

Abschrift

Sozialgericht Frankfurt (Oder)

Eingegangen

20. JUNI 2008

Schlagenhauf
Rechtsanwältin

②

verkündet am 23. April 2008

Az.: S 16 AS 600/05



§ 8 II SGB II - ALG 2 bei
Nachrangigem Arbeitsmarkt-
zugang -

Im Namen des Volkes

Urteil

Bis zur Entscheidung der
Einigungsstelle in §§ 44a,
55 SGB II ist beistufige
Erwerbsfähigkeit i.S.d. § 8 II SGB II
ALG 2 zu erbringen.

In dem Rechtsstreit

- 1) [Redacted]
- 2) [Redacted]
- 3) [Redacted]

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte zu 1), zu 2) und 3):
Rechtsanwältin Petra Isabel Schlagenhauf,
Alt-Moabit 83 C, 10555 Berlin,

gegen

Arbeitsgemeinschaft JobCenter
Märkisch-Oderland,
vertreten d. d. Vorsitzenden der Geschäftsführung,
Fichtenweg 3, 15306 Seelow,

- Beklagte -

Landkreis Märkisch-Oderland
Der Landrat,
Puschkinplatz 12, 15306 Seelow,

- Beigeladener -

(Sozialamt!)

hat die 16. Kammer des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 2008 durch die Richterin am Sozialgericht Dauns sowie die ehrenamtliche Richterin Hübner und den ehrenamtlichen Richter Müller für Recht erkannt:

1. Der Bescheid der Beklagten vom 25.07.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.10.2005 wird aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, den Klägern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch für die Zeit vom 01.09. bis 31.12.2005 zu gewähren.
2. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Kläger.

Tatbestand

Die Kläger begehren Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.

Die Kläger zu 1) und 2), kolumbianische Staatsangehörige, sind verheiratet und leben mit ihrer gemeinsamen minderjährigen Tochter [REDACTED], der Klägerin zu 3), in einer Mietwohnung in der [REDACTED]. Nach ihrer Flucht aus Kolumbien reisten sie am 19.02.1999 auf dem Luftweg in die Bundesrepublik Deutschland ein und stellten am 24.02.1999 Asylanträge. Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) hat die Klage des Bundesbeauftragten des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge gegen die Anerkennung der Kläger als Asylberechtigte durch Bescheid vom 09.03.2000 mit Urteil vom 05.04.2006 abgewiesen. Gegen das Urteil beantragte der Bundesbeauftragte die Zulassung der Berufung zum Obergericht Berlin-Brandenburg. Eine rechtskräftige Entscheidung lag zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht vor.

Unter dem 16.09.2004 stellte der Kläger zu 1) bei der Agentur für Arbeit einen Antrag auf die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch (SGB II) für die Zeit ab dem 01.01.2005, nachdem die Kläger bis dahin Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz bezogen hatten. Beigefügt waren Kopien von Aufenthaltsgestattungen des Klägers zu 1) und der Klägerin zu 2) zur Durchführung des Asylverfahrens nach § 63 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG), denen zufolge die räumliche Beschränkung nach § 58 Abs. 4 AsylVfG aufgehoben waren und die Inhaber der Gestattung verpflichtet wären, in der Wohnung [REDACTED] zu wohnen. Die Gültigkeitsdauer war jeweils bis 29.12.2004 verlängert.

Mit Bescheid vom 09.12.2004 bewilligte die Beklagte dem Kläger zu 1) und den Klägerinnen zu 2) und 3) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts von Januar bis März 2005.

