
S 149 AS 464/22 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Berlin-Brandenburg
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	18.
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	L 18 AS 233/22 B ER PKH
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Arbeitslosengeld II Unionsbürger ohne materielles Aufenthaltsrecht als dem der Arbeitsuche Leistungsausschluss Sozialhilfe Lebenspartnerschaft mit Unionsbürger
Leitsätze	-
Normenkette	SGB II § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2

1. Instanz

Aktenzeichen	S 149 AS 464/22 ER
Datum	14.02.2022

2. Instanz

Aktenzeichen	L 18 AS 232/22 B ER
Datum	17.03.2022

3. Instanz

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

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 14. Februar 2022 geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit vom 26. Januar 2022 bis 31. März 2022, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, mit der Maßgabe zu gewähren, dass der Leistungsbewilligung 80 vom Hundert des gesetzlichen Regelsatzes für Partner zugrunde zu legen sind.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Ä

Der Antragsgegner trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin im gesamten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

Ä

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Ä

Gründe

Ä

Die Beschwerde der 1997 geborenen Antragstellerin ist im Wesentlichen begründet. Der Antragsgegner war im Wege einer gerichtlichen Regulationsanordnung iSv [§ 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) zu verpflichten, für die Zeit vom 26. Januar 2022 (Antragseingang) bis 31. März 2022, längstens bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache, der Antragstellerin, die die rumänische Staatsangehörigkeit besitzt, Regelleistungen im tenorierten Umfang im Rahmen der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem nicht mit ihr verheirateten Partner F M und dem gemeinsamen, am 30. April 2021 geborenen Sohn S F, zu gewährleisten, die beide bereits im laufenden Regelleistungsbezug des Antragsgegners seit 1. Oktober 2021 stehen. Die gerichtliche Regulationsanordnung ergeht dem Grunde nach (vgl. [§ 130 Abs. 1 SGG](#) analog) mit den getroffenen Maßgaben. Dies gilt indes nicht für die begehrten Regelleistungen in voller Höhe und etwaige Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung (KdUH). Die insoweit weitergehende Beschwerde war ebenso zurückzuweisen wie die Beschwerde gegen die Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) durch das Sozialgericht.

Ä

Nach ständiger Rspr des erkennenden Senats ist in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der geltend gemachte Regelbedarf iSv [§ 20 Abs. 1 und 4 Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – \(SGB II\)](#) regelmäßig nur iHv 80 vH zu berücksichtigen, weil er nur in diesem Umfang unabweisbar ist (vgl. Bundesverfassungsgericht ¹BVerfGE⁹, BeAchluss vom 12. Mai 2005 [1 BvR 569/05](#) ¹juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19. Mai 2010 [L 5 AS 797/10 B ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 12. September 2007 [L 20 B 75/07 SO ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Januar 2007 [L 7 SO 5672/ 06 B ER](#) ¹alle juris). Soweit die Antragstellerin mit ihrem Eilrechtsantrag auch Leistungen für KdUH geltend gemacht haben sollte (in gesetzlicher Höhe), ist ein entsprechender Bedarf weder vorgetragen worden noch aus den eingereichten Unterlagen zur Gewährung von PKH oder den vorgelegten Kontoauszügen zu ersehen. Die Regelung ergeht antragsgemäß ab Eingang des Rechtsschutzantrags (26. Januar 2022 bis längstens 31. März 2022). Der Endzeitpunkt folgt im übrigen auch daraus, dass

Gegenstand des Verfahrens (nur) der (negative) Zugunstenbescheid des Antragsgegners nach Â§ 44 Sozialgesetzbuch â Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutzâ (SGB X) bildet, mit dem der Antragsgegner die Bewilligungsentscheidung vom 11. November 2011 f¼r die Zeit vom 1. Oktober 2021 bis 31. März 2022 Ã¼berprft hat.

Â

Die Entscheidung zum Erlass der im Tenor bezeichneten Regelungsanordnung stützt sich auf eine hier verfassungsrechtlich gebotene Folgenabwägung. Hierbei kam auch dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass die vorläufige Regelung ohnehin nur längstens bis 31. März 2022 Bestand haben wird und eine umfassende Sachaufklärung in diesem (kurzen) Zeitraum nicht möglich ist.

