

Die Vereinbarkeit des vollständigen Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, bzw. § 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII für Unionsbürger, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG ist zumindest offen.

Trotz der gesetzlichen Ausschlussregelung des nationalen Rechts kann sich angesichts deren fraglicher Vereinbarkeit mit sekundärem Gemeinschaftsrecht im Rahmen der im Eilverfahren vorzunehmenden Interessen- und Folgenabwägung eine Verpflichtung zur Erbringung einer Mindestversorgung ergeben.

(Amtlicher Leitsatz)

L 7 AS 3031/08 ER-B

LSG Baden-Württemberg

Beschluss vom 23.7.2008

T e n o r

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 20. Juni 2008 abgeändert und die Beigeladene verpflichtet, den Antragstellern vorläufig und darlehensweise Sozialhilfe in Form der Hilfe zum Lebensunterhalt für die Zeit vom 3. Juli bis 31. Oktober 2008 in gesetzlicher Höhe zu gewähren; die Leistungen sind in Höhe von achtzig Prozent des jeweiligen Regelsatzes zu gewähren.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Beigeladene trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller im Beschwerdeverfahren zu vier Fünfteln; im Übrigen sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren ab 25. Juni 2008 Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung bewilligt und Rechtsanwalt Dr. G. beigeordnet.

G r ü n d e

Die gem. § 173 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig, insb. ist sie statthaft gem. § 172 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG, da der Beschwerdewert EUR 750.- übersteigt. Sie ist jedoch nur hinsichtlich der Verpflichtung der Beigeladenen begründet; hinsichtlich der Antragsgegnerin ist sie unbegründet.

Dem erkennbaren Begehren (§ 123 SGG) der Antragsteller ist trotz der auf Grundsicherungsleistungen für Arbeitsuchende und hilfsweise für Asylbewerber beschränkten rechtlichen Ausführungen und der entsprechenden Formulierung des Antrags in der Beschwerdeschrift zu entnehmen, dass sie Leistungen eines Grundsicherungssystems geltend machen wollen, die ihren Lebensunterhalt sicherstellen. Auch wenn die Beiladung der Stadt Stuttgart nur wegen deren

Zuständigkeit für die hilfsweise begehrten Leistungen für Asylbewerber beantragt worden war, war daher ein Anspruch gegen diese auch im Rahmen der Sozialhilfe zu prüfen.

I.

Nach § 86b Abs. 2 S. 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache, soweit nicht ein Fall des Abs. 1 vorliegt, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Abs. 2 S. 2). Der Antrag nach § 86b Abs. 2 SGG ist schon vor Klageerhebung zulässig.

Vorliegend kommt für das Begehren auf Leistungen nur eine Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG in Betracht. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die – summarische – Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung (ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. FEVS 57, 72 und 57, 164). Die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung <ZPO>); dabei sind die insoweit zu stellenden Anforderungen um so niedriger, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen – insbesondere mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz – wiegen (ständige Senatsrechtsprechung; vgl. schon Beschluss vom 15. Juni 2005 – L 7 SO 1594/05 ER-B – <juris> unter Verweis auf Bundesverfassungsgericht <BVerfG> NVwZ 1997, 479, NJW 2003, 1236; NVwZ 2005, 927). Die Erfolgsaussichten der Hauptsache sind daher in Ansehung des sich aus Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) ergebenden Gebots der Sicherstellung einer menschenwürdigen Existenz sowie des grundrechtlich geschützten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) u.U. nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen; ist im Eilverfahren eine vollständige Klärung der Sach- und Rechtslage nicht möglich, so ist bei besonders folgenschweren Beeinträchtigungen eine Güter- und Folgenabwägung unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Belange des Antragstellers vorzunehmen (Senatsbeschlüsse vom 13. Oktober 2005 – L 7 SO 3804/05 ER-B – und vom 16. September 2007 – L 7 AS 4008/07 ER-B – beide <juris> unter Hinweis auf BVerfG NVwZ 2005, 927; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer SGG, 8. Aufl., § 86b Rdnr. 29a). Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (ständige Senatsrechtsprechung; vgl. FEVS 57, 72 und 57, 164; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer a.a.O. Rdnr. 42).

II.

Soweit die Beschwerde gegen die Antragsgegnerin gerichtet ist, hat sie mangels Anordnungsanspruches keinen Erfolg. Die Antragsteller haben derzeit keinen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Solche Leistungen erhalten nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II Personen, die (1.) das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, (2.) erwerbsfähig und (3.) hilfebedürftig sind und (4.) ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähig Hilfebedürftige). Der am 3. Januar 1996 geborene Antragsteller zu 3 könnte mangels Vollendung des 15. Lebensjahres nur Leistungen erhalten, wenn er mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben würde (§ 7 Abs. 2 S. 1 SGB II). Dies ist indes nach der hier gebotenen summarischen Prüfung nicht der Fall, denn die Antragsteller zu 1 und 2 sind mangels Erwerbsfähigkeit selbst nicht anspruchsberechtigt. Als ungarische Staatsangehörige sind sie als Ausländer nach § 8 Abs. 2 SGB II nur erwerbsfähig, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Diese Voraussetzungen hat das Sozialgericht (SG) zutreffend verneint. Im Gegensatz zu den Ausführungen in der Beschwerdebegründung hat das SG den Leistungsausschluss gerade nicht auf § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II gestützt, sondern an die aus rechtlichen Gründen fehlende Erwerbsfähigkeit angeknüpft.

