

## S 29 AS 195/23 ER

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
SG Frankfurt (HES)  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 29 AS 195/23 ER  
Datum  
01.06.2023  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 7 AS 196/23 B ER  
Datum  
09.08.2023  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgelehnt.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

### Gründe

I.

Die Antragstellerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch – Bürgergeld, Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II).

Die 2001 geborene Antragstellerin lebt mit ihrem Lebenspartner und den in den Jahren 2019, 2020, 2021 und 2023 geborenen gemeinsamen Kindern in einer Bedarfsgemeinschaft. Die Antragstellerin, ihr Lebenspartner und die gemeinsamen Kinder haben die rumänische Staatsbürgerschaft. Der Lebenspartner der Antragstellerin ist auf Minijobbasis erwerbstätig bei einer Sicherheits- und Servicedienstleistungsfirma. Seit dem 24.06.2022 leben sie in der A-Straße, A-Stadt. Unter dem 27.07.2022 beantragte der Lebenspartner der Antragstellerin Leistungen nach dem SGB II für die Bedarfsgemeinschaft bei dem Antragsgegner. Mit Bescheid vom 25.01.2023 bewilligte der Antragsgegner vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für den Lebenspartner der Antragstellerin und die gemeinsamen Kinder. Im Übrigen lehnte der Antragsgegner den Antrag für die Antragstellerin ab aufgrund eines fehlenden Arbeitnehmerstatus. Hiergegen legte die Antragstellerin unter dem 07.02.2023 Widerspruch ein. Die sodann anwaltlich vertretene Antragstellerin trug vor, dass sie der Auffassung sei, dass ihr als sorgeberechtigtem Elternteil der minderjährigen freizügigkeitsberechtigten Kinder ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 14 S. 1 Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG) und [Art. 18](#) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zustehe, so dass ein Leistungsausschluss nicht greife. Die Kinder seien auf die Betreuung durch die Antragstellerin angewiesen; eine Ausreise sei nicht zumutbar. Den Widerspruch wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 10.03.2023 zurück. Er verweist wiederum darauf, dass die Antragstellerin von Leistungen ausgeschlossen sei, da sich ihr Aufenthaltsrecht alleine zum Zwecke der Arbeitssuche ergebe.

Am 14.03.2023 hat die Antragstellerin Klage erhoben und einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Zur Begründung wiederholte sie ihren Vortrag im Widerspruchsverfahren und fügte hinzu, dass das Existenzminimum nicht gesichert sei, so dass Eilrechtsschutz erforderlich wäre.

Die Antragstellerin beantragt, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin ab Antragstellung für einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Zeitraum Leistungen nach dem SGB II gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt, den Antrag abzulehnen.

Der Antragsgegner ist weiterhin der Auffassung, dass der Antragstellerin kein von den Kindern abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, sowie der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig, aber nicht begründet.

Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes der Antragsteller vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setzt in diesem Zusammenhang einen Anordnungsanspruch, also einen materiell-rechtlichen Anspruch auf die Leistung, zu der der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll, voraus, sowie einen Anordnungsgrund, nämlich einen Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründet. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind dabei glaubhaft gemäß [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) i.V.m. [§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) zu machen.

Materielle Rechtsgrundlage für den Anordnungsanspruch der Antragstellerin auf Gewährung von Arbeitslosengeld II ist [§ 7 SGB II](#) i.V.m. [§ 19 Abs. 1 SGB II](#). Die Anspruchsvoraussetzungen sind grundsätzlich erfüllt; insbesondere sind die gesetzlichen Bedarfe der Antragstellerin nicht durch zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen gedeckt. Problematisch ist ausschließlich, ob die Antragstellerin als erwerbsfähige Leistungsberechtigte gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) von der Leistungsgewährung ausgenommen ist.

Ausgenommen von dem Kreis der Leistungsberechtigten nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) sind insbesondere Ausländerinnen und Ausländer sowie ihre Familienangehörigen gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#), sofern es sich hierbei nicht um Ausländer mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) handelt (s. [§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II](#)) oder sie seit mindestens fünf Jahren – rechtmäßig – ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben und der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes nicht festgestellt wurde (s. [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#)), wenn sie (a) kein Aufenthaltsrecht haben, (b) deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt oder (c) die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Art. 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 (FreizügigkeitsVO), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 geändert worden ist, ableiten. Die Ausschlussregelung erfordert bei Unionsbürgern regelmäßig eine fiktive Prüfung des Grundes bzw. der Gründe einer möglichen Aufenthaltsberechtigung. Bereits das Vorhandensein eines Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem Zweck der Arbeitssuche hindert die Feststellung eines Aufenthaltsrechts „allein aus dem Zweck der Arbeitssuche“ im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) (BSG, Urteil vom 30.01.2013, [B 4 AS 54/12 R](#)).