Am 31.03.2005 stellte der Kläger zu 1) einen Fortzahlungsantrag. Beigefügt war ein Vordruck, auf welchem die Ausländerbehörde des Landkreises Märkisch-Oderland unter dem 31.03.2005 das Einreichen eines Antrages des Klägers zu 1) und der Klägerin zu 2) auf eine Arbeitserlaubnis bestätigte. Sowohl der Kläger zu 1) als auch die Klägerin zu 2) erklärten darin, dass ihre Aufenthaltsgestattungen nunmehr bis 29.06.2005 gültig wären. Der Kläger zu 1) gab in dem Antrag auf Arbeitserlaubnis als Berufsbezeichnung „Computertechniker“, die Klägerin zu 2) die Berufsbezeichnung „Lehrerin“ an. Für beide war die Kategorie „Uni/Hochschule“ als Qualifikation angekreuzt. Über den Antrag entschied die Beklagte nicht. Die Aufenthaltsgestattungen lagen auch für den hier streitigen Zeitraum vor.

Im Zeitraum vom 01.04. bis 31.08.2005 gewährte der Beigeladene den Klägern Leistungen nach dem Zwölften Sozialgesetzbuch (SGB XII). Mit Schreiben vom 11.05.2005 meldete der Beigeladene bei der Beklagten einen Ersatzanspruch gemäß § 104 SGB X an. Für die Zeit vom 01.04. bis 31.05.2005 wären Leistungen von dort für die Kläger gewährt worden. Die Beklagte wäre nach § 7 SGB II leistungszuständig. Der Beigeladene gewährte über denn 30.04. hinaus bis 31.08.2005 Leistungen.

Am 08.06.2005 stellte der Kläger zu 1) erneut einen Fortzahlungsantrag bei der Beklagten. Einem Aktenvermerk einer Mitarbeiterin der Beklagten vom 21.07.2005 über ein Gespräch mit der Ausländerbehörde ist zu entnehmen, dass der Kläger zu 1) den Antrag auf Arbeitserlaubnis abgegeben, aber keinen Arbeitgeber genannt hätte und deswegen keine Arbeitserlaubnis erteilt werden könnte.

Mit Bescheid vom 25.07.2005 lehnte die Beklagte den Antrag vom 08.06.2005 ab. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistungen lägen gemäß § 8 Abs. 2 SGB II nicht vor, da ihm die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erlaubt wäre und auch nicht durch die Agentur für Arbeit erlaubt werden könnte. In einem Schreiben vom selben Tag wurde der Kläger zu 1) darauf hingewiesen, dass er sich an das zuständige Sozialamt wenden sollte.

Gegen den Bescheid legte die Bevollmächtigte des Klägers zu 1) und der Klägerinnen zu 2)

und 3) mit Schreiben vom 26.08.2005 Widerspruch ein. Mit Widerspruchsbescheid vom 04.10.2005 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Aufnahme einer Beschäftigung könnte dem Kläger zu 1) nicht erlaubt werden, da die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis prognostische Elemente, wie die Prüfung der Arbeitsmarktlage, beinhalte. Bei der von dem Kläger zu 1) angestrebten Tätigkeit einer Bürohilfskraft gäbe es genügend deutsche Arbeitnehmer, die beschäftigungslos wären, so dass eine Arbeitserlaubnis nicht in Betracht käme.

Am 18.10.2005 haben die Kläger Klage bei dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) erhoben.

Die Kläger sind unter Berufung auf die Gesetzesbegründung der Ansicht, dass die rechtliche Möglichkeit, eine Arbeitserlaubnis zu erlangen für die Bejahung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB II genüge. Sie unterlägen keinem rechtlichen Beschäftigungsverbot. Die Ausländerbehörde hätte keine Auflagen erteilt, wonach eine Erwerbstätigkeit nicht gestattet sei. Die rechtliche Möglichkeit der Arbeitserlaubnis folge vorliegend aus § 61 Abs. 2 AsylVfG, da die Anerkennung als Asylberechtigte noch nicht bestandskräftig geworden sei. Die Erteilung einer Arbeitserlaubnis sei auch nach § 61 Abs. 1 AsylVfG nicht ausgeschlossen. Denn die Ausländerbehörde hätte den Klägern gestattet, außerhalb einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen.

