
Datum: 07.03.2016
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 12. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 12 SO 79/16 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2016:0307.L12SO79.16B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 62 SO 43/16 ER
Sachgebiet: Sozialhilfe
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 11.02.2016 geändert: Der Antrag der Antragsteller auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragsteller begehren im Rahmen eines Verfahrens auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes die Gewährung von Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel des SGB XII in Höhe des jeweiligen Regelsatzes. 3

Die Antragsteller sind bulgarische Staatsangehörige. Die am 00.00.1976 geborene Antragstellerin zu 1) ist die Mutter der am 00.00.1993 geborenen Antragstellerin zu 2), der am 00.00.1998 geborenen Antragstellerin zu 3) und des am 00.00.2000 geborenen Antragstellers zu 4). Sie leben gemeinsam in einer Mietwohnung in I. Nach ihren Angaben verfügen sie über kein Einkommen und Vermögen. 4

Die Antragsteller zu 2) bis 4) halten sich seit dem 21.10.2014 in Deutschland auf und wohnten zunächst zusammen mit ihrem Onkel in I. Die Antragstellerin zu 1) war währenddessen in Griechenland inhaftiert. Sie reiste erst am 07.09.2015 nach Deutschland 5

ein. Die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) gingen und gehen derzeit keiner Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland nach. Nach ihrem Vortrag sind und waren sie wirtschaftlich inaktiv. Die achtzehnjährige Antragstellerin zu 3) besucht derzeit einen Bildungsgang auf einem Berufskolleg, der sechzehnjährige Antragsteller zu 4) eine Hauptschule. Auch die Antragsteller zu 3) und zu 4), wie deren Vater, sind in der Bundesrepublik Deutschland noch keiner Beschäftigung nachgegangen.

Die Antragsteller zu 2) - 4) bezogen bis zum 31.12.2015 Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II, die ihnen von dem Sozialgericht Dortmund in einem Verfahren auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (Beschluss vom 30.10.2015 - S 32 AS 3492/15 ER -) zugesprochen worden waren.

6

Mit Blick auf das Auslaufen der vorstehenden Leistungen beantragten die Antragsteller mit anwaltlichem Schreiben vom 23.12.2015 bei der Antragsgegnerin Leistungen nach dem SGB XII. Mit Schreiben vom 11.01.2016 erinnerten sie an die Bescheidung des Antrags und setzten eine Frist bis zum 20.01.2016. Gleichwohl reagierte die Antragsgegnerin nicht, so dass die Antragsteller am 21.01.2016 das Sozialgericht Dortmund um einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht haben. Sie haben sinngemäß beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB XII im gesetzlichen Umfang zu gewähren.

7

Die Antragsgegnerin ist dem entgegen getreten. Die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) seien als Erwerbsfähige dem Grunde nach nach dem SGB II leistungsberechtigt, so dass sie wegen § 21 SGB XII keine Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII erhalten könnten. Der entgegenstehenden Entscheidung des BSG vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - sei nicht zu folgen. Die Rechtsprechung des BSG widerspreche dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, der auch in der Gesetzesbegründung seinen Niederschlag gefunden habe. Mit dem Hinwegsetzen über den eindeutigen gesetzgeberischen Willen habe das BSG seine Befugnisse als rechtsprechende Gewalt überschritten und somit gegen den in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen. Im Übrigen seien Ansprüche nach dem SGB XII für die Antragsteller auch wegen dem in § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII normierten Leistungsausschluss nicht gegeben. Der Leistungsausschluss beziehe sich entgegen der vorzitierten Rechtsprechung des BSG auch auf die in § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII normierten Ermessensleistungen. Das diesbezüglich vom BSG angeführte Argument, dass § 23 Abs. 3 SGB XII nur gebundene Ansprüche auf Sozialhilfe ausschließe, nicht jedoch Ermessensleistungen, könne nicht überzeugen. Vielmehr sei anerkannt, dass ein Anspruch nicht lediglich durch Muss- und Sollvorschriften begründet werde, sondern auch durch Kann-Vorschriften, da diese einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung beinhalteten. Das müsse umso mehr gelten, wenn durch die Rechtsprechung des BSG für festgelegte Fallgruppen eine Ermessensreduzierung auf Null vorliege. Ferner sei nicht nachzuvollziehen, warum das BSG in einem Fall wie dem von ihm entschiedenen von einer Ermessensreduzierung auf Null bei der Frage der zu gewährenden Leistungen nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII ausginge. Auch nach den vom BVerfG herausgearbeiteten Grundsätzen komme ein Anspruch auf staatliche Zuwendung nur dann zum Tragen, wenn die Möglichkeiten zur Selbsthilfe ausgeschöpft seien. Das sei jedoch, wie hier, dann nicht der Fall, wenn eine Rückreise in das Heimatland durchgeführt werden könne, mit der Folge, dass der Betroffene dort die Möglichkeit habe, seinen Lebensunterhalt durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder durch das dort geltende Sozialsystem sicherzustellen. Insofern erkläre sich die Antragsgegnerin ausdrücklich bereit, Überbrückungsleistungen wie die Kosten der Rückreise und des bis dahin erforderlichen Aufenthaltes in Deutschland für die Antragsteller

8

zu übernehmen.

