

**L 4 AS 11/16 B ER**  
**S 24 AS 4480/15 ER**



## **Landessozialgericht Hamburg**

### **Beschluss**

In dem Beschwerdeverfahren

- Antragsteller und Beschwerdegegner -

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Markus Prottung  
Steindamm 91  
20099 Hamburg

g e g e n

Jobcenter team.arbeit.hamburg  
Billstraße 82  
20539 Hamburg

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Freie und Hansestadt Hamburg  
vertreten durch das Bezirksamt Altona  
-Rechtsamt-  
Platz der Republik 1  
22758 Hamburg

- Beigeladene -

hat der 4. Senat des Landessozialgerichts Hamburg am 11. Februar 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. Kuhl-Dominik, den Richter am Landessozialgericht Dr. Feuchte und die Richterin am Sozialgericht Rehder-Schremmer

**beschlossen:**

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 30. Dezember 2015 wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat auch die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers im Beschwerdeverfahren zu erstatten. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

**Gründe:**

Die am 5. Januar 2016 eingelegte Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Sozialgerichts Hamburg vom 30. Dezember 2015 ist statthaft und zulässig (§ 172 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 in Verbindung mit § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 173 des Sozialgerichtsgesetzes - SGG). Sie ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Antragsteller Anspruch auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) hat. Wegen der weiteren Begründung wird nach § 142 Abs. 2 Satz 3 SGG auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

Auch im Beschwerdeverfahren hat sich nicht feststellen lassen, dass der Antragsteller leistungsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) und damit gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen ist. Das hat der Senat bereits mit Verfügung vom 25. Januar 2016 mitgeteilt. In Betracht käme allein eine Leistungsberechtigung nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 (Besitz einer Duldung nach § 60a des Aufenthaltsgesetzes – AufenthG) oder Nr. 5 (vollziehbare Ausreisepflicht). Angesichts dessen, dass mit Bescheid vom 5. November 2015 die Vollziehung des eine Aufenthaltsgenehmigung versagenden Bescheids vom 6. Oktober 2015 nach § 80 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ausgesetzt wurde, bestehen aber durchgreifende Zweifel daran, dass der Antragsteller derzeit vollziehbar ausreisepflichtig ist. Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht dürfte aber Voraussetzung für die Erteilung einer Duldung nach § 60a AufenthG sein (vgl. den Beschluss des OVG Hamburg vom 30. April 2010 – 4 Bs 82/10). Im Übrigen ergibt sich auch aus dem Vermerk der Beigeladenen vom 23. November 2015 (Bl. 549 der Ausländerakte, dass dem Antragsteller schon mangels Zuständigkeit gerade keine Duldung nach § 60a AufenthG erteilt werden sollte.

Auch ein Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II wegen eines Aufenthaltsrechts allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ist nicht gegeben. Der Antragsteller hatte ein Aufenthaltsrecht nach § 28 AufenthG zum Zweck der Familienzusammenführung und macht derzeit die Ermöglichung eines Umgangsrechts mit seinen Kindern geltend.

Die Beigeladene hat es in der Hand, durch rasche Entscheidung über den Widerspruch, der gegen die Verfügung vom 6. Oktober 2015 eingelegt wurde, eine andere rechtliche Situation zu schaffen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).

gez. Dr. Feuchte

gez. Rehder-Schremmer

gez. Dr. Kuhl-Dominik

Ausgefertigt:

Hamburg, den 12. Februar 2016

  
Hötling  
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle





# Sozialgericht Hamburg

## Beschluss

In dem Rechtsstreit

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte(r):  
Rechtsanwalt Markus Prottung  
Steindamm 91  
20099 Hamburg

g e g e n

Jobcenter team.arbeit.hamburg  
-Rechtsstelle-  
Billstraße 82-84  
20539 Hamburg

- Antragsgegner -

hat die Kammer 24 des Sozialgerichts Hamburg am 30. Dezember 2015 durch die Richterin Knoll beschlossen:

- 1.) Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen vom 25. November 2015 bis zum 29. Februar 2016 zu gewähren.
- 2.) Der Antragsgegner trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers.

