

L 2 AS 302/23 B ER

Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 10 AS 630/23 ER
Datum
26.09.2023
2. Instanz
-
Aktenzeichen
L 2 AS 302/23 B ER
Datum
24.11.2023
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1. Aus einer Fiktionsbescheinigung, die auf Grundlage des § 11 Abs 4 Satz 1 FreizügG/EU iVm [§ 81 Abs 5 AufenthG](#) ausgestellt wurde, folgt kein Aufenthaltsrecht.
2. Das Kind eines drittstaatsangehörigen Elternteils kann diesem nur dann ein Aufenthaltsrecht vermitteln, wenn es selbst ein Aufenthaltsrecht hat. Der Besuch einer allgemeinbildenden Schule kann nur dann ein Aufenthaltsrecht nach Art 10 VO (EU) Nr 492/2011 begründen, wenn ein Elternteil die Unionsbürgerschaft hat.
3. Ein drittstaatsangehöriger Ausländer kann sich nur dann auf ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht "sui generis" (eigener Art) berufen, wenn sein familienangehöriges Kind als Unionsbürger faktisch gezwungen wäre, ihm bei der Ausreise aus dem Unionsgebiet zu folgen und sich in das außereuropäische Ausland zu begeben (hier erneint).
4. Leistungen aus dem Gleichbehandlungsanspruch nach Art 1 EFA kommen nur dann in Betracht, wenn ein erlaubter Aufenthalt besteht.
5. Sofern der drittstaatsangehörige Elternteil mangels Aufenthaltsrechts vollziehbar ausreisepflichtig ist, kommen für ihn Leistungen nach § 1 Abs 1 Nr 5 AsylbLG und für sein Kind mit Unionsbürgerschaft nach § 1 Abs 1 Nr 6 AsylbLG in Betracht, auch wenn das Kind noch nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist.

Auf die Beschwerde der Antragstellerinnen wird der Beschluss des Sozialgerichts Halle vom 26. September 2023 abgeändert. Die Beigeladene wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellerinnen vorläufig bzw. vorbehaltlich einer Entscheidung in der Hauptsache Leistungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AsylbLG i.V.m. dem SGB XII für den Zeitraum vom 16. August 2023 bis 31. Januar 2024 zu erbringen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Beigeladene hat die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerinnen in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Die Anträge auf Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren und auf Beiordnung des Prozessbevollmächtigten werden abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerinnen begehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Gewährung von Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts ab dem Monat August 2023.

Die am ... 1979 geborene Antragstellerin zu 1) ist kubanische Staatsangehörige. Die Antragstellerin zu 2), welche die italienische Staatsbürgerschaft hat, ist ihre am ... 2010 in Italien geborene Tochter.

Nach ihren Angaben lebte die Antragstellerin zu 1) seit dem 8. Dezember 1999 in Italien. Laut einer Bescheinigung des italienischen Innenministeriums über eine Aufenthaltsgenehmigung für Ausländer vom 29. Oktober 2003 war ihr keine Flüchtlingseigenschaft zuerkannt worden. Als Gründe für den Aufenthalt wurden familiäre Motive genannt. Der Lebensunterhalt werde durch Arbeit gesichert. Sie lebe mit ihrem Sohn L. M. (geboren am 12. Januar 1995) zusammen. Gemäß einem am 18. April 2019 ausgestellten italienischen Identitätsnachweis wohnte sie zuletzt in Ravenna.

Am 15. Mai 2021 meldete die Antragstellerin zu 1) ihre Einreise in die Bundesrepublik Deutschland. In einem Antrag auf Erteilung bzw. Verlängerung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis vom 17. November 2022 gab sie hingegen an, am 24. Mai 2021 ins Bundesgebiet eingereist zu sein.

Nach einem Vermerk der Beigeladenen vom 28. September 2021 sei die Antragstellerin zu 1) zusammen mit ihrem rumänischen Lebenspartner unter falschen Versprechungen nach Deutschland gekommen. Die gemeinsam genutzte Wohnung in der F.straße 3 in H.

(Saale) werde am 30. September 2021 zwangsgeräumt. Nachdem die Antragstellerin zu 1) einen Arbeitsvertrag vorlegen konnte, sei ihr eine Aufenthaltskarte mit einer Gültigkeit bis zum 15. September 2022 ausgestellt worden.

Die entsprechend erteilte Aufenthaltskarte weist sie als EU-Familienangehörige „Art. 10 der Richtlinie 2004/38/EG“ mit der Anmerkung „§ 5 Abs. 1 FreizügG/EU“ aus. Sie gelte als Passersatz. Des Weiteren war darauf vermerkt, dass ihr die Erwerbstätigkeit gestattet sei.

Die Beigeladene erteilte der Antragstellerin zu 1) mit Schreiben vom 16. September 2021 eine Bescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) als Familienangehörige einer Unionsbürgerin über das Recht auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Die Antragstellerin zu 1) sei berechtigt, im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland eine Arbeit aufzunehmen.

Die Familienkasse entsprach dem am 24. November 2021 gestellten Antrag der Antragstellerin zu 1) auf Kindergeld mit Bescheid vom 31. Mai 2022 und gewährte ihr ab dem Monat September 2021 laufend Kindergeld für die Antragstellerin zu 2).

Die Antragstellerinnen sind seit dem 1. Oktober 2021 unter ihrer derzeitigen Anschrift als wohnhaft gemeldet.

Gemäß einer Bescheinigung der Sekundarschule am F.weg in H. (Saale) besuchte die Antragstellerin zu 2) diese Schule seit dem 8. November 2021.

Der Antragstellerin zu 1) war mit Gültigkeit bis zum 5. September 2023 eine Fiktionsbescheinigung erteilt worden.