Auf eine unionsrechtliche Freizügigkeitsberechtigung, die nicht von dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) umfasst ist oder ein Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) kann sich die Antragstellerin nicht berufen.

Die Antragstellerin war zu keinem Zeitpunkt in Deutschland Arbeitnehmerin, so dass weder ein Aufenthaltsrecht aufgrund eines Arbeitnehmerstatus (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügigG/EU), noch die Fortwirkung eines Arbeitsverhältnisses in Betracht kommt (§ 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 FreizügigG/EU).

Ebenso wenig verfügt die Antragstellerin über ein Daueraufenthaltsrecht nach § 4a FreizügigG/EU. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügigG/EU haben Unionsbürger, die sich seit fünf Jahren ständig rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, unabhängig vom weiteren Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FreizügigG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt (Daueraufenthaltsrecht). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Zwar steht dem Partner der Antragstellerin als Arbeitnehmer ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügigG/EU zu. Aus diesem Aufenthaltsrecht des Partners kann die nicht verheiratete Antragstellerin nach § 3 Abs. 1 FreizügigG/EU – anders als die gemeinsamen Kinder – kein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige ableiten. Als nahestehende Person i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 4c FreizügigG/EU könnte ihr zwar nach § 3a Nr. 3 FreizügigG/EU auf Antrag das Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet verliehen werden, wenn ihr Lebensgefährte mit ihr im Bundesgebiet nicht nur vorübergehend zusammenlebt, wovon derzeit mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen ist, jedoch fehlt es vorliegend an den Regelungsvoraussetzungen nach [§ 5 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4](#) Aufenthaltsgesetz (AufenthG), die nach § 11 Abs. 5 FreizügigG/EU in den Fällen des § 3a FreizügigG/EU entsprechend anzuwenden sind. Der Lebensunterhalt der Antragstellerin ist ausweislich ihres eigenen Vortrages nämlich gerade nicht ohne die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert.

Die Antragstellerin kann auch kein Aufenthaltsrecht aus Art. 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 ableiten (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020, [C-181/19](#)). Denn dies setzt voraus, dass die Kinder der Antragstellerin die Schule besuchen. Die gemeinsamen Kinder der Antragstellerin und ihres Lebenspartners sind jedoch nicht im schulpflichtigen Alter.

Es ergibt sich auch kein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin aus den Vorschriften des AufenthG.

Der Anwendbarkeit des AufenthG steht hier nicht entgegen, dass dieses grundsätzlich nur auf Drittstaatenangehörige anwendbar ist. Denn es findet nach § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügigG/EU auch auf Unionsbürger ausnahmsweise dann Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung als das FreizügigG/EU vermittelt. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann sich diese nicht auf ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen ([§§ 27 ff. AufenthG](#)) gem. [§ 28 AufenthG](#) berufen.

Nach [§ 28 AufenthG](#) ist eine Aufenthaltserlaubnis 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 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#)). Eine direkte Anwendung scheidet vorliegend aus, da die Kinder der Antragstellerin rumänische Staatsangehörige sind, weshalb der Tatbestand der Norm nicht erfüllt ist.

Die Antragstellerin kann auch kein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügigG/EU i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) und [Art. 18](#)