Mit Beschluss vom 11.02.2016 hat das Sozialgericht Dortmund dem Begehren der Antragsteller entsprochen und die Antragsgegnerin verpflichtet, ihnen vorläufig für die Zeit vom 21.01.2016 bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache längstens bis zum 31.07.2016 Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem 3. Kapitel des SGB XII in Form des jeweiligen Regelsatzes zu gewähren. Der Anordnungsanspruch beruhe auf § 27 Abs. 1 SGB XII. Nach dieser Vorschrift sei Hilfe zum Lebensunterhalt Personen zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten könnten. Die Antragsteller erfüllten diese Voraussetzungen, denn sie verfügten weder über Einkommen noch über Vermögen. Die Antragsteller seien nicht gemäß § 21 SGB XII vom Leistungsbezug nach dem SGB XII ausgeschlossen. Denn Leistungen nach dem SGB II kämen für die Antragsteller entweder in direkter oder analoger Anwendung des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht in Betracht. Der Leistungsausschluss im SGB II eröffne nach der Rechtsprechung des BSG jedoch den Weg ins SGB XII, denn § 21 SGB XII greife in diesen Fällen nicht ein. Die von der Antragsgegnerin geäußerte Kritik an der Rechtsprechung des BSG teile die Kammer nicht. Die Antragsteller seien auch nicht gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII vom Leistungsbezug nach dem SGB XII ausgeschlossen. Der Leistungsausschluss beziehe sich nicht auf den in das Ermessen des Leistungsträgers gestellten Anspruch nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII. Auch insoweit teile die Kammer nicht die von der Antragsgegnerin geäußerten Kritik an der Rechtsprechung des BSG. Nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII bestehe vorliegend für die Antragsteller ein Anspruch auf die Gewährung der Regelleistung in voller Höhe. Das Ermessen der Antragsgegnerin sei bei Anwendung der Vorschrift auf Null reduziert. Die Kammer folge dem BSG. Vorliegend resultiere eine Ermessensreduzierung auf Null aus dem verfestigten Aufenthalt der Antragsteller zu 2) bis 4), die sich seit dem Jahr 2014 in Deutschland aufhielten. Der Anspruch der Antragstellerin zu 1) korrespondiere mit den Ansprüchen der Antragsteller zu 2) bis 4). Eine Verkürzung würde für diese einen faktischen Ausreisezwang bedeuten. Dies hielte die Kammer nicht für zumutbar, da die Antragstellerin zu 1) dann von ihren Kindern getrennt wäre, von denen der Antragsteller zu 4) minderjährig sei.	9
Gegen den ihr am 11.02.2016 zugestellten Beschluss des Sozialgerichts vom selben Tage hat die Antragsgegnerin am 12.02.2016 im Wesentlichen unter Wiederholung und Intensivierung ihres erstinstanzlichen Vorbringens Beschwerde eingelegt.	10
Die Antragsteller haben sich nicht geäußert.	11
II.	12
Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet. Entgegen der Annahme des Ausgangsgerichts ist es den Antragstellern nicht gelungen, einen Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Die Voraussetzungen für die vorläufige Verpflichtung zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts liegen nicht vor. Der hierauf gerichtete Antrag der Antragsteller ist abzuweisen.	13
Gemäß § 86b Abs. 2 S. 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt voraus, dass der geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) und die besonderen Gründe für die Notwendigkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund) von dem jeweiligen Antragsteller glaubhaft	14

gemacht werden, § 86b SGG i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO. Die Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art 19 Abs. 4 GG verlangt grundsätzlich die Möglichkeit eines Eilverfahrens, wenn ansonsten dem Betroffenen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann. Hierbei dürfen Entscheidungen sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Sinne einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage gestützt werden (BVerfG, Kammerbeschl. v. 12.05.2005 - 1BvR 569/05 -, bei juris Rn. 23, 25). Wenn ohne die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen könnten, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, ist, soweit sich das zur Entscheidung berufene Gericht an den Erfolgsaussichten orientieren will, die Sach- und Rechtslage abschließend zu prüfen (BVerfG aaO, bei juris Rn. 25, vgl. Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 11. Aufl., § 86b Rn. 29a). Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist dabei der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über den einschlägigen Antrag (vgl. z.B. Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 11. Aufl., § 86b Rn. 42). Nach diesen Vorgaben ist vorliegend die Sach- und Rechtslage abschließend zu prüfen. Denn hier werden existenzsichernde Leistungen begehrt, deren Nichtgewährung aktuell zu schweren durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigenden Nachteilen führen kann. Ohne staatliche Unterstützung könnten die Antragsteller aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sein, ihr Leben in der Bundesrepublik aufzugeben und in ihr Heimatland zurückzukehren.

Die Antragsteller haben jedoch keinen Anordnungsanspruch im Sinne eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf die Gewährung von Sozialleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes gegenüber der Antragsgegnerin nach dem SGB XII (dazu unter 1.). Es steht ihnen auch kein materiell-rechtlicher Anspruch aus dem SGB II zu (dazu unter 2.). 15

1. Die Antragsteller haben keinen Anspruch auf die Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII. Die Antragsteller zu 1) bis 4) sind als Erwerbsfähige bzw. als Angehörige dem Grunde nach nach dem SGB II Leistungsberechtigte (dazu unter a)) und damit gemäß § 21 S. 1 SGB XII vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. Dieses von der Sichtweise des BSG in seinen Urteilen vom 03.12.2015 (B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 43/15 R, B 4 AS 44/15 R), vom 16.12.2015 (B 4 AS 15/14 R, B 14 AS 18/14 R, B 14 AS 33/14 R) und vom 20.01.2016 (B 14 AS 15/15 R, B 14 AS 35/15 R) abweichende Ergebnis folgt aus dem Wortlaut und dem Aufbau des § 21 SGB XII, der Gesetzesbegründung, dem vom BSG in weiteren Urteilen aufgezeigten systematischen Wechselspiel von SGB II und SGB XII und der in diesem Zusammenhang angenommenen abgrenzenden Funktion des § 21 SGB XII sowie der in § 7 SGB II vertretenen Leistungsausschlüsse (dazu unter b)). Ungeachtet dieser Ergebnisse kommt ein Anspruch nach § 23 SGB XII ebenfalls nicht in Betracht (dazu unter c)). 16

a) Der Senat geht nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt mit den Beteiligten davon aus, dass die Antragsteller dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1) bis 4) SGB II sind. Denn sie haben das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht, sind erwerbsfähig, nach ihren Angaben und den bisherigen Erkenntnissen hilfebedürftig und haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Ihr Leistungsanspruch ist jedoch für die Zeit ab Antragstellung bei dem Ausgangsgericht am 21.01.2016 nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen. Dabei kann der Senat letztendlich offenlassen, ob die Vorschrift direkt, da die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) ein Aufenthaltsrecht aus dem Zweck der Arbeitssuche haben, aus dem sich Aufenthaltsrechte der Antragsteller zu 3) und zu 4) ableiten, 17

anzuwenden ist oder, ob eine analoge Anwendung in Betracht kommt, da den Antragstellern kein materielles Aufenthaltsrecht zusteht.

