# S 5 AS 2343/18

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land

Sozialgericht

Sachgebiet **Abteilung** 

Kategorie

Bemerkung

Rechtskraft

Deskriptoren

Leitsätze

Baden-Württemberg

Landessozialgericht Baden-Württemberg

Grundsicherung für Arbeitsuchende

3.

Urteil

1. Einem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II kann zugunsten einer

Unionsbürgerin ein in entsprechender

Anwendung von § 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 bestehendes materielles Aufenthaltsrecht

entgegenstehen, wenn ihrem

minderjährigen freizügigkeitsberechtigten Kind mit Unionsstaatsbürgerschaft unter

Berücksichtigung von dessen in Art. 6 GG

und Art. 8 EMRK garantierten

Grundrechten der Ausschluss von der

Erziehungsleistung eines seiner leiblichen

Elternteile nicht zumutbar ist.

2. Im Einzelfall können solche Umstände

iedenfalls dann vorliegen, wenn das freizügigkeitsberechtigte Kind mit

Unionsbürgerschaft während des Bewilligungszeitraums das erste

Lebensjahr vollendet und sich noch im

frühkindlichen Entwicklungsstadium

befunden hat.

GG Art 6

**EMRK Art 8** 

AEUV Art 18

SGB 2 § 7 Abs 1 S 2

FreizügG/EU aF § 11 Abs 1 S 11

AufenthG § 28 Abs 1 S 1 Nr 3

1. Instanz

Normenkette

Aktenzeichen

Datum

S 5 AS 2343/18 20.10.2020

2. Instanz

Aktenzeichen Datum L 3 AS 3922/20 25.01.2023

#### 3. Instanz

Datum

Auf die Berufung der KIĤgerin 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 zurļckzunehmen, und der Beklagte dem Grunde nach verurteilt, der KIĤgerin Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher HĶhe für die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 zu gewĤhren.

Im Übrigen wird die Berufung der KIägerin zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin beider Rechtszüge. Â

### **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 KlÄ $\alpha$ gerin ist rumÄ $\alpha$ nische StaatsangehÄ $\alpha$ rige. Seit April 2018 hielt sie sich mit ihrem im MÄ $\alpha$ rz 1985 geborenen damaligen LebensgefÄ $\alpha$ hrten und jetzigen Ehemann G und zwei gemeinsamen Kindern in E auf. Die Kinder wurden im MÄ $\alpha$ rz 2015 und im Juni 2017 geboren. In den aktenkundigen rumÄ $\alpha$ nischen Geburtsurkunden (fÃ $\alpha$ 4r das Ä $\alpha$ 1tere Kind: â $\alpha$ 5 NY Nr. 320575â $\alpha$ 7, fÃ $\alpha$ 7 das jÃ $\alpha$ 8 ngere Kind: â $\alpha$ 7 N.10 Nr. 202283â $\alpha$ 7 sind jeweils die KlÄ $\alpha$ 8 gerin als Mutter und G als Vater eingetragen. G und die beiden Kinder sind ebenfalls rumÄ $\alpha$ 8 nische StaatsangehÄ $\alpha$ 8 nige. Die Familie war ausweislich der MeldebestÄ $\alpha$ 8 tigungen der Stadt E vom 16.04.2018 seit dem 12.04.2018 in dieser im ZustÄ $\alpha$ 8 ndigkeitsbereich des Beklagten liegenden Gemeinde mit alleiniger Wohnung in der U-StraÄ $\alpha$ 9 in E-A gemeldet. Bei dieser Wohnung handelte es sich um eine Obdachlosenunterkunft, in die G, die KlÄ $\alpha$ 8 gerin, die beiden Kinder und die Mutter der KlÄ $\alpha$ 9 gerin durch EinweisungsverfÄ $\alpha$ 9 der Stadt E vom 12.04.2018 eingewiesen worden waren. Die BenutzungsgebÄ $\alpha$ 9 festgesetzt.

G war laut MeldebestÃxtigung zur Sozialversicherung vom 22.01.2018 seit dem 10.01.2018 bei der K L SmÃy4hle versicherungspflichtig beschÃx5tigt. Ausweislich der aktenkundigen Lohnabrechnungen fÃy4r 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 BetrÃx9e zwischen 496,08 ây7 und 991,98 ây7.

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 $\alpha$ lch 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 Skasse E-G gefÃ $\alpha$ hrte Konto des G (DExxxxx04) mit einem Kontostand von ca. 1.300 â $\alpha$ 

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 $\frac{1}{2}$ 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 $\tilde{A}$  $\equiv$ gerin die  $\tilde{A}$  $\equiv$ berpr $\tilde{A}$ =4fung des Bescheides vom 10.07.2018  $\hat{a}$  $\equiv$ (f $\tilde{A}$ =4r 6/18-11/18) $\hat{a}$  $\equiv$ .

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 ausführen, sie sei als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft leistungsberechtigt nach dem SGB II.

Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29.10.2018 als unbegr $\tilde{A}^{1}_{4}$ ndet zur $\tilde{A}^{1}_{4}$ ck. 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  $\tilde{A}^{1}$  $^{1}$ ber ausreichende Existenzmittel verf $\tilde{A}^{1}$  $^{1}$ ge und sich nicht f $\tilde{A}^{1}$  $^{1}$ nf Jahre st $\tilde{A}$  $^{1}$ ndig rechtm $\tilde{A}$  $^{1}$  $^{1}$ 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 Klägerin beim SG Konstanz die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes beantragt.

Am 13.11.2018 ist der Weiterbewilligungsantrag des G fýr 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 KlAzgerin fA¼r 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 â∏∏bei indem ausgeführt hat, die Klägerin könne abgelehnt, er Leistungsberechnung nicht berücksichtigtâ∏∏ werden (§ 7 SGB II). Mit Ã□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 â□¬.