Die Antragsteller gehören nicht zu den uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern der Alt-Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU). Nach § 284 Abs. 1 S. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) dürfen Staatsangehörige der Staaten, die nach dem Vertrag vom 16. April 2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur EU (BGBl. II S. 1408) der EU beigetreten sind (im Folgenden MOE-Beitrittsstaaten), und deren freizügigkeitsberechtigte Familienmitglieder eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben, soweit nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendungen finden. Solche abweichenden Regelungen sind nach Art. 24 der Beitrittsakte 2003 i.V.m. Anhang X mindestens bis zum 30. April 2009 von der Bundesrepublik Deutschland auch im Verhältnis zu Ungarn getroffen worden (Beschluss der Bundesregierung vom 22. März 2006; vgl. Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom selben Tag; www.bmas.bund.de). Nach Anhang X Ziffer 2 Unterabsatz 1 wenden die alten Mitgliedsstaaten, abweichend von den Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates der EWG über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft vom 15. Oktober 1968 (VO 1612/68), Maßnahmen nach bestehenden nationalen und

bilateralen Bestimmungen zur Regelung des Zugangs ungarischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten befristet weiterhin an. Als ungarische Staatsangehörige bedürfen die Antragsteller somit für die Beschäftigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt einer Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit nach § 284 SGB III i.V.m. den Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Eine solche Genehmigung wurde zwar vom Antragsteller zu 1 mittlerweile beantragt, bislang jedoch nicht erteilt.

Die Antragsteller zu 1 und 2 können auch nicht erfolgreich geltend machen, ihnen könnte die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt werden (§ 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II). Hierfür dürfte eine abstrakt generelle Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung/EU nicht ausreichen. Andernfalls wäre die 1. Alt. (tatsächliches Vorliegen einer Erlaubnis) überflüssig. Ohne realistische und aktuelle Chance auf Erteilung einer solchen Genehmigung kann das Ziel der Leistungen nach dem SGB II, die Integration in den Arbeitsmarkt zu unterstützen, nicht erreicht werden. Des Weiteren ist die Konzeption des SGB II zu beachten, das vorwiegend an einer gegenwärtig notwendigen Sicherung des Lebensunterhaltes orientiert ist, die notwendig wird, weil dieser nicht durch an sich mögliche Erwerbstätigkeit sichergestellt werden kann. Fehlt es jedoch in der Zeit der Hilfebedürftigkeit an der Fähigkeit oder der rechtlichen Möglichkeit der Arbeitsaufnahme, ist die Sicherung des Lebensunterhaltes nicht dem System der Grundsicherung für Arbeitsuchende zuzuordnen. Notwendig ist daher eine über die bloß abstrakte rechtliche Möglichkeit hinausgehende Aussicht auf Erteilung der Genehmigung oder Erlaubnis, orientiert am Maßstab der Genehmigungsfähigkeit des Arbeitsgenehmigungsrechts (LSG Rheinland-Pfalz NZS 2007, 220; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 14. September 2006 – L 6 AS 376/06 ER - <juris>). Dies entspricht dem gesetzgeberischen Willen zu § 8 Abs. 2 SGB II (BT-Drucks. 15/1516 S. 52), wonach sich die Frage, ob ein vorrangiger oder nachrangiger Arbeitsmarktzugang ausschließlich nach den arbeitsgenehmigungsrechtlichen Regelungen richte. Des Weiteren wird damit der Erwägung Rechnung getragen, auf der die für die MOE-Beitrittsstaaten beibehaltene Genehmigungspflicht nach § 284 SGB III beruht. Es sollte vermieden werden, dass die Zuwanderung von Arbeitsuchenden aus diesen neuen Mitgliedstaaten zu negativen Auswirkungen auf dem nationalen Arbeitsmarkt führt. Zunächst soll daher geprüft werden, ob bevorrechtigte Arbeitnehmer aus dem Inland oder anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen. Erst bei realistischer Chance auf einen Arbeitsplatz kann auch das Konzept des Förderns und Forderns des SGB II greifen. Welche Anforderungen konkret an die Prüfung im Rahmen des § 8 Abs. 2 SGB II zu stellen sind, kann hier offen bleiben. Denn bislang ergibt sich aus dem Vortrag der Antragsteller lediglich, dass ein Antrag auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis gestellt wurde und sich dieser auf eine Tätigkeit im Gastronomiebereich beziehe. Damit sind die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 SGG jedoch nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Denn diese Angaben erlauben nicht einmal ansatzweise eine aus-

reichende Abschätzung, ob angesichts der derzeitigen Arbeitsmarktlage eine Erlaubnis erteilt werden könnte. Hierzu bedürfte es zumindest näherer Angaben zur Art der Tätigkeit. Der Antragsteller zu 1 scheint im Übrigen auch selbst mit der Erteilung der Arbeitsgenehmigung nicht zu rechnen. Die weitere Klärung der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 SGG ist daher im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglich und muss dem Hauptsacheverfahren überlassen bleiben.