[AEUV](#) herleiten. In der Literatur und Rechtsprechung wird vertreten, dass [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) aufgrund des in [Art. 18 AEUV](#) statuierten Gleichbehandlungsgrundsatzes auf minderjährige Unionsbürger und ihre Eltern unmittelbar oder analog Anwendung findet (vgl. Landessozialgericht NRW, Beschluss v. 30.10.2018, [L 19 AS 1472/18 B ER](#), juris Rn. 28 ff. m. w. N.; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 29.06.2016, [L 25 AS 1331/16 B ER](#); Landessozialgericht für das Saarland, Urteil v. 07.09.2021, [L 4 AS 23/20 WA](#); Dienelt, in: Bergmann/ Dienelt, Ausländerrecht, 14. Auflage, FreizügG/EU, § 11 Rn. 86 ff. und 102 ff.). Dies ist allerdings in der Rechtsprechung stark umstritten. So wird auch vertreten, dass [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) keine günstigere Rechtsstellung als das FreizügG/EU vermittele. Die Auslegung des Diskriminierungsverbots aus [Art. 18 AEUV](#) gerate zu weit. Die Ausdehnung der Ausnahmenvorschrift des [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG](#), die ein Aufenthaltsrecht des ausländischen Elternteils nur zugunsten eines minderjährigen Deutschen regelt, auf alle Unionsbürger würde dazu führen, dass die entsprechenden Regelungen des FreizügG/EU praktisch keinen Anwendungsbereich mehr hätten (vgl. Hessisches Landessozialgericht, Beschluss v. 28.06.2017, L 7 AS 140/17 B ER, nicht veröffentlicht; Beschluss vom 21.08.2019, [L 7 AS 285/19 B ER](#); Beschluss vom 29.07.2021, [L 6 AS 209/21 B ER](#); Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 22.05.2017, [L 31 AS 1000/17 B ER](#); Urteil v. 09.06.2021, [L 34 AS 850/17](#)). Letztgenannter ganz überwiegender Auffassung wird sich angeschlossen. Denn nach § 3 Abs. 1 S. 2 FreizügigG/EU besteht für Familienangehörige, wie etwa auch die Antragstellerin als Mutter ihrer Kinder, ein Freizügigkeitsrecht lediglich nach Maßgabe des § 4 FreizügigG/EU, also, wenn sie unter anderem über ausreichende Existenzmittel verfügen. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die Kinder und der Vater ebenfalls SGB II Leistungen beziehen. Die Regelung des FreizügigG/EU hätte praktisch keinen Anwendungsbereich mehr, wenn die Vorschrift des [§ 28 AufenthG](#) in analoger Anwendung derart weit ausgedehnt würde. Zudem hat sich der Auffassung angeschlossen, dass es der Intention des Gesetzgebers widerspräche, wenn nur einzelne Merkmale einer nach dem auf das Gesetz erreichbaren Rechtsstellung in den Blick genommen, isoliert bewertet und die dem Unionsbürger davon günstigen herausgegriffen würden, ohne die jeweilige Vorschrift in ihrer Gesamtheit und in ihrem Kontext zu sehen (VGH Kassel, Ur. v. 16.11.2016, 9A 242/15). Die Schlussfolgerung einer günstigeren Rechtsstellung ist daher im Rahmen der Gesamtheit der Norm zu betrachten. Die hier in Rede stehende Norm des [§ 28 Abs. 1 AufenthG](#) vermittelt gegenüber dem Freizügigkeitsrecht bereits deshalb keine günstigere Rechtsstellung, da aus [§ 7 AufenthG](#) eine grundsätzliche Befristung dieser Arbeitserlaubnis folgt. Schon aus diesem Grund ist die analoge Anwendung des [§ 28 AufenthG](#) ausgeschlossen. Im Übrigen finden die Nachzugsregelungen in [§ 28 Abs. 1 und 2 AufenthG](#) ihre besondere Rechtfertigung gerade in dem Umstand, dass der Nachzug zu einem in Deutschland lebenden deutschen Staatsangehörigen erfolgt. Das Ziel ist daher die Familienzusammenführung in dem Heimatstaat, nicht in einem ausländischen Staat.

Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin folgt schließlich auch nicht aus [Art. 6 GG](#). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt [Art. 6 GG](#) keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Die in [Art. 6 Abs. 1](#) in Verbindung mit Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm verpflichten die Ausländerbehörde jedoch bei der Entscheidung über aufenthaltsrechtliche Maßnahmen die familiären Bindungen in ihren Erwägungen angemessen zu 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, Beschluss vom 1. Dezember 2008 – [2 BvR 1830/08](#) –, juris Rn. 26; BVerfG, Beschluss vom 9. Januar 2009 – [2 BvR 1064/08](#) –, juris Rn. 14).

Die Schutzwirkungen, die von der familiären Bindung der Antragstellerin zu ihren Kindern und ihrem Lebensgefährten ausgehen, sind somit zwar bei der Auslegung der Normen des AufenthG zu berücksichtigen, erlauben es aber nicht, sich über einzelne Tatbestandsmerkmale dieser Vorschriften hinwegzusetzen, weshalb sich ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin nicht begründen lässt. Eine Trennung der Familie ist nicht zwangsläufig mit der Versagung von Leistungen nach dem SGB II verbunden. Der Lebenspartner der Antragstellerin ist geringfügig erwerbstätig und bezieht ergänzend Leistungen, die Kinder stehen ebenfalls im Leistungsbezug, so dass eine Fortführung der Lebensgemeinschaft in Deutschland nicht in Gänze ausgeschlossen werden kann. Insbesondere kann die familiäre Gemeinschaft aber auch in dem Heimatland in Rumänien fortgeführt werden.

Der Antragstellerin steht schließlich auch kein Anspruch unter dem Gesichtspunkt zu, dass sie sich derzeit mangels Verlustfeststellung rechtmäßig in Deutschland aufhält. Das BSG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die generelle Freizügigkeitsvermutung für Unionsbürger weder einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II eröffnet noch dem Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II entgegensteht (vgl. BSG, Ur. v. 30.08.2017, [B 14 AS 31/16 R](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf einer analogen Anwendung des [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ausgang des Verfahrens.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-11-30