen (unter Rn. 73 f., zitiert nach juris) ausgeführt:

"Der Gesetzgeber hat Leistungen zur Existenzsicherung für Eltern und Kinder in unterschiedlichen Leistungssystemen unterschiedlich ausgestaltet. Er behandelt hier den Beschwerdeführer im System des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch mit den Regeln der Bedarfsgemeinschaft zu seinem Nachteil anders als ein volljähriges Kind in der Einstandsgemeinschaft, wie sie im Zwölften Buch Sozialgesetzbuch normiert ist. Dort wird Einkommen und Vermögen nicht über das 18. Lebensjahr hinaus angerechnet. Die Zielgruppen der jeweiligen Sicherungssysteme unterscheiden sich in einem Maße voneinander, das es bereits fraglich erscheinen lässt, ob überhaupt vergleichbare Sachverhalte vorliegen; jedenfalls sind unterschiedliche Anrechnungsregeln sachlich gerechtfertigt."

Das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch erfasst Hilfebedürftige, die entweder insbesondere vorübergehend (Drittes Kapitel) oder dauerhaft voll erwerbsgemindert (Viertes Kapitel), deren Möglichkeiten, sich selbst zu unterhalten, also deutlich eingeschränkt sind. Deshalb hat der Gesetzgeber entschieden, dass Einkommen der Eltern nicht auf Leistungen an entsprechend erwerbsgeminderte, volljährige Kinder anzurechnen ist, die noch bei ihren Eltern wohnen, um so ihre Selbstständigkeit zu stärken. Demgegenüber zielt das Zweite Buch Sozialgesetzbuch auf Bedürftige, die ihren Lebensunterhalt grundsätzlich selbst sichern könnten. Die Leistungen zur Existenzsicherung werden vorübergehend gewährt und sie werden durch Leistungen zur Vermittlung in Arbeit ergänzt. Diese Unterschiede genügen, um auch unterschiedliche Anrechnungsregeln sachlich zu begründen."

Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG dürften daher Ansprüche nach dem SGB XII nur bei vorübergehender oder dauerhafter Erwerbsminderung in Betracht kommen. Eine solche lag aber bei dem Kläger im streitigen Zeitraum unstreitig nicht vor.

Würde mit dem BSG bei einem Leistungsausschluss im SGB II schon die Leistungsberechtigung im Grunde verneint, ist zudem anzumerken, dass dieses auch nicht im Einklang mit der eigenen Rechtsprechung und der des BVerfG in vergleichbaren Konstellationen konkurrierender Gesetze stünde.

Ein vergleichbarer Leistungsausschluss ist beispielsweise in [§ 7 Abs. 5 SGB II](#) enthalten, wonach Auszubildende, deren Ausbildung im Rahmen des Bundesausbildungsförderungsgesetzes "dem Grunde nach förderungsfähig ist" über Ansprüche aus [§ 27 SGB II](#) hinaus keine Ansprüche auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II haben. In einem solchen Fall haben sowohl das BSG als auch das BVerfG schon mehrfach entschieden, dass der existenzielle Bedarf dieser Personen vorrangig nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) oder dem SGB III zu decken ist, auch wenn - beispielsweise wegen Überschreitung der Förderungshöchstgrenzen - tatsächlich keine Förderung erfolgt (u. a. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2014, [1 BvR 886/11](#), BSG, Urteil vom 17. Februar 2015, [B 14 AS 25/14 R](#), alle zitiert nach juris, jeweils m.w.N.). Auch Förderungshöchstgrenzen stellen systematisch letztlich einen Leistungsausschluss dar, ohne zum Entfallen der Leistungsberechtigung dem Grunde nach zu führen.

Zudem dürften nach der von dem BSG nunmehr vertretenen Rechtsansicht zum Leistungsanspruch dem Grunde nach dann auch andere von einem Leistungsausschluss im SGB II betroffene Personengruppen Ansprüche nach dem SGB XII haben. Auch bei den in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1](#), [§ 7 Abs. 4](#), [§ 7 Abs. 4a](#) und [§ 7 Abs. 5 SGB II](#) genannten Personengruppen mit Leistungsausschluss wurden Ansprüche nach dem SGB II (vgl. bspw. BVerfG, Beschluss vom 3. September 2014, [1 BvR 1768/11](#), zitiert nach juris, m.w.N.) oder - wegen eines nicht bestehenden Anspruchs nach dem SGB II - nach dem SGB XII nicht gesehen. In den Verfahren zu diesen Leistungsausschlüssen ist weder eine Beiladung des Sozialhilfeträgers nach dem SGB XII noch gar deren Verurteilung in Erwägung gezogen worden. Würde der Ansicht des BSG zu den Leistungsansprüchen von Unionsbürgern nach dem SGB XII gefolgt, so wäre ein sachlicher Grund für eine andere Behandlung von beispielsweise Auszubildenden mit grundsätzlichen Ansprüchen nach dem BAföG aber ohne tatsächlichen Leistungsbezug kaum gerechtfertigt; auch ihnen müssten dann wohl bei Vorliegen von Hilfebedürftigkeit Ansprüche auf Leistungen nach dem SGB II oder dem SGB XII zuerkannt werden.

Soweit das BSG in seiner Entscheidung vom 3. Dezember 2015 ([B 4 AS 44/15 R](#), a.a.O., Rn. 42) demgegenüber unter Verweis auf seine Rechtsprechung zu den in [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) geregelten Leistungsausschlüssen (s. Urteile vom 16. Mai 2012, [B 4 AS 105/11 R](#), vom 2. Dezember 2012, [B 14 AS 66/13 R](#), vom 19. August 2015, [B 14 AS 1/15 R](#), zitiert nach juris) die Ansicht vertritt, dass derjenige, der dem Leistungsausschluss des Leistungssystems des SGB II unterfällt, (grundsätzlich) dem System des SGB XII zugewiesen wird (Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 44/15 R](#), a.a.O., 40,41), kann sich der Senat dieser Auslegung nicht anschließen. Denn die Bedeutung der Erwerbsfähigkeit und der Arbeitsmarktnähe des Hilfebedürftigen für seine Zuweisung zu dem seiner Konzeption nach erwerbszentrierten und arbeitsmarktnahen System des SGB II und dem "arbeitsmarktfernen" System des SGB XII hat das BSG selbst in der zitierten Rechtsprechung herausgearbeitet, auf die es in seinem Urteil vom 3. Dezember 2015 aber nunmehr zur Begründung seiner darin geäußerten anderen Rechtsauffassung verweist. Einen Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II und einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII hat das BSG bisher nur in den Fällen angenommen, in denen der (erwerbsfähige) Hilfebedürftige dauerhaft aus dem Erwerbsleben ausgeschieden ist. In diesen oben kurz umschriebenen Entscheidungen des BSG beruht der Leistungsausschluss beispielsweise auf einer "fingierten Erwerbsunfähigkeit", die (nur) dann anzunehmen sei, wenn für den in einer Einrichtung Untergebrachten (betr. BSG, Urteil vom 16. Mai 2012, [B 4 AS 105/11 R](#), a.a.O.) objektiv keine Chance besteht, neben der Unterbringung 15 Stunden in der Woche erwerbstätig zu sein.