Ein erleichterter Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt dürfte dem Antragsteller zu 1 auch nicht aufgrund seiner zwischenzeitlichen Beschäftigung und selbständigen Tätigkeit zukommen. Nach Art. 24 der Beitrittsakte 2003 i.V.m. Anhang X Ziffer 2 haben ungarische Staatsangehörige, die nach dem Beitritt für einen ununterbrochenen Zeitraum von zwölf Monaten oder länger zum Arbeitsmarkt eines (Alt-)Mitgliedstaates zugelassen waren, Zugang zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates (Unterabsatz 2 und 3). Hingegen besteht dieses Recht nicht für diejenigen, die am Tag des Beitritts oder während eines Zeitraums, in dem nationale Maßnahmen angewandt werden, rechtmäßig in einem (Alt-)Mitgliedstaat arbeiten und weniger als zwölf Monate zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates zugelassen waren (Unterabsatz 5). Der Antragsteller zu 1 war lediglich in der Zeit vom 16. Mai bis 15. September 2006 als Saisonkraft zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen und war danach noch bis 31. Dezember 2006 selbständig tätig. Die bloße Gewährung von Alg II hat keine arbeitsgenehmigungsrechtlichen Wirkungen. Eine sonstige Zulassungsentscheidung für den deutschen Arbeitsmarkt lag nicht vor. Auch unter Berücksichtigung der Zeit der selbständigen Tätigkeit hat der Antragsteller zu 1 somit die Voraussetzungen für den erweiterten Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt nicht erfüllt.

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II dürfte sich für die Antragsteller ferner nicht aus der Regelung des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer, Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern vom 14. Juni 1971 (VO 1408/71) ergeben. Seit dem 28. April 2006 untersteht zwar auch das Alg II dem Regime dieser Verordnung (Art. 4 VO 1408/71), nachdem diese Leistung in deren Anhang IIa aufgenommen worden war. Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 bestimmt, dass die von der Verordnung erfassten Personen die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie Staatsangehörige dieses Staates haben, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen. Dies bedeutet zunächst das strikte Verbot, bei der Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit deren Erwerb von der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats abhängig zu machen. Das Verbot umfasst auch Bestimmungen eines Mitgliedstaats, die den Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats die Erfüllung von Tatbestandsvoraussetzungen aufgibt, die sie von Angehörigen des

zuständigen Mitgliedstaats nicht verlangt, z.B. das Vorliegen einer Aufenthaltserlaubnis (Eichenhofer in Fuchs <Hrsg.>, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. Aufl., VO 1408/71 Art. 3 Rdnr. 4). § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II knüpft die Leistungsberechtigung zunächst nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an die Erwerbsfähigkeit. Als Grundsicherungsleistung für Arbeitssuchende steht das Alg II nur Personen offen, die Zugang zum Arbeitsmarkt haben. Dies bestimmt sich für Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit nach § 8 Abs. 2 SGB II. Dieser knüpft also an die Staatsangehörigkeit an und könnte über das Tatbestandsmerkmal Erwerbsfähigkeit zu einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit führen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die VO 1408/71 keine eigenständigen Regelungen über den Zugang zum Arbeitsmarkt trifft. So kann sich insbesondere aus den Vorschriften dieser Verordnung kein erweitertes Recht auf eine Arbeitsgenehmigung ergeben. Die Verordnung knüpft an nationale Regelungen der sozialen Sicherung an. Dienen diese einem besonderen Zweck, den der konkrete EU-Bürger nicht erfüllen kann, bleibt er unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit von dieser Sozialleistung ausgeschlossen. Ob der EU-Bürger diesen Zweck erfüllen kann, bestimmt sich zunächst nach den nationalen Regelungen, die ihrerseits am hierfür geltenden Gemeinschaftsrecht zu messen sind. Wird der Angehörige eines anderen Mitgliedstaates von Leistungen, die die Arbeitsuche unterstützen sollen, ausgeschlossen, weil er - gemeinschaftsrechtlich zulässig - für den Zeitraum der begehrten Leistung vom Arbeitsmarkt gerade ausgeschlossen ist, kann darin keine unzulässige Diskriminierung gesehen werden. Gerade dies ist jedoch beim Antragsteller zu 1 gegeben, wie oben ausgeführt. Es kann daher offen bleiben, ob angesichts dieser Beschränkung der persönliche Anwendungsbereich des Art. 2 VO 1408/71 tatsächlich eröffnet ist.

Aus dem gleichen Grund können die Antragsteller auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 23. März 2004 (Slg. I 2004, 2703 <Collins>) keinen Anspruch auf Alg II ableiten. Gegenstand dieser Entscheidung war zwar ebenfalls eine Leistung der sozialen Sicherung, die Arbeitslosengeld und Sozialhilfe ersetzt, und voraussetzt, dass der Hilfesuchende dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht und aktiv nach Beschäftigung sucht; ebenso war sie einkommens- und vermögensabhängig, so dass sie dem Alg II nach dem SGB II entspricht. Kläger war im dortigen Rechtsstreit jedoch ein uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger. Der EuGH hatte ausgeführt, dass der Arbeitnehmerbegriff in der VO 1612/68 in dieser nicht einheitlich verwandt werde; er unterschied Arbeitnehmer, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt des anderen Mitgliedstaats gefunden hatten, und solche, die erstmals Arbeit suchten. Diese genossen Gleichbehandlung gem. (nunmehr) Art. 39 des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 in der konsolidierten Fassung vom 24. Dezember 2002 (EG) und Art. 2 und 5 VO 1612/68 nur in Bezug auf den Zugang zur Beschäftigung (Austausch von Stellenangeboten und Arbeitsgesuchen; Abschluss von Arbeitsverträgen; von Arbeitsämtern gewährte Hilfen). Davon

