

<b>Gericht:</b>	Sächsisches Landessozialgericht 7. Senat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	10.05.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	L 7 AS 342/21 B ER
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:LSGSN:2021:0510.L7AS342.21B.ER.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 7 Abs 1 S 2 Nr 2 Buchst b SGB 2, § 11 Abs 14 S 1 FreizügG/EU 2004, § 28 Abs 1 S 1 Nr 3 AufenthG 2004, Art 6 GG
<b>Zitiervorschlag:</b>	Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 10. Mai 2021 - L 7 AS 342/21 B ER -, juris

**Grundsicherung für Arbeitsuchende - Leistungsausschluss für Ausländer bei Aufenthalt zur Arbeitsuche - Unionsbürger - Nichtvorliegen eines materiellen Freizügigkeitsrecht - anderes materielles Aufenthaltsrecht nach AufenthG 2004 - Ausübung der Personensorge für ein minderjähriges deutsches Kind - Nichtvorliegen eines Aufenthaltstitels - verfassungskonforme Auslegung**

**Leitsatz**

Für einen Unionsbürger bedarf es für ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, um nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen zu sein, weiterhin keiner Erteilung eines Aufenthaltstitels durch die Ausländerbehörde (Abgrenzung zu LSG Chemnitz vom 29.10.2020 - L 8 AS 543/20 B ER - juris Rn 41 ff). (Rn.40)

**Verfahrensgang**

vorgehend SG Dresden, 26. Februar 2021, S 17 AS 28/21 ER, Beschluss  
Diese Entscheidung zitiert

**Rechtsprechung**

Abgrenzung Sächsisches Landessozialgericht 8. Senat, 29. Oktober 2020, L 8 AS 543/20 B ER

**Tenor**

I. Die Landeshauptstadt Dresden, vertreten durch den Oberbürgermeister, dieser vertreten durch das Rechtsamt, Grunaer Straße 2, 01069 Dresden, wird als örtlicher Träger der Sozialhilfe und als Träger der unteren Ausländerbehörde zum Verfahren beigeladen.

II. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 26. Februar 2021 dahingehend abgeändert, dass der Antragsgegner einstweilig verpflichtet wird, der Antragstellerin 488,04 € für Januar 2021, 581,61 € für Februar 2021 und 73,25 € monatlich für März bis Juli 2021 zu erbringen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Der Antragsgegner hat die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu 7/10 zu erstatten.

## Gründe

### I.

- 1 Im Streit sind Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für eine EU-Ausländerin.
- 2 Die 2000 geborene Antragstellerin ist bulgarische Staatsangehörige und nach eigenen Angaben am 17.10.2019 in Deutschland eingereist (*Schreiben v. 27.08.2020*). Ab dem 21.11.2019 arbeitete sie als Reinigungskraft mit einer vereinbarten Arbeitszeit von regelmäßig 23,5 Stunden wöchentlich und einem Arbeitsentgelt von 10,05 € brutto (*Arbeitsvertrag v. 21.11.2019, "befristet bis 20.11.19"*). Zum 01.03.2020 erklärte die Antragstellerin, sie "hebe ... den Arbeitsvertrag ... auf" (*"Aufhebungsvertrag" v. 02.03.2020*). Am 21.09.2020 gebar sie einen Sohn (Y....). Vater des Kindes ist der 1998 geborene X.... (*Geburtsurkunde und Anerkennung der Vaterschaft v. 08.10.2020*), ebenso ein bulgarischer Staatsangehöriger (nachfolgend: Partner).
- 3 Der Partner der Antragstellerin reiste nach eigenen Angaben im Oktober 2015 in Deutschland ein und ist unstet beschäftigt, nach eigenen Angaben von 2017 bis März 2019 in Bäckereien (*Anlage WEP 10.09.2020*) und vom 05.11.2019 bis 01.03.2020 als Reinigungskraft (*E-Mail v. 07.09.2020*). Vom 19.03.2020 arbeitete er bis zur Kündigung des Arbeitgebers zum 15.09.2020 als Kurierfahrer mit einer vereinbarten Arbeitszeit von regelmäßig durchschnittlich 44 Stunden wöchentlich (*Arbeitsbescheinigung der W.... Logistik GmbH*). Ab dem 16.09.2020 bewilligte ihm die Bundesagentur für Arbeit (BA) Arbeitslosengeld (Alg). Vom 12.10.2020 arbeitete er bis zur Kündigung des Arbeitgebers zum 28.10.2010 als Bauhelfer für eine monatliche Vergütung von 450,- € brutto (*V....-Bau, Inhaber U...., Arbeitsvertrag v. 09.10.2020, Kündigung v. 27.10.2020, Auskunft und Einkommensbescheinigung v. 14.01.2021*). Vom 27.10.2020 bis zur Kündigung des Arbeitgebers zum 09.11.2020 arbeitete er 25 Stunden wöchentlich als Servicemitarbeiter (*T....Dienstleistung A.... GmbH, Arbeitsvertrag v.27.10.2020, Kündigung v. 06.11.2020*). Ab dem 11.11.2020 änderte die BA die Alg-Bewilligung (*Bescheid v. 12.02.2021*).
- 4 Die Antragstellerin und ihr Partner sind nicht miteinander verheiratet. Zunächst lebten sie mit der Familie S.... in deren Wohnung in der R.... Straße in A.... Seit dem 16.07.2020 ist der Partner Mieter einer ca. 63,37 m<sup>2</sup> großen 3-Zimmer-Wohnung in der A-Straße in A...., mit einer Gesamtmiete von 574,84 € (392,89 € Kaltmiete + 86,89 € Vorauszahlung [VZ] Betriebskosten + 65,76 € VZ Heizkosten + 14,12 € VZ Warmwasser + 15,16 € VZ Aufzug) monatlich (*Mietvertrag v. 09.07.2020*). Der Vermieter forderte zuletzt noch die Zahlung eines Rückstands seit Oktober 2020 in Höhe von insgesamt 869,04 € (*Mahnung v. 01.03.2021*).
- 5 Für Strombezug vom 14.07.2020 bis 18.01.2021 fordert die Q.... - Stadtwerke A.... GmbH vom Partner 343,70 € (*Rechnung v. 02.03.2021*).
- 6 Das Jugendamt bewilligte der Antragstellerin vom 21.09.2020 bis 20.10.2021 Elterngeld und beabsichtigte die Aufnahme der laufenden Zahlungen ab dem 21.04.2021 (*Landeshauptstadt A...., Bescheid und Schreiben v. 15.02.2021*). Den vom Antragsgegner für die Zeit vom 01.09.2020 bis 31.03.2021 geltend gemachten Erstattungsanspruch von 431,48 € (*Schreiben v. 01.03.2021*) befriedigte das Jugendamt in Höhe von 400,39 € (*Schreiben v. 09.03.2021*).