Sie war gemäß einer Aufstellung über den Versicherungsverlauf in der Deutschen Rentenversicherung in den Zeiträumen vom 23. September 2021 bis 20. Juni 2022, 29. Juni bis 13. Juli 2022 sowie vom 21. September bis 8. November 2022 versicherungspflichtig in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt.

Bereits im April 2023 erhoben die Antragstellerinnen beim Sozialgericht Halle (SG) Klage gegen die Ablehnung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts durch den Antragsgegner (Aktenzeichen S 10 AS 308/23) und suchten zeitgleich einstweiligen Rechtsschutz (Aktenzeichen S 10 AS 303/23 ER). Nach Ablehnung des einstweiligen Rechtsschutzes durch das SG schlossen die Beteiligten im Beschwerdeverfahren (L 2 AS 161/23 B ER) einen Vergleich, wonach der Antragsgegner vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache für den Zeitraum vom 18. April bis 9. Mai 2023 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Bürgergeld, Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) sowie die Beigeladene ebenfalls vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache für den Zeitraum vom 10. Mai bis 31. Juli 2023 Leistungen der Sozialhilfe gemäß [§ 23 Abs. 3 Satz 6](#) des Sozialgesetzbuches Zwölftes Buch – Sozialhilfe (SGB XII) gewährte.

Am 21. Juni 2023 beantragten die Antragstellerinnen beim Antragsgegner die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ab dem Monat August 2023.

Der Antragsgegner lehnte die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom 1. August 2023 bis zum 31. Januar 2024 ab (an die Antragstellerin zu 1) gerichteter Bescheid vom 3. August 2023). Es bestehe kein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts, weil die Anspruchsberechtigung der Antragstellerin zu 1) mit Ablauf der bis zum 15. September 2022 gültigen Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU geendet habe. Danach bestehe kein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Die Beantragung einer neuen Aufenthaltskarte begründe kein Aufenthaltsrecht. Es könne auch kein Aufenthaltsrecht von der Antragstellerin zu 2) abgeleitet werden. Diese sei zwar italienische Staatsbürgerin, aber nicht erwerbstätig und auch sonst nicht freizügigkeitsberechtigt.

Am 16. August 2023 haben die Antragstellerinnen beim SG den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen den Antragsgegner beantragt, ihnen bis zu einer Entscheidung der Hauptsache vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Auf Nachfrage des SG hat die Antragstellerin zu 1) erklärt, dass sie keinen Asylantrag gestellt habe. Ihr neuer Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte als EU-Familienangehörige sei noch nicht abschließend bearbeitet worden. Derzeit habe sie nur eine bis zum 5. September 2023 gültige Fiktionsbescheinigung, wonach der Aufenthalt bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde über ihren Antrag als erlaubt gelte ([§ 81 Abs. 3 Satz 1](#) des Aufenthaltsgesetzes [AufenthG]), die Abschiebung ausgesetzt sei ([§ 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG](#)) und der Aufenthaltstitel als fortbestehend gelte ([§ 81 Abs. 4 AufenthG](#)). Sie habe seit dem 8. Dezember 1999 bis zum 24. Mai 2021 in Italien gelebt. Dort habe sie aufgrund einer Heirat mit einem italienischen Staatsbürger den Status einer Familienangehörigen gehabt. Einen Status als Asylbewerberin habe sie nicht gehabt. Mit Urteil des Amtsgerichts Halle (Saale) vom 24. August 2023 sei sie zur Räumung der derzeit genutzten Wohnung verurteilt worden. Das SG hat die Stadt H. (S) notwendig beigeladen (Beschluss vom 24. August 2023).

Der Antragsgegner hat den Widerspruch der Antragstellerinnen gegen den Bescheid vom 3. August 2023 zurückgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 24. August 2023). Am 25. August 2023 haben die Antragstellerinnen deswegen Klage erhoben (S 10 AS 653/23).

Das SG hat die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 18. September 2023 aufgefordert, etwaige besondere Umstände vorzutragen, welche Leistungen nach [§ 23 Abs. 3](#) Sätze 3 und [4 SGB XII](#) über einen Zeitraum von zweieinhalb Monaten hinaus begründen würden. Des Weiteren sei vorzutragen, was einem Rückzug der Antragstellerinnen nach Italien entgegenstehe. Das SG hat um Beantwortung der Fragen bis 25. September 2023 gebeten.

Die Beigeladene hat mitgeteilt, dass die Antragstellerinnen keinen Antrag auf Gewährung von Asyl gestellt haben. Über den aufenthaltsrechtlichen Status der Antragstellerinnen in Italien sei nichts bekannt.

Das SG hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt (Beschluss vom 26. September 2023). Es bestehe kein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. Die Antragstellerin zu 1) sei als kubanische Staatsangehörige von den Leistungen nach dem SGB II ausgenommen. Ein Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG habe sie nicht. Sie sei auch nicht nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) leistungsberechtigt. Auf der Fiktionsbescheinigung vom 6. März 2023 seien die Alternativen nach [§ 81 Abs. 3 Satz 1 oder Satz 2 AufenthG](#) nicht angekreuzt. Die Antragstellerin zu 1) habe auch kein von der Antragstellerin zu 2) abgeleitetes Freizügigkeitsrecht, weil jene selbst kein Freizügigkeitsrecht habe. Sie sei zwar Unionsbürgerin, aber nicht erwerbstätig und verfüge nicht über ausreichende Existenzmittel. Da die Antragstellerinnen erst im Jahr 2021 eingereist seien, bestehe auch kein Freizügigkeitsrecht wegen eines 5-jährigen Aufenthalts im

