1. Ein Ausländer, dessen Aufenthalt im Inland auf der Grundlage von § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG als rechtmäßig gilt, hat keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld II, wenn in der zu seinen Gunsten ausgestellten Fiktionsbescheinigung eine Nebenbestimmung enthalten ist, die die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausdrücklich nicht gestattet. Er ist dann nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II, auch wenn ihm ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die eine Erwerbstätigkeit erlauben würde, zustehen sollte, solange diese noch nicht erteilt ist.

2. Lebt der Ausländer allerdings in Bedarfsgemeinschaft mit seiner Partnerin, die einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II hat, kann ihm ein Anspruch auf Sozialgeld zustehen. Eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AufenthG ist weder mit einer Duldung nach § 60a AufenthG noch mit einem der in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG genannten Aufenthaltstitel vergleichbar. Der Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II für Leistungsberechtigte nach § 1 AsylbLG greift daher nicht.

(Amtliche Leitsätze)

L 7 AS 334/11 B ER

Hessisches Landessozialgericht

Beschluss vom 06.09.2011

Tenor

I. Auf die Beschwerde des Antragstellers zu 1. wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 3. Juni 2011 abgeändert und der Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller zu 1. vorläufig Sozialgeld nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches in gesetzlicher Höhe für die Zeit vom 13. November 2010 bis zum 8. Februar 2011 zu gewähren.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Der Antragsgegner hat dem Antragsteller zu 1. vier Fünftel der zur Rechtsverfolgung in beiden Rechtszügen notwendigen Kosten zu erstatten. Im Übrigen haben die Beteiligten einander Kosten nicht zu erstatten.

IV. Dem Antragsteller zu 1. wird Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung unter Beiordnung von Rechtsanwältin B., A-Stadt, ab 29. Juli 2011 bewilligt. Im Übrigen wird der Antrag auf Prozesskostenhilfe abgelehnt.

Gründe

I.

Die Beteiligten streiten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes um Ansprüche des Antragstellers zu 1. auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.

Der Antragsteller zu 1. ist 1984 geboren und syrischer Staatsbürger, die Antragstellerin zu 2. ist am ... 1984 geboren und deutsche Staatsbürgerin. Beide haben am 9. März 2010 vor dem Familienrichter in E. (Syrien) geheiratet. Die Antragstellerin zu 2. erhält seit April 2010 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB II) von dem Antragsgegner. Der Antragsteller zu 1. reiste nach Angaben der Antragstellerin am ... 2010 mit einem Touristenvisum in das Bundesgebiet ein. Einen Tag später kam das gemeinsame Kind beider, der Antragsteller zu 3., zur Welt.

Der Antragsgegner erbrachte, nachdem die Antragstellerin zu 2. die Geburt mitgeteilt hatte, Leistungen für August und September 2010 auch an den Antragsteller zu 3. und bewilligte mit Bescheid vom 30. August 2010 zu Gunsten der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für Oktober 2010 in Höhe von insgesamt 647,86 Euro und für die Zeit vom 1. November 2010 bis 31. März 2011 in Höhe von monatlich 776,86 Euro. Auf Blatt 135 der Leistungsakte des Antragsgegners (im Folgenden: LA) wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. Durch Bescheid vom 15. September 2010 erhöhte er die bewilligten Leistungen, da der Antragsteller zu 1. den zunächst zugesagten Unterhalt nicht (mehr) zahlen konnte, auf 917,86 Euro für Oktober 2010 und 1.046,86 Euro monatlich für die Zeit vom 1. November 2010 bis 31. März 2011. Insoweit wird auf Bl. 4 des PKH-Hefts wegen der Einzelheiten verwiesen.

Der Antragsteller zu 1. suchte spätestens am 20. Oktober 2010, nach seinen Angaben in der Antragschrift bereits am 14. September 2010, bei der Oberbürgermeisterin der Beigeladenen um Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach. Die Beigeladene als Ausländerbehörde stellte am 20. Oktober 2010 eine sogenannte Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 1 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), befristet bis 19. Januar 2011, aus.

Nach den von den übrigen Beteiligten nicht in Frage gestellten Angaben der Antragsteller sprach die Antragstellerin zu 2. am 25. Oktober 2010 bei dem Antragsgegner vor, teilte diesem den Einzug des Antragstellers zu 1. in die gemeinsame Wohnung mit und beantragte dessen Aufnahme in die Bedarfsgemeinschaft.

Durch Bescheid vom 5. November 2011 änderte der Antragsgegner daraufhin den Bewilligungsbescheid vom 30. August 2010 und reduzierte die bewilligten Leistungen für Dezember 2010 auf 741,90 Euro und für Januar bis März 2011 auf 471,90 Euro monatlich. Dabei führte sie in dem an die Antragstellerin zu 2. adressierten Bescheid unter den maßgeblichen Änderungen der Verhältnisse „Wegfall Mehrbedarf Alleinerziehung ab dem 01.12.2010 (Vater des Kindes ist in der gemeinsamen Wohnung)“ und „Zusätzliche Person (Partner) in der gemeinsamen Wohnung ab 01.12.2010 – weil kein Anspruch zum SGB II!“ auf. Wegen der Einzelheiten wird auf Blatt 159 LA verwiesen.

Die Antragsteller haben am 2. November 2010 beim Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Der anlässlich der Vorsprache am 25. Oktober 2010 zu Gunsten des Antragstellers zu 1. gestellte Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sei von dem Sachbearbeiter des Antragsgegners abgelehnt worden, da jener auf Grund der noch nicht erteilten Arbeitserlaubnis nicht erwerbsfähig und deshalb auch nicht leistungsfähig sei. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ständen ihm jedoch Leistungen nach § 7 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 Bst. a SGB II zu.

Während des Verfahrens hat zunächst der Antragsgegner die zu Gunsten der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. bewilligten Leistungen durch Bescheid vom 17. Dezember 2010 wegen einer Änderung der Miete auf 705,90 Euro für Dezember 2010 und auf 431,79 Euro monatlich für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis 31. März 2011 reduziert. Diesbezüglich wird auf Bl. 182 LA Bezug genommen.

