

## S 35 AS 718/21

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
SG Detmold (NRW)  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
35  
1. Instanz  
SG Detmold (NRW)  
Aktenzeichen  
S 35 AS 718/21  
Datum  
22.06.2023  
2. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss

### **Überschrift:**

Beschluss | Grundsicherung für Arbeitsuchende – Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) – Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge – Familiennachzug zu einem minderjährigen Unionsbürger | [Art. 267 Abs. 1, Abs. 2 AEUV](#), [Art. 18 AEUV](#), [Art. 20](#), [Art. 21 Abs. 2](#), [Art. 33 Abs. 1 GRCh](#), Verordnung (EG) Nr. 987/2009, Verordnung (EG) Nr. 883/2004, [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#), § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU, [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) lit. b) SGB II, [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#).

- **I. Das Verfahren wird ausgesetzt.**
- **II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird nach [Art. 267 Abs. 1, Abs. 2](#) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorlegt:**

Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach eine Aufenthaltserlaubnis im Rahmen der Personensorge lediglich dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen inländischen Kindes zu erteilen ist, wenn dieses seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, was zur Folge hat, dass Unionsbürger eines Mitgliedsstaates einen solchen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die Ausübung der Personensorge bei einem minderjährigen Unionsbürger mit der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates als der des Inlandsstaats nicht haben?

### **Gründe:**

Die Kammer setzt das Verfahren entsprechend [§ 114 Abs. 2 S. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) aus und legt dem EuGH die im Tenor genannten Frage nach [Art. 267 Abs. 1, Abs. 2 AEUV](#) zur Vorabentscheidung vor.

- A. Gegenstand und Sachverhalt des Ausgangsverfahrens
- I. Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob der Kläger einen Anspruch auf Sozialleistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) bzw. dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) für den Zeitraum vom 30.05.2020 bis 28.02.2021 hat. Dafür ist nach den nationalen Vorschriften der [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) lit. b) SGB II und [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) in den maßgebenden Fassungen notwendig, dass er über ein Aufenthaltsrecht verfügt, welches sich nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.

- II. Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

Der am 00.00.0000 geborene Kläger ist polnischer Staatsbürger. Er ist am 00.00.2020 gemeinsam mit seiner nichtehelichen Lebensgefährtin Frau M aus den Niederlanden in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Sie war zuvor am 00.00.2015 aus Polen nach Deutschland eingereist und befand sich nur für einen zeitlich kurzen Aufenthalt – aufgrund einer Auseinandersetzung mit ihrem am 00.00.0000 verstorbenen Ehemann – bei einer Freundin in den Niederlanden. Auch Frau M ist polnische Staatsbürgerin. Am 00.000.0000 wurde der gemeinsame nichteheliche Sohn, Herr O M, in C geboren. Auch er hat die polnische Staatsbürgerschaft.

Der Kläger sowie Frau und Herr M beantragten bei dem Beklagten Leistungen nach dem SGB II. Mit Bescheiden vom 03.12.2020 und

21.12.2020 bewilligte der Beklagte Frau M Leistungen nach dem SGB II für die Zeit ab der Einreise am 00.00.2020. Herr O M bewilligte der Beklagte Leistungen für die Zeit ab der Geburt am 00.00.0000. Bezüglich des Klägers teilte der Beklagte zunächst mit, dass dieser als ausgeschlossene Person in der Bedarfsgemeinschaft aufgenommen werde. Eine abschließende Klärung der Leistungsbewilligung könne noch nicht erfolgen. Mit Ablehnungsbescheid vom 21.04.2021 lehnte der Beklagte den Anspruch des Klägers sodann in der Folgezeit für den streitbefangenen Zeitraum vom 00.00.2020 bis 00.00.2021 ab. Zur Begründung führte er an, dass der Kläger keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II habe, da er nur über ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche verfüge. Ein anderes Aufenthaltsrecht als das zur Arbeitsuche, aus welchem sich ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ableiten ließe, liege nicht vor. Für den Zeitraum vor der Geburt des unehelichen Sohnes liege kein weiteres Aufenthaltsrechts vor. Auch für den Zeitraum nach der Geburt ergebe sich ein solches Aufenthaltsrecht nicht. Ein solches folge insbesondere nicht aus § 11 Abs. 14 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) (AufenthG).