Die Prüfung des § 8 Abs. 2 SGB II erfordere eine Prognoseentscheidung. Es sei keine Voraussetzung, dass gegenwärtig schon alle Voraussetzungen für eine Arbeitserlaubnis erfüllt wären. Denn dann bedürfte es nur noch eines formalen Genehmigungsaktes. Dieser Fall werde aber schon von § 8 Abs. 2, 1. Alt. SGB II erfasst. Auf eine positive Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG könne es im Rahmen des § 8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II nicht ankommen. Denn bei positiver Vorrangprüfung wäre dem Betroffenen auch in aller Regel eine Arbeitserlaubnis zu erteilen. Mit Erteilung der Arbeitserlaubnis würde aber in der Regel auch die Leistungsberechtigung entfallen. Die Umstände einer Vorrangprüfung seien rein tatsächlicher Art und hingen von den konkreten Umständen des Arbeitsmarktes ab. Diese Umstände unterlägen ständiger Veränderung. Es wäre damit dem Zufall überlassen, ob ein Betroffener in das Leistungssystem des SGB II oder SGB XII falle. Die regional unterschiedliche Arbeitsmarktsituation würde dazu führen, dass noch nicht bestandskräftig anerkannte Asylbewerber je nach Wohnort Leistungen nach dem SGB II oder Sozialhilfe erhielten. Damit würde dieser Personenkreis nur wohnotabhängig in den Genuss von Eingliederungsleistungen

kommen.

Außerdem sei die Beklagte aufgrund des § 44 a Satz 3 SGB II leistungs verpflichtet, denn bei Streitigkeiten über die Zuständigkeit zwischen JobCenter und Sozialhilfeträger sei das JobCenter bis zur Entscheidung der Einigungsstelle zur Frage der Erwerbsfähigkeit leistungspflichtig. Ein Verfahren bei der Einigungsstelle sei jedoch nicht durchgeführt worden. § 44 a SGB II habe genau die Situation vermeiden wollen, die im Falle der Kläger eingetreten sei, nämlich dass sie zwischen den Leistungsträgern hin und her geschickt würden und sich keiner für zuständig halte.

Ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren auf Gewährung von Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum ab 01.09.2005 endete für die Kläger mit Beschluss des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 13.12.2005 (Az. L 25 B 1281/05 AS ER) zweitinstanzlich erfolglos. Die dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde mit Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29.03.2006 mangels Rechtswegerschöpfung (Az. 1 BvR 138/06) nicht zur Entscheidung angenommen. Auf Grundlage des erstinstanzlich für die Kläger erfolgreichen Beschlusses des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 22.09.2005 hat die Beklagte den Klägern im streitigen Zeitraum vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gewährt. Seit 01.01.2006 haben die Kläger Leistungen seitens des Beigeladenen bezogen.

Die Kläger beantragen,

den Bescheid der Beklagten vom 25.07.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.10.2005 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihnen für die Zeit vom 01.09. bis 31.12.2005 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten oder Zwölften Sozialgesetzbuch zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass dem Kläger zu 1) und der Klägerin zu 2) die Aufnahme einer Beschäftigung gemäß § 8 Abs. 2 SGB II nicht erlaubt werden könnte. Die Beschäftigung stehe unter Erlaubnisvorbehalt. Rechtlich sei ein Zugang zum Arbeitsmarkt nur möglich, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte zur Verfügung stehen würden. Die von dem Kläger zu 1) angestrebte Bürohilfstätigkeit stehe der Erteilung der Arbeitserlaubnis entgegen, da ausreichend deutsche Arbeitnehmer arbeitslos gemeldet wären.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, die Gerichtsakte zum Verfahren mit den Az. S 17 AS 489/05, L 25 B 1281/05 AS ER und die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 54 Abs. 1, 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Anfechtungs- und Leistungsklage hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Nachdem die Beteiligten den Streitgegenstand auf den Zeitraum September bis Dezember 2005 beschränkt hatten, hatte die Kammer darüber zu entscheiden, ob in diesem Zeitraum ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Sozialgesetzbuch (SGB II) bestand und die Kläger die für diesen Zeitraum von der Beklagten vorläufig gewährten Leistungen endgültig behalten dürfen.

