

1. Die Rückausnahme nach § 7 Abs 1 S 4 Halbs 2 SGB II setzt nicht voraus, dass die Feststellung des Verlustes der Freizügigkeit bestands- bzw rechtskräftig geworden ist (Rn. 4).
 2. Zwar haben Widerspruch und Klage gegen die Verlustfeststellung aufschiebende Wirkung, doch beseitigt diese nicht die Ausreisepflicht als solche, sondern hemmt lediglich deren Durchsetzung (Rn. 4).
 3. Das ist mit Blick darauf, dass es um EU-Bürger geht, denen eine kurzfristige Rückreise in den Heimatstaat in der Regel ohne weiteres möglich ist, auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (wie hier LSG Darmstadt vom 9.2.2023 - L 7 AS 447/22 B ER mwN) (Rn. 4).
- (Amtliche Leitsätze)

L 4 AS 31/23 B ER D

Landessozialgericht Hamburg
Beschluss vom 08.03.2023

T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 19. Januar 2023 abgeändert und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.
Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

G r ü n d e

1 Die am 26. Januar 2023 erhobene Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 19. Januar 2023 ist statthaft und auch sonst zulässig (§§ 172, 173 des Sozialgerichtsgesetzes – SGG).

2 Die Beschwerde ist auch begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin weiterhin Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) zu gewähren. Denn entgegen der Auffassung des Sozialgerichts vermag der Senat nicht zu erkennen, dass ein entsprechender Leistungsanspruch hinreichend glaubhaft gemacht ist.

3 Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst a i.V.m. Satz 1 SGB II erhalten Ausländerinnen, die kein Aufenthaltsrecht haben, keine Leistungen nach diesem Buch. So aber verhält es sich mit der Antragstellerin. Nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens ist nicht erkennbar, dass sie über ein materielles Aufenthaltsrecht verfügt. Denn die Freie und Hansestadt Hamburg hat mit Verfügung

vom 1. September 2022 den Verlust der Freizügigkeit der Antragstellerin nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) sowie den Nichtbesitz eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4a FreizügG/EU festgestellt.

4 Dass die Verfügung von der Antragstellerin angefochten worden ist, führt zu keiner anderen Beurteilung. Der Senat vermag der Ansicht, nur eine bestands- bzw. rechtskräftige Verlustfeststellung stünde einer Ausnahme vom Leistungsausschluss entgegen, nicht zu folgen (ständige Rechtsprechung, zuletzt Beschluss vom 18.11.2022 – L 4 AS 190/22 B ER D, unter Hinweis auf Beschlüsse vom 28.9.2017, L 4 SO 55/17 B ER, sowie vom 24.10.2017, L 4 AS 293/17 B ER). Denn bereits die behördliche Verlustfeststellung führt zur Ausreisepflicht des Ausländers nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU, ihre Rechtskraft ist dafür nicht erforderlich (vgl. hierzu die Begründung zur Änderung des § 7 Abs. 1 durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.8.2007, BT-Drs. 16/5065 S. 211 zu Nummer 8 a. aa.). Zwar haben Widerspruch und Klage gegen die Verlustfeststellung aufschiebende Wirkung, doch beseitigt diese nicht die Ausreisepflicht als solche. § 7 Abs. 1 Satz 4 FreizügG/EU bestimmt nur, dass in den Fällen, in denen mit der Verlustfeststellung bereits die Abschiebung angedroht und hiergegen einstweiliger Rechtsschutz beantragt wird, die Abschiebung nicht vor Entscheidung über den Eilantrag erfolgen darf (vgl. hierzu Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 11. Auflage 2016, § 7 FreizügG/EU Rn. 16 f.). Rechtsmittel hemmen folglich nicht die Ausreisepflicht selbst, sondern nur deren Durchsetzung. Das ist mit Blick darauf, dass es um EU-Bürger geht, denen eine kurzfristige Rückreise in den Heimatstaat in der Regel ohne weiteres möglich ist, auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (wie hier LSG Hessen, Beschluss vom 9.2.2023 – L 7 AS 447/22 B ER m.w.N.).

5 Eine Beiladung der hier möglicherweise im Hinblick auf § 23 Abs. 3 Satz 3 oder 6 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) als leistungspflichtig in Betracht kommenden Freien und Hansestadt Hamburg hält der Senat nicht für tunlich, zumal weder eine Leistungspflicht noch eine ablehnende Haltung des Leistungsträgers deutlich geworden sind.

6 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

7 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 19. Januar 2023, S 5 AS 2703/22 ER D