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 für den Zeitraum Dezember 2018 bis Mai 2019 hat die Klägerin mit Fax vom 30.11.2018 Widerspruch eingelegt. Gegen den Ã□nderungsbescheid vom 24.11.2018 hat die Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigten mit ebenfalls per Fax übersandtem Schreiben vom 07.12.2018 Widerspruch eingelegt. In demselben Schreiben hat der Prozessbevollmächtigte sich für G und die beiden Kinder legitimiert und in deren Auftrag Widerspruch gegen den Bescheid vom 28.11.2018 eingelegt.

In dem unter dem Aktenzeichen <u>S 5 AS 2342/18</u> ER geführten 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 ⠬ für die Zeit vom 02.11.2018 bis zum 31.12.2018 und 206,54 â ¬ für die Zeit vom 01.12.2018 bis zum 30.11.2018 an die KlAzgerin 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>) zurļckgewiesen und ausgefļhrt, selbst wenn man eine Leistungsberechtigung der KlÄxgerin zugrunde lege, sei ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht worden.

G hat dem Beklagten seine Lohn- und Gehaltsabrechnungen f $\tilde{A}^{1}/4$ r die Monate Juni 2018 bis September 2018 (monatlich zwischen 126 und 174 Arbeitsstunden; Nettoverdienst zwischen 969,62  $\hat{a}_{\Box}$  und 1.244,77  $\hat{a}_{\Box}$ ), f $\tilde{A}^{1}/4$ r November 2018 (175,5 Arbeitsstunden, Nettoverdienst 1.298,97  $\hat{a}_{\Box}$ ) und f $\tilde{A}^{1}/4$ r Dezember 2018 (151,25 Arbeitsstunden,

Nettoverdienst 1.121,55  $\hat{a}_{\square}$ ) sowie einen Kontoauszug seines bei der Skasse E-G gef $\tilde{A}_{\wedge}$ hrten Kontos  $\tilde{A}_{\wedge}$ bersandt, der am 24.11.2018 einen Kontostand in H $\tilde{A}_{\wedge}$ he von 1.158,43  $\hat{a}_{\square}$  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 $^{2}$ mndlichen Zeitraum vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 und der fÃ $^{1}$ / $^{4}$ r den hier nicht streitgegenstÃ $^{2}$ mndlichen Zeitraum ab dem 01.12.2018 bis zum 31.12.2018 gestellte Leistungsantrag vom 13.11.2018 abgelehnt worden sind, da aufgrund der HÃ $^{4}$ he des anzurechnenden Einkommens keine HilfebedÃ $^{4}$ / $^{4}$ 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 $^{4}$ / $^{4}$ cksichtigt worden. Die KlÃ $^{2}$ gerin ist in den BerechnungsbÃ $^{4}$ gen zwar aufgefÃ $^{4}$ / $^{4}$ 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 $^{4}$ / $^{4}$ r sich und fÃ $^{4}$ / $^{4}$ 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 für die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 (507,12 â $\Box$ ¬) und für 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 für sich und für 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 endgļltig festgesetzt und die vorlĤufigen Leistungsbewilligungen durch diese Bescheide ersetzt worden seien, weshalb der Bescheid vom 25.02.2019 nach <u>§ 96 SGG</u> Gegenstand des Klageverfahrens geworden sei. Der Kammervorsitzende hat im ErĶrterungstermin vom 23.10.2019 darauf hingewiesen, dass er es als fraglich ansehe, ob der endgültige Bewilligungsbescheid Gegenstand des vorliegenden Ã□berprüfungsverfahrens des vorläufigen Bewilligungsbescheides geworden sei. Die KlĤgerin 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 AbAxnderung des Bescheides vom 10.07.2018 in der Fassung der Bescheide vom 25.02.2019 für die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher HĶhe zu gewĤhren.

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∏ <u>§ 136 Abs. 3</u> SGGâ∏ auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid vom 29.10.2018 und im Beschluss des LSG Baden-Württemberg vom 14.03.2019 (<u>L 7 AS 634/19 ER-B</u>) 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-Württemberg eingegangene Berufung der Klägerin. Zur Begründung wird vorgetragen, ihr Leistungsanspruch folge jedenfalls aus <u>§ 7 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 3b</u> und 3c, Abs. 3a Nr. 2 SGB II, wofür das Vorliegen einer Ehe nicht erforderlich sei. Ã□berdies verfüge sie als Mutter der beiden gemeinsamen Kinder über ein Aufenthaltsrecht, das sie zum Bezug von Leistungen nach dem SGB II berechtige. Dieses Recht folge aus <u>§ 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG</u> und diene der Wahrung der nach dem Grundgesetz geschützten Eltern-Kind-Beziehung. Sie sei im gesamten streitigen Zeitraum auch hilfebedürftig 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 KlĤgerin unter AbĤnderung des Bescheides vom 10.07.2018 in der Fassung der Bescheide vom 25.02.2019 fýr die Zeit vom 01.06.2018 bis 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewĤhren.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung der KlAxgerin zurA¼ckzuweisen.