Der Kläger legte gegen diese Ablehnungsentscheidung fristgemäß Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 19.07.2021 wies der Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Zur Begründung führte er erneut an, dass ein Aufenthaltsrecht nicht aus [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) folge. Frau M befinde sich bereits seit mehr als fünf Jahren in der Bundesrepublik Deutschland und sei daueraufenthaltsberechtigt. Der Kläger sei am 00.00.2020 erstmalig in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Ferner sei er auch kein Familienangehöriger im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU. Auch aus § 4a Abs. 4 FreizügG/EU folge ein Aufenthaltsrecht nicht. Frau M habe kein Aufenthaltsrecht nach § 4a Abs. 2 FreizügG/EU erworben. Sie sei während ihres gesamten Aufenthalts lediglich knapp sieben Monate erwerbstätig gewesen. Auch liege eine volle Erwerbsminderung nicht vor. Weiterhin folge das Aufenthaltsrecht auch nicht aus § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#), weil sich das Recht allein auf minderjährige deutsche Staatsangehörige beziehe und der Sohn des Klägers nur die polnische Staatsangehörigkeit habe. Auch folge kein Aufenthaltsrecht aus der Entscheidung [C-181/19](#) des Europäischen Gerichtshofs und der Verordnung (EU) Nr. 492/2011, weil der Sohn des Klägers nicht schulpflichtig sei. [§ 28 AufenthG](#) sei nicht im Hinblick auf Art. 4 der Richtlinie (EG) 883/2004 europarechtlich dahingehend auszulegen, dass auch der ledige Vater eines nicht schulpflichtigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht besitzen müsse. Das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt der Lebensgefährtin werde nicht dadurch tatsächlich unmöglich gemacht, dass der ledige Vater keinerlei Sozialleistungen nach dem SGB II erhalte.

Dagegen hat der Kläger am 12.08.2021 Klage erhoben.

Er trägt im Klageverfahren im Wesentlichen vor, dass sich ein Aufenthaltsrecht aus [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) in Verbindung mit [Art. 6 Grundgesetz \(GG\)](#) und Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ergebe. Eine Beschränkung des Rechts zum Familiennachzug zum Zwecke der Personensorge auf „Deutsche“ sei unionsrechtswidrig und stelle eine unangemessene Benachteiligung und eine Beschränkung der Freizügigkeit dar. Aus § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) i.V.m. [Art. 6 Grundgesetz \(GG\)](#) und [Art. 8](#) der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) folge ein Anspruch auf Gleichbehandlung.

Der Beklagte und die Beigeladene führen im Klageverfahren an, dass ein Aufenthaltsrecht nicht aus der genannten Vorschrift des [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) folgen könne, da dieses seinem Wortlaut nach nur auf „Deutsche“ und nicht auf „Unionsbürger“ anwendbar sei. Dem nationalen Immigrations- und Aufenthaltsrecht sei immanent, dass eine Unterscheidung zwischen „Deutschen“ und „Ausländern“ statfinde. Die entsprechende Vorschrift verstoße nicht gegen Unionsrecht. Die aufgeworfene Frage, ob die Nichtgewährung einer Aufenthaltserlaubnis für einen sorgeberechtigten Unionsbürger für ein minderjähriges freizügigkeitsberechtigtes Kind mit Staatsbürgerschaft eines Mitgliedsstaates, welches im Bundesgebiet lebe, eine Diskriminierung darstelle, sei in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten. Aufgrund der nicht einheitlichen obergerichtlichen Rechtsprechung und mangels einer höchstrichterlichen Entscheidung, bestehe keine Möglichkeit, die bisherige Entscheidung abzuändern und ein Teilerkenntnis abzugeben.

