

L 3 AS 409/24 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
3
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 8 AS 1048/24 ER
Datum
26.04.2024
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 3 AS 409/24 B ER
Datum
13.06.2024
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss

1. **Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 26. April 2024 abgeändert.**
 1. **Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin für den Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis einschließlich 01. April 2024 vorläufig Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende in Höhe von 80% des Regelbedarfs der Stufe 2 sowie Kosten der Unterkunft und Heizung zu gewähren, zuzüglich 80% des Mehrbedarfs nach [§ 21 Abs. 2 SGB II](#) für den Zeitraum vom 27. bis zum 29. Februar 2024.**
 2. **Im Übrigen wird der Antrag der Antragstellerin abgelehnt.**
 3. **Die weitergehende Beschwerde des Antragsgegners wird zurückgewiesen.**
 4. **Der Antragsgegner hat der Antragstellerin 4/10 ihrer notwendigen außergerichtlichen Kosten für das gesamte Verfahren zu erstatten. Im Übrigen erfolgt zwischen den Beteiligten keine Kostenerstattung.**

2. **Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung des Rechtsanwaltes L A, K Damm , B gewährt.**

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten um die vorläufige Gewährung von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II).

Die am 2002 geborene Antragstellerin ist rumänische Staatsangehörige. Sie lebt unverheiratet zusammen mit ihrem am 2002 geborenen Partner H Ca und ihrer am . F 2022 in M/Frankreich geborenen gemeinsamen Tochter F Ca sowie ihrer am . D 2022 in Berlin geborenen weiteren Tochter R Ci. Der Partner der Antragstellerin und ihre Kinder sind ebenfalls rumänische Staatsangehörige.

Die Antragstellerin, ihr Partner H Ca und die Tochter F Ca beantragten erstmals am 15. Dezember 2022 bei dem Antragsgegner ergänzend Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II. In der Anlage zu ihrem Antrag gab die Antragstellerin an, sich seit November 2022 in Deutschland aufzuhalten. Nach insoweit abweichenden Angaben der Antragstellerin und ihres Partners in einer „Erklärung der Staatsangehörigkeit“ vom 28. Februar 2023 will sich das Paar bereits seit ca. Juni 2022 in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten

haben. Laut einer weiteren „Erklärung der Staatsangehörigkeit“ vom 29. August 2023 wollen die Antragstellerin und ihr Partner bereits seit März 2022 in der Bundesrepublik Deutschland gemeldet sein. Amtlich gemeldet ist die Antragstellerin in Berlin ausweislich einer Auskunft des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten vom 06. Juli 2023 ab dem 09. Februar 2023, wobei als Einzugsdatum der 24. Januar 2023 sowie ein Zuzug aus Rumänien vermerkt sind.

Ausweislich eines am 25. November 2022 von dem Arbeitgeber unterschriebenen Arbeitsvertrags war der Partner der Antragstellerin ab dem 01. Dezember 2022 zunächst bei der Firma D Bau B als Bauhelfer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von acht Stunden und einem Stundenlohn von 12 € geringfügig beschäftigt.

Die Familie war ab dem 03. Dezember 2022 in einer Notunterkunft untergebracht. Auch in der Folgezeit erfolgte die überbrückende Unterbringung der Familie aufgrund von ordnungsbehördlichen Zuweisungsverfügungen des Bezirksamtes T von B zur Abwendung der unfreiwilligen Obdachlosigkeit in Notunterkünften, zuletzt in dem unter der im Rubrum benannten Anschrift gelegenen Wohnheim durch Zuweisungsverfügung vom 06. März 2024 für die Zeit vom 01. Februar 2024 bis zum 16. Mai 2024. In der letztgenannten, an die Antragstellerin gerichteten Zuweisungsverfügung vom 06. März 2024 heißt es unter anderem, für die Zuweisung in das Wohnheim T Straße 30 in 1 B entstünden Kosten pro Person in Höhe von 29,80 € kalendertäglich, die gegenüber der Antragstellerin geltend gemacht würden. Diese sei Kostenschuldnerin des Betrags und damit zur Zahlung verpflichtet.

Ausweislich eines am 20. Juli 2023 unterzeichneten Arbeitsvertrags nahm Herr Ca am 21. Juli 2023 eine Beschäftigung als Reinigungskraft auf geringfügiger Basis bei der Firma D Personalservice GmbH zu einem Stundenlohn von 13 € auf. Er wurde zum 16. November 2023 durch seinen Arbeitgeber gekündigt. Eine Bescheinigung der Bundesagentur für Arbeit über die Unfreiwilligkeit der Arbeitslosigkeit im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) vom 20. Dezember 2023 liegt vor.

Am 30. November 2023 gaben die Antragstellerin und ihr Partner H C vor dem Jugendamt B neben der Vaterschaftsanerkennung eine Erklärung über die gemeinsame Sorge für ihre am . D 2022 geborene Tochter R C nach [§ 1626a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ab.

Mit Bescheid vom 22. Dezember 2023 bewilligte der Antragsgegner dem Partner der Antragstellerin und der gemeinsamen Tochter F Regelsatzleistungen für den Zeitraum von Januar 2024 bis einschließlich Dezember 2024 in Höhe von monatlich insgesamt 863,00 €, lehnte aber den Antrag im Übrigen – in Bezug auf die Tochter R und die Antragstellerin selbst – ab.

Mit Bescheid vom 08. Januar 2024 hob der Antragsgegner seinen Bescheid vom 22. Dezember 2023 mit Wirkung ab dem 17. Mai 2024 ganz auf. Arbeitsuchende Unionsbürger besäßen ein Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer, wenn sie weniger als ein Jahr in Deutschland tätig gewesen, unfreiwillig arbeitslos geworden seien und sich arbeitsuchend gemeldet hätten. Diese Unionsbürger seien allerdings nur für sechs Monate als Arbeitnehmer oder Selbständige zum Bleiben berechtigt (§ 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU in Verbindung mit [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB II](#)). Nach weniger als 12 Monaten Tätigkeit bleibe das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmer oder Selbständiger für sechs Monate erhalten. Da das Arbeitsverhältnis von Herrn Cr am 16. November 2023 geendet habe, ende somit sein Anspruch und derjenige der gemeinsamen Kinder am 16. Mai 2024.

Mit Änderungsbescheid vom 08. Januar 2024 gewährte der Antragsgegner dem Partner der Antragstellerin sowie den beiden gemeinsamen Kindern für den Zeitraum vom 01. Januar 2024 bis zum 16. Mai 2024 Leistungen in Höhe des gesetzlich zustehenden Regelsatzes über monatlich insgesamt 1220,00 € bzw. zeitanteilig für den Monat Mai 2024 in Höhe von 650,67 €. Leistungen für die Antragstellerin selbst lehnte der Antragsgegner für die Zeit ab dem 01. Januar 2024 ab.

Hiergegen legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 22. Januar 2024 Widerspruch ein.

Bereits mit Beschluss vom 14. Januar 2024 hatte das Sozialgericht (SG) Berlin den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin vorläufig Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II für die Zeit vom 02. November 2023 bis zum 31. Dezember 2023 in gesetzlicher Höhe zu gewähren (Az. S 8 AS 5734/23 ER).

Mit Widerspruchsbescheid vom 06. Februar 2024 wies der Antragsgegner den Widerspruch der Antragstellerin vom 22. Januar 2024 betreffend die Leistungsablehnung für den Zeitraum vom 01. Januar bis zum 16. Mai 2024 zurück. Die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf Bürgergeld nach dem SGB II für die Zeit vom 01. Januar 2024 bis zum 16. Mai 2024. Sie sei gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Sie verfüge auch nicht über ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen gemäß § 11 Abs. 14 FreizügG/EU in Verbindung mit [§§ 27 ff.](#) und [25 Abs. 4](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG) in Verbindung mit [Art. 6 Grundgesetz \(GG\)](#) und [Art. 8](#) der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK). Soweit sich die Antragstellerin im Hinblick auf

den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 14. Januar 2024 darauf berufe, dass das Bundessozialgericht (BSG) in seinem Urteil vom 30. Januar 2013 (Az. [B 4 AS 54/12 R](#)) von einer entsprechenden Anwendbarkeit des AufenthG über die Regelung des § 11 FreizügG/EU ausgehe, besage dies nichts für den vorliegenden Fall, weil es in dem der Entscheidung des BSG zugrunde liegenden Verfahren um eine andere Sachverhaltskonstellation gegangen sei. Das BSG habe ein Aufenthaltsrecht einer schwangeren Unionsbürgerin wegen einer bevorstehenden Familiengründung bejaht und deswegen den Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) verneint. Allerdings unterscheide sich der dortige Sachverhalt vom hiesigen hinsichtlich mehrerer Punkte: So sei der Partner der dortigen Klägerin seit acht Jahren in Deutschland wohnhaft. Es habe ein verfestigter Aufenthalt bestanden und daher habe das erwartete Kind von seiner Geburt an die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben dürfen. Dieser Sachverhalt sei mit der hiesigen Konstellation nicht vergleichbar. Die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers berühre zwar die Wertungen der [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#), die zu beachten seien. Danach könne der Schutzbereich von [Art. 6 GG](#) berührt sein, wenn den Betroffenen ein familiäres Zusammenleben nur im Heimatland, nicht aber im Bundesgebiet ermöglicht werde. Im Falle der Antragstellerin liege aber im vorliegend streitigen Zeitraum ab dem 01. Januar 2024 keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen vor. Insbesondere seien keine besonderen Gründe zu erkennen, die der Bedarfsgemeinschaft ein - gemeinsames - Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden. Die Familie halte sich wohl tatsächlich erst seit Dezember 2022 (Geburt der zweiten Tochter R) im Bundesgebiet auf. Beide Kinder seien nicht schulpflichtig. Der Partner der Antragstellerin übe seit dem 16. November 2023 keine Erwerbstätigkeit mehr aus. Es sei auch nicht vorgetragen worden, dass eines der Kinder eine Kindertagesstätte besuche. Auch sonst seien keine rechtlich erheblichen gravierenden Beeinträchtigungen geltend gemacht worden oder zu erkennen, die bei einem familiären Zusammenleben im Heimatland drohen würden. Die Antragstellerin könne auch als nichteheliche Partnerin eines Arbeitnehmers (hier Fortwirkung des Arbeitnehmerstatus des Partners bis zum 16. Mai 2024 gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU) ab dem 01. Januar 2024 kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige aus § 3 FreizügG/EU ableiten, da der Familiennachzug in § 3 FreizügG/EU abschließend geregelt sei. Sie sei mit Herrn Ca nicht verheiratet, daher komme auch ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige nach § 3 Abs. 1 Satz 1 In Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU nicht in Betracht.

