S 19 AS 829/22 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Hessen
Sozialgericht	Sozialgericht Frankfurt
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Beschluss
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Leistungsausschluss sorgeberechtigter Elternteil Begleitung freizügigkeitsberechtigter, minderjähriger Unionsbürger Aufenthaltsrecht
Leitsätze	§ 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG (analog) und Art. 18 Abs. 1 AEUV vermittelt dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers kein Aufenthaltsrecht.
Normenkette	§ 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG Art. 18 Abs. 1 AEUV § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 19 AS 829/22 ER
Datum	16.12.2022
2. Instanz	
Aktenzeichen	L 7 AS 26/23 B ER
Datum	24.05.2023
3. Instanz	
Datum	-

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 2022 aufgehoben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Die Beteiligten haben einander in beiden Instanzen keine Kosten zu erstatten.

Dem Antragsteller wird unter Beiordnung von Rechtsanwältin B., A-Stadt, Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung für das Beschwerdeverfahren bewilligt.

G r ü n d e

I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes um die Gewährung von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch -SGB II- für die Zeit vom 25. November 2022 bis 28. Februar 2023.

Der 1998 geborene Antragssteller ist slowenischer Staatsangehöriger und lebt in Bedarfsgemeinschaft mit seiner Lebensgefährtin Frau C. und dem 2018 geborenen gemeinsamen Sohn D., die ebenfalls slowenische Staatsangehörige sind.

Der Antragssteller ist gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin und seinem Sohn im Februar 2022 nach Deutschland gekommen. Die Lebensgefährtin des Antragsstellers ist seit dem 1. September 2022 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zehn Stunden bei einem Stundenlohn von 12 Euro bei der M. UG als Reinigungskraft angestellt. Der Antragsteller ist seit 15. April 2023 ebenfalls geringfügig beschäftigt.

Auf den Antrag vom 31. August 2022 bewilligte der Antragsgegner der Bedarfsgemeinschaft mit Bewilligungsbescheid vom 26. September 2022 für die Zeit vom 1. September 2022 bis 28. Februar 2023 Leistungen nach dem SGB II. Der Antragsgegner bewilligte dabei lediglich der Lebensgefährtin und dem Sohn des Antragsstellers Leistungen i.H.v. 409 Euro monatlich (Regelbedarf: 404 Euro und 285 Euro abzüglich des zu berücksichtigende Erwerbseinkommen der Lebensgefährtin i.H.v. 280 Euro). Eine Leistungserbringung für den Antragssteller lehnte der Antragsgegner ab. Den dagegen am 12. Oktober 2022 eingelegten Widerspruch wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 22. November 2022 als unbegründet zurück.

Der Antragsteller erhob dagegen am 25. November 2022 Klage beim Sozialgericht Frankfurt am Main und stellte gleichzeitig einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz. Begründet wurde der Antrag damit, dass der Leistungsausschluss gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) keine Anwendung finde, da er sich nicht alleine zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalte, sondern ihm als sorgeberechtigtem Elternteil seines minderjährigen freizeigigkeitsberechtigten Kindes ein Aufenthaltsrecht nach [§ 11 Abs. 14 S. 1 Freizeigigkeitsgesetz/EU-FreizeigG/EU-](#) i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz -AufenthG-](#) und [Art. 18](#) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union -AEUV- zustehe.

Der Antragsteller beantragte, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihm ab Antragstellung für einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Zeitraum Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu

gewährt. Der Antragsgegner trat dem entgegen. Der Antragsgegner war der Auffassung, dass dem Antragsteller kein von seinem Sohn abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukomme und der Antragsteller daher dem Leistungsausschluss des [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) unterliege.

Mit Beschluss vom 16. Dezember 2022 verpflichtete das Sozialgericht Frankfurt am Main den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Antragsteller vorläufig für den Zeitraum vom 25. November 2022 bis zum 28. Februar 2023 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II zu bewilligen.

Der Antragsteller habe einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

Der Antragsteller habe gegen den Antragsgegner einen Anspruch nach [Â§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) i.V.m. [Â§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes.

Gemäß [Â§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) i.V.m. [Â§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) erhielten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [Â§ 7a](#) noch nicht erreicht hätten (Nr. 1), erwerbsfähig seien (Nr. 2), hilfebedürftig seien (Nr. 3) und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland hätten (Nr. 4), soweit sie nicht nach [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen seien.

Der Antragsteller habe das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [Â§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht. Er sei erwerbsfähig, hilfebedürftig und habe seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland.

Der Antragsteller unterliege auch nicht dem Leistungsausschluss nach [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#). Danach seien Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht hätten (lit. a) oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergebe (lit. b) vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen. Abweichend davon erhielten nach [Â§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach dem SGB II, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet gehabt hätten; dies gelte nicht, wenn der Verlust des Rechts nach [Â§ 2 Abs. 1](#) des FreizügG/EU festgestellt worden sei.

Der Antragsteller sei selbst nicht erwerbstätig. Er könne auch nicht als Lebensgefährtin einer Arbeitnehmerin ein Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger aus einer analogen Anwendung des [Â§ 3 FreizügG/EU](#) ableiten, da der Familiennachzug in [Â§ 3 FreizügG/EU](#) abschließend geregelt sei (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – [B 4 AS 54/12 R](#) –, juris Rn. 33; vgl. auch EUGH, Urteil vom 17.04.1986 – [C-59/85](#) – wonach ein lediger Partner eines Arbeitnehmers kein Familienangehöriger ist).

Nach seinem eigenen Vortrag halte er sich zudem erst seit Februar 2022 in Deutschland auf, sodass er noch nicht seit mindestens fünf Jahren seinen

gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe und damit die abweichende Regelung des [Â§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) keine Anwendung finde.

Der Antragssteller habe jedoch als sorgeberechtigtes Elternteil seines minderjährigen freizügigkeitsberechtigten Kindes ein Aufenthaltsrecht nach [Â§ 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU](#) i.V.m. [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18 AEUV](#).