aa) Gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II sind Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und ihre Familienangehörigen von der Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Ein anderweitiges Aufenthaltsrecht der Antragsteller ist nicht ersichtlich. Ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU ist bereits deshalb nicht erkennbar, weil die Antragsteller nicht erwerbstätig sind. Auch die Tatbestände des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU, aus denen eine Aufrechterhaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgeleitet werden kann, greifen nicht, da alle Antragsteller in der Vergangenheit in der Bundesrepublik Deutschland nicht erwerbstätig waren. Ein Daueraufenthaltsrecht gemäß § 4a Abs. 1 FreizügG/EU (nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt) könnte aufgrund ihrer Einreise im Oktober 2014 für die Antragsteller zu 2) bis 4) frühestens im Oktober 2019 entstehen, für die Antragstellerin zu 1) bei einer Einreise im September 2015 erst im September 2020. Schließlich hat der minderjährige Antragsteller zu 4) kein Aufenthaltsrecht wegen seines Schulbesuchs, da seine Eltern in der Vergangenheit kein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland hatten (vgl. hierzu: EuGH, z. B. Urt. v. 06.09.2012 - C-147/11 - "Czop", m. w. N.). Dementsprechend kann die Antragstellerin zu 1) hieraus auch kein Aufenthaltsrecht aus tatsächlicher Wahrnehmung der elterlichen Sorge ableiten (vgl. z.B. LSG NRW, Beschl. 16.3.2015 - L 19 AS 275/15 B ER -).

18

bb) Die Frage, ob den Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) momentan ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Arbeitsuche gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU zusteht, bedarf keiner Klärung. Nach dieser Vorschrift sind 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, freizügigkeitsberechtigt. Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, was hier naheliegt, da die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) nach ihrem eigenen Vortrag "wirtschaftlich inaktiv" sind, werden sie in Anbetracht des Fehlens eines weiteren Aufenthaltsrechts nämlich "erst recht" vom Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfasst (vgl. z. B. Senat, Beschl. v. 20.08.2015 - L 12 AS 1180/15 B ER -). Diese Rechtsauffassung des Senats wird bestätigt durch das BSG in seinem Urteil vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R -, Rn. 19-24, juris), das eine planwidrige Lücke in der Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erkannt und hieraus im Rahmen eines "Erst-recht-Schlusses" eine Anwendung des Leistungsausschlusses auch auf Ausländer ohne Aufenthaltsrecht abgeleitet. Zum Hintergrund der Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II führt das BSG in dem vorgenannten Urteil aus: "Es sollte von der Option des Art 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht werden (BT-Drucks 16/5065 S. 234). Für Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, sollte eine weitere leistungsrechtliche Hürde geschaffen werden, sofern sie wegen des vorbehaltlosen Aufenthalts in den ersten drei Monaten oder allein zum Zweck der Arbeitsuche freizügigkeitsberechtigt sind (BT-Drucks 16/5065 S. 234; BT-Drucks 16/688 S. 13). Leistungsberechtigt sollten sie nur sein, wenn sie über eine von § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht erfasste Freizügigkeitsberechtigung oder ein sonstiges Aufenthaltsrecht verfügen. Hieraus folgt umgekehrt, dass nicht freizügigkeits- oder aufenthaltsberechtigte Unionsbürger nach dem gesetzgeberischen Plan von vornherein nicht leistungsberechtigt sein sollten." Im Hinblick auf die weitere Argumentation zur Verknüpfung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit Art 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG wird vollumfänglich auf die überzeugenden Ausführungen des BSG in seinem Urteil vom 03.12.2015 (- B 4 AS 44/15 R - Rn. 22, juris) verwiesen.

19

20

cc) Zweifel an der Europarechtskonformität der Norm des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II bestehen nach den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Dano (vom 11.11.2014 - C 333/13 -) und Alimanovic (vom 15.09.2015 - C 67/14 -) nicht. In diesen Rechtssachen hat der EuGH entschieden, dass ein Mitgliedsstaat Staatsangehörige anderer Mitgliedsstaaten vom Zugang zu Sozialhilfeleistungen ausschließen kann, wenn ihnen kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht (Dano) oder wenn ihr Aufenthaltsrecht sich nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Alimanovic) (vgl. eingehend zu dieser Problematik BSG, Urteil vom 03.12.2015 (- B 4 AS 44/15 R - Rn. 35, juris).

b) Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfüllt, ist eine Leistungsgewährung nach den Vorschriften des SGB XII ausgeschlossen. Zu diesem Ergebnis kommt der Senat, entgegen der vom BSG angenommene Möglichkeit, einem Hilfebedürftigen, dessen mangelnde Anspruchsberechtigung auf Leistungen nach dem SGB II nicht aus dem Merkmal der (ggf. auch "fingierten") Erwerbsunfähigkeit resultiert, Leistungen nach dem SGB XII zu gewähren, bereits aufgrund einer grammatischen Auslegung des § 21 S. 1 SGB XII. 21

aa) Nach dem Wortlaut des § 21 S. 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. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber auf eine Leistungsberechtigung "als Erwerbsfähiger" "dem Grunde nach" abstellt, zeigt, dass bereits die positive Feststellung der Anspruchsvoraussetzung des § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II ("erwerbsfähig sind") dazu führt, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII ausscheidet. 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 Dann hätte ein bloßer Verweis auf das Vorliegen einer Leistungsberechtigung oder eines Anspruches ausgereicht. Zu demselben Ergebnis kommt der Senat durch eine systematische Auslegung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II. Das Vorliegen eines Leistungsausschlusses (wie gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II) lässt die Leistungsberechtigung "als Erwerbsfähiger" "dem Grunde nach" nach der Systematik der Norm gerade nicht entfallen. Während § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II 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 ["ausgenommen sind (...)"] nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II leistungsberechtigte Personengruppen wieder vom Leistungsbezug nach dem SGB II aus. Die Voraussetzung eines weiteren Aufenthaltsrechts als "positive Tatbestandsvoraussetzung" hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen. Dem entspricht, dass § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, 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 (hierzu Senat, Beschl. v. 20.08.2015 - L 12 AS 1180/15 B ER -; so auch LSG NRW, Beschl. v. 15.05.3013 - L 9 AS 466/13 B ER -). 22