Es bestehe auch kein Aufenthaltsrecht nach § 3a Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU als nahestehende Person, weil die Rechtsposition der nahestehenden Personen erst infolge der individuell-konkreten Zulassungsentscheidung entstehe und ein solcher Titel bisher nicht erteilt worden sei. Zwar erfülle die Antragstellerin die Tatbestandsvoraussetzungen, um als nahestehende Person ihres Lebensgefährten, dem EU-Bürger Herrn Ca, eingestuft werden zu können, da sie mit diesem gemeinsame Kinder habe und hier in Deutschland zusammenlebe, ohne dass das Paar verheiratet sei. Jedoch sei nicht ersichtlich, dass ein entsprechender Aufenthaltstitel bestehe. Aus dem Wortlaut von § 3a FreizügG/EU folge, dass - anders als für freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige - die Rechtsposition der nahestehenden Person erst infolge der individuell-konkreten Zulassungsentscheidung entstehe, d. h., es handele sich dabei um einen Verwaltungsakt. Ein solcher Titel sei soweit ersichtlich bisher nicht erteilt und wäre auch nicht zu erteilen, da nach § 11 Abs. 5 FreizügG/EU darüber hinaus die Regelerteilungsvoraussetzungen nach [§ 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 AufenthG](#) erfüllt sein müssten. Da der Lebensunterhalt der Antragstellerin nicht gesichert sei, lägen jedoch die Voraussetzungen nach [§ 5 Abs. 1 AufenthG](#) nicht vor.

Sie könne auch kein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union ableiten. Denn dies setze voraus, dass die Kinder die Schule besuchten. Hier seien die Kinder jedoch noch nicht im schulpflichtigen Alter, jedoch bereits beide über ein Jahr alt. Es bestehe auch kein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin nach § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#), wonach die Aufenthaltserlaubnis dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge unter weiteren Voraussetzungen zu erteilen sei. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift lägen schon deshalb nicht vor, da die minderjährigen Kinder nicht deutsche, sondern rumänische Staatsangehörige seien. Das Recht zum Zuzug aus [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#) gelte nur für Sorgeberechtigte von Kindern deutscher Staatsangehörigkeit. Hierüber könne auch das in [Art. 18](#) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) statuierte Diskriminierungsverbot nicht hinweghelfen bzw. führe dies nicht dazu, dass die Vorschrift auch auf minderjährige Unionsbürger und ihre Eltern Anwendung finden könnte.

Am 05. Februar 2024 wurde der gemeinsame Sohn der Antragstellerin und ihres Partners, H A C, geboren. Auch er besitzt die rumänische Staatsangehörigkeit. Am 14. März 2024 hat der Partner der Antragstellerin im Einvernehmen mit dieser vor dem Bezirksamt P von B, Jugendamt, die Vaterschaft für H A Ci nach [§ 1592 BGB](#) anerkannt und eine Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach [§ 1626a BGB](#) abgegeben.

Am 27. Februar 2024 hat die Antragstellerin das SG Berlin um vorläufigen Rechtsschutz ersucht. Über ihren Bevollmächtigten hat sie beantragt, ihr vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe bis zum 16. Mai 2024 zu gewähren. Zwar sei in der Rechtsprechung der Landessozialgerichte und in der Literatur umstritten, ob die Bestimmungen des FreizügG/EU in Verbindung mit denjenigen des AufenthG und des AEUV dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils freizügigkeitsberechtigten minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht vermitteln könnten. Ihr dürften aber zumindest in der Folgenabwägung Leistungen zuzusprechen sein, da schwierige, ungeklärte Rechtsfragen streitig seien. Jedenfalls halte sie sich mangels Verlustfeststellung derzeit rechtmäßig in der Bundesrepublik auf und sei bereits aus diesem Grund leistungsberechtigt.

Mit Schriftsatz vom 28. März 2024 hat der Antragsgegner mitgeteilt, der Partner der Antragstellerin solle bei der Firma B Abriss GmbH (gemeint sein dürfe B Abriss GmbH) ab dem 18. März 2023 (gemeint sein dürfte der 18. März 2024) eine Arbeit aufgenommen haben. Gleichzeitig solle er laut einem eingereichten "Nachtrag zum laufenden Arbeitsvertrag" vom 26. Februar 2024 ab dem 01. März 2024 eine geänderte Arbeitszeit von 80 Stunden im Monat haben. Es werde darum gebeten, diese widersprüchlichen Angaben durch die Antragstellerin erläutern zu lassen. Des Weiteren werde um Einreichung der Lohnbescheinigung für März 2024 sowie einen Nachweis des Zuflusses des Lohnes für März 2024 gebeten.

Am 05. April 2024 hat der Antragsgegner den genannten „Nachtrag zum laufenden Arbeitsvertrag“ vom 26. Februar 2024 eingereicht, aus dem sich eine monatliche Arbeitszeit des Herrn H Ca für die Firma BAbriss GmbH von 80 Stunden im Monat ab dem 01. März 2024 als dem Änderungszeitpunkt ergibt. Weiterhin eingereicht wurde ein am 13. März 2024 zwischen H Ca und der Firma BAbriss GmbH unterzeichneter Arbeitsvertrag, der unter anderem eine wöchentliche Arbeitszeit von 12 Stunden ausweist.

Der Bevollmächtigte der Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 10. April 2024 eine an ihn gerichtete E-Mail der Kontakt- und Beratungsstelle für Menschen in Wohnungsnot und sozialen Schwierigkeiten in B eingereicht, die Erklärungen bezüglich des Zusatzdokuments zum Arbeitsvertrag beinhaltet. Danach sei als Datum der Änderung des Arbeitsvertrags irrtümlich der 01. März 2024 anstatt richtigerweise der 01. April 2024 eingetragen worden. Eingereicht wurde weiterhin ein „Nachtrag zum laufenden Arbeitsvertrag vom 26. März 2024“, der als Datum des Eintritts der Änderung nunmehr den 01. April 2024 ausweist.

Mit Schriftsatz vom 11. April 2024 hat der Antragsgegner einen Bescheid vom 05. April 2024 eingereicht, mit dem Leistungen für die Beschaffung einer Erstausrüstung bei Geburt in Höhe von 683,00 € für den am 05. Februar 2024 geborenen H A Ci bewilligt worden sind. Zudem hat er einen weiteren Bescheid vom 05. April 2024 eingereicht, mit dem für den Partner der Antragstellerin und die drei gemeinsamen Kinder für die Zeit vom 01. Juni 2024 bis zum 30. November 2024 vorläufig Leistungen in einer monatlichen Gesamthöhe von 1124,53 € bewilligt worden sind. Die Höhe des Erwerbseinkommens aus der Beschäftigung bei der Firma B Abriss GmbH im Bewilligungszeitraum sei noch nicht abschließend geklärt, da der Partner der Antragstellerin über schwankendes Einkommen verfüge. Leistungen für die Antragstellerin selbst wurden nach wie vor nicht bewilligt.

In einem von dem Antragsgegner zu den Akten gereichten dritten Bescheid vom 05. April 2024 sind dem Partner der Antragstellerin und den drei gemeinsamen Kindern für den Zeitraum vom 01. Februar 2024 bis zum 31. Mai 2024 insgesamt höhere Leistungen bewilligt worden, und zwar vor folgendem Hintergrund: Berücksichtigung des Kindes H A ab dem 05. Februar 2024 in der Bedarfsgemeinschaft, Berücksichtigung von Wohnheimkosten für den Zeitraum vom 01. Februar 2024 bis zum 29. Februar 2024, Aufnahme einer Beschäftigung von H C zum 18. März 2024 bei der Firma B Abriss GmbH sowie Berücksichtigung des Einkommens von H C im Monat Mai 2024. Für die Antragstellerin selbst wurden nach wie vor keine Leistungen bewilligt.

