

Der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II besteht bei verfassungskonformer (Art. 6 GG) und europarechtskonformer (Art. 20 AEUV) einschränkender Auslegung der Norm nicht gegenüber solchen Ausländern, die gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zur Ausübung der Personensorge gegenüber einem minderjährigen unverheirateten Unionsbürger (Deutschen) eingereist sind.

(Amtlicher Leitsatz)

L 7 AS 30/12 B ER

Hessisches Landessozialgericht

Beschluss vom 19.09.2012

T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 14. Dezember 2011 aufgehoben, soweit der Antragsgegner für die Zeit vom 31. Oktober bis 15. November 2011 verpflichtet worden ist, vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu erbringen.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat den Antragstellern zwei Drittel der Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen zu erstatten.

G r ü n d e

I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes um die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch, Zweites Buch (SGB II) vom 31. Oktober bis 12. Dezember 2011.

Die 1970 geborene und erwerbsfähige Antragstellerin zu 1) ist pakistanische Staatsangehörige und die Mutter des 2005 geborenen Antragstellers zu 2), der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Beide reisten am 13. September 2011 von Pakistan kommend mit einem am 5. September 2011 ausgestellten Visum nach Deutschland ein.

Am 31. Oktober 2011 beantragten die Antragsteller bei dem Antragsgegner die Gewährung von SGB II-Leistungen. Dabei gab die Antragstellerin zu 1) an, ihr Ehemann, von dem sie getrennt lebe, sei Deutscher. Sie habe in Pakistan gearbeitet, sei mit erspartem Geld nach Deutschland geflogen, mit dem Ziel, hier zu verbleiben. Unterhalt für den Antragsteller zu 2) sei (vom Kindesvater) nur in Pakistan gezahlt worden. Das mitgebrachte Bargeld sei nunmehr verbraucht. Auch werde eine Wohnung benötigt. Seinerzeit seien die Antragsteller bei einem Bekannten mietfrei untergekommen.

Die Antragstellerin zu 1) legte eine vorläufige Bescheinigung der Ausländerbehörde der Stadt A-Stadt vom 27. Oktober 2011 vor, wonach ihr eine Aufenthaltserlaubnis (gültig bis 1. Mai 2014) nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) erteilt worden war. Dort heißt es weiter, bis zur Aushändigung des noch herzustellenden (elektronischen) Aufenthaltstitels berechtige diese Bescheinigung in Verbindung mit einem bestehenden Aufenthaltsrecht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, zur Ausübung einer Beschäftigung sowie zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit.

Mit Bescheid vom 3. November 2011 lehnte der Antragsgegner die Anträge ab, weil nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II ein Leistungsanspruch in den ersten 3 Monaten nach der Einreise in die BRD ausgeschlossen sei.

Dagegen legten die Antragsteller am 17. November 2011 Widerspruch ein und trugen wiederholend vor, der Ehemann der Antragstellerin zu 1) sei deutscher Staatsangehöriger und in Pakistan verblieben. Unterhalt (für den Antragsteller zu 2) sei lediglich in Pakistan gezahlt worden.

Am 15. November 2011 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Frankfurt am Main die vorläufige Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ab 31. Oktober 2011 beantragt und ergänzend vorgetragen, keinerlei Geld mehr zum Leben zu haben und außerdem nicht krankenversichert zu sein. Auch sei der Antragsteller zu 2) erkrankt. Sie seien zum Zwecke der Familienzusammenführung nach Deutschland eingereist. Die Unterhaltszahlungen seien leider noch nicht geklärt. Mittlerweile bestünden auch Probleme mit der Unterkunft. Sie seien gebeten worden, sich eine andere Unterkunft zu suchen.

Mit Beschluss vom 14. Dezember 2011 hat das Sozialgericht den Antragsgegner verpflichtet, den Antragstellern als Bedarfsgemeinschaft vorläufig für den Zeitraum vom 31. Oktober 2011 bis 31. Januar 2012 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II in gesetzlich vorgesehenem Umfang zu gewähren.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die Antragstellerin zu 1) habe das Bestehen einer Leistungsberechtigung nach dem SGB II glaubhaft gemacht, so dass damit auch ein Anspruch des Antragstellers zu 2) auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem genannten Gesetz glaubhaft sei. Darüber hinaus sei der Antragsgegner zur vorläufigen Gewährung der SGB II-Leistungen bereits ab 31. Oktober 2011 und nicht erst ab Eingang des Eilantrages bei Gericht am 15. November 2011 zu verpflichten gewesen, weil bei den Antragstellern zum Zeitpunkt der Stellung ihres Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ein sogenannter Nachholbedarf im Sinne der Rechtsprechung des Hessischen Landessozialgerichts, der zum Zeitpunkt der Beschlussentscheidung des Gerichts auch noch fortbestanden habe, glaubhaft gemacht worden sei.

Nach § 86b Abs. 2 S. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) könne das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach S. 2 der genannten Vorschrift seien einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheine. Die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes setze in diesem Zusammenhang einen Anordnungsanspruch, also einen materiell-rechtlichen Anspruch auf die Leistung, zu der der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden solle, voraus, sowie einen Anordnungsgrund, nämlich einen Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründe. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch stünden insoweit in Wechselbeziehung zueinander als die Anforderungen an die Erfolgsaussichten der Hauptsache (dem Anordnungsanspruch) mit zunehmender Eilbedürftigkeit und Schwere des drohenden Nachteils (dem Anordnungsgrund) sinken würden und umgekehrt.