Die Beigeladene als Ausländerbehörde hat dem Antragsteller zu 1. dann am 9. Februar 2011 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG bis 8. Februar 2014 erteilt und dabei die Erwerbstätigkeit gestattet. Der Antragsgegner hat daraufhin durch Bescheid vom 10. Februar 2011 ab 9. Februar 2011 Leistungen auch zu Gunsten des Antragstellers zu 1. bewilligt. Der Antragstellerin zu 2. und dem Antragsteller zu 3. wurden für die Zeit vom 1. Februar 2011 bis 8. Februar 2011 zusammen 115,13 Euro, allen Antragstellern gemeinsam für die Zeit vom 9. bis 28. Februar 2011 659,51 Euro und für März 2011 928,69 Euro gewährt, wobei wegen der Einzelheiten auf Bl. 189 LA verwiesen wird.

Auf den unter dem 14. Februar 2011 gestellten Fortzahlungsantrag hat der Antragsgegner sodann mit Bescheid vom 18. Februar 2011 Leistungen für die Zeit vom 1. April 2011 bis 30. September 2011 bewilligt, und zwar für alle drei Antragsteller zusammen in Höhe von 942,22 Euro monatlich für April bis Juli 2011 und von 1.212,22 Euro monatlich für August und September 2011. Diesbezüglich wird wegen der Einzelheiten auf Bl. 198 LA verwiesen.

Am 12. April 2011 hat die Prozessbevollmächtigte der Antragsteller im Namen der Antragsteller zu 1. und 2. die Überprüfung der Bescheide vom 5. November 2010 und 10. Februar 2011 beantragt, da darin keine Leistungen zu Gunsten des Antragstellers zu 1. enthalten seien. Diesen Antrag hat der Antragsgegner mit Bescheid vom 28. Juni 2011 abgelehnt.

Das SG hat den Antragsgegner durch den angegriffenen Beschluss vom 3. Juni 2011 [im Wege der einstweiligen Anordnung] verpflichtet, dem Antragsteller zu 1. Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II in gesetzlichem Umfang für die Zeit vom 9. Februar 2011 bis zum 31. März 2011 zu gewähren und den Antrag im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung hat es insbesondere ausgeführt, der Antrag der Antragsteller zu 2. und 3. sei unzulässig. Diesen seien mit Bescheiden vom 31. August 2010 und 15. September 2010 Leistungen der Grundsicherung in nicht zu beanstandender Höhe bewilligt worden. Beide Antragsteller seien daher nicht beschwert, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis für die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes nicht vorliege. Hinsichtlich der Ansprüche des Antragstellers zu 1. seien die Antragstellerin zu 2. und der Antragsteller zu 3. weder aktivlegitimiert noch prozessführungsbefugt. Soweit für den Antragsteller zu 1. Grundsicherungsleistungen für die Zeit bis zum 1. November 2010 geltend gemacht worden seien, sei der Antrag bereits mangels Anordnungsgrundes zurückzuweisen, da ein Anordnungsgrund in Fällen der vorliegenden Art regelmäßig nicht für die Vergangenheit anerkannt werden könne. Für die folgende Zeit bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ab 9. Februar 2011 sei der Antrag mangels Anordnungsanspruchs zurückzuweisen. Auf der Grundlage der ihm für diesen Zeitraum erteilten Fiktionsbescheinigung mit einem Ausschluss der Erwerbstätigkeit sei der Antragsteller zu 1. nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II und somit nicht leistungsberechtigt nach § 7 Abs. 1 SGB II gewesen. Der Grundsicherungsträger könne dabei nur auf die rechtliche Situation abstellen, wie sie durch die tatsächliche Entscheidung der Ausländerbehörde geprägt sei. Er habe nicht die Befugnis, diese in Frage zu stellen. Durch die während des gerichtlichen Verfahrens erfolgte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis am 9. Februar 2011 sei jedoch ein neuer Sachverhalt eingetreten. Ab diesem Zeitpunkt sei vom Vorliegen einer Erwerbsfähigkeit des Antragstellers zu 1. auszugehen. Da nach der Aktenlage auch im Übrigen die Voraus-

setzungen für eine Leistungsgewährung erfüllt seien, sei ihm daher ein Leistungsanspruch ab diesem Zeitpunkt bis zum Ablauf des Bewilligungszeitraums im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zuzusprechen gewesen.

Gegen den ihnen am 16. Juni 2011 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller mit einem am 27. Juni 2011 beim SG eingegangenen Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten Beschwerde eingelegt. Zur Begründung machen sie insbesondere geltend, die Leistungen zu Gunsten des Antragstellers zu 1. seien für den Zeitraum vom 2. November 2010 bis zum 8. Februar 2011 zu Unrecht abgelehnt worden. In diesem Zeitraum habe er zusammen mit seiner Ehefrau und ihrem gemeinsamen Kind in einer Bedarfsgemeinschaft gelebt. Die drei Antragsteller seien hilfebedürftig. Dem Antragsteller zu 1. habe ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG zugestanden, da sowohl seine Ehefrau als auch ihr gemeinsames minderjähriges Kind deutsche Staatsangehörige seien. Im streitigen Zeitraum habe er zwar nur eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 AufenthG besessen. Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 SGB II, und zwar erst recht nach ihrer Klarstellung durch den neu eingefügten S. 2, ziele aber erkennbar gerade darauf ab zu vermeiden, dass ein Ausländer, der offenkundig einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis habe, die zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtige, aufgrund bloßer formalrechtlicher Belange im Rahmen der Gewährung existenzsichernder Leistungen einem Ausländer gleichgestellt werde, der keinen ersichtlichen Anspruch auf einen entsprechenden Aufenthaltstitel habe. Aber selbst wenn mangels Erwerbsfähigkeit des Antragstellers zu 1. ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II auszuschließen gewesen wäre, hätte ihm ein Anspruch auf Sozialgeld nach § 19 Abs. 1 S. 2 SGB II (früher § 28 Abs. 2 SGB II) zugestanden. Leistungen nach dem SGB XII habe der Antragsteller zu 1. nicht beantragt, da er sich nicht als dauerhaft voll erwerbsgemindert eingeschätzt habe, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) nicht, da er weder Asylsuchender gewesen sei noch eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen oder eine Duldung besessen habe. Der Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass er Ende vergangenen Jahres drei private Darlehen in Höhe von insgesamt 750,- Euro habe aufnehmen müssen, um seinen Lebensunterhalt zu decken. Die Gläubiger drängten zwischenzeitlich auf Rückzahlung.