Das LSG Baden-Wýrttemberg 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 könne auch weder von ihrem Lebensgefährten, noch von den Kindern ein Aufenthaltsrecht ableiten, da die Kinder selbst nur ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht von ihrem Vater hätten (LSG Baden-Wþrttemberg, Beschluss vom 25.08.2010 â□□ <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 Leistungsausschlþsse des <u>§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II</u> auf. Die Leistungsberechtigung dem Grunde nach sei zwar nicht Voraussetzung fþr

die ZugehĶrigkeit einer Bedarfsgemeinschaft, aber fýr den jeweiligen individuellen Leistungsanspruch. Eine Person könne auch einer Bedarfsgemeinschaft angehören, ohne leistungsberechtigt nach dem SGB II zu sein (Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 19.10.2016 â $\square$  B 14 AS 40/15 R, juris Rn. 22f.). Auch § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG begrþnde kein Aufenthaltsrecht, sondern enthalte nur eine Ermessensvorschrift bezÃ⅓glich der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzuges. Der Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis habe § 27 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegengestanden, wonach die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs versagt werden könne, wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug stattfinde, fÃ⅓r 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 <u>S 5 AS 2342/18</u> ER gef $\tilde{A}^{1/4}$ hrte Akte beigezogen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Senats ohne  $m\tilde{A}^{1}/_{4}nd$ liche Verhandlung einverstanden erkl $\tilde{A}$ xrt.

## Entscheidungsgründe

Der Senat ist aufgrund des EinverstÃ $\alpha$ ndnisses der Beteiligten befugt, durch Urteil ohne mÃ $\alpha$ 4ndliche Verhandlung gemÃ $\alpha$ 6 Å $\alpha$ 6 153 Abs. 1 SGG in Verbindung mit Å $\alpha$ 6 124 Abs. 2 SGG zu entscheiden. Die infolge der fÃ $\alpha$ 7r das LSG Baden-WÃ $\alpha$ 7rttemberg bindenden (Å $\alpha$ 6 144 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 $\alpha$ 6 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 KlĤgerin, den Bescheid vom 10.07.2018 zurückzunehmen und ihr Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe für die Zeit vom 01.06.2018 bis zum 30.11.2018 zu gewähren. Das SG Konstanz hat die hierauf gerichtete kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4, § 56 SGG) der Klägerin zu Unrecht abgewiesen. Denn die Klägerin hat Anspruch auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II für den streitigen Zeitraum.

1. Der streitgegenst $\tilde{A}$  $^{\mu}$ ndliche Bescheid vom 10.07.2018 ist gegen $\tilde{A}$  $^{\mu}$ ber der Kl $\tilde{A}$  $^{\mu}$ gerin weiterhin wirksam und hat sich durch den Erlass des die Gew $\tilde{A}$  $^{\mu}$ hrung von Leistungen nach dem SGB II f $\tilde{A}$  $^{\mu}$ r 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  $\tilde{A}$  $^{\mu}$ ber insgesamt

507,12 â□¬, nicht nach <u>§ 96 SGG</u> 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  $\hat{A}\S$  39 Abs. 1 SGB X in dem Zeitpunkt seiner Bekanntgabe wirksam und bleibt gem $\tilde{A}$  $\cong$   $\hat{A}\S$  39 Abs. 2 SGB X wirksam, solange er nicht und soweit er nicht zur $\tilde{A}$ ½ckgenommen, widerrufen anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

GemäÃ∏ § 41a Abs. 1 SGB II ist þber die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig zu entscheiden, wenn zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruchs auf Geld- und Sachleistungen voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist und die Voraussetzungen fþr den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen (Nr. 1) 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 BerÃ⅓cksichtigung der in der Zeit von Januar 2018 bis Mai 2018 nachgewiesenen Lohnzahlungen sowie des Kindergeldes bewilligt hat.

Eine solche Regelung im Sinne des Å\ 41a Abs. 1 SGB II hat der Beklagte jedoch im Bescheid vom 10.07.2018 bezogen auf die Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{a}\)\(\tilde{g}\)\error nicht getroffen. Denn er hat hinsichtlich der Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{a}\)\(\tilde{g}\)\error in weder einen Anspruch auf Geld- oder Sachleistungen als mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen, noch hat der Beklagte \(\tilde{A}\)\(\frac{4}\)\error berhaupt einen tats\(\tilde{A}\)\(\tilde{a}\)\error chlich bestehenden Anspruch angenommen. Vielmehr hat der Beklagte mit Bescheid vom 10.07.2018 den f\(\tilde{A}\)\(\frac{4}\)\r die Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{a}\)\error gerin am 28.06.2018 gestellten Antrag auf Leistungen nach dem SGB II abgelehnt und hat diese gegen\(\tilde{A}\)\(\frac{4}\)\ten der Kl\(\tilde{A}\)\(\tilde{a}\)\error gerin durch Verwaltungsakt getroffene Regelung (\(\tilde{A}\)\(\tilde{3}\)\(\ti

Deshalb ist eine Erledigung auf andere Weise in Bezug auf den gegen $\tilde{A}^{1/4}$ ber der Kl $\tilde{A}$  $^{\times}$ gerin ergangenen Bescheid vom 10.07.2018 nicht eingetreten. Denn der Bescheid vom

10.07.2018 wird in seinem gegen $\tilde{A}^{1}$ /aber der Kl $\tilde{A}$  $^{x}$ gerin ergangenen Regelungsgehalt durch den endg $\tilde{A}^{1}$ /altigen (Ablehnungs-)Bescheid und den Erstattungsbescheid vom 25.02.2019 nicht ber $\tilde{A}^{1}$ /ahrt.

