## S 5 AS 2343/18

## Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land Baden-Württemberg

Sozialgericht Landessozialgericht Baden-Württemberg

Sachgebiet Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung 3. Kategorie Urteil

Bemerkung Rechtskraft Deskriptoren Leitsätze Normenkette -

1. Instanz

Aktenzeichen S 5 AS 2343/18 Datum 20.10.2020

2. Instanz

Aktenzeichen L 3 AS 3922/20 Datum 25.01.2023

3. Instanz

Datum -

Auf die Berufung der Kl $\tilde{A}$  $^{x}$ gerin werden das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 20.10.2020 und der Bescheid des Beklagten vom 01.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2018 aufgehoben, der Beklagte verpflichtet, den Bescheid vom 10.07.2018 teilweise zur $\tilde{A}$  $^{1}$  $^{4}$ ckzunehmen, und der Beklagte dem Grunde nach verurteilt, der Kl $\tilde{A}$  $^{x}$ gerin Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher H $\tilde{A}$  $^{1}$  $^{4}$ r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 zu gew $\tilde{A}$  $^{x}$ hren.

Im Ã□brigen wird die Berufung der Klägerin zurþckgewiesen.

Der Beklagte trägt die auÃ∏ergerichtlichen Kosten der Klägerin beider Rechtszüge.

## **Tatbestand**

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin f $\tilde{A}$  $^{1}$ 4r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II hat.

Die im September 1990 geborene Klägerin ist rumägnische Staatsangehäfrige. Seit April 2018 hielt sie sich mit ihrem im MĤrz 1985 geborenen damaligen LebensgefĤhrten und jetzigen Ehemann G und zwei gemeinsamen Kindern in E auf. Die Kinder wurden im MAxrz 2015 und im Juni 2017 geboren. In den aktenkundigen rumĤnischen Geburtsurkunden (für das ältere Kind: â∏S NY Nr. 320575â∏, für das jüngere Kind: â∏S N.10 Nr. 202283â∏∏) sind jeweils die Klägerin als Mutter und G als Vater eingetragen. G und die beiden Kinder sind ebenfalls rumĤnische StaatsangehĶrige. Die Familie war ausweislich der MeldebestÄxtigungen der Stadt E vom 16.04.2018 seit dem 12.04.2018 in dieser im ZustÄxndigkeitsbereich des Beklagten liegenden Gemeinde mit alleiniger Wohnung in der Uhandelte es sich um in E-A gemeldet. Bei dieser Wohnung Obdachlosenunterkunft, in die G, die KlAzgerin, die beiden Kinder und die Mutter der KlĤgerin durch Einweisungsverfļgung der Stadt E vom 12.04.2018 eingewiesen worden waren. Die Benutzungsgebühren für die Unterkunft wurden auf pauschal 208,60 â∏ festgesetzt.

G war laut MeldebestÃxtigung zur Sozialversicherung vom 22.01.2018 seit dem 10.01.2018 bei der K.L.S-MÃ $\frac{1}{4}$ hle versicherungspflichtig beschÃxftigt. Ausweislich der aktenkundigen Lohnabrechnungen fÃ $\frac{1}{4}$ r die Monate Januar 2018 bis Mai 2018 arbeitete er in unterschiedlichem Zeitumfang zwischen 62,5 und 129,5 Stunden monatlich. Der Nettoverdienst belief sich auf wechselnde BetrÃxge zwischen 496,08 âx0 und 991,98 âx1.

Am 28.06.2018 beantragte G fÃ $\frac{1}{4}$ r sich, fÃ $\frac{1}{4}$ r die KlÃ $\alpha$ gerin und fÃ $\frac{1}{4}$ r die Kinder Leistungen nach dem SGB II beim Beklagten. In der Anlage zur Feststellung der EinkommensverhÃ $\alpha$ ltnisse jeder in der Bedarfsgemeinschaft lebenden Person wurde bezÃ $\frac{1}{4}$ glich der KlÃ $\alpha$ gerin kein Einkommen angegeben. In der Anlage zur Feststellung der VermÃ $\alpha$ gensverhÃ $\alpha$ ltnisse war als einziger VermÃ $\alpha$ genswert das bei der Sparkasse E-G gefÃ $\alpha$ hrte Konto des G (DE13 6925 1445 1005 9240 04) mit einem Kontostand von ca. 1.300 â $\alpha$  angegeben.

Mit an G adressiertem Bescheid vom 10.07.2018 bewilligte der Beklagte fÃ $\frac{1}{4}$ r G und die Kinder unter bedarfsmindernder Anrechnung eines Netto-Erwerbseinkommens in Höhe von 787,44 â $\frac{1}{2}$ monatlich vorlÃ $\frac{1}{2}$ ufig Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 84,52 â $\frac{1}{2}$ monatlich fÃ $\frac{1}{4}$ r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018. Im Bescheid hieÃ $\frac{1}{2}$  es, die KlÃ $\frac{1}{2}$ gerin könne â $\frac{1}{2}$ bei der Leistungsberechnung nicht berÃ $\frac{1}{4}$ cksichtigt werden ( $\frac{1}{2}$ 8 7 SGB II)â $\frac{1}{2}$ 0. Die Bewilligung erfolge vorlÃ $\frac{1}{2}$ ufig, weil G aus einer ErwerbstÃ $\frac{1}{2}$ tigkeit EinkÃ $\frac{1}{4}$ nfte in noch ungeklÃ $\frac{1}{2}$ rter bzw. schwankender Höhe erziele und Ã $\frac{1}{4}$ ber den Anspruch auf Leistungen derzeit nicht abschlieÃ $\frac{1}{2}$ end entschieden werden könne. In Anlehnung an  $\frac{1}{2}$ 8 41a Abs. 4 Satz 1 SGB II sei ein Durchschnittseinkommen gebildet worden.

Mit am 21.09.2018 beim Beklagten eingegangenem Schreiben beantragte die Kl $\tilde{A}$  $\parallel$ gerin die  $\tilde{A}$  $\parallel$ berpr $\tilde{A}$  $\frac{1}{4}$ fung des Bescheides vom 10.07.2018  $\hat{a}$  $\parallel$ ( $f\tilde{A}$  $\frac{1}{4}$ r 6/18-11/18) $\hat{a}$  $\parallel$ .

Der Beklagte lehnte den Ã□berprüfungsantrag mit Bescheid vom 01.10.2018 ab.

Mit Schreiben vom 16.10.2018 lieà die Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten Widerspruch gegen diesen Bescheid einlegen und ausfÃ⅓hren, sie sei als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft leistungsberechtigt nach dem SGB II.

Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29.10.2018 als unbegr $\tilde{A}^{1}$ 4ndet zur $\tilde{A}^{1}$ 4ck. Die Kl $\tilde{A}$  $^{1}$ gerin sei von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, da sie derzeit keiner Erwerbst $\tilde{A}$  $^{1}$ tigkeit nachgehe, nicht verheiratet sei, nicht  $\tilde{A}^{1}$ 4ber ausreichende Existenzmittel verf $\tilde{A}^{1}$ 4ge und sich nicht f $\tilde{A}^{1}$ 4nf Jahre st $\tilde{A}$  $^{1}$ ndig

rechtmäÃ∏ig in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe.

Mit der am 02.11.2018 beim Sozialgericht (SG) Konstanz erhobenen Klage ist zun $\tilde{A}$ xchst beantragt worden, den Bescheid vom 01.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2018 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, den Bescheid vom 10.07.2018 insoweit zur $\tilde{A}$ 4ckzunehmen, als der Antrag der Kl $\tilde{A}$ xgerin auf Leistungen nach dem SGB II abgelehnt wurde, und der Kl $\tilde{A}$ xgerin Leistungen f $\tilde{A}$ 4r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 31.11.2018 zu gew $\tilde{A}$ xhren.

Ebenfalls am 02.11.2018 hat die KlĤgerin beim SG Konstanz die GewĤhrung einstweiligen Rechtsschutzes beantragt.

Am 13.11.2018 ist der Weiterbewilligungsantrag des G f $\tilde{A}^{1}/_{4}$ r den ab dem 01.12.2018 beginnenden neuen Bewilligungsabschnitt bei dem Beklagten eingegangen.

Mit dem hier nicht streitgegenstĤndlichen Bescheid vom 15.11.2018 hat der Beklagte dem G und den beiden Kindern von G und der Kl\tilde{A}\tilde{x}gerin f\tilde{A}^1\tilde{4}r den Zeitraum vom 01.12.2018 bis 31.05.2019 monatliche Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 84,52 â∏¬ â∏∏ im Hinblick auf die schwankende Höhe des von G erzielten Einkommens vorläufig â∏∏ bewilligt. Die Bewilligung von Leistungen fýr die Klägerin hat der Beklagte wiederum abgelehnt. indem ausgeführt hat. Kläaerin könne er die â∏Dei Leistungsberechnung nicht berücksichtigtâ∏ werden (<u>§ 7 SGB II</u>). Mit ̸nderungsbescheid vom 24.11.2018 bewilligte der Beklagte dem G und den beiden Kindern für den Zeitraum vom 01.01.2019 bis zum 31.05.2019 vorläufig höhere Leistungen von monatlich 102,51  $\hat{a} \square \neg$ .

