

Keine Existenzsicherung für arbeitsuchende Unionsbürger und solche ohne materielles Aufenthaltsrecht?

Kritische Anmerkungen zum Beschluss des Hessischen Landessozialgerichts vom 11.12.2014 – L 7 AS 528/14 B ER*

von *Katrin Knoblauch*



Katrin Knoblauch ist Rechtsanwältin in Frankfurt am Main und Fachanwältin für Sozialrecht. Sie ist Mitglied bei der Arbeitsgemeinschaft für Ausländer- und Asylrecht des Deutschen Anwaltsvereins sowie beim Frankfurter Rechtshilfekomitee und ehrenamtlich tätig für amnesty international.

I. Einführung

Ob und inwieweit Unionsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland vom Anspruch auf Arbeitslosengeld II ausgeschlossen sind, ist seit Jahren politisch wie juristisch hoch umstritten.¹ Im Mittelpunkt der Debatte stand bislang insbesondere die Europarechtskonformität von § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II.² Ungeklärt ist die Vereinbarkeit mit den Gleichbehandlungsgeboten des Art. 24 RL 2004/38/EG (dazu unter II.), Art. 4 VO 883/2004 (dazu unter III.) sowie Art. 45 Abs. 2 AEUV (dazu unter IV.). Nicht geklärt ist darüber hinaus die Frage der Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses auf Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht (dazu unter V.).

Die Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 11.11.2014 in der Rechtssache (Rs.) *Dano*³ brachte kaum Klarheit. Sie betraf allein die Frage, ob nichterwerbstätigen Unionsbürgern, die keine Arbeit suchen und allein zum Zwecke des Bezugs von Sozialhilfe in einen anderen Mitgliedstaat einreisen, existenzsichernde Sozialleistungen unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gewähren sind. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 11.11.2014 festgestellt, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG sowie das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 einem Leistungsausschluss nicht entgegensteht, sofern den

betreffenden Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten im Aufnahmemitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zusteht (Rn. 84).

Der für Frankfurt am Main zuständige 7. Senat des Hessischen Landessozialgerichts (HLSG) hatte zuvor seit 2011⁴ in ständiger Rechtsprechung⁵ die Rechtsauffassung vertreten, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, die Ausländer(innen), deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen von den Leistungen des SGB II ausschließt, dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 4 i. V. m. 70 VO (EG) 883/2004 widerspreche. Nunmehr hat er die EuGH-Entscheidung in der Rs. *Dano* zum Anlass genommen, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben. Er vertritt nun die Auffassung, dass der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausnahmslos mit europäischem Recht vereinbar sei⁶. Eilverfahren auf Gewährung von SGB II-Leistungen bleiben damit für Personen mit einem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 a FreizügG/EU ebenso wie für Personen ohne materielles Aufenthaltsrecht vor dem 7. Senat (letztinstanzlich) erfolglos. Konsequenterweise hätte der 7. Senat daher eine Entscheidung anhand einer Folgenabwägung treffen müssen (dazu unter VI.). Wenigstens hätte das verfassungsrechtlich gewährleistete Existenzminimum zugesprochen werden müssen (dazu unter VII.). Aus anwaltlicher

* Abrufbar unter: <https://sozialgerichtsbarkeit.de/sgb/esgb/show.php?modul=esgb&id=174450>

Sicht ist bereits jetzt spürbar, dass die Sicherung der Menschenwürde in Frankfurt am Main durch diese Rechtsprechungsänderung erschwert ist.

II. Kein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG ?

Nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund der Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält, die gleiche Behandlung wie Staatsangehörige dieses Mitgliedstaates. Gemäß Absatz 2 der Vorschrift ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, 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 der Arbeitssuche einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.

Der 7. Senat ist der Auffassung, dass die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht gegen Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG verstoße, da die zwar bestehende unterschiedliche Behandlung von deutschen Staatsangehörigen gegenüber nicht deutschen Staatsangehörigen nach Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG erlaubt sei.