bb) Für diese Auslegung spricht die weitere Systematik des § 21 SGB XII: Gemäß § 21 S. 2 SGB XII können Personen, die nicht hilfebedürftig nach § 9 des Zweiten Buches sind, abweichend von S. 1 Leistungen nach § 36 SGB XII erhalten. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn allein die fehlende Leistungsberechtigung nach dem SGB II (unabhängig vom Kriterium der Erwerbsfähigkeit) den Weg in einen Leistungsbezug nach dem SGB XII eröffnen könnte. Schon das Fehlen der in § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II als positive Tatbestandsvoraussetzung benannten (und in § 9 SGB II näher definierten) Hilfebedürftigkeit ließe nämlich die Leistungsberechtigung nach dem SGB II entfallen. In § 21 S. 2 SGB XII ließe sich entgegen dem Gesetzeswortlaut dann keine Abweichung zu § 21 S. 1 SGB XII 23

erkennen. Weiter bestimmt § 21 S. 3 SGB XII 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. Einen Mechanismus für die Bewältigung weiterer möglicher Abgrenzungsfragen (so z. B. für die nach der neuen Rechtsprechung des BSG erforderliche Klärung, ob neben dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche noch ein weiteres Aufenthaltsrecht vorliegt) sieht § 21 SGB XII nicht vor (hierzu ausführlich SG Dortmund, Beschl. v. 11.02.2016 - S 35 AS 5396/15 ER -).

cc) Zu demselben Ergebnis kommt der Senat durch eine genetische Auslegung des § 21 SGB XII. In der Gesetzesbegründung zu § 21 SGB XII (BT Drs. 15/1514, S. 57) heißt es: "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". Dass das Tatbestandsmerkmal der Erwerbsfähigkeit entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen den Leistungssystemen von SGB II und SGB XII sein soll (so auch Coseriu in juris-PK zu § 21 SGB XII, Rn. 10, der § 21 SGB XII eine systemabgrenzende Funktion beimisst) führt das BSG in seiner Entscheidung vom 03.12.2015 (a. a. O. Rn. 41, juris) aus. Hier heißt es: "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." 24

dd) Die Bedeutung der Erwerbsfähigkeit und der Arbeitsmarktnähe des Hilfebedürftigen für seine Zuweisung zu dem seiner ursprünglichen Konzeption nach erwerbszentrierten und arbeitsmarktnahen System des SGB II und dem "arbeitsmarktfernen" System des SGB XII hat das BSG in mehreren Entscheidungen herausgearbeitet, auf die es in seinem Urteil vom 03.12.2015 nunmehr zur Begründung seiner Prämisse verweist, dass im Falle des Ausschlusses eines erwerbsfähigen Ausländers von Leistungen gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nach dem SGB II ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB XII grundsätzlich möglich bleibe: "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" (BSG, a. a. O. Rn. 42, juris). Im Einzelnen nennt das BSG in diesem Zusammenhang folgende Urteile, die alle einen Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 SGB II zum Gegenstand haben: BSG vom 16.05.2012 - B 4 AS 105/11 R - SozR 4-4200 § 7 Nr. 30 Rn. 20 (Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 SGB II wegen Bezugs einer litauischen Altersrente); BSG vom 02.12.2014 - B 14 AS 66/13 R - SozR 4-4200 § 7 Nr. 42 Rn. 10, 24 (Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 4 wegen Unterbringung in einer Klinik); BSG vom 19.08.2015 - B 14 AS 1/15 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen - Rn. 47 (vorzeitige Altersrente nach Aufforderung durch den Grundsicherungsträger). 25

In dem erstgenannten Urteil vom 16.05.2012 (- B 4 AS 105/11 R - Rn. 23, - juris) führt das BSG zum Hintergrund des Leistungsausschlusses gemäß § 7 Abs. 4 S. 1 SGB II und im Hinblick auf die Zuordnung der Empfängerin einer ausländischen Rente zum Leistungssystem nach dem SGB XII exemplarisch aus: "Anspruch auf Leistungen haben allerdings grundsätzlich nur erwerbsfähige Hilfebedürftige. Nicht leistungsberechtigt ist, wer 26

nicht erwerbsfähig iS des § 8 Abs 1 SGB II ist. Letzteres ist bei Personen in einer stationären Einrichtung (BSGE 99, 88 = SozR 4-4200 § 7 Nr 7, Rn. 13 f; SozR 4-4200 § 7 Nr 24, Rn. 20) und beim Bezug einer Altersrente (Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl 2008, § 7 Rn. 71) nicht unbedingt der Fall. Bei Beziehern von Altersrenten vor Erreichen des Regelrentenalters - danach sind sie bereits aus Gründen des § 7 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB II nicht mehr leistungsberechtigt - wird jedoch nach der Begründung zur Regelung des § 7 Abs 4 S. 1 SGB II typisierend angenommen, sie seien endgültig aus dem Erwerbsleben ausgeschieden und müssten daher nicht mehr in Arbeit eingegliedert werden (vgl BT-Drucks 15/1749, S 31). Sie benötigen aus diesem Grunde keine Leistungen aus dem System des SGB II mehr." Weiter heißt es: "(...) denn Erwerbsfähigkeit schließt Leistungen nach dem System des SGB XII gemäß § 21 S 1 SGB XII grundsätzlich aus. Nach § 21 S 1 SGB XII erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Wenn jedoch vor dem Hintergrund des systematischen "Wechselspiels" zwischen SGB II und SGB XII Altersrentner vor Vollendung des Regelrentenalters nach deutschem Recht nicht als Erwerbsfähige leistungsberechtigt iS des SGB II sind, kann unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten für Bezieher ausländischer Altersrenten nichts Anderes gelten." Aus welchem Grund keine Differenzierung zwischen dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II und den Leistungsausschlüssen des § 7 Abs. 4 SGB II (so BSG, Urteil vom 03.12.2015 - B 44 AS 15 R - Rn. 43, juris) vorgenommen wird, ist nicht zu erkennen: Sämtliche der in den früheren Urteilen des BSG behandelten Fallkonstellationen sind nämlich solche, in denen der Leistungsausschluss des BSG auf einer "fingierten Erwerbsunfähigkeit" beruht. So führt Coseriu in juris-PK zu § 21 SGB XII zu den Fallkonstellationen des § 7 Abs. 4 SGB II aus: "Nach der Rechtsprechung des BSG handelt es sich bei dieser Norm, soweit es die Unterbringung in Einrichtungen betrifft, um eine "verkappte" Regelung der Erwerbsunfähigkeit. Auch bei den übrigen Varianten ist von einem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben auszugehen." Dass die "fingierte Erwerbsunfähigkeit" maßgeblicher Hintergrund der Leistungsausschlüsse des § 7 Abs. 4 SGB II ist, ergibt sich plastisch aus der "Unterausnahme" des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB II: Die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter den Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes, die einen wöchentlichen Umfang von mindestens 15 Stunden erreicht, hebt die "typisierende Annahme" der Erwerbsunfähigkeit auch für in einer stationären Einrichtung untergebrachte Hilfebedürftige wieder auf. Die typisierende Annahme einer Erwerbsunfähigkeit kann aber für den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II in seiner analogen, eine planwidrige Regelungslücke schließenden Auslegung, nicht angenommen werden. Eine Fiktion der Erwerbsunfähigkeit ist aus einem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche nicht herauszulesen (vgl. auch SG Dortmund, Beschl. v. 11.02.2016 - S 35 AS 5396/15 ER -).