Â

[Art. 19 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) garantiert einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der Ã¶ffentlichen Gewalt (vgl. [BVerfGE 67, 43](#) ; [96, 27](#)). Wirksam ist Rechtsschutz dabei nur, wenn er innerhalb angemessener Zeit erfolgt. Daher sind die Fachgerichte gehalten, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn Antragstellern sonst eine erhebliche, Ã¼ber Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Rechten droht, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, es sei denn, dass ausnahmsweise Ã¼berwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. [BVerfGE 93, 1](#) ; [126, 1](#)). Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch [Art. 19 Abs. 4 GG](#) gebietet eine Auslegung und Anwendung der die Einlegung von Rechtsbehelfen regelnden Vorschriften, die die Beschreitung des eröffneten Rechtswegs nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren (vgl. [BVerfGE 77, 275](#) ; [78, 88](#)). Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen und je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Falle des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden (vgl. [BVerfGE 35, 382](#) ; BVerfG, Beschluss vom 1. August 2017 â [1 BvR 1910/12](#) â juris â Rn 12).

Â

Im Verfahren des gerichtlichen Eilrechtsschutzes dürfen Entscheidungen sowohl auf eine Folgenabwägung als auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden. Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um eine etwaige Verletzung von Grundrechten nach Möglichkeit zu verhindern (vgl. [BVerfGE 126, 1](#)). Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom

14. März 2019¹ (1 BvR 169/19² juris Rn 15 mwN). Indessen dürfen sich die Gerichte, wenn ohne die Gewährleistung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, nur dann an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, wenn sie die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen können. Eine solche abschließende Prüfung kommt allerdings nur in Betracht, wenn eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren möglich ist (vgl BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 2016³ (1 BvR 1241/16⁴ juris Rn 11; Beschluss vom 20. November 2018⁵ (2 BvR 80/18⁶ juris Rn 8). Ist eine der drohenden⁷ vorliegend im Hinblick auf das sog Gegenwärtigkeitsprinzip existenzsichernder Leistungen letztlich irreparable⁸ Grundrechtsverletzung Rechnung tragende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, ist eine Folgenabwägung durchzuführen (vgl BVerfG, Beschluss vom 27. Juli 2016³ (1 BvR 1241/16⁴ juris Rn 11; Beschluss vom 20. November 2018⁵ (2 BvR 80/18⁶ juris Rn 8; Beschluss vom 14. März 2019¹ (1 BvR 169/19² juris Rn 15 mwN; stRspr). Vorliegend ist der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#) betroffen, dessen Beeinträchtigung auch nachträglich bei einem erfolgreichen Abschluss des⁹ möglicherweise noch längere Zeit in Anspruch nehmenden¹⁰ Hauptsacheverfahrens nicht mehr ausgeglichen werden kann, weil der elementare Lebensbedarf eines Menschen grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden kann, in dem er besteht (vgl [BVerfGE 125, 175](#)). Droht einer Antragstellerin bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in ihren Grundrechten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist¹¹ erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs¹² einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl [BVerfGE 79, 69](#) ; [94, 166](#)). Denn in diesen Fällen kann das Fachgericht nur im einstweiligen Rechtsschutz eine endgültige Grundrechtsverletzung verhindern. Werden die Folgen gegeneinander abgewogen, so ergibt sich derzeit ein eindeutiges Übergewicht zugunsten der Belange der Antragstellerin.

Ä

Es liegt zunächst ein Anordnungsgrund vor, der sich bereits daraus ergibt, dass keine feststellbaren Tatsachen dafür ersichtlich sind, dass die Antragstellerin das Existenzminimum sichernde Mittel zu Verfügung hatte bzw hat. Die seit September 2021 in Deutschland lebende Antragstellerin erfüllt weiter die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB II.

Ä

Nach den bislang feststellbaren Tatsachen dürfte die Antragstellerin nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) indes von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen

sein, weil ihr (nur) ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche zusteht. Ein hier in Betracht zu ziehendes abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige bzw. nahestehende Person scheidet aus.