Eine solche typisierende Annahme einer Erwerbsunfähigkeit ("fingierte Erwerbsunfähigkeit") kann aber nach Auffassung des Senats nicht für den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (a.F.) angenommen werden. Der Gesetzgeber wollte mit diesem Leistungsausschluss ganz offensichtlich für ("erwerbsfähige Leistungsberechtigte") nur eine leistungsrechtliche Hürde für den Zugang zu Sozialleistungen schaffen. Diese Leistungsberechtigten sind nicht chancenlos auf dem Arbeitsmarkt eine Arbeit zu finden. Und auch rechtlich ist eine Arbeitsaufnahme bei Bürgern der Europäischen Union innerhalb der Mitgliedstaaten grundsätzlich unproblematisch. Bei dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 4 SGB II](#) sind diejenigen Personen hingegen nicht mehr in den Arbeitsmarkt einzugliedern, weil sie diesem schlechthin nicht mehr zur Verfügung stehen. Soweit das BSG in einer weiteren Entscheidung zu seiner Auslegung von [§ 21 SGB XII](#) ausgeführt hat (BSG, Urteil vom 20. Januar 2016, [B 14 AS 35/15 R](#), zitiert nach juris (Rn. 35)), dass "die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann, sondern differenzierter ist"

und insoweit auf das Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 44/15 R](#), a.a.O. Bezug nimmt, überzeugt das nicht. Denn die Begründung erschöpft sich in der Feststellung, dass das BSG für bestimmte Leistungsausschlüsse bereits entschieden habe, dass die ausgeschlossene Person dann dem SGB XII-Leistungssystem zugewiesen sei, und in der Behauptung

"Bezogen auf den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) gilt nichts anderes" (so zutreffend Sozialgericht [SG] Dortmund, Urteil vom 12. September 2016, [S 32 AS 4289/15 WA](#), zitiert nach juris).

Dass dieser Verweis auf die Rechtsprechung zu den anderen Leistungsausschlüssen bedenklich ist, ist oben bereits dargelegt worden. Wenn das BSG in dem Urteil vom 20. Januar 2016 ferner ausführt, Rn. 36:

"Dagegen spricht nicht, dass in den Gesetzesmaterialien abweichende Regelungsvorstellungen zum Ausdruck gelangt sind. Denn soweit [§ 21 SGB XII](#) ausweislich der Materialien durch die Anknüpfung an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren Angehörige nach dem SGB II eine eindeutige Abgrenzung leisten sollte (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 5.9.2003, [BT-Drucks 15/1514 S 57](#)), 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 nicht verwirklicht worden. Zudem sind diese seit ihrem Inkrafttreten am 1.1.2005 bereits mehrfach geändert worden",

überzeugt diese Argumentation aus den bereits genannten Gründen schon mit Blick auf den Wortlaut der in Rede stehenden Vorschriften und deren Systematik ebenso nicht.

Zur Überzeugung des Senats ist der Kläger als erwerbsfähige Person in dem streitbefangenen Zeitraum daher bereits nach [§ 21 Satz 1 SGB XII](#) von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen, so dass es nicht darauf ankommt, ob ihm im Falle eines grundsätzlichen Leistungsanspruchs