Sei die Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so sei der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden sei. Sei die Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so verminderten sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund. In der Regel sei daher dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung dann stattzugeben.

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund seien glaubhaft zu machen (§ 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung - ZPO - in Verbindung mit § 86b Abs. 2 S. 4 SGG). Dabei seien, soweit im Zusammenhang mit dem Anordnungsanspruch auf die Erfolgsaussichten abgestellt werde, die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005, Az.: 1 BvR 569/05). Nach dieser Rechtsprechung müssten sich die Gerichte stets schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen.

Die Antragsteller hätten nach diesen Grundsätzen glaubhaft gemacht, dass die Antragstellerin zu 1) nach dem SGB II leistungsberechtigt sei, sie deshalb mit dem Antragsteller zu 2) eine Bedarfsgemeinschaft bilde und den Antragstellern folglich existenzsichernde Leistungen zu gewähren seien.

Die Antragstellerin zu 1) erfülle die Leistungsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II. Sie habe bei Beantragung der Leistungen das 41. Lebensjahr vollendet und sei auch hilfebedürftig, weil nach dem Akteninhalt davon auszugehen sei, dass sie - ebenso wie der Antragsteller zu 2) - über kein Vermögen und kein Einkommen verfüge, das die Anspruchsvoraussetzung der Hilfebedürftigkeit ausschließen würde. Insoweit sehe das Gericht den Vortrag der Antragsteller als glaubhaft an, wonach derzeit Unterhaltszahlungen des Ehemanns der Antragstellerin zu 1) und Vaters des Antragstellers zu 2) noch ungeklärt seien. Auch spreche nichts gegen die Erwerbsfähigkeit der Antragstellerin zu 1) i.S.d. § 8 Abs. 1 SGB II.

Schließlich hätten die Antragsteller seit ihrer Einreise ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland, da sie sich unzweifelhaft unter der von ihnen angegebenen Anschrift in KF. unter Umständen aufhielten, die erkennen ließen, dass sie an diesem Ort nicht nur vorübergehend zu verweilen beabsichtigen würden (§ 30 Abs. 3 S. 2 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch - SGB I).

Vor allem aber sprächen weder § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II noch § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 SGB II gegen eine Leistungsberechtigung der Antragstellerin zu 1). Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II seien von der Leistungsberechtigung ausgenommen Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbstständiger noch aufgrund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/ EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten 3 Monate ihres Aufenthalts. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei diese Vorschrift im Falle der Antragstellerin zu 1) nicht einschlägig. Denn nach der Gesetzesbegründung würden mit Rücksicht auf das Zusammenspiel der Bestimmungen über die Freizügigkeit nach § 2 des Freizügigkeitsgesetzes/EU (FreizügG/EU) mit jenen des SGB II von dem Leistungsausschluss unter anderem Personen nicht erfasst, die als Familienangehörige eines in Deutschland Erwerbstätigen EU-Bürgers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben oder die als Familienangehörige eines Deutschen in Deutschland einreisen. Dabei entspreche der Begriff des Familienangehörigen dem in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU (vgl. zum Vorstehenden Hackethal in Juris PK SGB II 2. Auflage § 7 Rn. 30 m.w.N.). Bei der Antragstellerin zu 1) handele es sich in ihrer Beziehung zu dem Antragsteller zu 2) gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU um die Verwandte eines Unionsbürgers in aufsteigender Linie i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 7 FreizügG/EU. Sie sei demnach am 13. September 2011 als Familienangehörige eines Deutschen in Deutschland eingereist. Zur Überzeugung des Gerichts sei in solchen Fällen ohnehin auch sachlich gerechtfertigt, dass solche Personen/Familienangehörige von dem Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nicht erfasst würden. Denn im vorliegenden Fall sei die Antragstellerin zu 1) zur Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Antragsteller zu 2) bzw. zum Zwecke der Familienzusammenführung in Deutschland eingereist wie sich schon aus ihrem Visum, insbesondere aber aus der von der Ausländerbehörde der Stadt A-Stadt erteilten vorläufigen Bescheinigung ergebe. Denn diese nehme hinsichtlich der Grundlage für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis auf § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG Bezug. Nach dieser Vorschrift sei die Aufenthaltserlaubnis dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, wenn Letzterer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Die Antragstellerin zu 1) sei folglich zur Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft in Deutschland eingereist und halte sich hier in Ausübung der Personensorge gegenüber dem Antragsteller zu 2) auf, der wiederum als Deutscher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik habe. Bereits aufgrund der staatlichen Verpflichtung aus Art. 6 des Grundgesetzes (GG) zur Beachtung des Schutzes von Ehe und Familie sei nach Auffassung des Gerichts zwingend zu schließen, dass § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II in den Fällen des Nachzugs oder - wie im vorliegenden Fall - der zeitgleichen Einreise eines (ausländischen) Elternteils mit einem minderjährigen ledigen Deutschen einschränkend auszulegen sei. Denn Art. 6 Abs. 1 enthalte als Grundrecht einen umfassenden institutionellen Schutz vor Eingriffen des Staates, gelte auch für Ausländer und betreffe

zugleich den Schutz und das Interesse des minderjährigen deutschen Kindes hinsichtlich der Gewährung der Personensorge (so entsprechend für die eheliche Lebensgemeinschaft Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. Dezember 2009, Az.: L 19 B 363/09 AS in Juris, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerfG). Dies gelte umso mehr als auch das durch die Verfassung in Art. 6 Abs. 2 GG zugleich geschützte Recht eines Elternteils betroffen sei. Daher führe in solchen Fällen die vorzunehmende Folgenabwägung zu einer einschränkenden Auslegung des Ausschlussstatbestandes des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II, so dass die Antragstellerin zu 1) nach dieser Vorschrift nicht von der Leistungsberechtigung ausgenommen sei.