Bundesgebiet. Die Antragstellerin zu 2) habe auch kein Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 Satz 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011. Aus dem Inhalt der Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners ergebe sich nicht, dass der leibliche Vater der Antragstellerin zu 2) Angehöriger eines Mitgliedstaates der EU sei. Dies werde durch die Antragstellerinnen auch nicht behauptet. Nach den nicht widersprochenen Darstellungen in dem Widerspruchsbescheid vom 20. März 2023 sei die Antragstellerin zu 1) im Jahr 2021 mit ihrem damaligen rumänischen Lebensgefährten in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Daraus ergebe sich nicht, dass dieser Vater der Antragstellerin zu 2) sei. Dies und dessen Aufenthalt bzw. Beschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland während eines Schulbesuchs der Antragstellerin zu 2) wäre aber Voraussetzung für ein Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin zu 2) nach Art. 10 Satz 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011. Nach den Ermittlungen des Antragsgegners halte sich der Vater der Antragstellerin zu 2) in Italien auf. Es gebe keine Anhaltspunkte, dass er sich in Deutschland aufhalte bzw. aufgehalten habe. Die Antragstellerin zu 1) habe auch kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht nach den [Art. 20, 21](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Es sei keine Gefahr zu erkennen, dass die Unionsbürgerschaft der Antragstellerin zu 2) ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde bzw. sie sich infolge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts gezwungen sehe, das Gebiet der EU als Ganzes zu verlassen. Die Antragstellerin zu 1) könne als Familienangehörige der italienischen Staatsangehörigen, der Antragstellerin zu 2), ein Aufenthaltsrecht in Italien unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu [Art. 20, 21 AEUV](#) haben. Nach Kenntnis des Gerichts lebe auch ein weiteres Kind der Antragstellerin zu 1), das inzwischen volljährig sei, in Italien. Es sei für das Gericht nicht zu erkennen, warum es nicht zumutbar sei, nach Italien zurückzukehren. Die Antragstellerin zu 1) habe auch kein unmittelbar aus [Art. 21 Abs. 1 AEUV](#) folgendes Aufenthaltsrecht. Denn die Antragstellerin zu 2) habe kein eigenes Freizügigkeitsrecht, aus dem die Antragstellerin zu 1) ein Freizügigkeitsrecht ableiten könnte. Ansprüche gegen die Beigeladene bestünden nicht. Leistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) seien nicht zu gewähren, weil keine Feststellung vorliege, dass ein Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht bestehe. Auch ein Anspruch auf Leistungen nach [§ 23 SGB XII](#) bestehe nicht. Mangels Aufenthaltsrechts bestehe auch kein Anspruch nach [§ 43 Abs. 1 Satz 1 SGB XII](#). Ein Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#) bestehe nicht mehr, nachdem die Beigeladene ab dem 10. Mai 2023 entsprechende Leistungen bis zum 31. Juli 2023 erbracht habe. Die weitere Erbringung der Leistungen sei bis zum 9. Mai 2025 ausgeschlossen ([§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#)). Darüber hinaus scheide ein Anspruch auf Härtefallleistungen nach [§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII](#) aus. Zum Vorliegen besonderer Umstände, die es geboten erscheinen ließen, zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage Leistungen über den Monat Juli 2023 hinaus zu erbringen, sei von den Antragstellerinnen nichts vorgetragen worden.

Mit einem am 26. September 2023 eingegangenen Schreiben - das nach einem Vermerk des SG erst nach Beschlussfassung zur Kenntnis des Vorsitzenden gelangte - haben die Antragstellerinnen eine Schulbescheinigung eingereicht, wonach die Antragstellerin zu 2) voraussichtlich bis zum 31. Juli 2024 die Sekundarschule am F.weg in H. (S) besuchen werde. Weiteres könne erst nach einer Besprechung mithilfe eines Dolmetschers vorgetragen werden, welcher erst am 28. September 2023 zur Verfügung stehe.

Gegen den ihnen am 28. September 2023 zugestellten Beschluss haben die Antragstellerinnen am 29. September 2023 Beschwerde eingelegt und hierfür die Gewährung von Prozesskostenhilfe beantragt. Das SG habe den Erlass der begehrten Anordnung zu Unrecht abgelehnt. Entgegen der Auffassung des SG stehe ihnen ein Anordnungsanspruch zur Seite. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde auf das Vorbringen in der ersten Instanz, insbesondere in der Antragschrift vom 16. August 2023 sowie auf das Ergebnis des Beschwerdeverfahrens beim Senat (Aktenzeichen L 2 AS 161/23 B ER) verwiesen. Derzeit würden sie noch in der zuletzt benutzten Wohnung leben; gegen das als Versäumnisurteil ergangene Räumungsurteil sei Einspruch eingelegt worden und eine Verhandlung habe noch nicht stattgefunden.

Sie haben eine Ablichtung der bis 12. April 2024 gültigen Fiktionsbescheinigung übersandt, in der keine Eintragungen zu [§ 81 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AufenthG](#) enthalten sind und die auch sonst keine Gründe für die Fiktion nennt. Zu den Nebenbestimmungen wird darin auf einen (nicht näher bezeichneten) Aufenthaltstitel Bezug genommen. Sie haben unter Vorlage einer Kopie des Arbeitsvertrages mitgeteilt, dass die Antragstellerin zu 1) seit dem 23. Oktober 2023 in einem Arbeitsverhältnis mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 25 Stunden mit einer Vergütung in Höhe von 13 Euro/Stunde stehe. Nach dem Arbeitsvertrag werde die Vergütung bis spätestens zum 15. des Folgemonats überwiesen.