## Gründe

### I.

Der Antragsteller begehrt die Gewährung von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II.

Der Antragsteller ist russischer Staatsangehöriger. Er lebte seit 2010 aufgrund einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG in Hamburg, da er mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet war und zwei minderjährige Töchter deutscher Staatsangehörigkeit hat.

Der Antragsteller lebte sodann seit 2012 von seiner Ehefrau getrennt, ein Scheidungsverfahren wurde eingeleitet. Der letzte Aufenthaltstitel galt bis zum 2. Mai 2015. Am 23. Juni 2015 beantragte der Antragsteller die Verlängerung seiner bisherigen Aufenthaltserlaubnis. Die elterliche Sorge der Kinder wurde der Ehefrau des Antragstellers übertragen.

Mit Bescheid vom 6. Oktober 2015 wurde die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers durch das Bezirksamt Hamburg-Altona abgelehnt. Gleichzeitig wurde der Antragsteller zur Ausreise bis zum 12. November 2015 aufgefordert und ihm wurde die Abschiebung angedroht. Der Antragsteller legte diesbezüglich am 15. Oktober 2015 Widerspruch ein, im Rahmen des Widerspruchsverfahrens wurde die Vollziehung des Bescheids vom 6. Oktober 2015 nach § 80 Abs. 4 VwGO ausgesetzt. Es wurden dem Antragsteller Dokumente zur Verfügung gestellt, mit denen die Aussetzung der Vollziehung des Bescheids vom 6. Oktober 2015 sowie die Fiktionswirkung nach § 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG jeweils bis zum 29. Februar 2016 bestätigt wurden.

Der Antragsteller hatte bei dem Antragsgegner am 12. November 2015 einen Antrag auf Leistungen der Grundsicherung gestellt. Dieser wurde durch den Antragsgegner mit Bescheid vom 16. November 2015 unter Verweis darauf abgelehnt, dass der Antragsteller angesichts der Ausreiseverfügung seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Bundesrepublik Deutschland habe. Gegen die Ablehnung legte der Antragsteller mit Schreiben vom 19. November 2015 ebenfalls Widerspruch ein.

Der Antragsteller stellte sodann am 25. November 2015 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und beantragt

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB 2 zu bewilligen.

Der Antragsgegner beantragt,  
den Antrag abzuweisen.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, dass Asylbewerber und ausreisepflichtige, geduldete Personen keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende haben, dies gelte auch für den Antragsteller.

## II.

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

Einstweilige Anordnungen sind gemäß § 86b Abs. 2 S. 2 SGG zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Erforderlich ist danach zum einen das Vorliegen eines Anordnungsgrundes im Sinne der Notwendigkeit einer Eilentscheidung, zum anderen ein Anordnungsanspruch, d.h. ein materiell-rechtlicher Anspruch auf die begehrte Leistung. Sowohl der Anordnungsgrund als auch der Anordnungsanspruch sind glaubhaft zu machen (§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO)). Ein Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen überwiegend wahrscheinlich sind. Dies erfordert, dass mehr für als gegen die Richtigkeit der Angaben spricht (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86b Rn. 16b). Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86b Rn. 29).

Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Es ist überwiegend wahrscheinlich, dass er einen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung aus § 19 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II hat (dazu unter 1.)). Der Antragsteller ist auch nicht gem. § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II von Leistungen ausgeschlossen (dazu unter 2.)).

1.) Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II gem. § 19 Abs. 1 S. 1 SGB II in Verbindung mit §§ 7, 9 SGB II liegen nach der gebotenen summarischen Prüfung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vor.