Ä

Zunächst ist derzeit schon nicht abschließend zu beurteilen, ob ihrem Partner nach kündigungsbedingter Aufgabe der einmonatigen Beschäftigung vom 18. Oktober 2021 bis 18. November 2021 ein nachwirkendes Aufenthaltsrecht nach Â§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. Satz 2 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) zukommt, und zwar mindestens für die Dauer von sechs Monaten, wovon der Antragsgegner bislang ausgegangen war, das er nunmehr aber (vgl. Schriftsatz vom 14. März 2022) bestreitet. Diesbezüglich bedarf es weitergehender Sachermittlungen, die im Hinblick auf den hier nur streitigen Leistungszeitraum bis 31. März 2022 untunlich sind (vgl. zu den Mindestanforderungen einer Arbeitnehmereigenschaft insoweit zuletzt etwa Bundessozialgericht, Urteil vom 27. Januar 2021 [B 14 AS 25/20 R](#) [â Rn 24, 26 mwN](#)). Ob die entsprechende Bescheinigung der Agentur für Arbeit über die unfreiwillige Arbeitslosigkeit, die nach der Rspr des BSG Voraussetzung für das Fortbestehen des Freizügigkeitsrechts ist einer konstitutiven Bedingung ist (vgl. Urteil vom 13. Juli 2017 [B 4 AS 17/16 R](#) = SozR 4-4200 Â§ 7 Nr 54 [â Rn 34 mwN](#)), als solche zwingend vorliegen muss oder entsprechende gerichtliche Tatsachenfeststellungen genügen (vgl. in diese Richtung BSG aaO), ist bislang höchststrichterlich nicht abschließend geklärt. Soweit der Antragsgegner einwendet, für eine Bejahung eines nachwirkenden Aufenthaltsrechts nach Â§ 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bzw. Satz 2 FreizügG/EU müssten auch die Voraussetzungen des Â§ 138 Sozialgesetzbuch [â Rn 24, 26 mwN](#) (Arbeitsförderungsgesetz (SGB III)) vorliegen, mag dies zutreffen und sind diese Voraussetzungen auch Gegenstand der Bescheinigung der Agentur für Arbeit über das Vorliegen unfreiwilliger Arbeitslosigkeit. Dies gilt jedoch entgegen der Auffassung des Antragsgegners nicht für eine unverzügliche Arbeitslosmeldung, die nicht Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit (vgl. [Â§ 138 Abs. 1 SGB III](#)), sondern weitere (neben dem Vorliegen von Arbeitslosigkeit und der Erfüllung der Anwartschaftszeit) kumulative Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld nach [Â§ 137 Abs. 1 SGB III](#) ist. Ob der Partner der Antragstellerin tatsächlich keinerlei Absichten hegt, in Deutschland (wieder) erwerbstätig zu sein, und es damit an den erforderlichen Eigenbemühungen iSv [Â§ 138 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) fehlt, bedarf ergänzender Sachaufklärung und ggf. auch einer Beweiserhebung durch Vernehmung als Zeuge, die indes dem Hauptsacheverfahren vorbehalten wäre. Derzeit können fehlende Eigenbemühungen jedenfalls nach Vorlage des Kündigungsschreibens am 21. Dezember 2021 nicht ohne Weiteres unterstellt werden.

Ä

Aus einem nachwirkenden Aufenthaltsrecht des Partners könnte die mit ihrem Partner nicht verheiratete Antragstellerin nach Â§ 3 Abs. 1 FreizügG/EU ohnehin kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige (vgl. Â§ 1 Abs. 2 Nr 3 FreizügG/EU)

ableiten. Als nahestehende Person iSv Â§ 1 Abs. 2 Nr. 4c FreizÃ¼gG/EU kÃ¶nnte ihr zwar nach MaÃgabe des mWv 24. November 2020 durch Gesetz vom 12. November 2020 ([BGBl I 2416](#)) eingefÃ¼gten Â§ 3a Nr. 3 FreizÃ¼gG/EU auf Antrag das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden, wenn ihr LebensgefÃhrte mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorÃ¼bergehend zusammen lebt, wovon derzeit mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen ist. Ob hierzu eine individuell-konkrete Verwaltungsentscheidung erforderlich ist, bedarf keiner Beurteilung (vgl hierzu Hessisches Landessozialgericht , Beschluss vom 29. Juli 2021 â [L 6 AS 209/21 B ER](#) â juris â Rn 135). Denn jedenfalls fehlt es an den Regelungsvoraussetzungen nach [Â§ 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG), die nach Â§ 11 Abs. 5 FreizÃ¼gG/EU in den FÃllen des Â§ 3a FreizÃ¼gG/EU entsprechend anzuwenden sind. Denn der Lebensunterhalt der Antragstellerin ist ohne Inanspruchnahme Ã¶ffentlicher Mittel gerade nicht gesichert (vgl [Â§ 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#)). Die Antragstellerin verfÃ¼gt auch nicht Ã¼ber ein Daueraufenthaltsrecht nach fÃ¼nfjÃhrigem Aufenthalt in Deutschland (Â§ 4a Abs. 1 Satz 1 FreizÃ¼gG/EU). Andere materielle Aufenthaltsrechte (als das zur Arbeitsuche) sind nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet auch ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des EuropÃischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 Ã¼ber die FreizÃ¼gigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union aus (vgl hierzu EuropÃischer Gerichtshof, Urteil vom 6. Oktober 2020 â [C-181/19](#) â juris). Denn dies setzt voraus, dass das Kind der Antragstellerin die Schule besucht. Ihr 2021 geborener Sohn ist jedoch noch nicht im schulpflichtigen Alter.

