S 12 SO 8/17 ER

Land
Hessen
Sozialgericht
SG Kassel (HES)
Sachgebiet
Sozialhilfe
Abteilung
12
1. Instanz
SG Kassel (HES)
Aktenzeichen
S 12 SO 8/17 ER
Datum
21.02.2017
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
1. Zur formellen und materiellen Bestandskraft rechtskräftiger sozialgerichtlicher, vorläufig bewilligender Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz, der rechtlichen Wirkung eines hierauf beruhenden Ausführungsbescheides, der ungenutzten Möglichkeit einer gerichtlichen Abänderung entsprechender Entscheidungen durch die Verwaltung, einer durch die Verwaltung ohne Einschaltung des Gerichts erfolgenden Abänderung/Aufhebung eines solchen Ausführungsbescheides, der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage gegen die Aufhebung/Änderung einer solchen ohne gerichtliche Entscheidung erfolgenden Verwaltungsentscheidung, der erstmaligen Anordnung der sofortigen Vollziehung des Aufhebungs-/Änderungsbescheides im Widerspruchsbescheid und den Rechtsfolgen einer wider besseren Wissens im Vorverfahren nicht nachgeholten Anhörung einer zuvor rechtswidrig unterbliebenen Anhörung.

2. Zum möglichen verfassungskonformen Anspruch auf Weitergewährung von Sozialhilfe zumindest im einstweiligen Rechtsschutz durch solche EU-Bürger, die bei Inkrafttreten des § 23 SGB XII in der ab 29. Dezember 2016 geltenden Fassung bereits ohne rechtlich zulässige Befristung im laufenden Bezug von Sozialhilfe gestanden haben bzw. nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zuvor einen entsprechenden Anspruch gehabt haben (vgl. SG Kassel, Beschlüsse vom 16. Dezember 2016, S 12 SO 38/16 ER, vom 13. Februar 2017, S 11 SO 7/17 ER und vom 14. Januar 2017, S 4 AS 20/17 ER).
1. Auf den Antrag der Antragsteller vom 3. Februar 2017 wird die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage der Antragsteller gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Januar 2017 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. Februar 2017 mit der Folge wiederhergestellt, dass der Antragsgegner auf der Grundlage des Kammerbeschlusses vom 16. Dezember 2016 verpflichtet bleibt, den Antragstellern vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung für die Zeit vom 17. November 2016 bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens hinsichtlich des Widerspruchs der Antragsteller gegen den Ablehnungsbescheid des Antragsgegners vom 10. November 2016, im Umfang der jeweiligen Regelleistungen Hilfe zum Lebensunterhalt in Form des Regelbedarfs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

2. Der Antragsgegner hat den Antragsteller die Kosten des einstweiligen Anordnungsverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I.

Streitig ist ein Anspruch der Antragsteller auf Leistungen nach dem Dritten Kapitel des Sozialgesetzbuches - Sozialhilfe (SGB XII) gegenüber dem Antragsgegner bzw. die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage gegen einen den Antragstellern erteilten Aufhebungsbescheid, der zumindest im angefochtenen Widerspruchsbescheid dessen sofortige Vollziehung anordnet.

Der 19xx geborene Antragsteller zu 1), die 19xx geborene Antragstellerin zu 2), der 20xx in E-Stadt geborene Antragsteller zu 3) und der im September 20xx geborene Antragsteller zu 4) sind bulgarische Staatsangehörige. Die Antragsteller zu 3) und 4) sind nach Aktenlage die gemeinsamen Kinder der Antragsteller zu 1) und 2), die nach Aktenlage seit April 2012 in der Bundesrepublik Deutschland leben, jedoch nicht miteinander verheiratet sind. Sie bilden zusammen als Bedarfsgemeinschaft eine Haushalts- und Erziehungsgemeinschaft, wobei sich der Antragsteller zu 1) zwischen Dezember 2015 und April 2016 versicherungspflichtig in Arbeit befand, dann betriebsbedingt gekündigt worden war und schließlich bis zum 21. Oktober 2016 nach dem Sozialgesetzbuch - Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) vom Jobcenter des Landkreises E-Stadt befristet Arbeitslosengeld (ALG) II bezog. Die Befristung beruhte auf § 2 Abs. 3 Satz 2 Freizügigkeitsgesetz EU (FreizügG/EU), nachdem der Antragsteller zu 1) weniger als ein Jahr beschäftigt gewesen ist. Auch die Antragstellerin zu 2) und die Antragsteller zu 3) und 4) hatten insoweit ALG II bezogen.

Im Hinblick auf das Auslaufen der ALG-II-Leistungsgewährung beantragten die Antragsteller dann am 7./8. November 2016 beim Antragsgegner Sozialhilfe nach dem SGB XII, wobei sich dann jedoch noch vor Rücklauf des am 7. November 2016 ausgehändigten Antragsvordruckes ohne erkennbare Einzelfallprüfung ein Aktenvermerk der zuständigen Sachbearbeitung vom selben Tag fand, wonach der Antrag abgelehnt werden müsse. Dies erfolgte dann gegenüber den Antragstellern auch unmittelbar folgend mit Bescheid vom 10. November 2016. Diese seien nicht anspruchsberechtigt. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe, hätten nach § 23 Abs. 2 SGB XII keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Die Antragsteller zu 1) und 2) seien zudem erwerbsfähig und auch von daher bereits nach § 21 SGB XII von Leistungen für den Lebensunterhalt nach dem SGB XII ausgeschlossen. Insoweit bilde der Begriff der Erwerbsfähigkeit ein wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen den Leistungssystemen des SGB II und des SGB XII, wobei der Antragsgegner hierzu auf einen Beschluss des Hessischen Landessozialgerichts (HLSG) vom 22. Mai 2015 Bezug nahm, eine Auseinandersetzung mit den - vom Antragsgegner nach Aktenlage ohne Einzelfallprüfung generell abgelehnten - Urteilen des Bundessozialgerichts (BSG) u.a. vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 44/15 R und vom 16. Dezember 2015, B 14 AS 15/14 R selbst jedoch nicht erfolgte.

Hierauf machten die Antragsteller mit Eingang beim Sozialgericht Kassel vom 17. November 2016 unter dem Az. S 12 SO 38/16 ER durch ihre Prozessbevollmächtigte u.a. unter Hinweis auf diese Rechtsprechung die beantragte Leistungsgewährung im einstweiligen Rechtsschutz geltend. Gleichzeitigen legten sie mit Schriftsatz vom selben Tag gegen den Bescheid vom 10. November 2016 beim Antragsgegner Widerspruch ein.

Die Antragsteller führten aus, sie hätten einen Anspruch auf Leistungen zur Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII analog. Lege man die vorgenannte Rechtsprechung des BSG sowie die noch aktuelle Beschlusslage des 6. Senats des HLSG zugrunde, folge dies aus dem Umstand, dass die Antragsteller zu 1) bis 3) einen verfestigten Aufenthalt in Deutschland hätten, da sie schon länger als sechs Monate hier lebten. Der Antragsteller zu 4) sei als Familienangehöriger ebenfalls Aufenthaltsberechtigter. Die Beschlusslage des 9. Senats, u.a. Beschluss vom 26. September 2016, L 9 AS 643/16 B ER, führe zu keiner anderen Beurteilung. Der Aufenthalt sei auch nach dieser Rechtsprechung als verfestigt anzusehen, weil der Antragsteller zu 1) selbst zunächst im Rahmen des Familiennachzugs zu seinen Eltern, die ebenfalls freizügigkeitsberechtigt seien, nach Deutschland eingereist sei und später Arbeitnehmerstatus erlangt habe. Insoweit würden im April 2017 aus dortiger Sicht die Voraussetzungen eines Daueraufenthaltsrechts vorliegen. Vor diesem Hintergrund müsse von einer Verfestigung des Aufenthalts ausgegangen werden. Die Gründung einer familiären Lebensgemeinschaft stehe unter dem besonderen Schutz des Art. 6 Grundgesetz (GG). Dieser umfasse auch die Aufrechterhaltung des Zusammenlebens mit den eigenen Kindern, für die die Personensorge ausgeübt werde. Daher sei auch bei den Antragstellern zu 3) und zu 4) von einem Leistungsanspruch auszugehen. Von diesen könne die Antragstellerin zu 2) ebenfalls ein Aufenthaltsrecht ableiten, da sie die Personensorge für ihre Kinder tatsächlich ausübe. Auch der 9. Senat des Hessischen Landessozialgerichts habe letztlich nicht entschieden, dass es keinen Anspruch auf Sozialhilfe nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII gebe. Die vom Antragsgegner aufgeworfene Verfassungsfrage bzw. die Frage, ob § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB XII verfassungskonform ausgelegt und analog angewandt werden könne, habe der 9. Senat des HLSG insoweit ausdrücklich offengelassen. Der 9. Senat habe lediglich ausgeführt, dass es keinen "regelhaften" Anspruch nach sechsmonatigem Aufenthalt in Deutschland gebe. Aus seiner Sicht müsse der unbestimmten Rechtsbegriff des "verfestigten Aufenthalts" weitergehend geprüft werden. In zwei Verfahren, käme der 9. Senat des HLSG zu dem Ergebnis, dass kein verfestigter Aufenthalt glaubhaft gemacht worden sei, so dass dadurch nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bestehe. Der verfestigte Aufenthalt sei dabei in einen Fall daran gescheitert, dass schon kein Wohnsitz angemeldet worden sei. In zweiten Verfahren habe sodann zu keinem Zeitpunkt seit der Einreise ein eigenständiges oder ein abgeleitetes Freizügigkeits- und/oder Aufenthaltsrecht vorgelegen. Diese Fälle unterschieden sich aber vom vorliegenden deutlich. Nicht nur, dass die Antragsteller schon seit vielen Jahren in Deutschland lebten. Der Antragsteller zu 1) sei auch einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, was zu einer Fortsetzung des Arbeitnehmerstatus geführt habe. Das BSG habe sich dann mit seinen o.a. Entscheidungen hierzu ebenfalls am FreizügG/EU orientiert und die Sechsmonatsgrenze der Arbeitssuche als Maßstab herangezogen haben. Wenn die Aufrechterhaltung des Arbeitnehmerstatus mangels ausgeübter Erwerbstätigkeit also nicht eingreife und deshalb auch eine Verfestigung des Aufenthalts nicht "regelhaft" eingreifen solle, dann müsse dies aber sicher für den Personenkreis gelten, der sechs Monate lang einen Arbeitnehmerstatus vorweisen könne. Da der 9. Senat des HLSG leider keinerlei Definition zum verfestigten Aufenthalt geliefert habe, sei der verfestigte Aufenthalt danach allein an dieser Herleitung festzumachen. Im Übrigen werde insoweit seitens der Antragsteller auf den Beschluss des HLSG vom 27. Mai 16, Az. L 6 AS 226/16 B ER abgestellt. Verwiesen werde auch auf den Beschluss des Bayerischen LSG vom 16. Juni 2016, L 11 AS 348/16 B ER, der ebenfalls die Rechtsprechung des BSG "mittlerweile als gefestigt" betrachte. Das Bayerische LSG komme ferner zu der Ansicht, dass zumindest bei einem als offen anzusehenden Anordnungsanspruch aufgrund der Folgenabwägung eine Leistungsbewilligung zu erfolgen habe. Soweit der Antragsgegner schließlich noch auf die anstehende bzw. beabsichtigte Gesetzesänderung verweise, die selbst mit der Rechtsprechung des BSG einen Anspruch der Antragsteller im hier streitigen Umfang ausschließe, könne diese nur Fälle betreffen, die Bewilligungszeiträume nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erfasse. Dies unabhängig davon, dass die mit diesem Gesetz beabsichtigte Nichtanwendbarkeit von Art 10 der VO (EU) 492/2011 vor dem EuGH überprüft und wegen der doch recht weitreichenden Ausschlussregelung insgesamt einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zugeleitet werden dürfte. Letzteres habe ja in Bezug auf Asylbewerberleistungen festgestellt, dass die Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren sei. Ferner müsse das im GG verankerte Menschenrecht auf Gewährleistung des Existenzminimums in jedem Fall und zu jeder Zeit des Aufenthalts in der Bundesrepublik sichergestellt sein. Zumindest vorliegend sei nach alledem für das hiesige Verfahren der o.a. Beschlusslage des 6. Senats des HLSG und nicht zuletzt dem BSG weiterhin zu folgen. Abschließend könnten die Antragsteller auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen. Sie hätten zuletzt bis zum 20.10.2016 Hilfe zur Sicherung des Lebensunterhalts bezogen. Dazu erhielten sie Kindergeld für den Antragsteller zu 3) und Elterngeld. Weitere Leistungen bezögen sie derzeit nicht. Die Pflichtmitgliedschaft bei der AOK sei zum 31. Oktober 2016 beendet worden. Ferner fielen Mietkosten für die von der Mutter des Antragstellers zu 1) angemietete Wohnung an. Die Antragsteller lebten mit den Eltern des Antragstellers zu 1) und einer Tochter der Eltern zusammen in einer Wohnung.