Mit Schriftsatz vom 17. April 2024 hat der Antragsgegner gegenüber dem SG Berlin mitgeteilt, dass es auch unter Berücksichtigung der Arbeitsaufnahme des Partners zum 18. März 2024 und der Geburt des dritten Kindes Anfang Februar 2024 bei der Entscheidung verbleibe, der Antragstellerin keinen Anspruch auf Bürgergeld zuzubilligen. Es werde diesbezüglich auf den Beschluss des Landessozialgerichts (LSG) Hessen vom 09. August 2023 zum Az. [L 7 AS 196/23 B ER](#) Bezug genommen. Auch unter Berücksichtigung der Geburt des dritten Kindes liege keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der grundrechtlichen Gewährleistungen vor. Insbesondere seien keine besonderen Gründe zu erkennen, die der Bedarfsgemeinschaft ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden. Die Familie halte sich erst seit Ende des Jahres 2022 im Bundesgebiet auf und keines der Kinder sei schulpflichtig oder besuche eine Kindertagesstätte. Der Lebensgefährte der Antragstellerin könne auch in seinem Heimatland arbeiten.

Ferner hat der Antragsgegner einen Änderungsbescheid vom 16. April 2024 betreffend die Leistungen für den Monat März 2024 eingereicht. Berücksichtigt wurden die Wohnheimkosten für diesen Monat für den Partner der Antragstellerin und die drei gemeinsamen Kinder, in Höhe von insgesamt 2.956,16 €.

Mit Schreiben vom 26. April 2024 hat der Bevollmächtigte der Antragstellerin Kontoauszüge der BSparkasse für die Monate März und April 2024 sowie eine Lohnabrechnung der Firma B GmbH für den Partner der Antragstellerin für den Monat März 2024 eingereicht. Letztere weist einen Arbeitsantritt zum 18. März 2024 und ein Nettogehalt in Höhe von 420,31 € aus.

Mit Beschluss vom 26. April 2024 hat das SG Berlin den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin vorläufig Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 27. Februar 2024 bis zum 16. Mai 2024 in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Die Antragstellerin sei als rumänische Staatsangehörige nicht gemäß [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen. Nach Auffassung des Gerichts verfüge sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit über ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen gemäß [§ 11 Abs. 14 FreizügG/EU](#) in Verbindung mit [§§ 27 ff.](#) und [25 Abs. 4 AufenthG](#) in Verbindung mit [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) (so auch Landessozialgericht - LSG - Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. September 2023 - [L 9 AS 797/23 B ER](#) -). Die Antragstellerin lebe mit ihren Kindern und ihrem Partner zusammen und übe die Personensorge zusammen mit dem Partner und Kindsvater aus. Sie bilde zusammen mit diesen eine Familie im Sinne des [Art. 6 GG](#) und könne sich auch auf den Schutz aus [Art. 8 EMRK](#) berufen (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) -, Rn. 34; LSG für das Saarland, Urteil vom 07. September 2021 - [L 4 AS 23/20 WA](#) -, Rn. 37, jeweils in Juris). Die Kinder der Antragstellerin könnten nicht darauf verwiesen werden, auf die Personensorge durch einen Elternteil, hier der Antragstellerin, zu verzichten. Das vom BSG angenommene Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen solle verhindern, dass ein Kind entgegen der Schutzgarantie des [Art. 6 Abs. 1 GG](#) von der Erziehungsleistung eines Elternteils ausgeschlossen werde. Am 05. Februar 2024 sei das dritte Kind der Antragstellerin geboren worden. Der Partner der Antragstellerin und diese selbst hätten das gemeinsame Sorgerecht. Es erscheine vor diesem Hintergrund unzumutbar, der Antragstellerin ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen zu versagen. Dies hätte zur Folge, dass diese entweder unterhalb des Existenzminimums in Deutschland leben oder allein oder gemeinsam mit dem Kind bzw. den Kindern

Deutschland verlassen müsste, wodurch der gelebte Familienbund zerrissen würde. Dem Vortrag des Antragsgegners, dass es zumutbar sei, dass die gesamte Familie das Bundesgebiet verlasse, werde nicht gefolgt. Der Partner der Antragstellerin gehe einer Erwerbstätigkeit in B nach und möchte sich weiterhin dort aufhalten. Angehörige und Verwandte in Rumänien hätten die Antragstellerin und ihr Partner ausweislich der (nicht in den erstinstanzlichen Akten befindlichen) eidesstattlichen Versicherung vom 11. März 2024 nicht. Der Partner der Antragstellerin habe aufgrund seines Arbeitnehmerstatus ein Aufenthaltsrecht und könne nicht darauf verwiesen werden, Deutschland zu verlassen. Insofern könne auch die Antragstellerin nicht darauf verwiesen werden, Deutschland zu verlassen, da dies den gelebten Familienbund zerreißen würde. Überdies stehe der Antragstellerin nach Ansicht des Gerichts auch ein Aufenthaltsrecht aus [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) in Verbindung mit [Art. 18 AEUV](#) zu. Nach [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) sei einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge auch ohne Existenzsicherung im Sinne des [§ 5 AufenthG](#) eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Die Norm sei gemäß [Art. 18 AEUV](#) aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch auf minderjährige Unionsbürger anzuwenden, wenn diese ein materielles Aufenthaltsrecht haben. Der Inländergleichbehandlungsgrundsatz des [Art. 18 AEUV](#) gebiete die Gleichbehandlung von minderjährigen Unionsbürgern, die über ein materielles Aufenthaltsrecht verfügen, mit minderjährigen Deutschen. Das in [Art. 18 AEUV](#) in allgemeiner Weise niedergelegte Diskriminierungsverbot werde für Unionsbürger, die von ihrer Freiheit Gebrauch machten, sich auf dem Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten aufzuhalten und zu bewegen, in Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG konkretisiert. Diese ordne an, dass jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates aufhalte, vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und dem abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen im Anwendungsbereich des Vertrages, die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates genieße. Die Antragstellerin übe zusammen mit ihrem Partner und Kindsvater das gemeinsame Sorgerecht für die drei gemeinsamen Kinder aus. Diese Kinder hätten ein Aufenthaltsrecht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU und könnten nicht darauf verwiesen werden, auf die Personensorge durch einen Elternteil, hier die Antragstellerin, zu verzichten. Der erforderliche Anordnungsgrund, also die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, ergebe sich daraus, dass die begehrten Leistungen des Antragsgegners zur Sicherung sowohl des körperlichen als auch des soziokulturellen Existenzminimums dienten. Die Leistungen seien wie beantragt ab Eingang des Antrags beim SG zu gewähren.

Gegen diesen ihm am 30. April 2024 zugestellten Beschluss hat der Antragsgegner mit am 10. Mai 2024 eingegangenem Schriftsatz Beschwerde vor dem LSG Berlin-Brandenburg eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Sie sei vielmehr nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) von Leistungen ausgeschlossen. Dem Leistungsausschluss stehe auch kein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen entgegen. Zwar vertrete das SG in Anlehnung an die Entscheidung des BSG vom 30. Januar 2013 (Az. [B 4 AS 54/12 R](#)) die Auffassung, die Antragstellerin könne sich erfolgreich auf ein aus [Art. 6 GG](#) und [Art. 8 EMRK](#) abgeleitetes Aufenthaltsrecht berufen und ihre Kinder könnten nicht darauf verwiesen werden, auf die Personensorge eines Elternteils zu verzichten, da dies den gelebten Familienbund zerreißen würde. Diese Argumentation greife hier aber zu kurz. Der Leistungsausschluss der Kindesmutter führe nicht per se zu einem Auseinanderreißen des Familienbundes. Das Fortbestehen des Familienbundes bei gesichertem Existenzminimum könne auch durch eine gemeinsame Rückkehr ins Heimatland mit den Kindern und dem Lebensgefährten gewährleistet werden. Daher könne von einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Schutzbereichs von [Art. 6 GG](#) nur dann die Rede sein, wenn Umstände vorlägen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07. April 2022 - [L 18 AS 312/22 B ER](#) -). Solche Umstände seien hier nicht glaubhaft gemacht worden. Zwar sei der Antragstellerin zuzugeben, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) die Frage nach dem Aufenthaltsrecht sorgeberechtigter Angehöriger eines minderjährigen, freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers auch die Wertungen des [Art. 6 GG](#) und des [Art. 8 EMRK](#) berücksichtigen müsse (Az. [1 BvR 1710/18](#)). Allerdings ziehe der 1. Senat des LSG Berlin-Brandenburg aus dieser Vorgabe die falschen Schlüsse. Dagegen habe das LSG Hessen in seiner Entscheidung vom 04. Dezember 2023 (Az. [L 7 AS 421/22](#)) die Wertungen des [Art. 6 GG](#) und des [Art. 8 EMRK](#) in seine Prüfung einbezogen und im Hinblick auf die gemeinsame Rückkehr ins Heimatland eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung grundrechtlicher Gewährleistungen verneint. Dabei sei richtigerweise - wie bereits in der Entscheidung des 18. Senats des LSG Berlin-Brandenburg vom 07. April 2022 (Az. [L 18 AS 312/22 B ER](#)) - darauf abgestellt worden, ob im Einzelfall besondere Gründe vorlägen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden. So habe sich auch bereits das BSG in seiner Entscheidung vom 06. Juni 2023 (Az. [B 4 AS 4/22 R](#)) positioniert. Danach sei es mit dem Grundgesetz vereinbar, Personen, denen die Ausreise aus der Bundesrepublik möglich und zumutbar sei, von existenzsichernden Leistungen auszuschließen. Vorliegend seien keine Umstände glaubhaft gemacht worden, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar erscheinen ließen.

