

S 16 AS 690/07 ER

Land
Hessen
Sozialgericht
SG Wiesbaden (HES)
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

16
1. Instanz
SG Wiesbaden (HES)
Aktenzeichen
S 16 AS 690/07 ER

Datum
15.01.2008
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 9 AS 59/08 B ER

Datum
03.04.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1. Der Gleichbehandlungsanspruch von Unionsbürgern nach Art. 12 EGV i. V. m. Art. 18 EGV besteht jedenfalls bis zum Beginn der Ausreisepflicht. Unionsbürger sind gemäß § 7 Abs 1 Satz 1 FreizügG/EU erst ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht .

2. Steht einer Gewährung von Arbeitslosengeld II die fehlende Erwerbsfähigkeit ([§ 8 Abs. 2 SGB II](#)) entgegen, weil ein Antrag auf Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU abgelehnt wurde, so ist der Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 12 EGV i. V. m. Art. 18 EGV im Leistungssystem des SGB XII zu gewährleisten. [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) 2. Var. SGB XII ist europarechtskonform dahingehend zu reduzieren, dass jedenfalls Unionsbürger, die nicht ausreisepflichtig sind, vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.

3. Zur Bedeutung der Beiladung nach [§ 75 Abs. 2 SGG](#) bei sog. Optionskommunen.
Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig ab dem 30. Oktober 2007 bis 31. Januar 2008 Leistungen auf den Regelbedarf nach dem SGB XII in Höhe von monatlich 347,- EUR für die Antragstellerin zu 2) und 208,- EUR monatlich für den Antragsteller zu 1), einen Alleinerziehendenzuschlag zugunsten der Antragstellerin zu 2) i. H. v. 124,92 EUR monatlich zuzüglich Kosten der Unterkunft und Heizung i. H. v. jeweils monatlich 288,25 EUR (insgesamt monatlich 1.256,42 EUR) zu gewähren.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat den Antragstellern deren außergerichtliche Kosten zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller – die Antragstellerin zu 2) ist die Mutter des Antragstellers zu 1) – sind tschechische Staatsangehörige und reisten am 1. September 2006 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Ausweislich der Aufenthaltsanzeige gab die Antragstellerin zu 2) als Gründe des Aufenthaltes an: "Arbeitsplatzsuche, Ausbildung/Studium, Eltern leben in Deutschland"

Zuletzt mit Bescheid vom 22. Juni 2007 gewährte die Antragsgegnerin zunächst Leistungen nach dem SGB II bis Ende August 2007.

Mit Bescheid vom 3. April 2007 lehnte die Bundesagentur für Arbeit den Antrag der Antragstellerin zu 2) auf Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU vom 14. März 2007 für eine Beschäftigung als Eisverkäuferin ab. Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Bescheides wird auf Blatt 32 der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

Am 24. Juli 2007 stellten die Antragsteller einen Folgeantrag auf Fortgewährung von Leistungen nach dem SGB II.

Die Antragsgegnerin stellte die Leistungen mit Bescheid vom 23. August 2007 ein und hob den Bescheid vom 22. Juni 2007 mit Wirkung ab dem 1. September 2007 auf. Zur Begründung wird auf die fehlende Arbeitserlaubnis verwiesen. Hinsichtlich des weiteren Inhalts des Bescheides wird auf Blatt 30 der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin Bezug genommen.

Hiergegen erhob die Antragstellerin zu 2) mit Schreiben vom 17. September 2007 Widerspruch. Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom

11. Oktober 2007 präzisierte die Antragstellerin zu 2) ihr Vorbringen dahin gehend, dass sie gegen die mit Bescheid vom 23. August 2007 ausgesprochene Ablehnung der Weitergewährung von Leistungen nach dem SGB II Widerspruch einlege und beantragte, die Leistungen ab 1. September 2007 weiter zu gewähren. Hilfsweise wurden Leistungen nach dem SGB XII beantragt.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 lehnte die Antragsgegnerin die Aufhebung des Bescheides vom 23. August 2007 ab. Hiergegen erhoben die Antragsteller vorsorglich Widerspruch. Über die Widersprüche und weiteren Anträge wurde bislang nicht entschieden.