nach dem SGB XII ein Anspruch nach [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#), als Hilfe zum Lebensunterhalt im Ermessenswege oder aber regelmäßig nach einem sechsmonatigen Aufenthalt wegen einer "Ermessensreduktion auf Null", wie es das BSG in der Entscheidung vom 3. Dezember 2015 und 16. Dezember 2015, [a.a.O.](#), befürwortet, zusteht. Aus demselben Grund ist schließlich auch unerheblich, ob entsprechend der Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteile vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 59/13 R](#) und 17. März 2016, [B 4 AS 32/15 R](#), m.w.N., beide zitiert nach juris) das EFA im Bereich des SGB XII Anwendung finden kann. Anzunehmen ist, dass das BSG in seinem Urteil vom 17. März 2016 unter Rn. 22 zur Begründung seiner Ansicht lediglich auf das Urteil in dem Verfahren [B 4 AS 59/13 R](#) vom 3. Dezember 2015, [a.a.O.](#), verweist und dieses wiederum auf das Urteil vom 19. Oktober 2010 in dem Verfahren [B 14 AS 23/10 R](#), zitiert nach juris. In letzterem Verfahren hatte das BSG über Ansprüche nach dem SGB II zu entscheiden und dort einen Leistungsausschluss bei Bürgern eines EFA-Staates wegen eines damals noch nicht erklärten Vorbehalts der Bundesregierung für nicht anwendbar erachtet. Ein solcher Vorbehalt für das SGB II ist von der Bundesregierung dann jedoch am 19. Dezember 2011 erklärt worden und hat auch nach Ansicht des BSG zu einer wirksamen Einschränkung der Inländergleichbehandlung geführt (s. Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 43/15 R](#), m.w.N., zitiert nach juris). Außerdem ist es grundsätzlich fraglich, ob das EFA überhaupt noch Anwendung finden kann. Zu dem EFA vom 11. Dezember 1953 (BGBl. II 1956 S. 564) hat der erkennende Senat bereits in seinem Beschluss vom 7. Juni 2012, [L 29 AS 920/12 B ER](#), Rn. 37 ff., zitiert nach juris, Folgendes ausgeführt: "Hinsichtlich der Anwendung des EFA ist festzustellen, dass seit Abschluss dieses Europäischen Abkommens (am 11. Dezember 1953) sich die Situation in Europa grundlegend geändert hat. Während beispielsweise 1953, also nur acht Jahre nach Ende des Zweiten Weltkriegs, von weitestgehender Reisefreiheit oder gar Freizügigkeit in Europa kaum die Rede sein konnte, hat sich spätestens seit der so genannten Freizügigkeitsrichtlinie vom 29. April 2004 (Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004, Amtsblatt der Europäischen Union, L 158/77) und dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern - Freizügigkeitsgesetz/EU (vom 30. Juli 2004, in Kraft seit dem 1. Januar 2005, [BGBl. I 2004 S. 1950](#), 1986) hieran in der Europäischen Union grundlegendes geändert. Wie schon der 14. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in seinem Urteil vom 19. Oktober 2010 (, zitiert nach juris) zutreffend ausgeführt hat, bedarf es beispielsweise eines Aufenthaltstitels nach § 2 Abs. 4 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU, Art. 8 Richtlinie 2004/38/EG nicht mehr. Wenn allerdings ein Aufenthaltstitel nicht mehr erteilt wird, dürfte es schon schwierig sein, einen "erlaubten" Aufenthalt im Sinne von Art. 1 EFA unter Berücksichtigung von Art. 11 Abs. 1 EFA festzustellen. Art. 11 Abs. 1 EFA normiert die Vermutung, dass ein Aufenthalt "so lange als erlaubt im Sinne dieses Abkommens" gilt "als der Beteiligte im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis oder einer anderen in den Rechtsvorschriften des betreffenden Staates vorgesehenen Erlaubnis ist, aufgrund welcher ihm der Aufenthalt in diesem Gebiet gestattet ist." Eine nunmehr nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU ausgestellte so genannte Freizügigkeitsbescheinigung stellt nach Ansicht des Senats einen solchen Aufenthaltstitel im Sinne von Art. 11 EFA nicht dar (a.A. 14. Senat BSG, a.a.O., unter Hinweis auf die Praxis der Ausländerbehörden), weil diese Freizügigkeitsbescheinigung gerade keine Erlaubnis darstellt, die ein Aufenthaltsrecht begründet, sondern nur ein (vermeintlich) schon aufgrund der gesetzlichen Regelungen bestehendes Aufenthaltsrecht bescheinigt (vergleiche § 5 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU). Die von dem BSG angesprochene "Praxis der Ausländerbehörden" kann nach Ansicht des Senats eine rechtliche Bewertung des rechtmäßigen Aufenthalts nach dem EFA grundsätzlich nicht ersetzen. Dies umso mehr, als es nach Kenntnis des Senats auch Praxis der Ausländerbehörden ist, die Bescheinigung nach § 5 Freizügigkeitsgesetz/EU ohne eigene Prüfung allein aufgrund der Angaben und allenfalls einer Glaubhaftmachung der Beteiligten im Sinne von § 5 Abs. 3 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU zu erteilen. Sie wird regelmäßig erteilt, wenn ein Beteiligter erklärt, über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz zu verfügen (vgl. § 4 Freizügigkeitsgesetz/EU), auch wenn er anschließend unter Hinweis auf eine Bedürftigkeit Fürsorgeleistungen beantragt. Würde allein auf die Bescheinigung abgestellt, so müsste selbst bei einer aufgrund nachweisbar wahrheitswidriger Angaben sich als objektiv falsch herausstellenden Bescheinigung von einem rechtmäßigen Aufenthalt ausgegangen werden. Eine solche Schlussfolgerung findet der Senat mehr als bedenklich. Fraglich ist zudem, ob das EFA mittlerweile durch anderes Recht der Europäischen Union verdrängt wird. Flankierend zu den bereits erwähnten Freizügigkeitsregelungen wäre hier beispielsweise an die VO 883/2004 vom 29. April 2004 zu denken. Ob diese Verordnung das EFA verdrängt hat der 14. Senat des Bundessozialgerichts in seinem bereits erwähnten Urteil vom 19. Oktober 2010 ([a.a.O.](#)) offen gelassen. In diesem Zusammenhang ist nach Ansicht des Senats auch Art. 24 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zu nennen. Dort ist in Abs. 2 gerade vorgesehen, dass ein Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet ist, in jedem Fall einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Es erscheint nach Ansicht des Senats zudem als widersinnig, gemäß Art. 7 dieser Richtlinie ein Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate grundsätzlich (zu den engen Ausnahmen siehe Art. 7 Abs. 2 bis 4 der Richtlinie) nur bei dem Vorhandensein einer Arbeit oder ausreichender Existenzmittel einzuräumen und gleichwohl selbst bei Fehlen dieser Voraussetzungen von einem rechtmäßigen Aufenthalt und einem Anspruch auf Fürsorgeleistungen nach Art. 1 EFA auszugehen. Eine solche Sichtweise würde dazu führen, dass wesentliche Regelungen der (aktuellen) Richtlinie ins Leere laufen." Selbst wenn jedoch weiterhin von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des EFA ausgegangen würde, würde hieraus allenfalls ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit inländischen Bürgern resultieren. Aufgrund der Regelung des [§ 21 S. 1 SGB XII](#) sind jedoch auch deutsche Staatsbürger von Leistungen nach dem SGB XII grundsätzlich ausgeschlossen, wenn sie als Erwerbsfähige dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sind. Schließlich würde der Kläger einen Anspruch über das EFA allenfalls dann herleiten können, wenn er sich auf ein Aufenthaltsrecht berufen kann (Art. 1 EFA). Das ist nicht der Fall. Wie oben dargestellt, kommt vorliegend nicht einmal ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche in Betracht, weil eine hierzu erforderliche tatsächliche Arbeitssuche des Klägers nicht ansatzweise als nachgewiesen angesehen werden kann. Selbst wenn unter Außerachtlassung der Regelung des [§ 21 S. 1 SGB XII](#) auf die Regelung des [§ 23 SGB XII](#) abgestellt würde, wäre ein Leistungsanspruch nach dem SGB XII bei dem Kläger gleichwohl nicht gegeben. Denn ein Anspruch des Klägers auf Gewährung von Leistungen nach [§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII](#) wäre zudem gemäß [§ 23 Abs. 3 S. 1](#) 2. Alt. SGB XII in der 2013 geltenden Fassung (a.F.) ausgeschlossen. Hierzu ist zunächst anzumerken, dass der Kläger im streitigen Zeitraum nicht über ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland verfügt hat und sich daher selbst bei Anwendbarkeit des EFA insoweit nicht auf die fehlende Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses nach [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) a.F. berufen könnte. Wie bereits dargestellt, setzt auch das EFA einen erlaubten Aufenthalt voraus (Art. 1 EFA). Gemäß [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) ist Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege nach diesem Buch zu leisten. Die Vorschriften des Vierten Kapitels bleiben unberührt (Satz 2). Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist (Satz 3). Nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) (a.F.) 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. Hierdurch soll die missbräuchliche Inanspruchnahme der Leistungen nach dem SGB XII verhindert und die Leistungsfähigkeit der Grundsicherungssysteme garantiert werden (vgl. Coseriu in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, Stand: Februar 2017, [§ 23 SGB XII](#) Rn. 53). Dies gilt auch im Hinblick auf das EFA. Coseriu (in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, Stand: Februar 2017, [§ 23 SGB XII](#) Rn. 60) führt hierzu aus:

" Der vom innerstaatlichen Recht zu beachtende Art. 1 EFA enthält zwar die Verpflichtung jedes Vertragsstaates, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten, die sich erlaubt auf seinem Gebiet aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie

seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der Fürsorge zu gewähren. Ist der Ausländer aber eingereist, um Sozialhilfe zu erlangen, kann er sich nicht auf das EFA berufen, weil es nur den Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten den sozialen Schutz durch den Aufenthaltsstaat gewährt, die zur Zeit des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit dort bereits ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten "

Nach diesen gesetzlichen Regelungen führt der Leistungsausschluss aus [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#) a.F. nach Ansicht des Senats insgesamt zu einem Leistungsausschluss auch für Leistungen aus [§ 23 Absatz 1 S. 1 SGB XII](#).

Dafür sprechen schon der systematische Aufbau der Vorschrift und der Wortlaut. Systematisch bezieht sich der im Abs. 3 des [§ 23 SGB XII](#) geregelte Leistungsausschluss, der bezogen auf die betroffene Personengruppe dem Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) gleichzusetzen ist (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015, [a.a.O.](#), Rn. 48 ff.), auf die in den vorherigen Absätzen normierten Leistungsansprüche. Er steht im Gesamtkontext mit den in [§ 23 SGB XII](#) geregelten Ansprüchen auf Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer. Auch nach seinem Wortlaut umfasst er sämtliche für diese Gruppe normierten Ansprüche auf "Sozialhilfe" und enthält keinerlei direkten oder indirekten Hinweis darauf, dass hierzu nicht Ansprüche aus [§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII](#) gehören würden. Infolgedessen bezieht er sich auf die komplette Vorschrift des [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) (a.F.) und somit zwangsläufig auch auf den Satz 3 der Norm (vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. März 2016, [a.a.O.](#), Rn.28).

Der Gesetzgeber dürfte die (teil-)identischen Ausschlussstatbestände auch wissentlich und willentlich so normiert haben, wie sich den Gesetzesmaterialien zur Einfügung der [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII (durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 2. Dezember 2006 ([BGBl I 2670](#)) mit Wirkung zum 7. Dezember 2006) entnehmen lässt. Schon in der [BT-Drucks 16/2711 S. 10](#) heißt es hierzu:

"Die Einfügung normiert einen der Regelung im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch entsprechenden Leistungsausschluss für Ausländer und stellt damit zugleich sicher, dass Ausländer, die nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch haben, auch aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch keine Ansprüche herleiten können."

Nach den Gesetzesmaterialien sollten Leistungen für den Lebensunterhalt für nicht (mehr) freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger folglich gerade ausgeschlossen sein.

Zur Entstehungsgeschichte des [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) 2. Alt. SGB XII (a.F.) führt dementsprechend Coseriu in Schlegel/Voelzke, juris-PK-SGB XII, 2. Auflage 2014, zu [§ 23 SGB II](#), Rn. 64 aus:

"Der zunächst im SGB XII noch nicht vorgesehene Ausschluss von Leistungen nach dem SGB XII ist mit Wirkung vom 07.12.2006 durch das Gesetz zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 02.12.2006 eingeführt worden und sollte im Hinblick auf die entsprechende Regelung in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) sicherstellen, dass der von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossene Ausländer keinen Leistungsanspruch nach dem SGB XII herleiten kann. Dies hatte etwa das LSG NRW zu Recht mit der Begründung angenommen, der Ausländer habe dem Grunde nach keinen Leistungsanspruch nach dem SGB II; deshalb greife der Leistungsausschluss des [§ 21 Abs. 1 SGB XII](#) nicht."

In der Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 18/10211, S. 15](#) ff.) zur geänderten aktuellen Fassung (2017) ist wörtlich ausgeführt:

"Die Leistungsausschlüsse in [§ 23 Absatz 3](#) werden an die Leistungsausschlüsse in [§ 7 Absatz 1 Satz 2 SGB II](#) angepasst, dies bedeutet neben sprachlichen Klarstellungen auch, dass ein Leistungsausschluss für die ersten drei Monate des Aufenthaltes aufgenommen wird. Dies ist notwendig, da nach Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2004/38 und [§ 2 Absatz 3 Freizu&776;gG/EU](#) für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ein voraussetzungsloses Freizügigkeitsrecht für drei Monate besteht. Diese Personengruppe ist nach [§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 SGB II](#) vom Leistungsbezug im SGB II ausgenommen. Da das BSG jedoch die in [§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1](#) und 2 SGB II ausgenommenen Ausländer dem SGB XII zugeordnet hat, musste [§ 23 Absatz 3 SGB XII](#) um eine [§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 SGB II](#) entsprechende Regelung ergänzt werden. Zusätzlich wird, wie im SGB II, klargestellt, dass Personen ohne materielles Freizügigkeitsrecht oder Aufenthaltsrecht ebenso wie Personen, die sich mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche oder nach Artikel 10 der Verordnung (EU) Nummer 492/2011 in Deutschland aufhalten, von den Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen sind. (...) (...) Durch die neue Formulierung in [§ 23 Absatz 3 Satz 1](#) wird außerdem klargestellt, dass den ausgeschlossenen Personen weder ein Anspruch auf Leistungen nach [§ 23 Absatz 1](#) zusteht, noch dass ihnen Leistungen im Ermessenswege gewährt werden."

Nach dieser Gesetzesbegründung und dem daraus erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut und der Systematik der Regelung bestehen zur Überzeugung des Senats deshalb keinerlei Zweifel daran, dass der Ausschluss des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) auch schon vor der aktuellen Neufassung der Regelung einer Leistungsgewährung im Ermessenswege, wie es das BSG vorgenommen hat, entgegenstand. In der Gesetzesbegründung ist mehrfach ausdrücklich nur von einer Klarstellung die Rede, so dass der Senat auch für den hier streitigen Zeitraum einen im vorliegenden Fall bestehenden Leistungsausschluss als gegeben ansieht.

Wenn demgegenüber das BSG in seiner Entscheidung vom 3. Dezember 2015, [a.a.O.](#), Rn. 51, auf die Vorgängervorschrift des [§ 23 SGB XII](#), nämlich [§ 120 des Bundessozialhilfegesetzes \(BSHG\)](#) in der Fassung vom 22. Dezember 1983 und auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 1987, [5 C 32/85](#) in [BVerwGE 78, 314](#), 316ff.) verweist, wonach Ausländer, die dem Leistungsausschluss unterfielen, weil sie eingereist waren, um Sozialhilfe zu erlangen, lediglich von einem Rechtsanspruch u.a. auf Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§ 120 Abs. 1 Satz 1 BSHG](#) ausgeschlossen seien, überzeugt dieser Verweis nicht, weil sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf eine andere Fassung des [§ 120 BSHG](#) bezog, die dem späteren [§ 23 SGB XII](#) nicht entsprach.

Hierzu hat das LSG Nordrhein-Westfalen in seinem bereits erwähnten Beschluss vom 7. März 2016 ([L 12 SO 79/16 B ER](#), [a.a.O.](#), Rn.29 ff.) zutreffend ausgeführt: "Soweit das BSG auf den "unveränderten Wortlaut" des [§ 23 SGB XII](#) im Verhältnis zum früheren [§ 120 BSHG](#) und in diesem Zusammenhang maßgeblich auf eine frühere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 10.02.1987 - [5 C](#)

[32/85](#) -; [BVerwGE 78, 314](#)-321) verweist (siehe BSG, Urteil vom 03.12.2015 - B 44 AS 15 R - Rn. 51/52, juris), ist einzuräumen, dass der Wortlaut des § 120 BSHG zwar unmittelbar vor der Einführung des SGB XII im Wesentlichen dem Wortlaut des [§ 23 SGB XII](#) entsprach. Die der Entscheidung des BVerwG vom 10.12.1987 zugrundeliegende Fassung des § 120 BSHG war in ihren wesentlichen Grundzügen jedoch anders gefasst. § 120 Abs.1 BSHG in der Fassung vom 22.12.1983 lautete: "Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels [116 Abs. 1](#) des Grundgesetzes sind und die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Krankenhilfe, Hilfe für werdende Mütter und Wöchnerinnen, Tuberkulosehilfe und Hilfe zur Pflege nach diesem Gesetz zu gewähren; wer sich in den Geltungsbereich dieses Gesetzes begeben hat, um Sozialhilfe zu erlangen, hat keinen Anspruch. Im übrigen kann Sozialhilfe gewährt werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist."

Im Gegensatz zu späteren Fassungen des BSHG (ab dem Jahr 1993) ist hier die Möglichkeit der Gewährung von Leistungen im Wege des Ermessens nach - und nicht wie im Regelungskomplex des [§ 23 SGB XII](#) vor - dem Leistungsausschluss aufgeführt. Diese Systematik konnte zu der Annahme berechtigen, dass die Gewährung von Leistungen im Ermessenswege auch im Falle eines Leistungsausschlusses möglich bleiben sollte (SG Dortmund, a. a. O.). Vor diesem Hintergrund bezog sich das BVerwG in dem vom BSG zitierten Urteil auch gerade auf den Wortlaut der Norm des § 120 BSHG. Es führt aus: "Auch aus der Systematik des § 120 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BSHG folgt dieses Verständnis. Der mit "Im übrigen ..." eingeleitete S. 2 des § 120 Abs. 1 BSHG schließt an den S. 1 mit seinen b e i d e n Halbsätzen an. Daß sich der Ausschluss vom Rechtsanspruch auf bestimmte Hilfen (zum Beispiel die Eingliederungshilfe), der nach Halbsatz 1 des § 120 Abs. 1 S. 1 BSHG von vornherein besteht, aus einem Umkehrschluss ergibt, während er im Halbsatz 2 unmittelbar bestimmt ist, ändert nichts an der "Gleichwertigkeit" des Ausschlusses vom Rechtsanspruch als des Tatbestandsmerkmals, an das im anschließenden S. 2 die Möglichkeit der Hilfgewährung im Einzelfall (in Ausübung von Ermessen) geknüpft ist" (BVerwG, Urteil vom 10.12.1987 - [5 C 32/85](#) -, [BVerwGE 78, 314](#)-321, Rn. 14). Unter Berücksichtigung des geänderten Aufbaus der Norm können die Ausführungen des BVerwG für die Beurteilung der Systematik des [§ 23 SGB XII](#) nicht herangezogen werden."

[§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) (a.F.) (wegen seines gesonderten Absatzes nach der Normierung der Ansprüche auf Leistungen bzw. Ermessensausübung) ist daher zur Überzeugung des Senats als Spezial- bzw. Sonderregelung zu [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) zu verstehen, mit der Folge, dass Ausländer (auch) keinen Anspruch auf Ermessensausübung haben (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 17. März 2016, [L 9 AS 1580/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 72 ff., das zudem selbst für den Fall, dass [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) lediglich den Rechtsanspruch beträfe, man nicht zu einem Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens aus [§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII](#) hinsichtlich laufender Leistungen - bei denen es sich um Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU) handeln würde - gelange, denn der Anspruch auf Ermessensausübung beträfe nur diejenigen Leistungen, die nicht in [§ 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#) aufgeführt sind, also gerade nicht die HLU, worauf das BSG nicht eingegangen sei).

Soweit das BSG schließlich ein "verfestigtes Aufenthaltsrecht" nach sechs Monaten annimmt (vgl. Urteil vom 3. Dezember 2015, [B 4 AS 44/15 R](#), Rn. 53, a.a.O.) und zur Beendigung des Leistungsanspruches auf die Möglichkeit der Einleitung einer Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 S. 1 FreizügigG/EU verweist, vermag sich der Senat auch dieser Auffassung nicht anzuschließen.

Die Erwägungen des BSG zu einem "verfestigten Aufenthaltsrecht" nach sechs Monaten und einem letztlich hieraus resultierenden Leistungsanspruch sind nicht überzeugend, weil die (vom BSG angewandte) Regelung des [§ 23 Absatz 1 SGB XII](#) schon nach dem Wortlaut nicht auf ein "verfestigtes Aufenthaltsrechts", sondern auf einen "tatsächlichen Aufenthalt" abstellt (vgl. [§ 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII](#)). Von einem "verfestigte(n) Aufenthaltsrecht" ist nicht die Rede.

Würde allein maßgeblich auf den "tatsächlichen Aufenthalt" einer Person und den Hilfebedarf für ein menschenwürdiges Existenzminimum abgestellt, so wäre zudem nicht nachvollziehbar, weshalb ein solcher Anspruch erst nach sechs Monaten entstehen soll.

Schließlich ist ein "verfestigtes Aufenthaltsrecht" nach sechs Monaten außerdem mit den einschlägigen ausländerrechtlichen Regelungen nicht in Einklang zu bringen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, u.a. Urteil vom 3. August 2004, [1 C 30/02](#), zitiert nach juris, Rn. 19 m.w.N.) ist für den Aufenthalt von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern ab dem 1. Januar 2005 allein das FreizügG/EU maßgeblich. Dieses enthält in § 2 ff. Regelungen zum Recht auf Einreise und Aufenthalt. Ein "verfestigtes Aufenthaltsrecht" nach sechs Monaten ist in diesen Regelungen nicht vorgesehen. Zu der Frage, ob aus einem längerfristigen Aufenthalt eines Unionsbürgers in der Bundesrepublik Rechte hergeleitet werden können, enthält § 4a FreizügG/EU Regelungen. Danach kann sogar ein Daueraufenthaltsrecht bei einem ständigen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet entstehen; im Grundsatz bedarf es nach § 4 a Absatz 1 S. 1 FreizügG/EU hierfür allerdings eines mindestens seit fünf Jahren andauernden rechtmäßigen Aufenthaltes. Eine Verkürzung auf weniger als zwei Jahre sehen nicht einmal die Ausnahmen in § 4a Abs. 2 bis 7 FreizügG/EU vor.

Danach ist hinsichtlich eines Aufenthaltsrechts für Unionsbürger in der Bundesrepublik abschließend festzustellen, dass sich dieses nach den einschlägigen Regelungen des FreizügG/EU richtet und dort ein "verfestigtes Aufenthaltsrecht nach sechs Monaten" gerade nicht vorgesehen ist.

Dieselben Erwägungen stehen nach Auffassung des Senats auch der von dem BSG aufgezeigten Möglichkeit der Einleitung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zur nachhaltigen Beendigung des Leistungsbezuges entgegen.

Auch hinsichtlich des Verlustes eines Freizügigkeitsrechts enthält das FreizügG/EU die einschlägigen Regelungen. Zwar ist dem BSG zuzustimmen, dass nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt werden kann. Ein solcher Verlust kann jedoch nur unter bestimmten, im Gesetz klar definierten Voraussetzungen, festgestellt werden. Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU führen nur drei Wege zum Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt eines Unionsbürgers; nämlich Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (§ 6 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU), das Verwenden gefälschter oder verfälschter Dokumente bzw. Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Erhalt des Aufenthaltsrechts (§ 2 Abs. 7 FreizügG/EU) und der Verlust oder das Entfallen des Aufenthaltsrechts innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet (§ 5 Abs. 4 FreizügG/EU). In all diesen Fällen haben gegebenenfalls die Ausländerbehörden den Verlust des Rechts jeweils in einer Ermessensentscheidung festzustellen (vgl. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU) und nach der bereits zitierten Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 3. August 2004, [1 C 30/02](#), a.a.O.) ist bei der

Entscheidung der Ausländerbehörde eine umfassende Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Maßgeblich zur Beurteilung sei - obwohl es sich um eine Ermessensentscheidung handelt - der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Danach könnte beispielsweise selbst schwer straffällig gewordenen Unionsbürgern ihr Freizügigkeitsrecht nach § 6 Absatz 1 S. 1 FreizügG/EU grundsätzlich nur entzogen werden, wenn zu erwarten sei, dass sie auch weiterhin schwere Straftaten begehen werden. Erst mit der Feststellung der Ausreisepflicht durch die Ausländerbehörde kann aber die Abschiebung angedroht und eine Ausreisefrist gesetzt werden (§ 7 Absatz 1 S. 1 und 2 FreizügG/EU). Wird gegen diese Feststellung einstweiliger Rechtsschutz nach [§ 80 Abs. 5](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) beantragt, darf die Abschiebung nicht erfolgen, bevor über den Antrag entschieden wurde (§ 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG/EU). Und selbst wenn der Unionsbürger dann freiwillig ausgereist ist oder nach einem unter Umständen langwierigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren abgeschoben worden ist, ist gemäß § 7 Abs. 2 FreizügG/EU eine unverzügliche neue Einreise in die Bundesrepublik nur in den Fällen eines Verlustes der Freizügigkeit nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU (bei Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit) oder nach § 2 Abs. 7 FreizügG/EU (bei Verwendung gefälschter Dokumente oder Vorspiegelung falscher Tatsachen) nicht ohne Weiteres möglich. Würde allerdings - wie wohl in dem vom BSG zu entscheidenden Fall - allein der Verlust eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche letztlich gemäß § 5 Abs. 4 FreizügG/EU zur Ausreisepflicht führen, so könnte der Unionsbürger unverzüglich erneut einreisen und damit wieder Leistungsansprüche nach der Rechtsprechung des BSG begründen.

Der Gesetzgeber hat zudem zur Überzeugung des Senats mit der Einfügung des § 23 Abs. 3 Satz 1 XII (a.F.) Versuche, den Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) durch einen Rückgriff auf [§ 23 SGB XII](#) zu umgehen, gerade unterbinden wollen. Zweck des Leistungsausschlusses ist in beiden Fällen die Verhinderung sozialleistungsorientierter Wanderbewegungen (vgl. Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII Kommentar, Stand: April 2017, § 23 [in der hier anzuwendenden bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung] Rn. 54b; zum ab dem 29. Dezember 2016 geltenden Recht Schlette in Hauck/Noftz, SGB XII Kommentar, Stand: Mai 2017, § 23 Rn. 42ff, insbesondere 45ff zur Rechtsprechung des BSG).

Danach bleibt zusammenfassend festzustellen, dass der Kläger im streitigen Zeitraum auch keine Leistungsansprüche gegen den Beigeladenen auf Leistungen nach dem SGB XII a.F. hat.

Der Kläger war nicht erwerbsgemindert, vielmehr dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II und ist deshalb schon nach [§ 21 S. 1 SGB XII](#) ausgeschlossen. Außerdem konnte er sich nicht auf ein Aufenthaltsrecht berufen, insbesondere nicht auf ein "verfestigtes Aufenthaltsrecht" nach einem mehr als sechsmonatigen Aufenthalt, weil das Gesetz ein solches Aufenthaltsrecht gerade nicht vorsieht. Schon mangels eines Aufenthaltsrechts konnte sich der Kläger daher weiter nicht auf eine Gleichbehandlung nach dem EFA und eine eventuell daraus resultierende fehlende Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses aus [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) a.F. berufen. Und schließlich betrifft der Leistungsausschluss aus [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) a. F. sämtliche Leistungsansprüche aus [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#), insbesondere die gegebenenfalls im Ermessenswege zu erbringenden, so dass der Kläger auch deshalb von Leistungen aus [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) ausgeschlossen war.

Gesetzlich geregelte Leistungsausschlüsse, die bei EU-Bürgern zum Tragen kommen, die gar kein oder nur ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche haben, dürfen nach Ansicht des Senats auch nicht im Wege einer "verfassungskonformen Auslegung" ausgehebelt werden (a. A. wohl Coseriu in Schlegel/Voelzke, a.a.O., zu [§ 23 SGB XII](#), Rn. 75, der auch bei einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Sozialleistungen durch Ausländer meint, eine Hilfe müsse selbst dann möglich bleiben). Eine verfassungskonforme Auslegung ist aber nur unter Beachtung des Gesetzeswortlautes und unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik zulässig. Ergibt sich daraus ein klarer Leistungsausschluss, kommt eine Auslegung nicht in Betracht. Andernfalls würde gegen das Gesetzesbindungsgebot aus [Art. 20 Abs. 3 GG](#) und zugleich gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz verstoßen (vgl. u.a. BVerfG, Beschlüsse vom 19. September 2007, [2 BvF 3/02](#), zitiert nach juris, Rn. 93 und vom 31. Oktober 2016, [1 BvR 871/13](#), [1 BvR 1833/13](#), zitiert nach juris, Rn. 34).

Die gesetzlichen Leistungsausschlüsse sind nach Ansicht des Senats schließlich auch anwendbar, sie verstoßen weder gegen Verfassungsrecht noch gegen europarechtliche Normen. Gegen die Leistungsausschlüsse sowohl nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) als auch nach [§ 23 Abs. 3 S. 1](#) Var. 2 SGB XII (a.F.) bestehen aus Sicht des Senats keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere verletzen sie nicht das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) oder den Gleichbehandlungsgrundsatz aus [Art. 3 GG](#). Gemäß [Art. 3 Abs. 1 GG](#) sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Das Grundrecht aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) verpflichtet den Staat, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern. Damit ist das Bestehen eines Anspruchs auf Existenzsicherung zwar von der Verfassung vorgegeben. Sein Umfang jedoch nicht. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 9. Februar 2010, [1 BvL 1/09](#) u.a. in [BVerfGE 125, 175](#) ff. = SozR 4-4200 § 20 Nr. 12, s.a. juris, aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) (endgültig) ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hergeleitet (a.a.O., Rn. 133 ff.; s.a. Beschluss vom 18. Juli 2012, [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) in [BVerfGE 132, 134](#) = SozR 4-3520 § 3 Nr. 2, s.a. juris, jeweils Rn. 62 ff., s.a. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 17. März 2016, [L 9 AS 1580/15 B ER](#), zitiert nach juris). Als Menschenrecht steht dieses Grundrecht Deutschen und Ausländern, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu (BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2012, [1 BvL 10/10](#), a.a.O., juris, Rn. 63). Der Gesetzgeber steht danach aber nicht in der Pflicht, über die im SGB II, SGB XII und AsylbLG getroffenen Ansprüche hinaus weitere Ansprüche zu normieren. Aus der Menschenwürde kann nämlich nicht abgeleitet werden, dass ein Gemeinwesen ausnahmslos jeden Aufenthalt durch laufende Leistungen zu alimentieren hat (dahin auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Juni 2015, [L 1 AS 2338/15 ER-B](#), juris Rn. 39; LSG Bayern, Beschluss vom 13. Oktober 2015, [L 16 AS 612/15 B ER](#), juris Rn. 36; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 5. November 2015, [L 3 AS 479/15 B ER](#), juris Rn. 27; Beschluss vom 11. Februar 2016, [L 3 AS 668/15 B ER](#), juris Rn. 19; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 27. Mai 2015, [L 2 AS 256/15 B ER](#), juris Rn. 31; Beschluss vom 4. Februar 2015, [L 2 AS 14/15 B ER](#), juris, Rn. 40; anders LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21. Dezember 2015, [L 25 AS 3035/15 B ER](#), juris Rn. 8; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. November 2015, [L 6 AS 1583/15 B ER](#), juris Rn. 16 ff.; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. August 2014, [L 19 AS 984/14 B ER](#), juris, Rn. 18). Im zu entscheidenden Fall macht der Kläger in dem streitbefangenen Zeitraum von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch und hielt sich aufgrund seiner autonomen Entscheidung in Deutschland auf. Wenn er seinen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften bestreiten kann, steht es ihm frei, nach Italien zurückzukehren. Das ist allein seine Entscheidung. Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses von Leistungen nach dem SGB II und SGB XII kann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Ausländerbehörden ein Verwaltungsverfahren einleiten und versuchen festzustellen, dass ein Recht auf Aufenthalt nicht besteht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Das hätte sonst vielleicht zur Folge, dass Ansprüche über § 1 Abs. 1 Nr. 5 des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) denkbar werden und der Aufenthalt (bei einer vollziehbaren Verpflichtung zur Ausreise) wieder zu alimentieren wäre (so wohl bspw. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. November 2015, [L 6 AS 1583/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 17, unter Hinweis auf die Frage, "auf

welche Weise und in welchem Sicherungssystem das menschenwürdige Existenzminimum bis zur Ausreise sichergestellt wird, wenn der Betroffene nicht zur Ausreise verpflichtet ist - erst die (vollziehbare) Verpflichtung zur Ausreise weist diese Ausländer dem Asylbewerberleistungsgesetz als Sicherungssystem zu (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG"). Zur Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses führt der für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständige 20. Senat des LSG Berlin-Brandenburg in sei-nem Beschluss vom 28. September 2015, [L 20 AS 2161/15 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 22, - den Senat nach eigener Prüfung überzeugend - aus (s.a. zur ab dem 29. Dezember 2016 geltenden Rechtslage: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Februar 2017, [L 23 SO 30/17 B ER](#), zitiert nach juris, Rn. 40 ff.): "Dieses Ergebnis begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere kann der Antragsteller einen Leistungsanspruch nicht aus dem Grundrecht auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums nach [Art. 1, 20 Grundgesetz](#) - GG - herleiten. Dieses Grundrecht verpflichtet alle staatliche Gewalt, bei Menschen, denen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen Mittel fehlen, weil diese weder aus einer Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter zu erlangen sind, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür zur Verfügung stehen. Dieses Grundrecht steht ausländischen und deutschen Staatsangehörigen gleichermaßen zu (BVerfG v. 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - juris, Rn. 63). Die Gewährleistung einen menschenwürdigen Existenzminimums muss durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein, wobei dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum eingeräumt ist (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 62). Dies schließt es jedenfalls nicht aus, die Leistungen nur insoweit vorzuhalten, wie es erforderlich ist, um einen Betroffenen in die Lage zu versetzen, dass er existenzsichernde Leistungen seines Herkunftslandes in Anspruch nehmen kann. Ist ein Unionsbürger - wie der Antragsteller - in der Lage, ohne weiteres in sein Herkunftsland zu reisen, um dort existenzsichernde Leistungen in Anspruch zu nehmen, ist der Staat im Rahmen seiner Gewährleistungsverpflichtung allenfalls gehalten, Reise- und Verpflegungskosten zur Existenzsicherung (...) vorzuhalten. (...) Soweit angenommen wird, dass der vollständige Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II "ohne anderweitige Kompensationsmöglichkeit eine Sicherung des Existenzminimums dem Grunde nach" ausschließe (SG Mainz, a.a.O.), wird verkannt, dass bei einem Unionsbürger, der sich ohne Aufenthaltsrecht im Sinne des Art. 7 RL 2004/38 im Inland aufhält und der nicht aus aner kennenswerten, schwerwiegenden Gründen an der Rückreise gehindert ist, gerade eine "Kompensationsmöglichkeit" durch Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen im Herkunftsland besteht." ... Der Verweis auf Leistungssysteme anderer Staaten ist durchaus zulässig. Das BVerfG selbst verweist auf Leistungen Dritter, auf die ein Anspruch besteht (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012, [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#), a.a.O., Rn. 63).

Auch ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf die nach dem AsylbLG Leistungsberechtigten liegt nach Auffassung des Senats nicht vor. Es fehlt an der Vergleichbarkeit mit den vom Leistungsausschluss des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 SGB II](#) (a.F.) Betroffenen. Hierzu hat der 20. Senat des LSG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 28. September 2015, [a.a.O.](#), Rn. 23 ebenfalls überzeugend ausgeführt: " ...Anders als der Personenkreis, für den das Asylbewerberleistungsgesetz - AsylbLG - einen Anspruch auf existenzsichernde Leistungen vermittelt, sind Personen aus Mitgliedstaaten der EU in der Regel in der Lage, kurzfristig in ihren Herkunftsstaat zu reisen. Daher kann die Gewährleistungsverpflichtung aus [Art. 1, 20 GG](#) für den Personenkreis der Anspruchsberechtigten nach dem AsylbLG, die gerade nicht in jedem Fall kurzfristig in ein anderes Land ausreisen können, um dort ihre Existenz zu sichern, auch höhere und länger andauernde Leistungen zur Existenzsicherung umfassen, als für ausländische Staatsbürger, die ihrer Notlage kurzfristig selbst begegnen können. Bei diesem Personenkreis kann sich die Gewährleistungsverpflichtung darin erschöpfen, sie bei den Bemühungen der Selbsthilfe durch reine Nothilfemaßnahmen zu unterstützen." ... Die von dem BSG zitierte Rechtsprechung des BVerfG zu Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ist daher schon deshalb nicht übertragbar, weil das AsylbLG ist ein eigenes, spezielles Leistungssystem zur Sicherung des Lebensbedarfs darstellt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006, [1 BvR 293/05](#), zitiert nach juris, Rn. 2), welches primär an den ungesicherten Aufenthaltsstatus anknüpft und Drittstaatsangehörige umfasst, die sich auf politische, humanitäre oder völkerrechtliche Aufenthaltsgründe berufen können. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger sind damit schon deshalb nicht zu vergleichen weil sie ohne weiteres in ihr Heimatland zurückreisen können. Der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Leistungsausschluss stehen auch keine europarechtlichen Bestimmungen entgegen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Regelungen eines Mitgliedstaats, nach denen Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen ausgeschlossen werden, wenn ihnen gar kein Aufenthaltsrecht zusteht (Rechtssache "D ...", Urteil vom 11. November 2014, [C-333/13](#)) oder wenn ihr Aufenthaltsrecht sich nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Rechtssache "A ...", Urteil vom 15. September 2015, [C-67/14](#)), mit Unionsrecht vereinbar. Vor diesem Hintergrund besteht kein Zweifel daran, dass sowohl der Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) Var. 2 SGB XII a.F. als auch derjenige nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) europarechtskonform war bzw. ist. Schon mit Blick auf den streitbefangenen Zeitraum und die ausdrücklich beantragten Leistungen musste der Senat nicht entscheiden, ob der Kläger Ansprüche auf (einmalige) Leistungen für die Fahrtkosten in sein Herkunftsland und mit der Heimreise in Zusammenhang stehende Verpflegung haben könnte. Die Möglichkeit etwaiger "Überbrückungsleistungen" bis zur Ausreise ist erst mit [§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#) n.F. eingeführt worden und auch insoweit nur für längstens einen Monat. Letztlich hat der Kläger derartige Leistungen auch nicht angestrebt, denn er beabsichtigte damals nicht die Ausreise. Dementsprechend ist auch kein auf die Gewährung entsprechender Leistungen gerichtetes Begehren zu erkennen.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung von [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Die Revision war nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) zuzulassen, weil das Urteil von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts abweicht. Rechtskraft

Aus
Login
BRB
Saved
2017-09-13