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 3. Juni 2011 abzuändern und den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller zu 1. vorläufig auch für die Zeit vom 2. November 2010 bis 8. Februar 2011 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren,

hilfsweise, die Beigeladene im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller zu 1. vorläufig für die Zeit vom 2. November 2010 bis 8. Februar 2011 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB XII, äußerst hilfsweise nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 3. Juni 2011 zurückzuweisen.

Er verteidigt den angegriffenen Beschluss. Ausländerrechtlich sei die Fiktionsbescheinigung als Duldung nach § 60a AufenthG zu werten. Diese beinhalte keine Arbeitserlaubnis. Der Antragsteller könne dementsprechend möglicherweise einen Anspruch nach § 1 Nr. 4 AsylbLG haben. Diese hätten Vorrang vor den Leistungen nach dem SGB II.

Die durch Beschluss vom 1. August 2011 beigelegene Stadt Frankfurt am Main hat einen ausdrücklichen Antrag nicht gestellt und darauf verwiesen, dass der Antragsteller zu 1. bei ihr bewusst keinen Antrag gestellt habe.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

I. Gegenstand des Verfahrens sind nur die dem Antragsteller zu 1. möglicherweise zustehenden Leistungsansprüche. Auch im Beschwerdeverfahren ist nur deren Ablehnung als rechtswidrig thematisiert, die Leistungen für die beiden anderen Antragsteller sind dagegen zu keinem Zeitpunkt beanstandet worden. Auch wenn ein ausdrücklich formulierter und auf die Leistungen an den Antragsteller zu 1. beschränkter Beschwerdeantrag fehlt, ist danach aus dem Gesamtzusammenhang der Begründung eindeutig zu erkennen, dass es nur um die Ansprüche des Antragstellers zu 1. geht und nicht etwa (auch) die Höhe der den beiden anderen Antragstellern im streitigen Zeitraum durchgängig gewährten Leistungen in Frage gestellt werden sollte.

Dabei sind auch Ansprüche auf Sozialgeld Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Bei der erstinstanzlichen Antragstellung hat die Prozessbevollmächtigte umfassend Leistungen nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe geltend gemacht – wobei erkennbar nur Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gemeint waren. Dass damit auch Ansprüche auf Sozialgeld erfasst sein sollten, wurde zudem dadurch deutlich, dass sie in der Begründung auf § 7 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Nr. 3 Bst. a SGB II und damit erkennbar auf Ansprüche, die auf dem Zusammenleben in einer Bedarfsgemeinschaft beruhen, verwiesen hat. Das SG hat diesen weitgefassten Antrag seinem Beschluss zugrunde gelegt und diesen für den streitigen Zeitraum ohne Einschränkung zurückgewiesen. Auch wenn es in den Gründen zu einem Anspruch auf Sozialgeld nicht Stellung genommen hat, ist daher der Rechtsstreit insoweit umfassend im Beschwerderechtszug angefallen, nachdem der Anspruch auf Sozialgeld hier weiterhin geltend gemacht wird.

Nachdem die rechtskundig vertretenen Antragsteller auch im Beschwerdeverfahren wieder alle drei als Aktivbeteiligte auftreten – etwa durch die Bezeichnung der Beteiligten als „A. u.a. ./ Jobcenter Frankfurt am Main“ im Kopf des Beschwerdeschriftsatzes und die Verwendung der Bezeichnungen „Antragsteller zu 1)“, „Antragstellerin zu 2)“ und „Antragsteller zu 3)“ für die Familienmitglieder –, sind auch letztere als Beschwerdeführer zu behandeln. Eine einschränkende Auslegung ist trotz der erkennbaren Aussichtslosigkeit der im Namen der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. erhobenen Beschwerde angesichts der eindeutigen Fassung des Beschwerdeschriftsatzes nicht möglich.

Der streitige Zeitraum beschränkt sich auf die Zeit vom 2. November 2010 bis 8. Februar 2011. Dies wird aus der Beschwerdeschrift – auch wenn, wie bereits erwähnt, ein ausdrücklich formulierter Beschwerdeantrag fehlt – hinreichend deutlich. Dort heißt es, die Leistungen seien „in dem Zeitraum vom 02.11.2010 bis zum 08.02.2011“ zu Unrecht abgelehnt worden. Das zeigt, dass die Antragsteller die Entscheidung des SG für den Zeitraum bis einschließlich 1. November 2010, also für die Zeit vor der Antragstellung dort, akzeptieren. Ab dem 3. Februar 2011 hat der Antragsgegner die begehrten Leistungen bewilligt (und das SG zu Gunsten des Antragstellers zu 1. die beantragte einstweilige Anordnung erlassen), so dass die Antragsteller insoweit ihr Ziel erreicht haben.

II. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist angesichts der vollständigen Ablehnung der existenzsichernden Leistungen für mehr als drei Monate der Beschwerdewert aus §§ 172 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG unproblematisch erreicht.

Im einstweiligen Rechtsschutz kann dahingestellt bleiben, ob der Antragsteller zu 1. oder die Antragstellerin zu 2. allein oder beide gemeinsam das Sorgerecht für den Antragsteller zu 3. innehaben. In jedem Fall liegt eine wirksame Vertretung des selbst nach § 71 SGG noch nicht prozessfähigen Kindes und damit eine wirksame Bevollmächtigung der Prozessbevollmächtigten, auch in dessen Namen aufzutreten, vor, da beide Elternteile den Rechtsstreit gemeinsam auch für ihren Sohn führen.