Der vorliegende Eilantrag ist am 30. Oktober 2007 bei dem Sozialgericht Wiesbaden eingegangen. Mit Schriftsatz vom 29. November 2007 (Blatt 39) hat der Bevollmächtigte der Antragsteller erklärt, dass der Antrag auch seitens des Antragstellers zu 1) gestellt wird.

Die Antragsteller tragen vor, dass die Versagung der Arbeitsgenehmigung-EU dem Arbeitslosengeld II-Anspruch nicht entgegenstünde. Es komme allein auf die abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an. Nur in Fällen rechtlicher Unmöglichkeit solle die Grundsicherung für Arbeitsuchende ausgeschlossen sein. Bei derzeitiger Einschätzung der Arbeitsmarktlage könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragstellerin überhaupt keine Beschäftigung erlaubt werden könne.

Die Antragsteller beantragen,
der Antragsgegnerin per einstweiliger Anordnung aufzugeben, den Antragstellern vorerst Arbeitslosengeld II zu gewähren.

Die Antragstellerin beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass die abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis nicht ausreiche, um die Fiktion des [§ 8 Abs. 2](#) zweite Variante SGB II auszulösen. Die Frage, ob ein Arbeitsmarktzugang rechtlich gewährt werden könne, richte sich nach den arbeitsgenehmigungsrechtlichen Regelungen, so dass eine Einschätzung der Arbeitsmarktlage vorzunehmen sei. Einem Anspruch nach dem SGB XII stehe der Aufenthalt zur Arbeitssuche entgegen.

Auf einen richterlichen Hinweis hin hat der Prozessbevollmächtigte der Antragsteller mit Schreiben vom 27. Dezember 2007 erklärt, dass die Antragsteller auch durch die Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII klaglos gestellt werden könnten.

Hinsichtlich der Feststellungen zur Bedürftigkeit, zu Einkommen und Vermögen wird auf die von der Antragsgegnerin vorlegten Verwaltungsvorgänge (1 Band) verwiesen.

II.

Der Antrag ist zulässig. Er ist als Antrag nach [§ 86b Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft, da ungeachtet des Bescheides vom 23. August 2007 der vorausgehende Leistungszeitraum mit Ablauf des Monats August 2007 endete, ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs kann die Rechtsposition der Antragsteller mithin nicht verbessern. Offen bleiben kann, ob bereits der Bescheid vom 23. August 2007 eine konkludente Ablehnung des Folgeantrages vom 24. Juli 2007 darstellt oder ob eine Entscheidung hierüber noch nicht getroffen wurde. Für die Statthaftigkeit des Antrages nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) kann nämlich dahinstehen, ob bereits das Stadium des Widerspruchsverfahrens erreicht ist.

Der Antrag ist nur bei wortgetreuer Auslegung (dazu unter 1.) unbegründet, da kein Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende besteht. Die Antragsgegner haben aber einen entsprechenden sozialhilferechtlichen Anspruch (dazu unter 2.), der ebenfalls dem Antragsbegehren entspricht.