seien finanzielle Hilfen zwar nicht ausdrücklich umfasst. Angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung erfahren habe, sei es nicht mehr möglich, vom Anwendungsbereich des (jetzt) Art. 39 Abs. 2 EG, der eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des (jetzt) Art. 12 EG sei, finanzielle Leistungen auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern sollten. Die dem Alg II vergleichbare Leistung hatte der EuGH dabei als eine solche Hilfe nach Art. 5 VO 1612/68 gewertet. Ein Ausschluss von diesen Leistungen könne aber gerechtfertigt sein; das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt des Mitgliedsstaates sei eine in diesem Sinne legitime Anspruchsvoraussetzung. Die Antragsteller gehören jedoch nicht zu den unbeschränkt freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern. Gerade die Rechte aus Art. 1 bis 6 werden durch Art. 24 der Beitrittsakte 2003 i.V.m. Anhang X Ziffer 2 nicht gewährt; es gelten allein die nationalen Regelungen. Aufgrund dieser Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit fehlt es auch gerade an der gegenwärtigen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt, an die § 8 Abs. 2 SGB II anknüpft. Diese Regelung ist daher auch nach der Entscheidung des EuGH (a.a.O. <Collins>) europarechtskonform.

Ein Anspruch der Antragsteller zu 1 und 2 auf Alg II ist daher schon nach § 7 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 SGB II ausgeschlossen, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob die Ausschlussbestände des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II mit europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.

III.

Nach summarischer Prüfung haben die Antragsteller jedoch einen Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XII). Wegen der Bedeutung dieser Leistungen für die Gewährleistung des Existenzminimums liegt damit auch ein Anordnungsgrund vor.

Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem Dritten Kapitel ist Personen zu leisten, die ihren notwendigen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften oder Mitteln, insbesondere aus ihrem Einkommen und Vermögen, beschaffen können. Das Einkommen und Vermögen von Ehegatten und bei minderjährigen Kindern auch der Eltern ist zu berücksichtigen (§ 19 Abs. 1 SGB XII). § 21 S. 1 SGB XII über den Ausschluss von Personen, die dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II sind, steht einem Anspruch der Antragsteller auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach §§ 27 ff. SGB XII nicht entgegen. Denn mangels Erwerbsfähigkeit nach § 8 Abs. 2 SGB II haben sie zumindest aktuell, wie oben ausgeführt, gerade nicht dem Grunde nach Anspruch auf Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II. Dass die wirtschaftlichen Voraussetzungen i.S.e. Hilfebedürftigkeit bei den Antragstellern vorliegen, ergibt

sich nach der hier allein möglichen summarischen Prüfung bereits aus dem bisherigen Bezug der ebenfalls einkommens- und vermögensabhängigen Leistungen nach dem SGB II und den aus der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin hierzu enthaltenen Angaben der Antragsteller. Eine wesentliche Änderung ist nicht ersichtlich und auch weder von der Antragsgegnerin noch der Beigeladenen vorgetragen.

Dem Anspruch könnte jedoch § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII entgegenstehen, da die Antragsteller zu 1 und 2 geltend machen, aktuell Arbeit zu suchen. Danach haben Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Ebenso wie § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II soll damit von der in Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 lit. b Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 29. April 2004 (RL 2004/38/EG), eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Danach können im nationalen Recht Personen und ihre Familienangehörigen vom Bezug sozialer Leistungen ausgeschlossen werden, wenn sich ihr Aufenthaltsrecht allein auf den Zweck der Arbeitsuche gründet. Nicht vom Ausschluss erfasst werden hingegen Personen, deren Aufenthaltsrecht sich auf einen weiteren oder anderen Grund stützt.

Ein anderes Aufenthaltsrecht als das zur Arbeitsuche kommt den Antragstellern nicht zu. Nach Art. 6 Abs. 1 der RL 2004/38/EG hat ein Unionsbürger bereits allein aufgrund dieses Status das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates für einen Zeitraum bis zu drei Monaten. Diese Aufenthaltsdauer haben die Antragsteller mittlerweile überschritten. Ein Aufenthaltsrecht über drei Monate hinaus steht einem Unionsbürger unter den Voraussetzungen des Art. 7 RL 2004/38/EG zu. Dies gilt zunächst nach dessen Abs. 1 Buchstabe a für Arbeitnehmer oder Selbständige. Eine selbständige Tätigkeit übt derzeit keiner der Antragsteller aus. Auch der Antragsteller zu 1 ist nicht mehr als Arbeitnehmer oder Selbständiger anzusehen. Nach Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38/EG bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft dem Unionsbürger, der seine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständiger nicht mehr ausübt, erhalten, wenn er sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt und zwar nach mehr als einjähriger Beschäftigung (Buchstabe b) oder nach Ablauf eines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit; in diesem Fall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten (Buchstabe c). Nach § 2 Abs. 3 S. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) bleibt das Aufenthaltsrecht in den letztgenannten Fällen während einer Dauer von sechs Monaten unberührt. Die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 3 Buchstabe b RL 2004/38/EG hat der Antragsteller zu 1 nicht erfüllt, auch nicht unter

Berücksichtigung seiner selbständigen Tätigkeit. Diese Sechs-Monats-Grenze ist mit den Rechten des primären Gemeinschaftsrechts, insb. der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EG vereinbar (Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, § 2 Rdnr. 78 m.w.N.). Der Zeitraum von sechs Monaten nach Art. 7 Abs. 3 Buchstabe c RL 2004/38/EG und § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU ist bereits im Jahr 2007 abgelaufen. Der Antragsteller zu 1 hat somit mittlerweile seinen Status als Arbeitnehmer oder Selbständiger i.S.d. RL 2004/38/EG durch Zeitablauf verloren. Offen bleiben kann es daher, ob überhaupt eine Arbeitslosigkeit vorgelegen haben kann, wenn eine Genehmigung nach § 284 SGB III nicht erteilt und nicht zu erteilen war.