Der Antragsgegner hat weiterhin einen Vermerk über eine Vorsprache des Lebenspartners der Antragstellerin bei der Bundesagentur für Arbeit am 15. Januar 2024 eingereicht. Danach habe dieser keinerlei Deutschkenntnisse besessen und sei seit Monaten das erste Mal zu einem Termin erschienen. Er suche einen Job, benötige aber keine Unterstützung, da er einen solchen bereits für kommende Woche in Aussicht habe. Das Gespräch sei mithilfe einer Dolmetscher-Hotline geführt worden.

Schließlich hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 04. Juni 2024 bestätigt, dass gegen den Bescheid vom 08. Januar 2024 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06. Februar 2024 seitens der Antragstellerin Klage vor dem SG Berlin erhoben worden ist (Az. [S 8 AS 1955/24](#)).

Der Antragsgegner beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 26. April 2024 aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde des Antragsgegners zurückzuweisen.

Über ihren Bevollmächtigten hat sie vortragen lassen, es sei eine umstrittene Rechtsfrage, ob sich in der vorliegenden Fallkonstellation der unverheiratete Partner auf ein Aufenthaltsrecht gemäß § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU in Verbindung mit [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18 AEUV](#) berufen könne. Diese Rechtsfrage liege nun auch dem BSG zur Entscheidung vor (Az. [B 7 AS 3/24 R](#)). Bejaht worden sei diese Frage durch das LSG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 16. Mai 2023 (Az. [L 1 AS 35/21](#), Rn. 47) und durch das LSG Nordrhein-Westfalen in seinem Beschluss vom 07. Juni 2023 (Az. [L 7 AS 586/23 B ER](#), Rn. 19). Die Familie habe keinerlei Bindung mehr an ihr Heimatland. Hierzu hat der Bevollmächtigte die vom SG zitierte eidesstattliche Versicherung vom 11. März 2024 eingereicht. In dieser versichert die Antragstellerin an Eides statt, dass sie keine Angehörigen in Rumänien habe, wo sie unterkommen könne. Ihr Lebenspartner habe auch keine Verwandten in Rumänien, wo die Familie unterkommen könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der vom Antragsgegner beigezogenen Verwaltungsakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragsgegners hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg, ist im Übrigen aber unbegründet.

Die gemäß [§ 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist nach [§ 172 SGG](#) statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Gegenstand der Beschwerde ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung in Bezug auf die Leistungsgewährung für den Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis zum 16. Mai 2024. Lediglich für diesen Zeitraum ab Antragseingang beim SG war erstinstanzlich der Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt worden, sodass das SG nur über diesen Zeitraum entschieden hat und nur dieser Zeitraum Gegenstand der Beschwerde sein kann.

Diesen Zeitraum kann die Antragstellerin auch in zulässiger Weise zum Gegenstand des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens machen. Der in der Hauptsache mit der Klage angegriffene Bescheid vom 08. Januar 2024 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 06. Februar 2024 enthält neben der vorläufigen Bewilligung für den Partner und die gemeinsamen Kinder eine Ablehnungsentscheidung gegenüber der Antragstellerin betreffend SGB II-Leistungen für den Zeitraum vom 01. Januar 2024 bis zum 16. Mai 2024.

Die Beschwerde des Antragsgegners erweist sich zum Teil als begründet. Der Antragstellerin sind für den Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis zum 01. April 2024 Leistungen der Grundsicherung vorläufig zu gewähren, nicht aber für den Zeitabschnitt vom 02. April 2024 bis zum 16. Mai 2024. Die durch das SG im Beschluss vom 26. April 2024 vorläufig ausgesprochene Leistungsgewährung hält einer rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand.

Nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Die einstweilige Anordnung ist grundsätzlich zu erlassen, wenn ein Anspruch gegenüber dem Antragsgegner besteht (Anordnungsanspruch) und die Antragsteller ohne den Erlass der begehrten Anordnung wesentliche Nachteile erleiden würden (Anordnungsgrund). Deren Voraussetzungen sind glaubhaft zu machen ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) in Verbindung mit [§ 920 Abs. 2](#) Zivilprozessordnung <ZPO>). Dabei ist eine Tatsache dann als glaubhaft gemacht anzusehen, wenn ihr Vorliegen nach dem Ergebnis der Ermittlungen, die sich auf sämtliche erreichbaren Beweismittel erstrecken sollen, überwiegend wahrscheinlich ist (vgl. [§ 23 Abs. 1 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch <SGB X>; vgl. auch [§ 294 ZPO](#)). Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bilden dabei auf Grund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System und stehen nicht beziehungslos nebeneinander. Die Anforderungen an den Anordnungsanspruch sind mit zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Nachteils zu verringern und umgekehrt. Stehen besonders schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen des Antragstellers in Rede, sind die Erfolgsaussichten entweder abschließend zu prüfen oder aber nach Folgenabwägung zu entscheiden (vgl. Bundesverfassungsgericht <BVerfG>, Beschlüsse vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) - und vom 06. Februar 2013 - [1 BvR 2366/12](#) -, Rn. 3, jeweils in Juris).

Nach diesen Maßstäben ist ein Anordnungsanspruch gegenüber dem Antragsgegner für den Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis zum 16. Mai 2024 nicht glaubhaft gemacht. Auch ein Anspruch auf laufende Leistungen zum Lebensunterhalt nach [§ 23 Abs. 1](#) Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) besteht für diesen Zeitraum nicht.

Die Antragstellerin unterliegt für die Leistungsgewährung nach dem SGB II für den genannten Zeitraum voraussichtlich einem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#). Danach sind Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund § 2 Abs. 3 des FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts (Nr. 1), Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben (Nr. 2 Buchst. a) oder deren Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Nr. 2 Buchst. b) und ihre Familienangehörigen vom Leistungsbezug ausgeschlossen. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) erhalten abweichend von Satz 2 Nr. 2 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 Abs. 1 des FreizügG/EU festgestellt wurde.

Die Antragstellerin ist weder Arbeitnehmerin im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) noch kann sie sich auf einen Aufenthalt von fünf Jahren in Deutschland berufen, denn sie lebt nach ihren eigenen, insoweit wechselnden Angaben erst seit März, Juni bzw. November 2022 in der Bundesrepublik Deutschland. Ein anderweitiges Aufenthaltsrecht der Antragstellerin als allenfalls das zur Arbeitsuche ist nicht ersichtlich. Ein Aufenthaltsrecht aus § 2 Abs. 2 und Abs. 3, §§ 3, 3a, 4 und 4a FreizügG/EU hat für sie nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung nicht bestanden.

Auf Grund des inhaltsgleich in [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) normierten Leistungsausschlusses kommt für diesen Zeitraum auch die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) nicht in Betracht.

Ein Aufenthaltsrecht gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 und § 3 FreizügG/EU als Familienangehörige eines Unionsbürgers ist nicht glaubhaft gemacht worden. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin als Familienangehörige im Sinne von § 3 Abs. 1 FreizügG/EU ein Aufenthaltsrecht von einem nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger ableiten kann. Familienangehörige im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes sind nach dessen § 1 Abs. 2 Nr. 3 der Ehegatte, der Lebenspartner, die Verwandten in gerader absteigender Linie der Person oder des Ehegatten oder des Lebenspartners, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird, und die Verwandten in gerader aufsteigender Linie der Person oder des Ehegatten oder des Lebenspartners, denen von diesen Unterhalt gewährt wird. Die Antragstellerin ist mit Herrn Car, von dem möglicherweise ein entsprechendes Recht abgeleitet werden könnte, nicht verheiratet und es bestand auch keine Lebenspartnerschaft nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz.

Der Antragstellerin kann auch nicht als nahestehender Person im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU auf Grund von § 3a Nr. 3 FreizügG/EU auf Antrag das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden. Zwar dürfte sie, weil sie mit ihrem Lebensgefährten im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenlebt, eine diesem nahestehende Person sein. Es fehlt jedoch jedenfalls an der weiteren Tatbestandsvoraussetzung nach [§ 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 AufenthG](#), die nach § 11 Abs. 5 FreizügG/EU in den Fällen des § 3a FreizügG/EU entsprechend anzuwenden sind. Der Lebensunterhalt der Antragstellerin ist ohne die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gerade nicht gesichert.

Ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. § 4 FreizügG/EU kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil die Antragstellerin nicht über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügt.

Anhaltspunkte für das Vorliegen eines anderen Aufenthaltsrechts aus § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU in Verbindung mit den Bestimmungen des AufenthG sind zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nicht vorgetragen oder glaubhaft gemacht worden und für den Senat auch nicht ersichtlich. Zwar ist das AufenthG nur für Drittstaatsangehörige anwendbar (vgl. [§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG](#)), es findet jedoch auch auf Unionsbürger ausnahmsweise Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU (§ 11 Abs. 14 FreizügG/EU). Dies ist hier aber nicht der Fall.

Insbesondere lässt sich ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin nicht aus [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) herleiten. Nach dieser Vorschrift kann eine Aufenthaltserlaubnis in begründeten Fällen auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswitzweck erteilt werden. Allerdings können eheähnlich zusammenlebende heterosexuelle Paare weder aus dem Auffangtatbestand des [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) noch aus dem europäischen Recht ein Aufenthaltsrecht zur Familienzusammenführung ableiten, weil der Familiennachzug in § 3 FreizügG/EU und den [§§ 27 ff. AufenthG](#) abschließend geregelt ist. Da nichteheliche Lebensgemeinschaften von den ausdrücklichen Regelungen gerade nicht erfasst sind, ist die Anwendung von [§ 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG](#) grundsätzlich gesperrt (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) -, Rn. 33, Juris).

Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin lässt sich auch in Bezug auf ihre drei Kinder nicht aus einer Stellung als Familienangehörige (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 und § 3 Abs. 1 FreizügG/EU) herleiten. Sie wäre dann zwar Familienangehörige ihrer Kinder im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c FreizügG/EU. Ihre Kinder gehören aber nicht zu den in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU genannten Personen. Sie könnten – im Hinblick auf die Vaterschaft des Herrn Ca – ihrerseits lediglich als Familienangehörige nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. § 3 Abs. 1 und § 1 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sein. Die Verleihung eines Rechts zum Aufenthalt als ihren Kindern nahestehende Person im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a FreizügG/EU auf Grund von § 3a Nr. 3 FreizügG/EU scheitert an der hierfür nach § 11 Abs. 5 FreizügG/EU erforderlichen Sicherung des Lebensunterhalts. Ebenso scheidet ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 in Verbindung mit § 4 FreizügG/EU aus, weil die Antragstellerin nicht über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügt.

Die Antragstellerin kann sich im Hinblick auf ihre drei Kinder bzw. in Bezug auf jedenfalls eines dieser Kinder auch nicht auf ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen nach § 11 Abs. 14 FreizügG/EU i. V. m. [§§ 27 ff. AufenthG](#) berufen.

Ein solches Aufenthaltsrecht ergibt sich insbesondere nicht aus [§ 28 AufenthG](#). Die Vorschrift regelt den Familiennachzug zu Deutschen. Eine Aufenthaltserlaubnis ist danach unter anderem dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat ([§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#)). Alle drei Kinder der Antragstellerin besitzen jedoch nicht die deutsche, sondern die rumänische Staatsangehörigkeit. Zwar wird teilweise vertreten, dass [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#) aufgrund des in [Art. 18 Abs. 1 AEUV](#) statuierten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch dem sorgeberechtigten Elternteil eines – wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU i. V. m. § 3 Abs. 1 FreizügG/EU seinerseits freizügigkeitsberechtigten – minderjährigen Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann (so etwa LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Oktober 2018 – [L 19 AS 1472/18 B ER](#) –, Rn. 28 ff., juris). Dieser Auffassung folgt der Senat jedoch nicht.

Vielmehr ist mit der ganz überwiegenden Meinung davon auszugehen, dass [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#) – gemäß seinem Wortlaut – nur auf den Elternteil eines (minderjährigen) Deutschen Anwendung findet (so auch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09. Juni 2021 – [L 34 AS 850/17](#) –, Rn. 51 ff., und Beschluss vom 22. Mai 2017 – [L 31 AS 1000/17 B ER](#) –, Rn. 2 ff.; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27. Juli 2017 – [L 21 AS 782/17 B ER](#) –, Rn. 44 ff.; SG Berlin, Urteil vom 09. Juli 2018 – [S 135 AS 23938/15](#) –, Rn. 54; jeweils zitiert nach juris). Das Diskriminierungsverbot des [Art. 18 Abs. 1 AEUV](#) gilt lediglich unbeschadet der besonderen Bestimmungen der Verträge und wird durch zahlreiche andere Vorschriften spezifiziert und konkretisiert. Der Regelung des [Art. 18 Abs. 1 AEUV](#) können keine weitergehenden Vorgaben entnommen werden als diejenigen, die in den besonderen Bestimmungen bzw. den spezifischen Diskriminierungsverboten enthalten sind (Epiney in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, [AEUV Art. 18](#) Rn. 4, m. w. N.). Zu diesen besonderen Bestimmungen gehören unter anderem die [Art. 45, 49](#) und [56 AEUV](#), also die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, sowie die Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie. 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). Das ausdifferenzierte Normenprogramm, das der Unionsbürgerrichtlinie (und dem sie umsetzenden nationalen Recht: FreizügG/EU) zugrunde liegt, würde durch die von der Gegenauffassung befürwortete Anwendung des [§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG](#) auf den Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers vollkommen ausgehöhlt (vgl. zum Ganzen: Beschluss des Senats vom 07. Juli 2022 – L 3 AS 535/22 B ER –, unveröffentlicht, m. w. N.).

Ebenso wenig ergibt sich aus [§ 29 AufenthG](#) ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin. Für den Familiennachzug zu einem Ausländer muss nach Abs. 1 dieser Vorschrift der Ausländer, zu dem der Nachzug angestrebt wird (Stammberechtigter), eine Niederlassungserlaubnis, Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU, Aufenthaltserlaubnis oder eine Blaue Karte EU besitzen und ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen. Weder die Kinder noch der Lebensgefährte der Antragstellerin verfügten im streitbefangenen Zeitraum über einen der in dieser Norm genannten Aufenthaltstitel. Die derzeitigen Wohnverhältnisse im Sinne einer Unterbringung in Notunterkünften, die lediglich überbrückenden Charakter hat und deren Änderung nicht absehbar ist, gewährleisten zudem keinen ausreichenden Wohnraum.

Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin kann auch nicht unmittelbar aus [Art. 6 GG](#) hergeleitet werden.

Das BSG hat in seinem bereits mehrfach zitierten Urteil vom 30. Januar 2013 (Az. [B 4 AS 54/12 R](#), Rn. 34 ff., juris) ausgeführt, insofern handele es sich um ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen, das aus dem Zusammenleben der Partner mit einem gemeinsamen Kind oder dem Kind eines Partners folge. Diese Personengruppen bildeten jeweils eine Familie im Sinne des [Art. 6 GG](#) und der [§§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1, 29](#) und [32 AufenthG](#) und könnten sich auch auf den Schutz aus [Art. 8 EMRK](#) berufen. Insofern werde in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum [AufenthG](#) angenommen, dass der bevorstehenden Geburt eines Kindes aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen für den Aufenthaltsstatus eines Elternteils zukommen können. Die anstehende Vaterschaft eines bereits im Bundesgebiet lebenden Ausländers hinsichtlich des ungeborenen Kindes einer deutschen, aber auch ausländischen Staatsangehörigen könne aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen im Sinne eines Abschiebungshindernisses begründen, wenn entweder der Schutz der Familie nach [Art. 6 Abs. 1 GG](#) und die

aus [Art. 2 Abs. 2 S. 1](#) und [Art. 1 Abs. 1 GG](#) abzuleitende Schutzpflicht für die Gesundheit der werdenden Mutter und des Kindes dies gebieten, oder wenn beide Elternteile bereits in Verhältnissen lebten, welche eine gemeinsame Übernahme der elterlichen Verantwortung sicher erwarten ließen und eine (vorübergehende) Ausreise zur Durchführung eines Sichtvermerkverfahrens nicht zumutbar sei. Von der Schutzpflicht des Staates aus [Art. 6 GG](#) sei insbesondere die Rechtsposition des Kindes sowie dessen Anspruch auf Ermöglichung bzw. Aufrechterhaltung eines familiären Bezuges zu beiden Elternteilen von Geburt an betroffen.

Diesen Ausführungen kann ein unmittelbar aus [Art. 6 GG](#) abgeleitetes Aufenthaltsrecht nicht entnommen werden. Vielmehr handelt es sich um die zeitlich erweiternde Auslegung (Vorwirkung) gesetzlich geregelter Aufenthaltsrechte unter Beachtung grundrechtlicher Gewährleistungen. Dies steht in Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, wonach [Art. 6 GG](#) keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt gewährt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 1987 – [2 BvR 1226/83](#) u. a. –, [BVerfGE 76, 1](#); BVerfG, Beschluss vom 18. April 1989 – [2 BvR 1169/84](#) –, [BVerfGE 80, 81](#)). Allerdings verpflichtet die in [Art. 6 Abs. 1](#) in Verbindung mit Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen des den (weiteren) Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, pflichtgemäß, d. h. entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen, in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie entspricht ein Anspruch des Trägers des Grundrechts aus [Art. 6 GG](#) darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren seine familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen. Dabei ist grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalls geboten, bei der auf der einen Seite die familiären Bindungen zu berücksichtigen sind, auf der anderen Seite aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalls (BVerfG, Beschlüsse vom 01. Dezember 2008 – [2 BvR 1830/08](#) –, Rn. 26, und vom 09. Januar 2009 – [2 BvR 1064/08](#) –, Rn. 14, jeweils in Juris).

Von einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Schutzbereichs von [Art. 6 GG](#) kann nur dann die Rede sein, wenn Umstände vorliegen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen würden (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07. April 2022 – [L 18 AS 312/22 B ER](#) –, Rn. 11 ff., Juris). Unionsbürger können grundsätzlich darauf verwiesen werden, die erforderlichen Existenzsicherungsleistungen durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Heimatstaat als Ausprägung der eigenverantwortlichen Selbsthilfe zu realisieren (BSG, Urteil vom 29. März 2022 – [B 4 AS 2/21 R](#) –, Rn. 38, Juris). Auch das BVerfG hat bereits von einem Beschwerdeführer verlangt, sich mit der Möglichkeit einer Bedarfsdeckung im Ausland auseinanderzusetzen (BVerfG [Kammer] vom 04. Oktober 2016 – [1 BvR 2778/13](#) –, Rn. 8, Juris). Weiterhin hat etwa auch das LSG Hessen in seiner Entscheidung vom 04. Dezember 2023 (Az. [L 7 AS 421/22](#)) im Hinblick auf die gemeinsame Rückkehr ins Heimatland eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung grundrechtlicher Gewährleistungen des [Art. 6 GG](#) bzw. der Gewährleistungen des [Art. 8 EMRK](#) im Ergebnis verneint. Ebenso wie der 18. Senat des LSG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 07. April 2022 (Az. [L 18 AS 312/22 B ER](#), Rn. 11 ff., Juris) hat es darauf abgestellt, ob im Einzelfall besondere Gründe vorliegen, die ein gemeinsames Verlassen des Bundesgebietes unzumutbar machen (vgl. Rn. 59, Juris). Die Entscheidung des LSG Hessen knüpft an das Urteil des BSG vom 06. Juni 2023 (Az. [B 4 AS 4/22 R](#)) an. Danach ist es mit dem Grundgesetz vereinbar, Personen, denen die Ausreise aus der Bundesrepublik möglich und zumutbar ist, von existenzsichernden Leistungen auszuschließen (vgl. Rn. 27 ff., Juris).