Dies lässt sich mit der Dano-Entscheidung allerdings in keinster Weise begründen, hat sich der EuGH in diesem Verfahren mit Art. 24 Abs. 2 der RL 2004/38/EG doch gar nicht befasst. Vielmehr hat er in Rn. 66 klargestellt, dass Frau Dano mangels eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitssuche nicht in den persönlichen Geltungsbereich des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG fällt. Der EuGH hat zwar in diesem Verfahren entschieden, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II auch Sozialhilfeleistungen i. S. v. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG darstellen (Rn. 63). Insoweit zutreffend hat der 7. Senat daher seine diesbezügliche bisherige Rechtsauffassung aufgegeben. Allerdings ist damit nicht geklärt, ob der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als zulässige Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG angesehen werden kann. Der EuGH hat mit der Feststellung in Rn. 66 eine Stel-

lungnahme zur primärrechtskonformen Auslegung von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG überflüssig gemacht und damit diese Problematik bewusst ausgeklammert, so dass mit dem Urteil eine Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung, in der er eine Auslegung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit gefordert⁷ und einen kategorischen Ausschluss von existenzsichernden Leistungen untersagt hat⁸, gerade nicht erfolgt ist⁹. In der Rs. Brey¹⁰ hat der EuGH bereits entschieden, dass die RL 2004/38/EG eine »bestimmte finanzielle Solidarität« der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten anerkennt. Das nationale Recht muss demnach eine Prüfung der unangemessenen Inanspruchnahme im Einzelfall ermöglichen und darf keinen Automatismus des Leistungsausschlusses vorsehen. Nicht zu rechtfertigen sind daher nationale Regelungen, die einen bestimmten Personenkreis unter Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ohne individuelle Prüfung des Maßes der Inanspruchnahme von »Sozialhilfe« von den Leistungen ausschließen¹¹.

Das Bundessozialgericht (BSG) hat in einem Verfahren, in dem SGB II-Ansprüche arbeitsuchender Unionsbürger im Streit stehen, den EuGH zur Klärung der Frage der Vereinbarkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit Europarecht um Vorabentscheidung ersucht¹². In seiner Entscheidung hält es das BSG für klärungsbedürftig, ob »eine nationale Regelung wie die des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II als zulässige Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG angesehen werden kann« (Rn. 40), ob »ein ausnahmsloser Ausschluss von Sozialhilfeleistungen möglich ist« (Rn. 42) oder ob Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG so auszulegen sei, »dass nationale Regelungen bei einem Ausschluss Arbeitssuchender von Sozialhilfeleistungen für mehr als drei Monate eine Einzelfallprüfung zulassen müssen« (Rn. 43).

Die Rechtsprechung des EuGH ignorierend – sie findet keinerlei Erwähnung –, aber darauf hinweisend, dass das BSG die Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung für möglich hält, vertritt der 7. Senat in seiner Entscheidung die Auffassung, dass § 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG keine Einzelfallprüfung vorsehe.

III. Kein Verstoß gegen Art. 4 VO (EG) 883/2004 ?

Nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates, sofern in der Verordnung nichts anderes bestimmt ist.

Der EuGH hat in der Dano-Entscheidung klargestellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 auch auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 70 der VO (EG) 883/2004 Anwendung findet (Rn. 46ff.). Während das BSG im Vorabentscheidungsersuchen¹³ davon ausgeht, dass die Leistungen nach dem SGB II besondere beitragsunabhängige Geldleistungen i. S. d. Art. 70 der VO (EG) 883/2004 darstellen, hält der 7. Senat dies weiterhin für zweifelhaft.

Einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 der VO (EG) 883/2004 vermag der 7. Senat nicht zu erkennen. Die zwar bestehende unterschiedliche Behandlung sei durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG erlaubt, der im Verhältnis zu Art. 4 VO (EG) 883/2004 als Spezialregelung anzusehen sei. Der Senat beruft sich auch hier auf die Entscheidung des EuGH vom 11.11.2014. Da der EuGH darauf hinweise, dass ein Unionsbürger eine Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen nur verlangen könne, wenn die Aufenthaltsvoraussetzungen der RL 2004/38/EG erfüllt seien, benutze er die Regelungen der RL 2004/38/EG als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung und zwar sowohl im Hinblick auf Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG als auch im Hinblick auf Art. 4 VO (EG) 883/2004. In Rn. 83, auf welche der Senat verweist, hat der EuGH allerdings lediglich ausgeführt, dass nichts dagegen spreche, die Gewährung besonderer beitragsunabhängiger Geldleistung i. S. des Art. 70 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 von dem Erfordernis abhängig zu machen, dass die Voraussetzungen der RL 2004/38/EG für ein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erfüllt werden. Daraus ergibt sich jedoch in keinster Weise, dass Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG gegenüber Art. 4 VO