Vielmehr sollte der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II eine leistungsrechtliche Hürde für den Zugang zu Sozialleistungen schaffen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Norm von der Option des Art. 24 der RL 2004/38 EG Gebrauch machen, die vorgenannten Personengruppen vom Anspruch auf Sozialhilfe - mithin Leistungen nach dem SGB II und dem SGB XII - auszuschließen (vgl. hierzu überzeugend BSG, Urteil vom 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - Rn. 21-24 und Rn. 48-50, juris). Der Leistungsausschluss sollte in beiden Systemen gleichermaßen greifen (so wohl auch BSG, Urteil vom 03.12.2015, a. a. O., Rn. 49f, juris). Vor dem Hintergrund dieser sozialpolitischen Zielsetzung hat der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II anders als in den Fällen des § 7 Abs. 4 SGB II keine systemabgrenzende, sondern eine "systemausschließende" Funktion. Anders als in den Fällen des § 7 Abs. 4 SGB II erscheint es insoweit sach- und sinnwidrig, von diesem Leistungsausschluss Betroffenen, Leistungen nach dem SGB XII, ohne die nach dem SGB II bestehenden Sanktionsmöglichkeiten, aber auch ohne die nach dem SGB II

bestehenden Möglichkeiten zur Förderung der Integration in den Arbeitsmarkt, zuzuweisen.

ee) Die Eröffnung des Zugangs zum SGB XII aufgrund/trotz der Vorschrift des § 21 S. 1 SGB XII kann auch nicht damit begründet werden, dass die Leistungsausschlüsse der §§ 22 Abs.1, 23 Abs.3 S. 2 SGB XII ansonsten "leerliefen": Im Hinblick auf § 22 Abs.1 SGB XII, der Auszubildende unter weiteren Voraussetzungen vom Bezug von Leistungen nach dem SGB XII ausschließt, ergibt sich dies daraus, dass die Aufnahme einer Ausbildung oder eines Studiums nicht zwangsläufig eine Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 7 Abs.1 S. 1 Nr. 2 SGB II voraussetzt, so dass für diese - der Norm des § 7 Abs. 5 SGB II entsprechende und aus dem BSHG übernommene - Vorschrift auch bei einer Einordnung des § 21 SGB XII als "Anwendungssperre" für Erwerbsfähige ein eigenständiger Regelungsgehalt verbleibt. Dass § 22 Abs. 1 SGB XII sich auf nicht erwerbsfähige Auszubildende beziehen soll, hat das BSG in seinem Urteil vom 06.09.2007 - B 14/7b AS 36/06 R - juris) ausdrücklich dargestellt: "Soweit der Kläger meint, Auszubildende würden nach dem SGB II schlechter gestellt als nach dem SGB XII, weil die Leistungen im besonderen Härtefall nach dem SGB II nur als Darlehen, nach § 22 Abs.1 S. 2 SGB XII jedoch auch als Beihilfe gewährt werden können, führt dieses ebenfalls nicht zur Erforderlichkeit einer vom SGB XII abweichenden Anwendung des § 7 Abs. 5 S. 1 SGB II. Grund für die unterschiedlichen Leistungsarten ist die Zuordnung zu dem einen oder anderen System, differenziert nach der Erwerbsfähigkeit. Bei dem Erwerbsfähigen kann erwartet werden, dass er die Leistung nach Beendigung der Ausbildung und Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zurückzahlen kann. Diese Aussicht besteht bei dem SGB XII-Leistungsempfänger nicht ohne weiteres, so dass die Leistungsgewährung in Form der Beihilfe berechtigt erscheint."

Auch aus der der Norm des § 7 Abs.1 S. 2 Nr. 2 SGB II entsprechenden 2. Alternative des § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII (Leistungsausschluss für Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt) lässt sich kein Argument gegen eine solche Auslegung der Vorschrift des § 21 S. 1 SGB XII ableiten. So führt Coseriu im juris-PK zu § 23 SGB II zur Entstehungsgeschichte des § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII (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 S. 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 (...) 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." Folglich stellt § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII nachvollziehbar lediglich eine weitere "Absicherung" des Gesetzgebers dar, einen Ausschluss von Leistungen nach dem SGB XII für solche EU-Ausländer, die schon von dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II betroffen sind, normativ sicherzustellen. Die Einführung der Norm ist lediglich eine Reaktion des Gesetzgebers auf die von ihm nicht gewollte Anwendung bzw. Nichtanwendung von § 21 S. 1 SGB XII der Rechtsprechung und Eröffnung des Weges in das SGB XII für die betroffenen EU-Ausländer. Dementsprechend lässt sich die Norm auch nicht im Rahmen eines Umkehrschlusses argumentativ gegen die Auslegung des § 21 S. 1 SGB XII als "Anwendungssperre" für Erwerbsfähige anführen. In der Gesetzesbegründung des aufgrund des Gesetzes zur 2. Änderung des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuchs vom 24.03.2006 eingeführten § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II (BT Drs. 16/688, S. 13) heißt es zudem: "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 S. 2 ausgeschlossen sein. Darüber hinaus kommen dann für diese Personengruppe auch Leistungen des SGB XII wegen § 21 S. 1 SGB XII nicht in Betracht, da sie dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II ist." Der Gesetzgeber ist demnach davon ausgegangen, dass Erwerbsfähige aufgrund der Vorschrift des § 21 S. 1 SGB XII keine Leistungen nach dem SGB XII beziehen können (im Ergebnis so auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.01.2016 - L 29 AS 20/16 B -).