- III. Nationaler Rechtsrahmen

Die maßgebenden Vorschriften des nationalen Rechts lauten wie folgt:

[§ 28 AufenthG](#) in der Fassung des Gesetzes vom 27.07.2015 ([BGBl. I S. 1386](#))

(1) <sup>1</sup>Die Aufenthaltserlaubnis ist dem ausländischen

1. Ehegatten eines Deutschen,
2. minderjährigen ledigen Kind eines Deutschen,
3. Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge

zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. <sup>2</sup>Sie ist abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 in den Fällen des Satzes 1 Nr. 2 und 3 zu erteilen. <sup>3</sup>Sie soll in der Regel abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 erteilt werden. <sup>4</sup>Sie kann abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 dem nicht personensorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen erteilt werden, wenn die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wird. <sup>5</sup>§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, Satz 3 und Abs. 2 Satz 1 ist in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 entsprechend anzuwenden.

(2) <sup>1</sup>Dem Ausländer ist in der Regel eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn er drei Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Deutschen im Bundesgebiet fortbesteht, kein Ausweisungsinteresse besteht und er über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt. <sup>2</sup>§ 9 Absatz 2 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend. <sup>3</sup>Im Übrigen wird die Aufenthaltserlaubnis verlängert, solange die familiäre Lebensgemeinschaft fortbesteht.

(3) <sup>1</sup>Die §§ 31 und 34 finden mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle des Aufenthaltstitels des Ausländers der gewöhnliche Aufenthalt des Deutschen im Bundesgebiet tritt. <sup>2</sup>Die einem Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge erteilte Aufenthaltserlaubnis ist auch nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes zu verlängern, solange das Kind mit ihm in familiärer Lebensgemeinschaft lebt und das Kind sich in einer Ausbildung befindet, die zu einem anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss oder Hochschulabschluss führt.

(4) Auf sonstige Familienangehörige findet § 36 entsprechende Anwendung.

(5) (weggefallen)

## **§ 11 FreizügG/EU in der Fassung des Gesetzes vom 24.11.2020 (BGBl. I S. 2416); geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12.11.2020**

[...]

(14) 1Das Aufenthaltsgesetz findet auch dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als dieses Gesetz. 2Hat die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 festgestellt, findet das Aufenthaltsgesetz Anwendung, sofern dieses Gesetz keine besonderen Regelungen trifft.

[§ 7 SGB II](#) in der bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung des Gesetzes vom 30.11.2019 ([BGBl. I S. 1948](#))

(1) 1 Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und
4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte).

2 Ausgenommen sind

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbstständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländerinnen und Ausländer,

a) die kein Aufenthaltsrecht haben,

b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder

c) die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nummer 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten,

und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

3 Satz 2 Nummer 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. 4 Abweichend von Satz 2 Nummer 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. 5 Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. 6 Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. 7 Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

[§ 7 SGB II](#) in der ab dem 01.01.2021 geltenden Fassung des Gesetzes vom 09.12.2020 ([BGBl. I S. 2855](#))

Leistungsberechtigte

(1) 1 Leistungen nach diesem Buch erhalten Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben,
2. erwerbsfähig sind,
3. hilfebedürftig sind und

4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte).

2 Ausgenommen sind

1. Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbstständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländerinnen und Ausländer,

a) die kein Aufenthaltsrecht haben oder

b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt,

und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

3 Satz 2 Nummer 1 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. 4 Abweichend von Satz 2 Nummer 2 erhalten Ausländerinnen und Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach diesem Buch, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. 5 Die Frist nach Satz 4 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. 6 Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des gewöhnlichen Aufenthalts nicht angerechnet. 7 Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

[§ 23 SGB XII](#) in der bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung des Gesetzes vom 22.12.2016 ([BGBl. I S. 3155](#))

(1) 1 Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege nach diesem Buch zu leisten. 2 Die Vorschriften des Vierten Kapitels bleiben unberührt. 3 Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. 4 Die Einschränkungen nach Satz 1 gelten nicht für Ausländer, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder eines befristeten Aufenthaltstitels sind und sich voraussichtlich dauerhaft im Bundesgebiet aufhalten. 5 Rechtsvorschriften, nach denen außer den in Satz 1 genannten Leistungen auch sonstige Sozialhilfe zu leisten ist oder geleistet werden soll, bleiben unberührt.

(2) Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes erhalten keine Leistungen der Sozialhilfe.