Mit an den G gerichtetem Aufhebungsbescheid vom 28.11.2018 hat der Beklagte die Entscheidungen  $\tilde{A}^{1/4}$ ber die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II ab dem 01.01.2019 ganz aufgehoben.

Gegen den Bewilligungsbescheid f $\tilde{A}^{1}_{4}$ r den Zeitraum Dezember 2018 bis Mai 2019 hat die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin mit Fax vom 30.11.2018 Widerspruch eingelegt. Gegen den  $\tilde{A}$  $\square$ nderungsbescheid vom 24.11.2018 hat die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin durch ihren Prozessbevollm $\tilde{A}$ ¤chtigten mit ebenfalls per Fax  $\tilde{A}^{1}_{4}$ bersandtem Schreiben vom 07.12.2018 Widerspruch eingelegt. In demselben Schreiben hat der Prozessbevollm $\tilde{A}$ ¤chtigte sich f $\tilde{A}^{1}_{4}$ r G und die beiden Kinder legitimiert und in deren Auftrag Widerspruch gegen den Bescheid vom 28.11.2018 eingelegt.

In dem unter dem Aktenzeichen S 5 AS 2342/18 ER gefļhrten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat das SG Konstanz den Beklagten mit Beschluss vom 11.01.2019 im Rahmen einer FolgenabwĤgung durch einstweilige Anordnung dazu verpflichtet, der KlĤgerin für die Zeit vom 02.11.2018 bis zum 31.12.2018 vorläufig Leistungen nach dem SGB II â∏in gesetzlicher Höheâ∏ zu gewähren, und hat den Antrag im Ã∏brigen abgelehnt, da sich für die Zeit ab dem 01.01.2019 der Gesamtanspruch der Bedarfsgemeinschaft auf 165,20 â∏¬ belaufen würde und unter Berücksichtigung des von dem Einkommen verbleibenden FreibetragesÂ in Höhe von 330,00 â∏¬ eine besondere Dringlichkeit nicht mehr erkannt werden kA¶nne. Der Beklagte hat gegen diesen Beschluss nicht Beschwerde eingelegt und in Ausfļhrung dieses Beschlusses vorlĤufig 196,83  $\hat{a} \sqcap \neg f \tilde{A} \checkmark r$  die Zeit vom 02.11.2018 bis zum 31.12.2018 und 206,54  $\hat{a} \sqcap \neg f \tilde{A} \checkmark r$  die Zeit vom 01.12.2018 bis zum 30.11.2018 an die Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{g}\)erin ausgezahlt. Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg hat die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des SG Konstanz vom 11.01.2019 mit Beschluss vom 14.03.2019 (Aktenzeichen <u>L 7 AS 634/19 ER-B</u>) zurückgewiesen und ausgeführt, selbst wenn man

eine Leistungsberechtigung der Klägerin zugrunde lege, sei ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden.

G hat dem Beklagten seine Lohn- und Gehaltsabrechnungen fýr die Monate Juni 2018 bis September 2018 (monatlich zwischen 126 und 174 Arbeitsstunden; Nettoverdienst zwischen 969,62 â $\Box$ ¬ und 1.244,77 â $\Box$ ¬), fýr November 2018 (175,5 Arbeitsstunden, Nettoverdienst 1.298,97 â $\Box$ ¬) und fýr Dezember 2018 (151,25 Arbeitsstunden, Nettoverdienst 1.121,55 â $\Box$ ¬) sowie einen Kontoauszug seines bei der Sparkasse E-G geführten Kontos Ã⅓bersandt, der am 24.11.2018 einen Kontostand in Höhe von 1.158,43 â $\Box$ ¬ ausweist.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12.02.2019 hat der Beklagte den Widerspruch der Klägerin sowie des G gegen den Bescheid vom 15.11.2018 in der Fassung der Ã□nderungsbescheide vom 24.11.2018 und vom 28.11.2018 zurückgewiesen. Die dagegen am 15.02.2019 beim SG Konstanz anhängig gemachte Klage hat das Aktenzeichen S 5 AS 324/19.

Sodann hat der Beklagte zwei an G adressierte Bescheide vom 25.02.2019 erlassen, mit denen der Leistungsantrag vom 28.06.2018 fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r G und die beiden Kinder fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r den hier streitgegenstÃ $^{2}$ ndlichen Zeitraum vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 und der fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r den hier nicht streitgegenstÃ $^{2}$ ndlichen Zeitraum ab dem 01.12.2018 bis zum 31.12.2018 gestellte Leistungsantrag vom 13.11.2018 abgelehnt worden sind, da aufgrund der HÃ $^{4}$ ne des anzurechnenden Einkommens keine HilfebedÃ $^{1}$ / $^{4}$ rftigkeit vorgelegen habe. In den zugehÃ $^{4}$ rigen BerechnungsbÃ $^{4}$ gen sind die vom Beklagten ermittelten Bedarfe des G und der beiden Kinder ausgewiesen und das Erwerbseinkommen des G sowie das Kindergeld berÃ $^{1}$ / $^{4}$ cksichtigt worden. Die KlÃ $^{2}$ gerin ist in den BerechnungsbÃ $^{4}$ gen zwar aufgefÃ $^{1}$ / $^{4}$ hrt worden, ihre Berechnungsspalte ist jedoch jeweils leer geblieben. Hiergegen haben G und die KlÃ $^{2}$ gerin mit anwaltlichem Schreiben vom 20.03.2019 fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r sich und fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r beide Kinder Widerspruch erhoben. Das Widerspruchsverfahren ruht.

Mit zwei weiteren an G adressierten Bescheiden vom 25.02.2019 hat der Beklagte gestýtzt auf §Â 41a SGB II die Erstattung der fýr G und für beide Kinder vorläufig fþr die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 (507,12 â $\Box$ ¬) und fþr den Monat Dezember 2018 (84,52 â $\Box$ ¬) bewilligten Leistungen zurückgefordert. Da nach der vorläufigen Bewilligung nun endgültig über den Leistungsantrag habe entschieden werden können, sei festgestellt worden, dass kein Anspruch auf Leistungen bestanden habe. Daher seien die Leistungen zu erstatten. Hiergegen haben G und die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 20.03.2019 fþr sich und fþr beide Kinder Widerspruch erhoben. Das Widerspruchsverfahren ruht.

Der Beklagte hat im Verfahren vor dem SG Konstanz die Auffassung vertreten, dass mit den Bescheiden vom 25.02.2019 der Leistungsanspruch endg $\tilde{A}^{1}$ /₄ltig festgesetzt und die vorl $\tilde{A}$ ¤ufigen Leistungsbewilligungen durch diese Bescheide ersetzt worden seien, weshalb der Bescheid vom 25.02.2019 nach  $\tilde{A}$ § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden sei. Der Kammervorsitzende hat im Er $\tilde{A}$ ¶rterungstermin vom 23.10.2019 darauf hingewiesen, dass er es als fraglich ansehe, ob der endg $\tilde{A}^{1}$ /₄ltige Bewilligungsbescheid Gegenstand des vorliegenden  $\tilde{A}$ □berpr $\tilde{A}^{1}$ /₄fungsverfahrens des vorl $\tilde{A}$ ¤ufigen Bewilligungsbescheides geworden sei. Die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin hat sodann beantragt, den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 01.10.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2018 zu verurteilen, ihr unter Ab $\tilde{A}$ ¤nderung des Bescheides vom 10.07.2018 in der Fassung der Bescheide vom 25.02.2019 f $\tilde{A}^{1}$ /₄r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher H $\tilde{A}$ ¶he zu gew $\tilde{A}$ ¤hren.

Am 07.09.2019 haben G und die KlAzgerin geheiratet.

Der Beklagte hat mit Schreiben vom 16.12.2019 eine Probeberechnung vorgelegt. Danach h $\tilde{A}$ xtte die Kl $\tilde{A}$ xgerin im Falle eines bestehenden Leistungsanspruchs f $\tilde{A}$ 1/4r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II in H $\tilde{A}$ ¶he von 50,50  $\hat{a}$  $\Box$ ¬ monatlich.

Nach Einholung von EinverstĤndniserklĤrungen der Beteiligten hat das SG Konstanz die Klage am 20.10.2020 durch Urteil ohne mündliche Verhandlung abgewiesen. Zur Begründung hat das SG Konstanz â∏gemäÃ∏ § 136 Abs. 3 SGGâ∏ auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 29.10.2018 und im Beschluss des LSG Baden-Württemberg vom 14.03.2019 (L 7 AS 634/19 ER-B) verwiesen. Das SG Konstanz hat die Berufung zugelassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 12.11.2020 zugestellte Urteil des SG Konstanz richtet sich die am 11.12.2020 beim LSG Baden-Wþrttemberg eingegangene Berufung der Klägerin. Zur Begrþndung wird vorgetragen, ihr Leistungsanspruch folge jedenfalls aus § 7 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3b und 3c, Abs. 3a Nr. 2 SGB II, wofþr das Vorliegen einer Ehe nicht erforderlich sei. Ã□berdies verfþge sie als Mutter der beiden gemeinsamen Kinder þber ein Aufenthaltsrecht, das sie zum Bezug von Leistungen nach dem SGB II berechtige. Dieses Recht folge aus § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG und diene der Wahrung der nach dem Grundgesetz geschþtzten Eltern-Kind-Beziehung. Sie sei im gesamten streitigen Zeitraum auch hilfebedþrftig gewesen.

