

## L 19 AS 275/15 B ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

19

1. Instanz

SG Köln (NRW)

Aktenzeichen

S 31 AS 129/15 ER

Datum

03.02.2015

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 19 AS 275/15 B ER

Datum

16.03.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 03.02.2015 geändert. Der Antragsgegner wird vorläufig verpflichtet, der Antragstellerin für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.03.2015 einen Regelbedarf für Partner entsprechend [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin 2/3 ihrer notwendigen außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen zu erstatten. Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt M aus L beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt von dem Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II.

Die Antragstellerin, die ebenso wie ihr Lebensgefährte italienische Staatsangehörige ist, reiste mit diesem und ihren damals drei gemeinsamen, minderjährigen Kindern (\* 2005, 2007 und 2010) im Juni 2013 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Zum damaligen Zeitpunkt war die Antragstellerin schwanger mit den beiden jüngsten, am 00.00.2013 geborenen Kindern. Der Lebensgefährte der Antragstellerin arbeitete zwischenzeitlich und aktuell als Bauhelfer in einem Umfang von bislang maximal 56 Stunden monatlich zu einem Stundenlohn von 12,00 EUR brutto.

Der Lebensgefährte der Antragstellerin beantragte zuletzt am 29.12.2014 für sich, die Antragstellerin und die fünf gemeinsamen Kinder Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 02.01.2015 bewilligte der Antragsgegner dem Lebensgefährten der Antragstellerin sowie den fünf gemeinsamen Kindern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II vorläufig für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.03.2015 in Höhe von insgesamt 1150,58 EUR monatlich. Auf den Gesamtbedarf der sechs Personen i.H.v. von insgesamt 2.460,61 EUR rechnete er das Kindergeld i.H.v. insgesamt 988,00 EUR und ein Erwerbseinkommen des Lebensgefährten der Antragstellerin i.H.v. 322,03 EUR an. Im Übrigen lehnte der Antragsgegner die Gewährung von Leistungen ab.

Gegen diese Entscheidung erhob die Antragstellerin Widerspruch und stellte darüber hinaus am 13.01.2015 einen Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes beim Sozialgericht Köln.

Sie hat vorgetragen, sie und die mit ihr Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen verfügten über keine Ersparnisse und sie selbst verfüge über keine Krankenversicherung, ihre finanzielle Lage sei mittlerweile wieder prekär geworden. Sie habe einen Anspruch nach dem SGB II. Denn sie sei gar nicht arbeitsuchend. Ihr Aufenthaltswort sei die Versorgung der gemeinsamen Kinder, insbesondere die Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft mit den Kindern. Die Kinder wiederum seien durch den Vater legitimiert, denn dieser sei Arbeitnehmer. Die Bedarfsgemeinschaft könne auch nicht auf ein Familienleben in Italien verwiesen werden, weil dies der Arbeitnehmerfreizügigkeit ihres Lebensgefährten widerspreche.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, dass die Antragstellerin über kein Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU verfüge. Insbesondere verfüge sie über kein Daueraufenthaltsrecht, da sie sich nach eigenen Angaben erst seit Juni 2013 rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhalte. Auch ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige nach § 3 Abs. 2 FreizügG/EU sei nicht gegeben. Die Antragstellerin sei mit ihrem Lebensgefährten nicht verheiratet. Auch abgeleitet von den gemeinsamen Kindern ergebe sich für die Antragstellerin kein eigenes Aufenthaltsrecht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Antragstellerin über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende eigene Existenzmittel verfüge. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Ein Aufenthaltsrecht

aus familiären Gründen sei vorliegend nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sei eine Familienzusammenführung im Ausland grundsätzlich zumutbar, wenn das Familienleben ohne Hindernisse auch im Herkunftsland möglich sei.

Mit Beschluss vom 03.02.2015 hat das Sozialgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Nach summarischer Prüfung habe die Antragstellerin keinen Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II, weil sie dem Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) unterfalle. Dieser Leistungsausschluss erfasse auch Ausländer, die wirtschaftlich inaktiv seien, ohne über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel zu verfügen. Der Leistungsausschluss sei weder mit europarechtlichen Regelungen unvereinbar noch verfassungswidrig.

Gegen den ihr am 04.02.2015 zugestellten Beschluss richtet sich die Antragstellerin mit ihrer am 05.02.2015 eingelegten Beschwerde.

II.

Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes für die Zeit vom 01.01.2015 bis zum 31.03.2015. Die Antragstellerin hat weder im erstinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren den Beginn und das Ende des Leistungszeitraums bestimmt. Aus ihrer Bezugnahme auf das Widerspruchsverfahren gegen den Bescheid vom 02.01.2015 kann das Begehren entnommen werden, durch das einstweilige Rechtsschutzverfahren das im Hauptsacheverfahren streitige Rechtsverhältnis vorläufig zu regeln. Streitgegenstand des Widerspruchsverfahrens ist der Bescheid vom 02.01.2015, mit dem der Antragsgegner konkludent die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II an die Antragstellerin für die Zeit vom 01.01.2015 bis zum 31.03.2015 abgelehnt hat. Das Begehren der Gewährung vorläufiger Leistungen über den 31.03.2015 hinaus hat in den Schriftsätzen keinen Ausdruck gefunden. Ein solches Antragsbegehren wäre auch unzulässig, da das Sozialgericht als Gericht der Hauptsache im Wege der einstweiligen Anordnung nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) nicht mehr vorläufig gewähren darf, als ein Antragsteller im Hauptsacheverfahren erlangen kann. Denn gemäß [§ 86b Abs. 2 SGG](#) kann eine einstweilige Anordnung nur in Bezug auf den Streitgegenstand oder ein streitiges Rechtsverhältnis (zum Begriff Rechtsverhältnis vgl. BSG Urteil vom 20.12.2001 - [B 4 RA 50/01 R](#)) ergehen. Das Gericht der Hauptsache darf nur den Anspruch sichern, der im Klageverfahren verfolgt werden kann (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschlüsse vom 12.01.2011 - [L 19 AS 2136/10 B ER](#), vom 01.09.2010 - [L 19 AS 1265/10 B ER](#) und vom 06.10.2008 - [L 19 B 121/08 AS ER](#)).

Das Sozialgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung betreffend den Regelbedarf zu Unrecht abgelehnt (1). Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet (2).

1) Nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruches (d. h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie das Vorliegen des Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen ([§ 86 Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)).

Die Antragstellerin hat hinsichtlich des Regelbedarfs einen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

Der Anordnungsgrund betreffend den Regelbedarf ergibt sich hier aus dem glaubhaft gemachten Fehlen von ausreichenden Eigenmitteln. Zwar verfügt der Lebensgefährte der Antragstellerin über Einkommen aus einer abhängigen Beschäftigung, dieses aber reicht mit zuletzt netto 328,51 EUR (Januar 2015) bzw. 353,72 EUR (Februar 2015) nicht aus, um auch den Lebensunterhalt der Antragstellerin sicher zu stellen. Nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung spricht nichts für das Vorliegen existenzsichernder Eigenmittel der Antragstellerin.

Die Antragstellerin hat auch einen Anordnungsanspruch im Sinne eines im Hauptsacheverfahren voraussichtlich durchsetzbaren Anspruchs auf einen Regelbedarf nach [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Die Antragstellerin erfüllt die Leistungsvoraussetzungen nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 4 SGB II](#). Sie hat das 15. Lebensjahr vollendet, die Altersgrenze nach [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht, ist erwerbsfähig, und hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Sie hat auch ihre Hilfebedürftigkeit glaubhaft gemacht. Sie verfügt weder über eigenes Einkommen noch Vermögen. Ihr Hilfebedarf in Höhe des Regelbedarfs von 360,00 EUR wird auch nur teilweise durch das Einkommen ihres Lebensgefährten, mit dem sie eine Bedarfsgemeinschaft i.S.v. [§ 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II](#) bildet, nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 9 Abs. 2 SGB II](#) gedeckt. Das Einkommen ihres Lebensgefährten ist nach der horizontalen Berechnungsmethode auf den Hilfebedarf von sieben Personen zu verteilen.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts und des Antragsgegners ist der Anspruch der Antragstellerin nicht nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ausgeschlossen. Dieser Leistungsausschluss erfordert eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw. der Gründe des Aufenthaltsrechts am Maßstab des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) und ggf. des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG); bereits das Vorhandensein der Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts aus einem anderen Grund als dem Zweck der Arbeitsuche hindert die von der Rechtsprechung des BSG geforderte positive Feststellung eines Aufenthaltsrechts "allein aus dem Zweck der Arbeitsuche" i.S. von [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#)).

Die Antragstellerin übt im streitbefangenen Zeitraum keine (abhängige oder selbständige) Tätigkeit aus (§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FreizügG/EU). § 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift nicht zu ihren Gunsten ein. Gleichfalls sind die Tatbestände der §§ 4, 4a FreizügG/EU nicht gegeben. Ebenfalls hat sie kein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU, da sie nach eigenen Angaben wegen der Kinderbetreuung keine Arbeitsstelle sucht.

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfungsdichte hat die Antragstellerin aber als sorgeberechtigtes Elternteil ([§](#)

[1626a BGB](#)) ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige ihrer die Schule besuchenden beiden ältesten Kinder entsprechend § 3 Abs. 4 FreizügG/EU.

