
S 20 AS 156/22 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Hessen
Sozialgericht	Sozialgericht Darmstadt
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Arbeitslosengeld II Leistungsausschluss für Ausländerinnen und Ausländer fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt im Inland
Leitsätze	Die Rücknahme aus § 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB II , wonach ein Anspruch auf laufende Leistungen zum Lebensunterhalt der Grundsicherung für Arbeitsuchende trotz fünfjährigen gewöhnlichen Aufenthalts im Inland ausgeschlossen sind, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde, kommt nicht zur Anwendung, wenn der entsprechende Bescheid weder bindend noch sofort vollziehbar ist.
Normenkette	§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I

1. Instanz

Aktenzeichen	S 20 AS 156/22 ER
Datum	30.03.2022

2. Instanz

Aktenzeichen	L 6 AS 196/22 B ER
Datum	13.06.2022

3. Instanz

Datum	-
-------	---

I.Â Â Â Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts

Darmstadt vom 30. März 2022, soweit er den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und die Kostenentscheidung betrifft, aufgehoben und

1. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2022 angeordnet und
2. die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch in gesetzlicher Höhe für die Zeit vom 1. April 2022 bis zum 31. August 2022 zu gewähren.

II. Die Antragsgegnerin hat den Antragstellern die zur Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten. Im Übrigen haben die Beteiligten einander Kosten nicht zu erstatten.

Die Beteiligten sind

Den Antragstellern wird Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren unter Beordnung von Frau Rechtsanwältin C., B-Stadt, ohne Pflicht zur Ratenzahlung bewilligt.

Die

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes um existenzsichernde Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, wobei namentlich streitig ist, wie sich die Feststellung des Verlustes des Rechts auf Einreise und Aufenthalt nach dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU) (FreizügG/EU) durch den beigeladenen Landkreis als Ausländerbehörde auf die Leistungsansprüche der Antragstellerin und des Antragstellers auswirkt.

Die 1979 geborene Antragstellerin zu 2. und ihr 2000 geborener Sohn, der Antragsteller zu 1., sind rumänische Staatsangehörige. Die Antragsteller leben seit mindestens 2014 (Antragstellerin zu 2.) beziehungsweise 2015 (Antragsteller zu 1.) in Deutschland und waren im Landkreis C-Stadt gemeldet. Die Antragstellerin zu 2. arbeitete zuletzt bis 30. April 2020 als Reinigungskraft.

Die Antragsteller erhielten zunächst in Bedarfsgemeinschaft mit weiteren Angehörigen seit 2016 Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) von der Antragsgegnerin. Zuletzt bewilligte diese den Antragstellern durch Bescheid vom 15. Oktober 2021 Leistungen für die Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. März 2022, und zwar unter Einschluss erheblicher Aufwendungen für Unterkunft und Heizung für die früher mit den weiteren Angehörigen, nunmehr nur noch zu zweit bewohnte Unterkunft in Höhe von insgesamt monatlich 1.778,30 Euro für Oktober bis Dezember 2021 und 1.784,30 Euro für Januar bis März 2022. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 191 ff. der elektronisch übersandten Leistungsakte der Antragsgegnerin, Aktenteil [bg2.pdf](#) (im Folgenden: eLA), Bezug genommen.

Durch zwei Bescheide vom 16. Februar 2022 stellte der Beigeladene als

Ausländerbehörde gegenüber der Antragstellerin einerseits und dem Antragsteller andererseits das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt fest. Beide seien verpflichtet, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen. Für den Fall, dass der Ausreiseverpflichtung nicht binnen einer Frist von drei Monaten nach Bestandskraft der jeweiligen Verfügung entsprochen werde, drohte er die Abschiebung an. Auf eLA Bl. 222 ff. und Bl. 227 ff. wird Bezug genommen. Gegen diese Bescheide erhoben die Antragsteller Klage zum Verwaltungsgericht, über die noch nicht entschieden ist.

Nachdem der Beigeladene die Antragsgegnerin über die Verlustfeststellung informiert hatte, hob diese mit einem an die Antragstellerin zu 2. gerichteten Bescheid vom 23. Februar 2022 den Bewilligungsbescheid vom 15. Oktober 2021 für beide Antragsteller mit Wirkung ab 1. März 2022 auf. Gemäß [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) Bst. a SGB II seien Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht hätten, von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch ausgenommen. Auf Grund der Verlustfeststellungsverfügung vom 16. Februar 2022 seien die Antragsteller daher nicht mehr leistungsberechtigt. Wegen der Einzelheiten wird auf eLA Bl. 210 f. verwiesen.

Bereits zuvor hatten die Antragsteller am 21. Februar 2022 einen Weiterbewilligungsantrag für die Zeit ab 1. April 2022 gestellt. Diesen Antrag lehnte die Antragsgegnerin durch einen weiteren Bescheid, ebenfalls vom 23. Februar 2022 und ebenfalls unter Verweis auf [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) Bst. a SGB II, ab. Insoweit wird auf eLA Bl. 243 f. Bezug genommen.

Gegen beide Bescheide legten die Antragsteller am 10. März 2022 Widerspruch ein, der, soweit ersichtlich, noch nicht beschieden ist.

Am 17. März 2022 haben die Antragsteller zudem um einstweiligen Rechtsschutz beim Sozialgericht Darmstadt nachgesucht. Zur Begründung machten sie neben einer fehlenden Anführung namentlich geltend, dass sie sich seit mehr als fünf Jahren in Deutschland aufhielten. Die Verlustfeststellung sei nicht bestandskräftig geworden. Gegen diese sei Klage erhoben worden.

Das Sozialgericht hat den Antrag durch den angegriffenen Beschluss vom 30. März 2022 abgelehnt. Die Antragsteller wollten den Vollzug des Aufhebungsbescheides der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2022 verhindern und darüber hinaus ab dem 1. April 2022 weiterhin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch erhalten.

Nach [Â§ 39 Nr. 1 SGB II](#) hätten Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Aufhebungsbescheid vom 23. Februar 2022 keine aufschiebende Wirkung. Daher könne vorliegend vorläufiger Rechtsschutz grundsätzlich zulässigerweise nach [Â§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) erfolgen. Ein solcher Antrag sei begründet, wenn eine Interessenabwägung ergebe, dass dem privaten Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegenüber dem (durch die Antragsgegnerin vertretenen) Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung der Vorrang zu geben sei. Dabei sei zu

beachten, dass der Gesetzgeber grundsätzlich die sofortige Vollziehung angeordnet habe ([Â§ 39 Nr. 1 SGB II](#)). Davon abzuweichen bestehe nur Anlass, wenn im Einzelfall gewichtige Argumente für eine Umkehr des gesetzgeberisch angenommenen Regelfalls sprächen, d.h. besondere Umstände vorliegen, die ausnahmsweise das Privatinteresse des vom Verwaltungsakt Belasteten in den Vordergrund treten ließen. Ein wesentliches Kriterium bei der Interessenabwägung sei die nach vorläufiger Prüfung der Rechtslage zu bewertende Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs in der Hauptsache. Seien die Erfolgsaussichten nicht abschätzbar, d.h. sei der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen, so sei jedenfalls in Fällen, in denen, wie vorliegend, existenzsichernde Leistungen in Frage ständen und damit die Wahrung der Würde des Menschen berührt werde, eine Folgenabwägung vorzunehmen, die auch Fragen des Grundrechtsschutzes einbeziehe.