Dies zu Grunde gelegt, sind die Schutzwirkungen, die von der familiären Bindung der Antragstellerin zu ihren Kindern und ihrem Lebensgefährten ausgehen, zwar bei der Auslegung der Normen des AufenthG zu berücksichtigen, führen konkret aber nicht dazu, dass sich ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin begründen lässt. Die Umstände des Einzelfalls, auf die nach der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG abzustellen ist, zeichnen sich hier dadurch aus, dass die Lebensgemeinschaft zwischen der Antragstellerin, ihrem Lebensgefährten und ihren drei Kindern zukünftig keineswegs nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden können wird. Für den Senat ist nicht erkennbar, dass sich der Aufenthalt der Antragstellerin in Deutschland bereits verfestigt hätte.

Als die Antragstellerin am 27. Februar 2024 das vorliegende einstweilige Rechtsschutzverfahren einleitete, hielt sie sich gerade einmal ein gutes Jahr in der Bundesrepublik Deutschland bzw. in B auf. Dies gilt jedenfalls, wenn man an objektive Umstände anknüpft und die Auskunft des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten vom 06. Juli 2023 heranzieht, wonach der Zuzug aus Rumänien in das Bundesgebiet bzw. der Einzug in die erste Notunterkunft in B erst am 24. Januar 2023 erfolgt sein sollen. Der Senat verkennt dabei nicht, dass der weitere Umstand der Geburt der gemeinsamen Tochter R in B am 19. Dezember 2022 dafür spricht, dass die Antragstellerin bzw. ihre Familie bereits einige – wenige – Monate zuvor in das Bundesgebiet gezogen sind. Nachvollziehbar sind vor diesem Hintergrund die eigenen Erangaben der Antragstellerin, wonach sie sich tatsächlich seit November 2022 in der Bundesrepublik aufgehalten haben will. Keine Stütze finden indes ihre zeitlich nachfolgenden Angaben, wonach sie sich bereits seit ca. Juni 2022 bzw. seit März 2022 in der Bundesrepublik aufhalten will. Noch im Februar 2022 hielt sich die Antragstellerin jedenfalls in Frankreich auf, was durch den Umstand belegt wird, dass ihre Tochter F am 11. Februar 2022 in der französischen Gemeinde M geboren wurde.

Ein verfestigter Aufenthalt der Antragstellerin im Bundesgebiet ergibt sich auch nicht daraus, dass sie selbst oder ihr Lebenspartner Herr Ca sich nachhaltig in das Erwerbsleben in der Bundesrepublik integriert hätten. Herr Ca ging hier nur zeitweise und auch in nur geringem Umfang einer Erwerbstätigkeit als Bauhelfer bzw. als Reinigungskraft nach. Ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis besteht nicht, sein letzter Arbeitsvertrag ist erst am 13. März 2024 geschlossen worden. Der Aufnahme einer qualifizierten Tätigkeit, mit der er in größerem Umfang zur Existenzsicherung seiner Familie beitragen könnte, sind bereits dadurch Grenzen gesetzt, dass er weder der deutschen Sprache mächtig ist noch erkennbare Anstrengungen unternommen hat, sich gewisse Grundkenntnisse anzueignen. Gleiches gilt auch für die Antragstellerin selbst. Auch sie spricht zwar die rumänische Sprache, ist mit der deutschen aber offenbar nicht einmal in ihren Grundzügen vertraut. Als rumänische Staatsangehörige ist es der Antragstellerin daher grundsätzlich zumutbar, ihre familiäre Lebensgemeinschaft in Rumänien zu führen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfG, Beschluss vom 01. Dezember 2008 – [2 BvR 1830/08](#) –, Rn. 27, Juris).

Die Antragstellerin und ihre Angehörigen haben auch keine eigene Wohnung, die zur Verfestigung ihres Aufenthaltes in der Bundesrepublik beitragen könnte. Seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik sind sie zur Abwendung unfreiwilliger Obdachlosigkeit ordnungsbehördlich in wechselnden Notunterkünften untergebracht. Diese nur prekäre, instabile Wohnsituation steht einer Integration deutlich im Wege.

Eine Verfestigung des Aufenthalts der Antragstellerin ist auch nicht dadurch gegeben, dass ihre Kinder eine Schule oder Kindertagesstätte besuchen würden. Nicht erkennbar sind wesentliche soziale Kontakte zu Inländern. Bei der Gesamtsituation der Antragstellerin stellt sich eine gelingende Integration in das soziale und erwerbswirtschaftliche Gefüge der Bundesrepublik auch perspektivisch als unwahrscheinlich dar.

Gravierende Beeinträchtigungen, die bei einem familiären Zusammenleben im Heimatland drohen würden, sind nicht zu erkennen. Die Antragstellerin und ihr Lebenspartner sprechen rumänisch, so dass für eine soziale und berufliche Integration in ihrem Heimatland – im Gegensatz zu ihrem Leben in der Bundesrepublik – jedenfalls keine Sprachbarriere besteht. Die eidesstattliche Versicherung der Antragstellerin, sie und ihr Lebenspartner hätten in Rumänien keine Angehörigen, bei denen sie unterkommen könnten, macht für sich genommen eine Rückkehr in ihr Heimatland nicht unzumutbar. Auch in der Bundesrepublik kann die Antragstellerin nicht bei Angehörigen unterkommen, sondern nächtigt mit ihrer Familie seit über einem Jahr in Notunterkünften. Überdies sind die allgemein gehaltenen Angaben der Antragstellerin zur fehlenden Bindung an ihr Heimatland für den Senat auch wenig nachvollziehbar. Die Antragstellerin und ihr Partner haben – soweit erkennbar – den ganz überwiegenden Teil ihres Lebens in ihrem Heimatland verbracht und sind dort sozialisiert worden. Vor diesem Hintergrund ist es der Antragstellerin nicht unzumutbar, die Bundesrepublik zur Aufrechterhaltung des Familienbundes zu verlassen und ihre wirtschaftliche Existenz in Rumänien zu sichern bzw. ggf. unter Inanspruchnahme von dortigen Sozialleistungen sichern zu lassen.

Die Regelungen in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind auch europarechtskonform. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Regelungen eines Mitgliedstaats, nach denen Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten vom Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen ausgeschlossen werden, wenn ihnen gar kein Aufenthaltsrecht zusteht (Rechtssache „Dano“, Urteil vom 11. November 2014 – [C-333/13](#) –, Juris) oder wenn sich ihr Aufenthaltsrecht nur aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Rechtssache „Alimanovic“, Urteil vom 15. September 2015 – [C-67/14](#) –, Juris), mit Unionsrecht vereinbar. Vor diesem Hintergrund bestehen für den Senat keine Zweifel an der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses mit europarechtlichen Vorschriften.

Das gleiche gilt für die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz. Der Gesetzgeber hat mit dem Regelungsregime des [§ 7 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) und [§ 23 Abs. 3](#) und 3a SGB XII in der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung in Reaktion auf die Rechtsprechung des BSG verfassungskonform die Nachrangigkeit des deutschen Sozialleistungssystems gegenüber demjenigen des Herkunftslandes ausgestaltet. Dies hat das BSG in seiner neueren Rechtsprechung (so ausführlich im Urteil vom 29. März 2022 – [B 4 AS 2/21 R](#) –, Rn. 34 ff., Juris) unter Bezugnahme und Auseinandersetzung mit Nachweisen in der Literatur, der hierzu ergangenen Rechtsprechung der Landessozialgerichte sowie insbesondere der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entschieden. Der Senat schließt sich dem nach eigener Prüfung an. Nach den Ausführungen des BSG verletzt der Leistungsausschluss EU-Ausländer insbesondere nicht in ihrem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 Abs. 1](#) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#). Der Gesetzgeber muss Unionsbürgern ohne ein Aufenthaltsrecht oder lediglich mit einem Aufenthaltsrecht, das sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, jedenfalls dann keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einräumen, wenn ihnen eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere eine Rückkehr in ihr Heimatland, möglich und zumutbar ist. Der Umstand, dass auch Ausländer in den persönlichen Gewährleistungsbereich des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums fallen, wenn sie sich im Inland aufhalten, sagt nichts über dessen sachlichen Gewährleistungsbereich aus.