Der Antragstellerin zu 1) sei schließlich im Rahmen der Leistungsgewährung nach dem SGB II auch nicht entgegenzuhalten, sie sei nicht erwerbsfähig i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 SGB II. Nach diesen Vorschriften sei nach dem SGB II nur anspruchsberechtigt, wer u. a. erwerbsfähig sei. Bei Ausländern setze dies voraus, dass ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Nach § 8 Abs. 2 S. 2 SGB II, der seit 1. April 2011 Gültigkeit habe, sei insoweit sogar lediglich die rechtliche Möglichkeit ausreichend, eine Beschäftigung vorbehaltlich einer Zustimmung nach § 39 AufenthG aufzunehmen. Die Antragstellerin ist demgegenüber ausweislich der vorläufigen Bescheinigung der Ausländerbehörde aber bereits zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit/Beschäftigung berechtigt. Dies gelte insbesondere dann, wenn ihr die angekündigte Aufenthaltserlaubnis nach Herstellung des elektronischen Aufenthaltstitels auf der Grundlage des § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG erteilt werde. Die Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift sei im Übrigen nach ihrem Wortlaut u. a. zum Zwecke der Ausübung der Personensorge gegenüber einem minderjährigen ledigen Deutschen zwingend zu erteilen. Nach § 28 Abs. 5 AufenthG berechtere diese Erlaubnis ohne weiteres auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

Aufgrund der Gesamtumstände des vorliegenden Falles sei ohne weiteres zu erwarten, dass die Ausländerbehörde die in Aussicht gestellte Aufenthaltserlaubnis erteilen werde. Den Antragstellern seien nach alledem als Bedarfsgemeinschaft Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II in gesetzlich vorgesehenem Umfang zu gewähren, wobei hinsichtlich der Bedarfe für Unterkunft und Heizung derzeit nicht erkennbar bzw. glaubhaft sei, dass den Antragstellern diesbezüglich seit 31. Oktober 2011 tatsächliche Aufwendungen i. S. d. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II entstanden seien.

Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II seien den Antragstellern schon seit ihrem Leistungsantrag vom 31. Oktober 2011 zu gewähren, denn insoweit bestehe ein so genannter Nachholbedarf im Sinne der Rechtsprechung des Hessischen Landessozialgerichts (vgl. beispielhaft Beschluss vom 22. Mai 2007, Az.: L 7 AS 134/07 ER; Beschluss vom 9. Januar 2008, Az.: L 7 AS 362/07 ER). Danach sei von dem Grundsatz, wonach es nicht Aufgabe des vorläufigen Rechtsschutzes ist, einen Ausgleich für Rechtsbeeinträchtigungen in der Vergangenheit bereitzustellen, dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Notlage noch bis in die Gegenwart fortwirke und den Betroffenen in seiner menschenwürdigen Existenz bedrohe. Ein solcher Sachverhalt sei vornehmlich in Fällen anzunehmen, in denen - wie

hier - die Antragsteller glaubhaft gemacht hätten, dass seit Antragstellung (am 31. Oktober 2011) ihr laufender Bedarf zum Lebensunterhalt nicht gedeckt gewesen sei. Denn insoweit hätten sie glaubhaft vorgetragen, seit ihrer Einreise am 13. September 2011 zunächst von den mitgeführten Ersparnissen gelebt zu haben, die dann aber am 31. Oktober 2011 aufgebraucht gewesen seien. Auch sei nach dem Akteninhalt davon auszugehen, dass Unterhaltsleistungen seitens des Ehemannes der Antragstellerin zu 1) und Kindesvaters des Antragstellers zu 2) zumindest derzeit noch nicht erbracht würden. Aus diesem Grund sei letztendlich der Zeitraum der vorläufigen Verpflichtung des Antragsgegners bis einschließlich 31. Januar 2012 zu begrenzen gewesen.

Mit Bescheid vom 12. Dezember 2011, der bei dem Sozialgericht am 16. Dezember 2011 eingegangen ist, hat der Antragsgegner Leistungen für die Antragsteller nach dem SGB II vom 13. Dezember 2011 bis 31. Mai 2012 bewilligt. Wegen der näheren Einzelheiten und der Leistungshöhe wird auf den zuvor genannten Bescheid Bezug genommen (Bl. 72-79 Gerichtsakte).

Im Übrigen hat der Antragsgegner gegen den ihm am 19. Dezember 2011 zugestellten Beschluss des Sozialgerichts am 17. Januar 2012 Beschwerde beim Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt erhoben. Er hält an seiner Auffassung fest, dass der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II für die ersten drei Monate des Aufenthalts auch solche Ausländer erfasse, die wie die Antragstellerin zu 1) aufgrund eines an die Personensorge für einen Deutschen anknüpfenden Aufenthaltstitels zu einem Deutschen nachgezogen seien und stützt sich insoweit auf die schriftlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA) zu § 7 SGB II. Damit stehe dem Antragsteller zu 2) in diesem Zeitraum auch kein Anspruch auf Sozialgeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II sondern vielmehr nach dem SGB XII gegen die Beigeladene zu. Die Antragsteller könnten deshalb erst ab 13. Dezember 2011 einen Leistungsanspruch nach dem SGB II haben.

Außerdem habe das Sozialgericht aufgrund des Eilantrages der Antragsteller vom 15. November 2011 keine vor diesen Zeitpunkt zurückwirkende Leistungspflicht des Antragsgegners begründen dürfen, weil die Antragsteller ein Nachholbedürfnis wegen einer fortwirkenden Notlage von Existenz gefährdendem Gewicht nicht glaubhaft gemacht hätten. Alleine deren Vortrag, im Haushalt von Bekannten zu leben und das mitgebrachte Geld aufgebraucht zu haben, reiche insoweit nicht aus.

Der Antragsgegner beantragt (sinngemäß),

den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 14. Dezember 2011 aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

Die Antragsteller beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigen den angegriffenen Beschluss des Sozialgerichts und tragen ergänzend vor:

Aus der 1995 in Pakistan geschlossenen Ehe der Antragstellerin seien die beiden Kinder B., geboren 2005, (Antragsteller zu 2) und C., geboren 2004, hervorgegangen. Die Antragstellerin zu 1) lebe seit November 2008 von ihrem Ehemann getrennt und sei mit dem älteren Sohn nach Deutschland eingereist. Die Antragstellerin und ihr Ehemann seien - gemeinsam mit ihren beiden Kindern - im September 2008 nach Pakistan gereist. Im November 2008 habe der Ehemann die Antragstellerin und den jüngeren Sohn unter dem Vorwand, sie bald nach Europa zurückzuholen, in Pakistan zurückgelassen. Im Zeitraum November 2008 bis zu ihrer Einreise in die Bundesrepublik habe die Antragstellerin den Kontakt mit ihrem älteren Sohn C. durchschnittlich 2 - 3 Mal pro Woche mittels Telefon und Internet/Chat aufrechterhalten. Dem plötzlichen Verschwinden des Ehemannes im November 2008 sei ein Streit zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrem Ehemann im August 2007 in England vorausgegangen, in dessen Verlauf ihr Ehemann sie körperlich - mittels Ohrfeigen - verletzt habe. Seinerzeit habe die Antragstellerin angesichts der Gewaltanwendung seitens ihres Ehemannes die Polizei verständigt, die ihren Ehemann hierauf festgenommen habe. Anscheinend habe sich ihr Ehemann bei der Antragstellerin hierfür „gerächt“. Entsprechend seiner vorgefassten Absicht sei er im November 2008 allein mit dem älteren Sohn C. - gegen bzw. ohne den Willen der Antragstellerin - über England nach Deutschland eingereist. Die Antragstellerin und den jüngeren Sohn habe er - gegen den Willen der Antragstellerin - in Pakistan zurückgelassen. Den Reisepass der Antragstellerin habe ihr Ehemann mitgenommen, um ihr die Ausreise aus Pakistan zu erschweren. In der Folgezeit habe die Antragstellerin zu 1) ihren in Deutschland lebenden Ehemann mehrfach gebeten, sie und das Kind (Antragsteller zu 2) zu sich nach Deutschland zu holen, was dieser abgelehnt habe. Er habe ihr mitgeteilt, sie solle sich damit zufrieden geben, dass sie eines der Kinder bei sich habe. Die Antragstellerin habe sich daraufhin an ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten gewandt, der bei der Deutschen Botschaft in XY. / Pakistan auf Grundlage des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG - Familiennachzug zu Deutschen) eine Aufenthaltserlaubnis für die Antragstellerin zur Ausübung der Personensorge habe erwirken können. Nach Erhalt des Visums seien die Antragsteller im September 2011 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist und hätten unverzüglich Verbindung mit dem Ehemann der Antragstellerin aufgenommen, um Kontakt zu ihrem älteren Sohn, der gegen ihren Willen von ihr und seinem jüngeren Bruder getrennt worden war, aufzunehmen. Nachdem ihr Ehemann sich zunächst geweigert habe, es der Antragstellerin zu ermöglichen, Kontakt mit dem älteren Kind C. aufzunehmen, habe sich die Antragstellerin zunächst an das Jugendamt gewandt. Letztlich habe man sich vor dem zuständigen Familiengericht hinsichtlich des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der elterlichen Sorge für die beiden Kinder durch eine Vereinbarung geeinigt.

Im Zeitpunkt der Antragstellung sei die Antragstellerin zu 1) hilfebedürftig gewesen, da sie vermögens- und einkommenslos gewesen sei. Sie sei mit 335,00 € im September 2011 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist und habe „im Zeitpunkt der Stellung ihres Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht ... ihre Reserven - durch den notwendigen Erwerb von Nahrungsmitteln, Kleidung, Medika-

menten für ihren erkrankten Sohn und Fahrkarten für öffentliche Verkehrsmittel – aufgebraucht“ gehabt. Ihre Bekannten, die sie aufgenommen hatten, hätten selbst nicht über genügend Vermögen verfügt, um die Antragstellerin und ihren Sohn finanziell zu unterstützen. Der Vater ihrer Kinder leiste seit ihrer Einreise keine Unterhaltszahlungen an die Antragstellerin, weil sie gegen dessen Willen nach Deutschland zurückgekehrt sei.

Die Antragstellerin sei zur Herstellung und Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft mit ihren beiden minderjährigen deutschen Kindern eingereist. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sei im Lichte der staatlichen Verpflichtung aus Art. 6 GG zur Beachtung des Schutzes der Familie in den Fällen des Nachzugs eines ausländischen Familienangehörigen zu seinen deutschen Familienangehörigen oder der zeitgleichen Einreise eines ausländischen Elternteils mit einem minderjährigen ledigen Deutschen einschränkend auszulegen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Wegen weiterer Einzelheiten und des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den sonstigen Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Soweit die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 12. Dezember 2011 Leistungen nach dem SGB II vom 13. Dezember 2011 bis 31. Mai 2012 bewilligt hat, hat sich das einstweilige Rechtsschutzverfahren in der Hauptsache erledigt.

Die somit nur noch hinsichtlich des restlichen Zeitraumes vom 31. Oktober bis 12. Dezember 2011 anhängig gemachte Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, insbesondere wird auch für den verbliebenen Zeitraum noch die Mindestbeschwer von mehr als 750,00 € erreicht (§§ 172 Abs. 3 Nr. 1, 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG), jedoch überwiegend in der Sache nicht begründet.

Der angegriffene Beschluss des Sozialgerichts vom 14. Dezember 2011 ist rechtlich nicht zu beanstanden, soweit das Sozialgericht für die Zeit ab Stellung des Eilantrages am 15. November 2011 bis zur Bewilligung durch den Antragsgegner ab 13. Dezember 2011 eine vorläufige Regelung nach § 86b Abs. 2 SGG getroffen hat. Das Gericht kann auf Antrag nach § 86b Abs. 2 SGG eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Satz 1); es kann eine einstweilige Anordnung auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnistreffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Satz 2). Neben dem Anordnungsgrund, das ist der Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründet, setzt die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz nach herrschender Meinung



(vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, Kommentar, 10. Aufl., § 86b Rn. 27ff. m.w.N.) den Anordnungsanspruch, das ist der materiell-rechtliche Anspruch auf die Leistung, voraus, zu der der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bilden aufgrund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System gegenseitiger Wechselbeziehung: Ist etwa die Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden ist. Ist die Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so vermindern sich die Anforderungen an einen Anordnungsgrund. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, wenn die grundrechtlichen Belange des Antragstellers berührt sind, weil sich die Gerichte schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen müssen (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12. Mai 2005 - 1 BvR 569/05).

Alle Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes sind – unter Beachtung der Grundsätze der objektiven Beweislast – glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i. V. m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung - ZPO -); die richterliche Überzeugungsgewissheit in Bezug auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes erfordert insoweit eine lediglich überwiegende Wahrscheinlichkeit (Keller, a. a. O., Rdnr. 16b). Sind Grundrechte tangiert, ist die Sach- und Rechtslage allerdings nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen (BVerfG, a. a. O.).

Hiervon ausgehend hat das Sozialgericht für die Zeit vom 15. November bis 12. Dezember 2011 zu Recht sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund bejaht, weil der Antragstellerin zu 1) ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II nach § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II und dem Antragsteller zu 2) ein Anspruch auf Sozialgeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II für diesen Zeitraum zustehen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten steht einem Anspruch der Antragstellerin zu 1) der Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II nicht entgegen, weil diese Vorschrift bei verfassungskonformer und europarechtskonformer einschränkender Auslegung keine Anwendung auf sorgeberechtigte ausländische Familienangehörige eines Deutschen mit Aufenthalt in Deutschland finden kann, die wie die Klägerin über eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG verfügen und dementsprechend gemäß § 28 Abs. 5 zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Insoweit schließt sich der erkennende Senat den erhellenden Ausführungen des Bayerischen Landessozialgerichts in seinem Urteil vom 27. Juni 2012 (L 16 AS 449/11) an, das zum Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II folgendes ausgeführt hat (nach Juris Rn. 30 ff.):

Dieser Leistungsausschluss ist auf den ausländischen Elternteil, dessen Aufenthaltsrecht sich aus der Ausübung der Personensorge für einen minderjährigen ledigen Deutschen ergibt, nicht anwendbar. § 7

Abs. 1 Nr. 3 SGB II ist nämlich entgegen seinem missglückten Wortlaut so auszulegen, dass der Leistungsausschluss für die ersten drei Monate nicht die Familienangehörigen von Ausländern mit Arbeitnehmerstatus betrifft (dazu unten 1). Im Erst-recht-Schluss ist daraus zu folgern, dass dieser Leistungsausschluss auch nicht für die Familienangehörigen von Deutschen gilt (dazu unten 2). Dadurch werden verfassungsrechtliche Probleme aus der Verweigerung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts bei der Zusammenführung von deutsch-ausländischen Familien vermieden (dazu unten 3).

1. Die Familienangehörigen eines Ausländers, der Arbeitnehmer, Selbständiger oder aufgrund des § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU freizügigkeitsberechtigt ist, sind gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II vom Leistungsausschluss für die ersten drei Monate ausgenommen. Diese Auslegung ergibt sich zwar nicht aus dem missglückten Wortlaut der Vorschrift, sie ist jedoch zwingend, um für EU-Ausländer einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (nachfolgend: Unionsbürgerrichtlinie, abgekürzt: UBRL, ABI L 158/77), zu vermeiden. Diese Auslegung entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, sich bei der Formulierung des Gesetzes an die Ermächtigungsgrundlage des Art. 24 Abs. 2 UBRL zu halten, deren Inhalt er aber unzutreffend in nationales Recht übergeleitet hat.

Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II sind von Leistungen ausgenommen

„Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, [1. Tatbestandsvariante] und ihre Familienangehörigen [2. Tatbestandsvariante] für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts.“

Die Formulierung dieser Vorschrift ist aus folgenden Gründen missglückt:

- Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der Leistungsausschluss für die ersten drei Monate auf Familienangehörige eines Ausländers, der Arbeitnehmer oder Selbständiger ist oder diese Eigenschaft aus den Gründen des § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU (v. a. wegen Arbeitslosigkeit oder Krankheit) vorübergehend aufrecht erhält, anwendbar. Zwar erfüllen diese Familienangehörigen nicht die zweite Tatbestandsvariante, weil es sich ja gerade nicht um die Familienangehörigen der Ausländer ohne Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus handelt. Allerdings werden diese Familienangehörigen regelmäßig die erste Tatbestandsvariante erfüllen, weil sie selbst eben "weder Arbeitnehmer noch selbständig noch freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU" sind.

- Dagegen unterfallen die Familienangehörigen der Ausländer ohne Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus nach dem Wortlaut der Vorschrift der zweiten Tatbestandsvariante. Insoweit ist eine Regelung aber überflüssig, weil diese Familienangehörigen immer auch gleichzeitig die erste Tatbestandsvariante erfüllen. Familienangehörige im Sinne dieser Vorschrift können nämlich nur Personen sein, die ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Familienstatus zu einer anderen aufenthaltsberechtigten Person ableiten; haben die Familienangehörigen ein anderes Aufenthaltsrecht, so entscheidet sich ihr Zugang zu SGB II-Leistungen danach (Thie/Schoch, in: Münder, aaO., § 7 Rdnr. 24). Deshalb handelt es sich bei diesen Familienangehörigen zwangsläufig um Ausländer ohne Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus.

Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber nicht gewollt, und es würde für den Fall der EU-Ausländer auch dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 1 UBRL widersprechen. Danach genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates. Abweichend hiervon ist jedoch gemäß Art. 24 Abs. 2 UBRL der Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob das deutsche Arbeitslosengeld II überhaupt als Sozialhilfe im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist oder ob jeglicher Ausschluss von Arbeitslosengeld II für EU-Ausländer gegen Art. 24 Abs. 1 UBRL verstößt (siehe dazu Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand 1/12, § 7 Rdnnr. 130 ff.). Jedenfalls rechtfertigt Art. 24 Abs. 2 UBRL den Ausschluss von Sozialhilfe bei den

Familienangehörigen von Arbeitnehmern, Selbständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, nicht. Denn die Worte "ihren Familienangehörigen" in Art. 24 Abs. 2 sind als weitere Glieder der durch die Worte "anderen Personen als" eingeleiteten Aufzählung zu verstehen, liegen also auf derselben Ebene wie die Worte "Arbeitnehmer", "Selbständige" und "Personen, denen dieser Status erhalten bleibt". Art. 24 Abs. 2 UBRL ist also so zu verstehen, dass Sozialhilfe während der ersten drei Monate des Aufenthalts ausgeschlossen werden kann bei anderen Personen als

1. Arbeitnehmern,
2. Selbständigen,
3. Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und
4. den Familienangehörigen der unter Nrn. 1 bis 3 genannten Gruppen.

Art. 24 Abs. 2 UBRL ist dagegen nicht so zu verstehen, dass Sozialhilfe während der ersten drei Monate des Aufenthalts ausgeschlossen werden kann bei

1. anderen Personen als Arbeitnehmern, Selbständigen und Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und
2. ihren Familienangehörigen.

Im letztgenannten Sinne müsste aber Art. 24 Abs. 2 UBRL zu lesen sein, um die derzeitige Formulierung der Ausnahme in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II zu decken. Rein grammatikalisch ist ein solches Verständnis möglich, weil der Ausdruck "ihren Familienangehörigen" im Dativ steht und damit ein eigenständiges Objekt zum Verb "zu gewähren" sein könnte, das nicht mehr von der Aufzählung, die mit den Worten "anderen Personen als" eingeleitet wird, umfasst wäre. Inhaltlich ergibt eine solche Lesart jedoch keinen Sinn, weil es keinen erkennbaren Grund gibt, Arbeitnehmern und Selbständigen Arbeitslosengeld II während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts zu garantieren, ihren Familienangehörigen jedoch nicht.

Der Bundesgesetzgeber beabsichtigte mit der Schaffung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II die Umsetzung des Art. 16 Abs. 2 UBRL (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 23.04.2007 BT-Drs 16/5065 S. 234). Das Problem ist nun, dass der Bundesgesetzgeber eben das gerade dargestellte, vom Sinn her falsche grammatikalische Verständnis des Art. 24 Abs. 2 UBRL seiner Formulierung zugrunde gelegt hat. Dass dieses Verständnis von Art. 24 Abs. 2 UBRL falsch sein muss, bestätigt aber auch ein Vergleich der Fassungen des Art. 24 Abs. 2 UBRL in einigen der wichtigsten weiteren Amtssprachen der EU (z.B. Englisch, Französisch und Spanisch), die insoweit das im Deutschen mögliche Missverständnis schon von der rein sprachlichen Fassung her vermeiden.