- 7 Über einen Anspruch der Antragstellerin auf Kindergeld ist noch nicht entschieden (*Familienkasse, Schreiben v. 16.12.2020*).
- 8 Die AOK PLUS pfändete das Girokonto der Antragstellerin bei der P... Sparkasse A... (Konto-Nr.: ....) zur Befriedigung von 1.528,38 € (*Pfändungs- und Einziehungsverfügung v. 09.02.2021*).
- 9 Den ersten Antrag der Antragstellerin auf Alg II vom 10.03.2020 lehnte der Antragsgegner ab, da sie ein Aufenthaltsrecht allein zum Zweck der Arbeitsuche habe (*Bescheid v. 05.05.2020*). Widerspruch erhob die Antragstellerin dagegen nicht.
- 10 Auf Antrag der Antragstellerin vom 31.08.2020 (*Schreiben v. 27.08.2020*) bewilligte der Antragsgegner ihrem Partner und Sohn von August 2020 bis Januar 2021 vorläufig Leistungen, ohne Anerkennung von Bedarfen für Unterkunft und Heizung, unter Berücksichtigung von Kindergeld als Einkommen und mit der Aufforderung an die Antragstellerin, bei der Ausländerbehörde einen Aufenthaltstitel zu beantragen (*Bescheid v. 06.11.2020*). Dagegen erhob die Antragstellerin am 04.12.2020 Widerspruch (*W-Nr.-Zusatz des Antragsgegners: 6125/20*). Der Antragsgegner änderte die Höhe der vorläufigen Leistungen für Dezember 2020 und Januar 2021 unter Berücksichtigung von Einkommen des Partners (*Bescheid v. 06.01.2021*) sowie für August 2020 bis Januar 2021 unter Berücksichtigung von Mietkosten und Entfernung des Kindergelds (*Bescheid v. 11.02.2021*) und lehnte den Antrag der Antragstellerin jeweils im Übrigen erneut ab. Den Widerspruch wies er zurück (*Widerspruchsbescheid v. 04.03.2021, W 6125/20*). Hierzu ist beim Sozialgericht Dresden (SG) ein Rechtsstreit anhängig (Az.: S 52 AS 489/21).
- 11 Auf Weiterbewilligungsantrag der Antragstellerin vom 25.01.2021 (*am 21.01.2021 unterzeichnetes Antragsformular*) bewilligte der Antragsgegner ihrem Partner und Sohn für Februar bis Juli 2021 vorläufig Leistungen (*Bescheid v. 11.02.2021, für März bis Juni 2021 ersetzt durch Bescheid v. 12.02.2021 und für April bis Juli 2021 durch Bescheid v. 01.03.2021*). Dagegen erhob die Antragstellerin am 17.03.2021 (*Schreiben ihres Bevollmächtigten v. selben Tag*) Widerspruch unter Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, soweit die Widerspruchsfrist nicht eingehalten wurde (*W-Nr.-Zusatz des Antragsgegners: 1601/21*). Darüber ist noch nicht entschieden.
- 12 Den Antrag des Partners der Antragstellerin auf Übernahme der Mietschulden von 869,04 € (*Schreiben v. 17.03.2021*) leitete der Antragsgegner als Antrag der Antragstellerin an das Sozialamt A... weiter (*Schreiben v. 18.03.2021*).
- 13 Am 07.01.2021 beantragten die Antragstellerin, ihr Partner und Sohn beim SG einstweiligen Rechtsschutz (*Antragschrift v. selben Tag*). Zuletzt beantragte nur die Antragstellerin Leistungen von Oktober 2020 bis Juli 2021 (*Schreiben ihres Bevollmächtigten v. 23.02.2021, S. 2*).
- 14 Das SG hat den Antrag abgelehnt, da die Antragstellerin kein ausreichendes Aufenthaltsrecht besitze, auch wenn sie eine Aufenthaltserlaubnis erhalten könne (*Beschluss v. 26.02.2021*). Die Kosten der „(Gesamt-)Antragsteller“ habe der Antragsgegner zur Hälfte zu tragen.
- 15 Gegen den - ihr am 04.03.2021 zugestellten - Beschluss hat die Antragstellerin am 23.03.2021 beim erkennenden Gericht Beschwerde eingelegt (*Beschwerdeschrift v. 17.03.2021*). Ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, da Miet- und Stromschulden zu beglei-