Die KlĤgerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 20.10.2020 aufzuheben und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 01.10.2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2018 zu verurteilen, der Klägerin unter Abänderung des Bescheides vom 10.07.2018 in der Fassung der Bescheide vom 25.02.2019 fähr die Zeit vom 01.06.2018 bis 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Hä¶he zu gewähren.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der KlĤgerin zurļckzuweisen.

Das LSG Baden-WÄ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>rttemberg habe im Beschluss vom 14.03.2019 (<u>L 7 AS 634/19 ER-B</u>) die Leistungsberechtigung der Klägerin verneint, da sich ihr Aufenthaltsrecht allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. Sie kA¶nne auch weder von ihrem LebensgefA¤hrten, noch von den Kindern ein Aufenthaltsrecht ableiten, da die Kinder selbst nur ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht von ihrem Vater h\(\tilde{A}\)\(\tilde{x}\)tten (LSG Baden-W\(\tilde{A}\)\(^1\)\(^1\)\(^1\) Beschluss vom 25.08.2010 â<sub>□□</sub> <u>L 7 AS 3769/10 ER-B</u>, juris Rn. 9). <u>§ 7 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3b</u> und c, Abs. 3a Nr. 2 SGB II hebe nicht die LeistungsausschlÄ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>sse des <u>ŧ 7 Abs. 1 Satz 2</u> SGB II auf. Die Leistungsberechtigung dem Grunde nach sei zwar nicht Voraussetzung fļr die ZugehĶrigkeit einer Bedarfsgemeinschaft, aber fĽr den jeweiligen individuellen Leistungsanspruch. Eine Person kA¶nne auch einer Bedarfsgemeinschaft angehA¶ren, ohne leistungsberechtigt nach dem SGB II zu sein (Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 19.10.2016 â∏∏ B 14 AS 40/15 R, juris Rn. 22f.). Auch § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG begründe kein Aufenthaltsrecht, sondern enthalte nur eine Ermessensvorschrift bezüglich der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzuges. Der Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis habe <u>§ 27 Abs. 3 Satz 1 AufenthG</u> entgegengestanden, wonach die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des

Familiennachzugs versagt werden könne, wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug stattfinde, fýr den Unterhalt von anderen Familienangehörigen oder anderen Haushaltsangehörigen auf Leistungen nach dem SGB II oder dem SGB XII angewiesen sei (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 01.11.2017 â $\square$  L 15 AS 215/17 B ER, juris Rn. 9).

Der Senat hat die beim SG Konstanz unter dem Aktenzeichen  $\underline{S~5~AS~2342/18}$  ER gef $\tilde{A}^{1/4}$ hrte Akte beigezogen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne mýndliche Verhandlung einverstanden erklärt.

## EntscheidungsgrÃ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>nde

Der Senat ist aufgrund des EinverstÃ $\alpha$ ndnisses der Beteiligten befugt, durch Urteil ohne mÃ $\alpha$ 4ndliche Verhandlung gemÃ $\alpha$ 6 Å $\alpha$ 8 153 Abs. 1 SGG in Verbindung mit Å $\alpha$ 8 124 Abs. 2 SGG zu entscheiden. Die infolge der fÃ $\alpha$ 7r das LSG Baden-WÃ $\alpha$ 7rttemberg bindenden (Å $\alpha$ 8 144 Abs. 3 SGG) Berufungszulassung im Urteil des SG Konstanz vom 20.10.2020 gemÃ $\alpha$ 7 Å $\alpha$ 8 143 und 144 SGG statthafte, nach Å $\alpha$ 8 151 SGG form- und fristgerecht eingelegte und auch im Ã $\alpha$ 7brigen zulÃ $\alpha$ 8ssige Berufung der KlÃ $\alpha$ 8gerin ist Ã $\alpha$ 74berwiegend begrÃ $\alpha$ 74ndet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist neben der Aufhebung des Urteils des SG Konstanz vom 20.10.2020 der Bescheid vom 01.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.10.2018 sowie das Begehren der Kl $\tilde{A}$  $^{\mu}$ gerin, den Bescheid vom 10.07.2018 zur $\tilde{A}$  $^{\mu}$ ckzunehmen und ihr Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher H $\tilde{A}$  $^{\mu}$ he f $\tilde{A}$  $^{\mu}$ r die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 zu gew $\tilde{A}$  $^{\mu}$ hren. Das SG Konstanz hat die hierauf gerichtete kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage ( $\tilde{A}$  $^{\mu}$ 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4,  $\tilde{A}$  $^{\mu}$ 56 SGG) der Kl $\tilde{A}$  $^{\mu}$ gerin zu Unrecht abgewiesen. Denn die Kl $\tilde{A}$  $^{\mu}$ gerin hat Anspruch auf Gew $\tilde{A}$  $^{\mu}$ hrung von Leistungen nach dem SGB II f $\tilde{A}$  $^{\mu}$ r den streitigen Zeitraum.

1. Der streitgegenstĤndliche Bescheid vom 10.07.2018 ist gegenļber der KlĤgerin weiterhin wirksam und hat sich durch den Erlass des die GewĤhrung von Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 ablehnenden Bescheides vom 25.02.2019 nicht erledigt. Dieser ist, ebenso wie der sich auf den genannten Zeitraum beziehende Erstattungsbescheid vom 25.02.2019 über insgesamt 507,12 â☐¬, nicht nach § 96 SGG Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden. Soweit die Klägerin ihre Klage mit Schriftsatz vom 03.11.2019 auf diese Bescheide erweitert hat, ist sie unzulässig, weil es insoweit schon an der als Prozessvoraussetzung erforderlichen Klagebefugnis fehlt, nachdem diese Bescheide ihr gegenüber keine Regelung treffen. Die Berufung der Klägerin war insoweit zurückzuweisen.

Ein Verwaltungsakt wird nach  $\frac{\hat{A}\S}{39}$  Abs. 1 SGB X in dem Zeitpunkt seiner Bekanntgabe wirksam und bleibt gem $\tilde{A}$  $\mathbb{A}$  $\tilde{A}$  $\mathbb{A}$  $\mathbb{A$ 

oder ein Anspruch auf Geld- und Sachleistungen dem Grunde nach besteht und zur Feststellung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist (Nr. 2). GemäÃ∏ § 41a Abs. 3 Satz 1 SGB II entscheiden die Träger der Grundsicherung fþr Arbeitsuchende abschlieÃ∏end þber den monatlichen Leistungsanspruch, sofern die vorläufig bewilligte Leistung nicht der abschlieÃ∏end festzustellenden entspricht oder die leistungsberechtigte Person eine abschlieÃ∏ende Entscheidung beantragt.

Zwar hat der Beklagte bezogen auf G und die beiden Kinder mit dem Bescheid vom 10.07.2018 eine vorläufige Regelung im Sinne des <u>§ 41a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II</u> getroffen, indem er ihnen im Hinblick auf die nicht absehbare Höhe des im Bewilligungsabschnitt zuflieÃ□enden Arbeitseinkommens vorläufig Leistungen unter Berýcksichtigung der in der Zeit von Januar 2018 bis Mai 2018 nachgewiesenen Lohnzahlungen sowie des Kindergeldes bewilligt hat.

Eine solche Regelung im Sinne des § 41a Abs. 1 SGB II hat der Beklagte jedoch im Bescheid vom 10.07.2018 bezogen auf die Klägerin nicht getroffen. Denn er hat hinsichtlich der Klägerin weder einen Anspruch auf Geld- oder Sachleistungen als mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen, noch hat der Beklagte überhaupt einen tatsächlich bestehenden Anspruch angenommen. Vielmehr hat der Beklagte mit Bescheid vom 10.07.2018 den für die Klägerin am 28.06.2018 gestellten Antrag auf Leistungen nach dem SGB II abgelehnt und hat diese gegenüber der Klägerin durch Verwaltungsakt getroffene Regelung (§ 31 Satz 1 SGB X) damit begründet, dass sie (die Klägerin) bei â $\Box$ der Leistungsberechtigung nicht berücksichtigt werden (§ 7 SGB II)â $\Box$  könne. Damit ist keine vorläufige Regelung im Sinne von § 41a Abs. 1 SGB II ergangen, sondern der Beklagte hat einen Leistungsanspruch der Klägerin fþr den streitigen Zeitraum dem Grunde nach und endgþltig abgelehnt.

Deshalb ist eine Erledigung auf andere Weise in Bezug auf den gegen $\tilde{A}_{4}^{1}$ ber der Kl $\tilde{A}_{2}$ gerin ergangenen Bescheid vom 10.07.2018 nicht eingetreten. Denn der Bescheid vom 10.07.2018 wird in seinem gegen $\tilde{A}_{4}^{1}$ ber der Kl $\tilde{A}_{2}$ gerin ergangenen Regelungsgehalt durch den endg $\tilde{A}_{4}^{1}$ ltigen (Ablehnungs-)Bescheid und den Erstattungsbescheid vom 25.02.2019 nicht ber $\tilde{A}_{4}^{1}$ hrt.

Zwar hat der Beklagte hinsichtlich G und den Kindern mit dem Bescheid vom 10.07.2018 eine vorlĤufige Regelung im Sinne des <u>§ 41a Abs. 1 Satz 1 SGB II</u> getroffen und nach Bekanntwerden der HĶhe des von G im streitigen Bewilligungszeitraum erzielten Arbeitsentgelts sodann abschlieÄ $\Box$ end (<u>§ 41a Abs. 3 Satz 1 SGB II</u>) Ã $^{1}$ 4ber die AnsprÃ $^{1}$ 4che des G und der beiden Kinder entschieden und deren Antrag vom 28.06.2018 abgelehnt. Damit hat sich der Bescheid vom 10.07.2018 insoweit, als mit ihm hinsichtlich G und der beiden Kinder eine vorlĤufige Regelung getroffen worden war, auf andere Weise im Sinne von <u>§ 39 Abs. 2 SGB X</u> erledigt (BSG, Urteil vom 30.03.2017 â $\Box$  <u>B 14 AS 18/16</u>, juris Rn. 10).

Soweit der Beklagte mit dem Bescheid vom 10.07.2018  $\tilde{A}^{1}_{4}$ ber den f $\tilde{A}^{1}_{4}$ r die Kl $\tilde{A}$  $^{\pm}$ gerin gestellten Leistungsantrag vom 28.06.2018 entschieden hat, hat sich der Bescheid indes nicht erledigt. Zum einen war  $\hat{a}_{0}$  wie oben ausgef $\tilde{A}^{1}_{4}$ hrt  $\hat{a}_{0}$  bezogen auf die Kl $\tilde{A}$  $^{\pm}$ gerin bereits keine vorl $\tilde{A}$  $^{\pm}$ ufige Regelung im Sinne des  $\hat{A}$  $^{\pm}$ 41a Abs. 1 SGB II getroffen worden, so dass auch deren Ersetzung durch eine abschlie $\tilde{A}$  $^{\pm}$ ende Bewilligung im Sinne von  $\hat{A}$  $^{\pm}$ 41a Abs. 3 Satz 1 SGB II nicht in Betracht kommt. Zudem hat der Beklagte mit der im Bescheid vom 25.10.2018 vorgenommenen  $\hat{a}_{0}$  $^{\pm}$ Aufhebung $\hat{a}_{0}$  $^{\pm}$  gegen $\hat{A}^{1}$ 4ber der Kl $\hat{A}$  $^{\pm}$ gerin keine neue Regelung getroffen. Denn der am 28.06.2018 f $\hat{A}^{1}$ 4r die Kl $\hat{A}$  $^{\pm}$ gerin gestellte Leistungsantrag

war ihr gegenüber bereits mit Bescheid vom 10.07.2018 dem Grunde nach abgelehnt worden. Da der Aufhebungsbescheid vom 25.10.2018 im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten die Ablehnung von Leistungen fþr den Zeitraum vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 allenfalls wiederholt, kommt diesem Verwaltungsakt insoweit kein eigenständiger Regelungsgehalt zu. Â

- 2. Der Bescheid vom 01.10.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29.10.2018 ist rechtswidrig. Die Klägerin hat Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe fýr die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018. Der Beklagte war daher zu verpflichten, den Bescheid vom 10.07.2018 abzuändern und der Klägerin fýr die Zeit von 01.06.2018 bis 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Da die Beteiligten hier ýber den Anspruch der Klägerin auf SGB II-Leistungen dem Grunde nach streiten, konnte der Senat in Ausýbung seines insoweit bestehenden Ermessens seine Entscheidung auf ein Grundurteil (§ 130 Abs. 1 Satz 1 SGG) beschränken (vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines Grundurteils auch in Fällen des § 44 SGB X etwa BSG, Urteil vom 11.11.2021Â â $\Box$  B 14 AS 41/20 R, juris Rn. 12 und BSG, Urteil vom 26.06.2013Â â $\Box$  B 7 AY 6/12 R, BSGE 114, 20 -26, juris Rn. 9).
- 2.1 Die Anspruchsvoraussetzungen waren gegeben.

Rechtsgrundlage fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r diesen Anspruch ist Â $^{\$}$  7 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der ab dem 29.12.2016 bis zum 31.07.2019 gÃ $^{1}$ / $^{4}$ ltigen Fassung vom 22.12.2016 (a.F.). Hiernach erhalten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach Â $^{\$}$  7a SGB II noch nicht erreicht haben (Nr. 1), erwerbsfÃ $^{\$}$ mhig sind (Nr. 2), hilfebedÃ $^{1}$ / $^{4}$ rftig sind (Nr. 3) und ihren gewÃ $^{\$}$ hnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfÃ $^{\$}$ mhige Leistungsberechtigte) (Nr. 4). Nach Â $^{\$}$  9 Abs. 1 SGB II ist hilfebedÃ $^{1}$ / $^{4}$ rftig, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berÃ $^{1}$ / $^{4}$ cksichtigenden Einkommen oder VermÃ $^{\$}$ gen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von AngehÃ $^{\$}$ rigen oder von TrÃ $^{\$}$ gern anderer Sozialleistungen, erhÃ $^{\$}$ It. ErwerbsfÃ $^{\$}$ hige Leistungsberechtigte erhalten neben dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts (Â $^{\$}$  20 SGB II) auÃ $^{\square}$ erdem Bedarfe fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r Unterkunft und Heizung (Â $^{\$}$  22 SGB II).

- 2.1.1 Die Klägerin hatte im streitigen Zeitraum das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht und sie war erwerbsfähig.
- 2.1.2 Die Klägerin war auch hilfebedürftig.

Die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin hatte im streitigen Zeitraum kein eigenes Einkommen und war somit gem $\tilde{A}$ ¤ $\tilde{A}$  $\parallel$   $\hat{A}$ § 9 Abs. 1 SGB II hilfebed $\tilde{A}$ ½rftig, da sie ihren Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu ber $\tilde{A}$ ½cksichtigenden Einkommen oder Verm $\tilde{A}$ ¶gen sichern konnte und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angeh $\tilde{A}$ ¶rigen oder von Tr $\tilde{A}$ ¤gern anderer Sozialleistungen, erhielt.

Die KlĤgerin war auch unter Berücksichtigung des Einkommens des G hilfebedürftig.

Nach <u>§ 9 Abs. 2 Satz 1 SGB II</u> sind bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, auch das Einkommen und VermĶgen des Partners zu berĹ⁄4cksichtigen.

Die Klägerin bildete im hier streitigen Zeitraum mit G und den gemeinsamen Kindern eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne von § 7 Abs. 3 Nr. 3c und Nr. 4 SGB a.F.. Zwischen ihr und

G bestand eine Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaft im Sinne von <u>ŧ 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II</u> a.F.. Eine solche setzt voraus, dass eine auf Dauer angelegte eheĤhnliche Gemeinschaft besteht, die Partner in einem gemeinsamen Haushalt im Sinne einer Wohnund Wirtschaftsgemeinschaft zusammenleben und ein wechselseitiger Wille besteht, Verantwortung fù¼reinander zu tragen und fù¼reinander einzustehen. Ein Einstandswillen wird u. a. nach <u>§ 7 Abs. 3a Nr. 2 SGB II</u> a.F. vermutet, wenn Partner mit einem gemeinsamen Kind zusammenleben. Dies war vorliegend der Fall und eine Bedarfsgemeinschaft hat vorgelegen.

Aus den Angaben im Hauptantrag vom 28.06.2018 und in den beigefügten Anlagen â∏ an deren Richtigkeit zu zweifeln für den Senat keine Veranlassung besteht â∏, aus den Lohnabrechnungen vorgelegten und dem Kontoauszug Einweisungsverfügung der Stadt E vom 12.04.2018 ergibt sich, dass die Klägerin nicht über eigenes Einkommen oder Vermögen verfügte. Auch konnte sie ihren Lebensunterhalt nicht ausreichend aus dem zu berļcksichtigenden Einkommen des mit ihr in Bedarfsgemeinschaft zusammenlebenden G sichern. Weder die KlĤgerin noch G verfüqten über Vermögen, mit dem sie den Lebensunterhalt für Bedarfsgemeinschaft hÄxtten sichern kĶnnen und sie erhielten die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von AngehĶrigen oder von TrĤgern anderer Sozialleistungen. (§ 9 Abs. 1 SGB II). Aus der vom Beklagten im Klageverfahren erstellten Probeberechnung ergibt sich für den Senat, dass die Klägerin in der Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 auch unter Berücksichtigung des Einkommens des G und des Kindergeldes jedenfalls nicht in der Lage war, ihren grundsicherungsrechtlichen Bedarf selbst vollständig zu decken, daher hilfebedürftig gewesen ist und daher Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II gehabt hat. Die HĶhe der der KlĤgerin im Einzelnen zustehenden Leistungen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Die KlĤgerin hatte im streitigen Zeitraum auch ihren gewĶhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Das Vorliegen all dieser Anspruchsvoraussetzungen ist vom Beklagten zu keinem Zeitpunkt bestritten worden.

2.2 Die Klägerin ist bezogen auf den streitgegenständlichen Zeitraum nicht von dem Kreis der nach <u>§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II</u> a.F. leistungsberechtigten Personen ausgenommen.

GemäÃ∏ § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II a.F. sind von den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II a.F. ausgenommen (haben also keinen Anspruch) Ausländerinnen und Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer oder Selbstständige noch aufgrund des § 2 Abs. 3 Freizù¼gG/EU in der vom 09.12.2014 bis zum 23.11.2020 gù¼ltigen Fassung vom 02.12.2014 (a.F.) freizù¼gigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen fù¼r die ersten drei Monate ihres Aufenthalts (Nr. 1) und Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben (Nr. 2a), deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt (Nr. 2b) oder die ihr Aufenthaltsrecht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 ù¼ber die Freizù¼gigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABI. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABI. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten, und ihre Familienangehörigen sowie Leistungsberechtigte nach <u>§ 1 des AsylbLG</u> (Nr. 3).

Keiner dieser Ausschlussgründe ist gegeben

2.2.1 Die Voraussetzungen des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II</u> a.F. sind nicht gegeben.

Ausweislich der MeldebestÄxtigung des Einwohnermeldeamtes der Stadt Engen vom Klägerin jedenfalls seit dem war die 12.04.2018 ZustÄxndigkeitsbereich des Beklagten liegenden Gemeinde mit alleiniger Wohnung in der U-Straà e in E-A gemeldet. Da es sich bei dieser Wohnung um eine Obdachlosenunterkunft handelte, in die G, die Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{g}\)erin, die beiden Kinder und die Mutter der Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{g}\)erin durch EinweisungsverfÄ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>gung der Stadt E vom 12.04.2018 eingewiesen worden waren, steht zur ̸berzeugung des Senats fest, dass die Klägerin sich jedenfalls ab diesem Tag in der Bundesrepublik Deutschland aufhielt. Es kann offenbleiben, ob die KlĤgerin sich bereits vor dem 12.04.2018, und damit bei Beginn des streitgegenstĤndlichen Zeitraums bereits Iänger als drei Monate im Bundesgebiet aufhielt. Denn der in <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB</u> II a.F. vorgesehene Leistungsausschluss fýr die ersten drei Monate des Aufenthalts erfasst u.a. jedenfalls nicht solche Personen, die als FamilienangehĶrige unter den Voraussetzungen eines der in <u>§Â§ 27</u> bis <u>36a AufenthG</u> geregelten Aufenthaltsrechte (Aufenthalt aus familiÃxren Gründen) nach Deutschland ziehen (Leopold in jurisPK-SGB II, Stand, § 7, Rn. 112; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 24.01.2017 â∏ L 9 AS 3548/16 , juris Rn. 24ff.). Da die KlĤgerin sich fļr die Zeit ab dem 01.06.2018 auf ein materielles Aufenthaltsrecht berufen kann (hierzu nachfolgend unter 2.2.2 b.) sind die Voraussetzungen des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II</u> a.F. nicht erfüIIt.

2.2.2 Auch sind die Voraussetzungen des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2</u> a) SGB II nicht gegeben.

Zwar ist die KlĤgerin AuslĤnderin. Sie hatte aber ein Aufenthaltsrecht.

a. Zwar verf $\tilde{A}^{1}$ /4gte die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin im streitigen Zeitraum  $\tilde{A}^{1}$ /4ber keine unionsrechtliche Freiz $\tilde{A}^{1}$ /4gigkeitsberechtigung.

Die Voraussetzungen der Aufenthaltsrechte aus §Â§ 2, 3, 4, 4a FreizügG/EU a.F. liegen nicht vor, denn die Antragstellerin hat keine abhĤngige oder selbstĤndige TĤtigkeit ausgeübt (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 FreizügG/EU a.F.) und hat sich nicht zu dem Zwecke in Deutschland aufgehalten, Dienstleistungen zu erbringen oder in Anspruch zu nehmen (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 FreizügG/EU a.F.). Ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU a.F. kann nicht festgestellt werden, denn Anhaltspunkte für andauernde und erfolgversprechende Bewerbungsbemühungen sind weder nach Aktenlage ersichtlich noch von der KlĤgerin vorgetragen. Sie hat auch nicht ausreichende Existenzmittel verfýgt, um ihren Lebensunterhalt Krankenversicherungsschutz selbst zu decken (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. § 4 FreizügG/EU a.F.). Die KlĤgerin ist im streitigen Zeitraum nicht mit G verheiratet gewesen und zwischen ihnen auch keine Lebenspartnerschaft Lebenspartnerschaftsgesetz bestanden, so dass sie im streitigen Zeitraum auch keine Familienangehörige i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 6 i.V.m. § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU a.F. gewesen ist (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2013 â∏ B 4 AS 54/12 R, juris Rn. 33). Die Voraussetzungen fýr ein Daueraufenthaltsrecht liegen für die im April 2018 in die Bundesrepublik eingereiste Klägerin ebenfalls nicht vor (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. § 4a FreizügG/EU a.F.).

Eine Freizügigkeitsberechtigung ergibt sich für die Klägerin auch nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU a.F., da ihre Kinder nicht zu den in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 5 und Nr.7 FreizügG/EU a.F. genannten Personen gehört haben, sondern ihrerseits lediglich als Familienangehörige des G nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizÃ⅓gG/EU a.F. freizÃ⅓gigkeitsberechtigt gewesen sind.

Hiernach haben Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU a.F. genannten Unionsbürger das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizÃ⅓gG/EU a.F. â∏ also das Recht auf Einreise und Aufenthalt â∏, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. FamilienangehĶrige in diesem Sinne sind gem. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU a.F. u.a. Verwandte in gerader absteigender Linie, denen der Unionsbürger Unterhalt gewährt. Danach ergibt sich vorliegend die Freizügigkeitsberechtigung der Kinder der Klägerin, weil G als Vater der Kinder seinerseits ein Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU a.F. besaÃ∏, da er aufgrund seiner Tätigkeit bei der Karin Leiber Steigmýhle mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 20 Stunden Arbeitnehmer war und die Kinder (als Verwandte in gerader absteigender Linie) noch nicht 21 Jahre alt waren (§ 3 Abs. 2 FreizügG/EU a.F.). Darüber hinaus gewährte G den Kindern auch aufenthaltsberechtigter Unionsbürger Unterhalt. Ein gewĤhrt Familienangehörigen Unterhalt, wenn er ihm tatsächlich regelmäÃ∏ig Leistungen zukommen lÄxsst, die vom Ansatz her als Mittel zum Bestreiten des Lebensunterhalts angesehen werden kA¶nnen und die vom Umfang her zumindest einen Teil des Lebensunterhalts decken (LSG fÅ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.08.2017 â∏∏ L 19 AS 1131/17 B ER, juris Rn. 43). In diesem Zusammenhang ist zu berýcksichtigen, dass der Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von 787,44 â∏¬ bei der Leistungsgewährung nach dem SGB II berýcksichtigte. Der Senat hat keine Zweifel daran, dass G den Kindern aufgrund dieser Einnahmen tatsĤchlich regelmĤÄ∏ige Unterhaltszahlungen zukommen lieÄ∏, indem er sein Einkommen für den Lebensbedarf der Familie verwendet hat. Im Ã∏brigen wohnten G und die KlĤgerin im streitgegenstĤndlichen Zeitraum mit den beiden gemeinsamen Kindern zusammen. Gemäà A§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfüllt der Elternteil, der ein minderjĤhriges Kind betreut, seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes. Es besteht bis zur VolljĤhrigkeit des Kindes grundsĤtzlich rechtliche Gleichwertigkeit zwischen dem Betreuungsunterhalt, also der Pflege und der Erziehung des minderjĤhrigen unverheirateten Kindes, und dem Barunterhalt (Viefhues in: Herberger/Martinek/ RüÃ∏mann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, Stand 20.12.2022, § 1606 BGB, Rn. 10). Somit erfýllte G seine Unterhaltsverpflichtung zumindest teilweise auch durch die tatsächliche Gewährung von Betreuungsunterhalt. Die Kinder waren damit freizügigkeitsberechtigt.

Die Kinder der Kl $\tilde{A}$ ¤gerin haben im streitigen Zeitraum somit (lediglich) eine von G abgeleitete Freiz $\tilde{A}$ ½gigkeitsberechtigung als Familienangeh $\tilde{A}$ ¶rige nach  $\hat{A}$ § 3 Abs. 1 Freiz $\tilde{A}$ ½gG/EU a.F. i.V.m.  $\hat{A}$ § 2 Abs. 2 Nr. 6 Freiz $\tilde{A}$ ½gG/EU a.F. gehabt. Mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage kann die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin aus dieser Rechtsposition ihrer Kinder f $\tilde{A}$ ½r sich keine Freiz $\tilde{A}$ ½gigkeitsberechtigung ableiten.

b. Aber die Kl $\tilde{A}$ ¤gerin kann sich f $\tilde{A}$  $^{1}$ 4r den streitigen Zeitraum aber auf ein materielles Aufenthaltsrecht berufen.

Ein Leistungsausschluss im Sinne von  $\hat{A}$ § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II a.F. liegt  $f\tilde{A}^{1}_{4}$ r Staatsangeh $\tilde{A}$ ¶rige anderer Mitgliedstaaten der EU dann nicht vor, wenn diese  $\tilde{A}^{1}_{4}$ ber eine materielle Freiz $\tilde{A}^{1}_{4}$ gigkeitsberechtigung nach dem Freiz $\tilde{A}^{1}_{4}$ gG/EU oder  $\tilde{A}^{1}_{4}$ ber ein materielles Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verf $\tilde{A}^{1}_{4}$ gen (vgl. BSG, Urteil vom 27.01.2021  $\hat{a}_{1}$  B 14 AS 25/20 R, juris Rn. 15 [ $f\tilde{A}^{1}_{4}$ r einen Bewilligungszeitraum vom 01.03.2017 bis zum 31.08.2017]; vgl. auch BSG, Urteil vom 12.05.2021  $\hat{a}_{1}$  B 4 AS 34/20 R, juris Rn. 15; Urteil vom 30.08.2017  $\hat{a}_{1}$  B 14 AS 31/16, juris Rn. 22 und Urteil vom 03.12.2015  $\hat{a}_{1}$  B 4 AS 44/15 R, juris; Leopold in jurisPK-SGB II,  $\hat{A}$ § 7, Rn. 131).

Der Umstand, dass die Klägerin im streitigen Zeitraum nicht Inhaberin eines Aufenthaltstitels in diesem Sinne gewesen ist, steht einem Leistungsanspruch nicht entgegen. Denn soweit Aufenthaltsrechte von Unionsbýrgern nach § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizýgG/EU in der vom 29.07.2017 bis zum 23.11.2020 gýltigen Fassung vom 20.07.2017 (a.F.) i.V.m. den Vorschriften des AufenthG zu prýfen sind, ist es nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013 â $\square$  B 4 AS 54/12 R, juris Rn. 19; Urteil vom 12.12.2013 â $\square$  B 4 AS 9/13, juris Rn. 13) unerheblich, ob dem Unionsbýrger ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG tatsächlich erteilt worden ist. Entscheidend ist vielmehr, ob demjenigen ein solcher Titel zu erteilen (gewesen) wäre (vgl. Sächsisches LSG, Beschluss vom 10.05.2021 â $\square$  L 7 AS 342/21 B ER, juris Rn. 44; LSG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.08.2017 â $\square$  L 19 AS 1131/17 B ER, juris Rn. 41; Leopold in jurisPK-SGB II, Stand 29.11.2021, § 7, Rn. 122.2).

Da nach dem FreizÃ $\frac{1}{4}$ gG/EU a.F. laut dessen Â $\frac{8}{11}$  Abs. 1 Satz 11 das AufenthG auch dann Anwendung gefunden hat, wenn es eine gÃ $\frac{1}{4}$ nstigere Rechtsstellung vermittelt hat als das FreizÃ $\frac{1}{4}$ gG/EU a.F., ergibt sich fÃ $\frac{1}{4}$ r die KlÃ $\frac{1}{4}$ gerin bezogen auf den streitigen Zeitraum ein materielles Aufenthaltsrecht aus Â $\frac{1}{4}$ 1 Abs. 1 Satz 11 FreizÃ $\frac{1}{4}$ gG/EU a.F. i.V.m. Â $\frac{1}{4}$ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 des Vertrages Ã $\frac{1}{4}$ 4 ber die Arbeitsweise der EuropÃ $\frac{1}{4}$ sischen Union (AEUV).

<u>ŧ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG</u> sieht vor, dass einem auslĤndischen Elternteil eines minderjĤhrigen ledigen Deutschen zur AusĽbung der Personensorge auch ohne Existenzsicherung (<u>ŧ 5 Abs. 1 Nr. 1</u>, <u>ŧ 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG</u>) eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn der Deutsche seinen gewĶhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.

Art. 18 Abs. 1 AEUV lautet: â□□Unbeschadet besonderer Bestimmungen der VertrĤge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Grþnden der Staatsangehörigkeit verboten.â□□

Die sich daraus ergebende Rechtsfrage, ob  $\frac{\hat{A}\S}{28}$  Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG aufgrund des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten Verbots der Diskriminierung aus Grýnden der Staatsangehörigkeit auf minderjährige Unionsbýrger, die ýber ein Aufenthaltsrecht nach dem FreizýgG/EU verfýgen, und ihre Eltern Anwendung findet, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Teilweise wird unter Hinweis auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 Abs. 1 AEUV) und unter Berücksichtigung der in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte vertreten, dass ein sorgeberechtigter Elternteil mit Unionsstaatsbürgerschaft zum Aufenthalt im Aufnahmemitgliedsstaat berechtigt ist, wenn dessen Kind als minderjĤhriger Unionsbürger selbst ein Aufenthaltsrecht in diesem Staat hat (so z.B.: LSG für das Saarland, Beschluss vom 07.09.2021 â□□ <u>L 4 AS 23/20 WA</u>; juris Rn. 29 ff.; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.02.2021 â∏ L 2 AS 3/21 B ER, juris Rn. 36 ff.; LSG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30.11.2015 â∏ <u>L 19 AS</u> 1713/15 B ER, juris, Rn. 15; LSG fýr das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.08.2017 â∏∏ <u>L 19 AS 1131/17 B ER</u>, juris Rn. 41 m.w.N.; LSG fÃ<sup>1</sup>⁄<sub>4</sub>r das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30.10.2018 â∏∏ <u>L 19 AS 1472/18 B ER</u>, juris Rn. 28 ff.; Leopold in jurisPK-SGB II, Stand 29.11.2021, § 7, Rn. 134; ebenso Dienelt in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 14. Aufl. 2022, § 11 FreizügG/EU Rn. 101-103; Oberhäuser in: Ausländerrecht, 2. 2016, FreizügG/EU § 11 Aufl. Rn. Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Ausländerrecht, 1. Auflage 2017, §Â§ 27-36 AufenthG, Rn. 771 ff.).

Teilweise wird aber auch mit dem Argument, das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV gelte nicht absolut und ohne Ausnahmen, sondern lediglich â∏unbeschadet der besonderen Bestimmungen der VertrĤgeâ∏, zur vorliegend aufgeworfenen Rechtsfrage vertreten, sorgeberechtigte die Auffassung dass der Elternteil mit Unionsstaatsbürgerschaft von dem Aufenthaltsrecht seines Kindes kein eigenes Aufenthaltsrecht ableiten kann (so z.B.: LSG Berlin-Brandenburg, 07.04.2022 â □ L 18 AS 312/22 B ER, juris Rn. 8; LSG fà ¼r das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.07.2017 â∏∏ <u>L 21 AS 782/17 B ER</u>, juris Rn. 43; Hessisches LSG, Beschluss vom 29.07.2021 â∏ L 6 AS 209/21 B ER, juris Rn. 137 ff.; Hessisches LSG, Beschluss vom 20.04.2020 â∏∏ <u>L 7 AS 114/20</u>, juris Rn. 38; Hessisches LSG, Beschluss vom 21.08.2019 â∏∏ <u>L 7 AS 285/19 B</u>-ER, juris Rn. 45; Hailbronner in: AuslR, Stand Dezember 2022, Freizügigkeitsgesetz/EU § 11 Rn. 100),

Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, welcher dieser Rechtsauffassungen grunds $\tilde{A}$ xtzlich zu folgen ist. Denn der Senat sieht die Voraussetzungen f $\tilde{A}$ 1/4r eine Aufenthaltsberechtigung der Kl $\tilde{A}$ xgerin hier bei Abw $\tilde{A}$ xgung der Umst $\tilde{A}$ xnde des Einzelfalls jedenfalls unter Ber $\tilde{A}$ 1/4cksichtigung der in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte ihres j $\tilde{A}$ 1/4ngsten Kindes als erf $\tilde{A}$ 1/4llt an.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in den Beschl $\tilde{A}^{1}/_{4}$ ssen vom 04.10.2019  $\hat{a} \square \square 1$ ByR 1710/18 (juris Rn. 13) (betreffend die Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe wegen mangelnder Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs) und vom 08.07.2020 â∏∏ <u>1 BvR 932/20</u> (juris Rn. 15) und <u>1 BvR 1094/20</u> (juris Rn. 15) (beide betreffend die Ablehnung der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes Beschwerdeverfahren vor einem LSG) ausgeführt, dass bei Beantwortung der Frage, ob dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizüqG/EU a.F. freizüqiqkeitsberechtiqten minderjährigen Unionsbürgers über § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU a.F. in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV ein Aufenthaltsrecht nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG vermittelt werden kann, auch die Wertungen der Art. 6 GG und Art. 8 EMRK berļcksichtigt werden müssen. Insoweit müssten die Konsequenzen einer Rýckkehr des betroffenen Elternteils in das Heimatland und damit die Trennung von der Familie im Lichte von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK gewürdigt werden. Der bloÃ∏e Verweis auf die Betreuung der gemeinsamen Kinder durch den anderen Elternteil reiche hierfļr nicht aus.

Bereits im Beschluss vom 12.05.1987 â $\square$  2 BvR 1226/83 (juris, Rn. 88) hat das BVerfG fÃ $\frac{1}{4}$ r den Fall einer Auferlegung von Wartezeiten fÃ $\frac{1}{4}$ r den Nachzug auslÃ $\alpha$ ndischer StaatsangehÃ $\alpha$ riger zu bereits im Bundesgebiet lebenden FamilienangehÃ $\alpha$ rigen ausgefÃ $\alpha$ rigen betroffenen infolge eines Einreise- und Aufenthaltsverbots praktisch auferlegte Zwang, fÃ $\alpha$ r geraume Zeit eine rÃ $\alpha$ numliche Trennung von seinen AngehÃ $\alpha$ rigen hinzunehmen oder ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgÃ $\alpha$ rigen und die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen, sei geeignet, das Ehe- und Familienleben zu beeintrÃ $\alpha$ chtigen und mÃ $\alpha$ rigen daher an Art. 6 Abs. 1 GG messen lassen.

Im Beschluss vom 01.12.2008 â $\square$  2 BvR 1830/08 (juris Rn. 31, 33) hat das BVerfG dargelegt, bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen, die den Umgang mit einem Kind berÃ $\frac{1}{4}$ hrten, kÃ $\P$ nnten die Folgen einer vorÃ $\frac{1}{4}$ bergehenden Trennung ein hohes, gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechendes Gewicht insbesondere dann haben, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen sei, das den nur vorÃ $\frac{1}{4}$ bergehenden Charakter einer rÃ $\mathbb{R}$ umlichen Trennung mÃ $\mathbb{R}$ glicherweise nicht begreifen kÃ $\mathbb{R}$ nne und diese rasch als endg $\mathbb{R}$ 4/4ltigen Verlust erfahre.

Nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013 â∏ B 4 AS 54/12 R, juris Rn. 36) ist es hinsichtlich des Aufenthaltsrechts eines sorgeberechtigten Elternteils geboten, besonders die Belange sehr kleiner Kinder zu würdigen und zu verhindern, dass diese im ersten Jahr nach der Geburt von der Erziehungsleistung der leiblichen Eltern ausgeschlossen werden.

GemäÃ☐ Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. GemäÃ☐ Art. 6 Abs. 2 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. GemäÃ☐ Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. GemäÃ☐ Art. 8 Abs. 2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Zwar begründet Art. 6 GG keinen unbedingten, unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch eines Familienangehörigen auf Nachzug zu den berechtigt in der Bundesrepublik Deutschland lebenden ausländischen Familienmitgliedern. Allerdings begründet Art. 6 GG in seiner Funktion als â∏wertentscheidende Grundsatznormâ∏ die Pflicht des Staates, Ehe und Familie zu schützen. Dieser Pflicht entspricht ein Anspruch des Trägers der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen in einer Weise berücksichtigen, die der groÃ∏en Bedeutung entspricht, welche das GG dem Schutz von Ehe und Familie beimisst (BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987 â∏ 2 BvR 1226/83, juris).

Dies zugrunde gelegt, ergibt sich im hier vorliegenden Fall Folgendes: Die Klägerin und G sind ausweislich der aktenkundigen rumänischen Geburtsurkunden Eltern der gemeinsamen Kinder, was als Entscheidung der ausländischen (rumänischen) Behörde grundsätzlich im Bundesgebiet anzuerkennen ist (Tewocht in Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, Stand 01.01.2021, § 28 AufenthG, Rn. 24). GemäÃ∏ § 1626 Abs. 1 BGB haben die Eltern die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge), wobei die elterliche Sorge auch die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) umfasst. Hiernach haben die Klägerin und G das Personensorgerecht für die beiden Kinder. Anhaltspunkte dafür, dass dies im streitigen Zeitraum nicht der Fall gewesen sein sollte, liegen nicht vor. Die Klägerin hat im streitigen Zeitraum mit G und den Kindern in einem Haushalt zusammengelebt und hat hierbei das Personensorgerecht für die Kinder tatsächlich ausgeübt.

In Anwendung der oben aufgezeigten Vorgaben hält der Senat es für geboten, insbesondere den in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechten des nach der o.g. Rechtsprechung von BVerfG und BSG besonders schutzwþrdigen jþngeren Kindes der Klägerin hier maÃ□gebliches Gewicht beizumessen. Denn wollte man der Klägerin ein aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU a.F. i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV abgeleitetes materielles Aufenthaltsrecht versagen, hätte entweder sie allein oder sie gemeinsam mit einem Kind oder mit beiden Kindern Deutschland verlassen mÃ⅓ssen, da das Erwerbseinkommen des G ausweislich der vom Beklagten vorgelegten Probeberechnung den Bedarf der Familie, und damit das Existenzminimum nicht vollumfänglich gedeckt hätte. Als Konsequenz hätte sich ergeben, dass die Kinder von einem ihrer Elternteile räumlich getrennt und von dessen Erziehungsleistung

ausgeschlossen worden wĤren. Hiermit wĤre jedenfalls für das jüngere Kind, das im Juni 2018 sein erstes Lebensjahr vollendet hat, eine Verletzung dessen in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierter Rechte zu befļrchten gewesen. Denn gerade den Folgen einer auch nur vorļbergehenden Trennung von den Eltern soll nach der o.g. hĶchstrichterlichen Rechtsprechung besonders hohes Gewicht zukommen und soll eine Trennung von den leiblichen Eltern im ersten Lebensjahr gerade vermieden werden. Diese ErwĤgungen gelten im vorliegenden Fall fżr den gesamten streitigen Bewilligungszeitraum, da das iýngere Kind bei dessen Ablauf gerade erst 18 Monate alt geworden ist und sich immer noch im frýhkindlichen Entwicklungsstadium befunden hat. Den Interessen zumindest des jýngeren Kindes kommt hier somit erhebliche Bedeutung zu. Diesem Ergebnis stehen vorliegend insbesondere keine anderweitigen ýberwiegenden (staatlichen) Belange entgegen. Letztere könnten im hier vorliegenden Fall allenfalls fiskalischer Natur sein und die im Falle eines Obsiegens an die Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{g}\)erin f\(\tilde{A}\)\(\tilde{A}\)r den streitigen Zeitraum auszuzahlenden Leistungen nach dem SGB II betreffen. Ob finanzielle Belage dieser Art überhaupt grundsÃxtzlich geeignet sein können, die in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte zu überwiegen, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn ausweislich der vom Beklagten erstellten Probeberechnung stå ¼nde der Klåxgerin få ¼r den streitigen Zeitraum ein Gesamtbetrag in Höhe von 303,00 â∏¬ zu. Angesichts der Höhe der hier im Streit stehenden Leistungen kommt diesem fiskalischen Interesse jedenfalls keine die Grundrechte des jüngeren Kindes überwiegende Bedeutung zu. â∏∏ hier müssen wir hinsichtlich der Summe wohl auf den Gesamtanspruch der Bedarfsgemeinschaft abstellen.

Eine andere Bewertung und Abwägung der hier zu beachtenden Rechtsgüter ergibt sich insbesondere nicht aus dem in den o.g. Entscheidungen von Landessozialgerichten gegen die Annahme eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts verwendeten Argument, eine Verletzung der Grundrechte der betroffenen Kinder bestehe bereits aus dem Grund nicht, da das familiäre Zusammenleben durch Verlegung des Aufenthaltes aller Familienmitglieder in das EU-Ausland auÃ□erhalb von Deutschland, also im EU-Herkunftsstaat gewährleistet sei (vgl. etwa LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 07.04.2022 â□□ L 18 AS 312/22 B ER, juris Rn. 11; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.05.2022 â□□ L 8 AS 449/22 B ER, juris Rn. 18; LSG fÃ⅓r das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.07.2017 â□□ L 21 AS 782/17 B ER, juris, Rn. 61)

Insoweit wird bereits nicht berýcksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG in die GÃ⅓terabwägung einzubeziehen ist, dass die Rückkehr aller Familienmitglieder in den Herkunftsstaat fÃ⅓r einzelne Familienmitglieder mit dem Verlust einer in Deutschland bereits erreichten wirtschaftlichen oder sozialen Stellung verbunden sein kann (BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987 â∏ 2 BvR 1226/83, juris Rn. 88). So wäre vorliegend die dauerhafte Herstellung einer familiären Gemeinschaft der Klägerin, des G und der Kinder in Rumänien zwar möglich gewesen, dies jedoch nur um den Preis, dass G seine seit Januar 2018 in Deutschland ausgeÃ⅓bte Erwerbstätigkeit hätte aufgeben mÃ⅓ssen. Da G seine Arbeitszeit zeitlich hat aufstocken können und sein Verdienst ab Juni 2018 fÃ⅓r die gesamte Bedarfsgemeinschaft nahezu bedarfsdeckend gewesen ist, kommt dem im Fall einer RÃ⅓ckkehr nach Rumänien erfolgten Verlust der von ihm erarbeiteten wirtschaftlichen und sozialen Stellung erhebliche Bedeutung zu. SchlieÃ∏lich hätten auch die Kinder im Fall einer RÃ⅓ckkehr nach Rumänien jeweils ihr materielles, von G abgeleitetes Aufenthaltsrecht verloren.