Mit rechtskräftigem Beschluss vom 16. Dezember 2016 wurde der Antragsgegner sodann im Wege des vorgenannten einstweiligen Anordnungsverfahrens seitens der erkennenden Kammer verpflichtet, den Antragstellern vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung für die Zeit vom 17. November 2016 bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens hinsichtlich des Widerspruchs der Antragsteller gegen den Ablehnungsbescheid des Antragsgegners vom 10. November 2016, im Umfang der jeweiligen Regelleistungen Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung sei im tenorierten Umfang und insoweit für die Zeit ab Eingang des Antrages beim Sozialgericht in Kassel am 11. November 2016 und damit insgesamt begründet. Insoweit habe der Antrag der Antragsteller zu 1) - 4) für die Zeit ab Antragseingang bei Gericht dem Grunde nach im tenorierten Umfang Erfolg. Der Antragsgegner ist danach verpflichtet, den Antragstellern antragsgemäß im gesetzlichen Umfang Hilfe zum

Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII im Umfang der jeweiligen Regelleistungen zu gewähren. Von den Antragstellern seien bei alledem insoweit sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund ausreichend glaubhaft gemacht worden. Mit den Antragstellern stehe diesen, ausgehend von der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. BSG, Urteile vom 3. Dezember 2015, B 4 AS 59/13 R, B 4 AS 44/15 R, vom 16. Dezember 2015, B 14 AS 15/14 R, B 14 AS 18/14 R, B 14 AS 33/14 R, vom 20. Januar 2016, B 14 AS 15/15 R, B 14 AS 35/15 R, vom 17. Februar 2016, B 4 AS 24/14 R sowie vom 17. März 2016, B 4 AS 32/15 R), nach summarischer Prüfung der geltend gemachte Leistungsanspruch zu, insbesondere hielten sich die Antragsteller zu 1) und 2) mehr als sechs Monate in Deutschland auf. Die gegen die Rechtsprechung des BSG mit dem Antragsgegner ausgesprochenen Bedenken möge man vielleicht für nachvollziehbar halten, die erkennende Kammer gehe aber davon aus, dass diese Bedenken zumindest im einstweiligen Rechtsschutzverfahren angesichts der eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BSG nicht dazu führen könnten, einen Anordnungsanspruch zu verneinen, der - was die vom Antragsgegner zitierte Rechtsprechung zumindest nach Auffassung der Kammer unberücksichtigt lässt - im Hauptsacheverfahren nach jetzigem Rechtsstand erfolgreich erstritten werden könne. Diese prozessuale Lage gebiete es im Übrigen auch mit der vom Antragsgegner ignorierten oder ggf. auch nicht bekannten Rechtsprechung des vorliegend zuständigen Berufungs-/Beschwerdesenats beim HLSG, was auszuführen sein werde, den Antragstellern auch unter dem Gesichtspunkt der Folgenabwägung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren existenzsichernde Leistungen zuzusprechen.

Weiter wurde im Beschluss vom 16. Dezember 2016 ausgeführt, dass hinsichtlich der Begründetheit des Antrages der Antragsteller als sogenannter Vornahmesache bzw. Regelungsanordnung dabei allein auf § 86b Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) abzustellen, was ebenfalls im Einzelnen weiter dargelegt wurde. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben lägen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung im geltend gemachten Umfang vor. Wie seitens der 11. Kammer des Sozialgerichts Kassel (Beschluss vom 26. Oktober 2016, S 11 SO 34/16 ER) vertreten, sei in Fallgestaltungen der vorliegenden Art, anders als der Antragsgegner meine, auch nach Auffassung der erkennenden Kammer dessen vorläufige Leistungsverpflichtung nach wie vor auf Grundlage der in den o.a. Verfahren ergangenen Entscheidungen des BSG jedenfalls nach Maßgabe der Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegeben, nachdem ein Anspruch der Antragsteller nach dem SGB II auch nach der hier allein gebotenen, zumindest summarischen Prüfung der Kammer spätestens im Zeitpunkt der hier erfolgten Antragstellung aus den o.a. Gründen nicht mehr bestanden habe, mit dem BSG aufgrund der generellen Freizügigkeitsvermutung der Aufenthalt desjenigen Unionsbürgers, der schon bei seiner Einreise ins Bundesgebiet eigentlich keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt habe, aber solange als rechtmäßig angesehen werden müsse, bis die zuständige Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt habe. Nur eine ausländerbehördliche Nichtbestehens- bzw. Verlustfeststellung führe insoweit zur (sofortigen) Ausreisepflicht nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU. Insoweit gelte auch für den Fall der Antragsteller zu 1) und 2), dass diese sich als Unionsbürger unabhängig vom Vorliegen einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung nach § 2 FreizügG/EU aufgrund der generellen Freizügigkeitsvermutung im Bundesgebiet aufhalten dürften, ohne ausreisepflichtig zu sein. Für einen solchen Fall habe das BSG dann zwar einen Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II bestätigt, gleichzeitig dann aber auch eine Leistungsberechtigung im Sinne des Sozialhilferechts angenommen, wenn ein Antragsteller seinen Lebensunterhalt nicht im Sinne des § 19 Abs. 1 SGB XII i.V.m. § 27 Abs. 1 SGB XII aus eigenen Kräften und Mitteln decken könne, was im Falle der Antragsteller einerseits wegen des bestandskräftigen Vorbezugs von SGB-II-Leistungen, aber auch der glaubhaft gemachten weiteren Angaben im vorliegenden Antragsverfahren eindeutig zu bejahen sei.

Trotz der Bestimmung des § 23 Abs. 3 SGB XII, wonach Ausländer, die eingereist seien, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthalt sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe hätten, habe das BSG danach die Verpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 Satz 1 SGB XII bejaht. Es habe darüber hinaus darauf hingewiesen, dass das Ermessen des Sozialhilfeträgers in einem solchen Fall dem Grunde und der Höhe nach hinsichtlich der Hilfe zum Lebensunterhalt auf Null reduziert sei. Dies habe es jedenfalls für den Fall angenommen, dass sich das Aufenthaltsrecht des von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossenen Ausländers verfestigt habe, wenn der tatsächliche Aufenthalt des Betroffenen in Deutschland auch noch nach Ablauf von 6 Monaten bestehe. Es habe hier für den Regelfall eine Aufenthaltsverfestigung angenommen, der nach geltendem Recht nur ausländerbehördlich entgegengetreten werden könne.

Im Falle der Antragsteller zu 1) und 2) gebe es keinen Anhalt für ein irgendwie geartetes Tätigwerden der zuständigen Ausländerbehörde im Hinblick auf eine Beendigung des inzwischen bereits mehrere Jahre andauernden und damit weit über 6 Monate hinausgehenden Aufenthalts der Antragsteller in Deutschland.

Dieses insoweit nach Ablauf von 6 Monaten durch ein Vollzugsdefizit des Ausländerrechts bewirkte Faktum eines verfestigten tatsächlichen Aufenthalts des Unionsbürgers im Inland sei mit dem BSG unter Berücksichtigung auch der verfassungsrechtlichen Vorgaben kein zulässiges Kriterium, die Entscheidung über die Gewährung existenzsichernder Leistungen dem Grunde und der Höhe nach in das Ermessen des Sozialhilfeträgers zu stellen.

Insoweit habe das BSG mit den o.a. Urteilen, denen die erkennende Kammer nach wie vor folge, unmissverständlich auf der Grundlage der Entscheidungen des BVerfG einen Anspruch von Betroffenen, wie den Antragstellern zu 1) und 2), auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums bekräftigt.

Wie die 11. Kammer des Sozialgerichts Kassel sehe sich danach auch die erkennende Kammer nach der hier mit den Antragstellern allein maßgeblichen Sach-, Rechts- und Gesetzeslage im Zeitpunkt der o.a. Antragstellung, auf die hier mit den Ausführungen der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller allein abzustellen sei, trotz der vom Antragsgegner vehement geäußerten Kritik an der BSG-Rechtsprechung bei vergleichbarer Fallgestaltung nicht gehindert, eine (vorläufige) Leistungsverpflichtung des Sozialhilfeträgers anzunehmen und den Antragsgegner zur vorläufigen Leistungsgewährung an die Antragsteller zu verpflichten. Auch vorliegend sei nämlich mit den o.a. Ausführungen der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller von einem insoweit verfestigten Aufenthalt der Antragsteller zu 1) und 2) bzw. einem entsprechend aus dem verfestigten Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1) sich ableitendes Recht der übrigen Antragsteller auszugehen, das den hier streitigen Anspruch begründe. Insoweit mache sich die Kammer die diesbezüglichen Ausführungen der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller vollinhaltlich zu Eigen und nehme diese analog § 136 Abs. 3 SGG in Bezug.

Nur am Rande seien die Beteiligten noch darauf hingewiesen, dass im Übrigen auch der für die Sozialhilfe beim HLSG originär zuständige Berufungs-/Beschwerdesenat der BSG-Rechtsprechung folge. Dies bereits aus Gründen der Rechtssicherheit (vgl. Beschlüsse vom 9. März 2016, L 4 SO 50/16 B ER, vom 10. März 2016, L 4 SO 47/16 B ER und vom 11. März 2016, L 4 SO 54/16 B ER). Die Entgegnung des

Antragsgegners, dass hier nicht die Rechtsprechung des Bayerischen Landessozialgerichts, sondern diejenige des HLSG maßgeblich sei, werde danach nicht nur hierdurch mehr als relativiert. Dies auch unabhängig davon, dass diese Auffassung letztlich die Unabhängigkeit der Gerichte negiere. All dies weiter umso mehr, als mit den o.a. Ausführungen der Antragsteller vorliegend auf der Grundlage dieser Ausführungen von einer allein regelhaften Ermessensreduzierung auf Null gerade auch keine Rede sein könne.

Insoweit sei weiter erwähnt, dass z.B. auch mit der Rechtsprechung des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (vgl. zuletzt Beschluss vom 2. November 2016, L 2 AS 1741/16 B ER unter Hinweis auf LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. April 2016, L 15 SO 53/16 B ER sowie LSG NRW, Beschlüsse vom 22. März 2016, L 7 AS 354/16 B ER, vom 23. Mai 2016, L 20 SO 139/16 B ER, vom 25. Mai 2016, L 9 SO 210/16 B ER, vom 21. April 2016, L 6 AS 389/16 B ER) die gegen die Rechtsprechung des BSG ausgesprochenen Bedenken zwar durchaus für nachvollziehbar gehalten werden könnten, diese Bedenken zumindest im einstweiligen Rechtsschutzverfahren angesichts der eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des BSG aber nicht dazu führen könnten, einen Anordnungsanspruch zu verneinen, der im Hauptsacheverfahren nach jetzigem Rechtsstand erfolgreich erstritten werden könne. Diese prozessuale Lage gebiete es, auch unter dem Gesichtspunkt der Folgenabwägung in Fallgestaltungen der vorliegenden Art im einstweiligen Rechtsschutzverfahren existenzsichernde Leistungen zuzusprechen (im Ergebnis ebenso Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. September 2016, L 25 AS 1938/16 B ER).

Alledem sei mit den o.a. Ausführungen der erkennenden Kammer und der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller letztlich nichts hinzuzufügen. Insoweit sei auch hier mit den o.a. Ausführungen der Antragsteller gerade nicht festzustellen, dass die Antragsteller eingereist seien, um Sozialhilfe zu erlangen. Der von ihnen aufgezeigte Geschehensablauf und ihr Alter sprächen schon hiergegen (vgl. weiter SG Aachen, Urteil vom 9. August 2016, S 20 SO 162/15). Insoweit sei ein entsprechender Entschluss nach Aktenlage jedenfalls nicht prägend gewesen (vgl. hierzu Landessozial-gericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 22. Juni 2016, L 2 SO 2095/16 ER-B).

Im Rahmen der durchzuführenden Folgenabwägung träten (ebenso Landessozialgericht Berlin-Brandenburg wie vor) schließlich die rein fiskalischen Interessen des Antragsgegners gegenüber einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung der Antragsteller zurück. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte, vom Antragsgegner in Bezug genommene und inzwischen am 16. Dezember 2016 vom Bundesrat auch bestätigte Gesetzesänderung zum 1. Januar 2017 und insoweit der dort geregelte Leistungsanspruch u.a. nach eingetretener Verfestigung des Aufenthalts erst nach fünf Jahren Aufenthalt in Deutschland lasse schließlich die vorliegende Entscheidung unberührt. Abzustellen sei insoweit, unabhängig davon, dass die Neureglung noch nicht in Kraft getreten sei, allein auf die Rechtslage im Zeitpunkt der o.a. Antragstellung. Dies umso mehr, als das geplante Gesetz erst am Tag nach der Verkündung in Kraft treten solle (vgl. BT-Drucksache 18/10211), der beabsichtigten Gesetzesänderung also schon von daher keine Rückwirkung zukomme.