Die Antragstellerinnen beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts vom 26. September 2023 abzuändern und den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache vorläufig Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hat auf die den Beschluss tragenden Gründe verwiesen. Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) sei nicht belegt. Sie könne auch kein von der Antragstellerin zu 2) abgeleitetes Aufenthaltsrecht haben. Insbesondere der nachgewiesene Schulbesuch der Antragstellerin zu 2) begründe keine Freizügigkeitsberechtigung. Denn ihr Vater sei bereits nicht mit in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Auch aus [Art. 21 Abs. 1 AEUV](#) ergebe sich kein Aufenthaltsrecht. Entgegen den in der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen seien keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden. Nach seinen Erkundigungen beim Ausländeramt gebe es eine vom 13. Oktober 2023 bis 12. April 2024 gültige Fiktionsbescheinigung gemäß [§ 81 Abs. 5 AufenthG](#). Trotz des nunmehr vorgelegten Arbeitsvertrages bestehe kein Freizügigkeitsrecht aus [Art. 21 AEUV](#) im Sinne von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, weil die Antragstellerin zu 1) nach den erzielbaren Verdiensten ihre Tochter nicht mit ausreichend Existenzmitteln versorgen könne.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Sie hat ausgeführt, der Beschluss des SG sei zu Recht ergangen. Die Antragstellerinnen hätten weder gegen den Antragsgegner noch gegen sie einen Anspruch auf Leistungen. Die im September 2021 ausgestellte Aufenthaltskarte sei der Antragstellerin zu 1) - ohne dass die Voraussetzungen vorgelegen hätten - nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU ausgestellt worden. Sie sei kein Familienangehöriger der Unionsbürgerin im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU. Sie habe keinen Unterhalt von ihrem Kind erhalten. Auch die Voraussetzungen für ein unmittelbar aus [Art. 21 AEUV](#) hergeleitetes Aufenthaltsrecht lägen nicht vor. Die Antragstellerin zu 1) verfüge gegenwärtig (vor Vorlage des Arbeitsvertrages ab dem 24. Oktober 2023) weder über ein existenzsicherndes Einkommen, noch sei sie in der Lage, den Unterhalt für sich und ihre Tochter durch vorhandenes Vermögen zu sichern. Die Voraussetzungen für ein von der Tochter abgeleitetes Freizügigkeitsrecht nach Art. 10 Abs. 1 S. 1 der Verordnung (EU) 492/2011 seien nicht gegeben, weil die Antragstellerin zu 1) selbst keine Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union sei. Ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis aus [Art.](#)

[20 AEUV](#) liege ebenfalls nicht vor. Der Kernbestand der Unionsbürgerschaft der Antragstellerin zu 2) werde nicht berührt, wenn der Antragstellerin zu 1) in Deutschland kein Aufenthaltsrecht eingeräumt werde. Die Familie sei nicht gezwungen, das Unionsgebiet als Ganzes zu verlassen, weil eine Rückkehr nach Italien ohne weiteres möglich erscheine. Es sei beabsichtigt, sehr zeitnah das Nichtbestehen der Freizügigkeit festzustellen, womit von einer Ausreisepflicht nach § 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU auszugehen sei. Zwar habe die Antragstellerin zu 1) geäußert, eventuell eine Eheschließung mit einem Deutschen zu planen. Eine aktuelle Anfrage beim Standesamt habe jedoch ergeben, dass keine entsprechenden Unterlagen eingereicht worden seien und auch ein Termin zur Eheschließung nicht bekannt sei. Die Arbeitsaufnahme der Antragstellerin zu 1) führe nicht zu einer anderen Bewertung der Leistungsansprüche. Insbesondere bestehe kein Anspruch nach dem AsylbLG.

Nunmehr ist sie nach Hinweis des Berichterstatters auf mögliche Ansprüche nach dem AsylbLG der Auffassung, dass die Antragstellerin zu 2) nach [Art. 20 Abs. 1 S. 2 AEUV](#) als Unionsbürgerin derzeit ein eigenes Freizügigkeitsrecht habe. Demnach hätte auch die Antragstellerin zu 1) über [Art. 8 Abs. 1 S. 1](#) der Menschenrechtskonvention bzw. [Art. 6 Abs. 2](#) des Grundgesetzes (GG) nach [§ 25 Abs. 5 AufenthG](#) einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Daraus ergebe sich, dass die Antragstellerin zu 1) weder einen Anspruch nach dem SGB XII noch nach dem AsylbLG gegen sie habe, sondern einen solchen nach dem SGB II gegen den Antragsgegner.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen.

II.

Die Beschwerde hat insoweit Erfolg, dass der Beschluss des SG abgeändert und die Beigeladene vorläufig zu Leistungen nach dem AsylbLG verpflichtet wird.

1. Gegenstand des Verfahrens ist die Beschwerde der Antragstellerinnen gegen den Beschluss des SG vom 26. September 2023, mit welchem ihr - mit der Beschwerde aufrechterhaltenes - Begehren, den Antragsgegner vorläufig bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache zu Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu verpflichten, abgelehnt worden ist.

2. Die Beschwerde ist danach statthaft und nicht gemäß [§ 172 Abs. 3 Nr. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) ausgeschlossen. In der Hauptsache bedürfte die Berufung keiner Zulassung, weil die vom SG abgelehnten Ansprüche der Antragstellerinnen den für eine zulassungsfreie Berufung notwendigen Wert des Beschwerdegegenstands von mehr als 750,00 Euro erreichen ([§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#)). Sie ist auch im Übrigen zulässig.

3. Die Beschwerde gegen die Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes ist teilweise begründet. Das SG hat zwar den Antragsgegner zu Recht nicht vorläufig zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts verpflichtet. Stattdessen dürften Ansprüche nach dem AsylbLG bestehen und liegen die Voraussetzungen für die Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes vor, so dass die Beigeladene (vgl. [§ 75 Abs. 5 SGG](#)) als hierfür sachlich und örtlich zuständiger Träger zu deren Erbringung vorläufig zu verpflichten ist.