Nach [Â§ 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU](#) finde das AufenthG vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU. [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) sehe vor, dass einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sei, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet habe. Aufgrund der Regelung in [Art. 18 AEUV](#), der im Anwendungsbereich des Vertrages jedwede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbiete, sei die analoge Anwendung des [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) auf minderjährige Unionsbürger, die über ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU verfügten, und ihre Eltern geboten (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Oktober 2018 [L 19 AS 1472/18 B ER](#) -, juris Rn. 28 ff. m.w.N.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29. Juni 2016 [L 25 AS 1331/16 B ER](#) [L 25 AS 1331/16 B ER](#) [L 25 AS 1331/16 B ER](#) [L 25 AS 1331/16 B ER](#), juris Rn. 5; LSG für das Saarland, Urteil vom 7. September 2021 [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#), juris Rn. 35; a.A. Hessisches LSG, Beschluss vom 21. August 2019 [L 7 AS 285/19 B ER](#) [L 7 AS 285/19 B ER](#) [L 7 AS 285/19 B ER](#) [L 7 AS 285/19 B ER](#), juris Rn. 45 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. Mai 2017 [L 31 AS 1000/17 B ER](#) [L 31 AS 1000/17 B ER](#) [L 31 AS 1000/17 B ER](#) [L 31 AS 1000/17 B ER](#), juris Rn. 2).

Hinzu komme, dass die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers auch die Wertungen der [Art. 6 Grundgesetz \(GG\)](#) und Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) berücksichtigen müsse (vgl. insoweit auch Bundesverfassungsgericht (BverfG), Beschluss vom 8. Juli 2020 [1 BvR 932/20](#) [1 BvR 932/20](#) [1 BvR 932/20](#) [1 BvR 932/20](#), juris Rn. 15). Nach [Art. 6 Abs. 1 GG](#) ständen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. Die Familie im Sinne von [Art. 6 Abs. 1 GG](#) sei die Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Die Pflege und Erziehung der Kinder sei gemäß [Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG](#) das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürften Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagten oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohten, [Art. 6 Abs. 3 GG](#). Nicht ausreichend dürfte sein, dass die Lebensgefährtin den gemeinsamen Sohn betreuen könne. Diese Auffassung, die dazu führe, dass der Antragssteller die Bundesrepublik verlassen müsse oder mangels eigenem Leistungsanspruch zu Lasten der übrigen Familienmitglieder von deren gewährten Leistungen leben müsse, sei nach Auffassung des Gerichtes nicht mit [Art. 6 GG](#) vereinbar (vgl. LSG für das Saarland, Urteil vom 7. September 2021 [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#) [L 4 AS 23/20 WA](#), juris Rn. 37).

Vorliegend habe der Antragsteller gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin das Sorgerecht für seinen minderjährigen Sohn, der Unionsbürger sei, inne und

Ã¼ber dieses auch aus. Der Sohn des Antragstellers habe ein von seiner Mutter abgeleitetes Aufenthaltsrecht.Ã

Dem Aufenthaltsrecht des Antragstellers stehe auch nicht entgegen, dass der Antragsteller seinen Lebensunterhalt nicht decken kÃ¶nne. GemÃ¤Ã [Ã 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG](#) sei fÃ¼r die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach Satz 1 Nr. 2 und 3 die Regelung des [Ã 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG](#), der einen gesicherten Lebensunterhalt voraussetze, nicht anwendbar.

Der Antragsteller habe schlieÃlich auch den erforderlichen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn dieser ergebe sich schon aus der Tatsache, dass es sich bei den streitgegenstÃ¤ndlichen Leistungen um Leistungen mit existenzsichernden Charakter handele und der Antragsteller offenkundig Ã¼ber kein VermÃ¶gen bzw. Ã¼ber kein Einkommen verfÃ¼ge. In solchen FÃ¤llen sei nach Auffassung des Gerichts stets EilbedÃ¼rftigkeit fÃ¼r die Zeit ab Eingang des Eilantrages bei dem Sozialgericht anzunehmen.Ã

Da keine besonderen UmstÃ¤nde ersichtlich seien, werde die einstweilige Anordnung auf den Ablauf des 28. Februar 2023 befristet.Ã

Gegen diesen Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 2022 hat der Antragsgegner am 13. Januar 2023 Beschwerde beim Hessischen Landessozialgericht eingelegt.Ã

Der Antragsgegner ist weiterhin der Auffassung, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Antragstellers als FamilienangehÃ¶riger scheide aus. Eine analoge Anwendung des [Ã 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) komme vorliegend nicht in Betracht, da das Diskriminierungsverbot aus [Art. 18 AEUV](#) nicht so weit zu interpretieren sei, dass sich, wie das Sozialgericht annehme, jedwede Diskriminierung aufgrund der StaatsangehÃ¶rigkeit verbiete. Vielmehr sei das allgemeine Diskriminierungsverbot mit einem Vorbehalt ausgestattet, wonach die unterschiedliche Behandlung wegen der StaatsangehÃ¶rigkeit mÃ¶glich sei.Ã

Auch unter BerÃ¼cksichtigung des [Art. 6 GG](#) und Art. 8 EMRK komme ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewÃ¤hre [Art. 6 GG](#) keinen unmittelbaren Anspruch auf einen Aufenthalt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987, Az. [2 BvR 1226/83](#); Beschluss vom 18.04.1989, Az. [2 BvR 1169/84](#)). Zwar mÃ¼sse [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) bei der PrÃ¼fung, ob ein sorgeberechtigter AngehÃ¶riger eines minderjÃ¤hrigen, freizÃ¼gigkeitsberechtigten UnionsbÃ¼rgers Ã¼ber ein Aufenthaltsrecht verfÃ¼gt, berÃ¼cksichtigt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2019, Az. [1 BvR 1710/18](#); Beschluss vom 8. Juli 2020, Az. [1 BvR 932/20](#)). Insoweit kÃ¶nne nach dem Bundesverfassungsgericht der Schutzbereich von [Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG](#) berÃ¼hrt sein, wenn den Betroffenen ein familiÃ¤res Zusammenleben nur im Heimatland, nicht aber im Bundesgebiet ermÃ¶glicht werde (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987, Az. [2 BvR 1226/83](#)). Im Falle des Antragstellers liege aber keine unverhÃ¤ltnismÃ¤Ãige BeeintrÃ¤chtigung der grundrechtlichen GewÃ¤hrleistungen vor. Insbesondere seien keine besonderen