(3) 1 Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn

1. sie weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbstständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt,

3. sie ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Nummer 2 aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABl. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten oder

4. sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen.

2 Satz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. 3 Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen nach Satz 3. 4 Hierüber und über die Möglichkeit der Leistungen nach Absatz 3a sind die Leistungsberechtigten zu unterrichten. 5 Die Überbrückungsleistungen umfassen:

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege,

2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, einschließlich der Bedarfe nach § 35 Absatz 4 und § 30 Absatz 7,

3. die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen und

4. Leistungen nach § 50 Nummer 1 bis 3.

6 Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist. 7 Abweichend von Satz 1 Nummer 2 und 3 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet

aufhalten; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. 8 Die Frist nach Satz 7 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. 9 Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des tatsächlichen Aufenthalts nicht angerechnet. 10 Ausländerrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

[§ 23 SGB XII](#) in der ab dem 01.01.2021 geltenden Fassung des Gesetzes vom 09.12.2020 ([BGBl. I. S. 2855](#))

(1) 1 Ausländern, die sich im Inland tatsächlich aufhalten, ist Hilfe zum Lebensunterhalt, Hilfe bei Krankheit, Hilfe bei Schwangerschaft und Mutterschaft sowie Hilfe zur Pflege nach diesem Buch zu leisten. 2 Die Vorschriften des Vierten Kapitels bleiben unberührt. 3 Im Übrigen kann Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. 4 Die Einschränkungen nach Satz 1 gelten nicht für Ausländer, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder eines befristeten Aufenthaltstitels sind und sich voraussichtlich dauerhaft im Bundesgebiet aufhalten. 5 Rechtsvorschriften, nach denen außer den in Satz 1 genannten Leistungen auch sonstige Sozialhilfe zu leisten ist oder geleistet werden soll, bleiben unberührt.

(2) Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes erhalten keine Leistungen der Sozialhilfe.

(3) 1 Ausländer und ihre Familienangehörigen erhalten keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn

1. sie weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Absatz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt oder

3. sie eingereist sind, um Sozialhilfe zu erlangen.

2 Satz 1 Nummer 1 und 3 gilt nicht für Ausländerinnen und Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. 3 Hilfebedürftigen Ausländern, die Satz 1 unterfallen, werden bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat, einmalig innerhalb von zwei Jahren nur eingeschränkte Hilfen gewährt, um den Zeitraum bis zur Ausreise zu überbrücken (Überbrückungsleistungen); die Zweijahresfrist beginnt mit dem Erhalt der Überbrückungsleistungen nach Satz 3. 4 Hierüber und über die Möglichkeit der Leistungen nach Absatz 3a sind die Leistungsberechtigten zu unterrichten. 5 Die Überbrückungsleistungen umfassen:

1. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Ernährung sowie Körper- und Gesundheitspflege,

2. Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in angemessener Höhe, einschließlich der Bedarfe nach § 35 Absatz 4 und § 30 Absatz 7,

3. die zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen und

4. Leistungen nach § 50 Nummer 1 bis 3.

6 Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände erfordern, werden Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von Absatz 1 gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist. 7 Abweichend von Satz 1 Nummer 2 erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen Leistungen nach Absatz 1 Satz 1 und 2, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten; dies gilt nicht, wenn der Verlust des Rechts nach § 2 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU festgestellt wurde. 8 Die Frist nach Satz 7 beginnt mit der Anmeldung bei der zuständigen Meldebehörde. 9 Zeiten des nicht rechtmäßigen Aufenthalts, in denen eine Ausreisepflicht besteht, werden auf Zeiten des tatsächlichen Aufenthalts nicht angerechnet. 10 Ausländerrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

[Art. 8 EMRK](#) (BGBl. Nr. 210/1958 zuletzt geändert durch BGBl. III Nr. 30/1998)

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

### **[Artikel 6 GG](#) (BGBl. S. 1)**

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(2) 1 Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. 2 Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

(3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen.