Zudem l $\tilde{A}$ xsst diese von den Landessozialgerichten verwendete Argumentation au $\tilde{A}$ xer Acht, dass die o.g. verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ausdr $\tilde{A}$ xeklich eine  $\tilde{A}$ xer den Fall aufzeigt bzw. dem Umstand hohes Gewicht beimisst, wenn allein der betroffene Elternteil Deutschland verl $\tilde{A}$ xest (vgl. Beschl $\tilde{A}$ x4sse vom 08.07.2020

 $\hat{A} = \frac{1 \text{ BVR } 932/20}{1 \text{ Juris Rn. } 15}$  und vom 08.07.2020  $\hat{a} = \frac{1 \text{ BVR } 1094/20}{1 \text{ Juris Rn. } 15}$  sowie vom 01.12.2008 â∏ 2 BvR 1830/08, juris Rn. 33). Diesbezüglich verweist das BVerfG nĤmlich gerade nicht darauf, dass eine Grundrechtsverletzung dadurch vermieden werden kann, dass die gesamte Familie gemeinsam in das Herkunftsland zurļckkehrt. Der Rechtsprechung des BVerfG ist nicht zu entnehmen, dass bereits mit einer solchen Rýckkehr dem Grundrecht von Eltern und Kindern auf familiÃxres Zusammenleben hinreichend entsprochen wĤre. Sondern das BVerfG stellt ausdrļcklich auch den Verweis allein des nicht originĤr freizĽqigkeitsberechtigten Elternteils (hier: denjenigen der Klägerin) auf eine Rückkehr in den EU-Herkunftsstaat unter den Vorbehalt, dass jedenfalls die daraus für das Kind folgenden Konseguenzen im Lichte dessen Rechte aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zu wÃ1/4rdigen sind. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist zudem zu beachten, dass der spezifische Erziehungsbeitrag des eines Elternteils nicht durch die von dem anderen Elternteil geleistete Betreuungsleistung entbehrlich wird (vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005 â∏ 2 BvR 1001/04, juris Rn. 20; Beschluss vom 09.12.2021 â<sub>□□</sub> 2 BvR 1333/21, juris Rn. 46; hierzu auch: Hailbronner in: Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Dezember 2022, II., <u>§ 28 AufenthG</u> Berücksichtigung dieser vom BVerfG aufgezeigten Grundsätze hält der Senat es bezogen auf eine Rückkehr des von existenzsichernden Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossenen Elternteils in das Herkunftsland mit der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013  $\hat{a} \square \square B 4 AS 54/12 R$ , juris Rn. 36)  $f\tilde{A}\frac{1}{4}r$  geboten, besonders die Belange sehr kleiner Kinder zu würdigen und die Gefahr zu berücksichtigen, dass diese im ersten Jahr nach der Geburt von der Erziehungsleistung der leiblichen Eltern ausgeschlossen werden. Im vorliegenden Fall erweist es sich daher vor dem Hintergrund der in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte als geboten, jedenfalls unter Ber¼cksichtigung der Belange des jüngsten Kindes der Klägerin § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG analog anzuwenden.

Im vorliegenden Fall ergibt sich fýr die Klägerin daher jedenfalls unter Berücksichtigung der ihrem jüngeren Kind in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte im streitigen Zeitraum ein materielles Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizþgG/EU a.F. i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV in entsprechender Anwendung. Sie hatte im streitigen Zeitraum für ihr jÃ⅓ngeres Kind (eine minderjährige UnionsbÃ⅓rgerin) das elterliche Sorgerecht inne und Ã⅓bte dieses aus. Aus dieser Rechtsstellung kann sie unter BerÃ⅓cksichtigung des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten Inländergleichbehandlungsgebotes ein Aufenthaltsrecht aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizÃ⅓gG/EU a.F. i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ableiten, denn ihr Kind hatte im selben Zeitraum ein Aufenthaltsrecht im Sinne einer von G abgeleiteten FreizÃ⅓gigkeitsberechtigung als Familienangehörige nach § 3 Abs. 1 FreizÃ⅓gG/EU a.F. i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 6 FreizÃ⅓gG/EU a.F. (s.o.).

- 2.2.3 Ferner sind die Voraussetzungen des  $\frac{\hat{A}\S}{7}$  Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 b) SGB II in der vom 29.12.2016 bis zum 31.07.2019 g $\tilde{A}^{1}$ /altigen Fassung vom 22.12.2016 nicht gegeben, da sich das Aufenthaltsrecht der Kl $\tilde{A}$ ¤gerin nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt.
- 2.2.4 Auch lagen die Voraussetzungen des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2</u> c) SGB II a.F. nicht vor, da die Klägerin ihr Aufenthaltsrecht nicht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 þber die Freizþgigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABI. L 141 vom 27.5.2011, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2016/589 (ABI. L 107 vom 22.4.2016, S. 1) geändert worden ist, ableiten konnte.

Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 lautet: â∏Die Kinder eines Staatsangehörigen

eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschĤftigt ist oder beschĤftigt gewesen ist, kĶnnen, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die StaatsangehĶrigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.â□□ Die Voraussetzungen für ein hieraus abgeleitetes Aufenthaltsrecht sind vorliegend nicht erfüllt, da die Kinder der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum drei Jahre alt bzw. ein Jahr alt waren und somit nicht bis zum 30.06.2018 ihr sechstes Lebensjahr vollendet hatten. Nach der für ihren Wohnort in E-A maÃ□geblichen Regelung in §Â§ 72, 73 SchG Baden-Württemberg waren die Kinder der Klägerin nicht schulpflichtig und nahmen nicht am allgemeinen Unterricht teil.

2.2.5 Schlie̸lich sind auch die Voraussetzungen des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II</u> a.F. nicht gegeben. Die KlĤgerin war nicht Leistungsberechtigte nach § 1 des AsylbLG in der vom 24.10.2015 bis zum 20.08.2019 gültigen Fassung vom 20.10.2015 (a.F.). Denn sie besa $\tilde{A}$  keine Aufenthaltsgestattung nach dem AsylG ( $\frac{\hat{A}}{S}$  1 Abs. 1 Nr. 1 AsylbLG a.F.), sie wollte nicht A¼ber einen Flughafen einreisen, wobei ihr die Einreise nicht oder noch nicht gestattet war (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylbLG a.F.), sie besaÃ∏ keine Aufenthaltserlaubnis wegen Krieges in ihrem Heimatland, keine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 oder § 24 des AufenthG und keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 AufenthG (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG a.F.), sie besa̸ keine Duldung nach § 60a AufenthG (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG a.F.), sie war nicht vollziehbar ausreisepflichtig auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar war (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AsylbLG a.F.), sie war nicht Ehegattin, Lebenspartnerin oder minderjĤhriges Kind der in § 1 Abs. 1 Nr. 1-5 AsylbLG a.F. genannten Personen, ohne dass sie selbst die dort genannten Voraussetzungen erfüllte (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG a.F.) und sie hatte keinen Folgeantrag nach <u>§ 71 AsylG</u> oder einen Zweitantrag nach <u>§ 71a AsylG</u> gestellt (<u>§ 1 Abs.</u> 1 Nr. 7 AsylbLG a.F.).

Auf die Berufung der KlĤgerin war daher das Urteil des SG Konstanz aufzuheben und der Beklagte war unter Aufhebung der streitigen Bescheide zu verurteilen, den Bescheid vom 10.07.2018 abzuĤndern und der KlĤgerin im streitigen Zeitraum Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher HĶhe zu gewĤhren.

- 3. Die Kostenentscheidung beruht auf  $\frac{\hat{A}\S}{193}$  und ber $\tilde{A}\frac{1}{4}$ cksichtigt, dass die Berufung der Kl $\tilde{A}$ ¤gerin, die in der Sache obsiegt hat,  $\tilde{A}\frac{1}{4}$ berwiegend erfolgreich war.
- 4. Die Revision war nicht zuzulassen, da keiner der hierf $\tilde{A}^{1}/4$ r in  $\frac{\hat{A}}{4}$  160 Abs.2 SGG vorgesehenen Gr $\tilde{A}^{1}/4$ nde vorliegt.  $\hat{A}$

Erstellt am: 10.02.2023

Zuletzt verändert am: 23.12.2024