chen seien, auch wenn der Partner Schuldner sei, da dessen Ansprüche auf Schuldübernahme nachrangig seien. Die Antragstellerin sei nicht von Leistungen ausgeschlossen, da für sie ein anderes Aufenthaltsrecht als zum Zweck der Arbeitsuche bestehe. Dies sei fiktiv zu prüfen und nicht von einer Entscheidung der Ausländerbehörde abhängig. Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung seien ab Oktober 2020 zu gewähren, da bereits der Verzug von weniger als zwei Monatsmieten eine ordentliche Kündigung rechtfertige, die nicht rückgängig gemacht werden könne.

- 16 Die Antragstellerin beantragt nach ihrem Vorbringen (*Beschwerdeschrift v. 17.03.2021*),
- 17 den Beschluss des SG vom 26.02.2021 aufzuheben und den Antragsgegner einstweilig zu verpflichten, ihr für Oktober bis Dezember 2020 monatlich 180,61 € ("Kosten der Unterkunft und Heizung"), für Januar 2021 insgesamt 488,04 € (307,43 € "Regelleistung" + 180,61 € "Kosten der Unterkunft und Heizung"), für Februar 2021 insgesamt 581,61 € (401,- € "Regelleistung" + 180,61 € "Kosten der Unterkunft und Heizung") und ab März bis Juli 2021 oder bis zur bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache 73,25 € monatlich ("Kosten der Unterkunft und Heizung") zu gewähren.
- 18 Der Antragsgegner beantragt,
- 19 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 20 Er nimmt Bezug auf die Verwaltungs- und SG-Entscheidung. Für die Antragstellerin komme nur ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG in Betracht. Hierfür müsse die Ausländerbehörde einen Aufenthaltstitel erteilen. Dies könne er nicht ersetzen. Auf das auszugsweise vorgelegte Praxishandbuch der BA „Leistungsansprüche von ausländischen Staatsangehörigen nach dem SGB II“ (Stand: 12.02.2020) werde verwiesen. Daran sei er gebunden.
- 21 Der Senat hat von der Stadt Dresden als örtlichen Träger der Sozialhilfe und Träger der unteren Ausländerbehörde eine Stellungnahme angefordert (*Schreiben v. 13.04.2021*). Auf deren Inhalt wird Bezug genommen (*Schreiben v. 15.04.2021*).
- 22 Die Beteiligten haben einer Entscheidung durch Einzelrichter zugestimmt (*Schreiben v. 26./30.03.2021*).

## II.

- 23 Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des SG vom 26.02.2021 ist begründet, soweit sie einstweilig Leistungen ab Januar 2021 begehrt. Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet, da kein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht wurde.
- 24 Der Berichterstatter hat abgesehen, von seiner alleinigen Entscheidungsbefugnis (§ 155 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 SGG) Gebrauch zu machen, da Abgrenzungsbedarf zu Entscheidungen des erkennenden und eines weiteren Senats des Sächs. LSG besteht. Daher kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Pflicht zur Entscheidung durch den mit drei Berufsrichtern besetzten Senat besteht (*zum Streitstand vgl. z.B. Keller in: Meyer-Ladewig u.a., SGG, 13. Aufl., § 155 Rn. 13 und Knittel in: jurisPK-SGG, § 155 Rn. 102 ff.*).