III.

Die Beschwerde hat (nur) hinsichtlich eines Anspruchs des Antragstellers zu 1. auf Sozialgeld für die Zeit vom 13. November 2010 bis zum 8. Februar 2011 Erfolg.

1. Die Anträge der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. hat das SG zu Recht als unzulässig angesehen. Ihre eigenen Ansprüche auf Grundsicherungsleistungen sind nicht Gegenstand des Verfahrens (s. oben unter I.). Die Ansprüche des Antragstellers zu 1. können sie trotz der Verbundenheit in einer Bedarfsgemeinschaft nicht geltend machen. Sie stehen vielmehr allein diesem zu; auch eine Prozessstandschaft der Antragsteller zu 2. und 3., also die Möglichkeit, das fremde Recht des Antragstellers zu 1. in eigenem Namen geltend zu machen, ist weder rechtlich zulässig noch besteht hierfür ein Bedarf.

2. Dem Antrag des Antragstellers zu 1. war dagegen weitgehend zu entsprechen. Insoweit liegen die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung vor, durch die der Antragsgegner zu verpflichten ist, dem Antragsteller – ab 13. November 2010 bis 8. Februar 2011 – vorläufig Sozialgeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

a) Ist einstweiliger Rechtsschutz weder durch die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen Verwaltungsakt noch durch die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes (§ 86b Abs. 1 SGG) zu gewährleisten, kann nach § 86b Abs. 2 S. 1 SGG 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 Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (Sicherungsanordnung – vorläufige Sicherung eines bestehenden Zustandes –).

Nach Satz 2 der Vorschrift sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis statthaft, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung – vorläufige Regelung zur Nachteilsabwehr –). Bildet – wie hier – ein Leistungsbegehren des Antragstellers den Hintergrund für den begehrten einstweiligen Rechtsschutz, ist dieser grundsätzlich im Wege der Regelungsanordnung gemäß § 86b Abs. 2 S. 2 SGG zu gewähren. Danach muss die einstweilige Anordnung erforderlich sein, um einen wesentlichen Nachteil für den Antragsteller abzuwenden. Ein solcher Nachteil ist nur anzunehmen, wenn einerseits dem Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner ein materiell-rechtlicher Leistungsanspruch in der Hauptsache – möglicherweise – zusteht (Anordnungsanspruch) und es ihm andererseits nicht zuzumuten ist, die Entscheidung über den Anspruch in der Hauptsache abzuwarten (Anordnungsgrund). Das Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache darf nicht mit wesentlichen Nachteilen verbunden sein; d.h. es muss eine dringliche Notlage vorliegen, die eine sofortige Entscheidung erfordert (st. Rspr. des Senats, vgl. zuletzt Senat, 28.07.2011 – L 7 SO 51/10 B ER; vgl. außerdem Conradis in LPK–SGB II, 3. Aufl. 2009, Anhang Verfahren Rdnr. 119).

Dabei stehen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr stehen beide in einer Wechselbeziehung zueinander, nach der die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Nachteils zu verringern sind und umgekehrt. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bilden nämlich aufgrund ihres funktionalen Zusammenhangs ein bewegliches System (Senat, 29.06.2005 – L 7 AS 1/05 ER – info also 2005, 169; Keller in Meyer-Ladewig u.a., SGG, 9. Aufl. 2008, § 86b Rdnr. 27 und 29, 29a m.w.Nw.): Wäre eine Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden ist. Wäre eine Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, so vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, auch wenn in diesem Fall nicht gänzlich auf einen Anordnungsgrund verzichtet werden kann. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn etwa eine vollständige Aufklärung der Sach- oder Rechtslage im einstweiligen Rechtsschutz nicht möglich ist, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, welchem Beteiligten ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache eher zuzumuten ist. Dabei sind grundrechtliche Belange des Antragstellers umfassend in der Abwägung zu berücksichtigen. Insbesondere bei Ansprüchen, die darauf gerichtet sind, als Ausfluss der grundrechtlich geschützten Menschenwürde das soziokulturelle Existenzminimum zu sichern (Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG) ist ein nur möglicherweise bestehender Anordnungsanspruch, vor allem wenn er eine für die soziokulturelle Teilhabe unverzichtbare Leistungshöhe erreicht und für einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum zu gewähren ist, in der Regel vorläufig zu befriedigen, wenn sich die Sach- oder Rechtslage im Eilverfahren nicht vollständig klären lässt (BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, 12.05.2005 – 1 BvR 569/05 – info also 2005, 166 unter Hinweis auf BVerfGE 82, 60, 80). Denn im Rahmen der gebotenen Folgeabwägung hat dann regelmäßig das Interesse des Leistungsträgers, ungerechtfertigte Leistungen zu vermeiden, gegenüber der Sicherstellung des ausschließlich gegenwärtig für den Antragsteller verwirklichtbaren soziokulturellen Existenzminimums zurückzutreten (Senat, 27.07.2005 – L 7 AS 18/05 ER).

b) Hinsichtlich der Gewährung von Arbeitslosengeld II fehlt es im streitigen Zeitraum an einem Anordnungsanspruch. Anspruchsvoraussetzung ist unter anderem die Erwerbsfähigkeit des Betroffenen (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II), die bei Ausländern nur gegeben ist, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (§ 8 Abs. 2 S. 1 SGB II).

Das ist bei dem Antragsteller zu 1., wie das SG zu Recht ausgeführt hat, nicht der Fall. Ausländer dürfen eine Erwerbstätigkeit nur ausüben, wenn ihr Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt (§ 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Ausweislich der zu seinen Gunsten ausgestellten Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG war dem Antragsteller zu 1. jedoch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gerade nicht gestattet. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass er die entsprechende Nebenbestimmung angefochten hätte oder diese aus anderen Gründen unwirksam gewesen wäre. Auf einen anderen Aufenthaltstitel konnte er sich im streitigen Zeitraum nicht berufen.