1. Die Antragstellerin zu 2) hat keinen Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld II nach §§ 7ff., 19ff. Sozialgesetzbuch, Zweites Buch, Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), da sie nicht erwerbsfähig im Sinne des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) ist. Mangels Bedarfsgemeinschaft mit der Antragstellerin zu 2) hat der Antragsteller zu 1) in der Folge keinen Sozialgeldanspruch nach [§ 28 SGB II](#). Die Erwerbsfähigkeit von Ausländern ist in [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) spezialgesetzlich geregelt. Ausländer können nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Eine Möglichkeit der Erlaubnis fehlt auch, wenn die Arbeitsgenehmigung bestandskräftig versagt wurde (LSG Bayern, Beschl. v. 12. Juli 2006, Az.: [L 11 B 154/06 AS ER](#), FEVS 58, 183). Es ist nicht erkennbar, dass die Antragstellerin zu 2) gegen die Versagung der Arbeitsgenehmigung für die Tätigkeit als Eisverkäuferin Widerspruch eingelegt hat. Ungeachtet dessen reicht die gesetzgeberisch eingeräumte abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU nicht aus, um ein "Können" i. S. d. [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) zu bejahen. Vielmehr muss die konkrete Aussicht auf die Erteilung bestehen, denn wenn keine realistische Chance auf Genehmigung einer Beschäftigung besteht, kann das Ziel einer Integration in den Arbeitsmarkt nicht erreicht werden (LSG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 17. Oktober 2006, [L 3 ER 175/06 AS, NZS 2007,220](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 14. Juni 2006, Az.: [L 6 AS 376/06 ER](#); a. A.: Brühl in: Münder (Hrsg.), LPK-SGB II, 2. Aufl. § 8 Rn. 35; Hackethal in: jurisPK SGB II, § 8 Rn. 34f. m. w. N.). Die Frage, ob ein Arbeitsmarktzugang rechtlich gewährt werden könnte, richtet sich nach den arbeitsgenehmigungsrechtlichen Regelungen, so dass eine Einschätzung der Arbeitsmarktlage vorzunehmen ist. So ist vorliegend bei einer in ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkten Hilfebedürftigen ohne Berufsausbildung die Tatbestandsseite des [§ 39 Abs. 2 AufenthG](#) zu prüfen ([§ 39 Abs. 6 AufenthG](#)). Dieser Auslegung ist – entgegen der von den Antragstellern zitierten Entscheidung des SG Dessau, Az.: [S 9 AS 386/05 ER](#) – bereits aus normsystematischen Gründen zuzustimmen, da andernfalls eine vorhandene Erlaubnis [§ 8 Abs. 2](#) 1. Var. SGB II ohne Bedeutung wäre. Zudem folgt aus den Gesetzgebungsmaterialien, dass eine Prüfung der Genehmigungsfähigkeit am Maßstab des Arbeitsgenehmigungsrecht vorzunehmen sein soll ([BT-Drs. 15/1516, S. 52](#)). Auch insoweit ist die Arbeitsmarktvorrangprüfung nach dem Vortrag der Antragstellerin zu 2) allein bezogen auf die – bereits abschlägig beschiedene – Tätigkeit als Eisverkäuferin zu beziehen. Es besteht mithin keine konkrete Aussicht auf Erteilung einer Arbeitsgenehmigung-EU.

Europarechtliche Bedenken gegen dieses Auslegungsergebnis bestehen nicht. Der Erlaubnisvorbehalt hat eine europarechtliche Rechtfertigung in Art. 24 der sog. Beitrittsakte 2003 (ABl. L 236 vom 23.09.2003, S. 33) i. V. m. den entsprechenden Anhängen und den dortigen Freizügigkeitsbeschränkungen für die Angehörigen der zum 1. Mai 2004 beigetretenen Staaten Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowenien, Slowakei, die Tschechische Republik und Ungarn. Daher bestehen auch keine Zweifel an der Vereinbarkeit einer Kopplung der

Grundsicherung für Arbeitsuchende an das Arbeitsgenehmigungsrecht mit europarechtlichen Vorgaben, solange die existenzsichernden Leistungen, die keinen Arbeitsmarktbezug aufweisen, auf anderer Rechtsgrundlage diskriminierungsfrei zuerkannt werden können (dazu unten).

2. Indes ist die Antragsgegnerin als Leistungsträgerin nach dem SGB XII leistungspflichtig und der Antrag insoweit begründet.