- 25 Beteiligt am Verfahren als Antragsteller (§ 69 Nr. 1 SGG; zum Sprachgebrauch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vgl. z.B. Pitz in: jurisPK-SGG, § 69 Rn. 2) ist nur noch die Antragstellerin, nachdem ihr Partner und Sohn den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz für erledigt erklärt haben (vgl. Schreiben ihres Bevollmächtigten v. 23.02.2021, S. 2).
- 26 Die Beiladung der Stadt Dresden als Träger der unteren Ausländerbehörde (§ 71 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 SächsAuslZuG) beruht auf § 75 Abs. 1 Satz 1 SGG, da das Vorbringen des Antragsgegners teils nach Rücksprache mit ihr erfolgte (vgl. Schreiben v. 28.01.2021), die Beigeladene ankündigte, nunmehr die Freizügigkeitsberechtigung der Antragstellerin von Amts wegen zu prüfen (Schreiben v. 15.04.2021, S. 2) und deren Aufenthaltsrecht streitentscheidend ist. Der Beiladung steht nicht entgegen, dass dadurch die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen nicht beseitigt werden kann. Die Beiladung der Stadt Dresden als örtlicher Träger der Sozialhilfe (§ 3 Abs. 2 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 98 Abs. 1 Satz 1 SGB XII, § 11 Abs. 1 SächsAGSGB) beruht auf § 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG (zum Verhältnis der SGB II / XII bei einem Ausschluss eines Ausländers von Leistungen nach dem SGB II vgl. nur BSG v. 30.08.2017 - B 14 AS 31/16 R - Rn. 17, 32 ff.), zumal der Antragsgegner den Antrag auf Übernahme der Mietschulden von 869,04 € (Schreiben v. 17.03.2021) an das Sozialamt A... als Antrag der Antragstellerin weiterleitete (Schreiben v. 18.03.2021).
- 27 Gegenstand des Verfahrens ist die vorinstanzliche Entscheidung und war zunächst der Bescheid vom 06.11.2020, wonach neben der vorläufigen Bewilligung von Leistungen für den Partner und Sohn der Antragstellerin sie "bis zur Vorlage des Titels der Ausländerbehörde vom Leistungsanspruch ausgeschlossen" werde (a.a.O., S. 2). Dieser Verwaltungsakt (§ 31 Satz 1 SGB X i.V.m. § 40 Abs. 1 Satz 1 SGB II) über die Ablehnung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Antragstellerin (zur Maßgeblichkeit der Individualansprüche im SGB II vgl. grundlegend BSG v. 07.11.2006 - B 7b AS 8/06 R - Rn. 12) wirkt zeitlich ab August 2020, da der Erstantrag der Antragstellerin vom 10.03.2020 vom Antragsgegner - in der Sache für die Beteiligten bindend (§ 77 SGG) - abgelehnt wurde (Bescheid v. 05.05.2020) und ihr Leistungsantrag vom 27.08.2020 auf den Ersten des Monats zurückwirkt (§ 37 Abs. 2 Satz 2 SGB II). Die Beschränkung des Antragsbegehrens (§ 123 SGG) auf die Zeit ab Oktober 2020 ist zulässig (zur Beschränkung auf einzelne Monate eines Bewilligungszeitraums im Klageverfahren vgl. z.B. BSG v. 30.03.2017 - B 14 AS 18/16 R - Rn. 11).
- 28 Die Bescheide vom 06.01.2021 und 11.02.2021 wurden Gegenstand des Vorverfahrens (§ 86 Halbs. 1 SGG) zum Bescheid vom 06.11.2020, da der Antragsgegner trotz Änderung der vorläufigen Bewilligung von Leistungen für den Partner und den Sohn der Antragstellerin nach erneuter Prüfung der aktuellen Verhältnisse an seiner Auffassung zu ihrem Leistungsausschluss festhielt (vgl. jeweils a.a.O., S. 2: "Im Übrigen wird Ihr Antrag abgelehnt"; zur Geltung des § 96 Abs. 1 SGG bei Ablehnung der Änderung eines Bewilligungsbescheids nach erneuter Prüfung vgl. z.B. BSG v. 16.06.2015 - B 4 AS 37/14 R - Rn. 13 f. und BSG v. 13.07.2017 - B 4 AS 12/16 R - Rn. 13). Der Bescheid vom 11.02.2021 ersetzte und erledigte damit (§ 39 Abs. 2 SGB X) nicht nur den Bescheid vom 06.01.2021, sondern auch den Bescheid vom 06.11.2020, da er dessen gesamte (Bewilligungs-) Zeit von August 2020 bis Januar 2021 umfasst. Damit ist Gegenstand des Verfahrens zum einen der Bescheid vom 11.02.2021 in der Gestalt (§ 95 SGG) des Widerspruchsbescheids vom 04.03.2021 (W 6125/20).