Anders als bei Ausländern mit einem sogenannten nachrangigen Arbeitsmarktzugang hätte ihm die Aufnahme einer Beschäftigung daher selbst dann nicht erlaubt werden können, wenn bevorrechtigte Deutsche oder Ausländer für einen Arbeitsplatz nicht zur Verfügung gestanden hätten. Der Verweis der Antragsteller auf den durch das Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 2011 (BGBl. I 2011, S. 453) eingefügten § 8 Abs. 2 S. 2 SGB II bzw. auf die damit bereits zuvor übereinstimmende Rechtslage greift daher nicht durch. Die klarstellende Vorschrift und die mit dieser inhaltlich übereinstimmende Rechtsauffassung auch vor deren Einführung (vgl. dazu Senat, 14.07.2011 – L 7 AS 107/11 B ER m.w.Nw.) zielen nicht auf Ausländer, denen ausländerrechtlich eine Beschäftigungsaufnahme im konkreten Zeitraum tatsächlich untersagt ist, sondern auf Ausländer, bei denen die Bundesagentur einer Beschäftigungsaufnahme „zumindest rechtlich-theoretisch“ zustimmen könnte, wie es in der Begründung zu § 8 Abs. 2 S. 2 SGB II heißt (BT-Drs. 17/3404 S. 93). Dazu ist es nicht ausreichend, dass ein Ausländer einen Rechtsanspruch auf einen Aufenthaltstitel hat, mit dem die Erlaubnis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbunden wäre, solange dieser noch nicht erteilt ist und der Betroffene daher ausländerrechtlich (noch) einen Status hat, der die Aufnahme einer Beschäftigung verbietet. Dies hat, wie bereits das SG zu Recht betont hat, für den SGB II-Träger bei der Prüfung der Erwerbsfähigkeit Tatbestandswirkung. Der Einwand des Antragstellers, ihm habe ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG mit der Möglichkeit, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (§ 28 Abs. 5 AufenthG), zugestanden, trägt daher nicht (vgl. ebs. LSG HH, 24.06.2010 – L 5 AS 67/07).

c) Dem Antragsteller zu 1. steht aber mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit jedenfalls für die Zeit ab 13. November 2010 ein Anspruch auf Sozialgeld zu (bis 31. Dezember 2010: § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB II, ab 1. Januar 2011: § 19 Abs. 1 S. 2 und 3 SGB II auf Grund von dessen Änderung durch Art. 2 Nr. 31 des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 2011 [BGBl. I 2011, S. 453], das insoweit rückwirkend zum 1. Januar 2011 in Kraft trat, Art. 14 Abs. 3 des Gesetzes).

Sozialgeld erhalten – inhaltlich durch die angesprochene Gesetzesänderung unverändert – nichterwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des Zwölften Buches haben.

aa) Wie bereits dargelegt, war der Antragsteller zu 1. selbst im streitigen Zeitraum auf Grund seiner ausländerrechtlichen Situation, konkret auf Grund der eine Erwerbstätigkeit ausschließenden Nebenbestimmung der Fiktionsbescheinigung, nicht erwerbsfähig, ohne deswegen auf Grund seines Alters oder seines Gesundheitszustandes einen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des Zwölften Buches zu haben. Er lebte als Partner der Antragstellerin zu 2., die – zwischen den Beteiligten zu Recht unstreitig – alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II erfüllte, namentlich erwerbsfähig und hilfebedürftig war, mit dieser (und dem gemeinsamen Kind) in Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 SGB II). Das gilt, soweit irgend ersichtlich, für den gesamten streitigen Zeitraum. Der Antragsgegner hat seine Leistungen zwar erst durch den Bescheid vom 5. November 2010 zum 1. Dezember 2010 an den Einzug des Antragstellers zu 1. in die gemeinsame Wohnung und die Herstellung einer Bedarfsgemeinschaft angepasst. Dennoch ist es nach Auffassung des Senats jedenfalls ganz überwiegend wahrscheinlich, dass eine Bedarfsgemeinschaft schon zuvor und jedenfalls bereits ab dem für die hier zu treffende Entscheidung maßgeblichen 2. November 2010 bestand. Der Antragsgegner selbst hat in einem Vermerk vom 8. November 2010 festgehalten, die Antragstellerin zu 2. habe bereits bei der Vorsprache am 15. September 2010 mitgeteilt, der Vater des Kindes, also der Antragsteller zu 1., verweile bereits in der Wohnung, weil eine Familienzusammenführung geplant sei. Die Antragsteller haben zudem unter Verweis auf eine bereits bestehende Bedarfsgemeinschaft Anfang November ihren Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gestellt. Als Adresse auch des Antragstellers zu 1. wurde hierbei wie – ausweislich der in der Leistungsakte des Antragsgegners befindlichen Unterlagen – auch im Kontakt mit der Ausländerbehörde im Oktober 2010 die gemeinsame Wohnung „A-Straße, A-Stadt“ angegeben. Die Beigeladene als zuständige Behörde nach dem Unterhaltsvorschussgesetz hat zudem bereits in einem Schreiben von Anfang September 2010 im Hinblick auf die Familienzusammenführung mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für entsprechende Leistungen aus diesem Grunde nicht vorlägen.

bb) Der Antragsteller zu 1. hatte – wiederum jedenfalls mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit – im streitigen Zeitraum ungeachtet seines noch nicht abschließend gesicherten ausländerrechtlichen Status auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Auch wenn man annimmt, diese nach ihrer systematischen Stellung nur für das Arbeitslosengeld II formulierte Anspruchsvoraussetzung (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II), gelte auch für das Sozialgeld (vgl. Knickrehm in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 28 Rdnr. 10; dagegen z.B. SG Nürnberg, 26.08.2009 – S 20 AS 906/09), steht ein Anordnungsanspruch aus diesem Grunde somit nicht in Frage.

Seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt (§ 30 Abs. 3 S. 2 SGB I). Danach ist trotz der im streitigen Zeitraum noch ausstehenden Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis von einem gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers zu 1. in der Bundesrepublik Deutschland auszugehen. Er lebte in A-Stadt bei seiner Ehefrau – wobei es in diesem Zusammenhang auf die Anerkennung der Ehe-

schließung nicht ankommen dürfte (vgl. zu entspr., allerdings nicht näher begründeten Vorbehalten bei einer nach syrischem Recht geschlossenen Ehe: SG Stuttgart, 24.03.2011 – S 24 AS 1359/11 ER), solange nur von entsprechenden inneren Bindungen ausgegangen werden kann – und dem gemeinsamen Kind. Seine Arbeitsstelle in F. hatte er verloren. Anhaltspunkte dafür, dass er allein oder die Familie eine Perspektive auf einen oder auch nur den Wunsch nach einem baldigen Umzug ins Ausland gehabt hätten, sind nicht ersichtlich. Der Antragsteller zu 1. hatte dementsprechend eine Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik Deutschland beantragt und durfte mit deren Erteilung durchaus rechnen. Für die Zwischenzeit galt sein Aufenthalt auf Grund von § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG als erlaubt, so dass der Aufenthalt in Deutschland als rechtmäßig und zukunfts offen zu qualifizieren war.

cc) Jedenfalls für die Zeit ab 13. November 2010 ist der Anspruch zudem nicht durch § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II ausgeschlossen, weil keiner der dort aufgeführten Tatbestände vorliegt. Auch wenn man – wie zu § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II – davon ausgeht, dass diese Vorschrift ungeachtet ihrer systematischen Stellung auf Grund ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks als Eingangsvorschrift zum Leistungssystem des SGB II auch für das Sozialgeld maßgeblich ist (vgl. in diesem Sinne BSG 21.12.2009 – B 14 AS 66/08 R; Hess. LSG, 11.03.2011 – L 9 AS 475/10 B ER), steht sie einem Anordnungsanspruch nicht entgegen.

Der Antragsteller zu 1. hat insbesondere keinen Anspruch auf Leistungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG, so dass – umgekehrt – der Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II nicht eingreift. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners ist nämlich ein Aufenthalt auf der Grundlage von § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG und eine dazu ausgestellte Fiktionsbescheinigung (§ 81 Abs. 5 AufenthG) mit einer Duldung im Sinne von § 60a AufenthG nicht vergleichbar (vgl. ebs. für den Leistungsausschluss nach § 23 Abs. 2 SGB XII: Senat, 11.07.2006 – L 7 SO 19/06 ER).

So bietet zunächst der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG keinen Anknüpfungspunkt für eine derartige Gleichstellung. Auch ist der Sache nach eine Gleichstellung eines Aufenthalts auf der Grundlage von § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG mit einem nach § 60a AufenthG geduldeten Aufenthalt nicht geboten. Hat der Ausländer (rechtzeitig) einen Antrag auf Ausstellung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels gestellt, führen § 81 Abs. 3 S. 1 oder 4 AufenthG unter den dort im Einzelnen genannten Voraussetzungen dazu, dass der Aufenthalt des Ausländers als erlaubt (bzw. der abgelaufene Aufenthaltstitel als fortbestehend) gilt. Dagegen handelt es sich bei der Duldung nach § 60a AufenthG um die vorübergehende Aussetzung einer Abschiebung. Sie setzt, weil sonst eine Abschiebung nicht zulässig ist (§ 58 Abs. 1 AufenthG), notwendig voraus, dass der betreffende Ausländer vollziehbar ausreisepflichtig ist; sein weiterer Aufenthalt in der Bundesrepublik ist damit im Grunde nicht mehr als rechtmäßig anzusehen. Das ist bei einem nach § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG fiktiv rechtmäßigen Aufenthalt wie im Falle des Antragstellers gerade nicht der Fall; daher besteht keine vollziehbare Ausreisepflicht, eine Abschiebung ist ausgeschlossen (§ 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG) und nicht nur vorübergehend auszusetzen wie im Falle einer Duldung (oder auch bei verspäteter Antragstellung nach § 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG).

Dieser kategoriale Unterschied verbietet es auch im Rahmen des AsylbLG, den zumindest fiktiv rechtmäßigen Aufenthalt mit dem Fall des Aufenthalts auf Grund einer Duldung nach § 60a AufenthG gleich-

zustellen. Das AsylbLG sieht reduzierte Leistungen zur Existenzsicherung für Ausländer ohne längerfristige Bleibeperspektive vor (Frerichs in jurisPK-SGB XII, 1. Aufl. 2010, § 1 AsylbLG Rdnr. 6), wobei jedenfalls bei einigen Tatbestandsalternativen des § 1 AsylbLG hinzukommt, dass sich die Anspruchsinhaber nicht (mehr) rechtmäßig in Deutschland aufhalten. Von beidem kann bei Personen, die sich im Rahmen von § 81 Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AufenthG in Deutschland aufhalten, nicht, jedenfalls nicht regelmäßig ausgegangen werden. Dies verbietet eine entsprechende Anwendung der Vorschrift wegen der fehlenden Vergleichbarkeit auch im Hinblick auf deren Zweck.

Dieser Gesichtspunkt steht im Übrigen auch einer entsprechenden Anwendung von § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG entgegen (vgl. dazu Senat, 11.07.2006 – L 7 SO 19/06 ER). Diese Tatbestandsalternative bezieht sich zwar – anders als bei der Duldung – auf Fälle rechtmäßigen Aufenthalts im Inland, die zumindest insofern dem fiktiv rechtmäßigen Aufenthalt auf der Grundlage von § 81 Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AufenthG entsprechen. Auch sie sind jedoch dadurch gekennzeichnet, dass zumindest typischerweise eine dauerhafte Bindung an die Bundesrepublik nicht eintreten, sondern der Aufenthalt regelmäßig nur vorübergehend aus politischen oder humanitären Gründen oder wegen eines Krieges im Heimatland gestattet werden soll. Ein Aufenthalt nach § 81 Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AufenthG dagegen kann – wie gerade auch im hiesigen Fall – durchaus mit der Perspektive der Verfestigung verbunden sein.

dd) § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II steht auch sonst einer Gewährung von Sozialgeld jedenfalls ab dem 13. November 2010 nicht entgegen. So ergab und ergibt sich das Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1. erkennbar nicht allein aus dem Zweck der Arbeitssuche, so dass § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht einschlägig ist.