Die Kammer ist trotz der Zuständigkeit für Angelegenheiten der Grundsicherung für Arbeitsuchende in analoger Anwendung von [§§ 75 Abs. 2](#) 2. Var, Abs. 5 SGG zuständig für die Entscheidung über einen Sozialhilfeanspruch nach dem SGB XII. Vorliegend besteht zwar für eine Beiladung kein Raum, da die Antragsgegnerin als sog. Optionskommune personenidentisch mit der Trägerin der Sozialhilfe ist. Da das Bundessozialgericht bei alternativ zur Anwendung kommenden SGB II und SGB XII-Ansprüchen zumindest im Hauptsacheverfahren einen Fall der notwendigen Beiladung sieht (BSG, Urt. v. 7. November 2006, Az.: [B 7b AS 14/06 R](#) – Rz. 11) und mit [§ 6a SGB II](#) eine rein verwaltungsorganisationsrechtliche Regelung und kein "Sonderprozessrecht" geschaffen werden sollte, sind im Wege des "erst recht"-Schlusses die Rechtsfolgen der [§ 75 Abs. 2 und 5 SGG](#) aber auch auf die Antragsgegnerin anzuwenden. [§ 75 Abs. 2 und 5 SGG](#) finden im Eilverfahren entsprechende Anwendung (Keller/Leitherer in: Meyer-Ladewig u. a., SGG, 8. Aufl. § 75 Rn. 4), wobei wegen der eingeschränkten Rechtskraftwirkung eine Beiladung bzw. Anwendung des Rechtsgedankens des [§ 75 Abs. 2 und 5 SGG](#) nicht zwingend ist. Diese Verfahrensweise ist vorliegend aber sachgerecht, da gleich eine Reihe von streitigen Rechtsfragen ([§ 8 Abs. 2 SGB II](#) s. oben – Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes und Herstellung von Europarechtskonformität s. unten) die Frage nach dem anzuwendenden Leistungssystem bestimmen und insoweit ein einheitliche Entscheidung geboten ist. [§ 75 Abs. 2 und 5 SGG](#) haben den Zweck, sich widersprechende Entscheidungen unterschiedlich besetzter Spruchkörper zu vermeiden (ausdrücklich [BSGE 9, 67](#) (69)). Mit der Erweiterung der beiladungsfähigen Beteiligten um Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende und Sozialhilfeträger, die nicht nur untereinander sondern auch wechselseitig als leistungspflichtig in Betracht kommen können (BSG, Urt. v. 7. November 2006, Az.: [B 7b AS 14/06 R](#) – Rz. 11) hat der Gesetzgeber im neugefassten [§ 75 Abs. 2 SGG](#) zudem hinreichend deutlich gemacht, dass er [§ 75 SGG](#) als hinreichende Ermächtigungsgrundlage zur Durchbrechung des Fachkammerprinzips ansieht: Für Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende und Sozialhilfeträger kann angesichts der Kammerbesetzung mit unterschiedlichen ehrenamtlichen Richtern niemals die Zuständigkeit desselben Spruchkörpers gegeben sein ([§ 12 Abs. 5 SGG](#)). Die übrigen Voraussetzungen des [§ 75 Abs. 2 SGG](#) liegen vor; die Leistungspflicht eines anderen kommt nur dann in Betracht, wenn es sich um Ansprüche handelt, die sich gegenseitig ausschließen; nicht erforderlich ist, dass sich um die identische Anspruchsgrundlage handelt (Keller/Leitherer in: Meyer-Ladewig u. a., SGG, 8. Aufl. § 75 Rn. 12). Die Ansprüche nach [§§ 7ff., 19 ff. SGB II](#) einerseits und [§§ 19ff., 28ff. SGB XII](#) stehen gemäß zueinander in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, wie [§ 5 Abs. 2 SGB II](#) und [§ 21 SGB XII](#) klarstellen. Bei beiden denkbaren Ansprüchen handelt es sich um Ansprüche auf Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Der Prozessbevollmächtigte hat mit Schreiben vom 27. Dezember 2007 erklärt, dass die Gewährung von Leistungen nach dem SGB XII ebenfalls dem Antragsbegehren der Antragsteller entspricht.

Die Antragsteller haben Ansprüche auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach [§§ 19ff., 28ff. SGB XII](#).

Hinsichtlich der Bedürftigkeit und des Fehlens von anzurechnendem Einkommen und Vermögen wird auf die Ermittlungen der Antragsgegnerin Bezug genommen, die zur Leistungsbewilligung nach dem SGB II, zuletzt mit Bescheid vom 22. Juni 2007 geführt haben; eine Änderung der Tatsachenlage ist nicht erkennbar. Das Gericht zweifelt ebenso wenig wie die Antragsgegnerin an der Richtigkeit der von der Antragstellerin zu 2) gemachten Angaben; insoweit wird auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

[§ 21 SGB XII](#) steht einer Leistungsgewährung nicht entgegen, da die Antragsteller nicht erwerbsfähig i. S. d. [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) sind, mithin – wie ausgeführt – bereits dem Grunde nach kein vorrangiger Anspruch nach [§§ 7ff., 19 ff. SGB II](#) besteht.