Unter Anwendung dieser Grundsätze sei das Eilrechtsschutzgesuch der Antragsteller abzulehnen. Es beständen keine durchgreifenden Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2022. Rechtsgrundlage für die Aufhebung sei [Â§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II](#) in Verbindung mit [Â§ 330 Abs. 3 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III) und [Â§ 48](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X). Im vorliegenden Fall sei eine wesentliche Änderung der Verhältnisse dadurch eingetreten, dass für die Antragsteller durch die Verhängung der Ausländerbehörde vom 16. Februar 2022 das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt nach [Â§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU](#) festgestellt worden sei. Gemäß [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) erhielten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hätten; dies gelte jedoch nicht, wenn der Verlust des Rechts nach [Â§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU](#) festgestellt worden sei. Die Antragsteller könnten sich daher nicht mehr auf ein verfestigtes Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland berufen.

Dabei sei ausreichend, dass der Verlust der Freizügigkeit wirksam festgestellt worden sei, auf die Bestandskraft der Entscheidung komme es dagegen nicht an. Das LSG Niedersachsen-Bremen führe hierzu in seinem Beschluss vom 26. Mai 2017 – [L 15 AS 62/17 B ER](#) – aus, dass unabhängig von der Frage der Durchsetzbarkeit, die davon abhängen, ob Rechtsmittel eingelegt worden sei ([Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 FreizügG/EU](#)), bereits die bloße Verlustfeststellung eine Ausreisepflicht begründe (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25. November 2016 – [L 11 AS 567/16 B](#); Geyer, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, [Â§ 7 FreizügG/EU](#) Rn. 3; Brinkmann in: Huber, Aufenthaltsgesetz, 2. Aufl. 2016, [Â§ 7 FreizügG/EU](#) Rn. 5; vgl. auch Kurzidem in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2016, [Â§ 7 FreizügG/EU](#) Rn. 2). Dies entspreche dem Willen des Gesetzgebers. Nach der durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 erfolgten Änderung des [Â§ 7 FreizügG/EU](#) entstehe die Ausreisepflicht nicht mehr erst dann, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt habe, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht bestehe, sondern grundsätzlich bereits mit der

bloßen Feststellung des Verlustes ([BT-Drucks. 16/5065 S. 211](#)). Somit wirke auch schon die Feststellung des Verlustes der Freizügigkeitsberechtigung einer Verfestigung des Aufenthaltsrechtes entgegen beziehungsweise der Aufenthalt könne nicht mehr als verfestigt im Sinne des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) angesehen werden (so auch [BT-Drucks. 18/10211 S. 14](#): „Sollte die Ausländerbehörde allerdings feststellen, dass ein Freizügigkeitsrecht nach [Â§ 2 Absatz 1 FreizügG/EU](#) nicht (mehr) besteht, ist der Aufenthalt nicht mehr verfestigt.“). Infolge der ausländerrechtlichen Verlustfeststellung vom 16. Februar 2022 „gegen die Klage erhoben worden sei“ unterfielen die Antragsteller der Ausschlussregelung des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#). Denn ein durch Klageerhebung nach [Â§ 80 Abs. 1 Satz 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) eingetretener Suspensiveffekt beseitige nicht die Wirksamkeit der Ordnungsverfügung und damit das Bestehen der Ausreisepflicht der Antragsteller (vgl. Dienelt, in: Bergmann/ders., FreizügG/EU, 12. Aufl. 2018, [Â§ 7 Rn. 18](#)). Dem Suspensiveffekt komme lediglich Vollzugs- und keine Wirksamkeitshemmung zu. Die rechtsgestaltende Wirkung der Verlustfeststellung auf die nationale Rechtsposition, die durch die Freizügigkeitsvermutung hervorgerufen werde, beende den rechtmäßigen Aufenthalt. Während des Zeitraums bis zur Entscheidung durch das Gericht sei der Aufenthalt ausschließlich geduldet und entspreche damit der Rechtsstellung eines ausgewiesenen Ausländers nach [Â§ 84 Abs. 2 Satz 1](#) Aufenthaltsgesetz „AufenthG“ (Dienelt, ebd.).

Dementsprechend könnten sich die Antragsteller nicht mehr auf ein Aufenthaltsrecht im Sinne des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) berufen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018 „[L 19 AS 1434/18 B ER](#)“, juris, Rn. 20). Eine Überprüfung oder gegebenenfalls Nichtbeachtung aufenthaltsrechtlicher Statusentscheidungen durch die Leistungsträger habe nicht zu erfolgen (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018 „[L 19 AS 1434/18 B ER](#)“, juris, Rn. 22 unter Berufung auf BSG, Urteil vom 2. Dezember 2014 „[B 14 AS 8/13 R](#)“, juris, Rn. 12, so auch SG Darmstadt, Beschluss vom 17. Januar 2019 „[S 20 AS 1075/18 ER](#)“). Da bereits die förmliche ausländerrechtliche Verlustfeststellung die Freizügigkeitsvermutung entfallen lasse, komme es auf den Ausgang der beim Verwaltungsgericht Darmstadt anhängigen Klage der Antragsteller und eines etwaigen Eilverfahrens letztendlich nicht an. Habe die zuständige Ausländerbehörde eine Verlustfeststellung erlassen und sei diese wirksam (durch Zugang beim Betroffenen), sei den Sozialleistungsträgern wie auch den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit eine eigenständige Prüfung der materiellen aufenthaltsrechtlichen Lage verwehrt. Denn den Verwaltungsakten der Ausländerbehörden über die Feststellung des Bestehens wie des Verlusts der Freizügigkeitsberechtigung und über die Feststellung der Ausreisepflicht verbunden mit einer Abschiebungsandrohung komme Tatbestandswirkung zu, so dass diese ohne Rücksicht auf die materielle Richtigkeit bindende Wirkung entfaltet. Dies gelte jedenfalls auf der Grundlage des [Â§ 7 Abs. 1 SGB II](#) in der Fassung des Gesetzes vom 22. Dezember 2016 ([BGBl. I S. 3155](#)), in dessen Satz 4 nun ausdrücklich hinsichtlich des gewöhnlichen Aufenthalts und der Leistungsberechtigung auf den bloßen Erlass einer Verlustfeststellung abgestellt werde (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14. November 2018 „[L 19 AS 1434/18 B ER](#)“, juris, Rn. 21).