Gründe zu erkennen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden. Der Antragsteller, seine Lebensgefährtin und das gemeinsame Kind hielten sich erst seit kurzem im Bundesgebiet auf. Das gemeinsame Kind sei noch nicht schulpflichtig und auch sonst seien keine rechtlich erheblichen gravierenden Beeinträchtigungen zu erkennen, die bei einer Herstellung des familiären Zusammenlebens im Heimatland drohen würden.

Die vom Antragsteller angeführte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 13. September 2016, [C-165/14](#)) und der Verweis auf [Art. 21 AEUV](#) sowie die RL 2004/38/EG führten vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. In einer Entscheidung des EuGH vom 15. Juli 2021 ([C-709/20](#)) habe dieser unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38 sowie den zehnten Erwägungsgrund dieser Richtlinie explizit darauf hingewiesen, dass ein Bürger, der nicht erwerbstätig sei, für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen müsse und solche Personen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen sollten (EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021, [C-709/20](#), Juris, Rdnr. 76, unter Verweis auf sein Urteil vom 11. November 2014, [C-333/13](#) (Dano), Juris, Rdnr. 71). Das Kind des Antragstellers und die Partnerin des Antragstellers bezögen Leistungen nach dem SGB II. Der Unterschied zu der vom Antragsteller zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ([C-165/14](#)) bestehe darin, dass der Antragsteller gerade nicht das alleinige Sorgerecht ausübe, weswegen die zitierte Entscheidung vorliegend nicht einschlägig sei.

Der Antragsgegner beantragt, den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 2022 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

Der Antragsteller beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen, hilfsweise, die Stadt Frankfurt, Sozialamt, beizuladen und im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller ab Antragstellung überbrückungsleistungen nach [Â§ 23 SGB XII](#) zu gewähren.

Der Antragsteller ist der Auffassung, dass der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach entschieden habe, dass sich bereits aus [Art. 21 AEUV](#) und der RL 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht des sorgeberechtigten Elternteils eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers ergebe (Entscheidung vom 13. September 2016, [C-165/14](#)).

Darüber hinaus könne sich der Antragsteller entgegen der Auffassung des Antragsgegners auf ein Aufenthaltsrecht aus [Â§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU](#) in Verbindung mit [Â§ 28 AufenthG](#) und [Art. 18 AEUV](#) berufen. Diese Rechtsauffassung werde in der Fachliteratur als auch von zahlreichen Landessozialgerichten vertreten. Auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU (AVV zum FreizügG/EU) des Bundesinnenministeriums räume die Möglichkeit einer Aufenthaltserlaubnis nach [Â§ 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU](#) in Verbindung mit [Â§ 28 AufenthG](#) (analog) bei ähnlich gelagerten

Fällen in den Ziffern 4a.0.2 und 3.2.2.2 ein. Auch das Bundessozialgericht gehe von einer entsprechenden Anwendbarkeit des AufenthG über die Regelung des § 11 FreizügG/EU aus (Urteil vom 30. Januar 2013, [B 4 AS 54/12 R](#)). Die Auffangklausel in § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU stelle sicher, dass das AufenthG immer dann Anwendung finde, wenn es im Einzelfall eine günstigere Rechtsstellung vermittele als das FreizügG/EU, so dass es nicht zu einer Schlechterstellung von Unionsbürgern gegenüber deutschen Staatsangehörigen kommen könne. Daher könne ein freizügigkeitsberechtigtes Kind verlangen, so gestellt zu werden, wie ein deutsches Kind. Es werde dadurch auch nicht das Normprogramm der Unionsbürgerrichtlinie umgangen. § 3 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU sehe lediglich ein Freizügigkeitsrecht für Familienangehörige von Unionsbürgern vor, die Freizügigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU genießen würden, die also nicht erwerbstätig seien und über ausreichende Existenzmittel verfügten, wie z.B. Rentner. Das Kind eines Arbeitnehmers genieße jedoch Freizügigkeit als Familienangehöriger nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU und nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU. Eine Familienzusammenführung für die sorgeberechtigten Eltern dieser freizügigkeitsberechtigten Kinder sei im FreizügG/EU explizit nicht geregelt. Auch in der RL 2004/38/EG finde sich eine Regelung für diese Sachverhaltskonstellation nicht. Die Verwaltungsvorschriften des Bundesinnenministeriums schließen diese Lücke.

Schließlich habe das Bundesverfassungsgericht in den Beschlüssen vom 8. Juli 2020 ([1 BvR 932/20](#) und [1 BvR 1094/20](#)) ausgeführt, dass bei Beantwortung der Frage, ob dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU a.F. freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers über § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU a.F. in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18 Abs. 1 AEUV](#) ein Aufenthaltsrecht nach [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) vermittelt werden könne, auch die Wertungen der [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) berücksichtigt werden müssten. Insoweit müssten die Konsequenzen einer Rückkehr des betroffenen Elternteils in das Heimatland und damit die Trennung von der Familie im Lichte von [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) gewürdigt werden. Der bloße Verweis auf die Betreuung der gemeinsamen Kinder durch den anderen Elternteil reiche hierfür nicht aus. Das BVerfG stelle also auf die Gefahr der Grundrechtsverletzung für den Fall ab, wenn allein der betroffene Elternteil Deutschland verlasse. Diesbezüglich verweise das BVerfG nämlich gerade nicht darauf, dass eine Grundrechtsverletzung dadurch vermieden werden könne, dass die gesamte Familie gemeinsam in das Herkunftsland zurückkehre. Der Rechtsprechung des BVerfG sei nicht zu entnehmen, dass bereits mit einer solchen Rückkehr dem Grundrecht von Eltern und Kindern auf familiäres Zusammenleben hinreichend entsprochen wäre. Sondern das BVerfG stelle ausdrücklich auch den Verweis allein des nicht originär freizügigkeitsberechtigten Elternteils auf eine Rückkehr in den EU-Herkunftsstaat unter den Vorbehalt, dass jedenfalls die daraus für das Kind folgenden Konsequenzen im Lichte dessen Rechte aus [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) zu wärdigen seien. [Art. 6 Abs. 1](#) in Verbindung mit Abs. 2 GG verpflichte den Staat, die Familie zu schützen und zu fördern. Der persönliche Kontakt mit dem Kind sei Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und