Der Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ist nicht nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1](#) 2. Var. SGB XII ausgeschlossen, da diese Vorschrift europarechtskonform dahingehend zu reduzieren ist, dass jedenfalls Unionsbürger, die nicht ausreisepflichtig sind, von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Nach dem Wortlaut der Vorschrift haben Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Eine wortlautgetreue Anwendung der Vorschrift verstößt im vorliegenden Fall gegen Art. 12 und 18 EGV, da sich die Antragsteller als Unionsbürger in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt ihr Aufenthaltsrecht nicht verloren haben.

Der Gewährleistungsbereich der Art. 12 und 18 EGV eröffnet. Der Europäische Gerichtshof hat auf der Grundlage des allgemeinen Diskriminierungsverbotes des Art. 12 EGV einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung bei sozialhilfeähnlichen Leistungen angenommen, wenn Unionsbürger bereits von ihrer Freizügigkeit als Unionsbürger nach Art. 18 EGV – nicht: von ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit – Gebrauch gemacht haben (vgl. EuGH, Urt. v. 20. September 2001, Rs. [C-184/99](#) – "Grzelczyk", [Slg. 2001 S. I-6193](#); Urt. v. 23. März 2004, Rs. [C 138/02](#) – "Collins", [EuZW 2004, 507](#); Urt. v. 07. September 2004, Rs. [C-456/02](#) – "Trojani", [EuZW 2005, 307](#); vgl. auch zu anderen beitragsunabhängigen Sozialleistungen: EuGH, Urt. v. 12. Mai 1998, Rs. [C-85/96, Slg. 1998, I-2691](#) (2716 f.) – "Martínez Sala"; Urt. v. 11. Juli 2002, Rs. [C-224/98, Slg. 2002 I-6191](#) – "D'Hoop"; Urt. v. 15. März 2005, Rs. [C-209/03, EuZW 2005, 276](#) – "Bidar"; Urt. v. 26. Oktober 2006, Rs. [C-192/05, Slg. 2006 I-1045](#) – "Tas-Hagen und Tas"). Die genannten Entscheidungen werden vom Gericht dahingehend interpretiert, dass ein Unionsbürger einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung bei Grundsicherungsleistungen hat, wenn er gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigt ist oder ein Erlöschen des früher begründeten Aufenthaltsrechts bislang nicht festgestellt worden ist; solange der Mitgliedstaatsangehörige einen Aufenthaltstitel nach nationalem Recht besitzt, besteht unabhängig von einem gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht ein Anspruch auf Inländergleichbehandlung im Bereich von Grundsicherungsleistungen (Sander, DVBl. 2005, 1014 (1016); im Erg. auch LSG NRW, Beschl. v. 27. Juni 2007, Az.: [L 9 B 80/07 AS ER](#); einen Anlass zur europarechtskonformen Auslegung sehen ferner LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 25. April 2007, Az.: [L 19 B 116/07 AS ER](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 25. Juli 2007, Az.: [L 6 AS 444/07 ER](#)). Im Urteil vom 7. September 2004, Rs. [C-456/02](#) – "Trojani" führt der EuGH aus, dass "die Mitgliedstaaten den Aufenthalt eines nicht wirtschaftlich aktiven Unionsbürgers zwar von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängig machen ()" dürften; daraus ergebe sich aber nicht, "dass einer solchen Person während ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat nicht das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung, wie es in Artikel 12 EGV niedergelegt ist, zugute kommt". Mit einer nationalen Regelung werde gegen Art. 12 EGV verstoßen, wenn "sie den Unionsbürgern, die sich in dem Mitgliedstaat rechtmäßig aufhalten, ohne seine Staatsangehörigkeit zu besitzen, die Leistung von Sozialhilfe auch dann nicht gewährt, wenn sie die Voraussetzungen erfüllen, die für die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats gelten. () Es ist hinzuzufügen, dass es dem Aufnahmemitgliedstaat unbenommen bleibt,