Soweit die Antragsteller geltend machten, vor Erlass des Aufhebungsbescheides vom 23. Februar 2022 nicht angehört worden zu sein, vermöge auch dies keinen Erfolg des Eilrechtsschutzgesuches zu begründen. Nach [Â§ 24 Abs. 2 SGB X](#) bestünden verschiedene Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen eine vorherige Anhörung des Betroffenen nicht erforderlich sei. Im vorliegenden Fall komme insoweit [Â§ 24 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 SGB X](#) in Betracht. Danach könne von der Anhörung abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung (wegen Gefahr im Verzug oder) im öffentlichen Interesse notwendig erscheine. Bei einer Fortzahlung der Leistungen hätte trotz Verlust des Freizeigigkeitsrechts würde eine Überzahlung drohen, die wiederum einen Erstattungsanspruch gegen die Antragsteller auslösen würde, so dass eine sofortige Entscheidung im öffentlichen Interesse notwendig erscheine. Zudem bestehe gemäß [Â§ 41 Abs. 1 SGB X](#) auch die Möglichkeit der Heilung von Verfahrensfehlern; dies könne bei unterlassener Anhörung insbesondere dadurch geschehen, dass ein Beteiligter im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit zur Äußerung erhalte. Eine Nachholung durch die Antragsgegnerin wäre also noch möglich. Die Antragsteller hätten zudem im Rahmen des Eilverfahrens ausreichend Gelegenheit zur Äußerung gehabt. Da es sich im vorliegenden Fall gemäß [Â§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II](#) in Verbindung mit [Â§ 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) und [Â§ 48 SGB X](#) um eine gebundene Entscheidung handle, seien auch keine Ermessenserwägungen der Behörde anzustellen gewesen.

Die gleichen Erwägungen, die eine Aufhebung der bereits bewilligten Leistungen ab dem 1. März 2022 begründeten, stünden auch einer Weiterbewilligung der Leistungen ab dem 1. April 2022 entgegen. Aufgrund des Verlustes der Freizeigigkeit hätten die Antragsteller keinen Anspruch auf Fortzahlung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch. Insoweit komme auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach [Â§ 86b Abs. 2 SGG](#) nicht in Betracht.

Der SGB-XII-Leistungsträger sei im vorliegenden Verfahren nicht beizuladen, weil es den Antragstellern ersichtlich darum gegangen sei, die entzogenen SGB II-Leistungen wieder in Kraft zu setzen und auch weiter zu erhalten (siehe Formulierung des Antrags im Schreiben vom 17. März 2022 und dessen Begründung). Leistungen nach dem Zweiften Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe (SGB XII) hätten die Antragsteller nicht beantragt. Der Eilantrag vom 17. März 2022 sei auf eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs gerichtet gewesen. Sofern die Antragsteller für die Zukunft (ab 1. April 2022) Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweiften Buch geltend machen wollten, könne ein entsprechender Antrag bei dem zuständigen Leistungsträger noch gestellt werden. Auch die Gewährung von Überbrückungsleistungen sei nicht Gegenstand des vorliegenden Eilrechtsschutzgesuchs.

Die Antragsteller haben mit Eingang beim Sozialgericht am 7. April 2022 Beschwerde eingelegt, mit der sie ihre Begehren weiterverfolgen, hilfsweise Sozialhilfeleistungen und Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz geltend machen. Auf Anfrage des Berichterstatters haben sie mitgeteilt, es treffe zu, dass es nur um Leistungen dem Grunde nach gehe. Zur Begründung

wiederholen sie im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Es treffe nicht zu, dass eine Beiladung und Verpflichtung des Sozialhilfeträgers und des Trägers der Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz vorliegend nicht (mehr) möglich sei.

Sie beantragen,
unter Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts Darmstadt vom 30. März 2020
die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Aufhebungsbescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2022 anzuordnen und
die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch in gesetzlicher Höhe auch für die Zeit ab 1. April 2022 und für einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Zeitraum zu gewähren;

hilfsweise, den Beigeladenen im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen vorläufig Überbrückungsleistungen nach [Â§ 23 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 SGB XII](#), hilfsweise Leistungen nach Â§ 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG), in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss und ihre Bescheide.

Der durch Beschluss des Senats vom 27. April 2022 beigeladene Landkreis beantragt,
die gegen ihn gerichteten (Hilfs-)Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz abzulehnen.

Er hält seine Beiladung und gar eine mögliche Verpflichtung im vorliegenden Verfahren und insbesondere (erst) im Beschwerdeverfahren für nicht zulässig. Die anwaltlich vertretenen Antragsteller hätten erstinstanzlich ihre Anträge bewusst auf die Existenzsicherung nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch beschränkt. Dies könne nunmehr in zweiter Instanz nicht mehr korrigiert werden; das hier objektiv gegebene anwaltlich gesteuerte Erschummeln von Vorfahrt über gesperrte Straßen sei nicht zu dulden.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- sowie der in elektronischer Form übersandten Leistungsakten der Antragsgegnerin Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragsteller ist zulässig und begründet. Für den Leistungszeitraum bis 31. März 2022 ist die aufschiebende Wirkung ihres

Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2022 anzuordnen; für den Leistungszeitraum ab 1. April 2022 ist eine Regelungsanordnung zu erlassen.

1. Das Sozialgericht hat zutreffend ausgeführt, dass für die Leistungszeit bis 31. März 2022 ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach [Â§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) statthaft ist: Da im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Aufhebungsbescheid die Antragsgegnerin zur fortdauernden Erbringung der durch Bescheid vom 15. Oktober 2021 bis 31. März 2022 bewilligten Leistungen verpflichtet bleibt, können die Antragsteller für diesen Zeitraum ihr Rechtsschutzziel, die (Weiter-)Gewährung der laufenden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, auf diesem, im Verhältnis zum Erlass einer einstweiligen Anordnung vorrangigen Weg erreichen. Für die Leistungszeit ab 1. April 2022 ist dagegen, wie das Sozialgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, ein Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung im Sinne von [Â§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) notwendig und daher statthaft, da die Antragsteller insoweit in Ermangelung einer vorgängigen Leistungsbewilligung durch die Antragsgegnerin ein Leistungsbegehren verfolgen. Die von den Antragstellern entsprechend formulierten Anträge erweisen sich somit ohne Weiteres als statthaft. Ergänzend wird auf die zutreffenden Gründe der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug genommen.

Da die Antragsteller bereits mit ihrem Hauptantrag Erfolg haben, muss der Senat der Frage, ob die von Seiten des beigeladenen Landkreises erhobenen Bedenken gegenüber der Zulässigkeit der zweitinstanzlich formulierten Hilfsanträge durchgreifen, nicht nachgehen. Es sei nur darauf hingewiesen, dass der Senat in Fällen wie dem hiesigen regelmäßig die Beiladung des Sozialhilfeträgers von Amts wegen für notwendig erachtet, wenn nicht ausdrücklich auf die Geltendmachung von Sozialhilfeleistungen verzichtet wird, so dass von einem Erschummeln von Vorfahrt kaum die Rede sein kann. In Anbetracht der vom Beigeladenen gewählten Formulierungen sieht sich der Senat im Übrigen zu dem Hinweis veranlasst, dass für den Beigeladenen jedenfalls als Träger der Sozialhilfe (ebenso wie für den Antragsgegner) der Verwirklichungsgrundsatz ([Â§ 2 Abs. 2 Halbs. 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch Allgemeiner Teil \[SGB I\]](#)) gilt und er daher von sich aus auf eine möglichst weitgehende Verwirklichung der sozialen Rechte hinzuwirken hat: Zu den in diesen Zusammenhang vorgesehenen Instrumenten gehört unter anderem die Beiladung, aber auch die Pflicht zur Weiterleitung von Anträgen nach [Â§ 16 Abs. 2 Satz 1 SGB I](#) im Falle der Zuständigkeit eines anderen Leistungsträgers (hier: für die Erbringung existenzsichernder Leistungen) und eine gegebenenfalls dadurch ausgelagerte Leistungspflicht ab dem Zeitpunkt des Antragsübergangs bei dem zuerst mit der Angelegenheit befassten Träger.

2. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere statthaft (vgl. [Â§ 172 Abs. 3 Nr. 1](#) i.V.m. [Â§ 143](#), [Â§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#)) sowie form- und fristgerecht eingelegt ([Â§ 173 Satz 1 Halbs. 1](#), [Â§ 65a Abs. 1](#), [Abs. 4 Nr. 2](#), [Â§ 65d Satz 1 SGG](#)).

3. Die Beschwerde ist schließlich auch begründet.

a) Hinsichtlich des Leistungszeitraums bis 31. März 2022 ist die aufschiebende Wirkung des von den Antragstellern gegen den Aufhebungsbescheid vom 23. Februar 2022 gerichteten Widerspruchs anzuordnen.

aa) Wegen des Maßstabs für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf der Grundlage von [Â§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) nimmt der Senat Bezug auf die Ausführungen des Sozialgerichts, denen er sich nach eigener Prüfung anschließt.

bb) Anders als das Sozialgericht ist der Senat allerdings im Ergebnis der Auffassung, dass jedenfalls auf Grund einer Folgenabwägung zu Gunsten der Antragsteller zu entscheiden ist.

(1.) Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides bestehen erhebliche Bedenken. Jedenfalls muss der Ausgang des Hauptsacheverfahrens insoweit als offen angesehen werden.

(a) Die Antragsgegnerin hat ihren Aufhebungsbescheid zutreffend auf [Â§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) (i.V.m. [Â§ 40 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#)) gestützt, also der für die zukunftsgerichtete Korrekturen eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgesehenen Vorschrift im Falle einer wesentlichen Änderung der für die Bewilligung maßgeblichen Verhältnisse. Anhaltspunkte dafür, dass der Bescheid vom 23. Februar 2022 erst nach dem 1. März 2022, also dem Beginn des Zeitraums, für den die Leistungsbewilligung aufgehoben wurde, zugegangen wäre, bestehen nicht. Angesichts des erkennbar elektronisch organisierten Versandvorgangs bei der Antragsgegnerin spricht zudem viel dafür, dass die in der elektronischen Leistungsakte dokumentierte elektronische Versandbestätigung vom 23. Februar 2022 als Anknüpfungspunkt genügt, um auf der Grundlage von [Â§ 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) eine Bekanntgabe am 26. Februar 2022 zu vermuten. Jedenfalls ein Zugang (spätestens) am 10. März 2022, dem Tag der Widerspruchseinlegung, steht im Übrigen fest.

(b) Der Senat kann letztlich offenlassen, ob eine Anfechtung vorliegend ausnahmsweise verzichtbar war oder ein möglicher Anfechtungsmangel inzwischen geheilt ist.

Ein Absehen von der Anfechtung auf der Grundlage von [Â§ 24 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 SGB X](#) erscheint dem Senat allerdings bedenklich: Zum einen wäre, wenn die Gefahr einer Überzahlung regelmäßig als ausreichendes öffentliches Interesse im Sinne dieser Vorschrift anzusehen wäre, die Behörde in allen Fällen laufender Sozialleistungserbringung vor deren Korrektur zu Lasten eines Leistungsbeziehers von der Anfechtungspflicht entbunden, so dass die Vorschrift ihren Ausnahmecharakter verlöre und man daher eine spezifische gesetzliche Regelung dieser Fallgestaltung erwarten dürfte. Zum anderen lässt Zweifel an der von [Â§ 24 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 SGB X](#) vorausgesetzten Notwendigkeit eines entsprechenden Vorgehens, also eines Absehens von der Anfechtung, bestehen, nachdem die Antragsgegnerin alternativ die weitere Leistungsgewährung auf der Grundlage von [Â§ 40 Abs. 2 Nr. 4 SGB II](#) in Verbindung mit dem gerade zur Vermeidung von Überzahlungen bis zum verfahrensmäßig korrekten Erlass eines Aufhebungsbescheides vorgesehenen [Â§ 331 SGB III](#) vorläufig hätte einstellen, die Antragsteller durch die Übermittlung eines Anfechtungsschreibens hätte büßlos machen und die Leistungsbewilligung dann nach Ablauf der Anfechtungsfrist auf der Grundlage von [Â§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II](#) in Verbindung mit [Â§ 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) und [Â§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#) ebenfalls ab 1.

März 2022 hätte aufheben können.

(c) Jedenfalls begegnet die Aufhebung der Leistungsbewilligung in der Sache erheblichen Bedenken. Es muss als zumindest offen angesehen werden, ob es im März 2022 zu einer wesentlichen Änderung der für die Leistungsbewilligung maßgeblichen Verhältnisse gekommen ist oder ob den Antragstellern nicht ein Leistungsanspruch doch weiterzustand.

(aa) Nach Auffassung des Senats erfüllt(en) die Antragsteller im März 2022 (und bis heute) die Leistungsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II aus [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#): Sie hielten (und halten) sich in den Altersgrenzen aus [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) in Verbindung mit [§ 7a SGB II](#). Zweifel an der Erwerbsfähigkeit im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) in Verbindung mit [§ 8 SGB II](#) hat der Senat nicht. Gleiches gilt für die Hilfebedürftigkeit im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) in Verbindung mit [§§ 9 ff. SGB II](#), auch wenn den Antragstellern durch die Unterstützung von Bekannten offenbar die notwendigsten Mittel zur Verfügung standen; eine (gar vollständige) Beseitigung der Hilfebedürftigkeit durch diese Mittel ist nicht erkennbar; ob die Mittel, wie von den Antragstellern behauptet, tatsächlich nur darlehensweise zur Verfügung gestellt wurden, wird gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren zu prüfen sein. Auch ein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland (und konkret im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin) im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#) in Verbindung mit [§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I](#) ist nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung zu bejahen. Nach [§ 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I](#) hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Definition gilt für alle Sozialleistungsbereiche des Sozialgesetzbuchs, soweit sich nicht aus seinen besonderen Teilen etwas Anderes ergibt ([§ 37 SGB I](#)); eine ungeschriebene, nur für einzelne Sozialleistungsbereiche anzunehmende Differenzierung (sog. Einführungslehre) ist grundsätzlich nicht anzunehmen (vgl. BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – [B 4 AS 54/12 R](#) –, [BSGE 113, 60](#), Rn. 19). Maßgeblich für den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts ist, ob der Berechtigte dort den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse hat. Dabei kommt es in erster Linie auf die objektiv gegebenen tatsächlichen Verhältnisse im jeweils maßgeblichen Zeitraum an; das Bestehen eines Aufenthaltsrechts ist keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland (vgl. ausführlich auch zum Folgenden BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – [B 4 AS 54/12 R](#) –, [BSGE 113, 60](#), Rn. 17 ff. m.w.N.). Entscheidend ist, ob der örtliche Schwerpunkt der Lebensverhältnisse faktisch dauerhaft im Inland liegt. Mit einem Abstellen auf den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse im Gebiet der Bundesrepublik soll dabei auch im Sinne einer Missbrauchsabwehr ausgeschlossen werden, dass ein Wohnsitz zur Erlangung von Sozialleistungen im Wesentlichen nur formal begründet, jedoch tatsächlich weder genutzt noch beibehalten werden soll.