der damit verbundenen Elternverantwortung und stehe daher unter dem Schutz des [Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG](#) (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002 â [2 BvR 231/00](#) -, [InfAuslR 2002, 171](#)). Es komme in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob die von einem Familienmitglied tatsÃchlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden kÃ¶nne (vgl. [BVerfGE 80, 81](#) ; BVerfG, Beschluss vom 1. August 1996 â [2 BvR 1119/96](#) -, [FamRZ 1996, 1266](#); Beschluss vom 20. MÃrz 1997 â [2 BvR 260/97](#) -, [Juris](#)). Der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters werde nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. MÃrz 1997 â [2 BvR 260/97](#) -, [Juris](#); Beschluss vom 31. August 1999 â [2 BvR 1523/99](#) -, [InfAuslR 2000, 67](#)). Aus [Art. 2 Abs. 1 GG](#) iVm [Art. 6 Abs. 2 GG](#) erwachse zudem ein Anspruch des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen sowie auf staatliche GewÃhrleistung elterlicher Pflege und Erziehung ([BVerfGE 133, 59/73](#) ff.). Die LebensgefÃhrtin und das gemeinsame Kind seien freizÃ¼gigkeitsberechtigt. Ihnen stehe ein Aufenthaltsrecht in Deutschland zu, so dass ihnen das Verlassen des Bundesgebiets nicht zugemutet werden kÃ¶nne. Die bereits gelebte Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seinem Kind kÃ¶nne daher nur im Bundesgebiet stattfinden (vgl. BVerfG, 10. Mai 2008, [2 BvR 588/08](#)).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vortrags der Beteiligten im Ãbrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners verwiesen.

II.

Die am 13. Januar 2023 beim Hessischen Landessozialgericht erhobene Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 16. Dezember 2022, mit dem er im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet wurde, dem Antragsteller vorlÃufig vom 25. November 2022 bis 28. Februar 2023 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher HÃ¶he zu gewÃhren, ist zulÃssig und auch begrÃ¼ndet.

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zur Regelung eines vorlÃufigen Zustandes in Bezug auf ein RechtsverhÃltnis gemÃÃ [Â§ 86b Abs. 2 S. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulÃssig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nÃ¶tig erscheint. Voraussetzung fÃ¼r den Erlass einer Regelungsanordnung ist sowohl ein Anordnungsanspruch (d.h. die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines materiellen Leistungsanspruchs) als auch ein Anordnungsgrund (d.h. die EilbedÃ¼rftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile), die glaubhaft zu machen sind (vgl. [Â§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [Â§ 920](#) Zivilprozessordnung â ZPO). GrundsÃtzlich soll wegen des vorlÃufigen Charakters der einstweiligen Anordnung die endgÃ¼ltige Entscheidung der Hauptsache nicht vorweggenommen werden. Wegen des Gebotes, effektiven Rechtsschutz zu gewÃhren (vgl. [Art. 19 Abs. 4 GG](#)), ist von diesem Grundsatz jedoch dann abzuweichen, wenn ohne die begehrte Anordnung schwere und unzumutbare spÃter nicht wiedergutmachende Nachteile entstÃ¼nden, zu deren Beseitigung eine nachfolgende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wÃre (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25. Oktober

1988, Az.: [2 BvR 745/88](#) = [BVerfGE 79, 69](#) ff.; Beschluss vom 22. November 2002, Az.: [1 BvR 1586/02](#) = [NJW 2003, 1236](#) f.). Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- oder Rechtslage im einstweiligen Rechtsschutz nicht möglich ist, ist im Wege 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. Insbesondere bei Ansprüchen, die darauf gerichtet sind, als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Menschenwürde das soziokulturelle Existenzminimum zu sichern ([Art. 1 Abs. 1 GG](#) i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip nach [Art. 20 Abs. 1 GG](#)), 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 (BVerfG vom 12. Mai 2005 – [1 BvR 569/05](#) – info also 2005, 166). Existenzsichernde Leistungen dürfen im sozialgerichtlichen Eilverfahren nicht auf Grund bloßer Mutmaßungen verweigert werden, insbesondere wenn sich diese auf vergangene Umstände stützen (BVerfG a.a.O.). Hieraus folge, dass im Falle vorgelegter Mittel der Glaubhaftmachung eine Ablehnung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne eine Beweisaufnahme hinsichtlich des gegen die Glaubhaftmachung sprechenden Vortrages grundsätzlich nicht möglich ist. Eine Vorwegnahme der Hauptsache sei ausnahmsweise auch bei der grundrechtlichen Fundierung des Anordnungsanspruches nur dann nicht geboten, wenn die Unmöglichkeit der weiteren Sachverhaltsaufklärung allein in der Sphäre des Antragstellers liegt und durch zumutbare Mitwirkung beseitigt werden kann.