(EG) 883/2004 als Spezialregelung anzusehen wäre. Diese in Rechtsprechung und Literatur äußert umstrittene Frage des Verhältnisses des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 4 VO (EG) 883/2004 zu der Beschränkung des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG, ist Gegenstand der zweiten Vorlagefrage des BSG an den EuGH¹⁴.

IV. Kein Verstoß gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV?

Im Urteil vom 04.06.2009¹⁵ hat der EuGH bereits festgestellt, dass es angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren habe, nicht mehr möglich sei, vom Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG (nunmehr Art 45 Abs. 2 AEUV) eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern solle. Es sei jedoch legitim, dass ein Mitgliedstaat eine solche Beihilfe erst leiste, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt worden sei.

Die Entscheidung darüber, ob eine finanzielle Leistung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll, ist Aufgabe der nationalen Gerichte¹⁶. Das BSG vertritt in dem Vorabentscheidungsersuchen¹⁷ die Auffassung, dass die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II der Existenzsicherung dienen und gleichzeitig auch den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Mit der 3. Vorlagefrage will das BSG daher geklärt wissen, ob Art. 45 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV einer nationalen Bestimmung entgegensteht, die arbeitssuchenden Unionsbürgern ausnahmslos für die Zeit eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche und unabhängig von der Verbindung mit dem Aufnahmestaat eine solche Sozialleistung verweigert.

Der 7. Senat stellt sich in diesem Punkt offen gegen die Ansicht des BSG und sieht in den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II keine finanzielle Leistung zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt. Er kommt damit zu dem Ergebnis, dass ein

Verstoß gegen Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht gegeben sei.

V. Keine Leistungen nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II bei nur formal bestehendem Aufenthaltsrecht?

Als letztes führt der Senat aus, sofern den Antragstellern kein Recht zur Arbeitsuche zustehe, sei § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II um die »ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des Bestehens eines Aufenthaltsrechts« zu erweitern. Der Senat sieht sich zu einer solchen »teleologischen Gesetzeskorrektur« veranlasst, da § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II seinem Wortlaut nach nur solche Ausländer von Leistungen des SGB II ausschließt, die ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU haben, von dem Leistungsausschluss also diejenigen nicht erfasst werden, die sich nicht zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten, sondern deren Aufenthalt allein wegen der Freizügigkeitsvermutung bis zur Feststellung des Wegfalls gem. § 5 Abs. 4 FreizügG/EU n. F. legal ist. Um dem Gesetzeszweck zu entsprechen, sei eine entsprechende ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung anzunehmen.

Dabei handelt es sich um eine mit der richterlichen Gesetzesbindung nicht mehr zu vereinbarende und damit unzulässige Rechtsfortbildung, da weder eine planwidrige Gesetzeslücke erkennbar, noch ein solcher Gesetzeszweck eindeutig zu ermitteln ist, wie es für eine teleologische Gesetzeskorrektur jedoch erforderlich wäre. Eine solche Erweiterung des Leistungsausschlusses ist auch mit dem in § 31 SGB I geregelten Vorbehalt des Gesetzes nicht zu vereinbaren¹⁸ und dürfte im Übrigen am Maßstab des für menschenwürdesichernde Leistungen geltenden Gesetzesvorbehalts auch materiell verfassungswidrig sein¹⁹.