Die Antragsteller leben seit vielen Jahren in Deutschland, ohne dass irgendwelche Anhaltspunkte für eine nur scheinbare Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland bestehen. Der gewöhnliche Aufenthalt ist nach summarischer Prüfung zudem nicht auf Grund der Verlustfeststellung

zwischenzeitlich wieder beendet. Der Senat hat bereits grundsätzlich Bedenken, ob ein einmal begründeter gewöhnlicher Aufenthalt der bei seiner Begründung ohne Zweifel eine nicht nur vorübergehende und insoweit zukunfts offene zeitliche Perspektive aufweisen muss der bereits dann nicht mehr besteht, wenn sich ein Ende abzeichnet und die Zukunfts offenheit also wegfällt: So wird man allgemein und also unabhängig davon, ob es sich um die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ins Ausland handelt oder ob es (in anderem Zusammenhang) um eine Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland geht selbst bei einem konkret bevorstehenden Umzug kaum davon ausgehen, dass der Betroffene vorübergehend gar keinen Ort des gewöhnlichen Aufenthalts hat: an dem Zielort noch nicht, an dem (noch) aktuellen Ort des Mittelpunkts der Lebensverhältnisse wegen des Wegfalls der Zukunfts offenheit schon nicht mehr.

Jedenfalls aber ist der Senat der Auffassung, dass der aufenthaltsrechtliche Status eines Antragstellers in erster Linie die Frage betrifft, ob ein Leistungsausschluss nach [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) eingreift (vgl. BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 [â€‹ B 4 AS 54/12 R](#) [â€‹](#), [BSGE 113, 60](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 6. November 2017 [â€‹ L 8 SO 262/17 B ER](#) [â€‹](#), juris) und jedenfalls ein einmal begründeter gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nicht entfällt, wenn der Betroffene (noch) nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist oder von sich aus ausreist (vgl. so auch Hessisches LSG, Beschluss vom 10. Juli 2018 [â€‹ L 9 AS 142/18 B ER](#) [â€‹](#), info also 2018, 265, 266; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 4. Februar 2015 [â€‹ L 2 AS 14/15 B ER](#) [â€‹](#), juris; für einen fehlenden gewöhnlichen Aufenthalt bei Anordnung des Sofortvollzuges der Verlustfeststellung vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6. Oktober 2017 [â€‹ L 19 AS 1761/17 B ER](#) [â€‹](#), juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 26. Mai 2017 [â€‹ L 15 AS 62/17 B ER](#) [â€‹](#), juris).¹

Vorliegend hat der Beigeladene als zuständige Ausländerbehörde zwar gegenüber beiden Antragstellern mit dem jeweiligen Bescheid vom 16. Februar 2022 das Nichtbestehen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt, den Sofortvollzug aber nicht angeordnet. Die Antragsteller haben sich gegen den Bescheid mit Klage zum Verwaltungsgericht Darmstadt gewandt, über die bisher noch nicht entschieden ist. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Antragsteller in absehbarer Zeit die Bundesrepublik Deutschland von sich aus verlassen wollen.²

Der Senat geht daher im Ergebnis und nach summarischer Prüfung davon aus, dass die Antragsteller ihren gewöhnlichen Aufenthalt im März 2022 und auch weiterhin im Inland hatten und haben.

(bb) Nach wiederum summarischer Prüfung muss es zudem als offen angesehen werden, ob die Antragsteller einem Leistungsausschluss unterliegen.

Zwar spricht viel dafür, dass sie kein materielles Aufenthaltsrecht (mehr) haben oder allenfalls ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche besteht, so dass insoweit die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestandes für Grundsicherungsleistungen aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Bst. a](#) beziehungsweise [Bst. b SGB II](#) vorlagen (und, da namentlich eine zwischenzeitliche Beschäftigungsaufnahme nicht ersichtlich ist und nicht behauptet wird, weiterhin vorliegen).³

Allerdings kommt der Leistungsausschluss aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) nach der Rückkausnahme aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 SGB II](#) nicht zum Tragen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer ihren beziehungsweise seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit mindestens fünf Jahren im Bundesgebiet hat. Davon ist hier nach summarischer Prüfung auszugehen, nachdem auch der Beigeladene in seinen Bescheiden über die Verlustfeststellung von einer behördlichen Anmeldung und einem durchgängigen Aufenthalt der Antragsteller im Kreisgebiet seit 2014 beziehungsweise 2015 ausgeht.

Zu [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 SGB II](#) sieht dessen Halbsatz 2 allerdings wiederum eine Rückkausnahme für den Fall vor, dass der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt nach [Â§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU](#) festgestellt wurde; ob diese Rückkausnahme im konkreten Fall eingreift, muss nach Auffassung des Senats aber jedenfalls als offen angesehen werden. Anders als bei den Tatbeständen des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), bei denen unmittelbar das materiell-rechtliche Bestehen eines Aufenthaltsrechts maßgeblich ist (vgl. [â€‹ zur Parallelvorschrift aus Â§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#) [â€‹ Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juni 2020 â€‹ L 4 SO 91/20 B ER](#) [â€‹, juris, Rn. 62](#)), kommt es dabei im Rahmen von [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) auf den Stand des Verfahrens hinsichtlich der Verlustfeststellung [â€‹ ungeachtet von deren materieller Rechtsmäßigkeit](#) [â€‹ an. Für das hiesige Streitverhältnis ist namentlich entscheidend, ob die Rückkausnahme aus \[Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II\]\(#\) bereits mit Erlass des Bescheides über die Verlustfeststellung oder erst mit dessen Bestandskraft \(oder der Anordnung des Sofortvollzugs\) und \[â€‹ damit einhergehend\]\(#\) \[â€‹ mit dem Entstehen oder erst mit der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht eingreift.\]\(#\)](#)

Der Wortlaut der Vorschrift stellt auf die Feststellung des Verlustes des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Sinne von [Â§ 2 Abs. 1 FreizügG/EU](#) ab, ohne damit die maßgebliche Frage abschließend zu klären, ob der bloße Erlass eines entsprechenden Bescheides (etwa) nach [Â§ 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU](#) insoweit ausreicht oder ob ein solcher bestandskräftig oder für sofort vollziehbar erklärt worden sein muss, um die sozialrechtlichen Konsequenzen aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB II](#) auszulösen. Jedenfalls ausgeschlossen erscheint dem Senat ein Verständnis im letztgenannten Sinne nicht (in diesem Sinne stellen [â€‹ im Rahmen der Wortlautauslegung](#) [â€‹ auf die Bestandskraft ab z.B. Leopold, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl., Â§ 7](#) [â€‹ Stand: 29. November 2021](#) [â€‹ Rn. 164; Knickrehm, in: dies./Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 7. Aufl. 2021, Â§ 7 Rn. 23; dem folgend z.B. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Mai 2020](#) [â€‹ L 7 AS 1070/20 ER-B](#) [â€‹, BeckRS 2020, 9343](#) Rn. 12 und Mushoff, in: Rolfs u.a. (Hrsg.), BeckOK SGB [â€‹ Stand: 1. März 2022](#) [â€‹ Â§ 7 SGB II](#) Rn. 42; anders dagg. z.B. Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juni 2020 [â€‹ L 4 SO 91/20 B ER](#) [â€‹, juris, Rn. 61 ff.](#)).

Für das gegenteilige, auch vom Sozialgericht befürwortete Verständnis sprechen allerdings die Materialien, nachdem diese auf die [â€‹ bereits mit dem Erlass der Verlustfeststellung entstehende](#) [â€‹ Ausreisepflicht Bezug nehmen. So heißt es in der bereits vom Sozialgericht zitierten Begründung zu dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von](#)

Ansprüche ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zweiften Buch Sozialgesetzbuch vom 22. Dezember 2016 ([BGBl. I S. 3155](#)), auf das [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) zurückgeht: Abweichend hiervon kommen die von den Leistungsausschüssen nach Â§ 7 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 (neu) erfassten Personen und ihre Familienangehörigen nun erstmals unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen nach dem SGB II in Betracht (vergleiche Â§ 7 Absatz 1 Satz 4 und 5 neu). Dies ist allerdings erst nach fünf Jahren der Fall, erst ab diesem Zeitpunkt ist von einer Verfestigung des Aufenthaltes auszugehen. Die Verfestigung tritt nicht ein oder entfällt, wenn Unionsbürgerinnen und Unionsbürger nach Â§ 7 Absatz 1 Satz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/ EU zur Ausreise verpflichtet sind, weil die Ausländerbehörde den Verlust des Freizügigkeitsrechts nach Â§ 2 Absatz 7, Â§ 5 Absatz 4 oder Â§ 6 Absatz 1 FreizügG/EU festgestellt hat ([BT-Drucks. 18/10211 S. 14](#)). Dennoch erscheint dem Senat auch mit Blick auf die nachfolgend noch anzusprechenden weiteren Auslegungsgesichtspunkte und insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Verständnis nicht zwingend ausgeschlossen, wonach die Rückkausnahme aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB II](#) erst eingreift, wenn die Verlustfeststellung sich rechtlich nicht mehr in der Schwebe befindet, sondern bindend oder sofort vollziehbar erklärt worden ist und die Ausreisepflicht damit auch zwangsweise durchgesetzt werden kann und angesichts der (erst) dann drohenden zwangsweisen Beendigung des Aufenthaltes dieser nicht mehr als verfestigt angesehen werden kann.

Systematisch hat das Sozialgericht ausführlich und hinsichtlich der ausländerrechtlichen Rechtslage auch nach Auffassung des Senats zutreffend dargelegt, dass der Verlustfeststellung als feststellendem Verwaltungsakt unabhängig von ihrer Vollziehbarkeit rechtsgestaltende Wirkungen zukommt und die Ausreisepflicht auch schon vor Eintritt der Bestandskraft entsteht und nur zunächst, sofern nicht der Sofortvollzug angeordnet wird, (noch) nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann. Verschiedentlich wird allerdings dennoch unmittelbar unter Verweis auf den Suspensiveffekt von Rechtsbehelfen gegen die Verlustfeststellung ein Zugang zu Grundsicherungsleistungen während des laufenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens bejaht (vgl. z.B. Hessisches LSG, Beschluss vom 10. Juli 2018 [L 9 AS 142/18 B ER](#), info also 2018, 265, 266; Sächsisches LSG, Beschluss vom 20. März 2018 [L 3 AS 73/18 B ER](#), [BeckRS 2018, 4401](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28. Mai 2019 [L 8 SO 109/19 B ER](#), juris Rn. 9; a.A. z.B. Hessisches LSG, Beschluss vom 9. Oktober 2019 [L 4 SO 160/10 B ER](#), juris Rn. 48 f.).

Der Senat teilt diese Auffassung jedenfalls im Ergebnis: Denn vorliegend geht es nicht unmittelbar um die ausländerrechtlichen Wirkungen der Verlustfeststellung und dagegen gerichteter Rechtsbehelfe und (die Grenzen von) deren Suspensiveffekt, sondern um die über [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB II](#) vermittelten sozialrechtlichen Konsequenzen einer Verlustfeststellung. Insofern gibt es sicher Gründe, die unabhängig von deren Vollziehbarkeit für einen Gleichlauf von ausländerrechtlicher Ausreisepflicht und Ausschluss des

Grundsicherungsanspruchs sprechen. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass während eines laufenden Rechtsbehelfsverfahrens das rechtliche Schicksal der Verlustfeststellung noch offen ist und die Rechtsordnung den Betroffenen jedenfalls von der zwangsweisen Durchsetzung der Ausreisepflicht verschont, daher auch für einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen eine nicht sofort vollziehbare erklärte Verlustfeststellung verwaltungsrechtlich kein Bedarf besteht. Im Sinne eines umfassenden Verwirklichungsverbots eines mit Rechtsbehelfen angegriffenen und nicht sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes erscheint daher diesen Zeitraum der mittelbare Zwang, der durch den Wegfall der existenzsichernden Leistungen entsteht, bedenklich. Das gilt nur umso mehr, wenn man einer starken Lesart des bundesverfassungsgerichtlichen Diktums folgt, wonach die Menschenwürde migrationspolitisch nicht zu relativieren sei und daher migrationspolitische Erwägungen keinen Einfluss auf (die Höhe) existenzsichernde(r) Leistungen haben könnten (vgl. BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#) u.a. – [BVerfG 132, 134](#), Rn. 95).

Von erheblichem Gewicht erscheint dem Senat ein weiteres Argument: Bis zum Erlass einer Verlustfeststellung können Betroffene, die sich auf [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 SGB II](#) berufen können, ohne Weiteres Grundsicherungsleistungen erhalten, auch wenn ein Recht auf Einreise und Aufenthalt materiell-rechtlich nicht besteht. Ist umgekehrt die Ausreisepflicht vollziehbar, weil die entsprechende Verfügung bindend geworden oder ihr Sofortvollzug angeordnet ist, haben die Betroffenen Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (vgl. [Â§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG](#)). (Nur) den Zwischenstatus, in dem sich die hiesigen Antragsteller befinden, haben die Betroffenen unmittelbar Zugang zu keinem Existenzsicherungssystem beziehungsweise nur zu den zeitlich und inhaltlich eng beschränkten Überbrückungsleistungen nach [Â§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3 ff. SGB XII (vgl. zu einer Lösung der hiesigen Problematik über eine sehr weite, auf verfassungsrechtliche Argumente gestützte Auslegung dieser Vorschrift z.B. Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juni 2020 – [L 4 SO 91/20 B ER](#) –, juris; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juli 2019 – [L 15 SO 181/18](#) –, juris, Rn. 63); im übrigen gelten für Sozialhilfeansprüche die gleichen Grenzen wie für die vorliegend primär streitigen Grundsicherungsleistungen (vgl. [Â§ 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII](#)). Die Antragsteller können auch nicht auf eine sogenannte Verfahrensduldung (vgl. in diesem Sinne Dienelt, in: Bergmann/ders., Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, [Â§ 7 FreizügG/EU](#) Rn. 23) und den damit verbundenen Zugang zu Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zurückgreifen, wenn sich die zuständige Ausländerbehörde wie hier im Schreiben vom 25. Mai 2022 dagegen mit dem durchaus gewichtigen und systematischen stimmigen Argument wehrt, die Duldung als vollstreckungsrechtliches Instrument setze die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht voraus, die vorliegend gerade noch nicht gegeben sei.

Im Ergebnis wären gerade Betroffene, bei denen die Verlustfeststellung noch umstritten und die Ausreisepflicht noch nicht vollziehbar ist, von existenzsichernden Leistungen weitestgehend (mit Ausnahme der Überbrückungsleistungen) ausgeschlossen. Insbesondere die damit einhergehende massive Schlechterstellung gegenüber Personen, die bereits vollziehbar ausreisepflichtig sind, erscheint dem

Senat kaum hinnehmbar.

Ein weiteres kommt hinzu: Köme bereits dem schlichten Erlass der Verlustfeststellung (ausschließende) Tatbestandswirkung für den Anspruch auf Grundsicherungsleistungen zu, köme deren Gewähr auch dann nicht in Frage, wenn sich die Verlustfeststellung im Rahmen ihrer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung und damit im Nachhinein als rechtswidrig erweist. Das erscheint unter dem Gesichtspunkt effektiven Rechtsschutzes als kaum hinnehmbar (vgl. in diesem Sinne SG Hamburg, Beschluss vom 19. März 2021 – [S 62 AS 732/21 ER](#) –, juris, Rn. 22). Geht man dagegen, um dieses Ergebnis zu vermeiden, davon aus, dass gegebenenfalls mit der Aufhebung der Verlustfeststellung auch der Zugang zu Grundsicherungsleistungen (wieder) eröffnet wird, und nimmt zudem mit dem Sozialgericht – richtigerweise – an, dass Sozialgerichte und Sozialleistungsträger zu einer inzidenten Prüfung der Verlustfeststellung nicht befugt sind, ist ein sozialgerichtliches Verfahren während der andauernden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht entscheidungsreif; mehr noch, im Grunde ist schon der Grundsicherungsträger mit Blick auf das Verbot des vorzeitigen Verfahrensabschlusses an einer endgültigen Entscheidung gehindert. Er hätte daher gegebenenfalls auf der Grundlage von [Â§ 41a Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) vorläufige Leistungen zu erbringen (nach einer vorhergehenden endgültigen Bewilligung und erst im Verlauf des Bewilligungszeitraums ergehender Verlustfeststellung wie im hiesigen Fall: in Verbindung mit [Â§ 40 Abs. 4 SGB II](#)). Wegen der funktionalen Äquivalenz der vorläufigen Entscheidung nach [Â§ 41a SGB II](#) mit gerichtlichem einstweiligen Rechtsschutz legt auch dies nahe, in entsprechenden Fällen die gerichtlich bewirkte vorläufige (Weiter-)Gewähr von Grundsicherungsleistungen im Rahmen von [Â§ 86b SGG](#) nicht für ausgeschlossen zu halten.

Bereits die sich aus dem Vorstehenden ergebenden Friktionen zwischen Ausländer- und Sozialrecht legen nach Auffassung des Senats ein enges Verständnis der Rückkausnahme aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB II](#) nahe. Vor allem aber weist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Richtung auf das hiesige Ergebnis, auch wenn das Verfassungsgericht die Fragen, die sich aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 und Satz 4 Halbs. 2 SGB II](#) (beziehungsweise den entsprechenden sozialhilferechtlichen Regelungen) mit Blick auf das Grundrecht auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) ergeben, bislang nicht abschließend beantwortet hat. In seiner Entscheidung vom 26. Februar 2020 zu einem Vorlagebeschluss, der die Parallelproblematik zu [Â§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Satz 7 SGB XII](#) zum Gegenstand hatte, hat das Bundesverfassungsgericht (Kammerbeschluss vom 26. Februar 2020 – [1 BvL 1/20](#) –, juris, Rn. 18) ausgeführt, das vorlegende Gericht mache [â] nicht hinreichend deutlich, warum es trotz der Klage gegen die Verlustfeststellung zwingend an der Anwendung der Rückkausnahme nach [Â§ 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII](#) [also der Parallelvorschrift zu [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#)] gehindert sei. [â] Es lege [â] nicht hinreichend dar, inwiefern es an einer Auslegung des einfachen Rechts gehindert wäre, nach der eine Verlustfeststellung ([Â§ 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU](#)) der Rückkausnahme nach [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) beziehungsweise [Â§ 23 Abs. 3 Satz](#)

[7 SGB XII](#) bei Erfüllung der Fünfjahresfrist jedenfalls dann nicht entgegenstehe, wenn die Verlustfeststellung nicht bestandskräftig sei. Das Gericht stelle lediglich fest, dass sich im Gesetzestext (wohl des [Â§ 7 SGB II](#)) kein Anhaltspunkt dafür finde, dass nur die vollziehbare Verlustfeststellung die Rückkausnahme des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) sperre und dass [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) auf der Annahme eines verfestigten Inlandsaufenthaltes beruhe, eine solche Verfestigung aber bereits mit Erlass der Verlustfeststellung verhindert werde. Zur Begründung seiner Annahme der Verfassungswidrigkeit hätte das Gericht aber vielmehr gerade umgekehrt darlegen müssen, was einer Gesetzesauslegung zwingend entgegenstehe, nach der eine Verlustfeststellung die Rückkausnahme des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) nicht sperre, solange diese Verlustfeststellung nicht bestandskräftig sei. Soweit das vorlegende Gericht sich an einer solchen Auslegung durch die von ihm angenommene, auch die Sozialgerichte bindende Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes über die Verlustfeststellung gehindert gesehen haben sollte, genügt angesichts davon abweichender Rechtsprechung mehrerer Landessozialgerichte (vgl. nur LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28. Mai 2019 – [L 8 SO 109/19 B ER](#) –, juris, Rn. 9 m.w.N.) die Ausführungen im Vorlagebeschluss nicht, um tragfähig zu belegen, dass [Â§ 23 Abs. 3 Satz 7 SGB XII](#) bereits bei nicht bestandskräftiger Verlustfeststellung unanwendbar sei.

Diese Ausführungen legen eine sozialrechtsinterne Lösung der Problematik jedenfalls sehr nahe. Die Entscheidung versteht damit unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die vorstehenden Argumente, wonach die Verlustfeststellung, solange sie mit Rechtsbehelfen angegriffen wird, (zwar ausländerrechtlich bereits Wirkungen entfaltet, aber) den Zugang zu Grundsicherungsleistungen nicht sperrt. Gerade der damit angesprochene Topos einer verfassungskonformen Auslegung rechtfertigt die vom Senat für richtig gehaltene Lösung trotz (oder gerade wegen) der in ihrem Rahmen zu Tage tretenden suboptimalen Abstimmung von Ausländer- und Sozialrecht.

Ein Leistungsausschluss folgt schließlich auch nicht aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II](#), da die Antragsteller, wie bereits ausgeführt, im gegenwärtigen Verfahrensstadium keinen Zugang zu Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz haben. Die Voraussetzungen von [Â§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG](#) erfüllen sie nicht, denn die Ausreisepflicht ist wegen der aufschiebenden Wirkung der eingelegten verwaltungsgerichtlichen Klagen nach [Â§ 80 Abs. 1 VwGO](#) nicht vollziehbar; die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht ist damit unzulässig.

Die Antragsteller erfüllen zudem auch nicht die Voraussetzungen nach [Â§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG](#), denn ihnen wurde von der Ausländerbehörde des Antragsgegners keine Duldung nach [Â§ 60a AufenthG](#) erteilt; der Beigeladene hat sich hierzu, auch mit Blick auf eine Verfahrensduldung, gerade nicht bereiterklärt. Im hiesigen Zusammenhang kommt es dabei auf die Frage, ob ausländerrechtlich hierauf möglichlicherweise doch ein Anspruch besteht nicht an: Wegen der Tatbestandswirkung der (insoweit fehlenden) statusbegründenden Entscheidung der Ausländerbehörde greift [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II](#) nicht ein (vgl. BSG, Urteil vom 2. Dezember 2014 – [B 14 AS 8/13 R](#) –, juris, Rn. 13; Hessisches LSG,

Beschluss vom 29. Juni 2020 [L 4 SO 91/20 B ER](#), juris, Rn. 65; Frerichs, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., [Â§ 1 AsylbLG](#) (Stand: 11. Mai 2022, Rn. 78).

(2.) Angesichts der sich aus dem Vorstehenden ergebenden Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 23. Februar 2022 ist auf Grund einer Folgenabwägung zu entscheiden.

Im Ergebnis überwiegen dabei die Interessen der Antragsteller: Vorliegend stehen existenzsichernde Leistungen in vollem Umfang im Streit. Angesichts des starken verfassungsrechtlichen Schutzes entsprechender Leistungen durch das Grundrecht auf Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums, das auf [Art. 1 Abs. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#) beruht, sind die damit verbundenen Interessen der Antragsteller von fundamentalem Gewicht. Die Interessen der Antragsgegnerin beziehungsweise der durch sie vertretenen Allgemeinheit müssen dahinter zurückstehen, auch wenn der Gesetzgeber durch [Â§ 39 Nr. 1 SGB II](#) für Aufhebungsentscheidungen den Sofortvollzug als gesetzlichen Regelfall vorgesehen hat.

b) Hinsichtlich des Leistungszeitraums ab 1. April 2022 ist die von den Antragstellern begehrte Regelungsanordnung nach [Â§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) zu erlassen.

aa) Nach dieser Vorschrift sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Ein solcher Nachteil ist (nur) anzunehmen, wenn einerseits den Antragstellern gegenüber der Antragsgegnerin ein materiell-rechtlicher Leistungsanspruch in der Hauptsache mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zusteht (Anordnungsanspruch) und es ihnen andererseits nicht zuzumuten ist, die Entscheidung über den Anspruch in der Hauptsache abzuwarten (Anordnungsgrund). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen ([Â§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [Â§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung [ZPO]). Dabei stehen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nicht isoliert neben-, vielmehr in einer Wechselbeziehung zueinander, nach der die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit beziehungsweise Schwere des drohenden Nachteils, dem Anordnungsgrund, zu verringern sind und umgekehrt (vgl. für die st. Rspr. des Hessischen LSG: erkennender Senat, Beschluss vom 11. Dezember 2019 [L 6 AS 528/19 B ER](#), juris, Rn. 31; Hess. LSG, Beschluss vom 29. Juni 2005 [L 7 AS 1/05 ER](#), info also 2005, 169 und Hess. LSG, Beschluss vom 7. September 2012 [L 9 AS 410/12 B ER](#); außerdem Keller, in: Meyer-Ladewig u.a., SGG, 13. Aufl. 2020, [Â§ 86b](#) Rn. 27 ff.): Wäre eine Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schätzenswertes Recht nicht vorhanden ist. Wäre eine Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, auch wenn auf diesen nicht gänzlich verzichtet werden kann. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- oder

Rechtslage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglich ist, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, welchem Beteiligten ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache eher zuzumuten ist. Dabei sind grundrechtlich geschützte Belange der Betroffenen maßgeblich zu berücksichtigen.

bb) Ausgehend von diesen Maßstäben liegen vorliegend die Voraussetzungen für den Erlass einer Ordnungsanordnung vor.

Hinsichtlich des Ordnungsanspruches und namentlich des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) und der sich aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) ergebenden Ausnahme zu den Ausschlussstatbeständen aus [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden. Der notwendige Fortzahlungsantrag ([Â§ 37 SGB II](#)) für den Leistungszeitraum ab 1. April 2022 ist gestellt.

Ein Ordnungsgrund ergibt sich aus denselben Umständen, die hinsichtlich der Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu einem Überwiegen der Interessen der Antragsteller gegenüber denen der Antragsgegnerin führen.

cc) Die von den Antragstellern in das Ermessen des Gerichts gestellte Dauer der einstweiligen Anordnung ist auf die Zeit bis Ende August 2022 zu beschränken, schon um der Antragsgegnerin die alsbaldige erneute Prüfung des Standes des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hinsichtlich der Verlustfeststellung und von dessen Auswirkungen auf den Leistungsanspruch der Antragsteller ohne Bindung an die hiesige Entscheidung zu ermöglichen. Zudem hält der Gesetzgeber bei vorläufigen Leistungen im Bereich des Sozialgesetzbuches Zweites Buch regelhaft eine Bewilligung von sechs Monaten für sachgerecht (vgl. [Â§ 41 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#)). Hieran orientiert sich der Senat auch bei der Ausübung des ihm bei der Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung zustehenden Ermessens und beschränkt die Zeitdauer der sich aus dem hiesigen Beschluss ergebenden Pflicht zur Leistungsgewährung auf den sechstmonatigen Zeitraum von März bis August 2022 je einschließlich. Bei unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen mag die Antragsgegnerin die Erbringung von Leistungen auf der Grundlage einer vorläufigen Entscheidung nach [Â§ 41a Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) in Erwägung ziehen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [Â§ 193 SGG](#) und trägt dem vollständigen Obsiegen der Antragsteller Rechnung.

III.

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe aus [Â§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [Â§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) liegen vor: Die Antragsteller können nach ihren glaubhaften Angaben die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen, die Rechtsverfolgung bietet, wie sich schon aus ihrem Obsiegen in der Sache ergibt, hinreichende Aussichten auf Erfolg und ist schließlich auch nicht als mutwillig anzusehen.

Dieser Beschluss ist gemäß [Â§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Â

Erstellt am: 22.06.2022

Zuletzt verändert am: 23.12.2024