Â

Ein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet folgt fÃ¼r die Antragstellerin auch nicht aus den fÃ¼r Nicht-EU-AuslÃnder geltenden Regelungen zum berechtigten Aufenthalt, dh dem AufenthG. GemÃÃ Â§ 11 Abs. 14 Satz 1 FreizÃ¼gG/EU finden die Vorschriften des AufenthG Anwendung, wenn sie eine gÃ¼nstigere Rechtsstellung als das FreizÃ¼gG/EU vermitteln. Denn eine UnionsbÃ¼rgerin kann sich darauf berufen, nicht schlechter behandelt werden zu dÃ¼rfen als andere AuslÃnder. Dies folgt aus [Art. 18 Abs. 1](#) des Vertrages Ã¼ber die Arbeitsweise der EuropÃischen Union (AEUV), wonach unbeschadet besonderer Bestimmungen der VertrÃge in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus GrÃ¼nden der StaatsangehÃ¶rigkeit verboten ist. Allerdings enthÃlt das AufenthG im Vergleich zum FreizÃ¼gG/EU keine (gÃ¼nstigeren) Regelungen, die zu einem Aufenthalt berechtigen wÃ¼rden.

Â

Soweit es die Herstellung oder Beibehaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit ihrem LebensgefÃhrten und Vater des gemeinsamen Kindes angeht, wÃ¼rde dies auch nach dem AufenthG kein Recht zum Aufenthalt begrÃ¼nden. Nach [Â§ 27 Abs. 1 AufenthG](#) wird zwar eine Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiÃren Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet fÃ¼r auslÃndische FamilienangehÃ¶rige (Familiennachzug) erteilt, um dem Schutz von Ehe und Familie gemÃÃ [Art. 6 GG](#) zu entsprechen. Gleiches gilt nur fÃ¼r die

Lebenspartnerschaft ([Â§ 27 Abs. 2 AufenthG](#)). Mithin begründet die nichteheliche Lebensgemeinschaft kein Recht auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Â

Die Beibehaltung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft stellt keinen begründeten Fall im Sinne des [Â§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) dar, in dem eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht genannten Aufenthaltszweck erteilt werden könnte. Denn der Familiennachzug ist in [Â§ 27 ff AufenthG](#) abschließend geregelt. Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind von den ausdrücklichen Regelungen für den Familiennachzug gerade nicht erfasst, so dass die Anwendung von [Â§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) grundsätzlich gesperrt ist (vgl BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 [B 4 AS 54/12 R](#) juris Rn 33). Das weitere Zusammenleben mit ihrem Kind könnte der Antragstellerin nach den Regelungen des AufenthG ebenfalls kein Aufenthaltsrecht bzw eine Aufenthaltserlaubnis vermitteln. [Â§ 27 AufenthG](#) kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil die Vorschrift nur als Generalklausel zu verstehen ist, die durch die nachfolgenden Normen spezifiziert wird (vgl Tewocht in: Kluth/Heusch, BeckOK-Ausländerrecht, 30. Edition, Stand: 1. Juli 2021, [Â§ 27 AufenthG](#) Rn 10). Insoweit wird nach [Â§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG](#) der Familiennachzug von Elternteilen zu ihren minderjährigen ledigen Kindern nur Eltern deutscher Kinder gewährt. Das Kind der Antragstellerin hat aber die rumänische Staatsbürgerschaft.