Nach alledem sei der Antragsgegner nicht zuletzt auf der Grundlage der hier vorzunehmenden Abwägungsentscheidung für die Zeit ab Antragseingang bei Gericht und wie beantragt bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung in der Hauptsache, zur vorläufigen Leistungserbringung an die Antragsteller unter Berücksichtigung ihrer mit der Antragstellung dargelegten Einkommensverhältnisse zu verpflichten gewesen.

Die Antragsteller hätten gegenüber dem Antragsgegner sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund auf Hilfe zum Lebensunterhalt in Form des Regelbedarfs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII glaubhaft gemacht.

Abschließend wurde rein vorsorglich noch darauf hingewiesen, dass einen Zuständigkeitsstreit zwischen zwei Leistungsträgern im Nachgang zur o.a. höchstrichterlichen Rechtsprechung des BSG in diesem Zusammenhang auf dem Rücken unstreitig nach dem SGB II oder aber dem SGB XII Hilfebedürftiger auszutragen, nicht nur gegen das nach derzeitiger Rechtslage verfassungsrechtlich verbriefte Recht der Antragsteller, soweit diese in der Bundesrepublik Deutschland lebten, auf Gewährung eines soziokulturellen Existenzminimums und damit das Sozialstaatsprinzip verstoße, sondern auch insgesamt gegen die Menschenwürde, es lasse auch zumindest den Verdacht aufkommen, dass hier nach zumindest noch aktueller Gesetzeslage schlichtweg keiner von beiden - auch nicht zumindest vorläufig - leisten wolle, aus welchen rechtlich und ggf. auch politisch oder sozialpolitisch nachvollziehbaren oder nicht nachvollziehbaren Gründen auch immer.

Im Rahmen der nach § 193 SGG getroffenen Kostenentscheidung im Beschluss vom 16. Dezember 2016 war abschließend dann noch darauf hingewiesen worden, dass die Kammer auf die im Anschluss an die Antragstellung in Erwägung gezogene Verhängung von Verschuldenskosten nach § 192 SGG ausdrücklich verzichtet habe, nachdem der Antragsgegner - wenn auch erstmals im vorliegenden Antragsverfahren und auf ausdrücklichen Hinweis des Gerichts - seine von der Rechtsprechung des BSG abweichende Rechtsauffassung erstmals ausführlich dargelegt habe. Dies dann auch unabhängig davon, dass der Inhalt der Verwaltungsakte des Antragsgegners mehr als verdeutliche, dass dort eine Einzelfallbeurteilung nicht erfolgt sei und Anträge in Fallgestaltungen der vorliegenden Art nach dortiger Weisungslage generell abzulehnen waren, was umso schwerer wiege, wenn die Ablehnungsentscheidung dann als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für die Gerichte die o.a. Entscheidungen des BSG schlichtweg negiere und sich auf Rechtsprechung berufe, die zumindest mit der des BSG "überholt" sei. Zumindest im Zeitpunkt des Antragseingangs bei Gericht am 17. November 2016 habe sich das Verhalten des Antragsgegners für das Gericht insoweit noch als mutwillig dargestellt. Dies erst Recht, wenn der Antragsgegner nach einem Aktenvermerk vom 7. November 2016 bei seiner Entscheidung letztlich mit Wissen und Wollen billigend in Kauf nehme, "aller Voraussicht nach vom Gericht verpflichtet zu werden, vorläufig zu zahlen" (q.e.d.). Dies weiter umso mehr, als das gemeinsame Ausländeramt der E-Stadt und des Antragsgegners - weil politisch nicht opportun oder von vornherein rechtlich nicht erfolgversprechend - dann auch selbst nicht im o.a. Sinne tätig werde, ohne dass der Antragsgegner - anders als die E-Stadt - dann in Abkehr von den von der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller nachvollziehbar aufgezeigten verfassungsrechtlichen Vorgaben die sozialhilferechtlichen Konsequenzen aus alledem ziehen würde.

Beschwerde gegen den vorgenannten Beschluss legte der Antragsgegner anschließend nicht ein.

Stattdessen bewilligte der Antragsgegner den Antragstellern ausdrücklich in Ausführung/Umsetzung des Beschlusses vom 16. Dezember 2016 mit Bescheid vom 28. Dezember 2016 "Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des SGB XII ab 17. November 2016 bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens hinsichtlich des Ablehnungsbescheides vom 10. November 2016." Die Leistungsgewährung umfasste dabei jeweils in voller Höhe, den jeweiligen Regelbedarf als auch die Kosten der Unterkunft. Eine anschließend weitere Bearbeitung des Widerspruchsverfahrens gegen den Bescheid vom 10. November 2015 unterblieb.

Wiederum stattdessen hob der Antragsgegner dann mit Änderungsbescheid vom 25. Januar 2017 ohne vorherige Anhörung der Antragsteller den in Umsetzung des Beschlusses des Sozialgerichts Kassel vom 16. Dezember 2016 ergangenen Ausführungsbescheid vom 28. Dezember 2016, mit denen den Antragstellern Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel SGB XII für die Zeit vom 17. November 2016 bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung in einem Klageverfahren, in Höhe der jeweiligen Regelleistung sowie der kopfteiligen, angemessenen Kosten der Unterkunft und Heizung gewährt worden seien, unter Verweis auf § 48 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch (SGB X) mit Wirkung ab 1. Februar 2017 wieder auf und bewilligte den Antragstellern vom 1. Februar 2017 bis 28. Februar 2017 unter Anrechnung von Kindergeld und Elterngeld Überbrückungsleistungen gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII in Höhe von allein noch 241,03 Euro.

Dies mit der Begründung, dass zum 1. Januar 2017 die Vorschrift des § 23 SGB XII in wesentlichen Teilen erheblich geändert worden sei. Gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII erhielten Ausländer danach keine Leistungen nach Abs. 1, wenn sie u.a. kein Aufenthaltsrecht hätten oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe, sie ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden sei, ableiteten. Mit der neuen Fassung des § 23 Abs. 3 und 3a SGB XII würden nun auch EU-Bürger, die sich mit einem Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in Deutschland aufhielten sowie Personen, deren Aufenthaltsrecht nur aus Artikel 10 der Verordnung (EU) 492/2011 angenommen werde, grundsätzlich von den Leistungen nach dem SGB XII ausgeschlossen. Die Antragsteller hielten sich ausschließlich zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland auf und leiteten daraus Ihr Aufenthaltsrecht her, so dass sie seit 1. Januar 2017 auch von den Sozialhilfeleistungen des SGB XII ausgeschlossen seien. Für Personen, die vom Leistungsbezug nach SGB II und nun auch nach dem SGB XII ausgeschlossen seien, werde im SGB XII ein Anspruch für einen Zeitraum von einem Monat geschaffen. Der Bescheid vom 28. Dezember 2016 sei daher gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X für die Zeit ab 1. Februar 2017 aufzuheben. Gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII würden den Antragstellern bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat eingeschränkte Leistungen gewährt, um die Zeit bis zur Ausreise zu überbrücken. Die Überbrückungsleistungen umfassen gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege in Höhe der Regelleistungen in der nach § 1a Abs. 2 des AsylbLG zustehenden Höhe zur Deckung des Bedarfs an Ernährung und Körper- und Gesundheitspflege, Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, einschließlich der Bedarfe nach § 35 Absatz 4 und § 30 Absatz 7, die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen und Leistungen nach § 50 Nummer 1 bis 3. Die Leistungen gemäß § 1 a AsylbLG betrügen für Lebenspartner monatlich 188,14 Euro und setzen sich zusammen aus den Grundleistungen incl. der Gesundheitspflege abzüglich der vorgesehenen Bedarfe für Bekleidung und Schuhe in Höhe von 165,54 Euro, sowie den Anteil für Körperpflege aus der Abteilung 12 in Höhe von 22,60 Euro. Für Kinder bis zur Vollendung des 6. Lebensjahres betrügen die Leistungen nach § 1 a AsylbLG monatlich 109,85 Euro und setzen sich zusammen aus den Grundleistungen abzüglich der vorgesehenen Bedarfe für Bekleidung und Schuhe incl. der Gesundheitspflege in Höhe von 100,10 Euro, sowie den Anteil für Körperpflege aus der Abteilung 12 in Höhe von 9,75 Euro. Zur Deckung des Bedarfes für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege könne ein Bedarf für den Monat Februar 2017 in Höhe von insgesamt 576,48 Euro anerkannt werden. Kosten für die Unterkunft und Heizung gewähre der Antragsgegner in der bisherigen Höhe von 348,55 Euro entsprechend des kopfteiligen Anteils. Von dem anerkannten Bedarf seien die Einkünfte aus der Gewährung von Kindergeld in Höhe von 384,00 Euro (192,00 Euro für jedes Kind) sowie das Elterngeld in Höhe von 300,00 Euro abzusetzen, so dass sich ein Leistungsanspruch für die Bedarfsgemeinschaft in Höhe von 241,03 Euro errechne. Für die notwendige Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände würden Krankenhilfeleistungen auf gesonderten Antrag gewährt. Weiter werde darauf hingewiesen, dass Kosten der Rückreise auf Antrag in nachgewiesener und angemessener Höhe darlehensweise übernommen werden könnten (§ 23 Abs. 3a SGB XII), sofern die Aufbringung der Mittel aus eigenen Mitteln oder mit Hilfe Dritter nicht möglich sei. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, die die Aufforderung der Rückreise unmöglich erscheinen ließen.

Gegen den Bescheid vom 25. Januar 2017 legten die Antragsteller am 1. Februar 2017 Widerspruch ein. Mit diesem und unter Verweis auf den Bescheid vom 28. Dezember 2016 machten die Antragsteller die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gelten, kündigten bei Nichteinhaltung einen erneuten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung an, führten aus, dass die Begründung des Widerspruchs selbst einem gesonderten Schreiben vorbehalten bleibe und wiesen noch daraufhin, dass jedenfalls hier ein Härtefall vorliege, weil sie in zwei Monaten ein Daueraufenthaltsrecht-EU haben würden. Die Leistungseinstellung zwei Monate vor Erreichen des Daueraufenthaltsrechts sei unverhältnismäßig.

Ohne die in der Sache angekündigte Begründung des Widerspruchs abzuwarten, wies der Antragsgegner dann den Widerspruch bereits einen Tag nach dessen Einlegung mit Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 als unbegründet zurück. Gleichzeitig ordnete er die sofortige Vollziehung der Entscheidung nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG an. Zur Begründung wurde dabei zunächst wiederholend auf die o.a. Ausführungen im angefochtenen Bescheid verwiesen. Weiterhin darauf, dass gemäß § 23 Abs. 3 SGB XII Leistungsberechtigten, soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erforderten, nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt würden; ebenso seien Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten sei. Vorliegend sehe der Antragsgegner keine besondere Härte, die die Gewährung von Sozialhilfehilfeleistungen in, von den festgeschriebenen Überbrückungsleistungen abweichender Höhe rechtfertige, denn es würde expliziert kein besonderer unabweisbarer Bedarf geltend gemacht und nachgewiesen. Auch hinsichtlich der Dauer der gewährten Überbrückungsleistungen könne der Antragsgegner keine besondere Härte erkennen. Es sei weder vorgetragen noch nachgewiesen, seit wann sich die Antragsteller in der Bundesrepublik ununterbrochen aufhielten und einwohnermelderechtlich erfasst seien. Darüber hinaus führe ein fünfjähriger Aufenthalt in der Bundesrepublik nicht automatisch zu einem Zugang zu den Sozialleistungssystemen; nach Feststellung des Verlusts des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU werde auch nach fünf Jahren des Daueraufenthaltes der Zugang zu den Sozialleistungen des SGB XII verwehrt. Darüber hinaus hätten die Antragsteller zu keiner Zeit das insofern maßgebliche Datum der ersten amtlichen Meldung in der Bundesrepublik Deutschland nachgewiesen. Somit besteht ein Leistungsanspruch in der festgestellten Höhe und Dauer. Auf die Möglichkeit der Beantragung von Kosten für die Rückreise seien die Antragsteller zudem hingewiesen worden. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei schließlich eine Ausnahme vom Regelfall des § 86a Abs.1 SGG. Das Anordnen der sofortigen Vollziehung stehe im Ermessen der Behörde und sei möglich, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehe. Mit der geänderten Rechtsvorschrift des § 23 SGB XII habe der Gesetzgeber den Zugang zu dem Sozialleistungssystem der Sozialhilfe einschränkender geregelt. Die

Sozialhilfeleistung werde bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen der Höhe und der Dauer nach beschränkt. Mit Inkrafttreten der geänderten Rechtslage sei der Sozialhilfeträger an diese gebunden; es stehe ihm nicht frei, nach bisherigem Recht weiterhin Leistungen zu gewähren bzw. selbst zu entscheiden, ab welchem Zeitpunkt er das geltende Recht anwenden will. Auch der o.a. Beschluss des vom 16. Dezember 2016 steht dem nicht entgegen, denn damit sei der Antragsgegner lediglich zur Leistung in gesetzlicher Höhe verpflichtet worden. Insoweit sei es vorliegend geboten, die Entscheidung vom 28. Dezember 2016 zum nächstmöglichen Zeitpunkt aufzuheben, um eine Entscheidung entsprechend der geltenden Rechtslage zu treffen. Eine Aufhebung zum 1. Januar 2017 sei nicht umzusetzen gewesen, so dass die Aufhebung zum 1. Februar 2017 erfolgt sei. Das öffentliche Interesse an Entscheidungen, die sich an geltendem Recht orientierten und das Recht der Gemeinschaft, zu wissen, dass die Verwaltung sich an geltendes Recht halte und nicht die Umsetzung von Rechtsänderungen in das eigene Ermessen stelle, sei höher zu bewerten als das persönliche Interesse eines Bürgers, wenn er aufgrund von rechtlichen Änderungen Verschlechterungen erfahren müsse. Es sei kein Grund erkennbar, warum vorliegend die Umsetzung der vom Gesetzgeber gewollten Neuregelung nicht umgehend umgesetzt hätte werden sollen. Insoweit sei für die Aufhebung der Entscheidung die Sofortige Vollziehung verhältnismäßig.