Das Gericht kann nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) 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 Antragsstellers erschwert oder wesentlich vereitelt wird. 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. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) die Glaubhaftmachung des Vorliegens sowohl eines Anordnungsanspruchs (also eines in der Hauptsache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs) als auch eines Anordnungsgrunds (also der Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile). Ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht, wenn ihre tatsächlichen Voraussetzungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14. Auflage 2023, § 86b Rn. 41).

Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen. Ist eine der drohenden Grundrechtsverletzung entsprechende Klärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich - etwa, weil es dafür weiterer, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht zu verwirklichender tatsächlicher Aufklärungsmaßnahmen bedürfte -, kann eine Entscheidung aufgrund einer Folgenabwägung ergehen (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 14. März 2019 - [1 BvR 169/19](#) - juris Rn. 15 m.w.N.).

Neben dem Anordnungsgrund ist ein Anordnungsanspruch, zwar nicht in Bezug auf Leistungen nach dem SGB II, aber für Leistungen nach dem AsylbLG, glaubhaft.

a) Die Antragstellerin zu 1), mit welcher die 13-jährige Antragstellerin zu 2) nur zusammen in einer Bedarfsgemeinschaft i.S.d. [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) Ansprüche haben könnte, erfüllt nicht alle Voraussetzungen, um vom Antragsgegner Leistungen nach dem SGB II beanspruchen zu können. Sie hat zwar das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) mit 44 Lebensjahren noch nicht erreicht, ist augenscheinlich erwerbsfähig, mangels Einkommens und nicht hinreichenden Vermögens auch hilfebedürftig und hat derzeit ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#)). Sie ist aber wegen der gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) für Ausländer geltenden Ausnahmen nicht nach dem SGB II leistungsberechtigt.

Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) sind von Leistungen ausgenommen

Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 FreizügigG/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

Ausländerinnen und Ausländer,

die kein Aufenthaltsrecht haben oder

deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt,

und ihre Familienangehörigen,

Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG.

Der Leistungsausschluss gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II](#) ist hier nicht einschlägig, weil die Antragstellerinnen sich schon länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten. Insofern kommt es auf die Rückausnahme nach [§ 7 Abs. 2 Satz 3 SGB II](#) nicht weiter an.

Die Antragstellerin zu 1) verfügt aber nicht über ein Aufenthaltsrecht.

Ein Aufenthaltsrecht i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ergibt sich nicht bereits aus der Fiktionsbescheinigung, welche der Antragstellerin zu 1) am 6. März 2023 mit Wirkung bis zum 12. April 2024 ausgestellt worden ist. Dabei handelt es sich nicht um die Bescheinigung des Eintritts einer Fiktion nach [§ 81 Abs. 3 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 oder Abs. 4 AufenthG](#). Das ergibt sich schon unmittelbar aus der Bescheinigung, in der an der formulärmäßig dafür vorgesehenen Stelle keiner dieser Tatbestände angekreuzt war, aber auch aus dem Verwaltungsvorgang der Ausländerbehörde. Deshalb kann dahinstehen, ob etwa eine Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#) genügt (vgl. dazu Landessozialgericht [LSG] Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 6. April 2022 - [L 12 AS 1323/19](#) - juris Rn. 57). Vielmehr handelt sich um eine Fiktionsbescheinigung nach § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU. Nach dieser Vorschrift ist eine Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 5 AufenthG](#) auf Antrag auszustellen, wenn von Amts wegen eine Aufenthaltskarte, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB auszustellen ist und ein Dokument mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium noch nicht zur Überlassung an den Inhaber bereitsteht. Eine solche Fiktionsbescheinigung hat rein deklaratorische Bedeutung. Wenn die Freizügigkeitsvoraussetzungen objektiv nicht vorliegen, wird ein solches Recht durch die Bescheinigung nicht begründet (vgl. Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 14. Auflage 2022, § 11 FreizügG/EU Rn. 45).

Es kommt deshalb nicht entscheidend darauf an, dass die Ausländerbehörde der Beigeladenen, die die Bescheinigung ausgestellt hat, inzwischen offenbar selbst davon ausgeht, dass diese nicht hätte erteilt werden dürfen. Schon in einer E-Mail an das Rechtsamt vom 8. Juni 2023 hat ein Mitarbeiter dazu ausgeführt, die Fiktionsbescheinigung sei „vermutlich irrtümlich“ erfolgt. § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU setze voraus, dass die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltskarte vorlägen, die Karte aber aus verfahrenstechnischen Gründen noch nicht ausgestellt werden könne. Dies sei hier aber nicht der Fall. Weder sei der Antrag abschließend geprüft worden noch sei ein Herstellungsauftrag an die Bundesdruckerei ausgelöst worden. Die fälschlicherweise ausgestellte Fiktionsbescheinigung habe aber keine rechtskonstitutive Wirkung (Verwaltungsakte der Ausländerbehörde, Blatt 62).

Die Rückausnahme vom Leistungsausschluss bei langjährigem Aufenthalt gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) greift hier nicht ein. Die Antragstellerinnen halten sich noch nicht mehr als fünf Jahre mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet auf.

b) Ein Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) lässt sich auch nicht aus sonstigen aufenthaltsrechtlichen Regelungen (vgl. [§ 7 Abs. 2 Satz 7 SGB II](#)) oder anderen rechtlichen Bestimmungen ableiten.