Ä

Nach diesen Maßstäben liegt bereits kein Anordnungsanspruch vor. Der Antragsteller kann sich als slowenischer Staatsangehöriger, der im Februar 2022 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und mit seiner Lebensgefährtin und einem gemeinsamen Kind (ebenfalls alle slowenische Staatsangehörige) in einer Bedarfsgemeinschaft lebt, neben dem Freizeigigkeitsrecht zur Arbeitssuche, mit dem er gemäß [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist, auf kein weiteres Aufenthaltsrecht berufen. Insbesondere besteht vorliegend entgegen der Auffassung des Sozialgerichts Frankfurt am Main kein Aufenthaltsrecht nach [Â§ 11 FreizügG/EU](#) in Verbindung mit [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) (analog) unter Berücksichtigung von [Art. 18 AEUV](#). Eine unmittelbare Anwendung des [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) scheitert daran, dass das Kind des Antragstellers nicht die deutsche, sondern die slowenische Staatsangehörigkeit besitzt. Aber auch eine insoweit analoge Anwendung des [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) kommt aus Sicht des Senats nicht in Betracht (Beschluss des Senats vom 28. Juni 2017, L 7 AS 140/17 B ER, nicht veröffentlicht, Beschluss des Senats vom 21. August 2019, [L 7 AS 285/19 B ER](#), Juris, Rdnr. 45). Der Senat hatte sich in diesen Beschlüssen der folgenden Argumentation des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg in seinem Beschluss vom 22. Mai 2017, [L 31 AS 1000/17 B ER](#), Juris, angeschlossen:Ä

ÄÄEine bessere Rechtsstellung als nach dem Freizeigigkeitsgesetz/EU ergäbe

sich allenfalls dann, wenn die Vorschrift in Anwendung des Diskriminierungsverbotes aus [Art. 18 AEUV](#) dergestalt interpretiert wird, dass nicht nur der Nachzug zu einem minderjährigen ledigen Deutschen, sondern der Nachzug zu minderjährigen ledigen Unionsbürgern mit Aufenthaltsrecht und gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland geregelt werden sollte. Der Senat verkennt nicht, dass eine solche Auslegung in der Kommentarliteratur (vgl. Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, Kommentar, 11. Auflage, [Â§ 11 FreizügG/EU](#), [Â§ 11](#), Rdnr. 38, 39) vertreten wird, aber keineswegs einhellig (a.A. Kloesel/Christ/Häcker, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, Stand Dezember 2013, [Â§ 11 FreizügG/EU](#) Rn. 107). Eine derart weitgehende Auslegung des Diskriminierungsverbots aus [Art. 18 AEUV](#) hält der Senat aber nicht für überzeugend. Nach Auffassung des Senats ist die dargelegte Rechtsauffassung ohne ausreichende Begründung geblieben, die Aufschluss darüber geben könnte, warum mit einer derart weitreichenden Auslegung des Diskriminierungsverbotes die hier einschlägigen Vorschriften des FreizügG/EU obsolet würden. Denn nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU besteht auch für Verwandte in aufsteigender Linie ([Â§ 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU](#)) wie die Antragstellerin als Mutter ihrer Kinder nach [Â§ 3 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU](#) ein Freizügigkeitsrecht lediglich nach Maßgabe des [Â§ 4 FreizügG/EU](#), also wenn sie unter anderem über ausreichende Existenzmittel/Unterhaltsansprüche verfügen, was vorliegend nicht der Fall ist, da die Kinder und ihr Vater ebenfalls SGB II-Leistungen beziehen. Die genannte Regelung des FreizügG/EU hätte praktisch keinen Anwendungsbereich mehr, wenn die Ausnahmenvorschrift des [Â§ 28 Aufenthaltsgesetz](#), die ein Aufenthaltsrecht des ausländischen Elternteils nur zugunsten eines minderjährigen Deutschen regelt, auf alle EU-Bürger ausgedehnt wird. Auch ist dem Senat einschlägige Rechtsprechung der sachnäheren Verwaltungsgerichte zum behaupteten Aufenthaltsrecht aus [Â§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz](#) weder aus der zitierten Kommentarliteratur noch aus der zitierten Rechtsprechung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 30. November 2015, [L 19 AS 1713/15 B ER](#) und Urteil vom 1. Juni 2015, [L 19 AS 1923/14](#), zitiert nach juris) noch aus einem Beschluss des 25. Senats des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ([L 25 AS 1331/16 B ER](#) zitiert nach juris) bekannt geworden. Dem [â€œ](#) sowie ersichtlich [â€œ](#) einzigen Urteil zur Frage eines Aufenthaltsrechts aus [Â§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz](#) des Verwaltungsgerichts Berlin vom 18. März 2009 (Az.: [12 V 40/08](#) zitiert nach juris) fehlt an der entscheidenden Stelle jede Begründung (siehe Rn. 21 des Abdrucks bei juris). Dabei verkennt der Senat nicht, dass es für die sozialrechtlichen Belange nicht von Bedeutung ist, ob dem Unionsbürger ein entsprechender Titel nach dem Aufenthaltsgesetz erteilt worden ist ([BSGE 113, 60](#)). Für eine solche weitgehende Auslegung des Diskriminierungsverbotes findet sich in der neueren Rechtsprechung des EuGHs nach Auffassung des Senats kein Anhalt. So kommentiert Dienelt (a.a.O.), [Â§ 11 FreizügG/EU](#) Rdnr. 40 ebenfalls, dass das weitgehende Diskriminierungsverbot auch dann gelte, wenn sozialrechtliche Leistungen begehrt würden und ein Unionsbürger damit einen Anspruch auf Inländerbehandlung bei Sozialleistungen habe. Diese Kommentierung lässt sich nach Auffassung des Senats nach der Rechtsprechung des EuGHs in der Rechtssache Dano (Entscheidung vom 11. November 2014 [C-333/13](#)) und in der Rechtssache Alimanovic vom 15. September 2015 [C-67/14](#) nicht aufrechterhalten.

