



Eingegangen

10. März 2010

Eva Steffen  
Rechtsanwältin

## Sozialgericht Köln

Az.: S 6 AS 737/10 ER

Ausfertigung

### Beschluss

In dem Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

1) :

**Antragstellerin**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Steffen, K 1042, Aachener Straße 60-62,  
50674 Köln

2)

**Antragstellerin**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Steffen, K 1042, Aachener Straße 60-62,  
50674 Köln

gegen

ARBEITSGEMEINSCHAFT KÖLN Widerspruchsstelle, vertreten durch den Geschäftsfüh-  
rer, Luxemburger Straße 121, 50939 Köln

**Antragsgegnerin**

Stadt Köln -Amt für Soziales und Senioren-, vertreten durch den Oberbürgermeister, Ott-  
mar-Pohl-Platz 1, 51103 Köln, Gz.: 501.21.82/10 SGL 502/18

**Beigeladene**

- 2 -

hat die 6. Kammer des Sozialgerichts Köln am 08.03.2010 durch den Vorsitzenden, Richter Becker, beschlossen:

**Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern ab dem 22.02.2010 vorläufig bis zum 21.08.2010 Leistungen nach dem SGB II in Höhe von monatlich 574,00 Euro zu gewähren.**

**Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller.**

#### Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren von der Antragsgegnerin die Gewährung von Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die am [redacted] geborene Antragstellerin zu 1) ist bulgarische Staatsangehörige. Von September 2004 bis Dezember 2007 lebte sie mit ihren Eltern, bei denen es sich ebenfalls um bulgarische Staatsangehörige handelt, in Köln. Danach verließ die Familie die Bundesrepublik Deutschland und verzog nach Bulgarien. Anfang 2009 kehrte die Antragstellerin zu 1) mit ihren Eltern und ihrem Bruder zurück nach Köln. Die Eltern und der Bruder verließen die Bundesrepublik Deutschland Ende 2009 erneut. Die Antragstellerin zu 1) wurde daraufhin von der Familie ihres Lebensgefährten, dem bulgarischen Staatsangehörigen [redacted] von dem sie schwanger war, in der Wohnung [redacted] aufgenommen. Am 18.02.2010 bekam die Antragstellerin zu 1) ihr Kind, d.h. den Antragsteller zu 2).

Im Januar 2010 wandte sich die Antragstellerin zu 1) zunächst an die Beigeladene und beantragte Hilfen zum Lebensunterhalt. Sie gab dabei an, völlig mittellos zu sein. Die Beigeladene verwies die Antragstellerin mit der Begründung an die Antragsgegnerin, dass sie zum Personenkreis der erwerbsfähigen Personen gehöre und damit keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) habe. Daraufhin stellte die Antragstellerin zu 1) Ende Januar 2010 einen Antrag bei der Antragsgegnerin auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Dieser Antrag lehnte die Beklagte ohne weitergehende Ermittlungen mit Bescheid vom 04.02.2010 unter

- 3 -

Hinweis auf § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ab. Zur Begründung führte sie kurz aus, dass lediglich ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche für die Bundesrepublik Deutschland bestehe, und damit Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen seien.

Mit Schreiben vom 19.02.2010 legte die Antragstellerin zu 1) vertreten durch ihre Prozessbevollmächtigte gegen den Bescheid vom 04.02.2010 Widerspruch ein. Zugleich beantragte sie für den zwischenzeitlich geborenen Antragsteller zu 2) Leistungen nach dem SGB II.

Am 22.02.2010 haben die Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz bei dem erkennenden Gericht beantragt. Sie sind der Ansicht, ein Anordnungsgrund liege vor, da ihr Existenzminimum und ein Krankenversicherungsschutz ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht gesichert seien. Die Antragsteller seien mittellos und auch der Lebensgefährte der Antragstellerin zu 1) und Vater des Antragstellers zu 2) verfüge über keine finanziellen Mittel. Auch die Familie des Lebensgefährten könne nur Obdach gewähren, da sie selber nur vom Handel mit Schrott, dem Sammeln von Pfandflaschen und vom Betteln lebten. Zudem bestehe ein Anordnungsanspruch der Antragsteller gegen die Antragsgegnerin oder hilfsweise gegen die Beigeladene. Der von der Antragsgegnerin angenommene Leistungsausschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II greife nicht. Bei der Antragstellerin liege zunächst keine Ersteinreise vor, da sie sich bereits in der Vergangenheit mehrere Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe. Zudem stünde ein völliger Leistungsausschluss von Unionsbürgern im Widerspruch zur Unionsbürgergarantie und dem verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde. Es bestehe die Notwendigkeit der gemeinschaftskonformen Auslegung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II dahingehend, dass diese Vorschrift lediglich für Nichtunionsbürger und ausreisepflichtige Unionsbürger Anwendung finden könne. Unionsbürger seien jedoch erst dann ausreisepflichtig, wenn unanfechtbar festgestellt wurde, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht mehr bestehe. Dies sei bei den Antragstellern nicht der Fall.