Der Bescheid der Beklagten vom 25.07.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.10.2005 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger zu 1) und die Klägerinnen zu 2) und 3) in ihren Rechten. Die Kläger haben in der Zeit vom 01.09. bis 31.12.2005 einen Anspruch auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II.

Die Anspruchsvoraussetzungen folgen aus § 7 Abs. 1 SGB II. Danach erhalten gemäß § 7 Abs. 1 Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erwerbsfähig sind, hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Ausländer haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland und erhalten Leistungen nach dem SGB II, wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 SGB II vorliegen. Nach § 8 Abs. 2 SGB II können Ausländer, welche im übrigen die sozialmedizinischen Voraussetzungen der Erwerbsfähigkeit des Abs. 1 erfüllen, nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung tatsächlich erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 SGB II nicht vor, ist das Leistungssystem des SGB XII – Sozialhilfe - eröffnet. Die Norm des § 8 SGB II gilt nicht für Leistungsberechtigte nach dem § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes (AsylbLG), zu denen die Kläger nicht gehören, da die Leistungsberechtigung mit Ablauf des Monats, in dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge sie als Asylberechtigte anerkannt hat, hier also mit Ablauf des Monats März 2000 endet, auch wenn die Entscheidung noch nicht unanfechtbar ist, § 1 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. AsylbLG.

§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II bestimmt außerdem, dass aufenthaltsrechtliche Bestimmungen unberührt bleiben. Die hier maßgebenden aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen folgen aus dem Gesetz über den Aufenthalt die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG -) vom 30.07.2004 (BGBl. I S. 1950), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.06.2005 (BGBl. I S. 1818). Das Aufenthaltsgesetz enthält insbesondere in den §§ 4, 18, 39 ff Vorschriften zur Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit an der Arbeitsmarktzulassung von Ausländern und die insoweit erheblichen Prüfungsmaßstäben. Die Beschäftigung von Ausländern steht grundsätzlich unter Erlaubnisvorbehalt.

Noch nicht rechtskräftig anerkannten Asylbewerbern kann nur unter der Voraussetzung des § 61 AsylVfG die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt werden. Danach darf der Betreffende gemäß § 61 Abs. 2 AsylVfG nicht mehr der Pflicht unterliegen, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen und er muss sich seit mindestens einem Jahr gestattet im Bundesgebiet aufhalten. Diese Voraussetzungen liegen bei den Klägern unstreitig vor. Abweichend von § 4 Abs. 3 AufenthG kann die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Weiterhin ist eine Vorrangprüfung entsprechend dem § 39 AufenthG vorzunehmen, § 61 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG.

Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG kann ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die

Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 a) b) AufenthG kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung von Ausländern, nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen oder sie durch Prüfung nach § 39 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b AufenthG für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist, und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Die Zustimmung der Agentur kann die Dauer und die berufliche Tätigkeit festlegen sowie die Beschäftigung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke beschränken, § 39 Abs. 4 AufenthG.

Ob das „erlaubt werden können“ im Sinne des § 8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II eine positive Beschäftigungsprognose der Bundesagentur für Arbeit im Einzelfall gemäß § 39 AufenthG voraussetzt, ist strittig. Während die erste Alternative des § 8 Abs. 2 SGB II einen Aufenthaltstitel voraussetzt, der die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt, genügt für die zweite Alternative nach dem Wortlaut der Norm die abstrakt-generelle Möglichkeit, d.h. die von der konkreten Beschäftigungsmöglichkeit und der Person des Hilfebedürftigen unabhängige Möglichkeit, eine Beschäftigungserlaubnis zu erhalten. Es genügt, dass eine Aussicht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels mit entsprechender Beschäftigungserlaubnis besteht. Wie konkret diese Aussicht sein muss, um das Leistungssystem des SGB II zu eröffnen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Sofern § 8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II beim Wort zu nehmen wäre, wäre nur die abgelehnte Beschäftigungserlaubnis ein Ausschlusskriterium für die Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II. Eine positive Prognoseentscheidung der Bundesagentur für Arbeit wäre nicht erforderlich. Sofern sich aus der historischen, systematischen und teleologischen Auslegung keine Beschränkung des Wortlauts ergäbe, wären nur noch Ausländer, die einem Beschäftigungsverbot unterliegen, von einer Erwerbstätigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB II ausgeschlossen. Das LSG Berlin-Brandenburg hat in seinem Beschluss zum hiesigen Eilverfahren entschieden, dass sowohl