Die Verfassung gebietet nicht die Gewährung voraussetzungsloser Sozialleistungen. Der Gesetzgeber gewährt Fürsorgeleistungen zur finanziellen Existenzsicherung entsprechend insbesondere nur dann, wenn es dem Betroffenen nicht möglich ist, seinen eigenen Lebensunterhalt auf andere zumutbare Weise sicherzustellen (vgl. BVerfG, Urteil vom 05. November 2019 – [1 BvL 7/16](#) –, Rn. 209, Juris), und knüpft damit an die Eigenverantwortlichkeit an, die Teil der [Art. 1 Abs. 1 GG](#) zugrundeliegenden Vorstellung vom Menschen ist. Der Gesetzgeber kann daher verfassungsrechtlich zulässig die Leistungsgewährung von Grundsicherungsleistungen an das Vorliegen von formellen und materiellen Voraussetzungen knüpfen. Er kann etwa einen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen und ähnliche Leistungen davon abhängig machen, dass es dem Betroffenen nicht möglich ist, sein Existenzminimum aus eigenem Einkommen oder Vermögen zu decken (vgl. dazu BVerfG [Kammer] vom 11. März 2010 – [1 BvR 3163/09](#) –; BVerfG [Kammer] vom 07. April 2010 – [1 BvR 688/10](#) –, jeweils in Juris). Der Gesetzgeber darf Unionsbürger regelmäßig darauf verweisen, die erforderlichen Existenzsicherungsleistungen durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Heimatstaat als Ausprägung der eigenverantwortlichen Selbsthilfe zu realisieren (allgemein zur Zumutbarkeit der Rückkehr von Ausländern in ihre Heimatländer, selbst wenn damit familiäre oder wirtschaftliche Nachteile verbunden sind, etwa: BVerfG vom 12. Mai 1987 – [2 BvR 1226/83](#) u. a.; BVerfG [Kammer] vom 20. Oktober 2021 – [2 BvR 95/21](#) –, Juris). Auch das BVerfG verlangt von einem Beschwerdeführer zur Darlegung eines Verfassungsverstoßes durch den Leistungsausschluss, sich mit der Möglichkeit einer Bedarfsdeckung im Ausland auseinanderzusetzen (BVerfG [Kammer] vom 04. Oktober 2016 – [1 BvR 2778/13](#) –, Juris). Etwas anderes folgt nicht aus dem Urteil des BVerfG zum Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) und insbesondere der dortigen Formulierung, das Existenzminimum müsse in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt sein (BVerfG vom 18. Juli 2012 – [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) –, Juris). Denn die dortigen Ausführungen betrafen zum einen nur die Frage der höhenmäßigen Bemessung des Bedarfs, nicht aber die davon zu trennende Frage der Zumutbarkeit anderer Bedarfsdeckung und Bedarfsvermeidung. Zum anderen betrafen sie nur den von § 1 Abs. 1 AsylbLG erfassten Personenkreis, bei dem der Gesetzgeber typisierend davon ausgeht, dass diesem eine Rückreise in das Heimatland gegenwärtig nicht möglich oder zumutbar ist. Dies ist bei Unionsbürgern grundsätzlich, vorbehaltlich individueller Umstände im Einzelfall, anders. Auch die Auffassung, es müsse ein Leistungsanspruch bestehen, solange der Staat das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nicht festgestellt hat, entspricht nicht der gesetzlichen Konzeption, die zur Bedingung des Leistungsausschlusses gerade nur das Fehlen eines den

Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II begründenden Aufenthaltsrechts (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#)) macht. Ähnlich wie eine unterbliebene Vermögensverwertung nicht zu einem Leistungsanspruch führt, sind Leistungen nicht allein deshalb zu gewähren, weil die Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland unterbleibt. Der Gesetzgeber hat dem vom BVerfG konturierten Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums durch das differenzierte Regelungsgefüge des [§ 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a](#) und b SGB II und [§ 23 Abs. 3](#) und 3a SGB XII Rechnung getragen: Soweit dem Unionsbürger im Einzelfall eine Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig nicht möglich oder zumutbar ist, können Leistungen nach Maßgabe der Härtefallregelung des [§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII](#) in Betracht kommen. Der nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Buchst. a](#) und b SGB II von Leistungen nach dem SGB II und nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) von Leistungen nach [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) und von Leistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII ausgeschlossene Personenkreis erhält zwar grundsätzlich lediglich noch Überbrückungsleistungen bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Zeitraum von einem Monat ([§ 23 Abs. 3 Satz 3](#) und 5 SGB XII) sowie die angemessenen Kosten der Rückreise ([§ 23 Abs. 3a SGB XII](#)). Soweit dies im Einzelfall besondere Umstände aber erfordern, werden diesen Personen zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen im Sinne von [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) gewährt; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist ([§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII](#); vgl. [BT-Drucks 18/10211, S. 17](#)). EU-Ausländer sind schließlich auch nicht in ihrem Grundrecht aus [Art. 3 Abs. 1 GG](#) als allgemeinem Gleichheitssatz verletzt, etwa weil sie anders behandelt werden als der von [§ 1 Abs. 1 AsylbLG](#) erfasste Personenkreis. Eine etwaige Ungleichbehandlung wäre jedenfalls durch die - oben dargelegten - Umstände gerechtfertigt, die auch einer Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums entgegenstehen (vgl. zu allem BSG, Urteil vom 29. März 2022 - [B 4 AS 2/21 R](#) -, Rn. 35 - 44, Juris).

Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 1 Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA) steht einer Anwendung des Leistungsausschlusses nach [§ 23 Abs. 3 SGB XII](#) nicht entgegen. Zwar ist hinsichtlich der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII kein Vorbehalt der Bundesregierung erklärt worden; aber die Antragstellerin ist rumänische Staatsangehörige und Rumänien ist kein Unterzeichnerstaat des EFA (vgl. hierzu LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18. Oktober 2023 - [L 4 AS 106/20](#) -, Rn. 70; Beschluss vom 09. Februar 2022 - [L 14 AS 1563/21 B ER](#) -, Rn. 41, jeweils in Juris).

Vor diesem Hintergrund hat der Antragsgegner einen Leistungsanspruch der Antragstellerin grundsätzlich zurecht verneint, und der Beschluss des SG vom 26. April 2024, der Antragstellerin Leistungen zuzusprechen, erweist sich grundsätzlich als unzutreffend.

Abweichendes gilt jedoch für den Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis einschließlich 01. April 2024. Der Antragstellerin steht insoweit ein SGB II-Leistungsanspruch in Höhe von 80 vom Hundert der maßgeblichen Regelleistung zuzüglich eines Mehrbedarfs und der Kosten der Unterkunft zu, so dass die erstinstanzliche Entscheidung im Ergebnis insoweit zu bestätigen war.

Der Senat entscheidet insoweit aufgrund einer Folgenabwägung. Für den betroffenen Zeitraum vom 27. Februar 2024 bis einschließlich 01. April 2024 ergeben sich aufgrund dieser Folgenabwägung Leistungsansprüche. Innerhalb dieses Zeitraums ist die besondere Situation der Antragstellerin während des Mutterschutzes zu berücksichtigen.

Im Hinblick auf die Zeit des Mutterschutzes sieht der Senat es als offen an, ob die Antragstellerin bei verfassungskonformer Anwendung der Vorschriften sich zu einem anderen Zweck als der Arbeitssuche in Deutschland aufhält und damit möglicherweise keinem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. b SGB II](#) oder [§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII](#) unterliegen wird.

Das LSG Berlin-Brandenburg hat in seinem Beschluss vom 16. September 2019 ([L 31 AS 1627/19 B ER](#), Rn. 18 ff., Juris) hierzu ausgeführt:

Allerdings ist nicht zu verkennen, dass wegen der Schwangerschaft (welche im vorliegenden Fall auch noch körperliche Schonung verlangt und deshalb einer Aufenthaltsverlegung entgegensteht) innerhalb der Mutterschutzfrist aufenthaltsbeendende Maßnahmen rechtlich nicht möglich sind.

Welche Konsequenzen aufenthaltsrechtlicher und leistungsrechtlicher Art sich im Falle eines Aufenthaltes im Bundesgebiet aus humanitären Gründen für Drittstaatsangehörige (keine EU-Bürger) ergeben, ist jedoch jedenfalls für von Abschiebung bedrohte Ausländer in [§ 60 a](#) Aufenthaltsgesetz i.V.m. [§ 1 Abs. 1 Nr. 4 Asylbewerberleistungsgesetz](#) geregelt. Danach kann eine Duldung (vorübergehende Aussetzung der Abschiebung) einem Ausländer erteilt werden ([§ 60 a Abs. 2 S. 3](#) Aufenthaltsgesetz), wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Ein solches zeitweises inlandsbezogenes Abschiebungshindernis im Sinne des [§ 60 a](#) Aufenthaltsgesetz aus humanitären Gründen stellt die Reiseunfähigkeit einer Schwangeren innerhalb der aus dem errechneten Geburtstermin folgenden Mutterschutzfrist im Sinne des Mutterschutzgesetzes dar (vergleiche zum Ganzen ausführlich: VG Würzburg, Beschluss vom 25. April 2019, [W 8 S 19.50295](#), zitiert nach Juris, dort Rn. 13 und 14 mit weiteren umfangreichen Nachweisen).

Wäre die Antragstellerin somit als Drittstaatsangehörige von einer Abschiebung bedroht, könnte sie gemäß [§ 60a Abs. 2 S. 3](#) Aufenthaltsgesetz eine Duldung

erwirken, die gemäß [§ 1 Abs. 1 Nr. 4 Asylbewerberleistungsgesetz](#) dazu führen würde, dass sie einen Anspruch auf Gewährung von

Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz hätte.

