



GGUA · Hafenstraße 3–5 · 48153 Münster



Claudius Voigt
Büro für Qualifizierung
der Flüchtlingsberatung

Tel. 02 51 / 1 44 86 - 26
Mobil 01 57 80 49 74 23
Fax 02 51 / 1 44 86 - 10
voigt@ggua.de

Münster, 19. August 2020

Unionsbürger*innen: SGB-II-Leistungsansprüche für unverheiratete Eltern mit gemeinsamen Kindern

Liebe Kolleg*innen,

eine besondere Schwierigkeit bei der Durchsetzung eines menschenwürdigen Existenzminimums gegenüber dem Jobcenter haben Unionsbürger*innen, die unverheiratet in familiären Konstellationen leben. Obwohl unstrittig ist, dass auch für unverheiratete Elternteile mit gemeinsamen Kindern (und ggfs. zusätzlichen nicht-gemeinsamen Kindern) der grundgesetzliche Schutz von Ehe und Familie gilt, werden Elternteile oder einzelne Kinder immer wieder vom Jobcenter von Leistungen ausgeschlossen, wenn sie selbst keinen Arbeitnehmer*innenstatus haben. Sie bilden zwar eine Bedarfsgemeinschaft, erhalten aber dennoch keine Leistungen. Die Geltung des Art. 6 GG (Schutz von Ehe und Familie) wird somit durch die Verweigerung des menschenwürdigen Existenzminimums leistungsrechtlich ausgehebelt.

Ursache dafür sind die ausländerrechtlichen Leistungsausschlüsse des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II, die CDU/CSU und SPD zuletzt im Dezember 2016 stark ausgeweitet hatten. Da auf der Hand liegt, dass diese Leistungsausschlüsse – erst Recht in Familienkonstellationen – weder mit dem verfassungsrechtlich geschuldeten Schutz von Ehe und Familie noch mit dem grundgesetzlichen Menschenrecht auf Existenzminimum zu vereinbaren sind, suchen viele Sozialgerichte nach Lösungen, die dem Einzelfall gerecht werden.

Hafenstraße 3–5
48153 Münster

Tel. 02 51 / 1 44 86 - 0
Fax 02 51 / 1 44 86 - 10
info@ggua.de
www.ggua.de

Mitglied im Paritätischen
Wohlfahrtsverband

Rechtsform: eingetragener Verein (e. V.)
Registergericht:
Amtsgericht Münster, VR 2347

Vertretungsberechtigt gem. § 26 BGB:
Dr. Brigitte Derendorf, Volker Maria Hügel,
Dominik Hüging (Schatzmeister),
Claudius Voigt, Saskia Zeh

Datenschutzbeauftragte:
Simone Hemken, IST-planbar GmbH

Spendenkonto:
IBAN DE85 4016 0050 0304 2222 00
BIC GENODEM1MSC

Die klassische Konstellation:

*Ein Elternteil (Unionsbürger*in) ist Arbeitnehmer*in, der andere Elternteil (Unionsbürger*in oder Drittstaatsangehörige*r) nicht. Beide sind nicht verheiratet und haben gemeinsame Kinder, von denen einige schulpflichtig sind. Der erwerbstätige Elternteil und die gemeinsamen Kinder erhalten (aufstockende) Leistungen. Der andere Elternteil ist nach Ansicht des Jobcenters von Leistungen ausgeschlossen, da er*sie selbst in eigener Person keinen „guten“ Freizügigkeitsgrund erfüllt. Die Elterneigenschaft reicht hierfür aus Sicht der Gesetzgeberin und des Jobcenters offenkundig nicht aus.*

Es gibt für diese Konstellation zwei Lösungsansätze:

1. Ansatz:

Die Kinder haben ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehörige eine*r Arbeitnehmer*in gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG und schon deswegen einen Leistungsanspruch. Sie haben darüber hinaus aber auch ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht nach Art. 10 [VO 492/2011](#). Nach dieser Verordnung haben nämlich die Kinder eine*r Unionsbürger*in, die in Deutschland beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, das Recht, „unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teil(zu)nehmen.“ Aus diesem „Schulbesuchsrecht“ ergibt sich nach der Rechtsprechung des EuGH zwingend auch ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt, das unabhängig von einem gesicherten Lebensunterhalt besteht ([EuGH, C-310/08, Ibrahim](#) sowie [EuGH, C-480/08, Teixeira](#)). Dieses Aufenthaltsrecht überträgt sich nach der Rechtsprechung des EuGH auch auf den Elternteil, „der die elterliche Sorge für dieses Kind tatsächlich wahrnimmt“ - also in diesem Fall auf den nicht-erwerbstätigen Elternteil. Das Gesetz sieht in § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2c SGB II zwar seit Dezember 2016 für diesen Fall einen Leistungsausschluss vor. Allerdings ist sehr wahrscheinlich, dass dieser Leistungsausschluss europarechtlichen Vorgaben widerspricht und deshalb nicht anwendbar ist. So sehen es auch zahlreiche Gerichtsentscheidungen, die entgegen dem Wortlaut für diese Fälle eine Leistungsgewährung durch das Jobcenter anordnen. Hier eine unvollständige Liste:

- [LSG NRW, Beschluss vom 21. Januar 2020, L 12 AS 1753/19 B ER](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 30. Januar 2019; L 6 AS 1923/18 B ER](#)
- [LSG Hessen, Beschluss vom 12. Oktober 2018; L 9 AS 462/18 B ER](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 30. August 2018; L 7 AS 1268/18 B ER](#)
- [SG Chemnitz, Urteil vom 21.08.2018; S 22 AS 99/18](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 8. Juni 2018; L 7 AS 420/18 B ER und L 7 AS 421/18 B](#)
- [LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 6. September 2017 ; L 2 AS 567/17 B ER](#)
- [LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. Februar 2017, L 6 AS 11/17 B ER](#)

Die Frage, ob der Leistungsausschluss bei einem Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO 492/2011 europarechtswidrig ist, liegt mittlerweile dem EuGH zur Entscheidung vor ([LSG NRW, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 22. Februar 2019; L 19 AS 1104/18](#)). Beim Jobcenter sollte daher ausdrücklich die Gewährung vorläufiger Leistungen nach § 41a Abs. 7 Nr. 1 SGB II beantragt werden. Danach *kann* das Jobcenter vorläufig bewilligen, wenn eine entscheidende Rechtsfrage beim EuGH anhängig ist. Genau dies ist hier der Fall.

Die Ausführungen gelten übrigens auch dann, wenn der eine Elternteil nicht *mehr* Arbeitnehmer*in ist, denn das Aufenthaltsrecht der Kinder nach Art. 10 VO 492/2011 besteht auch dann, wenn der Elternteil „beschäftigt gewesen ist“. Und sie gelten natürlich *erst Recht*, wenn auch der zweite Elternteil früher Arbeitnehmer*in war und nun nicht mehr arbeitet – auch wenn die Fortwirkung des Arbeitnehmer*innenstatus ggfs. nach sechs Monaten entfallen ist. Es kommt zudem nicht darauf an, dass das Kind während der Beschäftigungszeit des Elternteils bereits in die Schule gegangen ist. Entscheidend ist, dass zum jetzigen Zeitpunkt das Kind in die Schule geht (ab 1. Klasse Grundschule).

Wenn der früher beschäftigte, unionsangehörige Elternteil mittlerweile aus Deutschland weggezogen ist und nur noch der nicht-erwerbstätige Elternteil und das Kind hiergeblieben sind, greift übrigens eine andere Regelung, nach der ohnehin kein Leistungsausschluss besteht: Gem. § 3 Abs. 4 FreizügG bleibt in diesem Fall ein Freizügigkeitsrecht für Kind und den anderen Elternteil erhalten. Ein Leistungsausschluss darf schon vom Wortlaut her nicht angewandt werden, da es sich um ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche oder nach Art. 10 VO 492/2011 handelt. Hierzu gibt es zum Beispiel folgende Entscheidung: [LSG NRW, Beschluss vom 16. August 2017 \(L 19 AS 1429/17 B ER / L 19 AS 1430/17 B ER\)](#).

2. Ansatz:

Eine andere Lösungsmöglichkeit für die oben beschriebene Konstellation kann die folgende sein: Der nicht-erwerbstätige und unverheiratete Elternteil hat ein *fiktives* Aufenthaltsrecht nach dem Aufenthaltsgesetz. Denn die Regelungen des AufenthG sind dann ergänzend anwendbar, wenn es bessere Regelungen vorsieht als das FreizügG. Das ist hier der Fall. So hat das LSG NRW in mehreren Beschlüssen entschieden, dass in diesem Fall der andere Elternteil einen *fiktiven* Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG (Elternteil eines deutschen Kindes, obwohl gar kein deutsches Kind existiert. Die Regelung muss dennoch analog angewandt werden, da Unionsbürger*innen nicht schlechter gestellt werden dürfen als Deutsche), nach § 36 Abs. 2 AufenthG (sonstige Familienangehörige), nach § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG (sonstige Gründe) oder aus humanitären Gründen haben kann.

