

Gericht: BSG 14. Senat
Entscheidungsdatum: 20.01.2016
Rechtskraft: ja
Aktenzeichen: B 14 AS 15/15 R
ECLI: ECLI:DE:BSG:2016:200116UB14AS1515R0
Dokumenttyp: Urteil
Quelle:



Normen: § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2, § 2 Abs 2 FreizügG/EU 2004, § 2 Abs 3 FreizügG/EU 2004, § 5 FreizügG/EU 2004, AufenthG 2004 ... mehr
Zitiervorschlag: BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - B 14 AS 15/15 R -, juris

Grundsicherung für Arbeitsuchende - Leistungsausschluss für Ausländer bei Aufenthalt zur Arbeitsuche - Unionsbürger - Nichtvorliegen eines materiellen Freizügigkeits- bzw Aufenthaltsrechts - Sozialhilfeanspruch im Wege der Ermessensentscheidung - Systemabgrenzung - verfassungskonforme Auslegung

Orientierungssatz

1. Auf Unionsbürger, die sich weder auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU 2004 noch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG 2004 berufen können, ist der europarechtskonforme Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2 anzuwenden. (Rn.16)
2. Auf den Besitz einer Freizügigkeitsbescheinigung gem § 5 FreizügG/EU 2004 kommt es nicht an, da diese nur deklaratorische Bedeutung hat und keine Freizügigkeitsberechtigung begründet. (Rn.19)
3. Auf das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EuFüRsAbk kann sich der Unionsbürger nicht berufen, da der von der Bundesregierung bezogen auf SGB II-Leistungen erklärte Vorbehalt zum Europäischen Fürsorgeabkommen eine wirksame Einschränkung der Inländergleichbehandlung bewirkt hat (vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R = SozR 4-4200 § 7 Nr 46 und vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R = SozR 4-4200 § 7 Nr 48). (Rn.23)
4. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen dem Leistungsausschluss gem § 7 Abs 1 S 2 Nr 2 SGB 2 nicht entgegen, weil nach der Rechtsprechung der zuständigen Senate des BSG existenzsichernde Leistungen nach dem SGB 12 durch den Sozialhilfeträger in Betracht kommen. (Rn.25)
5. Dem Sozialhilfeanspruch steht auch nicht der Leistungsausschluss gem § 21 SGB 12 entgegen, da die Systemabgrenzung zwischen dem SGB 2 und dem SGB 12 nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann. Soweit § 21 SGB 12 ausweislich der Gesetzesmaterialien durch die Anknüpfung an die Eigenschaft als Erwerbsfähige oder deren Angehörige nach dem SGB 2 eine eindeutige Abgrenzung leisten sollte, ist diese allein auf das

Kriterium der Erwerbsfähigkeit abstellende Abgrenzung der existenzsichernden Leistungssysteme in den gesetzlichen Abgrenzungsregelungen des SGB 2 und des SGB 12 so nicht verwirklicht und seit Inkrafttreten mehrfach geändert worden. (Rn.27)

6. Bei Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen des Art 1 EuFüRsAbk findet die Ausschlussregelung des § 23 Abs 3 S 1 SGB 12 keine Anwendung. (Rn.29)

7. § 23 Abs 3 S 1 SGB 12 beinhaltet nach seinem Wortlaut auch nur den Ausschluss des "Anspruchs" auf Sozialhilfe, nicht aber von im Wege des Ermessens zu gewährenden Leistungen auf Sozialhilfe, wie sie § 23 Abs 1 S 3 SGB 12 vorsieht. Dieses Verständnis des systematischen Verhältnisses von § 23 Abs 3 S 1 SGB 12 zu § 23 Abs 1 S 1 und S 3 SGB 12 ist angezeigt in einer verfassungsrechtlichen Perspektive durch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG bei einem tatsächlichen Aufenthalt des Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird. Auf die Möglichkeit der Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. (Rn.31)

Fundstellen

RegNr 32139 (BSG-Intern)

Verfahrensgang

vorgehend SG Berlin, 8. Mai 2014, S 190 AS 29699/13, Urteil

vorgehend Landessozialgericht Berlin-Brandenburg 31. Senat, 19. März 2015, L 31 AS 1258/14, Urteil

nachgehend Landessozialgericht Berlin-Brandenburg 31. Senat, 30. November 2017, L 31 AS

1431/16 ZVW, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen 8. Senat, 19. Dezember 2016, L 8 SO 220/16 B ER

Anschluss Landessozialgericht Berlin-Brandenburg 18. Senat, 14. Dezember 2016, L 18 AS 806/16 WA

Entgegen Hessisches Landessozialgericht 7. Senat, 31. Oktober 2016, L 7 AS 565/16 B ER

Anschluss Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 7. Senat, 27. Oktober 2016, L 7 AS 920/16 B ER

Entgegen Hessisches Landessozialgericht 9. Senat, 29. September 2016, L 9 AS 427/16 B ER

... mehr

Literaturnachweise

Matthias Hartwig, ZaöRV 78, 717-788 (2018) (Rechtsprechungsübersicht)

Kommentare

Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II

● G. Becker, 5. Auflage 2020, § 5 SGB II

● Leopold, 5. Auflage 2020, § 7 SGB II

Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII

● Coseriu, 3. Auflage 2020, § 21 SGB XII

● Siefert, 3. Auflage 2020, § 23 SGB XII

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BSG 14. Senat, 16. Dezember 2015, B 14 AS 15/14 R

Vergleiche BSG 4. Senat, 3. Dezember 2015, B 4 AS 43/15 R

Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. März 2015 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Im Streit sind existenzsichernde Leistungen für einen Unionsbürger vom 1.9.2013 bis zum 21.3.2014.
- 2 Der 1978 geborene Kläger ist spanischer Staatsangehöriger und lebte seit Anfang 2011 in Deutschland zunächst von seinem Ersparten, ohne erwerbstätig zu sein. Schließlich besuchte er bis zum 27.9.2013 einen Kurs des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge zur Vermittlung in den Arbeitsmarkt, seine zahlreichen Bewerbungen waren aber erfolglos, zumal er kein Deutsch sprach. Seinen Leistungsantrag lehnte das beklagte Jobcenter ab, weil er gemäß § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II von Leistungen ausgeschlossen sei und sich aufgrund des von Deutschland erklärten Vorbehalts auch nicht auf das Europäische Fürsorgeabkommen (EFA) berufen könne (*Bescheid vom 30.9.2013, Widerspruchsbescheid vom 6.11.2013*). Am 22.3.2014 verzog der Kläger zur Arbeitsaufnahme nach Schweden.
- 3 Das SG hat den Beklagten unter Aufhebung seiner Bescheide verurteilt, dem Kläger Leistungen vom 1.9.2013 bis zum 21.3.2014 zu gewähren (*Urteil vom 8.5.2014*). Das LSG hat auf die Berufung des Beklagten dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen (*Urteil vom 19.3.2015*). Der Kläger habe ein Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche gehabt und sei demgemäß von Leistungen des SGB II nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II ausgeschlossen. Dem stehe EU-Recht nicht entgegen. Auch aus dem EFA folge aufgrund der Wirksamkeit des Vorbehalts kein Anspruch.
- 4 Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II, weil er mangels begründeter Aussicht auf eine Anstellung nicht als arbeitssuchend einzustufen sei und die Vorschrift nicht mittels eines "Erst-recht-Schlusses" erweiternd auszulegen sei. Zudem lägen Verstöße gegen das EFA und das GG vor, weil er Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen habe - zumindest nach dem SGB XII.
- 5 Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. März 2015 aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 8. Mai 2014 zurückzuweisen.
- 6 Der Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 7 Auf die zulässige Revision des Klägers ist das Urteil des LSG vom 19.3.2015 aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). Zutreffend hat zwar das LSG entschieden, dass der Kläger von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ausgeschlossen ist. In Betracht kommen aber Leistungen der Sozialhilfe, über die der Senat mangels Beiladung des Sozialhilfeträgers und ausreichender Feststellungen nicht abschließend entscheiden kann.
- 8 1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind die Urteile des LSG vom 19.3.2015 und des SG vom 8.5.2014 sowie der Bescheid des Beklagten vom 30.9.2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6.11.2013, soweit der Beklagte vom SG verurteilt worden ist, dem Kläger Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vom 1.9.2013 bis zum 21.3.2014 zu gewähren, was der Kläger wiederherzustellen begehrt, hilfsweise unter Verurteilung des Sozialhilfeträgers.
- 9 2. Verfahrensrechtliche Hindernisse stehen einer Sachentscheidung des Senats nicht entgegen, weil von Amts wegen zu beachtende Verfahrensmängel nicht zu erkennen sind und von Seiten der Beteiligten keine Verfahrensrügen - mit Ausnahme der vom Kläger hilfsweise gerügten, nicht erfolgten Beiladung des Sozialhilfeträgers - erhoben wurden.
- 10 3. Rechtsgrundlage der dem Kläger vom SG zugesprochenen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die strittige Zeit ist neben den Voraussetzungen für die einzelnen Leistungen nach §§ 19 ff SGB II insbesondere § 7 SGB II über die Leistungsberechtigung dem Grunde nach.
- 11 Der Kläger erfüllt zwar die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II (*dazu 4.*), unterliegt jedoch dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II (*dazu 5. und 6.*). Dem stehen nicht das EFA (*dazu 7.*), das Recht der Europäischen Union (EU) (*dazu 8.*) oder das GG (*dazu 9.*) entgegen. Für den Kläger kommen aber Leistungen der Sozialhilfe in Betracht, weswegen der Rechtsstreit mangels ausreichender Feststellungen des LSG zurückzuverweisen und der zuständige Sozialhilfeträger auf die von dem Kläger hilfsweise erhobene Rüge beizuladen ist (*dazu 10.*).
- 12 4. Die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II erfüllte der 1978 geborene Kläger in der strittigen Zeit vom 1.9.2013 bis zum 21.3.2014 nach den Feststellungen des LSG.
- 13 Er war erwerbsfähig nach § 8 Abs 1 SGB II und die fehlende deutsche Staatsangehörigkeit stand seiner Erwerbsfähigkeit nach § 8 Abs 2 SGB II nicht entgegen, weil für ihn als spanischer Staatsangehöriger die Möglichkeit, dass eine Beschäftigung erlaubt werden könnte, bestand und ausreicht (*BSG Urteil vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - BSGE 113,*

60 = SozR 4-4200 § 7 Nr 34, RdNr 13 ff), worauf auch § 8 Abs 2 Satz 2 SGB II hinweist. Auf einen Antrag oder das Vorliegen einer "Arbeitserlaubnis EU" nach § 284 SGB III - Arbeitsförderung - kommt es in solchen Fällen nicht an.

- 14 Der Kläger war hilfebedürftig nach §§ 9, 11 ff SGB II, weil er selbst in der strittigen Zeit über kein zu berücksichtigendes Einkommen oder Vermögen verfügte.
- 15 Der Kläger hatte einen gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin (zu dessen Erfordernissen: § 30 Abs 3 Satz 2 SGB I), weil er dort nicht nur vorübergehend, sondern bis zu seiner Ausreise zukunfts offen verweilte (vgl nur BSG Urteil vom 30.1.2013 - B 4 AS 54/12 R - BSGE 113, 60 = SozR 4-4200 § 7 Nr 34, RdNr 18 ff mwN).
- 16 5. Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II ist auf den Kläger anzuwenden, weil er sich weder auf eine Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, noch auf ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG berufen kann, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag.
- 17 Nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II sind "ausgenommen" - also keine leistungsberechtigten Personen iS des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - nach Nr 1 Ausländerinnen und Ausländer, die in Deutschland keine Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder nicht nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts, nach Nr 2 Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen sowie nach Nr 3 Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG, wobei diese letzte Variante bei dem Kläger von vornherein ausscheidet.
- 18 Über diese wortwörtlich geregelten Fälle hinaus umfasst der Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II erst recht die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (EU-Ausländer) und nicht über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen. Der erkennende 14. Senat hat sich dem 4. Senat angeschlossen, der dies unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Leistungsausschlusses, seine systematischen Zusammenhänge sowie den Sinn und Zweck der Vorschrift begründet hat (BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 19 ff; BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR 4). Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass einerseits EU-Ausländer, die zB über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche verfügen, von Leistungen nach dem SGB II, die auch der Integration in den Arbeitsmarkt dienen sollen, ausgeschlossen sind, andererseits aber EU-Ausländern, die ohne Bereitschaft zu arbeiten oder ohne Aussicht auf Arbeit, also ohne materielle Freizügigkeitsberechtigung, und ohne ausreichende eigene finanzielle Mittel sich in Deutschland aufhalten, Leistungen nach dem SGB II zu erbringen sind.

- 19 Da die materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder das materielle Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG entscheidend sind, kommt es auf den Besitz einer Freizügigkeitsbescheinigung nach dem FreizügG/EU nicht an, weil diese nur deklaratorische Bedeutung hat und keine materielle Freizügigkeitsberechtigung begründet (*vgl nur Begründung des Gesetzentwurfs zum FreizügG/EU in BT-Drucks 15/420 S 101 f*). Im Übrigen wurde die Freizügigkeitsbescheinigung durch Änderung des § 5 FreizügG/EU mittlerweile abgeschafft. Von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen nach dem FreizügG/EU zu unterscheiden ist die generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer, für deren rechtmäßige Einreise nach Deutschland ein gültiger Pass genügt (§ 2 Abs 5 FreizügG/EU). Aufgrund dieser generellen Freizügigkeitsvermutung muss der Aufenthalt eines EU-Ausländers zumindest solange als rechtmäßig angesehen werden, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts in entsprechender Anwendung des § 5 Abs 5 FreizügG/EU in der bis Januar 2013 geltenden Fassung oder nunmehr aufgrund von § 5 Abs 4 FreizügG/EU bzw der Missbrauchstatbestände in § 2 Abs 7 FreizügG/EU festgestellt hat (*BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 34 mwN*).
- 20 6. Auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss - sei er, wie das LSG angenommen hat, im streitbefangenen Zeitraum Arbeitsuchender iS von § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II gewesen oder nicht (*dazu näher unter 10. c*) - umfasst ist, oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG kann sich der Kläger für diese Zeit nicht berufen.
- 21 a) Eine Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer oder als Selbstständiger nach § 2 Abs 2 Nr 1 oder 2 FreizügG/EU scheidet mangels dahingehender Aktivitäten des Klägers aus. Das Gleiche gilt für eine nachwirkende Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer oder selbstständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU. Die Voraussetzungen für eine Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 Abs 2 FreizügG/EU nach der Nr 3 oder 4 (Erbringer oder Empfänger von Dienstleistungen) sowie Nr 7 (Inhaber eines Daueraufenthaltsrechts) oder als Familienangehöriger nach § 2 Abs 2 Nr 6, § 3 FreizügG/EU sind den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen. Aufgrund seiner Hilfebedürftigkeit iS des § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II scheidet auch eine Freizügigkeitsberechtigung des Klägers als nicht Erwerbstätiger nach § 2 Abs 2 Nr 5, § 4 FreizügG/EU aus.
- 22 b) Ein Aufenthaltsrecht des Klägers nach dem AufenthG, insbesondere vermittelt der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs 1 FreizügG/EU, ist nach den Feststellungen des LSG ebenfalls nicht ersichtlich.
- 23 7. Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht dem Leistungsausschluss des Klägers nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II nicht entgegen, weil sich der Kläger - bezogen auf die SGB II-Leistungen - nach Erklärung des Vorbehalts durch die Bundesregierung am 19.12.2011 nicht mehr auf das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA berufen kann (*vgl zum EFA das Ausführungsgesetz vom 15.5.1956, BGBl II 563; zu dessen früherer Anwendbarkeit im Rahmen des SGB II bei einem französischen Staatsangehörigen: BSG Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21; zu dessen Nichtanwendbarkeit nach dem 1.2.2012: BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS*

43/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR, RdNr 18 ff; BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR 4, RdNr 33 f).

- 24 8. Mit EU-Recht ist dieser Leistungsausschluss des Klägers nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II vereinbar, wie sich aus den Entscheidungen des EuGH vom 11.11.2014 (C-333/13 - *Dano*, NJW 2015, 145 ff) und vom 15.9.2015 (C-67/14 - *Alimanovic*, SGB 2015, 638 ff) ergibt. Auch wenn Arbeitslosengeld II und Sozialgeld nach dem SGB II als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen iS des Art 70 VO Nr 883/2004/EG und als "Sozialhilfe" iS des Art 24 Abs 2 RL 2004/38/EG eingeordnet werden, stehen Art 24 Abs 1 iVm Art 7 Abs 1 Buchst b RL 2004/38/EG und Art 4 VO Nr 883/2004/EG der Regelung eines Mitgliedstaats nicht entgegen, nach der Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Bezug dieser Leistungen ausgeschlossen werden, sofern diesen Staatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht (*EuGH Urteil vom 11.11.2014, aaO, RdNr 84*). Gleiches gilt für Unionsbürger anderer EU-Staaten (einschließlich ihrer Familienangehörigen), die nach Deutschland eingereist sind, um Arbeit zu suchen, wenn sie nicht Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder ihnen dieser Status erhalten geblieben ist (*EuGH Urteil vom 15.9.2015, aaO, RdNr 63*).
- 25 9. Verfassungsrechtliche Bedenken stehen diesem Leistungsausschluss des Klägers nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II nicht entgegen. Der Leistungsausschluss ist insbesondere schon deshalb mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art 20 Abs 1 GG vereinbar, weil für den Kläger Leistungen der Sozialhilfe seitens des zuständigen, vom LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren beizuladenden Sozialhilfeträgers nach dem SGB XII in Betracht kommen (*dazu nunmehr 10.*).
- 26 10. a) Die Leistungsvoraussetzungen nach § 19 Abs 1, § 27 Abs 1 SGB XII erfüllte der Kläger nach den Feststellungen des LSG zu den Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II. Hinsichtlich der nach § 18 Abs 1 SGB XII erforderlichen Kenntnis des Sozialhilfeträgers ist auf die Kenntnis des beklagten Jobcenters zu verweisen (*BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 39 mwN*).
- 27 b) Der Kläger war auch nicht nach § 21 SGB XII von Leistungen zum Lebensunterhalt ausgeschlossen, weil die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII nicht auf das schlichte Kriterium der Erwerbsfähigkeit reduziert werden kann, sondern differenzierter ist (*BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 40 ff; BSG Urteil vom 16.12.2015 - B 14 AS 15/14 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, RdNr 38; jeweils mwN*). Im Sinne der mit § 5 Abs 2 Satz 1 SGB II korrespondierenden Abgrenzungsregelung des § 21 Satz 1 SGB XII sind nach dem SGB II "als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt" grundsätzlich die Personen nicht, die auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen des SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Diese Personen können Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII erhalten, wenn sie nicht auch durch das SGB XII von Leistungen ausgeschlossen sind (*wie zB durch § 22 SGB XII, der § 7 Abs 5 und 6 SGB II entspricht, oder durch § 23 Abs 2 SGB XII, der § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II entspricht*).

- 28 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.
- 29 c) Da die Bundesregierung bezogen auf die Vorschriften der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII keinen Vorbehalt erklärt hat, sind dem Kläger Sozialhilfeleistungen in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt im Wege einer Gleichbehandlung mit inländischen Staatsangehörigen zu erbringen, soweit die Anwendungsvoraussetzungen nach dem EFA vorliegen; in diesem Fall findet die Ausschlussregelung des § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII keine Anwendung (*vgl zum SGB II: BSG Urteil vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 ff = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 23 ff; vgl zum Gleichbehandlungsanspruch: BVerwG Urteil vom 18.5.2000 - 5 C 29/98 - BVerwGE 111, 200, 201; BVerwG Urteil vom 14.3.1985 - 5 C 145/83 - BVerwGE 71, 139, 142; vgl zur Anwendbarkeit des Art 1 EFA im SGB XII und zur Reichweite des erklärten Vorbehalts: Urteil des BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen, RdNr 24 mwN; Urteil des BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R - juris RdNr 20 mwN*).
- 30 Als Grundlage des für die Gleichstellung mit deutschen Staatsangehörigen nach Art 1 EFA vorausgesetzten erlaubten Aufenthalts des Klägers im Bundesgebiet in Betracht kommt hier, nachdem die Dokumentation eines sich unmittelbar aus Unionsrecht ergebenden Aufenthaltsrechts (*vgl Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl 2013, § 5 FreizügG/EU RdNr 9*) mit der Streichung der Bescheinigung nach § 5 Abs 1 FreizügG/EU mit Wirkung ab 29.1.2013 durch das FreizügG/EU2004uaÄndG ersatzlos entfallen ist, die materielle Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitsuchender iS von § 2 Abs 2 Satz 1 Nr 1a FreizügG/EU (*vgl dazu im Einzelnen BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R - juris RdNr 21 ff mwN*). Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind danach Unionsbürger, 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. Sollte im Sinne dessen, was den Feststellungen des LSG nicht sicher zu entnehmen ist, die Spanne von bis zu sechs Monaten tatsächlicher Arbeitsuche im hier streitbefangenen Zeitraum bereits ganz oder teilweise abgelaufen gewesen sein, so war der Kläger nach diesen Voraussetzungen nur noch solange weiterhin freizügigkeitsrechtlich als arbeitsuchend anzusehen, als begründete Aussicht bestanden hat, dass er ungeachtet der fehlenden deutschen Sprachkenntnisse und der bereits fehlgeschlagenen Bewerbungsanstrengungen begründete Aussicht hatte, eingestellt zu werden (*zur vergleichbaren Frage im Zusammenhang mit dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II vgl BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 17 ff*). Ob es sich so verhält, wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen haben.

- 31 d) Soweit der Kläger nach den noch zu treffenden Feststellungen ganz oder teilweise nicht mehr als Arbeitsuchender iS von § 2 Abs 2 Satz 1 Nr 1a FreizügG/EU und damit als materiell freizügigkeitsberechtigt anzusehen ist, so hat er - der nach den bereits getroffenen Feststellungen anfangs von Ersparnissen gelebt hat und damit nicht eingereist ist, um nach § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 1 SGB XII Sozialhilfe zu erlangen (*vgl dazu BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 45 ff*) - im streitbefangenen Zeitraum zwar aufgrund von § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII "erst recht" keinen Anspruch auf Sozialhilfe (*BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 48 ff*). Jedoch beinhaltet § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII, wie schon dem Wortlaut entnommen werden kann, nur einen Ausschluss von einem Anspruch auf Sozialhilfe, nicht aber von im Wege des Ermessens zu gewährenden Leistungen auf Sozialhilfe, wie sie § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII vorsieht (*vgl BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 51 mwN, auch auf die Rspr des BVerwG zur Vorläufervorschrift in § 120 BSHG*). Aufgrund dieser Ermessensregelung in § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII kommen für vom Leistungsausschluss nach § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII erfasste Personen auch die Leistungen nach dem SGB XII in Betracht, auf die für nicht vom Leistungsausschluss erfasste Personen ein Anspruch nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII besteht. Dieses Verständnis des systematischen Verhältnisses von § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII zu § 23 Abs 1 Satz 1 und 3 SGB XII, das den Zugang zu den Leistungen nach dem SGB XII, insbesondere der Hilfe zum Lebensunterhalt, eröffnet, ist angezeigt in einer verfassungsrechtlichen Perspektive durch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG (*zu diesem grundlegend BVerfG Urteil vom 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua - BVerfGE 125, 175 = SozR 4-4200 § 20 Nr 12*) bei einem tatsächlichen Aufenthalt eines Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird (*vgl zur Geltung des Grundrechts als Menschenrecht für ausländische Staatsangehörige, die sich in Deutschland aufhalten, BVerfG Urteil vom 18.7.2012 - 1 BvL 10/10 ua - BVerfGE 132, 134, insbesondere RdNr 63; dort auch RdNr 92 ff zur insoweit ohnehin nur begrenzten Relevanz der Aufenthaltsdauer*).
- 32 Auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird. Ungeachtet dessen findet der Verweis auf eine so verstandene Selbsthilfe in dieser Lage nach dem derzeit geltenden Recht auch sozialhilferechtlich keine Grundlage. Zwar erhält Sozialhilfe nach dem Nachranggrundsatz des § 2 Abs 1 SGB XII nicht, wer sich - vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens - selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Diese Vorschrift ist jedoch nach der Rechtsprechung des Sozialhilfesenats des BSG keine eigenständige Ausschlussnorm, sondern ihr kommt regelmäßig nur im Zusammenhang mit ergänzenden bzw konkretisierenden sonstigen Vorschriften des SGB XII Bedeutung zu; ein Leistungsausschluss ohne Rückgriff auf andere Normen des SGB XII ist mithin allenfalls in extremen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn sich der Bedürftige generell eigenen Bemühungen verschließt und Ansprüche ohne Weiteres realisier-

bar sind (*stRspr*; vgl zuletzt *BSG Urteil vom 22.3.2012 - B 8 SO 30/10 R - BSGE 110, 301 = SozR 4-3500 § 54 Nr 8, RdNr 25 mwN*). Für die Annahme einer solchen Ausnahmelage fehlt indes - nachdem eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für einen Verweis auf die Rückkehr in das Heimatland nach geltendem Recht im SGB XII nicht besteht - ohne Begründung einer Ausreisepflicht des Ausländers als Ergebnis eines ausländerbehördlichen Verfahrens schon im Ansatz jeder Anhaltspunkt.

- 33 Hinsichtlich der Leistungen im Einzelnen, insbesondere ob vorliegend die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf null vorliegen (*vgl dazu BSG Urteil vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 53 ff; vgl auch BSG Urteil vom 20.1.2016 - B 14 AS 35/15 R - zur Veröffentlichung vorgesehen in SozR, RdNr 44 ff*), sind weitere Feststellungen notwendig, die das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu treffen hat.
- 34 11. Aufgrund dieses möglichen Anspruchs des Klägers gegen den Sozialhilfeträger und dessen nicht erfolgter Beiladung, die der Kläger hilfsweise gerügt hat, ist das Urteil des LSG aufzuheben und der Rechtsstreit an dieses zurückzuverweisen.
- 35 Nach § 75 Abs 2 Alt 2 SGG ist, wenn sich in einem Verfahren ergibt, dass bei der Ablehnung des Anspruchs ein Träger der Sozialhilfe als leistungspflichtig in Betracht kommt, dieser Träger beizuladen (*zur Verurteilung des Beigeladenen siehe § 75 Abs 5 SGG*). Die im Revisionsverfahren grundsätzlich unzulässige Beiladung ist vorliegend auch nicht mit Zustimmung des Beigeladenen nachzuholen (*vgl § 169 SGG*), weil der Rechtsstreit mangels ausreichender Feststellungen zu den Anwendungsvoraussetzungen des EFA ohnehin nicht entscheidungsreif, sondern zurückzuverweisen ist.
- 36 Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.