Es erscheint derzeit jedoch bereits fraglich, ob den Antragstellern das Aufenthaltsrecht wegen Arbeitsuche noch zusteht. Nach Art. 14 Abs. 4 RL 2004/38/EG darf gegen Unionsbürger auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden, wenn sie Arbeitnehmer oder Selbständige sind (Buchstabe a) oder in das Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates eingereist sind, um Arbeit zu suchen; in diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Buchstabe b). An das sich aus dieser Bestimmung ergebende Recht zum Aufenthalt knüpft § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII den Ausschluss vom Sozialhilfeanspruch. Nach den obigen Ausführungen zum Anspruch auf eine Arbeitserlaubnis nach § 284 SGB III erscheint es zweifelhaft, ob eine begründete Aussicht auf Einstellung i.S.d. Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b RL 2004/38/EG überhaupt vorliegt. Nach § 284 Abs. 1 SGB III darf ein Arbeitgeber einen ungarischen Unionsbürger nur einstellen, wenn die Arbeitserlaubnis/EU oder Arbeitsgenehmigung/EU erteilt ist; der Unionsbürger darf eine Beschäftigung nur bei deren Vorliegen eingehen. Solange also eine solche Erlaubnis oder Genehmigung nicht vorliegt oder nicht erteilt werden darf, besteht für den Unionsbürger keine begründete Aussicht, eingestellt zu werden. Ob das FreizügG/EU abweichend von der RL 2004/38/EG ein unbeschränktes Aufenthaltsrecht bei Arbeitsuche gewährt und dabei auf die Voraussetzung der begründeten Erfolgsaussicht verzichtet (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. November 2006 – L 20 B 248/06 AS ER - <juris>; Strick NJW 2005, 2183, 2184), kann hier offen bleiben. Denn nach § 13 FreizügG/EU setzte die Anwendung dieses Gesetzes bei nicht uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern insoweit voraus, dass die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gem. § 284 Abs. 1 SGB III bereits genehmigt wurde, was hier nicht der Fall ist.

Geht man davon aus, dass den Antragstellern mangels Erfolgsaussicht der Arbeitsuche ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht nicht mehr zukommt, greift auch der Ausschlussbestand des § 23 Abs. 3 S. 1 2. Alt. SGB XII nicht ein. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist deren Anwendung allein auf das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche bezogen; dies entspricht auch

dem der Gesetzesbegründung zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers, mit dieser Regelung von der in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch zu machen. Eine Anwendung dieses Ausschlusses i.S.e. Erst-Recht-Schlusses auf Unionsbürger ohne Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG dürfte daher nicht möglich sein. Ein solcher Schluss ist auch nicht zwingend. Denn die Bundesrepublik Deutschland hat in diesen Fällen die Möglichkeit, den Aufenthalt des Unionsbürgers und damit auch dessen Sozialhilfebezug zu beenden. Diese Möglichkeit besteht in den von § 23 Abs. 3 S. 1, 2. Alt. SGB XII erfassten Fällen gerade nicht.

Da die Antragsteller nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen, die sie von der Sozialhilfe unabhängig machen, steht ihnen auch kein weiteres Aufenthaltsrecht nach Art. 7 RL 2004/38/EG zu. Damit unterfallen die Antragsteller aber nicht automatisch dem Anwendungsbereich des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG) mit der Folge eines Ausschlusses des Sozialhilfeanspruches nach § 23 Abs. 3 S. 1 1. Alt. SGB XII. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG sind nach diesem Gesetz leistungsberechtigt vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer, auch wenn eine Abschiebeandrohung nicht vollziehbar ist. Nach Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen. Die Pflicht zur Ausreise entsteht somit nicht bereits kraft gesetzlicher oder Verordnungsregelung, wenn Sozialhilfe in Anspruch genommen wird oder werden soll. Vielmehr soll vom Aufnahmestaat zuvor geprüft werden, ob es sich um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, sowie die Dauer des Aufenthaltes, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigt werden (Erwägung Ziffer 16 zur RL 2004/38/EG, ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 82). Diese Prüfung obliegt jedoch nicht der Sozialverwaltung und ist daher im vorliegenden Verfahren nicht erstmals durch ein Gericht der Sozialgerichtsbarkeit zu prüfen. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger erst dann ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (VGH Hessen, Beschluss vom 29. Dezember 2004 – 12 TG 3212/04 - <juris>). Dass eine Beendigung des Aufenthalts der Antragsteller festgestellt oder überhaupt betrieben wird, ist nicht ersichtlich. Dagegen spricht insbesondere die Ausstellung der Freizügigkeitsbescheinigung. Auch wenn dieser keine konstitutive Wirkung zukommt, spricht ihre Erteilung dafür, dass durch die zuständige Behörde eine Aufenthaltsbeendigung nicht angestrebt wird. Abweichende Anhaltspunkte liegen nicht vor und sind auch von den Beteiligten nicht vorgetragen worden. Da die Antragsteller auch nicht eingereist waren, um Sozialhilfe zu erlangen, hätten sie dann mangels Ausschlussstatbestandes zumindest einen einfachgesetzlichen Anspruch auf Sozialhilfe nach § 23 Abs. 1 S. 1 SGB XII, der lediglich an den tatsächlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland anknüpft.