Angesichts der Einreise am 13. August 2010 lief am 12. November 2010 die Drei-Monats-Frist aus § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II ab, so dass die Vorschrift jedenfalls ab dem folgenden Tag nicht mehr zu einem Ausschluss des Anspruchs führen konnte. Ob dagegen schon in der Zeit vom 2. bis 12. November 2010 ein Anspruch bestand, muss als offen angesehen werden. Der Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II zunächst sieht einen Leistungsausschluss während der ersten drei Monate nach der Einreise für alle Ausländer vor, wenn sie weder Arbeitnehmer noch Selbständige noch freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU sind (für eine uneingeschränkte Anwendbarkeit auf alle Ausländer daher z.B. auch SG Stuttgart, 24.03.2011 – S 24 AS 1359/11 ER). Etwas anderes könnte sich allerdings zum einen daraus ergeben, dass der Gesetzgeber die Vorschrift in erster Linie im Hinblick auf Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, und deren dreimonatiges voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht (§ 2 Abs. 5 Freizügigkeitsgesetz/EU) geschaffen und insoweit von der Option des Artikels 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Rates vom 29. April 2004 Gebrauch gemacht hat (vgl. BT-Drs. 16/5065 S. 234; darauf abstellend etwa SG Berlin, 24.05.2011 – S 149 AS 17644/09). Allerdings hat dieser Zusammenhang im Wortlaut der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden. Zudem erscheint es im Hinblick auf die grundsätzliche Privilegierung von Unionsbürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen problematisch, den Anwendungsbereich auf jene zu beschränken.

Gegen die Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II könnte darüber hinaus sprechen, dass die Vorschrift auch Familienangehörige des Ausländers erfasst, dessen Leistungsberechtigung nach dem SGB

II in erster Linie in Frage steht. Insofern könnte der Norm der Grundsatz zu entnehmen sein, dass alle Familienangehörigen – jedenfalls soweit sie zu einer Bedarfsgemeinschaft gehören – einheitlich behandelt werden sollen. Nachdem die Antragstellerin zu 2. unstreitig alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II erfüllt, erscheint vor diesem Hintergrund fraglich, ob die Norm auf den Antragsteller zu 1. als deren Familienangehöriger anwendbar ist (vgl. auch dazu SG Berlin, 24.05.2011 – S 149 AS 17644/09).

Eine abschließende Klärung dieser in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage erscheint, noch dazu, da ein nur vergleichsweise kurzer Zeitraum betroffen ist, im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht angezeigt.

ee) Sonstige Bedenken hinsichtlich eines Anspruchs des Antragstellers zu 1. auf Sozialgeld sind nicht ersichtlich. Namentlich wird seine Hilfebedürftigkeit auch vom Antragsgegner nicht in Frage gestellt; Anhaltspunkte, dass ihm im streitigen Zeitraum – abgesehen von drei zur Überbrückung der Notlage gegebenen Privatdarlehen in Höhe von insgesamt 750,- Euro – Einkommen oder Vermögen zur Verfügung gestanden haben könnte, sind nicht ersichtlich.

ff) Auch ist vom Vorliegen des nach § 37 Abs. 1 und 2 SGB II notwendigen Leistungsantrags auszugehen, auch wenn ein Antrag in den Akten des Antragsgegners nicht eindeutig dokumentiert ist. Zunächst ist dieser dem Vortrag der Antragsteller nicht entgegengetreten, die Antragstellerin zu 2. habe am 25. Oktober 2010 dort vorgesprochen und die Aufnahme des Antragstellers zu 1. in die Bedarfsgemeinschaft und somit Leistungen nach dem SGB II für ihn beantragt. Ein Hinweis, dass dieser Vortrag zutrifft, ergibt sich zudem daraus, dass der Antragsgegner im Bescheid vom 5. November 2010 auf eine „zusätzliche Person (Partner) in der gemeinsamen Wohnung ab 1. Dezember 2010“ verwiesen und dazu „weil kein Anspruch zum SGB II!“ vermerkt hat, ohne dass ersichtlich wäre, was – außer der von den Antragstellern behaupteten Vorsprache – ihn gerade zu diesem Zeitpunkt zum Erlass eines entsprechenden Bescheides veranlasst haben könnte. Dazu passt zudem, dass der Antragsgegner – ohne das Datum des Eingangs zu vermerken, aber nach der Blattierung offenbar vor oder am 4. November 2010 – die ausländerrechtlichen Unterlagen vom 2. Oktober 2010 zu den Akten genommen hat. Zudem lässt sich aus einem Vermerk des Antragsgegners über eine Vorsprache der Antragstellerin zu 2. am 15. September 2010 entnehmen, dass schon bei dieser Gelegenheit über mögliche Leistungsansprüche des Antragstellers zu 1. gesprochen wurde; auch scheint der Antragsteller zu 1. ausweislich eines Aktenvermerks vom 8. November 2010 des Antragsgegners bei dieser Vorsprache am 15. September 2010 selbst mit anwesend gewesen zu sein und ein Leistungsbegehren zu erkennen gegeben zu haben – bereits dies dürfte als konkludenter Leistungsantrag genügen. Dies gilt umso mehr, als dabei vereinbart wurde, dass die Antragstellerin zu 2. über den Ablauf der Familienzusammenführung und den ausländerrechtlichen Status jeweils kurzfristig informiert und in der Folgezeit von Seiten der Antragsteller die bereits erwähnten ausländerrechtlichen Unterlagen eingereicht wurden.

Die Wirksamkeit eines von der Antragstellerin zu 2. zu Gunsten des Antragstellers zu 1. gestellten Antrags – wenn nicht sogar von einem von diesem persönlich gestellten Antrag im Rahmen der Vorsprache am 15. September 2010 ausgegangen werden kann – ergibt sich aus der Vollmachtsvermutung in § 38 SGB II.