Zwar hat der Beklagte hinsichtlich G und den Kindern mit dem Bescheid vom 10.07.2018 eine vorl $\tilde{A}$ ¤ufige Regelung im Sinne des  $\hat{A}$ \$ 41a Abs. 1 Satz 1 SGB II getroffen und nach Bekanntwerden der H $\tilde{A}$ ¶he des von G im streitigen Bewilligungszeitraum erzielten Arbeitsentgelts sodann abschlie $\tilde{A}$  $\Box$ end ( $\hat{A}$ \$ 41a Abs. 3 Satz 1 SGB II)  $\tilde{A}$  $^{1}$ 4ber die Anspr $\tilde{A}$  $^{1}$ 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 vorl $\tilde{A}$  $^{2}$  ufige Regelung getroffen worden war, auf andere Weise im Sinne von  $\tilde{A}$  $^{2}$   $^$ 

Soweit der Beklagte mit dem Bescheid vom 10.07.2018 über den für die Klägerin gestellten Leistungsantrag vom 28.06.2018 entschieden hat, hat sich der Bescheid indes nicht erledigt. Zum einen war â wie oben ausgeführt â bezogen auf die Klägerin bereits keine vorläufige Regelung im Sinne des § 41a Abs. 1 SGB II getroffen worden, so dass auch deren Ersetzung durch eine abschlieà ende Bewilligung im Sinne von § 41a Abs. 3 Satz 1 SGB II nicht in Betracht kommt. Zudem hat der Beklagte mit der im Bescheid vom 25.10.2018 vorgenommenen â Aufhebungâ gegenüber der Klägerin keine neue Regelung getroffen. Denn der am 28.06.2018 für die Klägerin 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 für 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 für 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 für die Zeit von 01.06.2018 bis 30.11.2018 Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Da die Beteiligten hier über den Anspruch der Klägerin auf SGB II-Leistungen dem Grunde nach streiten, konnte der Senat in Ausübung 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 fä<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r diesen Anspruch ist <u>§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II</u> in der ab dem

29.12.2016 bis zum 31.07.2019 gÃ⅓ltigen Fassung vom 22.12.2016 (a.F.). Hiernach erhalten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben (Nr. 1), erwerbsfähig sind (Nr. 2), hilfebedÃ⅓rftig sind (Nr. 3) und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte) (Nr. 4). Nach § 9 Abs. 1 SGB II ist hilfebedÃ⅓rftig, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berÃ⅓cksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Erwerbsfähige Leistungsberechtigte erhalten neben dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts (§ 20 SGB II) auÃ□erdem Bedarfe fÃ⅓r Unterkunft und Heizung (§ 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.

Die Kl $\tilde{A}$  $\alpha$ gerin hatte im streitigen Zeitraum kein eigenes Einkommen und war somit gem $\tilde{A}$  $\alpha$  $\tilde{A}$  $\alpha$ 0 Abs. 1 SGB II hilfebed $\tilde{A}$ 1/4rftig, da sie ihren Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu ber $\tilde{A}$ 1/4cksichtigenden Einkommen oder Verm $\tilde{A}$ 1 gen sichern konnte und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angeh $\tilde{A}$ 1 rigen oder von Tr $\tilde{A}$  $\alpha$ gern anderer Sozialleistungen, erhielt.

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

Nach  $\frac{\hat{A}}{\hat{S}}$  9 Abs. 2 Satz 1 SGB II sind bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, auch das Einkommen und Verm $\tilde{A}$  gen des Partners zu ber $\tilde{A}$  cksichtigen.

Die Kl $ilde{A}$ ¤gerin bildete im hier streitigen Zeitraum mit G und den gemeinsamen Kindern eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne von  $\hat{A}$ § 7 Abs. 3 Nr. 3c und Nr. 4 SGB a.F.. Zwischen ihr und G bestand eine Verantwortungs- und Einstandsgemeinschaft im Sinne von  $\hat{A}$ § 7 Abs. 3 Nr. 3c SGB II a.F.. Eine solche setzt voraus, dass eine auf Dauer angelegte ehe $\tilde{A}$ ¤hnliche Gemeinschaft besteht, die Partner in einem gemeinsamen Haushalt im Sinne einer Wohnund Wirtschaftsgemeinschaft zusammenleben und ein wechselseitiger Wille besteht, Verantwortung f $\tilde{A}$ 1/4reinander zu tragen und f $\tilde{A}$ 1/4reinander einzustehen. Ein Einstandswillen wird u. a. nach  $\tilde{A}$ § 7 Abs. 3a Nr. 2 SGB II 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 beigef $\tilde{A}^{1}$ 4gten Anlagen  $\hat{a}_{0}$ 0 an deren Richtigkeit zu zweifeln f $\tilde{A}^{1}$ 4r den Senat keine Veranlassung besteht  $\hat{a}_{0}$ 0, aus den von G vorgelegten Lohnabrechnungen und dem Kontoauszug sowie der Einweisungsverf $\tilde{A}^{1}$ 4gung der Stadt E vom 12.04.2018 ergibt sich, dass die Kl $\tilde{A}$ 2gerin nicht  $\tilde{A}^{1}$ 4ber eigenes Einkommen oder Verm $\tilde{A}$ 1gen verf $\tilde{A}^{1}$ 4gte. Auch konnte sie ihren

Lebensunterhalt nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen des mit ihr in Bedarfsgemeinschaft zusammenlebenden G sichern. Weder die Klägerin noch G verfügten þber Vermögen, mit dem sie den Lebensunterhalt für die Bedarfsgemeinschaft hätten sichern können und sie erhielten die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen. (§ 9 Abs. 1 SGB II). Aus der vom Beklagten im Klageverfahren erstellten Probeberechnung ergibt sich fþr 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 Höhe der der Klägerin im Einzelnen zustehenden Leistungen ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