systematische als auch teleologische Argumente gegen eine solche weite Auslegung sprechen würden. Danach wäre schon systematisch die zweite Alternative des § 8 Abs. 2 SGB II überflüssig, sofern die abstrakt-generelle Möglichkeit einer Beschäftigungserlaubnis ausreichen würde, da das faktische Vorhandensein einer solchen Arbeitserlaubnis nach der ersten Alternative des § 8 Abs. 2 SGB II bereits von der zweiten Alternative mitumfasst wäre.

Auch die teleologische Auslegung der Norm spricht nach Ansicht des LSG Berlin-Brandenburg gegen eine weite Interpretation, da nach Sinn und Zweck auf das einschlägige Recht der Arbeitsmarktsteuerung verwiesen werden sollte. Die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis stehe nach § 61 Abs. 2 AsylVfG i.V.m. §§ 39 bis 42 AufenthG im Ermessen der Ausländerbehörde, die die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit voraussetze, die ebenfalls auf Grundlage des § 39 AufenthG eine Ermessensentscheidung zu treffen habe.

Die Grundvoraussetzung einer Ermessensbetätigung nach § 39 AufenthG sei – so der 25. Senat des LSG Berlin-Brandenburg - für den Kläger zu 1) schon nicht feststellbar. Denn ohne Bezug auf einen bestimmten Arbeitgeber sei davon auszugehen, dass bezogen auf den Berufswunsch einer Bürohilfskraft genügend inländische Arbeitskräfte zur Verfügung stünden. Damit stehe der Kläger zu 1) dem Arbeitsmarkt derart fern, dass es nicht gerechtfertigt wäre, ihn dem arbeitsmarktbezogenen Existenzsicherungssystem zuzuordnen. Nach Auffassung des LSG Rheinland-Pfalz lässt sich eine einschränkende Auslegung auch den Gesetzesmaterialien zu § 8 SGB II entnehmen, wonach für die Frage der Erwerbsfähigkeit von Ausländern allgemein nach den Bestimmungen des Arbeitsgenehmigungsrechts darauf abzustellen sei, ob rechtlich ein Zugang zum Arbeitsmarkt bestehe oder zulässig wäre, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte verfügbar seien (BT-Drs. 15/1516, S. 52; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.10.2006, Az. L 3 ER 175/06 AS; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13.12.2005, Az. L 25 B 1281/05 AS ER mwN, mit ähnlicher Argumentation siehe auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 09.05.2007, Az. L 29 B 275/07 AS ER;; LSG Bayern, Beschluss vom 12.07.2006, Az. L 11 B 154/06 AS ER; Spellbrink, in Eicher/Spellbrink, SGB II Kommentar, § 7 Rn. 12; gegen eine einschränkende Auslegung LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.09.2007, Az. L 32 B 1558/07 AS ER, zitiert nach juris-Datenbank; Brühl, in: Münder (Hg.), SGB II Kommentar, 2. Aufl. § 8 Rn. 35).

Die Kammer konnte die hoch umstrittene und noch nicht höchstrichterlich geklärte Frage, ob §

8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II einschränkend auszulegen ist, im Ergebnis offen lassen. Denn ein zwischen den Leistungsträgern des SGB II und SGB XII bestehender Streit über die Frage der Erwerbsfähigkeit hat zur Konsequenz, dass die Agentur für Arbeit und die kommunalen Träger bzw. nach § 44 b Abs. 3 SGB II die Arbeitsgemeinschaften Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bis zur Entscheidung der Einigungsstelle zu erbringen haben. Die zwischen den Leistungsträgern strittige Frage der Erwerbsfähigkeit des Klägers zu 1) wird auf Grundlage des § 44 a SGB II in der Fassung vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 2954) für den hier streitigen Zeitraum fingiert. Denn der Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist auch dann zur Zahlung von Leistungen verpflichtet, wenn er zwar vom Fehlen der Erwerbsfähigkeit ausgeht, aber keine Abstimmung mit dem zuständigen Sozialhilfeträger über das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit herbeigeführt hat (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 07.11.2006, Az. B 7 b AS 10/06 R, zitiert nach juris-Datenbank). Da es sich bei § 44 a SGB II um eine gesetzliche Fiktion handelt, hat das Gericht die Frage der Erwerbsfähigkeit nur dann selbst zu klären und entsprechend zu ermitteln, wenn die Leistungsträger eine Einigung über die Erwerbsfähigkeit erzielt haben und für die gesetzliche Fiktion kein Raum ist, weil über die Erwerbsfähigkeit Einigkeit besteht. Für die Entscheidung über die strittige Erwerbsfähigkeit und die daraus resultierende Fiktion derselben ist der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgebend. Da die Leistungsträger im Streitfall jederzeit die Möglichkeit und die Verpflichtung haben, die Einigungsstelle anzurufen oder eine Einigung über den „kleinen Dienstweg“ zu erzielen, besteht auch nicht die Gefahr, dass die Leistungen von dem Leistungsträger der Grundsicherung für Arbeitsuchende dauerhaft gezahlt werden müssen. Auch wenn für eine solche Interpretation des § 44 a SGB II der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1516, S. 63) nichts zu entnehmen ist, entspricht sie Sinn und Zweck der Norm, die die Erwerbsfähigkeit für die Dauer des Konflikts fingiert (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.03.2007, Az. L 8 AS 6504/06, zitiert nach juris-Datenbank).

Gemäß § 44 a SGB II in der Fassung vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 2954) stellt die Agentur für Arbeit bzw. die Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II fest, ob der Arbeitsuchende erwerbsfähig und hilfebedürftig ist. Teilt der kommunale Träger oder ein anderer Leistungsträger, der bei voller Erwerbsminderung zuständig wäre, die Auffassung der Agentur für Arbeit nicht, entscheidet die Einigungsstelle. Bis zur Entscheidung der Einigungsstelle erbringen die Agentur für Arbeit und der kommunale Träger Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Gemäß § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB II entscheidet bei Streitigkeiten über die Erwerbsfähigkeit eines Arbeitsuchenden zwischen den Trägern der Leistungen nach dem SGB

II sowie bei Streitigkeiten über die Erwerbsfähigkeit mit einem Leistungsträger, der bei voller Erwerbsminderung zuständig wäre, eine gemeinsame Einigungsstelle Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat aufgrund der Ermächtigung in § 45 Abs. 3 SGB II am 23.11.2004 mit Wirkung zum 01.01.2005 eine Verordnung zur Regelung der Grundsätze des Verfahrens für die Arbeit der Einigungsstelle nach dem SGB II erlassen. Die Einigungsstelle ist gemäß § 4 Einigungsstellen-Verfahrensordnung (EinigungsStVV) von dem Träger anzurufen, der eine von der Entscheidung des anderen Trägers abweichende Entscheidung über die Erwerbsfähigkeit treffen will. Die Anrufung hat unverzüglich nach der Feststellung zu erfolgen, dass der anrufende Träger eine abweichende Entscheidung treffen will. Haben beide Träger bereits eine Entscheidung getroffen, kann die Einigungsstelle von beiden Trägern angerufen werden, § 4 Abs. 1 EinigungsStVV. Die Entscheidung der Einigungsstelle ist nach § 8 Abs. 1 Satz 5 EinigungsStVV für die an der Entscheidung beteiligten Träger verbindlich (vgl. ausführlich zum Erfordernis der Anrufung der Einigungsstelle LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.10.2006, Az. L 13 AS 4113/06 ER-B, www.sozialgerichtsbarkeit.de).

§ 44 a SGB II stellt damit eine einheitliche Entscheidung der Leistungsträger in Bezug auf die Erwerbsfähigkeit und Hilfebedürftigkeit sicher und verhindert, dass die Differenzen zu Lasten der Arbeitsuchenden gehen und sie bildlich gesprochen zwischen den Stühlen sitzen. Denn ein Streit über die Erwerbsfähigkeit könnte andernfalls dazu führen, dass sie weder vom Sozialhilfeträger noch vom SGB II-Träger Leistungen erhielten (BSG, Urteil vom 07.11.2006, Az. B 7 b AS 10/06 R, zitiert nach juris-Datenbank; Blüggel, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, § 44 a Rn. 2). Die Feststellungsbefugnis gemäß § 44 a SGB II hinsichtlich der Erwerbsfähigkeit umfasst nicht nur das gesundheitliche Leistungsvermögen des Hilfebedürftigen im Sinne des § 8 Abs. 1 SGB II, sondern auch die Beurteilung, ob einem Ausländer die Aufnahme einer Beschäftigung im Sinne des § 8 Abs. 2 SGB II erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (Berlit, in: Münder (Hg.), SGB II Kommentar, 2. Aufl., § 44 a Rn. 7). § 44 a Satz 3 SGB II enthält nicht lediglich die Anordnung einer vorläufigen Leistung, sondern eine Nahtlosigkeitsregelung nach dem Vorbild des § 125 SGB III (BSG, Urteil vom 07.11.2006, Az. B 7b AS 10/06 R mwN).

Streitigkeiten über die Erwerbsfähigkeit zwischen den Leistungsträgern liegen vor, wenn sich diese über die Erwerbsfähigkeit des Hilfesuchenden nicht einig sind. Nach Sinn und Zweck des § 44 a SGB II setzt eine Kompetenzstreitigkeit nicht voraus, dass beide Leistungsträger aufgrund eines Leistungsantrages des Hilfesuchenden bereits mit einem Verwaltungsverfahren

befasst sind. Denn die Gefahr einer abweichenden Leistungsbeurteilung besteht nicht erst dann, wenn beide Träger mit dem Sachverhalt befasst sind, sondern bereits dann, wenn nur ein Träger befasst ist und seine Zuständigkeit wegen fehlender Erwerbsfähigkeit ablehnen möchte. Der Leistungsträger nach dem SGB II wird deshalb bei dem Leistungsträger nach dem SGB XII anzufragen haben, wie dieser die Erwerbsfähigkeit beurteilt, wenn er selbst von einer fehlenden Erwerbsfähigkeit ausgeht. Umgekehrt obliegt es dem Sozialhilfeträger eine Anfrage an den Leistungsträger nach dem SGB II, wenn er den Arbeitsuchenden für erwerbsfähig hält (Blüggel, in: Eicher/Spellbrink, § 44a SGB II Rn. 13-15). Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist der Hilfebedürftige auf diese Weise nicht nur bei einem schon bestehenden Streit zwischen den Leistungsträgern bis zu einer Entscheidung der Einigungsstelle, sondern bereits im Vorfeld so zu stellen als wäre er erwerbsfähig. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung darf der Träger der Grundsicherung Arbeitsuchende die fehlende Erwerbsfähigkeit nicht annehmen, ohne den zuständigen Sozialhilfeträger eingeschaltet zu haben (BSG, Urteil vom 07.11.2006, Az. B 7b AS 10/06 R).