Hierauf haben die Antragsteller am 3. Februar 2017 sowohl unter dem Az. S 12 SO 17/17 beim Sozialgericht in Kassel in der Hauptsache Klage erhoben als auch unter dem vorliegenden Az. S 12 SO 8/17 ER erneut den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit der sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs sowie der Hauptsacheklage geltend machen, nachdem der Antragsgegner die sofortige Vollziehung des insoweit angefochtenen Bescheides vom 25. Januar 2017 mit dem auf den Widerspruch erteilten Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 angeordnet hat.

Die Antragsteller führen aus, der Änderungsbescheid vom 25. Januar 2017 habe aufgrund der entgegenstehenden Rechtskraft des Beschlusses des Sozialgerichts Kassel vom 16. Dezember 2016 nicht erlassen werden dürfen. Der Antragsgegner hätte nach Inkrafttreten der geänderten Rechtslage zu § 23 SGB XII am 28. Dezember 2016 die Möglichkeit gehabt, eine Beschwerde einzureichen. Der Antragsgegner habe zudem die Möglichkeit gehabt, eine Abänderung des Beschlusses nach § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG zu beantragen. Eine Befugnis, eine dem Beschluss des Sozialgerichts entgegenstehende Entscheidung zu erlassen, habe nicht bestanden. Da bereits der angefochtene Änderungsbescheid vom 25. Januar 2017 wegen entgegenstehender Rechtskraft unzulässig sei, sei die Vollziehungsanordnung erst Recht unbegründet. Im Falle einer rechtswidrigen bzw. unzulässigen Entscheidung könne es kein besonderes öffentliches Interesse an der Vollziehung des Bescheides geben. Das Argument des Antragsgegners, der Beschluss reiche nur so weit, wie es die Rechtslage vor dem vorgesehen habe, gehe fehl. In einer Grundentscheidung werde über das Stammrecht entschieden. Die Formulierung "in gesetzlicher Höhe" meine letztlich nur die Berechnung der Leistungshöhe im Einzelfall. Die Behörde sei aber nicht befugt, entgegen eines solchen Beschlusses Entscheidungen über das Stammrecht zu treffen und dieses, wie hier, zu entziehen. Der o.a. Beschluss des Sozialgerichts Kassel vom 16. Dezember 2016 sehe eine Anordnung zur Leistungserbringung "dem Grunde nach" vor. Dies bedeutet, dass die Grundsätze des § 130 SGG gelten würden. Dort sei geregelt, dass das Gericht zur Leistung dem Grunde nach verurteilen dürfe, die Sache aber zur Berechnung der Leistungshöhe an die Behörde zurückverweise. In diesen Fällen müsse feststehen, dass der Anspruch tatbestandlich besteht und lediglich die Höhe offenbleibe. Daher erwachse das Stammrecht in Rechtskraft und dürfe nicht durch die Behörde entzogen werden. Im Rahmen einer einstweiligen Anordnung sei der Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Dies sei vorliegend der Fall gewesen. Folge man den vorgenannten Ausführungen nicht, so scheitere es aber auch materiellrechtlich am Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses. Die Begründung des Antragsgegners sei schon sehr gewagt. Das "Recht der Gemeinschaft" zu wissen, dass sich die Behörde an geltendes Recht halte, sei sicher nicht höherrangig zu bewerten als das Recht zu wissen, dass sich die Behörde an gerichtliche Entscheidungen halte. Erschwerend komme hinzu, dass es vorliegend um existenzsichernde Leistungen für einen Zeitraum von gerade einmal zwei Monaten gehe. In zwei Monaten bestehe für den Antragsteller zu 1) und die Antragsteller zu 3) und zu 4) ein Daueraufenthaltsrecht-EU. Von den Kindern wiederum dürfte die Antragstellerin zu 2) ein Aufenthaltsrecht ableiten können. Soweit der Antragsgegner erwähne, es sei kein Vortrag oder Nachweis zum Beginn der Einreise erbracht, so sei das schlicht falsch. Der Antragsgegner habe im Beisein einer Dolmetscherin selbst eingeräumt, dass ab dem 1. April 2017 ein Daueraufenthaltsrecht bestehe. Außerdem sei dies auch im vorausgegangenen o.a. Eilverfahren dargelegt worden, so dass dies dem Antragsgegner auch habe bekannt sein müssen. Man dürfe sicherlich auch davon ausgehen, dass zwischen Einlegung des Widerspruchs und Erlass des Widerspruchsbescheides keine nachhaltigen Ermittlungen und Anhörungen zu dieser Frage erfolgt seien. Die Antragsteller lebten insoweit zwar nicht bereits seit fünf Jahren in Deutschland. Der Antragsteller zu 1) jedoch seit 1. April 2012, die Antragstellerin zu 2) sei einige Monate später nachgekommen. Unterbrechungszeiträume habe es lediglich gegeben, um neue Pässe in Bulgarien zu beantragen. Abgesehen davon gehe der Antragsgegner dann aber auch bereits nach der bis zum 28. Dezember 2016 bestehenden Gesetzeslage davon aus, dass ein Leistungsanspruch ausgeschlossen sei. Insofern sei zumindest aus Sicht des Antragsgegners keine maßgebliche Änderung der Gesetzeslage eingetreten. Dass bei alledem im o.a. Aufhebungsbescheid vom 25. Januar 2017 eine sofortige Vollziehung im Übrigen noch gar nicht angeordnet gewesen sei, der Antragsgegner dann seitens der Prozessbevollmächtigten der Antragsteller im Widerspruchsverfahren um Bestätigung gebeten worden sei, dass die aufschiebende Wirkung anerkannt werde, anderenfalls ein Eilantrag erfolge und der Antragsgegner dann einen Tag später den Widerspruchsbescheid unter erstmaliger Anordnung der sofortigen Vollziehung erlassen habe, spreche für sich. Sofern es abschließend auf das materielle Leistungsrecht ankommen sollte, sei auf die zwischenzeitlich ergangenen Beschlüsse der 4. und der 11. Kammer des Sozialgerichts Kassel vom 14. Februar 2017, Az. S 4 AS 20/17 ER und vom 13. Februar 2017, Az. S 11 SO 7/17 ER hingewiesen. Verkürzt zusammengefasst werde dort die Auffassung vertreten, dass die Gesetzesänderung zum 28. Dezember 2016 betreffend § 23 SGB XII keine Auswirkung auf die bisherige BSG-Rechtsprechung zur Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII erfahre. Auch nach damaliger Rechtslage sei ein Leistungsausschluss für EU-Bürger, die sich allein zum Zwecke der Arbeitssuche in Deutschland aufhielten, definiert gewesen. Dennoch sei in verfassungskonformer Auslegung ein Anspruch aus § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII, den es unverändert gebe, für diejenigen Antragsteller begründet gewesen, die über einen verfestigten Aufenthalt verfügten. Ein verfestigter Aufenthalt sei vorliegend unproblematisch zu bejahen und werde sicher auch vom Antragsgegner nicht in Abrede gestellt. Letztendlich stehe den Sozialhilfeträgern nicht die Kompetenz zu, das Verlustfeststellungsverfahren durch die Ausländerbehörden zu umgehen, indem man die Existenzgrundlage entziehe. Das BVerfG spreche insoweit jedem Deutschen und jedem Ausländer, der sich faktisch in Deutschland aufhält, ein aus der Menschenwürde abgeleitetes Existenzminimum zu. Solange sich ein EU-Bürger formal ordnungsgemäß in Deutschland aufhalte, müsse dessen Lebensgrundlage vom Staat sichergestellt werden. Ein Verweis auf Selbsthilfe durch Ausreise sei vom BSG wie auch vom BVerfG ausgeschlossen worden. Das Freizügigkeitsrecht werde grundsätzlich unterstellt und müsse per Verwaltungsakt entzogen werden. Im Gegensatz dazu müsse ein Aufenthaltsrecht für Drittstaatler per Verwaltungsakt zunächst positiv festgestellt werden. Insofern werde hier die Auffassung vertreten, dass die Rechtsprechung des BVerfG aus dem Jahr 2012 zur Leistungshöhe im AsylbLG grundsätzliche Bedeutung habe, also erst Recht für Personen gelte, die eben – noch – nicht ausreisepflichtig seien. Der Antragsgegner tritt dem Antrag entgegen. Keiner der Antragsteller habe bislang durch Vorlage entsprechender Meldungen der jeweils zuständigen Meldebehörde

nachgewiesen, sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufzuhalten. Folglich seien den Antragstellern nach der gesetzlichen Neufassung des § 23 SGB XII lediglich Überbrückungsleistungen für 1 Monat zu gewähren. Es bestehe insoweit weder ein Anspruch auf weitere Sozialhilfeleistungen gem. § 23 Abs.1 Satz 1 SGB XII, noch stehe eine solche Leistungsgewährung im Ermessen des Sozialhilfeträgers. Sofern vorgetragen werde, die Rechtskraft des Beschlusses des Sozialgerichts Kassel vom 16. Dezember 2016 stehe der Entscheidung über die Leistungshöhe entgegen, so werde diese Auffassung nicht geteilt. Die Bevollmächtigte der Antragsteller führe selbst aus, dass die Formulierung "in gesetzlicher Höhe" letztlich nur die Berechnung der Leistungshöhe im Einzelfall meine. Nichts anderes habe der Antragsgegner mit der Neufestsetzung der Leistungshöhe nach gesetzlicher Änderung der Ansprüche der Leistungsempfänger der Höhe nach getan. Da der Antragsgegner mithin lediglich die für ihn bindende gesetzliche Neuregelung des § 23 SGB XII angewandt habe, sei nach dortiger Auffassung auch der Sofortvollzug rechtmäßig angeordnet worden, da - wie bereits mit Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 ausgeführt - das Interesse der Gemeinschaft an einem rechtmäßigen Gesetzesvollzug demjenigen der Antragsteller an einem Festhalten an einer geänderten und damit nicht weiter rechtmäßigen Rechtslage Überwiege. Aus diesem Grund ist auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage nicht angezeigt.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere wegen des jeweiligen weiteren Vorbringens der Beteiligten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte des vorliegenden einstweiligen Anordnungsverfahrens insgesamt; ebenso wird Bezug genommen auf die beigezogenen Verwaltungsakten des Antragsgegners sowie die beigezogene Gerichtsakte S 12 SO 38/16 ER, deren jeweils wesentlicher, das vorliegende Antragsverfahren betreffender Inhalt gleichfalls Gegenstand der Entscheidungsfindung war.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bzw. hier der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs bzw. der Hauptsacheklage der Antragsteller gegen den Bescheid vom 25. Januar 2017 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. Februar 2017 ist zulässig und begründet. Insoweit stellt sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung aus unterschiedlichen Gründen als rechtswidrig dar. Dies u.a. bereits deshalb, weil der o.a. Beschluss der Kammer vom 16. Dezember 2016, der u.a. auch ausdrücklich und in Ansehung der bevorstehenden und schließlich am 29. Dezember 2016 in Kraft getretenen o.a. Gesetzesänderung ergangen ist, mit den Antragstellern formell und materiell der Rechtskraft erwachsen ist, im Übrigen die in der Hauptsache angefochtenen Bescheide dann aber auch schon wegen der Verletzung der Anhörungspflicht der Antragsteller rechtswidrig sind. Dies insgesamt mit der Folge, dass der Ausführungsbescheid des Antragsgegners vom 28. Dezember 2016 jedenfalls in der Gestalt der im Hauptsacheverfahren streitigen Aufhebung einer Änderung durch die Verwaltung des Antragsgegners selbst nicht mehr zugänglich war.