- 29 Dahinstehen kann, ob die Leistungsablehnung für die Antragstellerin durch vorgenannten Bescheid durch dessen Anlagen für Zeiten bis Januar 2021 (*zur zeitlichen Beschränkung durch einen sog. Berechnungsbogen vgl. z.B. BSG v. 08.12.2020 - B 4 AS 30/20 R - Rn. 11*), den weiteren Leistungsantrag der Antragstellerin vom 25.01.2021 oder erst durch den Bescheid vom 11.02.2021 für Februar bis Juli 2021 zeitlich begrenzt wird (*zum Streitgegenstand bei Leistungsablehnungen im SGB II vgl. z.B. Burkiczak, ZFSH SGB 2020, S. 319, 324, und ders. in: juris PK-SGB II, 5. Aufl., § 41 Rn. 72 ff.*), da der Antragsgegner auch auf letztgenanntem Antrag Leistungen für die Antragstellerin ablehnte (*Bescheid v. 11.02.2021, S. 1: Im Übrigen wird Ihr Antrag abgelehnt*). Dieser weitere Ablehnungsbescheid erledigte sich wiederum auch für die Antragstellerin durch die Bescheide vom 12.02.2021 (*a.a.O., S. 2: "Im Übrigen wird Ihr Antrag abgelehnt."*) und 01.03.2021 (*"Die Entscheidung ergeht vorläufig, weil Frau ... noch keinen Nachweis über die Beantragung eines Aufenthaltstitels vorgelegt hat"*).
- 30 Der Bescheid vom 11.02.2021 für Februar bis Juli 2021, ab März 2021 ersetzt durch den Bescheid vom 12.02.2021 und ab April 2021 durch den Bescheid vom 01.03.2021, ist ebenso Gegenstand des Verfahrens, auch wenn er den Bescheid vom 11.02.2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.03.2021 (W 6125/21) weder abändert noch ersetzt. Zwar werden Bescheide für Folgezeiträume nicht Gegenstand des (Vor-) Verfahrens (*stRspr. des BSG zum SGB II seit BSG v. 23.11.2006 - B 11b AS 9/06 R - Rn. 14, vgl. letztens z.B. BSG v. 24.06.2020 - B 4 AS 7/20 R - Rn. 20 auch m.w.N. zu abweichenden Auffassungen*). Indes hat das SG über das nach Bekanntgabe des Bescheids vom 11.02.2021 für Februar bis Juli 2021 geänderte Antragsbegehren (*vgl. Schreiben des Bevollmächtigten der Antragstellerin v. 23.02.2021*) in der Sache entschieden und damit die Antragsänderung stillschweigend zugelassen (*§ 99 Abs. 1 Alt. 2 SGG, vgl. hierzu z.B. Schmidt in: Meyer-Ladewig u.a., SGG, 13. Aufl., § 99 Rn. 11*), indem es den geänderten Antrag der Antragstellerin wiedergegeben hat (*vgl. Beschluss v. 26.02.2021, S. 3*), ohne ein weiteres Wort zum (Streit-) Gegenstand des Verfahrens zu verlieren.
- 31 Keiner Entscheidung bedarf es zur zeitlichen Wirkung der Leistungsablehnung für die Antragstellerin durch vorgenannte Bescheide für Februar bis Juli 2021, da sich das Antragsbegehren auf den von ihnen jedenfalls umfassten Zeitraum bis Juli 2021 beschränkt (*vgl. weiterhin Beschwerdeschrift v. 17.03.2021, S. 1*).
- 32 Damit ist Streitgegenstand dieses Verfahrens die einstweilige Erbringung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Antragstellerin für Oktober 2020 bis Juli 2021.
- 33 Die nicht nach § 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG ausgeschlossene, damit statthafte (*§ 172 Abs. 1 SGG*) und auch im Übrigen zulässige (*§ 173 Satz 1 f. SGG*) Beschwerde ist ab Januar 2021 begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet.
- 34 Dabei bedarf ebenso keiner Entscheidung, ob der Widerspruch vom 17.03.2021 gegen die Bescheide vom 11./12.02.2021 für Februar bis Juli 2021 fristgerecht (*§ 84 Abs. 1 Satz 1 SGG*) erhoben wurde und der Antragstellerin anderenfalls Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (*§ 84 Abs. 2 Satz 3, § 67 SGG*) zu gewähren ist. Denn für April bis Juli 2021 wurden die Bescheide vom 11./12.02.2021 durch den Bescheid vom 01.03.2021 auch hinsichtlich der Leistungsablehnung für die Antragstellerin in vollem Umfang ersetzt (*vgl. zuvor*), gegen den der Widerspruch statthaft ist (*vgl. auch dessen Rechtsbehelfsbelehrung*) und fristgerecht erhoben wurde, wenn von einer Bestands-

kraft der Bescheide vom 11./12.02.2021 ausgegangen wird. In diesem Fall wäre für Februar und März 2021 (*Bescheid v. 11.02.2021, für März 2021 ersetzt durch Bescheid v. 12.02.2021*) der (unzulässige) Widerspruch vom 17.03.2021 als Antrag nach § 44 SGB X zu behandeln (vgl. z.B. *Schmidt, a.a.O., § 84 Rn. 7; Schiller in: jurisPK-SGB XII, 3. Aufl., § 116a Rn. 21*) sowie einstweiliger Rechtsschutz (§ 86b SGG) jedenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten in diesem Verfahren (u.a. offenes Vorverfahren, noch nicht beschiedener Antrag auf Wiedereinsetzung, ersetzender Verwaltungsakt für vom Erstbescheid erfasste Zeiten) ebenso nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG statthaft und zulässig ist, ohne dass es entscheidungserheblich auf die Frage nach Fortsetzung anderslautender früherer Senatsrechtsprechung (vgl. z.B. *Beschluss v. 15.03.2018 - L 7 AS 1252/17 B ER - juris, wonach - die Entscheidung tragend - bei einem mangels Widerspruchserhebung bestandskräftigen Verwaltungsakt ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz unzulässig sei, solange ein erst im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gestellter Antrag nach § 44 SGB X bereits abgelehnt wurde*) und auf das Erfordernis erhöhter Anforderungen an die Begründetheit des Antrags auf einstweilige Anordnung (vgl. hierzu z.B. *BVerfG v. 01.10.2020 - 1 BvR 1106/20 - Rn. 20; Baumeister in: jurisPK-SGB X, 2. Aufl., § 44 Rn. 155.1; Burkiczak in: jurisPK-SGG, § 86b Rn. 303 ff., 340 ff., 356 ff. und Lange, jurisPR-SozR 21/2020 Anm. 2 unter C. zu Sächs. LSG v. 25.02.2020 - L 8 AS 1422/19 B ER - juris Rn. 28 ff., dem im Übrigen bereits in der Sache folgend z.B. Senatsbeschluss v. 22.04.2020 - L 7 AS 606/18 B PKH - n.v. S. 6 f.*) ankommt, da auch erhöhte Anforderungen ab Januar 2021 erfüllt sind und bis Dezember 2020 bereits die Mindestvoraussetzungen für eine einstweilige Anordnung nicht vorliegen (*dazu jeweils gleich*).