Die Klägerin hatte im streitigen Zeitraum auch ihren gewöhnlichen 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 FreizügG/EU in der vom 09.12.2014 bis zum 23.11.2020 gültigen Fassung vom 02.12.2014 (a.F.) freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für 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 über die Freizügigkeit 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 Meldebestätigung des Einwohnermeldeamtes der Stadt E vom 16.04.2018 war die Klägerin jedenfalls seit dem 12.04.2018 in dieser im Zuständigkeitsbereich des Beklagten liegenden Gemeinde mit alleiniger Wohnung in der U-StraÃ□e in E-A gemeldet. Da es sich bei dieser Wohnung um eine Obdachlosenunterkunft handelte, in die G, die Klägerin, die beiden Kinder und die Mutter der Klägerin durch EinweisungsverfÃ⅓gung

der Stadt E vom 12.04.2018 eingewiesen worden waren, steht zur Ã□berzeugung des Senats fest, dass die Klägerin sich jedenfalls ab diesem Tag in der Bundesrepublik Deutschland aufhielt. Es kann offenbleiben, ob die Klägerin sich bereits vor dem 12.04.2018, und damit bei Beginn des streitgegenständlichen Zeitraums bereits länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhielt. Denn der in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II a.F. vorgesehene Leistungsausschluss fù¼r die ersten drei Monate des Aufenthalts erfasst u.a. jedenfalls nicht solche Personen, die als Familienangehörige unter den Voraussetzungen eines der in §Â§ 27 bis 36a AufenthG geregelten Aufenthaltsrechte (Aufenthalt aus familiären Grù¼nden) nach Deutschland ziehen (Leopold in jurisPK-SGB II, Stand, § 7, Rn. 112; LSG Baden-Wù¼rttemberg, Urteil vom 24.01.2017 â□□ L 9 AS 3548/16, juris Rn. 24ff.). Da die Klägerin sich für die Zeit ab dem 01.06.2018 auf ein materielles Aufenthaltsrecht berufen kann (hierzu nachfolgend unter 2.2.2 b.) sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II a.F. nicht erfüllt.

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 abhAxngige oder selbstAxndige TAxtigkeit 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 verfügt, 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 $\square$  B 4 AS 54/12 R, juris Rn. 33). Die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht liegen für die im April 2018 in die Bundesrepublik eingereiste KlĤgerin 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 FreizügG/EU a.F.

freizügigkeitsberechtigt 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 FreizügG/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 gewĤhrt. Danach ergibt sich vorliegend die Freizļgigkeitsberechtigung 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 K L Smühle mit einer wA¶chentlichen 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 Unterhalt. Ein aufenthaltsberechtigter Unionsbürger gewährt einem Familienangehörigen Unterhalt, wenn er ihm tatsächlich regelmäÃ∏ig Leistungen zukommen lässt, 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 für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.08.2017 â<sub>□□</sub> <u>L 19 AS 1131/17 B ER</u>, juris Rn. 43). In Zusammenhang ist berücksichtigen, dass zu der streitgegenstĤndlichen Zeitraum ein monatliches Nettoeinkommen in HĶhe von 787,44 â∏¬ bei der Leistungsgewährung nach dem SGB II berücksichtigte. Der Senat hat keine Zweifel daran, dass G den Kindern aufgrund dieser Einnahmen tatsächlich regelmäÃ□ige Unterhaltszahlungen zukommen lie̸, indem er sein Einkommen fÃ⅓r den Lebensbedarf der Familie verwendet hat. Im Ã□brigen wohnten G und die Klägerin im streitgegenstĤndlichen Zeitraum mit den beiden gemeinsamen Kindern zusammen. Gem¤Ã A A 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB erfü Ilt der Elternteil, der ein minderjà whriges Kind betreut, seine Verpflichtung, zum Unterhalt des Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und die Erziehung des Kindes. Es besteht bis zur VolljAxhrigkeit des Kindes grundsätzlich rechtliche Gleichwertigkeit zwischen dem Betreuungsunterhalt, also der Pflege und der Erziehung des minderjĤhrigen unverheirateten Kindes, und dem Barunterhalt (Viefhues in: Herberger/Martinek/ RþÃ☐mann/Weth/Würdinger, jurisPK-Stand 20.12.2022, § 1606 BGB, Rn. 10). Somit erfüllte G Unterhaltsverpflichtung zumindest teilweise auch durch die tatsĤchliche GewĤhrung von Betreuungsunterhalt. Die Kinder waren damit freizügigkeitsberechtigt.

Die Kinder der Kl $ilde{A}$ ¤gerin haben im streitigen Zeitraum somit (lediglich) eine von G abgeleitete Freiz $ilde{A}$ ¹¼gigkeitsberechtigung als Familienangeh $ilde{A}$ ¶rige nach  $ilde{A}$ § 3 Abs. 1 Freiz $ilde{A}$ ¹¼gG/EU a.F. i.V.m.  $ilde{A}$ § 2 Abs. 2 Nr. 6 Freiz $ilde{A}$ ¹¼gG/EU a.F. gehabt. Mangels gesetzlicher Anspruchsgrundlage kann die Kl $ilde{A}$ ¤gerin aus dieser Rechtsposition ihrer Kinder f $ilde{A}$ ¹¼r sich keine Freiz $ilde{A}$ ³¼gigkeitsberechtigung ableiten.

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

Ein Leistungsausschluss im Sinne von  $\frac{\hat{A}\S}{1}$  7 Abs. 1 Satz 2 SGB II a.F. liegt  $f\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  Staatsangeh $\tilde{A}^{0}$  rige anderer Mitgliedstaaten der EU dann nicht vor, wenn diese  $\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  ber eine materielle Freiz $\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  gigkeitsberechtigung nach dem Freiz $\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  gG/EU oder  $\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  ber ein materielles Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG verf $\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  einen Bewilligungszeitraum vom 27.01.2021  $\hat{A}^{0}$  B 14 AS 25/20 R, juris Rn. 15 [ $f\tilde{A}^{1}\sqrt{r}$  einen Bewilligungszeitraum vom 01.03.2017 bis zum 31.08.2017]; vgl. auch BSG, Urteil vom 12.05.2021  $\hat{A}^{0}$  B 4 AS 34/20 R, juris Rn. 15; Urteil vom 30.08.2017  $\hat{A}^{0}$  B 14 AS 31/16, juris Rn. 22 und Urteil vom 03.12.2015  $\hat{A}^{0}$  B 4 AS 44/15 R, juris; Leopold in jurisPK-SGB II,  $\hat{A}$  R, Rn. 131).