festzustellen, dass ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats, der Sozialhilfe in Anspruch genommen hat, die Voraussetzungen für sein Aufenthaltsrecht nicht mehr erfüllt. Der Aufnahmemitgliedstaat kann in einem solchen Fall unter Einhaltung der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen eine Ausweisungsmaßnahme vornehmen. Die Inanspruchnahme des Sozialhilfesystems durch einen Unionsbürger darf jedoch nicht automatisch eine solche Maßnahme zur Folge haben." Dabei ist der Begriff "Ausweisung" nicht im aufenthaltsrechtlich-technischen Sinne zu verstehen, gemeint ist eine wie auch immer geartete Feststellung der Ausreisepflicht bzw. der Möglichkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Erst dann endet der Gleichbehandlungsanspruch. Unionsbürger sind gemäß § 7 Abs 1 Satz 1 FreizügG/EU erst ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (Hess. VGH, Beschl. v. 29. Dezember 2004, Az.: [12 TG 3212/04](#); vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18. Oktober 2005, Az.: [8 S 39/05](#)). Hieraus folgt, dass ohne entsprechende Feststellungen auch nicht andere Behörden oder Gerichte von dem Wegfall des Aufenthaltsrechts bzw. des Gleichbehandlungsanspruches ausgehen dürfen. Auch für das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Var. FreizügG/EU sieht bereits das nationale Recht das Verfahren nach § 5 Abs. 5, §§ 6, 7 FreizügG/EU zur Feststellung der Ausreisepflicht vor. Hiernach ist durch die Ausländerbehörde zunächst die Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht einzuziehen (§ 5 Abs. 5 FreizügG/EU) und der Verlust des Aufenthaltsrechts festzustellen (§ 6 Abs. 1 FreizügG/EU), was erst im Falle der Bestandskraft zur Ausreisepflicht führt.

Die Antragstellerin zu 2) begründete zunächst ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 2. Var. FreizügG/EU. Das Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1) folgt aus § 3 Abs. 1 FreizügG/EU als Familienangehöriger. Es ist weder vorgetragen noch erkennbar, dass der Verlust des Aufenthaltsrechts durch die Ausländerbehörde der Antragsgegnerin festgestellt wurde.

Die aus der wortlautgetreuen Auslegung resultierende Ungleichbehandlung wäre auch nicht zu rechtfertigen. Nach EuGH, Urteil vom 7. September 2004, Rs. [C-456/02](#) - "Trojani", ist bei Fortbestand des Aufenthaltsrechts eine direkte Anknüpfung an die Ausländereigenschaft nicht zu rechtfertigen (siehe ausdrücklich Rz. 44 und 46 der Entscheidung). [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) diskriminiert nicht lediglich mittelbar, sondern statuiert eine zusätzliche Hürde für den Leistungsbezug von Ausländern und unterfällt damit der vom EuGH entschiedenen Fallgruppe. Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Ungleichbehandlung werden in Literatur und Rechtsprechung indes in kritischer Auseinandersetzung mit der "Trojani"-Entscheidung kontrovers beurteilt (vgl. im Überblick: Epiney in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 12 EGV Rn. 24; 37ff.; dezidiert kritisch: Hess. LSG, Beschluss vom 13. September 2007, [L 9 AS 44/07 ER](#) unter Berufung auf Streinz, EUV/EGV, Art. 12 EGV Rn. 54 m.w.N. zum Parallelproblem bei [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)). Selbst wenn man in Abkehr von den in der o. g. EuGH-Entscheidung herausgearbeiteten Grundsätzen nach allgemeiner Dogmatik auf objektive Gründe der Ungleichbehandlung und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abstellt, so ist der Leistungsausschluss für Arbeitsuchende im Rahmen des [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) nicht zu rechtfertigen. Ein anerkennenswerter objektiver Grund für die unmittelbar an der Ausländereigenschaft anknüpfende Ungleichbehandlung ist nicht gegeben. Sollte mit der Regelung einem "Sozialleistungstourismus" vorgebeugt werden, so ist dies kein objektiver, von der Staatsangehörigkeit unabhängiger Zweck, solange rein fiskalische Erwägungen im Sinne einer staatsangehörigkeitsbezogenen Mittelverwendung verfolgt werden (EuGH, Urt. v. 16. Januar 2003, Rs. [C-388/01](#) (Kommission/Italien), Slg. I-721 Rn. 19 und 22, allerdings am Maßstab der Arbeitnehmerfreizügigkeit; Epiney in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 12 EGV Rn. 37; a. A. Hess. LSG, Beschl. v. 13. September 2007, Az.: [L 9 AS 44/07 ER](#)). Der EuGH leitet aus der Unionsbürgerschaft und dem diesbezüglichen Sekundärrecht ausdrücklich eine "gewisse finanzielle Solidarität mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten" ab (EuGH, Urt. v. 20. September 2001, Rs. [C-184/99](#) - "Grzelczyk", [Slg. 2001 S. I-6193](#) - Rn. 44).