Auch wenn die Aufenthaltserlaubnis *tatsächlich* nicht erteilt wird, muss das Jobcenter diesen *fiktiven* Anspruch prüfen, denn daraus ergibt sich ein anderes Aufenthaltsrecht als das der Arbeitsuche oder nach Art. 10 VO 492/2011. Ein Leistungsausschluss darf dann nicht angewandt werden; so hat es grundsätzlich auch das Bundessozialgericht entschieden ([BSG, Urteil vom 30. Januar 2013; B 4](#)

[AS 54/12 R R](#)). Auch hierzu eine unvollständige Liste positiver Gerichtsentscheidungen:

- [SG Berlin, Beschluss vom 7. Dezember 2018; S 150 AS 9734/18 ER](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 30. Oktober 2018; L 19 AS 1472/18 B ER](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 11. Dezember 2017 \(L 2 AS 2057/17 B ER\)](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 23. Oktober 2017; L 12 AS 1849/17 B ER](#)
- [LSG NRW, Beschluss vom 1. August 2017 \(L 19 AS 1131/17 B ER\)](#)
- [LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Juli 2017 \(L 31 AS 1007/17 B ER\)](#)
- [LSG Baden-Württemberg; Beschluss vom 31. Mai 2017; L 1 AS 1815/17 ER-B](#)

In vielen Fällen gilt: Es wird schwierig sein, das Jobcenter von diesen Rechtsauffassungen zu überzeugen. Daher dürfte in vielen Fällen erforderlich sein, Rechtsmittel gegen eine Ablehnung einzulegen (Widerspruch und Klage). Zusätzlich sollte ein Eilantrag beim Sozialgericht gestellt werden, damit die Existenz zeitnah zumindest vorläufig gesichert werden kann. Für Gerichtsverfahren gibt es Prozesskostenhilfe (PKH). Das Bundesverfassungsgericht hat erst kürzlich in zwei Entscheidungen entschieden, dass die PKH in den Fällen der Leistungsverweigerung aufgrund ausländerrechtlicher Ausschlüsse nicht verweigert werden darf ([Beschluss vom 12. Februar 2020; 1 BvR 1246/19](#) und [Beschluss vom 4. Oktober 2019; 1 BvR 1710/18](#)). Denn: *„Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses für nicht erwerbstätige, nicht ausreisepflichtige Unionsbürger ist danach eine ungeklärte Rechtsfrage.“*

Update: Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Juli 2020

Am 8. Juli 2020 hat das [Bundesverfassungsgericht \(1 BvR 1094/20\)](#) höchstrichterlich bestätigt, dass eine fiktive Anwendung des Aufenthaltsgesetzes (hier: § 28 AufenthG) in derartigen Konstellationen durchaus geboten sein kann und damit Leistungen erbracht werden müssen. Das BVerfG gab darin einer Verfassungsbeschwerde gegen eine negative Eilentscheidung des LSG Hessen statt.

Das LSG Hessen hatte Leistungen für die nicht erwerbstätige Partnerin eines erwerbstätigen Mannes abgelehnt. Beide sind nicht verheiratet, haben aber gemeinsame Kinder. Das LSG Hessen argumentierte (wie gehabt) damit, dass für die Frau nur ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche bzw. kein materielles Aufenthaltsrecht bestehe. Eine fiktive Anwendung von § 28 AufenthG komme nicht in Betracht. Das BVerfG kassierte diesen Beschluss und ordnete eine Neuentscheidung an. Die Frage der analogen und fiktiven Anwendung von § 28 AufenthG ist nach Überzeugung der höchsten deutschen Richter*innen eine *„ungeklärte und schwierige Rechtsfrage, in welcher auch die Wertungen der Art. 6 GG und Art. 6 EMRK zu berücksichtigen sind“*.

Mit anderen Worten: Die Jobcenter und Sozialgerichte müssen sehr genau und intensiv prüfen, ob ein fiktives Aufenthaltsrecht nach dem AufenthG besteht und im

Zweifelsfall Leistungen gewähren. Denn eine Leistungsverweigerung würde dazu führen, dass ein Familienangehöriger (in diesem Fall die Mutter) gezwungen sein könnte, ins Herkunftsland zurückzukehren. Damit würde aber das Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 6 GG und Art 8 EMRK) verletzt. Für eine Ablehnung des Leistungsanspruchs in einem Eilverfahren hat das BVerfG somit extrem hohe Hürden aufgebaut, die für ein Sozialgericht (oder Jobcenter) kaum zu nehmen sein dürften.

Als Ergebnis der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich festhalten: Eine Leistungsverweigerung in derartigen familiären Konstellationen lässt sich verfassungsrechtlich nicht halten. Im Zweifelsfall müssen die Jobcenter bzw. Sozialgerichte Leistungen gewähren. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind die Erfolgsaussichten vor den Sozialgerichten gegen negative Jobcenter-Entscheidungen deutlich größer geworden.