Denn nach den genannten Urteilen widerspricht es dem EU-Recht keineswegs, dass Unionsbürger auf Arbeitssuche anders als deutsche Arbeitssuchende von den Leistungen nach dem SGB II ([Â§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#)), also allein steuerfinanzierten Sozialleistungen, ausgeschlossen sind. Wie bereits oben ausgeführt, besteht zwar nach [Â§ 3 Abs. 1 FreizügG/EU](#) für Familienangehörige der in [Â§ 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU](#) genannten Unionsbürger das Recht auf Freizügigkeit, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Ein Angehörigkeitsverhältnis der Antragstellerin zu dem als Arbeitnehmer aufenthaltsberechtigtem Vater ihrer Kinder besteht nicht, da die nichteheliche Lebensgemeinschaft kein Familienangehörigkeitsverhältnis vermittelt. Insoweit kann auch [Â§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz](#) nicht zur Anwendung kommen, da dieser ausdrücklich nur den Nachzug von Ehegatten regelt. Ein lediger Partner eines Arbeitnehmers ist kein Familienangehöriger (EuGH, Urteil vom 17. April 1986 – C-59/85; vgl. auch Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. Juni 2013, [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 33 zitiert nach juris). Wie bereits ausgeführt, kann die Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht auch nicht vom Aufenthaltsrecht ihrer Kinder nach [Â§ 3 Abs. 1 Satz 1 Freizügigkeitsgesetz/EU](#) ableiten, da insoweit die Maßgabe des [Â§ 4 FreizügG/EU](#) zu beachten wäre. Auch ist der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keineswegs der Grundsatz zu entnehmen, dass der minderjährige Unionsbürger grundsätzlich ein Zuzugsrecht für sein ausländisches Elternteil vermittelt. So hat der Europäische Gerichtshof in einer aktuellen Entscheidung vom 10. Mai 2017 (Aktenzeichen C/133/15) – allerdings im Hinblick auf ein ausländisches Elternteil mit Staatsangehörigkeit eines Nicht-EU-Landes – entschieden, dass zwar im Grundsatz ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend gemacht werden kann. Zu den Voraussetzungen hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass für die Ablehnung eines Aufenthaltsrechts des Nicht-EU-Elternteils allein nicht ausreichend ist, dass der andere Teil, der Unionsbürger ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrnehmen könne. Andererseits müsste aber festgestellt werden, dass zwischen dem Kind und dem Elternteil aus dem Nicht-EU-Land kein Abhängigkeitsverhältnis in der Weise bestehe, dass das Kind, wenn diesem Elternteil das Aufenthaltsrecht verweigert würde, das Unionsgebiet verlassen müsste. Daraus folgt umgekehrt, dass ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht von dem minderjährigen Unionsbürger erst dann besteht, wenn dieser ansonsten gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Jedenfalls ist dieser Entscheidung zu entnehmen, dass der minderjährige ledige Unionsbürger nicht in jedem Fall ein Aufenthaltsrecht für beide Elternteile vermittelt.â

Daran hält der Senat in Übereinstimmung mit anderen Landessozialgerichten (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2022, [L 18 AS 312/22 B ER](#), Juris, Rdnrn. 8 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17. März 2022, [L 18 AS 232/22 B ER](#), Juris, Rdnrn. 10 ff.; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. November 2021, [L 2 AS 438/21 B ER](#), Juris, Rdnrn. 46 ff.; Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juli 2021, [L 6 AS 209/21 B ER](#), Juris, Rdnrn. 140 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Juni 2021, [L 34 AS 850/17](#), Juris, Rdnrn. 51 ff.; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27. Juli 2017, [L 21 AS 782/17 B ER](#), Juris, Rdnrn. 44 ff.) auch in Hinblick auf die teilweise abweichende spätere Rechtsprechung anderer

Landesozialgerichte (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Oktober 2018, [L 19 AS 1472/18 B ER](#), Juris, Rdnrn. 28 ff. m.w.N.; LSG fÄ¼r das Saarland, Urteil vom 7. September 2021, [L 4 AS 23/20 WA](#), Juris, Rdnr. 35) fest. Der Senat sieht weiterhin die NichtgewÄ¼hrung einer Aufenthaltserlaubnis fÄ¼r einen sorgeberechtigten UnionsbÄ¼rger fÄ¼r ein minderjÄ¼hriges freizÄ¼rgigkeitsberechtigtes Kind mit StaatsbÄ¼rgerschaft eines Mitgliedsstaates, welches im Bundesgebiet lebt, nicht als unzulÄ¼ssige Diskriminierung i. S. d. [Art. 18 AEUV](#) an, weil das allgemeine Diskriminierungsverbot mit einem Vorbehalt ausgestattet ist, wonach die unterschiedliche Behandlung wegen der StaatsangehÄ¼rigkeit mÄ¼glich ist (siehe dazu zutreffend und ausfÄ¼hrlich LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2022, [L 18 AS 312/22 B ER](#), Juris, Rdnr. 8 ff.) und ist der Auffassung, dass [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) nicht zwingend die Annahme eines den Leistungsausschluss gemÄ¼ß [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) beseitigenden Aufenthaltsrecht verlangt (siehe dazu zutreffend und ausfÄ¼hrlich LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2022, [L 18 AS 312/22 B ER](#), Juris, Rdnr. 11). Die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sorgeberechtigter AngehÄ¼riger eines minderjÄ¼hrigen, freizÄ¼rgigkeitsberechtigten UnionsbÄ¼rgers berÄ¼hrt zwar die Wertungen der [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#), die zu beachten sind (BVerfG, Kammerbeschluss vom 8. Juli 2020, [1 BvR 932/20](#), Juris, Rdnr. 15). Danach kann der Schutzbereich von [Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 GG](#) berÄ¼hrt sein, wenn den Betroffenen ein familiÄ¼res Zusammenleben nur im Heimatland, nicht aber im Bundesgebiet ermÄ¼glich wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987, [2 BvR 1226/83](#), Juris, Rdnrn. 88 ff). Im Falle des Antragstellers liegt aber keine unverhÄ¼ltnismÄ¼ßige BeeintrÄ¼chtigung der grundrechtlichen GewÄ¼hrleistungen vor. Insbesondere sind keine besonderen GrÄ¼nde zu erkennen, die ein â gemeinsames â Verlassen des Bundesgebietes mit dem Kind und seiner LebensgefÄ¼hrtin unzumutbar machen wÄ¼rden. Die Familie hÄ¼lt sich erst seit Februar 2022 im Bundesgebiet auf. Das Kind ist noch nicht schulpflichtig. Es geht auch nicht in eine KindertagesstÄ¼tte. Auch sonst sind keine rechtlich erheblichen gravierenden BeeintrÄ¼chtigungen geltend gemacht oder sonst zu erkennen, die bei einer Herstellung des familiÄ¼ren Zusammenlebens im Heimatland drohen wÄ¼rden, insbesondere kann die LebensgefÄ¼hrtin des Antragstellers genauso gut als Reinigungskraft in ihrem Heimatland arbeiten.