Aus den Gesetzesmaterialien zur Einführung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ergibt sich eine unbeabsichtigte Regelungslücke nicht. Die Vorschrift wurde eingefügt in der Absicht, die Option des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG zu nutzen, also diejenigen von Sozialleistungen auszuschließen, die wegen nachgewiesener Arbeitsuche bei begründeter Einstellungsaussicht Aus-

weisungsschutz genießen, während für den Fall des Wegfalls der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts der Ausschluss von Leistungen des SGB II über die Herstellung der Ausreisepflicht und die Beendigung des (gewöhnlichen) Aufenthalts im Bundesgebiet herbeigeführt werden soll²⁰. Dass der Gesetzgeber diese Problematik allein über das Freizügigkeitsrecht regeln wollte, ergibt sich insbesondere aus der neueren Gesetzgebungsentwicklung. Der Gesetzgeber hatte im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften vom 02.12.2014, BGBl. I 2014, 1922, die hier betroffene Konstellation sehr wohl im Blick, für eine Änderung der Leistungsausschlüsse im SGB II wurden jedoch keine Handlungsspielräume gesehen. Lediglich das Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche wurde zeitlich begrenzt²¹.

Darüber hinaus wird außer im Falle des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II, der Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ausschließt, der Zugang zum SGB II ausschließlich über den gewöhnlichen Aufenthalt gesteuert. Nach Ansicht des BSG²² liefe es für den Bereich des SGB II der Vereinheitlichung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts zuwider, wenn dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmende Tatbestandsmerkmale im Sinne von rechtlichen Erfordernissen zum Aufenthaltsstatus aufgestellt werden und damit einzelnen Personengruppen der Zugang zu existenzsichernden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes versperrt wird. Ein dem gewöhnlichen Aufenthalt hinzutretendes Anspruchsmerkmal im Sinne des Innehabens einer bestimmten Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU bzw. eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem AufenthG fehle im SGB II. Vielmehr habe der Gesetzgeber mit § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II in einer anderen Regelungssystematik ein Ausschlusskriterium von SGB II-Leistungen nur für diejenigen Ausländer vorgesehen, deren »Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.« Dieses Aufenthaltsrecht »allein zum Zweck der Arbeitsuche« bedarf nach Ansicht des BSG²³ einer positiven Feststellung, damit die Ausschlussregelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II zur Anwendung kommen kann, und ist als Ausschlussregelung von existenzsicher-

den Sozialleistungen jedenfalls eng auszulegen. Auch das Urteil des EuGH vom 11.11.2014 vermag eine erweiternde oder analoge Anwendung des Leistungsausschlusses auf die Konstellation eines nur wegen der Freizügigkeitsvermutung legalen Aufenthalts nicht zu begründen²⁴. Ein Ausschlussstatbestand, wie er vom EuGH für zulässig angesehen wird, ist im SGB II nicht normiert²⁵.

Die Rechtsfrage, ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auch auf Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht Anwendung findet, betrifft die Auslegung nationalen Rechts und ist vom BSG in den dort anhängigen Revisionsverfahren²⁶ zu klären.

VI. Fazit: Folgenabwägung!

Das BSG hat im Verfahren B 4 AS 9/13 R auf Anfrage des EuGH im Hinblick auf dessen Entscheidung vom 11.11.2014 lediglich die 1. Vorlagefrage, ob das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 VO (EG) 883/2004 auch für die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen i.S.d. Art. 70 der VO (EG) 883/2004 gilt, für erledigt erklärt²⁷. Bezüglich der weiteren Vorlagefragen hat weder der EuGH noch das BSG Veranlassung für eine Verfahrensbeendigung gesehen.

Vor dem Hintergrund, dass sämtliche entscheidungserheblichen Rechtsfragen beim EuGH bzw. dem BSG zur Klärung anhängig sind und es sich bei dem vom Senat entschiedenen Fall um ein Eilverfahren handelte, in dem existenzsichernde Leistungen im Streit standen, wäre zwingend eine Folgenabwägung vorzunehmen gewesen, die zur Sicherung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Existenzminimums zugunsten der Antragsteller hätte erfolgen müssen²⁸.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁹ (BVerfG) ist bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist, anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden, welchem Beteiligten ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache eher zuzumuten ist. Dabei sind grundrechtliche Belange des Antragstellers umfassend in der Abwägung zu berücksichtigen. Dies gilt ganz besonders, wenn es um die