Dies mit der weiteren Folge, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Januar 2017 unter Aufhebung des mit dem im o.a. Hauptsachverfahren angefochtenen Widerspruchsbescheid angeordneten Sofortvollzuges wiederherzustellen war, der Antragsgegner im Nachgang zum o.a. rechtskräftigen Beschluss der Kammer vom 16. Dezember 2016 und seinem Ausführungsbescheid vom 28. Dezember 2016 also verpflichtet bleibt, den Antragstellern vorläufig unter dem Vorbehalt der Rückforderung für die Zeit vom 17. November 2016 bis 31. März 2017, längstens jedoch bis zur Entscheidung des Hauptsacheverfahrens hinsichtlich des Widerspruchs der Antragsteller gegen den Ablehnungsbescheid des Antragsgegners vom 10. November 2016, im Umfang der jeweiligen Regelleistungen Hilfe zum Lebensunterhalt in gesetzlicher Höhe zu gewähren, nachdem die erkennende Kammer bereits mit ihrem rechtskräftigen o.a. Beschluss vom 16. Dezember 2016 entschieden hatte, dass die Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund auf Hilfe zum Lebensunterhalt in Form des Regelbedarfs nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII für die Zeit bis 31. März 2017 auch und gerade im Hinblick auf die seinerzeit bereits angestandene Gesetzesänderung - wie die o.a. Ausführungen zeigen - glaubhaft gemacht hätten.

Die Berechtigung der Sozialgerichte zum Erlass Einstweiliger Anordnungen in anderen als den ausdrücklich im SGG normierten Fällen leitete sich schließlich bis 1. Januar 2002 unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG ab (vgl. BVerfGE 46, S. 166). Einstweilige Anordnungen durften dabei aber grundsätzlich die endgültige Entscheidung nicht vorwegnehmen. Nur ausnahmsweise konnte es im Interesse der Effektivität des Rechtsschutzes erforderlich sein, der Entscheidung in der Hauptsache vorzugreifen, wenn anders ein Rechtsschutz nicht erreichbar und dies für den Antragsteller unzumutbar gewesen wäre.

Voraussetzung für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes war insoweit, dass dem Betroffenen schwere und unzumutbare, auf anderem Wege nicht abwendbare Nachteile drohten, zu deren Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache voraussichtlich nicht mehr oder nur noch teilweise in der Lage gewesen wäre. Dies galt zumindest bei so genannten "Vornahmesachen", d.h. bei Verfahren, bei denen sich der Bürger gegen die Unterlassung oder Ablehnung einer beantragten Amtshandlung wandte. Gleiches galt jedoch auch für die so genannten "Anfechtungssachen", bei denen der Bürger geltend machte, durch die öffentliche Gewalt mittels einer belastenden Maßnahme in seinen Rechten verletzt zu sein. Danach konnte vorläufiger Rechtsschutz in "Anfechtungssachen" entsprechend dem Grundgedanken des § 80 Abs. 4 Satz 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) nach der Rechtsprechung der Kammer grundsätzlich dann gewährt werden, wenn ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes bestanden, d.h., wenn der Erfolg des Rechtsstreites in der Hauptsache, d.h. in einem sich anschließenden Klageverfahren, zumindest ebenso wahrscheinlich war wie der Misserfolg und wenn die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsaktes für den Antragsteller eine unbillige, nicht überwiegend durch öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge gehabt hätte (vgl. hierzu Hess. Landessozialgericht, Beschluss vom 9. März 2000, L 1 KR 226/00 ER, das insoweit neben den Erfolgsaussichten in der Hauptsache das Vorliegen erheblicher Nachteile forderte, die ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache nicht zumutbar machten). Darüber hinaus war in "Vornahmesachen" entsprechend § 123 VwGO auf die Gefahr abzustellen, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Des Weiteren waren einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erschien (vgl. weiter grundsätzlich Hess. Landessozialgericht, Beschluss vom 29. Juli 1987, L 8 Kr 362/87 A mit zahlreichen weiteren Nachweisen und Beschluss vom 11. November 1992, L 6 Ar 461/92 A in info-also 1993, S. 59 ff.; Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. August 1990, L 3 S 42/90 in info-also 1991, S. 74 ff.; Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Rdnr. 20 ff.; Timme, Der einstweilige Rechtsschutz in der Rechtsprechung der Landessozialgerichte, NZS, 1992, 91 ff.).

Seit 2. Januar 2002 ist der einstweilige Rechtsschutz ausdrücklich im SGG normiert, wobei die vorstehenden Grundsätze weiterhin

Beachtung finden.

Insoweit regelt § 86 a Abs. 1 Satz 1 SGG zunächst, dass Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, was nach Satz 2 auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung gilt. Nach Abs. 2 Nr. 1 entfällt die aufschiebende Wirkung jedoch bei der Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben einschließlich der darauf entfallenden Nebenkosten. Ebenso entfällt die aufschiebende Wirkung z.B. nach Nr. 3 für die Anfechtungsklage in Angelegenheiten der Sozialversicherung bei Verwaltungsakten, die eine laufende Leistung herabsetzen oder entziehen.

Nach § 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache sodann auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. Nach Satz 1 Nr. 2 kann das Gericht darüber hinaus in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, ganz oder teilweise anordnen sowie nach Nr. 3 in den Fällen des § 86 a Abs. 3 SGG die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise wieder herstellen. Ist der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen oder befolgt worden, kann das Gericht nach § 86 b Abs. 1 Satz 2 SGG die Aufhebung der Vollziehung anordnen, wobei nach Satz 3 die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Auflagen versehen oder befristet werden kann und darüber hinaus nach Satz 4 das Gericht der Hauptsache auf Antrag die Maßnahmen jederzeit ändern oder aufheben kann. Soweit ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliegt, kann das Gericht der Hauptsache nach § 86 b Abs. 2 Satz 1 SGG 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. Einstweilige Anordnungen sind dabei nach Satz 2 auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Nach § 86 b Abs. 4 SGG entscheidet das Gericht sodann durch Beschluss.

Hinsichtlich der Begründetheit des Antrages der Antragsteller wäre, hätten Widerspruch und Klage anders als von den Antragstellern geltend gemacht, hier keine aufschiebende Wirkung, dann als sogenannter Vornahmesache bzw. Regelungsanordnung auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen wie in der Sache S 12 SO 38/16 ER auf § 86b Abs. 2 SGG abzustellen.

Bei der Entscheidung der Kammer wäre also in erster Linie auf die Aussichten im Hauptverfahren abzustellen. Wäre eine Klage dabei offensichtlich begründet, würde die Anordnung in der Regel erlassen, wäre sie offensichtlich unbegründet, würde sie in der Regel abgelehnt.

Lägen in dieser Fallgestaltung schließlich beide Voraussetzungen nicht offensichtlich vor, wäre darüber hinaus im Rahmen des Ermessens eine Interessenabwägung durchzuführen. Dabei müssten in Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz die Gerichte bei der Auslegung der anzuwendenden Vorschriften der besonderen Bedeutung der betroffenen Grundrechte und den Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung tragen und insbesondere die Folgen der Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes berücksichtigen. Je schwerer die Belastungen hieraus wiegen würden und je geringer die Wahrscheinlichkeit wäre, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden könnten, umso weniger dürfte das Interesse an einer vorläufigen Regelung zurückgestellt werden. Insoweit würde es in diesen Fällen ausreichen, dass bei einer überschlägigen Prüfung der Sach- und Rechtslage Gründe dafür sprechen würden, dass ein Anspruch auf Gewährung der begehrten Leistung bestünde (Anordnungsanspruch).

Dies deshalb, weil mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) u.a. vom 22. November 2002, 1 BvR 1586/02 und vom 19. März 2004, 1 BvR 131/04, das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtsposition umso weniger zurückgestellt werden dürfte, je schwerer die Belastungen des Betroffenen wögen, die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbunden wären. Art. 19 Abs. 4 GG würde insoweit auch bei Vornahmesachen jedenfalls dann vorläufigen Rechtsschutz verlangen, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl. BVerfGE 79, 69 (74); 94, 166 (216)). Die Gerichte wären, wenn sie ihre Entscheidung nicht an einer Abwägung der widerstreitenden Interessen, sondern an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache orientieren, in solchen Fällen gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gehalten, die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes auf eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage zu stützen. Dies würde auch bedeuten, dass die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehen müsste, wenn dazu Anlass bestünde (vgl. Beschluss der 2. Kammer des 1. Senats des BVerfG vom 25. Juli 1996, NVwZ 1997, Seite 479).

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stünden mit dem Hessischen Landessozialgericht (Beschluss vom 21. März 2007, L 7 AY 14/06 ER, mzwN) sodann aber auch nicht isoliert nebeneinander, es bestünde vielmehr eine Wechselbeziehung der Art, als die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Nachteils (dem Anordnungsgrund) zu verringern wären und umgekehrt. Dies deshalb, weil Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund aufgrund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System bilden.

Wäre die Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so wäre der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden wäre. Wäre die Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so verminderten sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund. In der Regel wäre dann dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung stattzugeben, auch wenn in diesem Fall nicht gänzlich auf einen Anordnungsgrund verzichtet werden könnte. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich wäre, wäre im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, wobei diese regelmäßig dann zugunsten des Bürgers ausfiele, wenn dessen grundgesetzlich aus dem Gebot zum Schutz der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot herzuleitender Anspruch auf Führung eines menschenwürdigen Lebens gefährdet wäre. Insoweit wären grundrechtliche Belange eines Antragstellers umfassend in der Abwägung zu berücksichtigen. Insbesondere bei Ansprüchen, die z.B. darauf gerichtet wären, als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Menschenwürde das soziokulturelle Existenzminimum zu sichern (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip), wäre ein nur möglicherweise bestehender Anordnungsanspruch, vor allem wenn er eine für die soziokulturelle Teilhabe unverzichtbare Leistungshöhe erreichen würde und für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum zu gewähren wäre, in der Regel vorläufig zu befriedigen, wenn sich die Sach- oder Rechtslage im Eilverfahren nicht vollständig klären ließe. Denn im Rahmen der gebotenen Folgenabwägung hätte dann regelmäßig das Interesse des Leistungsträgers ungerechtfertigte Leistungen zu vermeiden gegenüber der

Sicherstellung des ausschließlich gegenwärtig für den Antragsteller verwirklichbaren soziokulturellen Existenzminimums zurückzutreten (vgl. u.a. Hessisches Landessozialgericht, Beschlüsse vom 27. Juli 2005, L 7 AS 18/05 ER und vom 19. Juni 2008, L 7 AS 32/08 B ER).

Vorliegend hatte der Widerspruch gegen den Bescheid vom 25. Januar 2017 dann aber auf bereits Kraft Gesetzes nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung, nachdem eine Fallgestaltung iSv § 86a Abs. 2 Nr. 1-4 SGG, die die aufschiebende Wirkung nach Abs. 1 hätte entfallen lassen, unstreitig nicht vorliegt. Gleiches gilt hier dann im Hinblick auf die im Hauptsacheverfahren unter dem Az. S 12 SO 17/17 erhobene Klage, wobei sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 aus unterschiedlichen Gründen heraus als rechtswidrig erweist. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines durch Widerspruch anfechtbaren Verwaltungsaktes nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG ist von der erlassenden Behörde eingehend zu begründen. Die Behörde muss dabei bezogen auf die Umstände des konkreten Einzelfalls das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung darlegen, wobei allein formelhafte Wendungen oder pauschale Argumentationsmuster nicht ausreichen.

Erschöpft sich die Begründung in einer Wiedergabe der Interessen der Behörde und lässt diese jeglichen Bezug zu den konkreten Interessen des Betroffenen vermissen, so führt allein dies zur formellen Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung, wobei ein pauschales Argumentationsmuster, das sich beliebig auf viele Fallgestaltungen anwenden lässt, nicht den Mindestanforderungen des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG hinsichtlich der Begründungspflicht der Vollziehungsanordnung genügt (vgl. hierzu ausführlich Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30. Juli 2914, L 10 AS 1695/14 B ER).

Auf allein solche formelhaften Erwägungen erstreckt sich die Anordnung des Sofortvollzugs zumindest im Ergebnis dann aber auch hier, wodurch mit dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (wie vor) verkannt wird, dass die Begründungspflicht nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG 3 Funktionen verfolgt: "Erstens soll der Behörde selbst mit Blick auf den grundsätzlich gemäß § 86a Abs. 1 SGG durch einen Rechtsbehelf eintretenden Suspensiveffekt der Ausnahmecharakter der Vollziehungsanordnung vor Augen geführt werden. Diese Warnfunktion soll zu einer sorgfältigen Prüfung des Interesses an der sofortigen Vollziehung veranlassen. Zweitens wird der Betroffene über die Gründe, die für die behördliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, in Kenntnis gesetzt, um ihn auf diese Weise die Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Antrages nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG zu ermöglichen. Drittens dient die Kenntnis der behördlichen Erwägungen für die Vollziehungsanordnung einer ordnungsmäßen Rechtskontrolle durch das Gericht. Die schriftliche Begründung muss daher in nachvollziehbarer Weise die Erwägungen erkennen lassen, die die Behörde zur Anordnung der sofortigen Vollziehung veranlasst haben. Die Behörde muss bezogen auf die Umstände des konkreten Einzelfalls das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung darlegen."