Eine negative Feststellung im Hinblick auf die Erwerbsfähigkeit des Klägers zu 1) ist durch die negative Entscheidung der Beklagten im Bescheid vom 25.07.2005 erfolgt, in dem sie die Ablehnung von Leistungen damit begründet hat, dass der Kläger zu 1) nicht erwerbsfähig sei. Diese Auffassung hat der Beigeladene, wie insbesondere für die Beklagte aus dem Erstattungsbegehren vom 11.05.2005 ersichtlich war, nicht geteilt, so dass es im Sinne des § 45 SGB II zu einer Streitigkeit über die Erwerbsfähigkeit gekommen ist.

Selbst wenn im Zeitpunkt der ablehnenden Entscheidung der Beklagten im Juli 2005 noch keine Einigungsstelle gemäß § 45 SGB II im Landkreis Märkisch-Oderland ins Leben gerufen war, hätte sich die Beklagte mit dem Beigeladenen über die strittige Frage der Erwerbsfähigkeit des Klägers zu 1) ins Benehmen setzen müssen. Auch ohne Bestehen einer Einigungsstelle ist § 44 a SGB II in der Anfangszeit des Inkrafttretens des SGB II und SGB XII anzuwenden, da aus Sinn und Zweck des § 44 a SGB II folgt, dass eine Kompetenzstreitigkeit zwischen den Leistungsträgern zu Lasten des Hilfebedürftigen gerade vermieden werden soll. Die Beklagte hätte sich mit dem Beigeladenen vor dem Hintergrund der Regelung des § 44 a SGB II um eine einvernehmliche Lösung bemühen müssen (vgl. zu den Möglichkeiten des „kleinen Dienstweges“ auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.10.2006, Az. L 13 AS 4113/06 ER, www.sozialgerichtsbarkeit.de). Tatsächlich hat die Beklagte jedoch ausweislich der Verwaltungsakte keinerlei Bemühungen an den Tag gelegt,

sich über die Frage der Erwerbsfähigkeit des Klägers zu 1) mit der Beigeladenen zu verständigen. Dies ist umso unverständlicher, als sie in der Zeit von Januar bis März 2005 von der Erwerbsfähigkeit des Klägers zu 1) ausging. Durch die fehlende Verständigung sind die Kläger im hier streitigen Zeitraum aber genau dem Risiko ausgesetzt gewesen, das bei einer Streitigkeit über die Erwerbsfähigkeit für den Hilfebedürftigen droht, nämlich, dass trotz der Ansprüche auf existenzsichernde Leistungen, die nie in Frage standen, keine Leistungen gewährt werden, weil sich die Leistungsträger in der Frage der Erwerbsfähigkeit nicht einig sind.

Vorliegend ist deshalb zugunsten des Klägers zu 1) von der gesetzlich fingierten Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 8 Abs. 2, 2. Alt. SGB II i.V. m. § 44 a SGB II auszugehen, wobei das gesundheitliche Leistungsvermögen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 8 Abs. 1 SGB II zwischen den Beteiligten nicht streitig war. Da auch die Hilfebedürftigkeit des Klägers zu 1) gemäß § 9 SGB II zwischen den Beteiligten unstreitig ist, erfüllt er insgesamt die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 SGB II. Leistungen erhalten auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, § 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II. Zur Bedarfsgemeinschaft gehören gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II die erwerbsfähigen Hilfebedürftigen sowie als Partner der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen der nicht dauernd getrennt lebende Ehegatte, § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II i.d.F. vom 23.12.2004 und die dem Haushalt angehörenden minderjährigen unverheirateten Kinder, soweit sie nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts beschaffen können, § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II i.d.F. vom 23.12.2004. Die Kläger bilden damit eine Bedarfsgemeinschaft. Die Hilfebedürftigkeit der Klägerinnen zu 2) und 3) war ebenfalls unstreitig, so dass die Kläger jeweils einen individuellen Anspruch auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts geltend machen können. Da die Kammer über die Leistungen dem Grunde nach gemäß § 130 Abs. 1 SGG entschieden hat, war ein konkreter Leistungsbetrag nicht auszusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 183, 193 SGG.