Insbesondere kann die Tochter der Antragstellerin zu 1), die Antragstellerin zu 2), ihr kein Aufenthaltsrecht vermitteln. Die Antragstellerin zu 2) ist nicht nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt. Weil sie sich als Schülerin, welche die 6. Klasse einer allgemeinbildenden Schule besucht, nicht in einer Berufsausbildung befindet (Nr. 1), kommt nur ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU für die nicht erwerbstätigen Unionsbürger in Betracht. Dafür sind nach den weiteren Maßgaben des § 4 Satz 1 FreizügG/EU allerdings ein ausreichender Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel erforderlich. Daran fehlt es hier, weil die Antragstellerinnen vor der Arbeitsaufnahme der Antragstellerin zu 1) gänzlich ohne selbst erwirtschaftetes Einkommen und ausreichend Vermögen zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes einschließlich eines Krankenversicherungsschutzes waren. Nach der Aufnahme der Beschäftigung kann die Antragstellerin mit einem Bruttoverdienst in Höhe von ca. 1.300 Euro monatlich (25 Wochenstunden x 4 Wochen x 13 Euro/Stunde) bzw. mit einem Nettoverdienst in Höhe von ca. 1.000 Euro rechnen (Proberechnung nach: <https://www.nettolohn.de>). Dies reicht selbst zusammen mit dem derzeit gezahlten Kindergeld in Höhe von 250 Euro bei weitem nicht aus, um den Bedarf der Bedarfsgemeinschaft annähernd zu decken. Bei - auch ohne Mietvertrag als Nutzungsentschädigung anfallenden - Wohnkosten für die Kaltmiete in Höhe von 365 Euro, monatlichen Nebenkosten in Höhe von 70 Euro und monatlichen Heizkosten in Höhe von 91 Euro verbliebe wegen der Regelbedarfe und des Zuschlages für Alleinerziehende ein ungedeckter monatlicher Bedarf nach dem SGB II in Höhe von rund 500 Euro.

c) Auch aus dem Schulbesuch kann die Antragstellerin zu 2) weder für sich noch für ihre Mutter ein Aufenthaltsrecht ableiten. Gemäß Art. 10 Satz 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Auch hieran kann mangels Unionsbürgerschaft der Antragstellerin zu 1) nicht angeknüpft werden. Einen Aufenthalt bzw. eine Beschäftigung des anderen Elternteils in der Bundesrepublik haben die Antragstellerinnen nicht behauptet. Hierfür gibt auch es keinerlei Anhaltspunkte. Auch eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Schulbesuchs (vgl. [§§ 16 f. AufenthG](#)) liegt nicht vor.

d) Die Antragstellerin zu 1) kann sich auch nicht auf ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht „sui generis“ (eigener Art) berufen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) kann auch einem Nicht-Unionsbürger (Drittstaatsangehörigen) ein sich aus dem Unionsrecht, konkret aus der Unionbürgerschaft und den danach gewährten Rechten und Pflichten gemäß [Art. 20 AEUV](#) wie dem Recht zur Freizügigkeit, abgeleitetes Aufenthaltsrecht sui generis zustehen. Die Rechtsprechung des EuGH erkennt besondere Sachverhalte an, in denen einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden müsse. Dies gelte, wenn sich der Unionsbürger (hier also die Antragstellerin zu 2)) infolge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts de facto gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt würde (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - [C-82/16](#) - juris Rn. 51 m. w. N.). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) kann ein solches Aufenthaltsrecht entstehen, wenn die Versagung eines Aufenthaltsrechts für den drittstaatsangehörigen Elternteil dazu führen würde, dass das Kind und der Unionsbürger faktisch gezwungen wären, den Drittstaatsangehörigen bei der Ausreise aus dem Unionsgebiet zu folgen und sich in das außereuropäische Ausland zu begeben (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 - [1 C 16.17](#) - juris Rn. 35). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Denn sowohl die Antragstellerin zu 1) als auch die Antragstellerin zu 2) können sich wieder in Italien und damit im Gebiet der EU erlaubt aufhalten. Sie sind von dort eingereist.

Die Antragstellerin zu 2) ist italienische Staatsangehörige. Die Antragstellerin zu 1), ihre Mutter, hat zudem mindestens ein weiteres erwachsenes Kind, das dort lebt. Dass ihnen ein Aufenthalt in Italien nicht möglich oder unzumutbar wäre, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis lässt sich dann auch nicht aus den für die Gewährung der Freizügigkeit für Unionsbürger bestehenden näheren Regelungen in [Art. 21 AEUV](#) konkret für das Bundesgebiet herleiten. Ein auf das Bundesgebiet bezogenes Aufenthaltsrecht könnte unter dem Gesichtspunkt diskutiert werden, dass die freizügigkeitsberechtignte Antragstellerin zu 2) aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Antragstellerin zu 1) gezwungen wäre, das Bundesgebiet zu verlassen und wieder in Italien zu leben. Hierdurch könnte der „effet utile“ ihres Rechts auf Freizügigkeit beeinträchtigt sein (vgl. Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, Rundschreiben an die für das Aufenthaltsrecht zuständigen Ministerien und Senatsverwaltungen der Länder vom 7. April 2020, M3-21002/67#1, Seite 11; https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/unionsbuergerInnen/BMI_Aufenthaltsrecht_sui_generis.pdf). Eine solche umfassende Schutzwirkung gibt aber das Freizügigkeitsrecht in [Art. 21 AEUV](#) nicht her. Es ist den Antragstellerinnen zuzumuten, notfalls nach Italien (also den Heimatstaat der Antragstellerin zu 2)) zurückzukehren, wenn nur dort alle Familienmitglieder, einen gesicherten Aufenthaltsstatus haben. Die faktische Einschränkung der Möglichkeit oder des Rechts, sich innerhalb der Union den Aufenthaltsort auszusuchen, stellt keine vergleichbar große Einschränkung dar wie ein erzwungenes Verlassen der gesamten Union und betrifft damit nicht den Kernbereich des Unionsbürgerrechts. Sie beeinträchtigt weniger stark, da Unionsbürgern aufgrund von europäisch verankerten sozialen Schutzrechten bei einem Wechsel des Staates innerhalb des Unionsgebietes ein Schutzstatus erhalten bleibt. Die unionsrechtlichen Vorschriften sehen zudem selbst Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts vor, wie sie der deutsche Gesetzgeber im FreizügG/EU und im AufenthG vorgesehen hat. Auf der Einräumung der Freizügigkeit nach [Art. 21 AEUV](#) (ehemals Art. 18 EGV) beruhen die Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG). Die Regelungen in Art. 7 der Unionsbürgerrichtlinie zum Daueraufenthaltsrecht auch für Familienangehörige bilden die Grundlage für die gleichwirkende deutsche Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU. Insofern enthält schon das Unionsrecht eine Begrenzung der Freizügigkeit für drittstaatsangehörige Elternteile und nimmt Nachteile für die gesamte Familie in Kauf (vgl. Senatsbeschluss vom 29. Dezember 2021 – [L 2 AS 490/21 B ER](#) – juris Rn. 40).