Vor diesem Hintergrund stellt die Einhaltung der in § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG statuierten Begründungspflicht mit dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (wie vor mwN) eine Frage der formellen Rechtmäßigkeit dar, die dann nicht gegeben ist, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung entweder überhaupt keine Begründung aufweist oder die Begründung nicht den inhaltlichen Voraussetzungen dieser Norm entspricht. Erweisen sich die von der Behörde in der Begründung angeführten Gründe als nicht tragfähig, um das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtfertigen zu können, liegt kein formeller Begründungsmangel iS des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG vor, sondern ein Verstoß gegen die materiellen Voraussetzungen des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG.

Die Vollziehungsanordnung im Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 ist danach auch bereits formell rechtwidrig, weil die Mindestanforderungen des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG hinsichtlich der Begründungspflicht der Vollziehungsanordnung nicht erfüllt sind und ihre Erfüllung unabhängig von den weiteren o.a. Ausführungen auch nicht mit heilender Wirkung nachgeholt worden ist. Zumindest läge dann aber auch ein Verstoß gegen die materiellen Voraussetzungen des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG vor.

Wie die o.a. zitierten Ausführungen aus dem angefochtenen Widerspruchsbescheid zeigen, fehlt es an einer auf den Einzelfall bezogenen schlüssigen und substantiierten Darlegung der Gründe, warum gerade im Fall der Antragsteller, die trotz der formellen und materiellen Rechtskraft des Beschlusses vom 16. Dezember 2016 die Leistungsaufhebung hier sofort vollziehbar sein soll. Stattdessen liegt zumindest im Ergebnis allein ein auf die o.a. Gesetzesänderung abstellendes pauschales Argumentationsmuster vor, wie es sich auf beliebig viele Fallgestaltungen übertragen lässt. Besondere Umstände, die hier auch nach § 23 Abs. 3 Satz 5, 6 SGB XII z.B. darin begründet sein könnten, dass zum 1. April 2017, also unmittelbar bevorstehend, bereits die o.a. Fünf-Jahresfrist erfüllt wäre, sind insoweit erst gar nicht geprüft worden. Gerade aber auch insoweit wäre es nicht zulässig, die Antragsteller auf Überbrückungsleistungen und dies dann auch nur für einen Monat zu verweisen, ohne dass dem Antragsgegner dabei ein Ermessen hinsichtlich des Leistungsumfangs und der Leistungsdauer zugestanden hätte.

Ist die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig, weil die Mindestanforderungen des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG hinsichtlich der Begründungspflicht der Vollziehungsanordnung nicht erfüllt sind, ist dem Antrag nach § 86b Abs. 1 Satz 2 SGG ohne weitere Prüfung und eigene Abwägung zu entsprechen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg mzwN).

Im Übrigen gilt dann aber auch bereits, was der Antragsgegner hier wiederum schlichtweg ignoriert, dass der bestandskräftige o.a. Beschluss der Kammer vom 16. Dezember 2016 mit den Ausführungen auch der Antragsteller hierzu der materiellen Rechtskraft fähig ist und lediglich das Gericht in der Hauptsache nicht an die Rechtsauffassung in der Eilentscheidung gebunden ist. Die Anordnung des Gerichts bindet die Beteiligten also bis zur Hauptsacheentscheidung.

Die Beteiligten selbst könnten zunächst in Fallgestaltungen des § 86b Abs. 1 SGG (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 86 SGG, Rn. 19a ff) allein nach Abs. 1 Satz 4 eine Änderung oder Aufhebung der Anordnung beantragen, wobei die Bindungswirkung des Beschlusses so weit geht, wie die materielle Rechtskraft reicht. Deshalb wäre zwar eine neue sofortige Vollziehung durch die Verwaltung möglich, wenn das Gericht die aufschiebende Wirkung allein wegen formeller Rechtswidrigkeit wiederhergestellt hat. Hätte das Gericht die aufschiebende Wirkung aber wiederhergestellt, weil die Interessenabwägung ergibt, dass die Vollziehungsanordnung materiell rechtswidrig war, darf die Verwaltung die Rechtskraft des Beschlusses ohne Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht dadurch unterlaufen, dass sie einen neuen Verwaltungsakt mit demselben Inhalt erlässt und dessen sofortige Vollziehung anordnet.

Das Gericht der Hauptsache, und nur dieses, kann also zumindest eine nach § 86 Abs. 1 SGG getroffene Maßnahme jederzeit ändern oder aufheben, und zwar auch ohne Änderung der Sach- oder Rechtslage. Gleichwohl wäre insoweit ein Antrag für das Verfahren nach Abs. 1 Satz 4 erforderlich, da nach dem Wortlaut der Vorschrift eine Änderung von Amts wegen nicht möglich ist. Den Antrag auf Abänderung der

gerichtlichen Eilentscheidung kann dabei auch die Verwaltung stellen, da ihr wegen der materiellen Rechtskraft der Anordnung des Gerichts die Befugnis zur eigenen Entscheidung fehlt. Die Beteiligten können den Antrag Grundsätzlich jederzeit stellen und haben dann Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung. Wenn aber noch eine Beschwerde gegen die Erstentscheidung des Gerichts möglich ist, fehlt es für einen Änderungsantrag am Rechtsschutzinteresse. Umgekehrt hindert ein Antrag auf Änderung nach Abs. 1 Satz 4 nicht die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Erstentscheidung. Zuständig für die Entscheidung nach Abs. 1 Satz 4 ist das erstinstanzliche Gericht, auch wenn das Beschwerdegericht den Beschluss des Sozialgerichts geändert hatte. Ist das Hauptsacheverfahren in der Berufungsinstanz anhängig, entscheidet das Landesozialgericht

In Fallgestaltungen wie hier des § 86b Abs. 2 SGG gilt im Ergebnis nichts anderes (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 86 SGG, Rn. 44ff).

Auch insoweit erwachsen Beschlüsse über Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, wenn wie hier kein Rechtsmittel mehr möglich ist, in formelle und materielle Rechtskraft. Die materielle Rechtskraft erstreckt sich auch auf die Entscheidung, dass vorläufiger Rechtsschutz nach Abs. 2 gewährt wird, d.h. dass kein Fall des Abs. 1 vorliegt. Sie wirkt nicht für einen anderen, vom Verfahren nicht betroffenen Bewilligungszeitraum, auch bei gleicher Rechtslage.

Die Möglichkeit einer Aufhebung oder Änderung einer einstweiligen Anordnung wird im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG dabei dann zwar einhellig bejaht; fraglich ist lediglich, auf welcher Rechtsgrundlage sie erfolgt. Soweit insoweit die Anwendung von § 927 Abs. 1 ZPO vorgeschlagen und die fehlende Verweisung auf diese Vorschrift in Abs. 2 Satz 4 als Redaktionsversehen angesehen worden war, kann dann von einem solchen zumindest mit der Literatur (wie vor) nicht mehr ausgegangen werden, nachdem der Gesetzgeber Abs. 2 Satz 4 geändert hat, ohne § 927 Abs. 1 ZPO für entsprechend anwendbar zu erklären. Für die Änderung oder Aufhebung einer einstweiligen Anordnung bliebe jedoch auch insoweit Abs. 1 Satz 4 entsprechend anzuwenden, wobei nach Abs. 1 Satz 4 die Änderung oder Aufhebung einer einstweiligen Anordnung jedoch wiederum einen ausdrücklichen Antrag voraussetzen würde, der hier mit den Antragstellern in Verkennung der formellen und materiellen Rechtskraft des Beschlusses vom 16. Dezember 2016 nie gestellt worden ist.

Soweit darüber hinausgehend die Auffassung vertreten wird, dass für die Abänderung bzw. Aufhebung einer einstweiligen Anordnung (Regelungsverfügung) eine analoge Anwendung weder des § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG noch des § 927 ZPO in Betracht komme und Rechtsschutz außerhalb einer Beschwerde nach den §§ 172, 173 SGG wenn überhaupt - allenfalls über eine Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO bzw. im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO in Betracht komme bzw. insbesondere unmittelbar nach § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG nach Ablauf der Monatsfrist nach Zustellung ein Antragsverfahren nach § 929 Abs. 2 ZPO, lässt die Kammer dies hier dahingestellt.

Insoweit führt das Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen mit Beschluss vom 10. Oktober 2013, L 7 AS 1144/13 ER mzwN hierzu u.a. jedenfalls aus:

" ... Anders als § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG für die Fälle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs/einer Klage und der Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts sieht § 86b Abs. 2 SGG für die einstweilige Anordnung keine ausdrückliche Änderungs- oder Aufhebungsmöglichkeit vor. Eine dem § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG vergleichbare Vorschrift fehlt in § 86b Abs. 2 SGG.

Die §§ 323, 928 ZPO, § 80 Abs. 7 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG zeigen, dass die Rechtsordnung für gerichtliche Entscheidungen, die eine in die Zukunft gerichtete Regelung beinhalten, die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung oder Aufhebung jedenfalls bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse grundsätzlich vorsieht. Mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Artikel 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) besteht daher weitestgehend Einigkeit, dass auch im Rahmen des § 86b Abs. 2 SGG die Möglichkeit zur Aufhebung oder Änderung einer einstweiligen Anordnung bestehen muss (vgl. Keller in: Meyer-Ladwig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 10. Auflage 2012, § 86b Rdnr. 45 m.w.N.; Binder in: Lüdtke, Kommentar zum SGG, 3. Auflage 2009, § 86b Rdnr. 53).

Der Senat teilt jedoch nicht die überwiegend in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen, dass eine Änderung oder Aufhebung einer nach § 86b Abs. 2 SGG ergangenen einstweiligen Anordnung entweder durch entsprechende Anwendung des § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG erfolgen solle (so z.B. Bayerisches LSG, Beschluss vom 16. Juli 2009 - L 8 SO 85/09 B ER; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 11. Oktober 2010 - L 7 SO 3392/10 ER B) oder durch eine analoge Anwendung des § 927 ZPO trotz fehlender Nennung dieser Norm in der Verweisungsvorschrift des § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG (so z.B. Sächsisches LSG, Beschluss vom 24. Januar 2008 - L 3 B 610/07 AS ER; Binder, a.a.O. § 86b Rdnr. 53).

Eine entsprechende Heranziehung der Vorschrift des § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG im Rahmen des § 86b Abs. 2 SGG lehnt der Senat ab. Diese Vorschrift ist sowohl systematisch als auch inhaltlich erkennbar auf die Fälle des § 86b Abs. 1 Sätze 1 bis 3 SGG zugeschnitten und damit auch darauf beschränkt (ebenso Keller, a.a.O., § 86b Rdnr. 45). Nach § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag die angeordneten Maßnahmen jederzeit ändern oder aufheben. Diese jederzeitige, freie Abänderbarkeit der gerichtlichen Entscheidung ist das Korrelat dazu, dass die Entscheidungen nach § 86b Abs. 1 Sätze 1 bis 3 SGG lediglich nach einer Interessenabwägung getroffen werden. Denn wenn die zuvor getroffene Entscheidung lediglich auf einer Interessenabwägung beruht, dann muss auch die Abänderung der Entscheidung bereits aufgrund einer Interessenabwägung möglich sein (ebenso SG Frankfurt, Beschluss vom 7. November 2009 - S 7 SO 75/09 ER, veröffentlicht unter juris).

Eine einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG setzt dagegen das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrunds voraus und hat eine konkrete Regelung zum Gegenstand. Die Entscheidung ergeht nach einer summarischen Prüfung, nicht lediglich aufgrund einer Interessenabwägung. Dann kann aber auch die Abänderung oder Aufhebung der rechtskräftigen einstweiligen Anordnung nicht lediglich von einer Interessenabwägung abhängig gemacht werden. Zudem würde die Heranziehung des § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG im Widerspruch zu § 939 ZPO stehen, auf den § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG ausdrücklich verweist und der besagt, dass eine Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nur unter besonderen Umständen und nur gegen Sicherheitsleistung gestattet werden darf.

Der Senat hält auch die Anwendung des § 927 ZPO zur Abänderung oder Aufhebung einer nach § 86b Abs. 2 SGG ergangenen einstweiligen Anordnung für unzulässig.

Gemäß § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG gelten die §§ 920, 921, 923, 926, 928 bis 932, 938, 939 und 945 der ZPO im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend. Nach Auffassung des Senats kann nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der fehlenden Nennung des § 927 ZPO in § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG um ein Redaktionsversehen handelt, wie dies teilweise vertreten wird. Aus der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 86b SGG lässt sich hierzu jedenfalls nichts entnehmen, was auf ein Redaktionsversehen hindeuten würde (vgl. die Begründung zu § 86b, BT-Drucks. 14/5943, S. 25). Aus der Gesetzesbegründung geht lediglich hervor, dass der Gesetzgeber seinerzeit bei der Schaffung des § 86b SGG den von den Sozialgerichten bis dahin analog angewandten § 123 VwGO abbilden wollte. Ob er dabei die in § 123 Abs. 3 VwGO enthaltene Verweisungskette auf bestimmte Vorschriften des ZPO ohne weitere Prüfung übernommen hat oder nicht, geht aus der Gesetzesbegründung jedenfalls nicht hervor (vgl. die Begründung zu § 86b, BT-Drucks. 14/5943, S. 25). Auch der Begründung des Gesetzgebers zum Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung vom 5. Dezember 1957 lässt sich nicht entnehmen, warum seinerzeit § 927 ZPO bei der Verweisung auf die ZPO-Vorschriften in § 123 Abs. 3 VwGO (im Entwurf: § 122 Abs. 3 VwGO) nicht erwähnt worden ist (vgl. BT-Drucks. 3/55, S. 44). Gegen ein Versehen spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber trotz zahlreicher Änderungen des SGG und trotz Kenntnis der Problematik an dieser Fassung des § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG festgehalten hat. Wäre die unterbliebene Nennung ein Versehen gewesen, wäre eine Klarstellung zu erwarten gewesen. Eine analoge Anwendung des § 927 ZPO ist damit ausgeschlossen.