Der Umstand, dass die Klā¤gerin im streitigen Zeitraum nicht Inhaberin eines Aufenthaltstitels in diesem Sinne gewesen ist, steht einem Leistungsanspruch nicht entgegen. Denn soweit Aufenthaltsrechte von Unionsbã¹¼rgern nach § 11 Abs. 1 Satz 11 Freizù¼gG/EU in der vom 29.07.2017 bis zum 23.11.2020 gã¾ltigen Fassung vom 20.07.2017 (a.F.) i.V.m. den Vorschriften des AufenthG zu prã⅓fen sind, ist es nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 30.01.2013 â□□ B 4 AS 54/12 R, juris Rn. 19; Urteil vom 12.12.2013 â□□ B 4 AS 9/13, juris Rn. 13) unerheblich, ob dem Unionsbã¾rger 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□□ L 7 AS 342/21 B ER, juris Rn. 44; LSG fù¼r das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01.08.2017 â□□ 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 FreizügG/EU a.F. laut dessen § 11 Abs. 1 Satz 11 das AufenthG auch dann Anwendung gefunden hat, wenn es eine günstigere Rechtsstellung vermittelt hat als das FreizügG/EU a.F., ergibt sich für die Klägerin bezogen auf den streitigen Zeitraum ein materielles Aufenthaltsrecht 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 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen 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.

<u>Art. 18 Abs. 1 AEUV</u> lautet:  $\hat{a}_{\square}$ Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Vertr $\tilde{A}_{\square}$ ge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gr $\tilde{A}_{\square}$ 1/4nden der Staatsangeh $\tilde{A}_{\square}$ 1 verboten. $\hat{a}_{\square}$ 1

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 Gr $\tilde{A}^{1}$ /4nden der Staatsangeh $\tilde{A}$ ¶rigkeit auf minderj $\tilde{A}$  $\alpha$ hrige Unionsb $\tilde{A}^{1}$ /4rger, die  $\tilde{A}^{1}$ /4ber ein Aufenthaltsrecht nach dem Freiz $\tilde{A}^{1}$ /4gG/EU verf $\tilde{A}^{1}$ /4gen, 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 Unionsbļrger 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 fÃ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>r 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. Aufl. 2016, FreizýgG/EU § 11 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 die Auffassung vertreten, dass der sorgeberechtigte Elternteil mit Unionsstaatsbürgerschaft von dem Aufenthaltsrecht seines Kindes kein eigenes Aufenthaltsrecht ableiten kann (so z.B.: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 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<sub>□□</sub> <u>L 21 AS 782/17 B ER</u>, juris Rn. 43; Hessisches LSG, Beschluss vom 29.07.2021 â<sub>□□</sub> <u>L 6 AS 209/21 B ER</u>, juris Rn. 137 ff.; Hessisches LSG, Beschluss vom 20.04.2020 â<sub>□□</sub> <u>L 7 AS 114/20</u>, juris Rn. 38; Hessisches LSG, Beschluss vom 21.08.2019 â□□ L 7 AS 285/19 B-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 BeschlĽssen vom 04.10.2019 â 1 1 BVR 1710/18 (juris Rn. 13) (betreffend die Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe wegen mangelnder Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs) und vom 08.07.2020 â 1 BVR 932/20 (juris Rn. 15) und 1 BVR 1094/20 (juris Rn. 15) (beide betreffend die Ablehnung der GewĤhrung einstweiligen Rechtsschutzes im Beschwerdeverfahren vor einem LSG) ausgefļhrt, dass bei Beantwortung der Frage, ob dem sorgeberechtigten Elternteil eines wegen der Begleitung des anderen Elternteils nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU a.F. freizügigkeitsberechtigten minderjährigen

UnionsbÃ⅓rgers Ã⅓ber § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizÃ⅓gG/EU a.F. in Verbindung mit <u>§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG</u> und <u>Art. 18 Abs. 1 AEUV</u> ein Aufenthaltsrecht nach <u>§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG</u> vermittelt werden kann, auch die Wertungen der <u>Art. 6 GG</u> und <u>Art. 8 EMRK</u> berÃ⅓cksichtigt werden mÃ⅓ssen. Insoweit mÃ⅓ssten die Konsequenzen einer RÃ⅓ckkehr des betroffenen Elternteils in das Heimatland und damit die Trennung von der Familie im Lichte von <u>Art. 6 GG</u> und <u>Art. 8 EMRK</u> gewÃ⅓rdigt werden. Der bloÃ☐e Verweis auf die Betreuung der gemeinsamen Kinder durch den anderen Elternteil reiche hierfÃ⅓r nicht aus.

Bereits im Beschluss vom 12.05.1987 â $\square$  2 BvR 1226/83 (juris, Rn. 88) hat das BVerfG fÃ $^{1}$ /4r den Fall einer Auferlegung von Wartezeiten fÃ $^{1}$ /4r den Nachzug auslÃ $^{1}$ mndischer StaatsangehÃ $^{1}$ riger zu bereits im Bundesgebiet lebenden FamilienangehÃ $^{1}$ rigen ausgefÃ $^{1}$ /4hrt, der einem Betroffenen infolge eines Einreise- und Aufenthaltsverbots praktisch auferlegte Zwang, fÃ $^{1}$ /4r geraume Zeit eine rÃ $^{1}$ mumliche Trennung von seinen AngehÃ $^{1}$ rigen hinzunehmen oder ein bestehendes Aufenthaltsrecht endgÃ $^{1}$ /4ltig aufzugeben und die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen, sei geeignet, das Ehe- und Familienleben zu beeintrÃ $^{1}$ chtigen und mÃ $^{1}$ /4sse sich 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 $^1$ /4hrten, könnten die Folgen einer vorÃ $^1$ /4bergehenden Trennung ein hohes, gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechendes Gewicht insbesondere dann haben, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen sei, das den nur vorÃ $^1$ /4bergehenden Charakter einer rÃ $^2$ umlichen Trennung mÃ $^3$ glicherweise nicht begreifen kÃ $^4$ nne und diese rasch als endgÃ $^1$ /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 wà 1/4 r digen 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 natù¼rliche 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 Ausù¼bung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft fù¼r die nationale oder öffentliche Sicherheit, fù¼r das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhù¼tung 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 FamilienangehĶrigen auf Nachzug zu den berechtigt in der Bundesrepublik Deutschland lebenden auslĤndischen 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 Klā¤gerin und G sind ausweislich der aktenkundigen rumã¤nischen Geburtsurkunden Eltern der gemeinsamen Kinder, was als Entscheidung der auslã¤ndischen (rumã¤nischen) Behã¶rde grundsã¤tzlich im Bundesgebiet anzuerkennen ist (Tewocht in Kluth/Heusch, BeckOK Auslã¤nderrecht, Stand 01.01.2021, â§ 28 AufenthG, Rn. 24). Gemã¤ã â§ 1626 Abs. 1 BGB haben die Eltern die Pflicht und das Recht, fã¹⁄4r das minderjã¤hrige Kind zu sorgen (elterliche Sorge), wobei die elterliche Sorge auch die Sorge fã¹⁄4r die Person des Kindes (Personensorge) umfasst. Hiernach haben die Klã¤gerin und G das Personensorgerecht fã¹⁄4r die beiden Kinder. Anhaltspunkte dafã¹⁄4r, dass dies im streitigen Zeitraum nicht der Fall gewesen sein sollte, liegen nicht vor. Die Klã¤gerin hat im streitigen Zeitraum mit G und den Kindern in einem Haushalt zusammengelebt und hat hierbei das Personensorgerecht fã¹⁄4r die Kinder tatsã¤chlich ausgeã¹⁄4bt.

In Anwendung der oben aufgezeigten Vorgaben hAxIt der Senat es fA¼r geboten, insbesondere den in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechten des nach der o.g. Rechtsprechung von BVerfG und BSG besonders schutzwļrdigen jþngeren Kindes der KlĤgerin hier maà gebliches Gewicht beizumessen. Denn wollte man der KlĤgerin ein aus § 11 Abs. 1 Satz 11 FreizügG/EU a.F. i.V.m. <u>§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG</u> und Art. 18 Abs. 1 AEUV abgeleitetes materielles Aufenthaltsrecht versagen, hÃxtte entweder sie allein oder sie gemeinsam mit einem Kind oder mit beiden Kindern Deutschland verlassen mýssen, da das Erwerbseinkommen des G ausweislich der vom Beklagten vorgelegten Probeberechnung den Bedarf der Familie, und damit das Existenzminimum nicht vollumfĤnglich gedeckt hĤtte. Als Konsequenz hĤtte sich ergeben, dass die Kinder von einem ihrer Elternteile rĤumlich 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 befürchten 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 für den gesamten streitigen Bewilligungszeitraum, da das  $j\tilde{A}\frac{1}{4}$ ngere Kind bei dessen Ablauf gerade erst 18 Monate alt geworden ist und sich immer noch im frühkindlichen Entwicklungsstadium befunden hat. Den Interessen zumindest des jýngeren Kindes kommt hier somit erhebliche Bedeutung zu. Diesem Ergebnis stehen

vorliegend insbesondere keine anderweitigen überwiegenden (staatlichen) Belange entgegen. Letztere könnten im hier vorliegenden Fall allenfalls fiskalischer Natur sein und die im Falle eines Obsiegens an die Klägerin für den streitigen Zeitraum auszuzahlenden Leistungen nach dem SGB II betreffen. Ob finanzielle Belage dieser Art überhaupt grundsätzlich 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 stünde der Klägerin für 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 AbwĤgung 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 für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.07.2017 â□□ L 21 AS 782/17 B ER, juris, Rn. 61)

Insoweit wird bereits nicht berļcksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG in die Güterabwägung einzubeziehen ist, dass die Rückkehr aller Familienmitglieder in den Herkunftsstaat für 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 ausgeübte Erwerbstätigkeit hätte aufgeben müssen. Da G seine Arbeitszeit zeitlich hat aufstocken können und sein Verdienst ab Juni 2018 für die gesamte Bedarfsgemeinschaft nahezu bedarfsdeckend gewesen ist, kommt dem im Fall einer Rückkehr nach Rumänien erfolgten Verlust der von ihm erarbeiteten wirtschaftlichen und sozialen Stellung erhebliche Bedeutung zu. SchlieÃ☐lich hätten auch die Kinder im Fall einer Rückkehr nach Rumänien jeweils ihr materielles, von G abgeleitetes Aufenthaltsrecht verloren.

Zudem lÃxsst diese von den Landessozialgerichten verwendete Argumentation auÃ $\Box$ er Acht, dass die o.g. verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ausdrÃ $^1$ 4cklich eine â $\Box$ Gefahrâ $\Box$  fÃ $^1$ 4r den Fall aufzeigt bzw. dem Umstand hohes Gewicht beimisst, wenn allein der betroffene Elternteil Deutschland verlÃxsst (vgl. BeschlÃ $^1$ 4sse vom 08.07.2020 Âx 1 BvR 932/20, juris Rn. 15 und vom 08.07.2020 âx 1 BvR 1094/20, juris Rn. 15 sowie vom 01.12.2008 âx 2 BvR 1830/08, juris Rn. 33). DiesbezÃ $^1$ 4glich verweist das BVerfG

nämlich 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 familiäres Zusammenleben hinreichend entsprochen wĤre. Sondern das BVerfG stellt ausdrļcklich auch den Verweis allein des nicht originĤr freizügigkeitsberechtigten Elternteils (hier: denjenigen der Klägerin) auf eine Rückkehr in den EU-Herkunftsstaat unter den Vorbehalt, dass jedenfalls die daraus für das Kind folgenden Konsequenzen 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> Rn. 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 â<sub>□□</sub> <u>B 4 AS 54/12 R</u>, juris Rn. 36) fÃ<sup>1</sup>/<sub>4</sub>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 Berücksichtigung der Belange des jüngsten Kindes der Klägerin <u>§ 28 Abs. 1 Nr. 3</u> <u>AufenthG</u> analog anzuwenden.

Im vorliegenden Fall ergibt sich fÃ $^{1}$ 4r die KlÃ $^{\pm}$ gerin daher jedenfalls unter BerÃ $^{1}$ 4cksichtigung der ihrem jÃ $^{1}$ 4ngeren Kind in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK garantierten Rechte im streitigen Zeitraum ein materielles Aufenthaltsrecht aus Â $^{\circ}$ 8 11 Abs. 1 Satz 11 FreizÃ $^{1}$ 4gG/EU a.F. i.V.m. Â $^{\circ}$ 8 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 18 Abs. 1 AEUV in entsprechender Anwendung. Sie hatte im streitigen Zeitraum fÃ $^{1}$ 4r ihr jÃ $^{1}$ 4ngeres Kind (eine minderjÃ $^{\pm}$ hrige UnionsbÃ $^{1}$ 4rgerin) das elterliche Sorgerecht inne und Ã $^{1}$ 4bte dieses aus. Aus dieser Rechtsstellung kann sie unter BerÃ $^{1}$ 4cksichtigung des in Art. 18 Abs. 1 AEUV statuierten InlÃ $^{\pm}$ ndergleichbehandlungsgebotes ein Aufenthaltsrecht aus Â $^{\circ}$ 8 11 Abs. 1 Satz 11 FreizÃ $^{1}$ 4gG/EU a.F. i.V.m. Â $^{\circ}$ 8 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ableiten, denn ihr Kind hatte im selben Zeitraum ein Aufenthaltsrecht im Sinne einer von G abgeleiteten FreizÃ $^{1}$ 4gigkeitsberechtigung als FamilienangehÃ $^{1}$ 1rige nach Â $^{\circ}$ 8 3 Abs. 1 FreizÃ $^{1}$ 4gG/EU a.F. i.V.m. Â $^{\circ}$ 9 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 6 FreizÃ $^{1}$ 4gG/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 $\tilde{A}^{1/4}$ ltigen 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  $\hat{A}$ § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 c) SGB II a.F. nicht vor, da die Kl $\hat{A}$ ¤gerin ihr Aufenthaltsrecht nicht allein oder neben einem Aufenthaltsrecht nach

Buchstabe b aus Artikel 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europ $\tilde{A}$ xischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011  $\tilde{A}$ 4ber die Freiz $\tilde{A}$ 4gigkeit 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) ge $\tilde{A}$ xndert worden ist, ableiten konnte.

Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 lautet: â\[Die Kinder eines Staatsangeh\tilde{A}\rigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats besch\tilde{A}\rightartigt ist oder besch\tilde{A}\rightartigt gewesen ist, k\tilde{A}\rightartignnen, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangeh\tilde{A}\rightartigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.\tilde{a}\Die Voraussetzungen f\tilde{A}\rac{1}{4}\r ein hieraus abgeleitetes Aufenthaltsrecht sind vorliegend nicht erf\tilde{A}\rac{1}{4}\ll, da die Kinder der KI\tilde{A}\rac{1}{2}\regrin im streitgegenst\tilde{A}\rac{1}{2}\rdottartigen drei Jahre alt bzw. ein Jahr alt waren und somit nicht bis zum 30.06.2018 ihr sechstes Lebensjahr vollendet hatten. Nach der f\tilde{A}\rac{1}{4}\r ihren Wohnort in E-A ma\tilde{A}\subsetengeblichen Regelung in \tilde{A}\tilde{A}\tilde{5}\tilde{7}\rac{2}{7}\tilde{7}\tilde{5}\tilde{5}\tilde{6}\

2.2.5 Schlieà lich 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 <u>§ 1 des AsylbLG</u> in der vom 24.10.2015 bis zum 20.08.2019 gültigen Fassung vom 20.10.2015 (a.F.). Denn sie besaà keine Aufenthaltsgestattung nach dem AsylG (§ 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 <u>§ 23 Abs. 1 oder <u>§ 24 des</u></u> AufenthG und keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 oder Abs. 5 AufenthG (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG a.F.), sie besaà 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 § <u>1 Abs. 1 Nr. 1-5 AsylbLG</u> a.F. genannten Personen, ohne dass sie selbst die dort genannten Voraussetzungen erfüllte (<u>§ 1 Abs. 1 Nr. 6 AsylbLG</u> 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  $\frac{\hat{A}\S 193 SGG}{\hat{A}\S 193 SGG}$  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.

Erstellt am: 17.03.2023

Zuletzt verändert am: 23.12.2024