Die Antragsteller beantragen schriftsätzlich,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der Krankenhilfe nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen des SGB II zu gewähren,

hilfsweise,

die Beigeladen im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern

- 4 -

Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich Krankenhilfe nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen des SGB XII zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt schriftsätzlich,

den Antrag abzulehnen.

Sie ist der Auffassung, die grundsätzlich erwerbsfähige Antragstellerin zu 1) sei gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II von einem Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen, da sich ihr Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche nach § 2 Abs. 1 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürger (FreizügG/EU) ergebe. Ein Aufenthaltsrecht nach anderen Bestimmungen, auch dem europäischen Gemeinschaftsrecht liege nicht vor. Der Ausschlussbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II sei zudem mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, sofern er wie vorliegend Leistungen nach dem SGB II betreffe, die nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichterten, sondern den Lebensunterhalt sichern sollen. Zur Begründung dieser Auffassung hat die Antragsgegnerin im Wesentlichen Passagen aus einem Beschluss des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 08.06.2009 (Az.: L 34 AS 790/09 B ER) zitiert. Weiter sei von den Antragstellern die Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht worden. Mangels Leistungsanspruch der Antragstellerin zu 1) habe auch der Antragsteller zu 2) als ihr minderjähriges Kind keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 23.02.2010 die Stadt Köln als Leistungsträger nach dem SGB XII beigezogen. Die beigezogene ist der Auffassung, dass die Antragstellerin zu 1) aufgrund der bestehenden Erwerbsfähigkeit gemäß § 21 SGB XII nicht anspruchsberechtigt nach dem SGB XII sei. Dies gelte auch für den Antragsteller zu 2) als Angehörigen der Antragstellerin zu 1).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Antragsgegnerin sowie die Gerichtsakte und die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

- 5 -

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet.

Das Gericht kann auf Antrag nach § 86b Abs. 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Neben dem Anordnungsgrund (Sachverhalt, der die Eilbedürftigkeit der Anordnung begründet) setzt der Erlass einer einstweiligen Anordnung einen Anordnungsanspruch (materiell-rechtlicher Anspruch auf Leistung) voraus, zu dem der Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet werden soll (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leltherer, SGG, 8. Auflage, § 86b Rn. 26c). Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO)). Ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, ist in der Regel durch summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu ermitteln. Können ohne die Gewährung von Eilrechtsschutz schwere und unzumutbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, ist eine abschließende Prüfung erforderlich. 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 12.05.2005, Az.: 1 BvR 569/05).

Vorliegend sind den Antragstellern unter Berücksichtigung ihrer grundrechtlichen Belange nach Abwägung der Folgen in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang vorläufig Leistungen zu gewähren.

Die Antragsteller haben zunächst einen Anordnungsgrund, d.h. die erforderliche Eilbedürftigkeit ihres Anliegens durch die eidesstattliche Versicherung vom 23.02.2010 in ausreichendem Umfang glaubhaft gemacht. Die Eilbedürftigkeit resultiert aus der vorgetragene Mittellosigkeit der Antragstellerin zu 1) und ihres kürzlich geborenen Kindes. Die Antragsteller erhalten ausweislich ihrer Angaben von dem Lebensgefährten der Antragstellerin zu 1) bzw. dessen Familie lediglich eine kostenlose Unterkunft. Zu einer weitergehenden Unterstützung ist der Lebensgefährte nach den Ausführungen der Antragsteller nicht in der

- 6 -

Lage. Da die Antragsteller sich nicht selbst zu helfen vermögen, benötigen sie Leistungen der öffentlichen Hand, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.

Ob ein Anordnungsanspruch vorliegt, vermag das Gericht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hingegen nicht abschließend zu entscheiden. Hinsichtlich der zwischen den Beteiligten streitigen Rechtslage in Bezug auf die Anwendbarkeit des Ausschlussgrundes von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II ist der Ausgang eines Hauptsacheverfahrens offen. Die in diesem Fall vorzunehmende Folgenabwägung fällt zugunsten der Antragsteller aus.

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten Leistungen nach diesem Gesetz Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind sowie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Einbezogen in die Leistungsberechtigung sind nach § 7 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 4 SGB II auch ihre unverheirateten unter 26-jährigen zur Haushaltsgemeinschaft gehörenden Kinder. Dass die Antragsteller diese grundsätzlichen Voraussetzungen mit Ausnahme der von der Antragsgegnerin bezweiferten Hilfebedürftigkeit erfüllen ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Die Hilfebedürftigkeit wurde jedoch ausreichend glaubhaft gemacht, so dass die Antragsteller danach dem Grunde nach als anspruchsberechtigt nach dem SGB II anzusehen sind.

Streitig ist indes, ob zu Lasten der Antragstellerin zu 1) der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II eingreift, was im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht abschließend zu klären ist. Ausgehend von der Einschätzung der Antragsgegnerin, dass sich das Aufenthaltsrecht der Antragstellerin zu 1) allein aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG herleiten lässt, hält es das Gericht für problematisch, ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II auf einen Unionsbürger überhaupt Anwendung finden darf. In Übereinstimmung mit Teilen der Rechtsprechung und der Literatur bestehen erhebliche Zweifel, ob der Leistungsausschluss in dieser Vorschrift mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist (so LSG NRW, Beschluss vom 26.02.2010, L 6 B 154/09 AS ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.01.2010, L 25 AS 1831/09 B ER; Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 17f.; aA zB LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 08.06.2009, L 34 AS 790/09 B ER).

Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat seine Zweifel an der Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht in seinem Beschluss

- 7 -

vom 26.02.2010 (Az.: L 6 B 154/09 AS ER) wie folgt begründet:

„Soweit der Bundesgesetzgeber mit der Norm des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II eine Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 4b der Richtlinie 2004/38/EG in nationales Recht bezweckt hat (vgl. BT-Drs. 16/688, S. 13; BT-Drs. 16/5065 S. 234), ist fraglich, ob diese Richtlinie nicht bereits deshalb als Ermächtigungsgrundlage für den Leistungsausschluss ausscheidet, weil die Vorschrift allein den Ausschluss von "Ansprüchen der Sozialhilfe" ermöglicht. Ob es sich bei der Grundsicherungsleistung nach dem SGB II um Leistungen der "Sozialhilfe" handelt, ist problematisch (bejahend LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.12.2009, L 34 AS 1350/09 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 29.09.2009, L 15 AS 905/09 B ER; LSG NRW, Beschluss vom 17.09.2009, L 9 AS 4/07; Hailbronner, ZFSH/SGB 2009, 195, 201; Heinig, ZESAR 2008, 465, 472; Strick, NJW 2005, 2182; wohl auch Schreiber, info also 2009, 195, 197; verneinend SG Berlin, Urteil vom 29.02.2008, S 37 AS 1403/08; offengelassen von LSG NRW, Beschluss vom 17.02.2010, L 19 B 392/09 AS ER). Der Europäische Gerichtshof hat diese Frage in seinem Urteil vom 04.06.2009, Vatsouras, C-22/08 offengelassen, jedoch ausgeführt, dass "finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, nicht als "Sozialhilfeleistungen" im Sinne von Art. 24 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie angesehen werden können". Im Übrigen könne "eine Voraussetzung wie die in § 7 Abs. 1 SGB II enthaltene, wonach der Betroffene erwerbsfähig sein müsse, ein Hinweis darauf sein, dass die Leistung den Zugang zur Beschäftigung erleichtern solle". Im Hinblick auf die weiteren Ausführungen des EuGH, dass das nationale Gericht die grundlegenden Merkmale der Leistung, insbesondere ihren Zweck und die Voraussetzung ihrer Gewährung zu prüfen habe, ist festzustellen, ob hier in Frage stehende Leistungen nach dem SGB II den Zugang zum Arbeitsmarkt im Sinne der europarechtlichen Rechtsprechung erleichtern sollen.