e) Aus dem Recht der Sozialhilfe bestehen keine - gegen die Beigeladene gerichteten - Ansprüche der Antragstellerinnen auf Hilfe zum Lebensunterhalt. Auch insoweit gilt mangels Erwerbstätigkeit bzw. Freizügigkeitsberechtigung oder Aufenthaltsrechts ein Leistungsausschluss nach [§ 23 Abs. 3 Satz 1 SGB XII](#).

Für die Antragstellerin zu 2) ergibt sich nichts Anderes aus dem Gleichbehandlungsanspruch nach Art. 1 des Europäischen Fürsorgeabkommens (EFA). Nach dieser Vorschrift ist jeder der Vertragsschließenden verpflichtet, den Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten, die sich in irgendeinem Teil seines Gebietes, auf das dieses Abkommen Anwendung findet, erlaubt (im Sinne von Art. 11 EFA) aufhalten und nicht über ausreichende Mittel verfügen, in gleicher Weise wie seinen eigenen Staatsangehörigen und unter den gleichen Bedingungen die Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge zu erbringen, die in der in diesem Teil seines Gebietes geltenden Gesetzgebung vorgesehen sind (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – [B 4 AS 43/15 R](#) – juris Rn. 17). Italien, dessen Staatsangehörige die Antragstellerin zu 2) ist, ist Vertragspartner des EFA, sodass sie sich grundsätzlich hierauf berufen kann. Die Bundesrepublik Deutschland hat zwar einen Vorbehalt für die Gültigkeit des EFA für das System des SGB II erklärt, aber nicht für das System der Sozialhilfe nach dem SGB XII, so dass auch bei einem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ein Anspruch auf Sozialhilfe in Betracht kommen kann (vgl. BSG, Urteil vom 18. Mai 2022 – [B 7/14 AS 27/21 R](#) – juris Rn. 32; zum früheren Streitstand vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17. März 2021 – [L 4 AS 11/21 B ER](#) – juris Rn. 43 m.w.N.).

Die Antragstellerin zu 2) hält sich jedoch nicht i.S.v. § 1 EFA erlaubt in Deutschland auf. Insoweit genügt die von den materiellen Freizügigkeitsberechtigungen zu unterscheidende generelle Freizügigkeitsvermutung für EU-Ausländer nicht aus (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. August 2022 – [L 6 AS 331/22 B ER](#), [L 6 AS 332/22 B](#) – juris Rn. 39; vgl. BSG, Urteil vom 18. Mai 2022, [a.a.O.](#)). Daher gilt insoweit das Gleiche wie im Hinblick auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#), da sich die Antragstellerin zu 2) auch nicht zur Arbeitsuche in Deutschland aufhält.

f) Überbrückungsleistungen nach [§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#) zur Sicherung des Lebensunterhalts bis zur Ausreise kommen ebenfalls nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift werden hilfebedürftigen Ausländern, die dem Leistungsausschluss nach Satz 1 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 vor, dass Leistungsberechtigten nach Satz 3 zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen i.S.v. [§ 23 Abs. 1 SGB XII](#) gewährt werden; ebenso sind Leistungen über einen Zeitraum von einem Monat hinaus zu erbringen, soweit dies im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte und zur Deckung einer zeitlich befristeten Bedarfslage geboten ist.

Auf Grundlage des gerichtlichen Vergleichs im Verfahren L 2 AS 161/23 B ER hat die Beigeladene den Antragstellerinnen bereits vorläufig solche Härtefallleistungen für die Zeit vom 10. Mai bis zum 31. Juli 2023 gewährt. Auf eine darüberhinausgehende weitere Leistungsgewährung ab dem 1. August 2023 haben die Antragstellerinnen keinen Anspruch. Es kann dahinstehen, ob dem bereits die Vorgabe entgegensteht, dass die Leistung nur einmalig innerhalb von zwei Jahren erfolgen kann. Jedenfalls haben die Antragstellerinnen für die Zeit ab dem 1. August 2023 keine besondere Härte im Sinne der Vorschrift glaubhaft gemacht. Sie haben außer dem Schulbesuch der Antragstellerin zu 2) nichts Konkretes für ihre Bleibeberechtigung vorgetragen. Es kann dahinstehen, ob dieser Schulbesuch es rechtfertigte, den Antragstellerinnen für die Zeit bis zum Ende des Schuljahres 2022/2023 Härtefallleistungen zu gewähren, um der Antragstellerin zu 2) einen Schulwechsel und einen mit dem Umzug nach Italien verbundenen Wechsel des gesamten Lebensumfeldes während des laufenden Schuljahres zu ersparen. Jedenfalls nach Ablauf des Schuljahres stellt allein die Notwendigkeit eines Schulwechsels ohne das Hinzutreten weiterer, besonderer Umstände des Einzelfalls regelmäßig keine besondere Härte dar (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. August 2022 – [L 6 AS 331/22 B ER](#), [L 6 AS 332/22 B](#) – juris Rn. 50; SG Hildesheim, Beschluss vom 13. Februar 2017 – [S 55 AS 4029/17 ER](#) – juris Rn. 26). Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin zu 2) Italienerin ist und bereits vor dem Umzug nach Deutschland in Italien gelebt hat, dass sie erst vergleichsweise kurze Zeit, nämlich seit November 2022 die Schule in Halle (Saale) besucht und dass ihre Schulausbildung noch mehrere Jahre dauern wird. Besondere individuelle Umstände, die gleichwohl eine besondere Härte begründen würden, sind nicht zu erkennen.

g) Hingegen dürften den Antragstellerinnen Leistungen nach dem AsylbLG zustehen. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG sind Ausländer

leistungsberechtigt, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist.