Die Kinder der Antragstellerin sind zum einen im Hinblick auf die Erwerbstätigkeit ihres Vaters freizügigkeitsberechtigigt (§§ 2 Abs. 2 Nr. 6, 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU). Zum anderen sind minderjährige Kinder eines Unionsbürgers, die in einem Mitgliedstaat seit einem Zeitpunkt wohnen, zu dem der Unionsbürger als Arbeitnehmer ein Aufenthaltsrecht hatte - vorliegend der Vater der Kinder -, nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH (vgl. zuletzt Urteil vom 06.09.2012 - [C-147/11](#) - "Czop", m.w.N.) zum Aufenthalt in diesem Staat berechtigt, um dort gemäß Art. 10 der Verordnung Nr. 492/2011 vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (VO [492/11/EU](#); zuvor Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968) weiterhin an einem allgemeinen Schulunterricht und an der Berufsausbildung teilzunehmen. Anknüpfungspunkt für dieses Aufenthaltsrecht ist, dass einer der beiden Elternteile - hier der Lebensgefährte der Antragstellerin - als Unionsbürger abhängig beschäftigt ist bzw. gewesen ist. Die beiden ältesten Kinder der Antragstellerin, die die Schule besuchen, haben dieses Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 462/11/EU erworben, da ihr Vater (unmittelbar) nach seiner Einreise in die Bundesrepublik als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen ist. Der spätere (zwischenzeitliche) Verlust dieser Arbeitsstelle hat nicht zum Verlust dieses eigenständigen Aufenthaltsrechts der Kinder geführt.

Die besondere Situation des nicht aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigigten Elternteils, der das Sorgerecht hinsichtlich eines minderjährigen Kindes ausübt, wird in § 3 Abs. 4 FreizügG/EU gewürdigt. Nach dieser Vorschrift (vgl. auch Art. 12 Abs. 3 RL 2004/38/EG vom 29.04.2004) wird den Kindern und dem personensorgeberechtigten Elternteil bis zum Abschluss der Ausbildung der Kinder ein Aufenthaltsrecht eingeräumt, das diese selbst im Fall des Todes oder Wegzugs des freizügigkeitsberechtigigten anderen Elternteils behalten. Die Vorschrift des § 3 Abs. 4 FreizügG/EU unterstellt damit das Bestehen eines Aufenthaltsrechts des sorgeberechtigten Elternteils, der Tod oder Wegzug des anderen Elternteils ist nicht anspruchsbegründend. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes besteht ein Aufenthaltsrecht für den tatsächlich die elterliche Sorge ausübenden Elternteil, dessen Kind sich auf Art. 10 VO [492/11/EU](#) berufen kann, auch dann, wenn dieser Elternteil nicht über ausreichende Existenzmittel oder einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügt (vgl. - insoweit noch zu Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 - EuGH, Urteile vom 23.02.2010 - [C 310/08](#) - "Ibrahim" und [C-480/08](#) "Teixeira"; Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 3 FreizügigG/EU Rn. 68). Denn das dem Kind zuerkannte Recht, im Aufnahmemitgliedstaat weiterhin unter den bestmöglichen Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen, impliziert notwendig, dass das Kind das Recht hat, dass sich die die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmende Person bei ihm aufhält, und dass es demgemäß dieser Person ermöglicht wird, während der Ausbildung des Kindes mit diesem zusammen in dem betreffenden Mitgliedstaat zu wohnen (vgl. EuGH, Urteile vom 23.02.2010, [a.a.O.](#)). Damit endet ein aus Art 10 VO [492/11/EU](#) abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Elternteils erst, wenn das aus Art. 10 VO [492/11/EU](#) aufenthaltsberechtigte Kind seine Ausbildung beendet, volljährig oder der Verlust seines Aufenthaltsrechts nach den Vorschriften des FreizügG/EU festgestellt wird.

Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob der Antragstellerin auch ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU i.V.m. [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) zusteht. Nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU findet das AufenthG vorrangig vor dem FreizügG/EU Anwendung, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt als das FreizügG/EU. Nach [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) ist einem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes des [Art. 18 AEUV](#), der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet und auf das nationale Aufenthaltsrecht Anwendung findet, dürfte [§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG](#) auf einen minderjährigen Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, entsprechend anwendbar sein, denn ein minderjähriger Unionsbürger mit rechtmäßigem Aufenthalt kann verlangen, so gestellt zu werden wie ein deutsches Kind (vgl. Dienelt, a.a.O., § 11 FreizügG/EU Rn. 38f; a.A. Kösel/Christ/Häußer, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, Stand Dezember 2013, § 11 FreizügG/EU Rn. 107).

Die Höhe des Regelbedarfs der Antragstellerin nach [§ 20 Abs. 4 SGB II](#) wird der Antragsgegner bei Ausführung des Beschlusses durch die Verteilung des Einkommens ihres Lebensgefährten entsprechend der horizontalen Berechnungsmethode nach [§ 9 Abs. 2 SGB II](#) zu ermitteln haben.

2) Mit Blick auf die Kosten für Unterkunft und Heizung hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Der Antragsgegner hat die Kosten für die Familienwohnung mit Bescheid vom 02.01.2015 vollständig übernommen. Damit ist die Wohnung der Antragstellerin nicht gefährdet.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren nach [§ 73a Abs. 1 S. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 114 ff. ZPO](#) liegen vor.

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-03-24