Den Entscheidungen des Landesozialgerichts Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 30. Oktober 2018, [L 19 AS 1472/18 B ER](#)) und des Landesozialgerichts fÄ¼r das Saarland (Urteil vom 7. September 2021, [L 4 AS 23/20 WA](#)) lassen sich auch keine neuen und anderen Argumente gegen die hier vom Senat vertretene Auffassung entnehmen.Ä

Zutreffend verweist der Antragsgegner darauf, dass es in der vom Antragsteller angefÄ¼hrten Entscheidung des EuropÄ¼ischen Gerichtshofs vom 13. September 2016, [C-165/14](#), um einen Vater ging, der im Gesetzesatz zum vorliegenden Fall das alleinige Sorgerecht hatte. Entscheidend ist jedoch, dass der EuropÄ¼ische Gerichtshof in diesem Verfahren alleine darÄ¼ber zu entscheiden hatte, ob dem Vater allein wegen des Vorliegens von Vorstrafen eine Aufenthaltserlaubnis automatisch zu verweigern war. Eine solche Konstellation liegt jedoch im vorliegenden Fall nicht vor. Der Entscheidung entnimmt der Senat jedenfalls nicht, dass es generell nicht mit [Art. 21 AEUV](#) und der RL 2004/38/EG zu vereinbaren ist,

wenn (im nationalen Recht) kein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt im Mitgliedsstaat angenommen wird.Â

Die vom Antragsteller angeführte Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU (AVV zum FreizügG/EU) des Bundesinnenministeriums ist für den Senat weder bindend noch maßgeblich. Im Übrigen ist der hier vorliegende Fall dort nicht geregelt. Die Verwaltungsvorschrift taugt auch nicht zur Schließung einer Lücke in den gesetzlichen Regelungen. Vielmehr ist das fehlende Aufenthaltsrecht nach Auffassung des Senats gerade nicht durch eine analoge Anwendung von Â§ 11 FreizügG/EU in Verbindung mit [Â§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) abzuleiten.Â

Soweit sich der Antragsteller darauf beruft, dass das Bundessozialgericht (Urteil vom 30. Januar 2013, [B 4 AS 54/12 R](#)) von einer entsprechenden Anwendbarkeit des AufenthG über die Regelung des Â§ 11 FreizügG/EU ausgehe, besagt dies nichts für den vorliegenden Fall, weil es in dem der Entscheidung des Bundessozialgerichts zugrundeliegenden Verfahren um eine schwangere Unionsbürgerin ging, die sich bei zeitnahe Geburt des Kindes auch auf ein Aufenthaltsrecht wegen einer bevorstehenden Familiengründung berufen konnte und deswegen nicht von SGB-II-Leistungen ausgeschlossen war.Â

Der Senat ist der Auffassung, dass er die in diesem Fall notwendigen Informationen zur Beurteilung der verfassungsrechtlichen Fragen erlangen konnte, so dass eine Entscheidung auf das Nichtvorliegen eines Anordnungsanspruchs gestützt werden konnte und die Entscheidung nicht auf eine Folgenabwägung gestützt werden musste (siehe dazu Beschluss des Senats vom 8. September 2020 ([L 7 AS 25/20 B ER](#), Juris, für den Fall, dass eine hinreichende Aufklärung des Sachverhalts im einseitigen Rechtsschutzverfahren nicht erfolgen kann).

Eine Entscheidung aufgrund einer Folgenabwägung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angezeigt, wenn ein Gericht sonst nicht in der Lage wäre, effektiven Rechtsschutz i.S.v. [Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG](#) zu gewährleisten. Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat danach die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen. 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. Ist das nicht der Fall, ist eine Folgenabwägung durchzuführen (siehe zum Ganzen BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020 â [1 BvR 932/20](#) m.w.N.). Vorliegend ist zwar der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 20 Abs. 1 GG](#) betroffen, dessen Beeinträchtigung nachträglich bei einem erfolgreichen Abschluss des