Es besteht auch kein Bedürfnis für die analoge Anwendung des § 86b Abs. 1 Satz 4 SGG oder des § 927 ZPO im Rahmen des § 86b Abs. 2 SGG. Denn die Rechtsordnung stellt mit § 323 ZPO, der über § 202 SGG anwendbar ist und auch nicht durch § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG ausgeschlossen ist, eine Vorschrift zur Verfügung, über die eine Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Anordnung möglich ist, wenn sich die zum Zeitpunkt des Beschlusses maßgeblichen Verhältnisse nachträglich wesentlich geändert haben. § 323 ZPO ist dabei - jedenfalls im Rahmen der Sozialgerichtsbarkeit - nicht lediglich auf Urteile beschränkt, sondern auch auf einstweilige Anordnungen anwendbar. Denn zum einen ist anders als in der ZPO die Anwendbarkeit der §§ 927, 936 ZPO durch die fehlende Nennung in § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG ausgeschlossen, so dass dies den Raum für eine Anwendbarkeit des § 323 ZPO über § 202 SGG eröffnet. Zum anderen enthält § 323 ZPO einen allgemeinen, entsprechender Anwendung fähigen Rechtsgedanken, so dass sich eine Anwendung der Vorschrift auch auf rechtskräftige sozialgerichtliche einstweilige Anordnungen, die anderenfalls nicht abänderbar wären, anbietet. Denn rechtskräftige Beschlüsse können letztlich nicht "rechtskräftiger" sein als sozialgerichtliche Urteile, auf die über § 202 SGG die Vorschrift des § 323 ZPO Anwendung findet (ebenso SG Frankfurt, a.a.O.). Schließlich entspricht die Anwendbarkeit des § 323 ZPO auch der Vorschrift des § 939 ZPO, der von der Verweisung des § 86b Abs. 2 Satz 4 SGG erfasst ist und die Aufhebung der einstweiligen Anordnung nur "unter besonderen Umständen" zulässt. Nach § 323 Abs. 1 Satz 2 ZPO erfordert die Abänderung eines rechtskräftigen Urteils den Eintritt einer wesentlichen Veränderung der der Entscheidung zugrundeliegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse.

Sofern eine Änderung der hier streitgegenständlichen einstweiligen Anordnung nach § 202 SGG in Verbindung mit § 323 ZPO nicht möglich sein sollte, zum Beispiel wegen § 323 Abs. 3 ZPO, kann der Antragsgegner über § 202 SGG in Verbindung mit § 767 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung betreiben. Für den Fall der Eilbedürftigkeit besteht ferner die Möglichkeit, über §§ 767, 769 ZPO eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung der einstweiligen Anordnung oder die Aufhebung von bereits angeordneten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung zu beantragen. Rechtsschutzmöglichkeiten sind daher auch ohne analoge Anwendung von anderen Verfahrensvorschriften gegeben.

Für die Entscheidung über die Aufhebung einer rechtskräftigen einstweiligen Anordnung nach § 202 SGG in Verbindung mit § 323 ZPO ist das Landessozialgericht ebenso instanziell unzuständig wie für die Entscheidung über die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 202 SGG in Verbindung mit §§ 767, 769 ZPO. Zuständig ist hierfür das örtlich zuständige Sozialgericht, in diesem Fall das Sozialgericht Braunschweig. Denn die Zuständigkeit richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des SGG und des GVG (Vollkommer in: Zöller, Kommentar zur ZPO, 29. Auflage 2012, § 323 Rdnr, 42; Seiler in Thomas/Putzo. Kommentar zur ZPO, 33. Auflage 2012, § 767 Rdnr. 13). Erstinstanzlich zuständig ist das Landessozialgericht jedoch nur in den in § 29 Abs. 2 SGG abschließend aufgezählten Fällen. Die Entscheidung über die Aufhebung einer rechtskräftigen einstweiligen Anordnung nach § 202 SGG in Verbindung mit § 323 ZPO ist dort ebenso wenig erwähnt wie die Entscheidung über die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 202 SGG in Verbindung mit §§ 767, 769 ZPO."

Auch diesen Weg ist der Antragsgegner jedenfalls nicht gegangen. Stattdessen hat er trotz der formellen und materiellen Rechtskraft des Beschlusses vom 16. Dezember 2016 mit Bescheid vom 25. Januar 2017 und Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 mit den Antragstellern auch zur Überzeugung des Gerichts rechtlich unzulässig seien im Anschluss an den vorgenannten Beschluss der Kammer ergangenen o.a. Ausführungsbescheid vom 28. Dezember 2016 unter Hinweis auf § 48 SGB X ab 1. Februar 2017 wieder aufgehoben und den Antragstellern insoweit allein noch für einen Monat Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 SGB XII bewilligt. Schließlich kommt hinzu, dass der Bescheid vom 25. Januar 2016 als belastender Verwaltungsakt der Anhörungspflicht nach § 24 SGB X unterlag, ohne dass hier eine solche Anhörung erfolgt wäre. Allein dies bewirkt dann ebenfalls bereits die Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 25. Januar 2016. In der vorliegenden Fallgestaltung schon deshalb, weil die Anhörung durch das Widerspruchsverfahren eben nicht nachgeholt worden ist. Stattdessen sind durch den "Schnellschuss" bereits einen Tag nach Einlegung des Widerspruchs trotz angekündigter weiterer Begründung in einem gesonderten Schriftsatz seitens des Antragsgegners Tatsachen geschaffen worden, die das gesetzlich verbriefte Anhörungsrecht der Antragsteller letztlich - der entsprechende Eindruck wird jedenfalls vermittelt - bewusst und gewollt ins Leere haben laufen lassen. Wenn der Antragsgegner insoweit mit seinen Ausführungen im Widerspruchsbescheid im Ergebnis u.a. auf fehlenden Tatsachenvortrag und fehlende Anhaltspunkte verweist, die hier ggf. zu einer anderen Entscheidung hätten führen können, dann doch deshalb, weil er den Antragstellern hierzu erst gar keine Gelegenheit mehr gegeben hat. Gleichzeitig hat der Antragsgegner dann nicht mit gesondertem Bescheid, sondern unmittelbar mit der Zurückweisung des Widerspruchs im angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2017 erstmals überhaupt den hier streitigen Sofortvollzug angeordnet, ohne dass die Antragsteller dann zumindest im laufenden Widerspruchsverfahren überhaupt Gelegenheit gehabt hätten, Umstände vorzutragen, die ggf. zu einer abweichenden Ermessensentscheidung des Antragsgegners hätten führen können, so dass sich auch schon aus diesem Grund die Anordnung der sofortigen Vollziehung als rechtswidrig erweist und letztlich belegen dürfte, dass der Antragsgegner von vornherein überhaupt nicht gewillt war, eine am konkreten Einzelfall orientierte andere Entscheidung zu treffen, sich die Anordnung des Sofortvollzuges über die o.a. Ausführungen hinaus also bereits auf einen rechtswidrigen Aufhebungs-/Änderungsbescheid stützt und die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage der Antragsteller gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 25. Januar 2017 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. Februar 2017 schon aus diesem Grund wiederherzustellen und dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung danach aus unterschiedlichen Rechtsgründen heraus stattzugeben war.

Im Übrigen erweist sich darüber hinaus dann insoweit aber auch der letztlich alleinige Verweis auf die seit 29. Dezember 2016 geltende Gesetzeslage im Nachgang zum o.a. Kammerbeschluss vom 16. Dezember 2016, der - vom Antragsgegner nicht beachtet - die bevorstehende Gesetzesänderung bereits zum Inhalt hatte, als für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht geeignet bzw. insgesamt nicht ausreichend, ohne dass es hierauf noch ankäme.

Zur Bedeutung dieser Gesetzesänderung im einstweiligen Rechtsschutz führt die 11. Kammer des Sozialgerichts Kassel über den Beschluss der erkennenden Kammer vom 16. Dezember 2016 hinaus in einer zumindest vom Grundsatz her vergleichbaren Fallgestaltung hierzu mit Beschluss vom 13. Februar 2017, S 11 SO 7/17 ER, dann nämlich u.a. aus:

"Indessen ist, anders wie die Antragsgegnerin meint, ihre (weitere), jedenfalls vorläufige Leistungsverpflichtung trotz der ab 29.12.2016 gültigen Neufassung des § 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII (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, BGBl. I, S. 3155) auf Grundlage der im Verfahren B 4 AS 44/15 R am 03.12.2015 ergangenen Entscheidung des BSG unter Beachtung der bedeutsamen verfassungsrechtlichen Grundsätze jedenfalls nach Maßgabe der Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegeben.

Trotz der als Reaktion des Gesetzgebers auf die nicht gebilligte Rechtsprechung des BSG in der o. g. Entscheidung vorgenommenen Neufassung des § 7 Abs. 1 SGB II und des § 23 Abs. 3 SGB XII (vgl. BT-Drs. 18/10211, S. 2 B) mit einem nunmehrigen Leistungsanspruch für Ausländer nach § 23 SGB XII nach einem mindestens 5 Jahre dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet ohne wesentliche Unterbrechung (vgl. § 23 Abs. 3 S. 7 SGB XII n. F.), führt das Erwerbsverhalten des Antragstellers in 2016 und auch aktuell dazu, dass ein Leistungsanspruch des Antragstellers allein nach dem SGB XII angenommen werden muss. Eine Beiladung des Jobcenter Stadt Kassel scheidet daher aus. Dies begegnet auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten keinen Bedenken (vgl. statt vieler EuGH Rs Alimanovic vom 15.09.2015 – C – 67/14, Rd.-Nr. 63, zitiert nach juris).

Wegen des auch im Falle des Antragstellers (weiterhin) anzunehmenden Leistungsausschlusses im Rahmen des SGB II hat das BSG in der o.g. Entscheidung (a.a.O., zitiert nach juris, Rd.-Nr. 37) gleichwohl eine Leistungsberechtigung im Sinne des Sozialhilferechts angenommen, wenn ein Antragsteller seinen Lebensunterhalt nicht im Sinne des § 19 Abs. 1 SGB XII i. V. m. § 27 Abs. 1 SGB XII aus eigenen Kräften und Mitteln decken kann. Dies ist indessen im Falle des Antragstellers wegen des bestandskräftigen Vorbezugs von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII durch die Antragsgegnerin für die erkennende Kammer zweifellos zu bejahen.