(4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

(5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

- B. Vorlage und Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen

Zwar ist die Kammer als erstinstanzliches Sozialgericht nicht zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens verpflichtet, da gegen Entscheidungen der Sozialgerichte Rechtsmittel zum Landessozialgericht und zum Bundessozialgericht gegeben sind. Die Kammer hält es aber – zur Beschleunigung des Verfahrens und zur Klärung der in der obergerichtlichen Rechtsprechung der Landessozialgerichte unterschiedlich beantworteten Rechtsfrage – bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens für geboten, das Verfahren vorzulegen, damit eine unionsrechtliche Klärung erfolgen kann, ob eine derartige nationale Vorschrift gegen [Art. 18 AEUV](#), [Art. 20](#), [Art. 21 Abs. 2](#), [Art. 33 Abs. 1](#) Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), die Verordnung (EG) Nr. 987/2009, die Richtlinie 2004/38/EG oder weitere durch den Gerichtshof in Erwägung gezogene Vorschriften des Unionsrecht verstößt.

Die Kammer weist darauf hin, dass die Auslegung dieser Rechtsfrage in der nationalen obergerichtlichen Rechtsprechung sich erheblich unterscheidet. Das Landessozialgericht (LSG) für das Land Nordrhein-Westfalen (NRW) (LSG NRW, Urteil vom 23. November 2022 – [L 12 AS 452/20](#)) nimmt eine unzulässige Diskriminierung in Ansehen des [Art. 18 AEUV](#) an. Keine unzulässige Diskriminierung im Sinne des [Art. 18 AEUV](#) wird vom LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2022 – [L 18 AS 312/22 B ER](#) –, vom LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22. Mai 2017 – [L 31 AS 1000/17 B ER](#), vom Hessisches LSG, Beschluss vom 21. August 2019 – [L 7 AS 285/19 B ER](#), vom LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 9. Juni 2021 – [L 34 AS 850/17](#), vom Hessisches LSG, Beschluss vom 29. Juli 2021 – [L 6 AS 209/21 B ER](#), sowie vom LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. November 2021 – [L 2 AS 438/21 B ER](#) angenommen. Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) führt aus, dass es in der Rechtsprechung der Landessozialgerichte und der Literatur umstritten ist, ob § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU in der bis zum 23.11.2020 geltenden Fassung (seit dem 24.11.2020: § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU) in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18 Abs. 1 AEUV](#) dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann (BVerfG, Beschluss vom 04.10.2019 – [1 BvR 1710/18](#), [BeckRS 2019, 27335](#) Rn. 12).

- I. Unionsrechtlicher Rechtsrahmen

Die im Streitfall maßgeblichen Bestimmungen des Unionsrechts sind nach Auffassung der Kammer: [Art. 18 AEUV](#), [Art. 20](#), [Art. 21 Abs. 2](#), [Art. 33 Abs. 1 GRCh](#), die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Soweit der Gerichtshof weitere Vorschriften des Unionsrechts für betroffen hält, sollen auch diese zum Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens gemacht werden.

- II. Entscheidungserheblichkeit der Auslegung des Rechts der Europäischen Union für das Ausgangsverfahren

Die zur Vorlageentscheidung vorgelegten Fragen sind für den Ausgang des Verfahrens rechtserheblich. Wenn die Frage bejaht werden würde, bestünde für den Kläger zu 1.) –

jedenfalls für die Zeit ab der Geburt des gemeinsamen Sohns am 00.00.0000– dem Grunde nach ein Leistungsanspruch. Aus [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) würde ein materielles Aufenthaltsrecht folgen, welches ein Aufenthaltsrecht im Sinne der [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) lit. b) SGB II und [§ 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII](#) darstellt, welches nicht allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche folgt. Die Klage würde damit im erstinstanzlichen Verfahren nach dem bisherigen Sach- und Streitstand teilweise Erfolg aufweisen. Soweit die Frage verneint wird, wäre die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand abzuweisen. Der Rechtsstreit weist auch den für das Vorabentscheidungsersuchen notwendigen Bezug zum Unionsrecht auf, da es um die Voraussetzungen des Leistungsbezugs von Sozialleistungen eines Unionsbürgers geht, der nach Zuzug in die Bundesrepublik Deutschland, unter Hinweis auf die Durchführung der Personensorge, eine Gleichstellung mit inländischen Staatsangehörigen begehrt und sich auf die Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Regelung beruft.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-06-28