Allerdings ist jedenfalls zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung ist nicht ausgeschlossen, dass den Antragsteller noch das Aufenthaltsrecht nach Art. 14 Abs. 4 RL 2004/38/EG zusteht. Wie oben bereits ausgeführt, sind für die Frage eines Anspruches auf Erteilung der Genehmigung nach § 284 SGB III im Hauptsacheverfahren noch weitere Ermittlungen notwendig. Andererseits war für die Überlegungen zu § 8 Abs. 2 SGB II die Konzeption des SGB II entscheidend, während Art. 14 Abs. 4 RL 2004/38/EG ein anderer Zweck zugrunde liegt. Die im Rahmen des § 8 Abs. 2 SGB II anzulegenden Maßstäbe sind nicht ohne weiteres auf die Arbeitsuche i.S.d. RL 2004/38/EG zu übertragen. Diese Richtlinie regelt näher Umfang und Voraussetzungen der grundsätzlich durch den EG-Vertrag eingeräumten Grundfreiheit der Unionsbürger und Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten auf Freizügigkeit innerhalb der EU. Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG normiert keine Voraussetzungen für den Zugang zu Grundsicherungs- oder Sozialhilfeleistungen, sondern regelt allein das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers, wobei an die Arbeitsuche angeknüpft wird. Eine gleichsam tageweise Betrachtung der Erfolgsaussicht der Arbeitsuche wie im Rahmen des SGB II entspräche nicht der effektiven Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, insbesondere der primärrechtlich verbürgten Freizügigkeit. Diese gilt grundsätzlich auch für die Arbeitnehmer der MOE-Beitrittsstaaten, für die lediglich die in der VO 1612/68 konkretisierten Rechte durch nationales Recht eingeschränkt werden können. Um dem Gemeinschaftsrecht effektiv Geltung zu verschaffen, kann es daher gegebenenfalls notwendig sein, es für die Erfolgsaussicht der Arbeitsuche ausreichen zu lassen, dass eine Arbeitserlaubnis noch nicht durch die Bundesagentur für Arbeit abgelehnt worden ist. In diesem Fall würde der Ausschlussatbestand des § 23 Abs. 3 S. 1, 2. Alt. SGB XII eingreifen.

Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes führt dies jedoch aufgrund einer Interessen- und Folgenabwägung nicht zur Ablehnung der begehrten einstweiligen Anordnung. Mit der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, bzw. § 23 Abs. 3 2. Alt. SGB XII hat der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht. Dieser sieht ausdrücklich vor, dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet ist, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b RL 2004/38/EG (Arbeitsuche) einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Die genannten nationalen Regelungen sind somit mit den Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts ohne weiteres vereinbar. Diese Regelungen der § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, bzw. § 23 Abs. 3 2. Alt. SGB XII i.V.m. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG müssen jedoch ihrerseits vereinbar sein mit den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Art. 18 und 12 EG.

Nach Art. 18 Abs. 1 EG hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieses Recht wird unmittelbar zuerkannt und knüpft allein an die Unionsbürgerschaft an. Auch die in ihrer Freizügigkeit als Arbeitnehmer beschränkten Unionsbürger der MOE-Beitrittsstaaten wie die Antragsteller können sich daher auf dieses Recht berufen. Dieses Recht ist allerdings nicht absolut. Schon nach dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 1 EG besteht es nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Dieser Vorbehalt betrifft allerdings nicht das „ob“ des Aufenthaltsrechts, sondern das „wie“ der Ausübung desselben. Richtlinien, die Unionsbürgern den Zugang zu Sozialleistungen verschließen, sind daher als inhaltsbestimmende Regelungen des Aufenthaltsrechts anzusehen. Diese Beschränkungen und Bedingungen sind unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden (EuGH Slg. I 2002, 7091 <Baumbast und R>). Eine zulässige Beschränkung und Bedingung des Aufenthaltsrechts hatte der EuGH danach in Art. 1 der Richtlinie 90/364 gesehen, wonach die Mitgliedstaaten von Angehörigen eines Mitgliedstaates, die das Recht zum Aufenthalt wahrnehmen wollten, verlangen konnte, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über eine Krankenversicherung sowie über ausreichende Existenzmittel verfügen, durch die sichergestellt ist, dass sie während ihres Aufenthaltes nicht die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaates in Anspruch nehmen müssen (EuGH Slg. I 2004, 7573 <Trojani>). Dies betrifft jedoch zunächst nur die jetzige Regelung des Art. 7 Abs. 1 Buchstabe b RL 2004/38/EG. Hingegen vermittelt Art. 14 Abs. 4 RL 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht auch für den Fall, dass diese wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht (mehr) vorliegen. Denn nach Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG steht Unionsbürger das Aufenthaltsrecht nach Art. 7 RL 2004/38/EG nur zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich das Aufenthaltsrecht nicht mehr besteht, wenn keine ausreichenden Existenzmittel mehr vorhanden sind und Sozialhilfe in Anspruch genommen werden soll. Nach Art. 14 Abs. 4 RL 2004/38/EG darf aber gegen Unionsbürger auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden, wenn sie Arbeitnehmer oder Selbständige sind (Buchstabe a) oder in das Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates eingereist sind, um Arbeit zu suchen; in diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Buchstabe b). Die RL 2004/38/EG erhält somit - anders als RL 90/364 - das Aufenthaltsrecht trotz des Angewiesenseins auf Sozialhilfe aufrecht. Der Unionsbürger hält sich daher rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat auf.