Trotz der Bestimmung des § 23 Abs. 3 SGB XII (a.F. bis 28.12.2016) wonach Ausländer, die eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen, oder deren Aufenthalt sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben, hat das BSG in der o. g. Entscheidung (a. a. O., Rd.-Nr. 53 ff.) die Verpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII (a. F. und n. F.) bejaht. Es hat darüber hinaus darauf hingewiesen, dass das Ermessen des Sozialhilfeträgers in einem solchen Fall dem Grunde und der Höhe nach hinsichtlich der Hilfe zum Lebensunterhalt auf Null reduziert sei. Dies hat es gerade für den Fall angenommen, dass sich das Aufenthaltsrecht des von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossenen Ausländers verfestigt hat (BSG a. a. O.). Ein solches Aufenthaltsrecht hat das BSG insbesondere bejaht (vgl. Rd.-Nr. 55, zitiert nach juris), wenn der tatsächliche Aufenthalt des Betroffenen in Deutschland auch noch nach Ablauf von 6 Monaten besteht. Es hat hier für den Regelfall eine Aufenthaltsverfestigung angenommen, der nach geltendem Recht nur ausländerbehördlich entgegengetreten werden könne. Im Falle des Antragstellers gibt es keinerlei Anhalt für ein irgendwie geartetes Tätigwerden der zuständigen Ausländerbehörde im Hinblick auf eine Beendigung des inzwischen weit über 6 Monate, ausgehend vom 01.08.2013 sogar über 3 ½ Jahre hinausgehenden Aufenthalts des Antragstellers in Deutschland. Hierzu hat das BSG ausgeführt: "Dieses nach Ablauf von 6 Monaten durch ein Vollzugsdefizit des Ausländerrechts bewirkte Faktum eines verfestigten tatsächlichen Aufenthalts des Unionsbürgers im Inland ist unter Berücksichtigung auch der verfassungsrechtlichen Vorgaben kein zulässiges Kriterium, die Entscheidung über die Gewährung existenzsichernder Leistungen dem Grunde und der Höhe nach in das Ermessen des Sozialhilfeträgers zu stellen" (vgl. BSG a. a. O., Rd. Nr. 56). Schließlich hat das BSG in der genannten Entscheidung (Rd. Nr. 57), der die erkennende Kammer insoweit voll umfänglich folgt, unmissverständlich auf Grundlage der Entscheidungen des BVerfG einen Anspruch von Betroffenen, wie dem Antragsteller, auf Grundlage des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums bekräftigt. Trotz der nicht zuletzt von der Antragsgegnerin unter Hinweis auf zahlreiche Entscheidungen von (anderen) Sozialgerichten in 2016 vehement geäußerten Kritik an der BSG-Rechtsprechung sieht sich das Gericht auch in Ansehung der gesetzlichen Neuregelung auf Basis verfassungsrechtlicher Grundsätze nicht gehindert, die weiterbestehende vorläufige Leistungsverpflichtung des Sozialhilfeträgers anzunehmen und damit die Antragsgegnerin zur vorläufigen Leistungsgewährung an den Antragsteller zu verpflichten. Denn die Beachtung der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundsätze nach Vorgabe der BSG-Entscheidung, zu denen auch das erstinstanzlich tätig werdende Gericht verpflichtet ist, lassen es geboten erscheinen, in Abweichung vom bloßen Wortlaut der Regelung des § 23 Abs. 3 SGB XII (n. F.) im Rahmen der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren maßgeblichen Folgenabwägung eine (vorläufige) weitere Leistungsverpflichtung des Sozialhilfeträgers zur Gewährung von Hilfen zum Lebensunterhalt zu bejahen. Dabei kann nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass die Antragsgegnerin in dem früheren vom Antragsteller geführten einstweiligen Rechtsschutzverfahren (S 12 SO 8/16 ER) ihre Leistungsverpflichtung ab dem 15.12.2015 angenommen und dem Antragsteller mithin für das gesamte Jahr 2016 Hilfe zum Lebensunterhalt auf Grundlage des SGB XII gewährt hat. Dies schafft jedenfalls vorliegend nach Auffassung der erkennenden Kammer einen so weitgehenden Vertrauensschutz, dass die zulasten des Antragstellers übergangslos mit Wirkung ab 29.12.2016 geltende Bestimmung des § 23 Abs. 3 SGB XII unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (vorläufig) anders zu bewerten ist als etwa im Falle eines Neu-Antragstellers im Jahr 2017. Die vom Gesetzgeber mit der Neuregelung vorgesehenen Überbrückungsleistungen, auch in Härtefällen sowie für den Fall der Rückreise (vgl. § 23 Abs. 3 S. 3, S. 5 und Abs. 3 a SGB XII, n. F.) stellen keinen verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich für den Wegfall der grundsätzlichen Hilfeleistung von einem Tag auf den anderen dar (trotz grundsätzlicher Bestätigung des Leistungsausschlusses nach dem neuen § 23 Abs. 3 SGB XII, Beschluss des SG Dortmund, 31.01.2017, S 62 SO 628/16 ER, zitiert nach juris, Rd.-Nr. 44 und 45).

Wegen der durchaus zweifelhaften Verfassungsmäßigkeit (auch) der Neuregelung des § 23 Abs. 3 SGB XII ab 29.12.2016, die wegen der Dringlichkeit einer Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz nicht erschöpfend und abschließend von der erkennenden Kammer geprüft werden kann, ist zur Vermeidung einer existenziellen Notlage des Antragstellers, die bei ungewissem Ausgang des Hauptsacheverfahrens (nachträglich) nicht mehr ausgeglichen werden kann, wie austenoriert die vorläufige Leistungsverpflichtung der Antragsgegnerin auszusprechen. Da die Antragsgegnerin selbst bis einschließlich 31.01.2017 die Hilfebedürftigkeit des Antragstellers nicht in Frage gestellt hat, besteht auch für die erkennende Kammer ab dem Zeitpunkt des Eingangs des Eilantrags bei Gericht ab 02.02.2017 kein Anlass, an der

Hilfebedürftigkeit des Antragstellers für den vorläufig festgelegten Leistungszeitraum zu zweifeln. Vom Vorliegen des Anordnungsgrundes wird daher ausgegangen. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit war die Leistungsverpflichtung der Antragsgegnerin jedoch bis 30.06.2017 zu begrenzen. Dabei geht die erkennende Kammer davon aus, dass die Antragsgegnerin auf jeden Fall diese Entscheidung beim Hessischen Landessozialgericht in einem Beschwerdeverfahren überprüfen lassen wird."

Ähnliches gilt mit der 4. Kammer des Sozialgerichts Kassel, die mit Beschluss vom 14. Januar 2017 in der Sache S 4 AS 20/17 ER u.a. folgendes ausführt:

" ...

... Dem steht zur Überzeugung des Gerichts die Neuregelung des § 23 SGB XII nicht entgegen. Mit Wirkung zum 29.12.2016 wurde in § 23 Abs. 3 SGB XII neu S. 3 eingeführt. Danach werden hilfebedürftigen Ausländern, die § 23 Abs. 3 S. 1 unterfallen, bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen).

Zwar ist nun gesetzlich geregelt, dass den von einem Leistungsanspruch nach § 23 Abs. 3 SGB XII ausgeschlossenen Ausländern ein Anspruch auf Überbrückungsgeld zusteht, dass sie also überhaupt Anspruch auf Leistungen haben. Diese Leistungen sind allerdings nur auf einen engen zeitlichen Rahmen begrenzt, nämlich nur für einen Monat und sind auch zweckbestimmt, nämlich "um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken". Es sind also andere Leistungen, als diejenigen, die die Antragstellerinnen vorliegend begehren. Die Antragstellerinnen begehren nämlich Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes in Deutschland. Die Antragstellerinnen beabsichtigen dagegen nicht, Deutschland zu verlassen und nach Rumänien zurückzukehren. Auf die Verwirklichung einer Rückreise in ihr Heimatland gerichtete Leistungen sind von ihrer Zielrichtung her offensichtlich vom Begehren der Antragstellerinnen im vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht umfasst.

... Die Antragstellerinnen können auch nicht auf die vorgenannten Überbrückungsleistungen verwiesen werden, so dass ihnen nicht deshalb Grundsicherungsleistungen im Ermessenswege nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII versagt werden können.

Das BSG hat in seinen vorgenannten Entscheidungen vom 3.12.2015 betont, dass es für das Bestehen von Leistungsansprüchen nach dem SGB XII auf die bloße Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Herkunftsland nicht ankommt. Es hat dazu ausgeführt: "Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Ausgestaltung des genannten Grundrechts als Menschenrecht schon verfassungsrechtlich jedenfalls solange unbeachtlich, wie der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland von den zuständigen Behörden faktisch geduldet wird". Zwar wird dann im Hinblick auf sozialrechtliche Regelungen weiter ausgeführt: "Ungeachtet dessen findet der Verweis auf eine so verstandene Selbsthilfe in dieser Lage nach dem derzeit geltenden Recht auch sozialhilferechtlich keine Grundlage. Zwar erhält Sozialhilfe nach dem Nachranggrundsatz des § 2 Abs. 1 SGB XII nicht, wer sich – vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens – selbst helfen kann oder wer die erforderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Diese Vorschrift ist jedoch nach der Rechtsprechung des Sozialhilfesenats des BSG keine eigenständige Ausschlussnorm, sondern ihr kommt regelmäßig nur im Zusammenhang mit ergänzenden bzw. konkretisierenden sonstigen Vorschriften des SGB XII Bedeutung zu; ein Leistungsausschluss ohne Rückgriff auf andere Norm des SGB XII ist mithin allenfalls in extremen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn sich der Bedürftige generell eigenen Bemühungen verschließt und Ansprüche ohne Weiteres realisierbar sind. Für die Annahme einer solchen Ausnahmelage fehlt indes – nachdem eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für einen Verweis auf die Rückkehr in das Heimatland nach geltendem Recht im SGB XII nicht besteht – ohne Begründung eine Ausreisepflicht des Ausländers als Ergebnis eines ausländerbehördlichen Verfahrens schon im Ansatz jeder Anhaltspunkt" (BSG, aaO, Rn 42).

Diesen Ausführungen entnimmt das erkennende Gericht zwei Aussagen, die in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden die Gewährung von Grundsicherungsleistungen gebieten. Die eine Aussage ist der Hinweis darauf, dass es im SGB XII an einer Rechtsgrundlage für eine Sozialhilfeleistungen ausschließende Verweisungsmöglichkeit auf die Rückkehr in das Heimatland fehlt. Diese Aussage gilt aufgrund der Neuregelung des § 23 SGB XII allerdings aktuell nicht mehr uneingeschränkt. Der in diese Regelung neu eingefügte S. 3 beinhaltet eine neue "Art" der (Hilfe)Leistung, mit der die Rückkehr der Ausländer in ihr Herkunftsland umgesetzt werden kann.

Die zweite Aussage des BSG, dass sich eine Ausreisepflicht des Ausländers erst aus dem Ergebnis eines ausländerbehördlichen Verfahrens ergeben kann, ist auch nach der Gesetzesänderung weiter relevant. Ebenso wie in den vom BSG entschiedenen Fällen verhält es sich so, dass auch in dem vorliegenden Fall die Ausländerbehörde nicht im Sinne des Erlasses einer Ausweisungsverfügung tätig geworden ist. Es ist nicht aktenkundig und auch von keinem der Beteiligten vorgetragen worden, dass seitens der Ausländerbehörde eine Ausreisepflicht der Antragstellerinnen verfügt worden ist. Solange dies nicht geschehen ist, besteht dann aber weiterhin die Vermutung des rechtmäßigen Aufenthalts der Antragstellerinnen in Deutschland. Zur Feststellung, ob der Aufenthalt der Antragstellerinnen in Deutschland rechtmäßig ist oder nicht, ist allein die zuständige Ausländerbehörde befugt. Eine solche den Sozialleistungsbehörden unmittelbar oder mittelbar zukommende Kompetenz kann in die Vorschriften des SGB XII nicht hineininterpretiert werden. Das SGB XII kann allein die Leistungen benennen, die zu gewähren sind, wenn es darum geht, den Zeitraum bis zu einer Ausreise zu überbrücken. Das SGB XII enthält jedoch keine Ermächtigungsgrundlage dafür, eine faktische Ausreisepflicht Betroffener zu statuieren, indem es – unter Außerachtlassung des vom BSG hervorgehobenen verfassungsrechtlich verankerten Existenzminimums - statt allgemeiner Grundsicherungsleistungen nur zeitlich limitierte Überbrückungsleistungen an die nach § 23 Abs. 3 Nr. 1- 4 genannten Personengruppen gewährt.

... Die dargestellte Änderung der Rechtslage ändert nach alledem nichts an dem sich aus der BSG-Rechtsprechung ergebenden Erfordernis, dass eine Ausreisepflicht einzelfallbezogen rechtsförmig von der zuständigen Ausländerbehörde festzustellen ist. Solange es hieran fehlt, besteht keine durchsetzbare Ausreisepflicht und es verbleibt bei weiterem Aufenthalt der Antragstellerinnen in Deutschland bei der Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers.

... Unter Heranziehung der vorgenannten vom BSG entwickelten Grundsätze ist vorliegend nach summarischer Prüfung von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen und den Antragstellern steht ein Anspruch auf Gewährung von SGB XII-Leistungen zu. Die Antragstellerin zu 1. hält sich bereits seit Januar 2014 und damit deutlich länger als sechs Monate in der Bundesrepublik Deutschland auf; ein verfestigter Aufenthalt liegt vor. Eine anderweitige Rechtsgrundlage zum Erhalt existenzsichernder Leistungen - insbesondere aufgrund

des SGB II - ist nicht gegeben."

Alledem schließt sich die Kammer zumindest in der vorliegenden konkreten Fallgestaltung im Anschluss an ihren o.a. Beschluss vom 16. Dezember 2016 und die dortigen weiteren o.a. Ausführungen zumindest im Ergebnis an. Insoweit wäre es zumindest in dieser hier konkreten Fallgestaltung auch vorliegend nicht zulässig, die Antragsteller auf Überbrückungsleistungen zu beschränken. Ihnen sind stattdessen, wie im Beschluss vom 16. Dezember 2016 ausgesprochen, bis 31. März 2017 weiterhin die o.a. Leistungen zu erbringen. Ein Ermessen hinsichtlich des Leistungsumfangs und der Leistungsdauer steht der Behörde nach dem Wortlaut des § 23 Abs. 3 Satz 5 SGB XII nicht zu.

Dem Antrag war somit insgesamt stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG, wobei hinsichtlich möglicher Verschuldenskosten auf den Beschluss vom 16. Dezember 2016 verwiesen werden kann, nachdem die Antragsgegnerin hier trotz der o.a. Gesetzesänderung bereits einschlägiges Verfahrensrecht zumindest nach Auffassung der Kammer sehenden Auges nicht beachtet hat.
Rechtskraft
Aus
Login
HES
Saved
2017-03-07