Zudem hat dieser sich zwischenzeitlich das Handeln der Antragstellerin zu 2. zu Eigen gemacht und damit genehmigt.

gg) Schließlich ist die Leistungsgewährung an den Antragsteller zu 1. jedenfalls mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nicht durch die Bestandskraft eines entgegenstehenden Bescheides – auf die sich der Antragsgegner auch zu keinem Zeitpunkt berufen hat – ausgeschlossen.

Im Änderungsbescheid vom 5. November 2010 hat der Antragsgegner zwar, wenn auch nur durch die Worte „weil kein Anspruch zum SGB II!“ unter der eingetretenen Änderung, immerhin zu einem Leistungsanspruch des Antragstellers zu 1. Stellung genommen. Dem wird man allerdings einen hinreichend bestimmten und aus dem Empfängerhorizont als ablehnende Entscheidung erkennbaren Verfügungssatz zu diesen Leistungsansprüchen kaum entnehmen können. Vor allem aber findet sich in den Akten des Antragsgegners ein Vermerk vom 8. November 2010 zu einem Widerspruchsverfahren – wenn auch nicht der Widerspruch selbst – schon wegen des Änderungsbescheides vom 15. September 2010, wobei nach dem Vermerk auch in diesem Rahmen bereits die fehlende Bewilligung von Leistungen an den Antragsteller zu 1. beanstandet wurde. Der Bescheid vom 5. November 2010 dürfte somit über § 86 SGG Gegenstand eines bereits anhängigen Widerspruchsverfahrens geworden sein. Gleiches gilt auch für den Bescheid vom 10. Februar 2011, dem man mit der Bewilligung von Leistungen für den Antragsteller zu 1. (erst) ab 9. Februar 2011 möglicherweise eine konkludente Ablehnung von Leistungen bis 8. Februar 2011 entnehmen könnte.

Ein Abschluss dieses Widerspruchsverfahrens ist aus den Akten und auch sonst nicht ersichtlich, so dass von einer bestandskräftigen Ablehnung der Leistungsansprüche des Antragstellers zu 1. für den streitigen Zeitraum nicht ausgegangen werden kann.

Auf den genauen Stand des zwischenzeitlich eingeleiteten Überprüfungsverfahrens nach § 44 SGB X hinsichtlich der Bescheide vom 5. November 2010 und vom 10. Februar 2011 und insbesondere die Frage, ob Widerspruch gegen den eine Korrektur ablehnenden Bescheid vom 28. Juni 2011 eingelegt worden ist, dürfte es daher nicht ankommen.

d) Angesichts der ganz überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass dem Antragsteller zu 1. jedenfalls ab dem 13. November 2010 ein Anspruch auf Sozialgeld zusteht, reduzieren sich die Anforderungen an einen Anordnungsgrund entsprechend. Hinzu kommt, dass der Antragsteller während des gesamten Zeitraums keine existenzsichernden Leistungen erhalten hat, obwohl keine Hinweise darauf bestehen, dass ihm – abgesehen von den erwähnten Privatdarlehen und den Leistungen an seine Frau und seinen Sohn – sonstige finanzielle Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Unter diesen Umständen ist von einem Anordnungsgrund regelmäßig auszugehen. Zwar liegt der entsprechende Zeitraum inzwischen vollständig in der Vergangenheit; dabei kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass es sich um Zeiten handelt, nachdem der Antrag auf gerichtlichen Rechtsschutz bereits gestellt war. Daher kann, schon wegen des Rechts auf effektiven Rechtsschutz, nur sehr eingeschränkt von einem Wegfall des Anordnungsgrundes durch Zeitablauf ausgegangen werden. Der Senat erachtet vor diesem Hintergrund den Vortrag und die Belege über die vom Antragsteller aufgenommenen Privatdarlehen – auch wenn diese nicht übermäßig aussagekräftig

sind – als ausreichend, um einen Anordnungsgrund im Hinblick auf die weit überwiegenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache als ausreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

Dagegen muss das Bestehen eines Anspruchs für die Zeit vom 2. bis zum 12. November 2010 als offen angesehen werden. Angesichts des kurzen Zeitraums, der zudem inzwischen doch weit zurückliegt, und der (nur) in Höhe von 750,- Euro behaupteten Privatdarlehen, die aus den Nachzahlungen für den Zeitraum, für den die einstweilige Anordnung ergeht, ausgeglichen werden können, geht die unter diesen Umständen gebotene Folgenabwägung insoweit zu Lasten des Antragstellers aus.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG und berücksichtigt das weitgehende Obsiegen des Antragstellers zu 1. einerseits, wobei gewisse Abstriche wegen des Teilunterliegens in zeitlicher Hinsicht zu machen sind, und das vollständige Unterliegen der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3.

V.

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe liegen (nur) in der Person des Antragstellers zu 1. ab 29. Juli 2011 vor, also ab dem Tag, an dem der Prozesskostenhilfeantrag eingegangen ist.

Gemäß § 114 S. 1 ZPO, der über die Verweisungsnorm des § 73a Abs. 1 S. 1 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren gilt, ist einem Beteiligten auf Antrag Prozesskostenhilfe zu bewilligen, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.

Diese Voraussetzungen sind für den Antrag des Antragstellers zu 1. erfüllt, wobei auch im Hinblick auf die teilweise Antragsablehnung keine Einschränkungen geboten sind.

Die im Namen der Antragstellerin zu 2. und des Antragstellers zu 3. erhobene Beschwerde hatte dagegen wegen der fehlenden Prozessführungsbefugnis hinsichtlich der streitigen Ansprüche von vornherein keine Aussicht auf Erfolg.

Dieser Beschluss ist gemäß § 177 SGG unanfechtbar.

Vorinstanz: Beschluss des SG Frankfurt, 3. Juni 2011, Az: S 14 AS 1755/10 ER