Zumindest die Antragstellerin zu 1) ist derzeit vollziehbar ausreisepflichtig i.S.d. [§§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 2 AufenthG](#). Danach sind Ausländer ausreisepflichtig, wenn sie einen erforderlichen Aufenthaltstitel nicht oder nicht mehr besitzen und ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei nicht oder nicht mehr besteht. Die Ausreisepflicht ist vollziehbar, wenn der Ausländer

unerlaubt eingereist ist,

noch nicht die erstmalige Erteilung des erforderlichen Aufenthaltstitels oder noch nicht die Verlängerung beantragt hat oder trotz erfolgter Antragstellung der Aufenthalt nicht nach [§ 81 Abs. 3 AufenthG](#) als erlaubt oder der Aufenthaltstitel nach [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#) nicht als fortbestehend gilt oder

auf Grund einer Rückführungsentscheidung eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union gemäß Artikel 3 der Richtlinie 2001/40/EG des Rates vom 28. Mai 2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen (ABl. EG Nr. L 149 S. 34) ausreisepflichtig wird, sofern diese von der zuständigen Behörde anerkannt wird.

Im Übrigen ist die Ausreisepflicht erst vollziehbar, wenn die Versagung des Aufenthaltstitels oder der sonstige Verwaltungsakt, durch den der Ausländer nach [§ 50 Abs. 1 AufenthG](#) ausreisepflichtig wird, vollziehbar ist.

Die Antragstellerin zu 1) verfügte nicht über einen Aufenthaltstitel, so dass ein solcher nicht als fortbestehend gelten kann, und verfügt aktuell noch immer nicht über einen Aufenthaltstitel. Ihr ist lediglich erneut eine Fiktionsbescheinigung erteilt worden. Dabei handelt es sich aber nicht um eine solche i.S.d. [§ 81 Abs. 3 AufenthG](#). Der Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 5 AufenthG](#) kommt keine Tatbestandswirkung für die Zuordnung zum Existenzsicherungssystem des AsylbLG zu, weil die Bescheinigung rein deklaratorischer Art ist, ohne dass durch sie ein Rechtsstatus begründet wird (vgl. LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 5. April 2023 - [L 9 AY 19/23 B ER](#) - juris Rn. 35).

Die Antragstellerin zu 2) als Unionsbürgerin ist hingegen nicht ausreisepflichtig, weil die Ausländerbehörde bislang nicht gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU](#) festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht (Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit). Nach der genannten Vorschrift würde auch die Ausreisepflicht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eine einheitliche Feststellung voraussetzen, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Dies gilt auch im Fall eines zu keinem Zeitpunkt freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen (vgl. Kurzidem in: BeckOK Ausländerrecht, 38. Ed., Stand 1. Juli 2023, [§ 7 FreizügG/EU Rn. 3 m.w.N.](#)).

Allerdings stehen der Antragstellerin zu 2) trotz nicht bestehender Ausreisepflicht i.S.d. [§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG](#) gemäß [§ 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG](#) Leistungen zu. Denn danach sind auch Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder der in den [§ 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 AsylbLG](#) genannten Personen leistungsberechtigt, ohne dass sie selbst die dort genannten Voraussetzungen erfüllen müssen. Mithin ist die minderjährige Antragstellerin zu 2) als Kind der Antragstellerin zu 1) ebenfalls nach dem AsylbLG leistungsberechtigt.

Gründe für Leistungsausschlüsse nach dem AsylbLG ([§ 1 Abs. 4](#)) oder für Anspruchseinschränkungen ([§ 1a](#)) sind nicht zu erkennen. Weil sich die Antragstellerinnen bereits seit mehr als 18 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie die Dauer des Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben, stehen ihnen Leistungen nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AsylbLG](#) i.V.m. dem SGB XII zu.

Entsprechend [§ 130 SGG](#) belässt es der Senat soweit bei einer Verpflichtung der Beigeladenen dem Grunde nach (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt, SGG, 14. Aufl. 2023, [§ 86b Rn. 30](#)) und für den Zeitraum, für den bislang eine Leistungsablehnung durch den Antragsgegner vorliegt, um den zeitlichen Zusammenhang mit dem Hauptsacheverfahren zu wahren. Die Antragstellerinnen haben keinen bezifferten Anspruch geltend gemacht. Im Übrigen ist die Höhe der aktuellen Leistungen noch durch ihre weitere Mitwirkung (zum Beispiel bei der Klärung der zukünftigen Wohnverhältnisse und Kosten der Unterkunft sowie der konkreten Einnahmen aus der Beschäftigung) zu klären ist und zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) derzeit eine weitergehende Konkretisierung der Leistungspflicht der Beigeladenen nicht zwingend erscheint.

4. Die Kostenentscheidung folgt in entsprechender Anwendung aus [§ 193 SGG](#).

5. Prozesskostenhilfe war den Antragstellerinnen gemäß [§ 73a SGG](#) i.V.m. [§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO](#) nicht zu gewähren, weil sie sie aufgrund des mit dieser Entscheidung zuerkannten Kostenerstattungsanspruchs gegen die Beigeladene nicht mehr benötigen.

6. Gegen den Beschluss ist keine Beschwerde eröffnet, [§ 177 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Saved

2024-01-08