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II erhalten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Der am 26. Februar 1973 geborene Antragsteller erfüllt die Altersvoraussetzungen und gehört zum Kreis der erwerbsfähigen Leistungsberechtigten. Der Erwerbsfähigkeit des Antragstellers steht auch nicht etwa die Ablehnung der Verlängerung seines Aufenthaltstitels entgegen. Nach § 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG gilt für Zwecke der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit der Aufenthaltstitel als fortbestehend, solange die Frist zur Erhebung des Widerspruchs oder der Klage noch nicht abgelaufen ist, während eines gerichtlichen Verfahrens über einen zulässigen Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der sofortigen Vollziehung oder solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. Ausweislich der Bescheinigung des Bezirksamtes Altona vom 5. November 2015 liegen diese Voraussetzungen im Hinblick auf den Antragsteller vor.

Das Gericht geht weiterhin von einer Hilfebedürftigkeit des Antragstellers aus.

Nach § 9 Abs. 1 SGB II ist hilfebedürftig, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Nur wenn sich der Antragsteller bzw. die Antragstellerin trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten nicht oder nicht in vollem Umfang alleine helfen kann, entsteht die subsidiäre Verantwortung des Staates, ihm/ihr durch die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II ein der Würde des Menschen entsprechendes Leben zu ermöglichen und den Lebensunterhalt im Rahmen des sog. soziokulturellen Existenzminimums zu sichern (vgl. *Hengelhaupt* in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand: 02/07, § 9 Rn. 43).

Der Antragsteller verfügt ausweislich der im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens eingereichten Kontoauszüge mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über kein Einkommen, welches ihm das Bestreiten seines Lebensunterhalts ermöglichen würde.

Schließlich hat der Antragsteller auch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland.

Den 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 Satz 3 SGB I).

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts orientiert sich dabei an den tatsächlichen Verhältnissen und setzt nicht voraus, dass der Leistungsberechtigte sich rechtmäßig und ordnungsgemäß gemeldet in der Bundesrepublik Deutschland aufhält (vgl. Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB, 10/15, § 7 SGB II, Rn. 110). Neben dem tatsächlich zu beurteilenden gewöhnlichen Aufenthalt ist das Innehaben eines bestimmten Aufenthaltstitels nach dem Aufenthaltsgesetz im Rahmen nicht erforderlich (BSG, Urteil vom 30. Januar 2013 – B 4 AS 54/12 R). Daher ist es vorliegend für die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts unschädlich, dass der Aufenthaltstitel des Antragstellers nicht verlängert worden ist.

Das Gericht geht unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen davon aus, dass der Antragsteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Hamburg hat. Er lebt bereits seit 2010 in derselben Stadt und setzte dies auch nach dem Scheitern seiner Ehe fort. Insofern ist davon auszugehen, dass der Antragsteller seinen Aufenthalt nicht nur vorübergehend in Hamburg hat und auch plant, hier zu verweilen. Der ungewisse Ausgang des ausländerrechtlichen Verfahrens ändert an der Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts aufgrund der maßgeblichen, rein tatsächlichen Betrachtungsweise ebenfalls nichts.

Auch derzeit hält sich der Antragsteller weiterhin in Hamburg auf. Mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 überreichte der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers den Kostenfestsetzungsbescheid von „fördern und wohnen“, mit dem die Kosten der Unterbringung für den Zeitraum ab Februar 2014 laufend 133,50 EUR betragen. Das Gericht geht daher davon aus, dass der Antragsteller weiterhin in dieser Unterkunft lebt. Anhand der im Rahmen des Verfahrens eingereichten Kontoauszüge lassen sich darüber hinaus auch aktuell die Abbuchungen des HVV erkennen.

2.) Der Antragsteller ist nicht nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II von Leistungen der Grundsicherung ausgeschlossen.

