

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
9. August 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 14 AS 32/17 R**
LSG Berlin-Brandenburg 22.06.2017 - L 29 AS 2670/13
SG Berlin 19.09.2013 - S 128 AS 7649/13

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Jobcenter Berlin Treptow-Köpenick,
Groß-Berliner Damm 73 a - e, 12487 Berlin,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

beigeladen:

Land Berlin,
Alt-Köpenick 21, 12555 Berlin.

Der 14. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. August 2018 durch den Richter Dr. S c h ü t z e als Vorsitzenden, die Richterin H a n n a p e l und den Richter Dr. F l i n t sowie die ehrenamtliche Richterin G e p p e r t und den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. S c h u b e r t für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 22. Juni 2017 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen, soweit der Kläger Leistungen nach dem SGB XII vom Beigeladenen begehrt.

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Gründe :

I

- 1 Im Streit sind existenzsichernde Leistungen für einen Unionsbürger von Februar bis Juli 2013.
- 2 Der 1966 geborene Kläger ist italienischer Staatsbürger. Er hält sich nach eigenen Angaben seit 28.11.2012 in Deutschland auf, am 30.11.2012 hat er sich bei dem Beigeladenen angemeldet. Am 15.2.2013 beantragte er beim beklagten Jobcenter erstmals Alg II. Er habe in Italien mehr als 30 Jahre gearbeitet, studiere Deutsch und suche in Deutschland Arbeit. Der Beklagte lehnte den Antrag unter Hinweis auf den Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II (*§ 7 Abs 1 SGB II in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung - aF*) ab (*Bescheid vom 18.2.2013; Widerspruchsbescheid vom 15.3.2013*).
- 3 In einem mit der Klageerhebung hiergegen eingeleiteten einstweiligen Rechtsschutzverfahren verpflichtete das LSG den Beklagten, dem Kläger Alg II zu gewähren; der Beklagte setzte diese Verpflichtung um. Auf die Klage hat das SG den Beklagten verurteilt, dem Kläger Alg II vom 1.2 bis 31.7.2013 zu gewähren (*Urteil vom 19.9.2013*): Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II aF sei auf Staatsangehörige eines Vertragsstaates des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA), zu denen Italien gehöre, nicht anwendbar. Das LSG hat nach Beiladung des Trägers der Sozialhilfe auf die Berufung des Beklagten das Urteil des SG aufgehoben und die Klage gegen den Beklagten sowie gegen den Beigeladenen abgewiesen (*Urteil vom 22.6.2017*): Der Kläger habe weder einen Anspruch auf Leistungen gegen den Beklagten noch gegen den Beigeladenen. Von Leistungen nach dem SGB II sei er nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF ausgeschlossen, weshalb das Vorliegen von Hilfebedürftigkeit iS des § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II aF iVm § 9 Abs 1 SGB II dahinstehen könne. Er verfüge weder über ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU noch nach dem AufenthG; selbst ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche sei nicht erkennbar. Auf das EFA könne er sich hiergegen wegen des von Deutschland insoweit erklärten Vorbehalts nicht berufen. Auf Leistungen nach dem SGB XII habe der Kläger als Erwerbsfähiger ohne Aufenthaltsrecht auch keinen Anspruch, was mit dem EFA, dem EU-Recht und dem GG vereinbar sei. Der anders lautenden Auslegung des BSG insbesondere zu § 21 SGB XII und § 23 SGB XII (*§ 23 Abs 3 SGB XII in der bis zum 28.12.2016 geltenden Fassung - aF*) werde nicht gefolgt.
- 4 Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger insbesondere eine Verletzung von Art 1 Abs 1 iVm Art 20 Abs 1 GG. Nach der Rechtsprechung des BSG habe er zumindest einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII.
- 5 Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 22. Juni 2017 aufzuheben
und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom

19. September 2013 zurückzuweisen,
hilfsweise,
den Beigeladenen zu verurteilen, ihm vom 15. Februar bis 31. Juli 2013 Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren.

6 Der Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

7 Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

II

8 Die zulässige Revision ist teils unbegründet, teils im Sinne der Aufhebung und Zurückverweisung begründet (§ 170 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Satz 2 SGG). Zu Recht hat das LSG zwar das Urteil des SG aufgehoben und die Klage gegen den Beklagten abgewiesen, weil der Kläger keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II hat. Jedoch ist die Klage nicht insgesamt abzuweisen, weil eine Verurteilung des Beigeladenen als Sozialhilfeträger auf den Hilfsantrag des Klägers auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII in Betracht kommt (§ 75 Abs 2 Alt 2, Abs 5 SGG). Insoweit ist dem Senat eine abschließende Entscheidung verwehrt.

9 1. Streitgegenstand des Revisionsverfahrens sind die Urteile der Vorinstanzen und der Bescheid vom 18.2.2013 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15.3.2013, durch den der Beklagte das vom Kläger begehrte Alg II abgelehnt hatte, sowie das gegen den Beigeladenen gerichtete hilfsweise Begehren des Klägers auf Leistungen nach dem SGB XII. Streitig ist mit Blick auf den Hauptantrag der Zeitraum vom 1.2. bis 31.7.2013, für den das SG den Beklagten zur Leistungsgewährung verurteilt und wogegen dieser Berufung eingelegt hat, mit Blick auf den Hilfsantrag der Zeitraum vom 15.2. bis 31.7.2013, für den im Revisionsverfahren das Begehren insoweit weiter verfolgt worden ist.

10 2. Zutreffende Klageart für das gegen den Beklagten gerichtete Begehren ist die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1, Abs 4 SGG). Zulässig ist auch der erstmals im Berufungsverfahren gestellte Hilfsantrag auf Verurteilung des notwendig beigeladenen Sozialhilfeträgers (vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 13). Weder diesem Antrag noch dem mit dem Hauptantrag weiterverfolgten Leistungsbegehren steht entgegen, dass der Kläger vom Beklagten für einen Teilzeitraum des streitigen Zeitraums bereits aufgrund einer ausgeführten stattgebenden Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig Leistungen erhalten hat (vgl BSG, aaO, RdNr 12, 14, 38).

- 11 3. Der Kläger hat im streitigen Zeitraum keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Alg II, wie das LSG zu Recht entschieden hat. Nach dem damals geltenden und hier anwendbaren Recht (*dazu 4.*) unterlag er - ungeachtet der vom LSG teilweise offen gelassenen Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II aF (*dazu 5.*) - dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und 2 SGB II aF (*dazu 6.*). Diesem stehen weder EU-Recht noch das EFA oder das GG entgegen (*dazu 7.*).
- 12 Doch kommen für den Kläger Leistungen des Beigeladenen nach dem SGB XII in Betracht. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf ihn steht § 21 Satz 1 SGB XII nicht entgegen (*dazu 8.*). Zwar unterlag der Kläger nach dem damals geltenden und hier anwendbaren Recht dem Leistungsausschluss nach § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF (*dazu 9.*), der mit dem EU-Recht und dem EFA vereinbar ist (*dazu 10.*), doch schließt dies nicht Ermessensleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII aus (*dazu 11.*). Über diese ist dem Senat indes eine abschließende Entscheidung verwehrt (*dazu 12.*).
- 13 4. Für den vom Kläger primär verfolgten Alg II-Anspruch vom 1.2. bis 31.7.2013 ist das in diesem Zeitraum geltende Recht anzuwenden, weil es an einer hiervon abweichenden Regelung fehlt (*Geltungszeitraumprinzip, vgl BSG vom 19.10.2016 - B 14 AS 53/15 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 f*). Insbesondere lässt sich dem Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 (*BGBI I 3155, nachfolgend: Gesetz vom 22.12.2016*) nicht entnehmen, dass es sich Geltung für die Zeit vor seinem Inkrafttreten am 29.12.2016 beimisst (*vgl BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 18*).
- 14 5. Die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II aF erfüllte der 1966 geborene Kläger in der streitigen Zeit nach den Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) zumindest insoweit, als er iS des § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB II aF iVm § 8 SGB II erwerbsfähig war. Offen gelassen hat das LSG insbesondere, ob er hilfebedürftig iS des § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II aF iVm § 9 Abs 1 SGB II war.
- 15 6. Dessen ungeachtet war der Kläger jedenfalls nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und 2 SGB II aF von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen.
- 16 a) Nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II aF sind "ausgenommen" - also keine leistungsberechtigten Personen iS des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II aF und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts.

- 17 Nachdem der Kläger sich nach eigenen Angaben seit 28.11.2012 in Deutschland aufhält und sich nach den Feststellungen des LSG am 30.11.2012 bei dem Beigeladenen angemeldet hat, endeten die ersten drei Monate seines Aufenthalts frühestens am 27.2.2013 und jedenfalls am 28.2.2013. In dieser Zeit, für die der Kläger aufgrund seines Antrags vom 15.2.2013 ab 1.2.2013 Alg II begehrt (§ 37 Abs 2 Satz 2 SGB II), lag eine Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer oder Selbständiger nach § 2 Abs 2 Nr 1 oder 2 FreizügG/EU nach den Feststellungen des LSG nicht vor. Das Gleiche gilt für eine nachwirkende Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer oder selbständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs 3 FreizügG/EU.
- 18 b) Nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF sind "ausgenommen" - und keine leistungsberechtigten Personen iS des § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II aF und ohne Leistungsberechtigung nach dem SGB II - Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. Von diesem Leistungsausschluss umfasst sind erst recht die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (EU-Ausländer) und nicht über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 22; so seit 29.12.2016 auch § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 Buchst a SGB II*), sodass insoweit dahinstehen kann, ob der Kläger über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche nach § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU verfügte oder nicht, denn in beiden Fällen ist er vom Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF erfasst.
- 19 Auf eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, oder ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, das eine Ausnahme von dem Leistungsausschluss zu rechtfertigen vermag, konnte sich der Kläger im streitigen Zeitraum unter Berücksichtigung der Feststellungen des LSG nicht berufen (*vgl zum Prüfungsprogramm insoweit zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 24 ff*).
- 20 c) Von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen nach dem FreizügG/EU zu unterscheiden ist die generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer, für deren rechtmäßige Einreise nach Deutschland ein gültiger Pass genügt (§ 2 Abs 5 FreizügG/EU). Aufgrund der generellen Freizügigkeitsvermutung muss der Aufenthalt eines EU-Ausländers zumindest solange als rechtmäßig angesehen werden, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts aufgrund von § 5 Abs 4 FreizügG/EU bzw der Missbrauchstatbestände in § 2 Abs 7 FreizügG/EU festgestellt und damit nach § 7 Abs 1 FreizügG/EU die sofortige Ausreisepflicht begründet hat. Diese generelle Freizügigkeitsvermutung allein eröffnet indes weder einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II noch steht sie dem Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II entgegen (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 23*).

- 21 7. Mit EU-Recht ist dieser SGB II-Leistungsausschluss vereinbar, wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH (*EuGH vom 11.11.2014 - C-333/13 - Dano, NJW 2015, 145; EuGH vom 15.9.2015 - C-67/14 - Alimanovic, NJW 2016, 555; EuGH vom 25.2.2016 - C-299/14 - Garcia-Nieto, NJW 2016, 1145*) ergibt (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 27*).
- 22 Das Gleichbehandlungsgebot des Art 1 EFA steht dem SGB II-Leistungsausschluss des Klägers als italienischem Staatsangehörigen nicht entgegen, denn der von der Bundesregierung am 19.12.2011 bezogen auf SGB II-Leistungen erklärte Vorbehalt zum EFA bewirkte eine wirksame Einschränkung der Inländergleichbehandlung (*vgl dazu im Einzelnen BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139 = SozR 4-4200 § 7 Nr 46, RdNr 18 ff*).
- 23 Auch Verfassungsrecht steht dem SGB II-Leistungsausschluss nicht entgegen. Dieser ist mit dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art 20 Abs 1 GG vereinbar, weil der Kläger grundsätzlich Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII hat, weshalb eine Vorlage des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 und 2 SGB II aF an das BVerfG nach Art 100 Abs 1 Satz 1 GG ausscheidet (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 29 ff*).
- 24 8. Der Anwendbarkeit des SGB XII auf den Kläger steht § 21 Satz 1 SGB XII nicht entgegen.
- 25 Der erwerbsfähige Kläger war nicht von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen, weil die "Systemabgrenzung" zwischen SGB II und SGB XII zwar grundsätzlich an das Kriterium der Erwerbsfähigkeit anknüpft, jedoch hierauf nicht reduziert werden kann, sondern differenzierter ist. Im Sinne der Abgrenzungsregelung des § 21 Satz 1 SGB XII, die nicht isoliert betrachtet werden darf, sondern mit § 5 Abs 2 Satz 1 SGB II korrespondiert, sind nach dem SGB II "als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt" grundsätzlich die Personen nicht, die auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Diese Personen können Leistungen nach dem SGB XII erhalten, ohne dass es hierfür darauf ankommt, ob sie erwerbsfähig nach § 8 SGB II sind, wenn sie nicht auch durch das SGB XII von Leistungen ausgeschlossen sind (*vgl dazu im Einzelnen zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 32 ff*).
- 26 Etwas Anderes folgt entgegen der Auffassung des LSG nicht daraus, dass das BVerfG die Zielgruppen des SGB II und des SGB XII danach unterschieden hat, dass das SGB XII Hilfebedürftige erfasse, die entweder insbesondere vorübergehend (Drittes Kapitel) oder dauerhaft voll erwerbsgemindert (Viertes Kapitel) seien, während das SGB II auf Bedürftige ziele, die ihren Lebensunterhalt grundsätzlich selbst sichern könnten (*BVerfG vom 27.7.2016 - 1 BvR 371/11 - BVerfGE 142, 353 = SozR 4-4200 § 9 Nr 15, RdNr 74*). Denn dieser im Zusammenhang mit der

Prüfung sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung zutreffend formulierten grundsätzlichen Abgrenzung der beiden existenzsichernden Leistungssysteme eignet kein Ausnahmen hiervon ausschließender Charakter, wie sie das BSG mit Blick auf Personen angenommen hat, die auch bei Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind. Entsprechend hat auch der Gesetzgeber nunmehr im SGB XII Leistungsansprüche für die grundsätzlich von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II und SGB XII ausgeschlossenen Personen geregelt, ohne hierbei an die Erwerbsfähigkeit als Abgrenzungsmerkmal anzuknüpfen (*vgl § 23 Abs 3 Satz 3 ff, Abs 3a SGB XII und BT-Drucks 18/10211 S 2 und 11*).

27 9. Der Kläger unterlag im SGB XII dem Leistungsausschluss nach § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF.

28 Danach haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Für den vom Kläger vom 15.2. bis 31.7.2013 geltend gemachten Anspruch ist § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII noch in dieser, im streitigen Zeitraum geltenden Fassung anzuwenden, weil es an einer hiervon abweichenden Regelung fehlt (*Geltungszeitraumprinzip, vgl BSG vom 19.10.2016 - B 14 AS 53/15 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 f*). Insbesondere lässt sich auch insoweit dem Gesetz vom 22.12.2016 (*BGBI I 3155*) nicht entnehmen, dass es sich Geltung für die Zeit vor seinem Inkrafttreten am 29.12.2016 beimisst.

29 Zwar ist der Kläger nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG nicht eingereist, um iS des § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 1 SGB XII aF Sozialhilfe zu erlangen. Hierfür wäre Voraussetzung, dass der Zweck, Sozialhilfe zu erlangen, den Einreiseentschluss geprägt hat (*BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 45*). Ein solcher finaler Zusammenhang ist hier nicht ersichtlich, zumal der Kläger nicht sogleich nach seiner Einreise Leistungen beantragt hat. Doch sind ebenso wie nach § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF auch nach § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII aF erst recht EU-Ausländer, die weder über eine materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU, die nicht von diesem Leistungsausschluss umfasst ist, noch ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügen, vom Anspruch auf Sozialhilfe ausgeschlossen (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 42; so seit 29.12.2016 auch § 23 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB XII*).

30 Dies gilt in Parallele zum SGB II auch für die ersten drei Monate des Aufenthalts nach der Einreise (*s § 2 Abs 5 FreizügG/EU*), obwohl in § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF dieser Ausschluss anders als durch § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II aF nicht eigens benannt ist (*seit 29.12.2016 ausdrückliche Parallelregelungen in § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB II und § 23 Abs 3 Satz 1 Nr 1 SGB XII*). Doch greift der aufgezeigte "Erst recht"-Schluss - bei § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB II aF ebenso wie bei § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII aF - für das SGB XII bei Aufhalten von EU-

Ausländern von Anfang an (*vgl dazu bereits - mit Hinweis auf nicht erfolgreiche gesetzgeberische Versuche einer Anpassung der Rechtslagen in SGB II und SGB XII - BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 50*). Hierfür streiten insbesondere systematische und teleologische Erwägungen: Zum einen weist die Alt 2 des § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF wie diese Regelung insgesamt keinen Bezug auf einen Zeitraum auf; zum anderen bleibt die Übernahme des "Erst recht"-Schlusses vom SGB II in das SGB XII unvollständig, wenn dieser Leistungsausschluss nicht auch bereits die ersten drei Monate erfasst. Der andernfalls in dieser Zeit bestehende Zugang zu SGB XII-Anspruchsleistungen unmittelbar nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII und nicht über § 23 Abs 3 Satz 1 Alt 2 SGB XII aF (nur) zu Ermessensleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII würde weder zu einer systematisch stimmigen Abgrenzung von auf die Einreise folgenden Leistungszeiträumen führen, noch zu einer, die - als "Achterbahn" von Anspruchs- und Ermessensleistungen (*zu dieser als angenommene Folge der bisherigen Senatsrechtsprechung vgl nur SG Dortmund vom 12.9.2016 - S 32 AS 190/16 WA - juris RdNr 157*) - dem Gesetzgeber mit diesen Vorschriften nach seinem objektivierten Willen als intendierte Regelungskonzeption unterstellt werden kann (*zum verfassungsrechtlich vorgegebenen Auslegungsmaßstab vgl nur BVerfG vom 19.3.2013 - 2 BvR 2628/10 - BVerfGE 133, 168 RdNr 66*).

- 31 Dies stimmt zudem überein damit, dass das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 5 FreizügG/EU nicht eine Verlängerung der grundsätzlich auf sechs Monate beschränkten materiellen Freizügigkeitsberechtigung zur Arbeitsuche (*s zu dieser § 2 Abs 2 Nr 1 FreizügG/EU und - seit 9.12.2014 aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 2.12.2014, BGBl I 1922 - § 2 Abs 2 Nr 1a FreizügG/EU*) bewirkt, sondern in den ersten drei Monaten des Aufenthalts zu einer Überschneidung beider führt (*vgl dazu Dienelt in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl 2018, § 2 FreizügG/EU RdNr 61, 67; Oberhäuser in Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl 2016, § 2 FreizügG/EU RdNr 14, 46*).
- 32 Verfassungsrecht steht dieser parallelisierenden Auslegung von SGB II und SGB XII nicht entgegen, weil der Leistungsausschluss vom SGB XII auch in den ersten drei Monaten des Aufenthalts nach der Einreise keinen Totalausschluss trotz Hilfebedürftigkeit bewirkt und einen Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII nicht schlechterdings versperrt (*dazu 11.*).
- 33 10. a) Dieser Ausschluss vom Anspruch auf Sozialhilfe nach dem SGB XII ist mit EU-Recht vereinbar; hier gilt nichts anderes wie zum Leistungsausschluss im SGB II (*zur Europarechtskonformität des Ausschlusses von "Sozialhilfe" in den ersten drei Monaten des Aufenthalts vgl insbesondere EuGH vom 25.2.2016 - C-299/14 - Garcia-Nieto, NJW 2016, 1145*).
- 34 b) Auch das EFA steht der Anwendung des Leistungsausschlusses vorliegend nicht entgegen. Zwar ist Italien ein Unterzeichnerstaat dieses Abkommens und das EFA ist damit nach seinem persönlichen Anwendungsbereich für den Kläger einschlägig. Zudem ist ein Vorbehalt mit Blick

auf existenzsichernde SGB XII-Leistungen durch die Bundesregierung nicht erklärt worden. Doch erfordert die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots des Art 1 EFA (*vgl zu dessen Anwendungsbereich und Regelungsinhalt BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139 = SozR 4-4200 § 7 Nr 46, RdNr 17*), dass sich der Kläger im streitigen Zeitraum erlaubt iS des Art 11 EFA in Deutschland aufgehalten hat (*vgl zum erlaubten Aufenthalt BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R - juris, RdNr 20 ff, unter Hinweis auf und Auseinandersetzung mit BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 23 ff*). Insoweit kommt vorliegend allein eine materielle Freizügigkeitsberechtigung als EU-Ausländer zur Arbeitsuche in Betracht (*vgl dazu BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - BSGE 120, 139 = SozR 4-4200 § 7 Nr 46, RdNr 18; BSG vom 20.1.2016 - B 14 AS 15/15 R - juris, RdNr 30; BSG vom 17.3.2016 - B 4 AS 32/15 R - juris, RdNr 22*). Nach den mit durchgreifenden Verfahrensrügen nicht angegriffenen Feststellungen des LSG und dessen hierauf gestützter, revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Überzeugungsbildung war der Kläger indes im streitigen Zeitraum nicht arbeitsuchend (*zur Auslegung des Begriffs der Arbeitsuche vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 16 ff*).

35 Für den zur Anwendung des Gleichbehandlungsgebots des Art 1 EFA erforderlichen erlaubten Aufenthalt genügt nicht die von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen zu unterscheidende generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer (*zu dieser oben 6. c*). Nach ihr ist der tatsächliche Aufenthalt des Klägers, der von der Ausländerbehörde faktisch geduldet wird, zwar als rechtmäßig anzusehen. Diese Vermutung beinhaltet indes keine "Erlaubnis" des Aufenthalts im Sinne des EFA, die den Zugang zur Inländergleichbehandlung eröffnet und für die eine materielle Freizügigkeitsberechtigung oder ein anderes Aufenthaltsrecht erforderlich ist (*vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 59/13 R - juris, RdNr 25; vgl in Abgrenzung hierzu noch zur Freizügigkeitsbescheinigung nach § 5 FreizügG/EU aF und bei festgestelltem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche BSG vom 19.10.2010 - B 14 AS 23/10 R - BSGE 107, 66 = SozR 4-4200 § 7 Nr 21, RdNr 36 ff*). Gleiches gilt für das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs 5 FreizügG/EU in den ersten drei Monaten des Aufenthalts von EU-Ausländern, das als solches keine materielle Freizügigkeitsberechtigung iS des § 2 Abs 2 FreizügG/EU und in diesem Sinne keine "Erlaubnis" des Aufenthalts iS des Art 11 EFA zum Inhalt hat.

36 11. Der Leistungsausschluss nach § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF führt indes nicht zum Ausschluss auch von Ermessensleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII.

37 § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF beinhaltet, wie schon dem unterschiedlichen Wortlaut der Ausschlussregelungen in § 23 Abs 2 SGB XII und § 23 Abs 3 SGB XII aF entnommen werden kann, den § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II aF so nicht kennt, nur einen Ausschluss von einem Anspruch auf Sozialhilfe iS des § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII, nicht aber von im Wege des Ermessens zu leistender Sozialhilfe, wie sie § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII vorsieht. Aufgrund dieser Ermessensregelung in § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII kommen für vom Leistungsausschluss nach § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF erfasste Personen auch die Leistungen nach dem SGB XII in

Betracht, auf die für nicht vom Leistungsausschluss erfasste Personen ein Anspruch nach § 23 Abs 1 Satz 1 SGB XII besteht. Dieses Verständnis des systematischen Verhältnisses von § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF zu § 23 Abs 1 Satz 1 und 3 SGB XII, das den Zugang zu den Leistungen nach dem SGB XII, insbesondere der Hilfe zum Lebensunterhalt, eröffnet, wird getragen und ist angezeigt in einer verfassungsrechtlichen Perspektive durch das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm Art 20 Abs 1 GG bei einem tatsächlichen Aufenthalt eines Ausländers in Deutschland, gegen den ausländerbehördliche Maßnahmen nicht ergriffen werden, sondern dessen Aufenthalt faktisch geduldet wird, ohne dass es auf eine Möglichkeit der Heimkehr in das Herkunftsland ankommt (*vgl dazu im Einzelnen zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 44 ff*).

- 38 Dass § 23 Abs 3 Satz 1 SGB XII aF iVm § 23 Abs 1 Satz 1 und 3 SGB XII den Zugang nur zu Ermessensleistungen ermöglicht, verpflichtet den Senat auch vorliegend nicht zu einer Vorlage nach Art 100 Abs 1 GG an das BVerfG (*vgl bereits BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 50 f*). Denn ob es hier auf die Differenz von Ansprüchen auf gesetzlich gebundene existenzsichernde Leistungen zu Ansprüchen auf pflichtgemäße, ermessensfehlerfreie Entscheidung über existenzsichernde Ermessensleistungen entscheidungserheblich ankommt oder nicht ankommt, weil dem Kläger im Wege der Ermessenreduzierung auf Null existenzsichernde Leistungen so zu gewähren sind, wie sie den gebundenen Leistungsansprüchen entsprechen, kann auf der Grundlage der vom LSG getroffenen Feststellungen vom Senat nicht entschieden werden (*dazu sogleich*).
- 39 12. Auf der Grundlage des § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII kann der Kläger einen Zugang zu vom Beigeladenen zu gewährenden existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII haben.
- 40 Hinsichtlich der nach § 18 Abs 1 SGB XII (Kenntnisgrundsatz) erforderlichen Kenntnis des beigeladenen Sozialhilfeträgers ist auf die diesem zuzurechnende Kenntnis des beklagten Jobcenters zu verweisen (*vgl BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 39; BSG vom 20.1.2016 - B 14 AS 35/15 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 33; BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 55*). Diese dem Beigeladenen zuzurechnende Kenntnis ist dem Beklagten durch den Alg II-Antrag des Klägers vom 15.2.2013 vermittelt worden und erst ab diesem Zeitpunkt werden Leistungen nach den SGB XII vom Kläger begehrt.
- 41 Soweit der Kläger hiernach grundsätzlich Zugang zu existenzsichernden Leistungen nach dem SGB XII hat, ist dem Senat indes eine abschließende Entscheidung hierüber verwehrt, weil den Feststellungen des LSG nicht die Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 19 Abs 1, § 27 Abs 1 SGB XII entnommen werden kann. Insbesondere hat das LSG die Hilfebedürftigkeit des Klägers iS des § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB II aF dahinstehen lassen, weshalb auch Feststellungen zu seiner Hilfebedürftigkeit nach den Maßstäben

des SGB XII fehlen. Würde es aber schon an der Hilfebedürftigkeit fehlen, wäre eine Ermessensentscheidung über die Gewährung von Leistungen nicht zu treffen, sondern wären diese durch eine gebundene Entscheidung abzulehnen.

- 42 Ob und ggf ab wann zudem vorliegend ein bei Hilfebedürftigkeit eröffnetes Ermessen des Beigeladenen dem Grunde und der Höhe nach auf Null reduziert ist, kann auf der Grundlage der vom LSG getroffenen Feststellungen vom Senat ebenso nicht abschließend entschieden werden. Geklärt in der Rechtsprechung des BSG ist bereits, dass eine Ermessensreduktion in Betracht kommt, wenn und weil sich der Aufenthalt von EU-Ausländern nach Ablauf von sechs Monaten tatsächlichem Aufenthalt in Deutschland, der von der Ausländerbehörde faktisch geduldet wird, so verfestigt hat, dass die Erbringung existenzsichernder Leistungen nur im Einzelfall nach Ermessen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr genügt (*vgl zuletzt BSG vom 30.8.2017 - B 14 AS 31/16 R - vorgesehen für BSGE und SozR 4-4200 § 7 Nr 53, RdNr 52 ff; vgl auch bereits BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 53 ff; BSG vom 20.1.2016 - B 14 AS 35/15 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 44 ff*). Indes sind den Feststellungen des LSG keine Tatsachen zu entnehmen, um entscheiden zu können, ob vorliegend vom Regelfall einer Verfestigung des tatsächlichen Aufenthalts des Klägers in Deutschland nach Ablauf von sechs Monaten seit seiner Einreise auszugehen ist oder ob und ggf für welchen Zeitraum vom Regelfall abweichend eine bereits früher oder erst später einsetzende Ermessensreduzierung auf Null im Zeitraum vom 15.2. bis 31.7.2013 in Betracht kommt (*vgl zu tatsächlichen Hinweisen hierfür BSG vom 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - BSGE 120, 149 = SozR 4-4200 § 7 Nr 43, RdNr 58; BSG vom 20.1.2016 - B 14 AS 35/15 R - SozR 4-4200 § 7 Nr 47 RdNr 45*).
- 43 Über das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen nach § 19 Abs 1, § 27 Abs 1 SGB XII, Ermessensleistungen nach § 23 Abs 1 Satz 3 SGB XII bei deren Vorliegen und ggf das Eingreifen einer Ermessensreduktion auf Null bei Aufenthaltsverfestigung wird das LSG nach Zurückverweisung im insoweit wieder eröffneten Berufungsverfahren zu entscheiden haben.
- 44 Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.