Um der gesetzgeberischen Absicht entsprechend den Art. 16 Abs. 2 UBRL richtig umzusetzen, hätte sich folgende Formulierung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II angeboten:

"Ausgenommen sind

1. Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt noch deren Familienangehörige sind, für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,"

Stattdessen ist dem Gesetzgeber bei der Formulierung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II offensichtlich der Fehler unterlaufen, dass er die zwar grammatikalisch mögliche, aber vom Sinn her nicht nachvollziehbare Interpretation des Art. 16 Abs. 2 UBRL vorgenommen hat, dass die von den Worten "anderen Personen als" eingeleitete Aufzählung beim Komma nach dem Wort "bleibt" ende, und er den Ausdruck "ihren Familienangehörigen" als nicht mehr von dieser Aufzählung umfasst ansah, sondern in direkten Bezug zum Verb "zu gewähren" setzte. Dieses Missverständnis kommt auch zum Ausdruck in der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf vom 23.04.2007, in der es heißt:

"Mit dem neu eingefügten Ausschlussstatbestand wird von der Option des Artikels 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Rates vom 29.04.2004 Gebrauch gemacht, wonach Leistungen unter bestimmten Bedingungen ausgeschlossen werden können. Der Leistungsausschluss betrifft vor allem Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen. Unionsbürger, die sich gemäß § 2 Abs. 5 FreizügG/EU in Deutschland aufhalten - dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht -, können in dieser Zeit keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozial-

gesetzbuch erhalten. Der Leistungsausschluss gilt auch für die Familienangehörigen dieser Personen. Ausgenommen vom Leistungsausschluss sind Arbeitnehmer und Selbständige sowie Personen, die aufgrund des § 2 Abs. 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind“.

Diese Begründung zeigt deutlich, dass die Bundesregierung die Erwähnung der Familienangehörigen in Art. 24 Abs. 2 UBRL falsch zugeordnet hat. In Bezug auf die Familienangehörigen erwähnt sie nämlich ausschließlich eine Fallgruppe, in der diese vom Leistungsausschluss betroffen sind. Die Aufzählung der Familienangehörigen in Art. 24 Abs. 2 UBRL bezweckt aber das Gegenteil, nämlich Familienangehörige vom Leistungsausschluss auszunehmen, und zwar dann, wenn ihre Bezugspersonen Arbeitnehmer, Selbständige oder Personen sind, denen dieser Status erhalten bleibt.

Die Kommentarliteratur setzt sich mit dem beschriebenen Problem der fehlerhaften Formulierung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II - soweit ersichtlich - nicht auseinander, auch wenn Thie/Schoch (in Münder, aaO. § 7 Rdnr. 24) zumindest einräumen, die Vorschrift sei "in sich kompliziert aufgebaut". Die Bundesagentur für Arbeit legt in ihren fachlichen Hinweisen zu § 7 SGB II wie selbstverständlich die hier vertretene Auffassung zugrunde, wenn sie unter Nr. 7.5c das Beispiel bildet, dass ein griechischer Staatsbürger nach zweiwöchiger Arbeitsuche in Deutschland einen Arbeitsplatz findet, bei dem er 450 € verdient, was nicht ausreicht, um seinen Lebensunterhalt und den seiner Familie zu decken; während der ersten beiden Wochen erhielten weder er noch seine Familienangehörigen Leistungen nach dem SGB II, dagegen könnten sowohl er als auch seine Familienangehörigen ab Beginn seiner Arbeit ergänzend Arbeitslosengeld II beziehen, da er Arbeitnehmer sei.

Zusammenfassend beruht die Formulierung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II auf einem Missverständnis der Bundesregierung bei der Formulierung des Gesetzesentwurfs, die der Gesetzgeber übernommen hat. Europarechtskonform ist die Vorschrift im obigen Sinne auszulegen. Dass dabei die Grenzen des Wortlauts ggf. überschritten werden, ist vor dem Hintergrund des Gesetzesvorbehalts insoweit unproblematisch, als dadurch der Leistungsausschluss nur zugunsten der Berechtigten eingengt und nicht erweitert wird. In der korrekten Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II erhalten die Familienangehörigen von Ausländern, die Arbeitnehmer oder Selbständige sind oder denen dieser Status nach EU-Recht erhalten bleibt, Arbeitslosengeld II vom ersten Tag ihres Aufenthalts an.

2. Wenn aber nach der korrekten Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II die Familienangehörigen von Ausländern, die in Deutschland Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus haben, vom ersten Tag ihres Aufenthalts an Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts haben, so muss Gleiches erst recht für die Familienangehörigen eines Deutschen gelten. Denn die Ausländer mit Arbeitnehmer- oder Selbständigenstatus sind zwar Ausländer, deren Status sich in besonderer Weise verfestigt hat; jedoch reicht ihr Status nicht an denjenigen eines Deutschen heran, unabhängig davon, ob der Deutsche - wäre er EU-Ausländer - Arbeitnehmerstatus hätte oder nicht. Methodisch dürfte diese Ausnahme vom Leistungsausschluss für die ersten drei Monate nicht mehr durch eine einengende Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II zu bewerkstelligen sein, weil sich für den Fall des Familiennachzugs zu Deutschen im Wortlaut der Vorschrift keine Anhaltspunkte mehr finden. Vielmehr handelt es sich um einen a minore ad maius gezogenen Erst-recht-Schluss, der zulässig ist, weil er die Rechte der Betroffenen nicht beschränkt, sondern erweitert.