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](#), 225). Gleichwohl ist der Senat im hier vorliegenden Fall der Meinung, dass die Sach- und Rechtslage hinreichend geklärt ist und damit vom Senat eine Entscheidung ohne eine Folgenabwägung getroffen werden kann. Auch wenn der zu beurteilende Leistungsausschluss nach [Â§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#) nur ein Elternteil eines minderjährigen Kindes betrifft, ist der Schutzbereich von [Art. 6 GG](#) eröffnet (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Juli 2020 – [1 BvR 932/20](#)), der für jedermann ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht enthält. Es handelt sich um ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in das ungestörte Zusammenleben in Ehe und Familie. Daraus lässt sich aber kein allgemeiner Anspruch ableiten, mit seiner Familie (auf Kosten der Allgemeinheit) gerade in Deutschland zu leben. Vielmehr können ausländische Staatsangehörige grundsätzlich darauf verwiesen werden, das Grundrecht durch ein Zusammenleben im Herkunftsland zu verwirklichen (vgl. v. Coelln in Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 24 mit Hinweis auf [BVerfGE 76, 1](#), 46 ff.; [80, 81](#), 92). Zwar kann die einer ganzen Familie drohende Konsequenz des Leistungsausschlusses eines einzelnen Familienmitglieds unter bestimmten Umständen unverhältnismäßig sein, wenn etwa wegen der in Deutschland bestehenden Bindungen (dazu BVerfG a.a.O.) von einer Unzumutbarkeit der Ausreise aus Deutschland auszugehen ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit Kinder in Schulen oder Kinderbetreuungseinrichtungen eingegliedert sind und inwieweit sich der Aufenthalt der Familie in Deutschland bereits verfestigt hat und welche beruflichen Nachteile sich für den Partner des Antragstellers durch eine Ausreise in das Herkunftsland ergeben würden. Von einer solchen Unzumutbarkeit ist jedoch im vorliegenden Fall nicht auszugehen, da das Kind des Antragstellers und seiner Partnerin bislang nicht in einer Kindertageseinrichtung betreut wird, die Familie erst im Februar 2022 nach Deutschland gekommen ist und die Partnerin des Antragstellers in Deutschland nur eine unqualifizierte Tätigkeit ausübt, die sie auch in ihrem Herkunftsstaat ausüben könnte. Dass der Antragsteller ab 15. April 2023 eine geringfügige Beschäftigung aufgenommen hat, spielt für den hier zu beurteilenden Zeitraum vom 25. November 2022 bis 28. Februar 2023 keine Rolle.

Der Antragsteller kann seine geltend gemachten Ansprüche auch nicht auf eine Verurteilung des zuständigen und möglicherweise beizuladenden Sozialhilfeträgers nach [Â§ 75 Abs. 2](#) 2. Alt, Abs. 5 SGG in Hinblick auf die Gewährung von Leistungen nach [Â§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3, [5](#) und [6 SGB XII](#) in der ab 22. Dezember 2016 geltenden Fassung stützen.

Eine Beiladung und eine Verurteilung nach [Â§ 75 Abs. 2](#) 2. Alt, Abs. 5 SGG setzt zwar nicht voraus, dass der mit der Klage bzw. hier mit der Beschwerde geltend gemachte Anspruch und der Anspruch gegen den anderen Träger inhaltlich derselbe Anspruch ist oder sich diese Ansprüche inhaltlich vollständig decken, sie dürfen sich aber nach Rechtsgrund und Rechtsfolge nicht wesentlich unterscheiden (Straußfeld, in: Roos/Wahrendorf/Müller (Hrsg.), SGG, 3. Auflage 2023, [Â§ 75 Rdnr. 325](#); B. Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13. Auflage, 2020, [Â§ 75 Rdnr. 18](#) m.w.N.; siehe auch Bundessozialgericht,

Urteil vom 8. Mai 2007, [B 2 U 3/06 R](#), Juris, Rdnr. 27). Die
Äußerungsleistungen nach [Â§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3, 5 und 6 [SGB XII](#) stellen
jedoch gegenüber den beim Antragsgegner beantragten und im gerichtlichen
Verfahren geltend gemachten Leistungen nach dem SGB II nach Auffassung des
Senats, die sich in Übereinstimmung mit der gefestigten Rechtsprechung der
Landessozialgerichte befindet, ein aliquid aliud (siehe dazu ausführlich Beschluss des
Senats vom 21. August 2019, [L 7 AS 285/19 B ER](#), Juris, Rdnr. 51 m.w.N.; zuletzt
Beschluss des Senats vom 20. April 2020, [L 7 AS 114/20 B ER](#), Juris, Rdnr. 38), so
dass eine Beiladung des Sozialhilfeträgers nicht erfolgen muss (siehe dazu
ausführlich Beschluss des Senats vom 21. August 2019, [L 7 AS 285/19 B ER](#), Juris,
Rdnr. 51 m.w.N.; zuletzt Beschluss des Senats vom 20. April 2020, [L 7 AS 114/20 B
ER](#), Juris, Rdnr. 38). Denn der Bezug der Äußerungsleistungen ist anders
als bei laufenden Leistungen auf eine kurze überbrückbare Absicherung des
Aufenthalts bis zur Ausreise gerichtet und dient der Vorbereitung dieser Ausreise
aus dem Bundesgebiet und besitzt Ausnahmecharakter (siehe dazu ausführlich
Beschluss des Senats vom 21. August 2019, [L 7 AS 285/19 B ER](#), Juris, Rdnr. 51
m.w.N.; zuletzt Beschluss des Senats vom 20. April 2020, [L 7 AS 114/20 B ER](#), Juris,
Rdnr. 38).

Die Kostenentscheidung folgt aus der analogen Anwendung von [Â§ 193 SGG](#).

Prozesskostenhilfe für das Rechtsmittelverfahren unter anwaltlicher Beordnung
ist zu bewilligen, weil der Antragsteller bedürftig ist ([Â§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m.
[Â§ 114 Abs. 1 S. 1](#) Zivilprozessordnung -ZPO-). Hinreichende Erfolgsaussichten sind
nicht zu prüfen, weil die Gegenseite das Rechtsmittel eingelegt hat ([Â§ 73a Abs. 1
S.1 SGG](#) i.V.m. [Â§ 119 Abs. 1 S. 2 ZPO](#)). Die anwaltliche Beordnung erfolgt nach [Â§
73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [Â§ 121 Abs. 2 ZPO](#). Sie ist erforderlich, weil die
Gegenseite sich im Rechtsstreit rechtskundiger und prozesserfahrener Mitarbeiter
bedient, deren Kenntnis- und Erfahrungsstand dem Antragsteller ohne anwaltliche
Hilfe nicht zur Verfügung steht (vgl. zum Maßstab: BVerfG vom 6. Mai 2009, [1
BvR 439/08](#), m.w.N.).

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

Ä

Erstellt am: 06.06.2023

Zuletzt verändert am: 23.12.2024