Wahrung der Würde des Menschen geht. »Eine Verletzung dieser grundgesetzlichen Gewährleistung, auch wenn sie nur möglich erscheint oder nur zeitweilig andauert, haben die Gerichte zu verhindern.« Insbesondere bei Ansprüchen, die darauf gerichtet sind, als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Menschenwürde das soziokulturelle Existenzminimum zu sichern, ist ein nur möglicherweise bestehender Anordnungsanspruch, vor allem wenn er eine für die soziokulturelle Teilhabe unverzichtbare Leistungshöhe erreicht und für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum zu gewähren ist, in der Regel vorläufig zu befriedigen, wenn sich die Sach- oder Rechtslage im Eilverfahren nicht vollständig klären lässt. Denn im Rahmen der gebotenen Folgeabwägung hat dann regelmäßig das Interesse des Leistungsträgers ungerechtfertigte Leistungen zu vermeiden gegenüber der Sicherstellung des ausschließlich gegenwärtig für den Antragsteller verwirklichtbaren soziokulturellen Existenzminimums zurückzutreten³⁰.

Eine Folgenabwägung unterbleibt in der Entscheidung des 7. Senats. Man kann zu den aufgeworfenen Rechtsfragen zweifellos unterschiedliche Auffassungen vertreten. Nicht mehr vertretbar ist es jedoch, einen Anordnungsanspruch zu verneinen, weil die Rechtslage als geklärt angesehen wird. Es kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass die anstehende Entscheidung des EuGH in der Rs. Alimanovic zur Klärung der europarechtlichen Rechtsfragen nichts Nennenswertes mehr beitragen wird³¹. Der Fortgang des Verfahrens bestätigt diese Einschätzung: Generalanwalt Wathelet – derselbe Generalanwalt wie in der Rs. Dano – hält den Leistungsausschluss bei Arbeitsuchenden mit einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt für unionsrechtswidrig.³²

VII. Kein menschenwürdiges Existenzminimum?

Absolut inakzeptabel wird die Entscheidung dadurch, dass der Senat nicht wenigstens den Sozialhilfeträger zur vorläufigen Gewährung von existenzsichernden Leistungen verpflichtet. Im Wege der Beiladung wäre dies ohne Weiteres möglich gewesen. Der Senat hält es jedoch noch

nicht einmal für nötig, hierzu auch nur einen Satz zu verlieren. In später folgenden Beschlüssen vertritt der Senat die Auffassung, dass Erwerbsfähige nach § 21 SGB XII von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII ausgeschlossen seien. Der Senat erkennt zwar ein »Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, das »dem Grunde nach unverfügbar ist und durch einen Leistungsanspruch eingelöst werden muss«, in Betracht käme aber nur ein Anspruch auf vorläufige Gewährung von Hilfen in sonstigen Lebenslagen nach § 73 SGB XII, der sich jedoch nach Struktur und Inhalt grundlegend von den Leistungen des SGB II unterscheidet, so dass diese beim zuständigen Sozialhilfeträger gesondert geltend zu machen seien³³.

Andere Gerichte hingegen sprechen in verfassungskonformer Auslegung von § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII Leistungen zur Sicherung des Existenzminimums zu und sehen als Abgrenzungskriterium für die Systeme der Grundsicherung nach dem SGB II und der Sozialhilfe nach dem SGB XII nicht allein die Erwerbsfähigkeit, sondern eine Leistungsberechtigung dem Grunde nach. Dies sei bei Ausländern, auf die der Leistungsausschluss gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II Anwendung finde, gerade nicht der Fall³⁴.

Darüber hinaus geht es doch gerade um existenzsichernde Leistungen, so dass zum einen der Verweis auf § 73 SGB XII fehl geht, zum anderen *sich dieser Leistungsanspruch nicht derart von den Leistungen des SGB II unterscheidet, dass eine Verpflichtung des Sozialhilfeträgers im Wege der Beiladung nicht möglich sein sollte*. § 73 SGB XII bezieht sich nur auf Hilfesituationen, die in ihrer Typizität nicht zur Hilfe zum Lebensunterhalt gehören³⁵. Der Verweis des 7. Senats auf diese Vorschrift kann also nur so verstanden werden, dass es nicht um die Gewährung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Existenzminimums geht, sondern allenfalls um die Finanzierung der Ausreise (Fahrkarte ins Heimatland) und bis dahin notwendige Überbrückungsleistungen. Dass dies verfassungsrechtlich unzulässig ist, wurde bereits im Rahmen des § 1a AsylbLG mehrfach entschieden³⁶ und käme einer »kalten Abschiebung« gleich. Die Ausrei-

sepflicht herzustellen und durchzusetzen liegt allerdings allein in der Zuständigkeit der Ausländerbehörden.