c) Entsprechend der obigen Ausführungen ist die Anwendung der Vorschriften des SGB XII für die Antragsteller wegen § 21 S. 1 SGB XII ausgeschlossen, so dass es nicht darauf ankommt, ob den Antragstellern im Falle eines grundsätzlichen Leistungsanspruchs nach dem SGB XII ein Anspruch nach § 23 Abs.1 SGB XII zusteht. Gleichwohl wäre ein solcher - wird isoliert auf die Regelung des § 23 SGB XII abgestellt - nicht gegeben. 30

aa) Ein Anspruch der Antragsteller auf Gewährung von Leistungen nach § 23 Abs.1 S. 3 SGB XII wäre gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII ausgeschlossen. Gemäß § 23 Abs. 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. Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Nach § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII 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. Bereits nach dem systematischen Aufbau der Vorschrift bezieht sich der in § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. 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. Senat, Beschl. v. 20.08.2015 - L 12 AS 1180/15 -; insoweit überzeugend BSG, Urt. v. 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R - Rn. 48 ff, juris) auf die vorherigen Absätze 1 und 2. Infolgedessen bezieht er sich auf die komplette Vorschrift des § 23 Abs. 1 SGB XII und somit denklogisch auch auf den Satz 3 der Norm. 31

bb) 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 32

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 beiden 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 Hilfegewährung 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.

cc) Die weitere Argumentation des BSG in der Entscheidung v. 03.12.2015 - B 4 AS 44/15 R 33 -, dass die Begrifflichkeit des "Anspruchs" in § 23 Abs.3 S. 1 2. Alt. SGB XII nur den "gebundenen Anspruch" bzw. den "Rechtsanspruch" und nicht auch die Gewährung von Leistungen im Ermessenswege gemäß § 23 Abs.1 S. 3 SGB XII meint, ist vor dem Hintergrund von § 17 SGB XII unverständlich, der die gesetzliche Überschrift "Anspruch" trägt und diesen Rechtsbegriff damit definiert. Die Norm lautet wie folgt: "(1) Auf Sozialhilfe besteht ein Anspruch, soweit bestimmt wird, dass die Leistung zu erbringen ist. Der Anspruch kann nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden. (2) Über Art und Maß der Leistungserbringung ist nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, soweit das Ermessen nicht ausgeschlossen wird. Werden Leistungen auf Grund von Ermessensentscheidungen erbracht, sind die Entscheidungen im Hinblick auf die sie tragenden Gründe und Ziele zu überprüfen und im Einzelfall gegebenenfalls abzuändern." Mit dem Rechtsbegriff "Anspruch" meint das Gesetz nach seinem Sinn und Zweck nicht nur die Forderung gegen den Sozialhilfeträger auf eine Muss-Leistung, sondern auch Forderungen auf eine Ermessensleistung bewilligende Entscheidung (so ausdrücklich Coseriu in juris-PK zu § 17 SGB XII, Rn.19). Dies ergibt sich insbesondere auch daraus, dass der zweite Absatz des ausweislich seiner Überschrift den Begriff des Anspruchs definierenden § 17 SGB XII explizit regelt, in welchem Zusammenhang Leistungsträger bei der Realisierung des Anspruchs Ermessen auszuüben hat und wie dieses Ermessen auszuüben ist. Die Einbeziehung dieser Regelung in die Norm des § 17 SGB XII wäre nicht sinnvoll, wenn der Gesetzgeber den Anspruch auf Ermessensentscheidungen nicht in die Definition des Anspruchs einbeziehen wollte. Warum der Begriff des "Anspruchs" in § 23 Abs. 3 S. 2 2. Alt. SGB XII von dem des § 17 SGB XII abweichen sollte, ist nicht ersichtlich. Von einem "Rechtsanspruch" ist in § 23 Abs. 3 S. 2 SGB XII indes nicht die Rede (vgl. SG Dortmund, a. a. O.).

dd) Sowohl die Auslegung des BSG von § 23 SGB XII als von § 21 S. 1 SGB XII steht dem in 34 den gesetzgeberischen Motiven zum Ausdruck kommenden eindeutigen Willen des Gesetzgebers entgegen. Im Entwurf des Gesetzes zur Änderung des SGB XII und anderer Gesetze vom 25.09.2009 (BT-Drucks 16/2711, S. 10), mit dem dann § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII in der nunmehr gültigen Fassung eingeführt wurde, heißt es: "Die Einführung normiert einen der Regelung im Zweiten Buch Sozialgesetzbuch entsprechenden Leistungsausschluss für Ausländer und stellt damit zugleich sicher, dass Ausländer, die nach § 7 Abs. 1 S. 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." Die Formulierung lässt keinen Zweifel daran zu, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Norm auch eine Leistungsbewilligung über die Vorschrift des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII ausschließen wollte. Andernfalls hätte er die insofern sprachlich eindeutige Formulierung "aus dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch" eingeschränkt. Dem BSG waren

die Motive bei Fassung des Urteils vom 03.12.2015 auch bekannt. Es benutzt das Zitat an anderer Stelle (BSG a. a. O., Rn. 48 ff, juris), um zu erklären, dass nach dem gesetzgeberischen Willen von dem Leistungsausschluss in § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt SGB XII trotz abweichender Formulierung dieselbe Personengruppe betroffen sein soll wie von dem Ausschluss in § 7 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 SGB II. Warum das BSG die gesetzgeberischen Motive dann jedoch bei der Auslegung des Umfangs des Ausschlusses außer Betracht lässt, bleibt unbeantwortet.