Gerade an den rechtmäßigen Aufenthalt im Mitgliedstaat hat der EuGH jedoch i.V.m. der Unionsbürgerschaft die Geltung des grundlegenden Prinzips der Gleichbehandlung nach Art. 12

EG geknüpft. Danach ist unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Hierbei hatte er es für die Anwendung des Diskriminierungsverbots bereits ausreichen lassen, dass trotz des Wegfalls des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts durch den Mitgliedstaat „Ausweisungsmaßnahmen“ nicht vorgenommen worden oder eine Aufenthaltserlaubnis erteilt war (EuGH a.a.O. <Trojani>). Dementsprechend erscheint es fraglich, ob eine sekundärrechtliche Vorschrift, die ein Aufenthaltsrecht einräumt, aber Unionsbürger hinsichtlich des Zugangs zu einer Leistung der sozialen Sicherheit abweichenden Voraussetzungen unterwirft als inländische Staatsangehörige, nicht bereits per se mit Art. 12 EG unvereinbar ist.

Jedenfalls erscheint es zweifelhaft, ob für eine solche Ungleichbehandlung ausreichende Rechtfertigungsgründe vorliegen. Der EuGH erkennt das Recht der Mitgliedstaaten an, zum Schutz der finanziellen Systeme der sozialen Sicherheit Ungleichbehandlungen vorzunehmen; die finanzielle Belastung des Mitgliedstaates muss aber erheblich sein. So stellt es ein legitimes Interesse dar zu vermeiden, dass die Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau dieser Sozialleistung haben könnte, die der Staat gewähren kann (EuGH Slg. I 2005, 2119 <Bidar>). Danach könnte die Verhinderung einer Zuwanderung mit der Folge der Inanspruchnahme der Sozialleistungen des Mitgliedstaates eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Allerdings hatte der EuGH in seiner Entscheidung vom 23. März 2004 (a.a.O. <Collins>) herausgestellt, dass auch bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes eine Ungleichbehandlung nur zulässig ist, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Dabei hat der EuGH - anlehnend an die Regelungen der VO 1612/86 - unterschieden zwischen Arbeitnehmern, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt des anderen Mitgliedstaats gefunden hatten, und solchen, die dort erstmals Arbeit suchten. Es sei legitim, dass ein Mitgliedstaat eine dem Alg II vergleichbare Beihilfe erst gewähre, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitsuchenden mit dem Arbeitsmarkt festgestellt worden sei. Hierfür könne an den Wohnort angeknüpft werden; es sei jedoch nur dann verhältnismäßig, wenn die Anspruchsvoraussetzung nicht über das zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche hinausginge.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung des EuGH könnten Zweifel bestehen, ob der an ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht anknüpfende völlige Ausschluss von Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II oder XII mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG vereinbar ist. Dies gilt jedenfalls für die Fälle wie dem vorliegenden, in denen die Grundsicherung oder Sozialhilfe nicht unmittelbar nach der Einreise in Anspruch genommen werden soll, sondern der Hilfesuchende im Aufnahmestaat zunächst eine gewisse Zeit abhängig oder selbständig

erwerbstätig war. Das Ziel, der Zuwanderung in die Systeme der sozialen Sicherung der Mitgliedstaaten entgegenzuwirken, könnte daher durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden, die nach der bisher vorhandenen Verbindung des Unionsbürgers zum Aufnahmemitgliedstaat differenzieren (OVG Bremen, Beschluss vom 5. November 2007 - S 1 B 252/07 - <juris>).

Eine einheitliche Auffassung zu dieser Frage hat sich bislang in der Rechtsprechung nicht herausgebildet. Teils wird ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht verneint (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 2. August 2007 - L 9 AS 447/07 ER; LSG Hessen, Beschluss vom 3. April 2008 - L 9 AS 59/08 B ER; OVG Bremen, Beschluss vom 15. November 2007 - S 2 B 426/07; SG Reutlingen, Urteil vom 29. April 2008 - S 2 AS 2952/07 - alle veröffentlicht in <juris>), teils Zweifel an der Vereinbarkeit geäußert (OVG Bremen, Beschluss vom 5. November 2007 - S 1 B 252/07; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15. Juni 2007 - L 20 B 59/07 AS ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 2. August 2007 - L 9 AS 447/07 ER - jeweils in <juris>; vgl. a. Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, § 7 Rdnr. 30; Brühl/Schoch, LPK-SGB II, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 19; Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, § 7 Rdnr. 17 ff).