Nach dem Urteil des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz³⁷ ist es unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt mehr vertretbar, Ausländer von existenzsichernden Leistungen völlig auszuschließen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung den sich aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG ergebenden Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums dahingehend konkretisiert, dass stets der gesamte existenznotwendige Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers gedeckt sein muss. Der verfassungsrechtliche Leistungsanspruch erstreckt sich auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Zumindest das physische und soziokulturelle Existenzminimum

muss sichergestellt werden »und zwar in jedem Fall und zu jeder Zeit.« *Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.*

Die Ablehnung jeglicher Leistungen nach mehrmonatiger Verfahrensdauer führt zu einer irreparablen Verletzung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung und ist ein gravierender Verstoß gegen das in Art. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG verankerte Gebot des effektiven Rechtsschutzes und der Menschenwürde. Der Hinweis auf die Möglichkeit der gesonderten Geltendmachung gegenüber dem Sozialhilfeträger kann dies nicht heilen.

Was ist die Konsequenz aus der Entscheidung des Senats? Es werden nun Eilverfahren gegen den SGB XII-Träger eingeleitet und das Sozialgericht macht das, was unter Beachtung verfassungsrechtlicher Grundsätze zwingend geboten ist, der

7. Senat leider nicht vermocht hat: Mit der Begründung, dass das soziokulturelle Existenzminimum sicherzustellen ist, verpflichtet es den Sozialhilfeträger zur Bewilligung von SGB XII-Leistungen und lädt das Jobcenter bei. Der 4. Senat des Hessischen LSG wird nun darüber zu befinden haben, ob Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII zu gewähren sind. Daran, dass ein Anspruch auf existenzsichernde Leistungen besteht, hat dieser nicht den geringsten Zweifel³⁸.

Der deutsche Sozialstaat ist nicht der Sozialstaat der Deutschen³⁹. Dass man Menschen, solange sie sich in Deutschland aufhalten, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit menschenwürdig behandelt und nicht Hunger leiden lässt, sollte eine Selbstverständlichkeit sein. Dass man gerade Richter eines Landessozialgerichts daran erinnern muss, ist eine Schande. ■

Anmerkungen

1 Vgl. zusammenfassend Eichenhofer, SozSich 2014, 198; Schreiber, in: Müller-Heidelberg u. a., Grundrechte-Report 2013, S. 196; Stamm, in: Müller-Heidelberg u. a., Grundrechte-Report 2014, 182.

2 Europarechtskonformität bejahend z. B.: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 30.01.2014 – L 13 AS 266/13 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 17.03.2014 – L 20 AS 502/14 B ER; Europarechtskonformität verneinend z. B.: LSG Essen, Beschl. vom 14.07.2014 – L 12 AS 965/14 B ER; LSG Chemnitz, Beschl. vom 30.04.2014 – L 7 AS 502/14 B ER.

3 EuGH, Urt. vom 11.11.2014 – Rs. C-333/13 – Dano.

4 Hess. LSG, Beschl. vom 14.07.2011 – L 7 AS 107/11 B ER.

5 Statt vieler: Hess. LSG, Beschl. vom 18.12.2012 – L 7 AS 624/12 B ER; Urt. vom 20.09.2013 – L 7 AS 474/13.

6 Hess. LSG, Beschl. vom 11.12.2014 – L 7 AS 528/14 B ER.

7 EuGH, Urt. vom 04.06.2009 – Rs. C-22/08 und C-23/08 – Vatsouras und Koupatantze.

8 EuGH, Urt. vom 19.09.2014 – Rs. C-140/12 – Brey.

9 Vgl. Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628; Schreiber, info also 2015, 3.

10 EuGH, Urt. vom 19.09.2014 – Rs. C-140/12 – Brey.

11 Hess. LSG, Urt. vom 27.11.2013 – L 6 AS 726/12.

12 BSG, Beschl. vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R; anhängig beim EuGH als Rs. C-67/14 – Alimanovic.