- 35 Für eine einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG sind ein materiell-rechtlicher Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Dabei dürfen aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) die Anforderungen an das Vorliegen von Anordnungsanspruch und -grund, gemessen an der drohenden Rechtsverletzung, nicht überspannt werden (*zur Entwicklung der "mäandernden" Rechtsprechung des BVerfG vgl. z.B. Burkiczak in: jurisPK-SGG, § 86b Rn. 49 ff.*).
- 36 Ein Anordnungsgrund für eine einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG ist glaubhaft gemacht, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 86b Abs. 2 Satz 2 letzter Halbs. SGG). Hiervon kann bei Unzumutbarkeit des Verweises auf die Entscheidung in der Hauptsache ausgegangen werden (vgl. *nur Burkiczak, a.a.O., § 86b Rn. 353 und Keller in: Meyer-Ladewig u.a., SGG, 13. Aufl., § 86b Rn. 28*), was nach wertender Betrachtung im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist (vgl. z.B. *BVerfG v. 01.08.2017 - 1 BvR 1910/12 - Rn. 15; vgl. indes z.B. BVerfG v. 01.10.2020 - 1 BvR 1106/20 - Rn. 14, wonach sich allein aus dem Umstand des Streits um existenzsichernde Leistungen kein schwerer und unabwendbarer Nachteil i.S.d. § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG ergibt*).
- 37 Anordnungsanspruch und -grund müssen noch zum Zeitpunkt der gerichtlichen (Beschwerde-) Entscheidung glaubhaft gemacht worden sein (vgl. z.B. *Burkiczak, a.a.O., § 86b SGG, Rn. 327, 370*). Für Leistungen für einen zu diesem Zeitpunkt in der Vergangenheit liegenden Zeitraum ist für die Annahme eines Anordnungsgrunds die Glaubhaftmachung eines besonderen Nachholbedarfs nötig, der besteht, wenn die Nichtgewährung der begehrten Leistungen in der Vergangenheit in die Gegenwart fortwirkt und weiterhin wesentliche Nachteile begründet (vgl. *nur Senatsbeschluss v. 29.04.2020 - L 7 AS 76/20 B ER - juris Rn. 33*).

- 38 Unter Beachtung dieser Maßstäbe hat die Antragstellerin keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht, soweit sie zuletzt für Oktober bis Dezember 2020 nur noch Leistungen für die Bedarfe für Unterkunft und Heizung in Höhe von 180,61 € monatlich (insgesamt 541,83 €) begehrt (*Schreiben ihres Bevollmächtigten v. 23.02.2021, S. 2; Beschwerdeschrift v. 17.03.2021*), da ihr ab Januar 2021 entsprechende Leistungen einstweilig zu erbringen sind (*hierzu sogleich*), der Antragsgegner nach seinem Vorbringen im Beschwerdeverfahren jedenfalls nach Entscheidung der zwischen den Beteiligten streitigen Rechtsfrage zum Erfordernis eines von der Ausländerbehörde erteilten Aufenthaltstitels (*hierzu ebenso sogleich*) die Anerkennung des geltend Anspruchs in der Hauptsache in Aussicht stellte (*vgl. Schreiben v. 26.04.2021, wonach ggf. bereits ein erneuter richterlicher Hinweis genüge, der indes bereits zuvor mit Schreiben v. 13.04.2021 erfolgte*) sowie weder aufgrund der (letzten) Mahnung des Vermieters vom 01.03.2021 („*Wir bitten Sie, sich mit uns bei Zahlungsschwierigkeiten ... in Verbindung zu setzen. ... bieten Ihnen nochmals an, den Rückstand in Raten zu begleichen. Bitte setzen Sie sich ... mit uns ... in Verbindung.*“) noch aufgrund des von der Antragstellerin für Oktober bis Dezember 2020 einstweilig begehrten Betrags zur Begleichung ihres anteiligen Zahlungsrückstands der Erhalt der Unterkunft gefährdet ist (*zur Erheblichkeit dieses Umstands bei der Prüfung des Anordnungsgrunds und zur Berücksichtigung negativer Folgen bei drohendem Verlust der Unterkunft vgl. insb. BVerfG v. 01.08.2017 - 1 BvR 1910/12 - Rn. 16 ff.; vgl. hierzu unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls z.B. Senatsbeschluss v. 22.01.2020 - L 7 AS 1435/19 B ER - juris Rn. 31 ff. und allg. z.B. Burkiczak, a.a.O., § 86b Rn. 371 ff.*). Weiterhin erreicht der einstweilig geltend gemachte Betrag von 541,83 € nicht den Betrag einer monatlichen Gesamtmiete (*vgl. insoweit insb. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB sowie hierzu z.B. BGH v. 04.02.2015 - VIII ZR 175/14 - Rn. 17 ff. und BGH v. 29.06.2016 - VIII ZR 173/15 - Rn. 16, 19*) und kann auch aus Art. 19 Abs. 4 GG keine grundsätzliche Verpflichtung für eine einstweilige Anordnung für den gesamten Streitgegenstand hergeleitet werden (*vgl. z.B. BVerfG v. 09.06.2020 - 1 BvR 1182/20 - Rn. 4*).
- 39 Mangels glaubhaft gemachten Anordnungsgrunds ist die Prüfung eines Anordnungsanspruchs für Oktober bis Dezember 2020 entbehrlich (*vgl. z.B. BVerfG v. 27.07.2016 - 1 BvR 1241/16 - Rn. 12*), auch wenn nachfolgende Gründe der Sache nach ebenso für Zeiten vor Januar 2021 gelten.
- 40 Für Januar bis Juli 2021 sind Anordnungsanspruch und -grund für vom Antragsgegner zu erbringende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts glaubhaft gemacht.
- 41 Die Antragstellerin ist erwerbsfähige Leistungsberechtigte (*§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II*) und nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II (*i.d.F. des Gesetzes v. 09.12.2020, BGBl. I, S. 2855*) von Leistungen nach dem SGB II ausgenommen, da sie - unbeschadet eines Aufenthaltsrechts aus dem Zweck der Arbeitsuche - zwar nicht über eine (ihr verliehene) materielle Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU (*i.d.F. des Gesetzes v. 12.11.2020, BGBl. I, S. 2416*), indes über ein materielles Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verfügt, ohne dass es für sie als Unionsbürgerin (*§ 1 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU*) auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG ankommt.
- 42 Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, sind - zeitlich über den Ausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II hinausgehend - von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen (*§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II*). Die Voraussetzungen für die Rückausnahme hiervon (*§ 7 Abs. 1*