Â

Weil insofern an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, ist in diesem Zusammenhang indes streitig, ob die Nichtgewährung einer Aufenthaltserlaubnis für einen sorgeberechtigten Unionsbürger für ein minderjähriges freizigkeitsberechtigtes Kind mit Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats, welches im Bundesgebiet lebt, eine Diskriminierung darstellt (für eine umfassende Gleichstellung mit einem deutschen Kind: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. August 2017 [L 19 AS 1131/17 B ER](#) juris; Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, [Â§ 11 FreizügG/EU](#) Rn 33, 37; dagegen: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. Mai 2017 [L 31 AS 1000/17 B ER](#) juris; Hessisches LSG, Beschluss vom 21. August 2019 [L 7 AS 285/19 B ER](#) juris [Rn 45](#); LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Juni 2021 [L 34 AS 850/17](#) juris [Rn 51](#); Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juli 2021 [L 6 AS 209/21 B ER](#) juris [Rn 140](#); LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. November 2021 [L 2 AS 438/21 B ER](#) juris [Rn 50,51 mwN](#)). Der erkennende Senat sieht insoweit keine unzulässige Diskriminierung durch die deutschen Vorschriften. Denn das Diskriminierungsverbot des [Art. 18 AEUV](#) gilt nicht absolut und ohne Ausnahmen, sondern lediglich unbeschadet der besonderen Bestimmungen der Verträge. Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit wurde von den Mitgliedstaaten nur unter dem Vorbehalt der besonderen Bestimmungen in das Primärrecht aufgenommen. Würde es über

diese Beschränkung hinaus auf sämtliche Fälle angewendet, würde die differenzierte Ausgestaltung, die die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge an anderen Stellen vorgenommen haben, missachtet werden. Das allgemeine Diskriminierungsverbot ist danach mit einem Vorbehalt ausgestattet, wonach abweichende primär- und sekundärrechtliche Bestimmungen über die unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit möglich sind (Rossi in: Kluth/Heusch, BeckOK-Ausländerrecht, 30. Edition Stand: 1. April 2021, [Art. 18 AEUV](#) Rn 22).

Ä

Zu diesen besonderen Bestimmungen gehören unter anderem [Art. 21 AEUV](#) über die Freizügigkeit und den Aufenthalt der Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten ¹ vorbehaltlich abweichender Regelungen ² und die [Art. 45, 49](#) und [56 AEUV](#), also die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. Insbesondere auf der Einräumung der Freizügigkeit nach [Art. 21 AEUV](#) (ehemals Art. 18 EGV) beruhen die Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004, Abl L 158, S 123). Die Unionsbürgerrichtlinie regelt im Einzelnen die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen ihr Recht auf Freizügigkeit innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten wahrnehmen können, das Recht dieser Personen auf Daueraufenthalt sowie die Beschränkungen dieser Rechte (vgl insbesondere Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie, der eine ausdrückliche Ausnahme vom Diskriminierungsverbot enthält). Insofern bilden die Regelungen in Art. 7 der Unionsbürgerrichtlinie zum Daueraufenthaltsrecht auch für Familienangehörige ³ wozu die Antragstellerin gemäß Art. 2 Nr. 2 der Unionsbürgerrichtlinie nicht gehört ⁴ die Grundlage für die gleichwirkende deutsche Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU. Insofern enthält schon das Unionsrecht eine Begrenzung der Freizügigkeit. Auch das sonstige ausdifferenzierte Normprogramm der Unionsbürgerrichtlinie zu den Freizügigkeitsbegünstigten und das sie umsetzende nationale Recht würde durch eine Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG auf den Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers umgangen (vgl LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Juni 2021 ⁵ L 34 AS 850/17 ⁶ juris ⁷ Rn 51). Im Übrigen finden die Nachzugsregelungen in § 28 Abs. 1 und 2 AufenthG ihre besondere Rechtfertigung gerade in dem Umstand, dass der Nachzug zu einem in Deutschland lebenden deutschen Staatsangehörigen erfolgt. Das Ziel ist daher die Familienzusammenführung in dem Heimatstaat, nicht in einem ausländischen Staat. Auf den Status eines deutschen Staatsangehörigen kann sich ein Unionsbürger daher jedenfalls insoweit nicht berufen. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist darin gerade nicht gegeben (Rossi in: Kluth/Heusch Ausländerrecht, 30. Edition Stand: 1. April 2021, [Art. 18 AEUV](#) Rn. 22).