13 BSG, Beschl. vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R.

14 BSG, Beschl. vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R.

15 EuGH, Urt. vom 04.06.2009 – Rs. C-22/08 und C-23/08 – Vatsouras und Koupatantze.

16 Kötter, info 2013, 243 (250).

17 BSG, Entscheidung vom 12.12.2013 – B 4 AS 9/13 R.

18 Vgl. BSG, Urt. vom 19.10.2010 – B 14 AS 23/10 R, das es im Hinblick auf § 31 SGB I für bedenklich hält, eine § 23 Abs. 3 S. 1 Alt 1 SGB XII vergleichbare Regelung in das SGB II »hineinzulesen«.

19 Vgl. Hess. LSG, Beschl. vom 05.02.2015 – L 6 AS 883/14 B ER.

20 Schreiber, info also, 2015, 3 (4); Hess. LSG, Urt. vom 27.11.2013 – L 6 AS 378/12; LSG NRW, Urt. vom 10.10.2013 – L 19 AS 129/13.

21 Hess. LSG, Beschl. vom 05.02.2015 – L 6 AS 883/14 B ER unter Hinweis auf BT-Drs. 18/2470, S. 62; Schreiber, info also 2015, 3 (4).

22 BSG, Urt. vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R.

23 BSG, Urt. vom 30.01.2013 – B 4 AS 54/12 R.

24 Hess. LSG, Beschl. vom 05.02.2015 – L 6 AS 883/14 B ER – m. w. N.

25 Groth, jurisPR-SozR 2/2015 Anm. 1; SG Frankfurt, Beschl. vom 04.02.2015 – S 16 AS 2122/14 ER.

26 B 14 AS 15/14 R; B 14 AS 18/14 R; B 14 AS 33/14 R.

27 BSG, Beschl. vom 11.02.2015 – B 4 AS 9/13 R.

28 So auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 13.11.2014 – L 26 AS 2821/14 B ER; LSG NRW, Beschl. vom 23.02.2015 – L 7 AS 29/15 B ER.

29 BVerfG, Beschl. vom 12.05.2005 – 1 BvR, 569/05.

30 Hess. LSG, Beschl. vom 14.07.2011 – L 7 AS 107/11 B ER unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. vom 12.05.2005 – 1 BvR, 569/05.

31 So auch SG Frankfurt, Beschl. vom 04.02.2015 – S 16 AS 2122/14 ER.

32 Schlussanträge vom 26.03.2015, Rs. C-67/14 – Alimanovic, insbes. Rn. 112 ff.; abweichend von der bisherigen Rechtsprechung will der Generalanwalt allerdings eine tatsächliche Verbindung ohne Vorbeschäftigung im entsprechenden Staat nicht ausreichen lassen, vgl. Rn. 94–98.

33 Statt vieler: Hess. LSG, Beschl. vom 20.02.2015 – L 7 AS 80/15 B ER.

34 LSG Hamburg, Beschl. vom 01.12.2014 – L 4 AS 444/14 B ER; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. vom 20.07.2012 – L 9 AS 563/12 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 28.06.2012 – L 14 AS 933/12 B ER.

35 Grube/Wahrendorf, SGB XII, 5. Aufl., § 73 Rn. 3; vgl. auch Kaiser, in: BeckOK-SozR, § 73 SGB XII Rn. 2 m. w. N.

36 OVG NRW, Beschl. vom 31.05.2001 – 16 B 388/01 – unter Hinweis auf VGH Hessen, Beschl. vom 17.02.1999 – 1 TZ 136/99.

37 BVerfG, Urt. vom 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134.

38 Hess. LSG, Beschl. vom 02.03.2015 – L 4 SO 31/15 B ER.

39 Eichenhofer, SozSich 2014, 198 (198).