Es kann im Ergebnis also nicht sein, dass eine EU-Bürgerin, die nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU mit viel weitergehenden Rechten ausgestattet ist als sonstige Drittstaatsangehörige schlechter steht als solche.

Eine Duldung im Sinne des [§ 60 a](#) Aufenthaltsgesetz, die dann in entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 4 Asylbewerberleistungsgesetz zu Leistungen führen würde, kann der Antragstellerin aber vorliegend deshalb nicht erteilt werden, weil in ihrem Fall nicht gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU (Recht auf Freizügigkeit) festgestellt worden ist, sodass Sie sich weiterhin erlaubt im Bundesgebiet aufhalten kann und nicht von Abschiebung (§ 7 Abs. 1 S. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU) bedroht ist. Dem Senat ist auch aus einer erst kürzlich durchgeführten Fortbildung durch den Leiter der B Ausländerbehörde bekannt, dass die Ausländerbehörde des Landes B jedenfalls in der Regel keine Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts von EU-Ausländern sowie gegebenenfalls Abschiebungen ins EU-Ausland vornimmt, weil dies aus rein praktischen Gründen sinnlos ist, da EU-Ausländer bis auf wenige Ausnahmen (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU) das Recht hätten, unverzüglich in die Bundesrepublik Deutschland erneut einzureisen. Deshalb kann die Antragstellerin jedenfalls im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht darauf verwiesen werden, zunächst die Verlustfeststellung zu betreiben, um dann gegebenenfalls Leistungen in analoger Anwendung des Asylbewerberleistungsgesetzes in Anspruch zu nehmen. Es ist verfassungsrechtlich unter dem Aspekt der Menschenwürde i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip schlichtweg undenkbar, dass wegen eines Abschiebungshindernisses die Ausreise rechtlich nicht verlangt werden kann, gleichzeitig der Antragstellerin aber kein Leistungsanspruch zuerkannt wird, so dass sie ihr Kind ohne Krankenversicherungsschutz sozusagen „auf der Straße“ zur Welt bringen müsste.

Diesen Ausführungen schließt sich der erkennende Senat nach eigener Prüfung an (vgl. insoweit auch den Beschluss des Senats vom 07. Juli 2022, Az. L 3 AS 535/22 B ER, unveröffentlicht). Ergänzend hierzu ist zu bedenken, dass nach der Günstigkeitsregelung in § 11 Abs. 14 FreizügG/EU das Aufenthaltsgesetz anwendbar ist, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt. Zwar vermittelt [§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) kein Aufenthaltsrecht. Ein solches könnte aber nach [§ 25 Abs. 4 AufenthG](#) in Betracht zu ziehen sein. Danach kann einem nicht vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. In diesen Fällen kann auch von den allgemeinen Voraussetzungen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG](#) (Sicherung des Lebensunterhaltes) abgesehen werden ([§ 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG](#); so bereits im nicht veröffentlichten Beschluss des Senats vom 19. August 2021 - L 3 AS 535/21 B ER; vgl. auch BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 - [B 14 AS 35/15 R](#) -, Rn. 29, Juris).

Soweit durch die Entbindung des Sohnes der Antragstellerin am 05. Februar 2024 unter Berücksichtigung der Wertungen des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) bzw. der dort festgelegten Mutterschutzfristen von dringenden humanitären Gründen bzw. von einer Notlage auszugehen ist, ist mithin aufgrund einer Folgenabwägung zu entscheiden. Die Antragstellerin wohnt zusammen mit ihrem Lebensgefährten und den gemeinsamen Kindern, die ergänzend Leistungen der Grundsicherung beziehen, in wechselnden Notunterkünften. Es ist nicht ersichtlich, dass - abgesehen von bei weitem nicht bedarfsdeckenden Erwerbseinkommen ihres Partners - anderweitiges Einkommen oder Vermögen der Antragstellerin vorhanden wäre. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende dienen aber der Sicherstellung eines menschenwürdigen Lebens und stellen eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates sicher, die dem Gebot des Schutzes der Menschenwürde in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot entspringt. Daher kann die Beeinträchtigung durch eine während des Hauptsacheverfahrens fehlende Deckung des Existenzminimums nachträglich nicht mehr ausgeglichen werden. Der elementare Lebensbedarf eines Menschen kann grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden, in dem er entsteht. Demgegenüber tritt der im Falle des Unterliegens der Antragstellerin in der Hauptsache den Antragsgegner treffende Rechtsnachteil, Leistungen zu Unrecht gewährt zu haben und dann zurückzufordern, zurück.

Der Antragstellerin sind daher Leistungen ab Antragsbeginn, mithin ab dem 27. Februar 2024 und bis einschließlich 01. April 2024 vorläufig zu gewähren. Ihr Sohn wurde am 05. Februar 2024 geboren. Die Mutterschutzfrist beginnt gemäß [§ 3 Abs. 1 MuSchG](#) sechs Wochen vor der Geburt und endet grundsätzlich acht Wochen nach der Entbindung (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 MuSchG), mithin hier mit Ablauf des 01. April 2024.

Der Senat erachtet es für ausreichend, der Antragstellerin für diesen Zeitraum zuzüglich zu den Kosten der Unterkunft und Heizung 80% der gesetzlichen Leistungen, mithin der Regelleistung und des Mehrbedarfs zu gewähren. Die besonderen Anforderungen an Eilverfahren schließen es nicht aus, dass die Gerichte den Grundsatz der unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache vermeiden, indem sie Leistungen nur mit einem Abschlag zusprechen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) -, Rn. 26, Juris). Die Leistungen noch weiter als unter 80% der gesetzlichen Leistungen abzusenken, sieht der Senat keinen Anlass. Der Abschlag von 20% erscheint sachgerecht und vorübergehend hinnehmbar.

Die Antragstellerin ist gemäß [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) der Regelbedarfsstufe 2 zuzuordnen.

Sie hat weiterhin einen Anspruch auf Mehrbedarf. Bis zum Ende des Monats, in welchen die Entbindung ihres Sohnes fällt (hier der Monat Februar 2024), hat der Antragsgegner gemäß [§ 21 Abs. 2 SGB II](#) zusätzlich noch den Schwangerenmehrbedarf in Höhe von 17% des Regelsatzes zu erbringen bzw. beläuft sich der Schwangerenmehrbedarf im einstweiligen Rechtsschutz auf 80% dieser Summe.

Der Antragstellerin sind weiterhin die vorläufigen Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung gemäß [§ 22 Abs. 1 SGB II](#) zu erbringen. Diese belaufen sich gemäß der Zuweisungsverfügung vom 06. März 2024 für die Zeit vom 01. Februar 2024 bis zum 16. Mai 2024 auf kalendertäglich 29,80 €. Zur Zahlung verpflichtete Kostenschuldnerin ist gemäß der Zuweisungsverfügung die Antragstellerin selbst. In Anbetracht des Umstandes, dass die Antragstellerin nur überbrückend und ordnungsbehördlich in einer Notunterkunft untergebracht ist,

erfolgt die Auszahlung der Kosten der Unterkunft und Heizung entsprechend [§ 22 Abs. 7 Satz 2 SGB II](#) direkt an die Kostengläubigerin, das Bezirksamt Tvon B.

Der Senat spricht der Antragstellerin die vorgenannten Leistungen entsprechend [§ 130 Abs. 1 SGG](#) vorläufig dem Grunde nach zu (vgl. hierzu auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. September 2023 - [L 9 AS 797/23 B ER](#) -, Rn. 22, Juris, m. w. N.). Dies entspricht sowohl dem erstinstanzlich gestellten Antrag der Antragstellerin als auch dem Tenor des angefochtenen Beschlusses. Überdies ist dem Senat das für die Berechnung der Leistungen maßgebliche Einkommen der Bedarfsgemeinschaft im Leistungszeitraum nicht bekannt.

Die Antragstellerin hat keinen Anspruch darauf, dass ihr darüber hinaus (einmalig) Überbrückungsleistungen im Sinne des [§ 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII](#) gewährt werden.

Nach dieser Vorschrift werden hilfebedürftigen Ausländern, die einem Leistungsausschluss unterfallen, 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. Satz 5 enthält nähere Vorgaben zum Inhalt der Leistungen. Satz 6 sieht unter anderem vor, dass 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.

Die anwaltlich vertretene Antragstellerin hat einen entsprechenden Antrag auf Überbrückungsleistungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht gestellt. Der Senat sieht daher keine Veranlassung, den Sozialhilfeträger beizuladen und zu prüfen, ob ihr Überbrückungsleistungen vorläufig zu gewähren sein sollten.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#) und trägt dem Ausgang des Verfahrens in der Sache Rechnung.

Der Antragstellerin war für das Beschwerdeverfahren gemäß [§§ 73a SGG](#) in Verbindung mit 114 ff. ZPO Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihres Prozessbevollmächtigten, ohne Festsetzung von Monatsraten und aus dem Vermögen zu zahlender Beträge zu gewähren, weil sie die Kosten der Prozessführung nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht aufbringen kann. Eine Prüfung der Erfolgsaussichten hat zu unterbleiben, weil der Antragsgegner das Rechtsmittel eingelegt hat ([§§ 73a SGG, § 119 Abs. 1 Satz 2 ZPO](#)).

Der Beschluss ist unanfechtbar, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft
Aus
Saved
2024-09-05