Ä

Aus § 36 AufenthG folgt ebenfalls kein Anspruch auf einen Aufenthalt der

Antragstellerin im Bundesgebiet. Denn es handelt sich, anders als von [Â§ 36 Abs. 1 AufenthG](#) vorausgesetzt, bereits ein weiterer personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet auf. Sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers kann gemäß [Â§ 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) zum Familiennachzug eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Allerdings gelten auch insoweit die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln, insbesondere das Erfordernis eines gesicherten Lebensunterhalts, [Â§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG](#). Dies ist, wie bereits ausgeführt, nicht der Fall.

Â

Auch [Art. 6 GG](#) verlangt nicht die Annahme eines den Leistungsausschluss gem. [Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) beseitigenden Aufenthaltsrechts. Diese Regelung vermittelt keinen eigenständigen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt (vgl. Eichhorn in: Huber/Mantel, AufenthG, 3. Aufl. 2021, [Â§ 27 Rn. 2 u. 16](#); Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, [AufenthG Â§ 27 Rn. 90](#)). Zwar müssen [Art. 6 GG](#) und [Art. 8](#) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bei der Prüfung, ob ein sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizigkeitsberechtigten Unionsbürgers über ein Aufenthaltsrecht verfügt, berücksichtigt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2019 [1 BvR 1710/18](#) [juris](#) [Rn 13](#) und vom 8. Juli 2020 [1 BvR 932/20](#) [juris](#) [Rn 15](#)). Der Schutzbereich von [Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 GG](#) kann berührt sein, wenn den Betroffenen ein familiäres Zusammenleben nur im Heimatland, nicht aber im Bundesgebiet ermöglicht wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 [2 BvR 1226/83](#) [juris](#) [Rn 88](#) ff). Im Falle der Antragstellerin liegt aber keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen vor. Insbesondere sind keine besonderen Gründe zu erkennen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes mit dem Kind und ihrem Lebensgefährten unzumutbar machen würden. Die Familie handelt sich erst vergleichsweise kurz im Bundesgebiet auf. Das Arbeitsverhältnis des Lebensgefährten dauerte nur sehr kurz. Das Kind hat noch nicht einmal sein erstes Lebensjahr vollendet und ist nicht schulpflichtig. Auch sonst sind keine rechtlich erheblichen gravierenden Beeinträchtigungen zu erkennen, die bei einer Herstellung des familiären Zusammenlebens im Heimatland drohen würden.

Â

Spricht daher derzeit alles dafür, dass jedenfalls dem Anspruch der Antragstellerin auf Leistungen nach dem SGB II ein gesetzlicher Leistungsausschluss entgegensteht, weil sich ihr Aufenthaltsrecht derzeit allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt und daher der [insoweit wohl auch nach dem seit 29. Dezember 2016 geltenden Recht wirksame](#) (vgl. zur alten Rechtslage BSG, Urteile vom 3. Dezember 2015 [B 4 AS 59/13 R](#) [ua](#) [juris](#); vgl. auch seine Rspr bekräftigend BSG, Urteil vom 30. August 2017 [B 14 AS 31/16 R](#) -) [Leistungsausschluss in Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) in der derzeit geltenden Fassung zum Tragen kommt, gälte dieser Vorbehalt des [Â§ 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2](#)

[SGB II](#) wie das BSG zur alten Rechtslage ebenfalls ausdrücklich klargestellt hat (vgl. BSG aaO) indes nicht für Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Sozialhilfe (SGB XII). In Ansehung der Rechtsprechung des BVerfG bestehen auch erhebliche Zweifel, ob der vom Gesetzgeber insoweit als Klarstellung gedachte (parallele) Leistungsausschluss in [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) grundgesetzkonform ist. Dies gilt umso mehr, als die genannten Vorschriften auch im Lichte des Grundrechts der Antragstellerin auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1 GG](#) iVm dem Sozialstaatsprinzip des [Art. 20 GG](#) auszulegen sind, das deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in Deutschland aufhalten, gleichermaßen zusteht, dem Grunde nach unverfügbbar ist und das unmittelbar kraft Verfassungsrechts gebietet, dass ein Leistungsanspruch eingeräumt werden muss (so ausdrücklich BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) – juris Rn 62 mwN), ohne dass die hier einschlägigen Rechtsfragen sich damit ohne Weiteres aus der genannten Entscheidung des BVerfG beantworten ließen (so ausdrücklich BVerfG, Beschluss vom 12. Februar 2020 –