Satz 4 SGB II, vgl. hierzu z.B. *Senatsbeschluss v. 29.04.2020 - L 7 AS 76/20 B ER - juris Rn. 39*) liegen hier nicht vor.

- 43 Dahinstehen kann, ob sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin auch aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU), da sie ein anderes Aufenthaltsrecht hat. Dies ergibt sich zwar nicht aus einer materiellen Freizügigkeitsberechtigung nach dem FreizügG/EU. Insbesondere ist die Antragstellerin nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU oder § 2 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2, § 4 Satz 1 FreizügG/EU). Die Verleihung einer Freizügigkeitsberechtigung (§ 3a Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 Nr. 4 Buchst. c FreizügG/EU) dürfte für sie als Unionsbürgerin ausscheiden (so z.B. *Klaus, ZAR 2020, S. 395, 397 f.*; zur Kritik an der Verortung dieser Regelung im FreizügG/EU statt im AufenthG vgl. z.B. *Tewocht, ZAR 2021, S. 43, 44, 49*). Davon abgesehen liegt ein entsprechender Aufenthaltstitel auch nicht vor. Dabei kann dahinstehen, ob dieser bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (vgl. hierzu z.B. *Klaus, a.a.O., S. 397 ff.*) zu erteilen ist (vgl. hierzu z.B. *Tewocht, a.a.O., S. 49*) und dies bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II zu beachten wäre, da der Antragstellerin jedenfalls ein materielles Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG zusteht, ohne dass es hierfür der Erteilung eines Aufenthaltstitels bedarf.
- 44 Das AufenthG vermittelt der Antragstellerin eine günstigere Rechtsstellung als das FreizügG/EU, womit es Anwendung findet (§ 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU, zuvor: § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU in der bis zum 22.11.2020 geltenden Fassung <aF>). Die Erteilung eines Aufenthaltstitels bedarf es hierfür (weiterhin) nicht, da die ursprünglich vorgesehene Änderung des § 11 FreizügG/EU ("Soweit Rechtsfolgen nach anderen Gesetzen davon abhängen, dass ein Ausländer einen Aufenthaltstitel besitzt, treten diese Rechtsfolgen auch in Fällen des Satzes 1 nur ein, wenn dieser Aufenthaltstitel erteilt worden ... ist." vgl. § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU i.d.F. des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur sog. Klarstellung "anderslautender Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit", vgl. *BR-Drucks. 263/20, S. 7, 50 f.*; *BT-Drucks. 19/21750, S. 12, 47*) nicht als Gesetz beschlossen wurde (vgl. Art. 1 Nr. 11 des Gesetzes v. 12.11.2020, *BGBI. I S. 2416, 2418 f.*; zum Gesetzgebungsverfahren und zu den angeführten Gründen der Aufhebung dieser beabsichtigten Regelung vgl. insb. *BR-Drucks. 263/20 <Beschluss>, S. 2 bzw. BT-Drucks. 19/21750, S. 61 f.*; *BT-Drucks. 19/23186, insb. S. 5, 7 ff., 10*; *BT-Plenarprotokoll 19/184, insb. 23169 C f., 23171 C, 23172 B f.*; *Tewocht, ZAR 2021, S. 43, 46*). Daher genügt für einen Unionsbürger weiterhin das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG, um nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen zu sein (zu § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU a.F. vgl. insb. *BSG v. 03.12.2015 - B 4 AS 43/15 R - Rn. 27 m.w.N.*; s. weiterhin z.B. *BSG v. 20.01.2016 - B 14 AS 35/15 R - Rn. 24, 26, 28*; *BSG v. 30.08.2017 - B 14 AS 31/16 R - Rn. 26*; *BSG v. 09.08.2018 - B 14 AS 32/17 R - Rn. 18 f.*; *BSG v. 12.09.2018 - B 14 AS 18/17 R - Rn. 17*; *BSG v. 21.03.2019 - B 14 AS 31/18 R - Rn. 16*), und bedarf es hierfür keiner Erteilung eines Aufenthaltstitels durch die Ausländerbehörde (vgl. z.B. *Janda, ZESAR 2021, S. 3, 9*; a.A. z.B. *BA, Praxishandbuch: Leistungsansprüche von ausländischen Staatsangehörigen nach dem SGB II, S. 34, Stand 12.02.2020*; kritisch zur vorgenannten *BSG-Rspr. und zur Streichung o.g. Neuregelung* z.B. *Kluth, ZAR 2020, S. 393*; zum Erfordernis der ausdrücklichen Feststellung des Verlusts oder Nichtbestehens der Freizügigkeitsberechtigung durch die Ausländerbehörde für einen Ausschluss vom Anspruch auf Elterngeld nach § 1 Abs. 7 BEEG vgl. indes z.B. *BSG v. 27.03.2020 - B 10 EG 5/18 R - Rn. 23 ff.*, auch zur Abgrenzung zu § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II und der hierzu ergangenen *BSG-Rspr.*; zum Kontext und zu den Aus-