Selbst wenn die Grundsicherungsleistungen des SGB II in den Anwendungsbereich der Unionsbürgerrichtlinie einbezogen würden, kann sich ein Anspruch des Ast auf Gewährung der begehrten Leistungen dennoch möglicherweise unmittelbar aus primärem Gemeinschaftsrecht ergeben (vgl. grundsätzlich hierzu Schreiber, info also 2008, 3 ff. m.w.N.; nach Husmann, NZW 2009, 652 ff. ist die Richtlinie wegen fehlender Rechtsgrundlage nichtig; Heinig, ZESAR 2008, 465, 472 mit kritischen Anmerkungen zur Judikatur des EuGH; verneinend LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23.12.2009, L 34 AS 1350/09 B ER; Beschluss vom 08.06.2009, L 34 AS 790/09 B ER). Nach der Rechtsprechung des

- 8 -

EuGH fallen Arbeitssuchende, auch wenn sie nicht Arbeitnehmer im Sinn von Art. 39 EG sind (seit dem 01.12.2009 durch den Vertrag von Lissabon ersetzt durch Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, im Folgenden: AEUV), dennoch in den Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG, was den Zugang zur Beschäftigung betrifft (EuGH, Urteil vom 04.06.2009, Vatsouras, C-22/08; Urteil vom 23.03.2004, Collins, C-138/02; Urteil vom 07.09.2004, Trojani, C-456/02). Zusätzlich gelte für Unionsbürger der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 12 EG (entspricht Art. 18 AEUV) mit der Folge, dass Unionsbürger nicht von einer finanziellen Leistung ausgenommen werden könnten, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates erleichtern soll (EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Collins, C-138/02). Wenn auch der EuGH es als legitim angesehen hat, dass staatliche Beihilfen an bestimmte Kriterien gebunden werden (so z.B. das Erfordernis einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt, EuGH, a.a.O. oder eine Anknüpfung an ein Wohnortersfordernis, EuGH, Urteil vom 15.03.2006, Bidar, C-209/03), so hat er stets ausgeführt, dass diese Kriterien auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhen und in angemessenem Verhältnis zu dem Zweck stehen müssten, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt werde (EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Collins, C-138/02). Im Hinblick auf diese Rechtsprechung ist in höchstem Maß zweifelhaft, ob eine Regelung wie § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, die ausschließlich an die Staatsangehörigkeit knüpft, den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts standhält."

Diesen Zweifeln schließt sich das erkennende Gericht nach eigener Prüfung an. Die Klärung der Vielzahl der dargestellten komplexen und streitigen Rechtsfragen übersteigt die Möglichkeiten des erkennenden Gerichts im Rahmen eines Eilverfahrens. Sie muss einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

Die danach für das vorliegende Eilverfahren entscheidende Folgenabwägung fällt zugunsten der Antragsteller aus. Den Antragstellern würden bei einer Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung existenzielle Nachteile drohen. Sie haben glaubhaft gemacht, ohne die beantragten Leistungen nach dem SGB II ihren Lebensunterhalt aus eigenen Kräften nicht sicherstellen zu können. Dies ist vorliegend von besonderer Relevanz, da es sich bei den Antragstellern um eine junge Mutter mit einem erst kürzlich geborenen Säugling handelt. Dem stehen auf Seiten der Antragsgegnerin lediglich finanzielle Interessen entgegen, die sich in Anbetracht nicht anfallender Kosten für Unterkunft und Heizung zudem in einem überschaubaren Rahmen halten und hinter den den Antragstellern dro-

henden Nachteilen zurückzustehen haben.

Der Anordnungszeitraum war unter Berücksichtigung von § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II auf sechs Monate zu befristen. Der vorläufig zugesprochene Betrag umfasst hinsichtlich der Antragstellerin zu 1) die Regelleistung in Höhe von 359,00 Euro monatlich und hinsichtlich dem Antragsteller zu 2) Sozialgeld in Höhe von 215,00 Euro. Kosten für Unterkunft und Heizung sind weder gegenüber der Antragsgegnerin noch im Rahmen des Eilverfahrens geltend gemacht worden. Ein Mehrbedarf für Alleinerziehende ist nicht geltend gemacht worden und muss ausscheiden, da die Antragstellerin zu 1) mit dem Vater des Antragstellers zu 2) zusammenlebt und damit von einer gemeinsamen Erziehung des Kindes auszugehen ist. Aufgrund der vorläufig zugesprochenen Leistungen besteht für die Antragstellerin zu 1) eine Pflichtversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 a SGB V und eine entsprechende Familienversicherung für den Antragsteller zu 2).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG. Nach billigem Ermessen waren der Antragsgegnerin die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller aufzuerlegen, da die Antragsteller in dem Eilverfahren obsiegt haben.