Vorliegend haben die Antragsteller ihren Lebensunterhalt in der Bundesrepublik Deutschland zunächst durch eigenes Einkommen bestritten und dies nicht nur während der nur befristet erlaubten Tätigkeit des Antragstellers zu 1 als Saisonarbeitskraft. Vielmehr hatte der Antragsteller anschließend den Versuch unternommen, als Gastronom selbständig tätig zu sein, was er jedoch aufgrund des Brandes in der Gaststätte hatte aufgeben müssen. Eine gewisse Verbindung zur Bundesrepublik Deutschland als Aufnahmestaat ist bei den Antragstellern, die sich mittlerweile seit ca. zwei Jahren hier aufhalten, bereits entstanden. Ausweisungsmaßnahmen sind bisher nicht ergriffen worden, so dass es nicht darauf ankommt, ob solche rechtlich möglich gewesen wären. Die genauen Voraussetzungen einer hinreichenden Verbindungen und bei deren Bestehen auch die Verhältnismäßigkeit eines zeitlich unbeschränkten Leistungsausschlusses können nur im Rahmen des Hauptsacheverfahrens geklärt werden. Dabei ist auch zu beachten, dass über die Vereinbarkeit des sekundären Gemeinschaftsrechts der RL 2004/38/EG mit dem primären der Art. 12 und 18 EG letztlich der EuGH zu befinden hat. Entsprechende Vorlagebeschlüsse liegen bereits vor.

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes besteht eine Verpflichtung zur Vorlage im Wege der Vorabentscheidung durch den EuGH nicht; dem stünde bereits die Eilbedürftigkeit entgegen. Des Weiteren wird eine endgültige Entscheidung gerade nicht getroffen, sondern nur eine solche über einen vorläufigen Zustand. Dabei ist es möglich, aufgrund einer Interessen- und Folgenabwägung zu entscheiden, so dass die fragliche Norm nicht allein entscheidungserheblich wird.

Grundsätzlich muss zwar eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift auch bei Zweifeln an deren Verfassungsmäßigkeit oder Vereinbarkeit mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht Beachtung finden, damit eine parlamentarische Entscheidung nicht durch eine Entscheidung eines Fachgerichts quasi außer Kraft gesetzt wird. Gleichwohl ist auch dem Gewicht der Interessen und Rechte der Antragsteller ausreichend Rechnung zu tragen. Dabei ist zu beachten, dass die Leistungen der Sozialhilfe der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens dienen, was bereits nach dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland Pflicht des Staates ist (Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 GG; BVerfG, NVwZ 2005, 927). Auf Seiten des Sozialhilfeträgers ist das Interesse zu beachten, dass nun gewährte Sozialhilfeleistungen angesichts der wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller voraussichtlich nicht erstattet werden können, wenn sich im Hauptsacheverfahren herausstellen sollte, dass ein Anspruch tatsächlich nicht bestanden hat. Den Antragstellern ihrerseits würden für einen nicht absehbaren Zeitraum die Leistungen vorenthalten, die sie zur Aufrechterhaltung ihres Existenzminimums und damit für ein der Menschenwürde entsprechendes Leben benötigen. Diese damit verbundenen Einschränkungen während des Zeitraumes ohne Leistungen sind auch im Falle einer Nachzahlung bei Erfolg in der Hauptsache nicht mehr zu beseitigen. Die Antragsteller wären darauf verwiesen, zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes in ihr Heimat zurückzukehren, was aus o.g. Gründen gerade eine Verletzung ihrer Grundrechte aus europäischem Gemeinschaftsrecht verletzen könnte. Schließlich ist auch zu beachten, dass selbst Ausländern, die sich illegal in der Bundesrepublik Deutschland befinden, im Rahmen des AsylbLG zumindest eine Mindestversorgung gewährt wird. In Abwägung dieser Interessen erscheint es dem Senat angemessen, dass den Antragstellern die Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt unter Einschluss der Kosten der Unterkunft und Heizung nach dem Dritten Kapitel SGB XII gewährt, die jeweiligen Regelsätze im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes jedoch zunächst auf 80% beschränkt werden. Damit wird den Antragstellern jedenfalls das zum Lebensunterhalt Unerlässliche zur Verfügung gestellt, während gleichzeitig die Belastung des Sozialhilfeträgers reduziert wird (vgl. a. BVerfG a.a.O., das ausdrücklich einen Abschlag um 20% des Regelsatzes für zulässig erachtet).

Zumindest im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Leistungspflicht der Beigeladenen vor eigener Kenntnis des Hilfefalles besteht (§ 18 SGB XII). Diese bestand erstmals mit der im Beschwerdeverfahren erfolgten Beiladung. Der Senat begrenzt die Verpflichtung der Beigeladenen im Rahmen des ihm bei der Entscheidung zustehenden Ermessens zunächst auf den 31. Oktober 2008. Dies ermöglicht der Beigeladenen die eingehende Prüfung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen und Ausschlussstatbestände, was hier nur summarisch möglich war. Zugleich wird der Veränderlichkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse der Antragsteller Rechnung getragen.

Die Möglichkeit der Verpflichtung der Beigeladenen ergibt sich aus § 75 Abs. 5 SGG.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 Abs. 1 und 4 SGG.

Danach lagen auch die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe gem. § 73a SGG i.V.m. § 114 ff Zivilprozessordnung vor. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war notwendig.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 177 SGG).