wirkungen dieser Entscheidung vgl. z.B. Öndül, jurisPR-SozR 14/2020 Anm. 4 unter C. f.). Ob dies ebenso bei Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts der Freizügigkeitsberechtigung durch die Ausländerbehörde (vgl. § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU, zuvor § 11 Abs. 2 FreizügG/EU a.F.) gilt (verneint vom Sächs. LSG v. 29.10.2020 - L 8 AS 543/20 B ER - juris Rn. 41 ff.), kann dahinstehen, da hier keine derartige Entscheidung ergangen ist.

- 45 Unter wertender Berücksichtigung der Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und Art. 18 Abs. 1 AEUV sowie der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu beachtenden verfassungsrechtlichen Maßgaben (vgl. oben) liegen die Voraussetzungen für ein materielles Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zur (weiteren tatsächlichen) Ausübung der Personensorge ihres Sohnes in entsprechender Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG vor (vgl. ausf. z.B. LSG für das Land NRW v. 30.10.2018 - L 19 AS 1472/18 B ER - juris Rn. 30 ff. m.w.N. auch zu hiervon abweichenden Auffassungen; zu diesen vgl. indes die stattgebenden Beschlüsse des BVerfG v. 04.10.2019 - 1 BvR 1710/18 - Rn. 12 f. sowie v. 08.07.2020 - 1 BvR 932/20 und 1 BvR 1094/20 - jeweils juris Rn. 15; vgl. hierzu z.B. Öndül, jurisPR-SozR 19/2020 Anm. 1 unter C., wonach nunmehr vom Leistungsträger „im Zweifel“ Leistungen zu gewähren seien; vgl. weiterhin die vom Bevollmächtigten der Antragstellerin in dieses Verfahren eingeführten ausführlichen Hinweise des Senatsvorsitzenden im Senatstermin zur mündlichen Verhandlung v. 03.12.2020 - L 7 AS 1086/17, wonach sogar einer lediglich schwangeren Unionsbürgerin bei einem Nachzug zum Kindsvater und Unionsbürger "aufgrund der aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen aus Art. 6 GG" selbst in den ersten drei Monaten nach Einreise ein Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG zustehe, worauf der auch hier beteiligte Antragsgegner sein Rechtsmittel zurücknahm; zu § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vgl. indes z.B. Sächs. LSG v. 29.10.2020 - L 8 AS 543/20 B ER - juris Rn. 44, wonach für eine mit einem Deutschen verheiratete Unionsbürgerin kein „bedingungsloses Aufenthaltsrecht“ bestehe).
- 46 Damit kann dahinstehen, ob die Antragstellerin aus anderen Gründen materiell aufenthaltsberechtigt nach dem AufenthG ist (dahingehend der Antragsgegner, vgl. dessen - nach Rücksprache mit der beigeladenen Ausländerbehörde gefertigtes - Schreiben v. 28.01.2021, wonach eine außergewöhnliche Härte i.S.d. § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG „wohl bejaht werden“ könne; s. hierzu indes z.B. BSG v. 20.01.2016 - B 14 AS 35/15 R - Rn. 29, wonach ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 4 AufenthG nicht für einen Zugang zu Leistungen nach dem SGB II geeignet sei; anders als der Antragsgegner hingegen die beigeladene Ausländerbehörde im Schreiben v. 15.04.2021, wonach ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 4 AufenthG „nicht in Betracht käme“, aber unter weiteren Voraussetzungen ein solches nach § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 6 GG „denkbar wäre“).
- 47 Für die Höhe des der Antragstellerin vom Antragsgegner einstweilig zu erbringenden Alg II berücksichtigt der Senat in diesem Verfahren die vorläufigen Bewilligungen von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für deren Partner und Sohn durch den (Änderungs-) Bescheid vom 11.02.2021 für Januar 2021, den weiteren Bescheid vom 11.02.2021 für Februar und März 2021 und den (Änderungs-) Bescheid vom 01.03.2021 für April bis Juli 2021. Danach ist auch bei der Antragstellerin ein monatlicher Gesamtbedarf von 592,61 € (401,- € Regelbedarf + 191,61 € kopfteilige Bedarfe für Unterkunft und Heizung) anzuerkennen sowie als Einkommen Alg ihres Partners und Elterngeld der Antragstellerin zu berücksichtigen. Das bezifferte Antragsbegehren (§ 123 SGG) begrenzt die einstweilige Leistungserbringung in diesem Verfahren.

- 48 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Sie berücksichtigt den Ausgang des Rechtsstreits.
- 49 Die Beschwerde gegen diesen Beschluss ist ausgeschlossen (§ 75 Abs. 3 Satz 3, § 177 SGG).