ee) Nicht nachzuvollziehen ist, wie das BSG in Anwendung des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII als Anspruchsgrundlage zu einer Ermessensreduzierung auf Null und damit in der Regel zu einem gebundenen Leistungsanspruch kommt. Eine solche einschränkende Auslegung ist verfassungsrechtlich nicht geboten (dazu unter ff)). Die Einschätzung entspricht nicht der im Übrigen von dem BSG argumentativ für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Anspruchsnorm des § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII herangezogenen Rechtsprechung des BVerwG zu § 120 BSHG. Denn das BVerwG ist davon ausgegangen, dass hinsichtlich des auszuübenden Ermessens keine besonderen rechtlichen Vorgaben zu beachten sind, insbesondere auch die Rückkehr in das Heimatland regelmäßig zumutbar ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.07.1988 - 5 B 136/87 (5 ER 179/87); vgl. auch Lübke-Wolff, ehem. Rf in BVerfG, Interview "Ist der Sozialstaat überfordert" in DIE ZEIT, 04.02.2016). Auf welcher Grundlage das BSG hinsichtlich der Ermessensausübung auf das Vorliegen einer durch die Ausländerbehörde verfügten Ausreise abstellen will, wird ebenfalls nicht deutlich. Denn auch ohne eine solche Verfügung ist die Möglichkeit der Rückkehr und damit die Möglichkeit der Selbsthilfe gegeben. Der Betroffene wird regelmäßig die Feststellung seiner Verpflichtung zur Ausreise nicht benötigen, um seine diesbezüglichen Optionen zu erkennen. Die Leistungsträger nach dem SGB II bzw. nach dem SGB XII haben auch keine rechtlichen Grundlagen, die Ausländerbehörden entsprechend zu veranlassen. In der Mehrzahl der Fälle, nämlich in den Fällen der "direkten" Anwendung des Leistungsausschlusses des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, ist die Verfügung der Ausreise nicht möglich, da den Betroffenen ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitssuche aus § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU gerade zusteht, sie sich folglich rechtmäßig im Inland aufhalten.

Offen bleibt, warum bei enttäuschten Erwartungen (so BSG a. a. O.) zur Aufnahme einer Berufstätigkeit und tatsächlichem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland im Regelfall nach sechs Monaten eine Aufenthaltsverfestigung eintritt. Diese Annahme lässt sich jedenfalls aus den Regelungen des FreizügG/EU, die regelmäßig dem Aufenthalt eines EU-Ausländers, dessen Aufenthaltsrecht sich alleinig aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, im Inland ausschließlich zu Grunde liegen sollten, nicht herleiten. Der (arbeitsuchende) EU-Ausländer, der auf Grundlage von § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU einreist, sollte sich der grundsätzlichen Befristung seines Rechts zum Aufenthalt auf sechs Monate und der sich anschließenden weniger gefestigten Rechtsposition bewusst sein (zum gleichen Ergebnis kommt LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 11.02.2016 - L 3 AS 668/15 B ER -). Entsprechendes gilt für denjenigen EU-Ausländer, der nach einer Beschäftigung im Inland von nicht mehr als einem Jahr mehr als sechs Monate arbeitslos ist. Etwas anderes könnte nur dann anzunehmen sein, wenn der Betroffene Anlass haben sollte, dass die zuständige Ausländerbehörde eine hiervon abweichende für ihn günstigere Rechtsposition vertritt. Eine solche - im Einzelfall zwar vorstellbare Rechtsposition - grundsätzlich jedoch aus einer (bloßen) Untätigkeit zu folgern, findet weder eine Stütze im Gesetz noch in allgemeinen z. B. aus § 242 BGB abzuleitenden Gerechtigkeitsüberlegungen.

ff) Der Ausschluss von EU-Ausländern, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt oder die gar kein materielles Aufenthaltsrecht haben, wie wohl die

Antragsteller, verstößt auch nicht gegen die Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber hat mit dem Leistungsausschluss für EU-Ausländer, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, den Nachrang des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber dem des Herkunftslandes normiert. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (so im Ergebnis auch: LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 05.11.2015 - L 3 AS 479/15 B ER -; v. 11.02.2016 - L 3 AS 668/15 B ER -; SG Dortmund, Beschluss v. 23.11.2015 - S 30 AS 3827/15 ER - juris; Senat, Beschl. v. 20.08.2015 - L 12 AS 1188/15 B ER -). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BVerfGs vom 18.07.2012 (- 1 BvL 10/10, 1BvL 2/11 -, juris). Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage, inwiefern der Gesetzgeber bei der Ermittlung der Höhe von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums (dort: Höhe der Leistungen nach dem AsylbLG im Vergleich zu den Leistungen nach dem SGB II und SGB XII) unterschiedliche Bedarfe festsetzen und sich bei dieser Differenzierung am Aufenthaltsstatus der Hilfebedürftigen orientieren darf. Das BVerfG führt in diesem Zusammenhang in Rn. 74 (juris) aus: "Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren. Eine Differenzierung ist nur möglich, sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann". In Rn.75 (juris) heißt es: "Ob und in welchem Umfang der Bedarf existenznotwendiger Leistungen für Menschen mit nur vorübergehendem Aufenthaltsrecht in Deutschland (...) bestimmt werden kann, hängt allein davon ab, ob wegen eines nur kurzfristigen Aufenthalts konkrete Minderbedarfe gegenüber Hilfsempfängern mit Daueraufenthaltsrecht nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können". Das Urteil enthält dagegen keine Aussage darüber, inwiefern es dem Gesetzgeber möglich ist, Personen ohne Aufenthaltsrecht, Sozialleistungen zu verwehren (in Rn.74 knüpft es vielmehr an ein bestehendes Aufenthaltsrecht an) oder Personen mit einem bestimmten, näher definierten Aufenthaltsrecht (hier: dem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche) vom Bezug von Sozialleistungen auszuschließen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Situation eines Asylbewerbers grundsätzlich nicht mit der eines EU-Ausländers vergleichbar ist, der von seinem Freizügigkeitsrecht zum Zweck der Arbeitsuche Gebrauch gemacht hat und in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist: Während ein Asylbewerber, der sich auf eine politische Verfolgung in seinem Heimatland beruft, regelmäßig nicht in sein Herkunftsland zurückkehren kann, ist dies der hier betroffenen Personengruppe in der Regel ohne Weiteres möglich. Diese Rückkehr in das Heimatland stellt ein zumutbares Mittel zur Selbsthilfe dar, dessen Einforderung das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums nicht verletzt. Das BVerfG hat in einer gegen den Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 S. 1 SGB II (Leistungsausschluss für Auszubildende) gerichteten Verfassungsbeschwerde die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt (Beschluss vom 08.10.2014 - 1 BvR 886/11 -, juris). Es hat in diesem Zusammenhang in Rn. 13 ausgeführt: "Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG (...) ist nicht verletzt. Nach § 2 Abs.2 S. 2 SGB II müssen erwerbsfähige Leistungsberechtigte ihre Arbeitskraft zur Beschaffung des Lebensunterhalts einsetzen; dies tut der Beschwerdeführer nicht, wenn er studiert. Daher schließt § 7 Abs. 5 S. 1 SGB a. F. im Fall des Beschwerdeführers die Gewährung dieser Grundsicherungsleistungen aus." In Rn. 14 heißt es weiter: "Der faktische Zwang, ein Studium abbrechen zu müssen, weil keine Sozialleistungen zur Verfügung stehen, berührt zwar die teilhaberechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1