Hieran ändert auch die zeitlich nach der "Trojani"-Entscheidung in Kraft getretene Unionsbürger-Richtlinie RL 2004/38/EG nichts. Zwar kennt sie kein tatbestandlich § 2 Abs. 1 Nr. 1 2. Var. FreizügG/EU vergleichbares Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche, sondern nur einen entsprechenden Ausweisungsschutz (Art. 14 Abs. 4 b) RL 2004/38/EG), wenn eine begründete Aussicht auf Einstellung besteht. Nach der "Trojani"-Entscheidung eröffnet aber bereits der nach nationalem Recht legale Aufenthalt (s. o.) den Anwendungsbereich des Diskriminierungsschutzes nach Art. 12 und 18 EGV. Auch die Unionsbürger-Richtlinie verlangt eine förmliche Feststellung des Verlustes des Aufenthaltsrechts (Art. 14 Abs. 2, Art. 27ff. RL 2004/38/EG), wie in § 5 Abs. 5, §§ 6, 7 FreizügG/EU geregelt.

Der Gleichbehandlungsanspruch der Antragsteller ist im Leistungssystem des SGB XII zu gewährleisten (so auch LSG NRW, Beschl. v. 27. Juni 2007, Az.: [L 9 B 80/07 AS ER](#), allerdings noch zur alten Fassung des [§ 23 Abs. 3 Satz SGB XII](#)). Es besteht kein sachlicher Grund für eine Gleichbehandlung in einem Leistungssystem, welches auch Leistungen zur Eingliederung in Arbeit vorsieht, wenn das damit verbundene Regelungsziel in europarechtlich zulässiger Weise mangels Arbeitsgenehmigung gar nicht verwirklicht werden kann. Mithin führt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts in Verbindung mit der Pflicht der Gerichte, das nationale Recht europarechtskonform auszulegen, zu der o. g. einschränkenden Auslegung des [§ 23 Abs. 3 Satz 2 SGB XII](#).

Der Anspruch auf Alleinerziehendenzuschlag folgt aus [§ 30 Abs. 3 Nr. 1 SGB XII](#), der Anspruch auf Kosten der Unterkunft und Heizung aus [§ 29 SGB XII](#).

Es besteht auch ein Anordnungsgrund. Eine Regelungsanordnung kann nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) nur ergehen, wenn und soweit sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig ist. Eine Leistungsgewährung – die regelmäßig eine Vorwegnahme der Hauptsache darstellt – kommt als Regelung nur dann in Betracht, wenn eine existentielle Notlage glaubhaft gemacht wurde (vgl. Grieger, ZfSH/SGB 2004, 579 [584]). Hieran sind dann keine hohen Anforderungen zu stellen, wenn aufgrund der nicht gewährten Leistungen die Führung eines menschenwürdigen Lebens in Frage steht. So liegt es hier. Die Antragsteller müssen bereits seit vier Monaten ohne Leistungen leben. Da es sich bei der Sozialhilfe nach den allgemeinen Regelungen der [§§ 19ff. SGB XII](#) aber nicht um eine rentenähnliche Dauerleistung handelt, war die Anordnung zur Behebung der gegenwärtigen Notlage auf den Tag des Antragseingangs bei dem Sozialgericht sowie auf den Monat der gerichtlichen Entscheidung zu befristen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-04-24