3. Gleichzeitig wird, indem die Familienangehörigen eines Deutschen vom dreimonatigen Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II ausgenommen werden, ein Konflikt mit Art. 6 Grundgesetz (GG) sowie dem aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip ( Art. 20 Abs. 1 GG) fließenden Recht auf Gewährleistung des Existenzminimums vermieden. Gemäß Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Im vorliegenden Fall ist zudem Art. 6 Abs. 4 GG betroffen, wonach jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat, weil die Klägerin insbesondere zur Sorge für ihre zweijährige Tochter, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, eingereist ist.“

So verhält es sich auch im vorliegenden Fall, in dem die Antragstellerin zu 1) nach ihrem glaubhaften Vortrag und entsprechend ihrem aufenthaltsrechtlichen Status aus Gründen der Personensorge und zur Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft mit ihren beiden minderjährigen Kindern mit deutscher

Staatsangehörigkeit eingereist ist.

Darüber hinaus gebietet Art. 20 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) eine einschränkende Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II im zuvor dargelegten Sinne. Art. 20 AEUV hat folgenden Wortlaut:

(1) Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.

(2) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten. Sie haben unter anderem

a) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten;

b) in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen, wobei für sie dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats;

c) im Hoheitsgebiet eines Drittlands, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, nicht vertreten ist, Recht auf Schutz durch die diplomatischen und konsularischen Behörden eines jeden Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen wie Staatsangehörige dieses Staates;

d) das Recht, Petitionen an das Europäische Parlament zu richten und sich an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden, sowie das Recht, sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe und die beratenden Einrichtungen der Union zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten.

Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 8. März 2011 in dem Fall QW. (C-34/09) ist Art. 20 AEUV dahin auszulegen, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, einen Drittstaatsangehörigen, der seinen minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, zum einen den Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, zu verweigern und ihm zum anderen eine Arbeitserlaubnis zu verweigern, da derartige Entscheidungen diesen Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würde (amtlicher Leitsatz). Eine Aufenthaltsverweigerung hätte nämlich zur Folge, dass die genannten Kinder - Unionsbürger – gezwungen wären, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso bestehe die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeitserlaubnis erteilt werde, nicht über die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel verfüge, was ebenfalls zur Folge hätte, dass ihre Kinder – Unionsbürger – gezwungen wären, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen. Unter derartigen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern unmöglich, den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, tatsächlich in Anspruch zu nehmen (Verbot der Inländerdiskriminierung, siehe hierzu auch Entscheidungsbesprechung von Hong in ZJS 2011, 249 ff.). Dieser Gedanke gilt aber auch, wenn die minderjährigen Kinder der Antragstellerin zu 1), sämtlich deutsche Unionsbürger, gezwungen wären, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen, weil die Antragstellerin zu 1) in den ersten 3 Monaten ihres Aufenthalts nicht für ihren eigenen Unterhalt sorgen kann. Zwar besitzt die Antragstellerin zu 1) gemäß § 28

Abs. 5 AufenthG eine Arbeitserlaubnis, solange sie jedoch unverschuldet arbeitslos ist und gleichwohl keine Leistungen bezieht, wäre ihr Lebensunterhalt und damit zumindest der Aufenthalt des Antragstellers zu 2) im Hoheitsgebiet der Union in gleicher Weise gefährdet.

Wegen der weiteren Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs wie auch des Anordnungsgrundes, die sämtlich vorliegen, wird auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts im angegriffenen Beschluss ergänzend Bezug genommen (§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG).

Da ein Anordnungsanspruch im zuvor genannten Zeitraum offensichtlich besteht, sind an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes keine hohen Anforderungen zu stellen. Im Übrigen ist auch für den erkennenden Senat der Vortrag der Antragstellerin zu 1) glaubhaft, dass sie ihr mitgebrachtes Vermögen bei Antragstellung am 15. November 2011 aufgebraucht hatte und auch über kein Einkommen oder Vermögen verfügte, aus dem sie ihren weiteren Lebensunterhalt hätte bestreiten können.

Dem vermag der erkennende Senat jedoch hinsichtlich des Zeitraums vom 31. Oktober bis 14. November 2011 nicht zu folgen, denn nach ihrem eigenen Vortrag noch im Beschwerdeverfahren waren ihre Reserven erst im Zeitpunkt der Antragstellung auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht am 15. November 2011 aufgebraucht, wie die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26. März 2012 vorgetragen hat. Damit fehlt es für den Zeitraum bis zum 14. November 2011 zumindest an einem Anordnungsgrund (und wegen der bis dahin wahrscheinlich fehlenden Bedürftigkeit wohl auch an einem Anordnungsanspruch). Eine Notlage von einem Gewicht im Sinne eines Nachholbedarfs wegen einer fortwirkenden Notlage (siehe: Hessisches Landessozialgericht - HLSG - vom 20. Juni 2005 - L 7 AL 100/05 ER), das die Regelung des zwischen den Beteiligten streitigen Rechtsverhältnisses zur Abwendung wesentlicher Nachteile durch einstweilige Anordnung i.S.v. § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG nötig gemacht hätte, war damit jedenfalls für die Zeit vor dem 15. November 2011 nicht überwiegend wahrscheinlich, weshalb der angegriffene Beschluss des Sozialgerichts insoweit aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung beruht auf dem Ausgang des Rechtsstreits entsprechend § 193 Abs. 1 S. 1 SGG.

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.