GG und dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG (...). Der Gesetzgeber hat mit den Vorschriften des Bundesausbildungsförderungsgesetzes jedoch ein besonderes Sozialleistungssystem zur individuellen Förderung der Hochschulausbildung durch den Staat geschaffen, das diese Teilhabe sichern soll." Diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass das BVerfG keinen von dem Hilfebedürftigen möglichen Mitwirkungshandlungen losgelöst, allein aus der Hilfebedürftigkeit und dem tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet resultierenden Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums annimmt. Der faktische Zwang, die bisherige Lebensführung zur Sicherung des Existenzminimums ändern zu müssen, führt danach nicht zur Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, sondern berührt vielmehr das Grundrecht, das diese vom Hilfebedürftigen gewählte Lebensgestaltung schützt. Nach diesen Maßgaben besteht keine Verpflichtung des Gesetzgebers, einen Aufenthalt des Hilfebedürftigen im Bundesgebiet trotz einer ihm möglichen Rückkehr in sein Heimatland durch die Gewährung von Sozialleistungen zu ermöglichen, wenn der Hilfebedürftige über gar kein Aufenthaltsrecht oder nur über ein solches verfügt, dessen Gewährung der nationale Gesetzgeber originär - europarechtlich zulässig - mit der Versagung von Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums verknüpft hat.

Eine Prüfung, inwiefern ein Hilfebedürftiger in seinem Herkunftsland das Existenzminimum nach deutschen Maßstäben sichern kann, ist in diesem Zusammenhang nicht anzustellen. Im Ausländerrecht ist die nachteilige wirtschaftliche Situation im Herkunftsland kein Maßstab, der zur Gewährung eines Aufenthaltsrechts oder dem Schutz vor einer Abschiebung führen kann. Sofern wirtschaftliche Gesichtspunkte bei der Beurteilung einer Abschiebung ins Herkunftsland nicht die Annahme der Unzumutbarkeit einer Rückkehr rechtfertigen können (vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 06.09.2007 - 11 A 633/05 A -, Rn. 28-32, juris, zur Zumutbarkeit einer Abschiebung nach Sierra Leone trotz völlig fehlender sozialer Sicherungssysteme und einer Arbeitslosenquote von 70 %), erscheint es unter Berücksichtigung des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung auch nicht denkbar, solche nachteiligen Lebensumstände im Herkunftsland bei der Prüfung der sozialrechtlichen Zumutbarkeit einer Rückkehr anzuführen. Die Überlegungen stehen im Einklang mit den Ausführungen des BVerfG in der oben zitierten Entscheidung vom 18.07.2012. Zwar wird dort festgehalten (bei juris Rn. 63): "Wenn Menschen, die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, (...) ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde (...) verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen." Das BVerfG folgert daraus: "(Mit) dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 GG korrespondiert ein individueller Leistungsanspruch, da das Grundrecht die Würde jedes einzelnen Menschen schützt und sie in solchen Notlagen nur durch materielle Unterstützung gesichert werden kann." Es knüpft damit einen "Anspruch" auf Sozialleistungen an das Vorliegen einer Notlage, zu deren Behebung eine entsprechende materielle Unterstützung (der Bundesrepublik Deutschland) von Nöten ist. Das ist bei EU-Ausländern aber regelmäßig nicht der Fall. Denn ihnen steht es frei, in ihr Heimatland zurückzukehren, dort ohne Sprachbarriere (wieder) eine Tätigkeit aufzunehmen oder auf die dortigen sozialen Sicherungssysteme zurückzugreifen. Auf Leistungen der Bundesrepublik Deutschland sind EU-Ausländer zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz regelhaft nicht angewiesen. Ob eine solche im Einzelfall denkbare Notlage vorliegt, kann hier dahinstehen. Denn von den anwaltlich vertretenen Antragstellern wird eine solche weder behauptet noch ergeben sich diesbezüglich Anhaltspunkte aus der Akte.

39

2. Die Antragsteller haben auch keinen Anspruch auf die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II, da sie von diesen gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II bzw. in analoger

40

Anwendung der Vorschrift ausgeschlossen sind (vgl. hierzu oben unter 1. a).
Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich eines Leistungsausschlusses bestehen entsprechend der vorstehenden Überlegungen zu einer Verwehrung von Leistungen nach dem SGB XII nicht. Da ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ausscheidet, war eine Beiladung des Trägers i. S. v. § 75 Abs. 2 SGG nicht geboten.

3. Über die Frage zustehender Überbrückungsleistungen zur Finanzierung der Rückkehr in ihr Heimatland bzw. des bis dahin noch erforderlichen Aufenthalts war nicht zu entscheiden. Ein entsprechender Antrag wird nicht gestellt. Im Übrigen hat sich die Antragsgegnerin im Verfahren dem Grunde nach zu einer entsprechenden Leistungsgewährung bereit erklärt, so dass diesbezüglich kein Anordnungsgrund vorliegt. 41

Die Kostenentscheidung folgt aus entsprechender Anwendung von § 193 SGG. 42

Eine Beschwerde gegen diesen Beschluss findet nicht statt (§ 177 SGG). 43