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II sind Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Anspruchsberechtigt nach dem Asylbewerberleistungsgesetz sind Ausländer, die sich tatsächlich im Bundesgebiet aufhalten und die

1. eine Aufenthaltsgestattung nach dem Asylgesetz besitzen,
2. über einen Flughafen einreisen wollen und denen die Einreise nicht oder noch nicht gestattet ist,
3. eine Aufenthaltserlaubnis besitzen
  - a) wegen des Krieges in ihrem Heimatland nach § 23 Absatz 1 oder § 24 des Aufenthaltsgesetzes,
  - b) nach § 25 Absatz 4 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes oder
  - c) nach § 25 Absatz 5 des Aufenthaltsgesetzes, sofern die Entscheidung über die Aussetzung ihrer Abschiebung noch nicht 18 Monate zurückliegt,
4. eine Duldung nach § 60a des Aufenthaltsgesetzes besitzen,
5. vollziehbar ausreisepflichtig sind, auch wenn eine Abschiebungsandrohung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist,
6. Ehegatten, Lebenspartner oder minderjährige Kinder der in den Nummern 1 bis 5 genannten Personen sind, ohne daß sie selbst die dort genannten Voraussetzungen erfüllen, oder
7. einen Folgeantrag nach § 71 des Asylgesetzes oder einen Zweitantrag nach § 71a des Asylgesetzes stellen.

Von diesen Tatbeständen käme lediglich der Auffangtatbestand nach Nr. 5 in Betracht, sofern der Antragsteller vollziehbar ausreisepflichtig wäre. Dies ist jedoch nach Auffassung des Gerichts vorliegend nicht der Fall:

Gegenüber dem Antragsteller wurde mit Bescheid vom 6. Oktober 2015 die Verlängerung des Aufenthaltstitels abgelehnt, die Ausreiseverfügung ausgesprochen sowie die Abschiebung angedroht. Eine vollziehbare Ausreiseverpflichtung bestand also zunächst.

Sodann setzte das Bezirksamt Hamburg Altona jedoch mit dem Schreiben vom 5. November 2015 die Vollziehung des Bescheids vom 6. Oktober aus. Indem das Bezirksamt die Aussetzung der Vollziehung des Bescheids insgesamt angeordnet hat, ohne zwischen den verschiedenen Verfügungen zu differenzieren, wurde vorliegend nicht lediglich die Vollziehung der Abschiebungsandrohung ausgesetzt, sondern darüber hinaus auch die Vollziehung der in dem Bescheid vom 6. Oktober 2015 enthaltene Ausreiseverfügung. Daher fehlt es derzeit an einer vollziehbaren Ausreisepflicht, die für die Anspruchsberechtigung nach § 1 AsylbLG jedoch erforderlich wäre (SG Berlin, Beschluss vom 07. Februar 2011 – S 148 AS 1401/11 ER; i.E. wohl ebenso LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 19. Januar 2011 – L 18 AS 380/10; BSG, Beschluss vom 06.07.2012 - B 4 AS 27/AS B).

Ein Anspruch auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG. Von dieser Vorschrift werden lediglich Duldungen nach § 60a AufenthG erfasst (Adolph in: Adolph, SGB II, SGB XII, AsylbLG, 45. UPD 11/2015, § 1 Leistungsberechtigte, Rn. 36). Daher ist der Ausschlussgrund nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II nicht einschlägig.

Der Zeitraum der einstweiligen Anordnung war vorliegend auf den Zeitraum bis zum 29. Februar 2016 zu begrenzen. Die Vollziehung der Ausreiseverfügung wurde lediglich bis zu diesem Zeitpunkt ausgesetzt, sodass (derzeit) lediglich bis zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden kann, dass keine Leistungsberechtigung des Antragstellers nach dem Asylbewerberleistungsgesetz besteht.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG.

### Rechtsmittelbelehrung

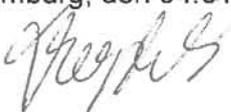
Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig.

Sie ist binnen eines Monats nach seiner Bekanntgabe schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Sozialgericht Hamburg, **Dammtorstraße 7, 20354 Hamburg**, oder schriftlich bei der Gemeinsamen Annahmestelle für das Landgericht Hamburg, das Amtsgericht Hamburg und weitere Behörden, Sievekingplatz 1, 20355 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Landessozialgericht Hamburg, **Dammtorstraße 7, 20354 Hamburg**, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

gez. Knoll  
Vorsitzende

Ausgefertigt  
Hamburg, den 04.01.2016

  
Theophilus  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle