

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Beschluss vom 13.12.2005

1. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 22. September 2005 aufgehoben. Der auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtete Antrag der Antragsteller zu 1 bis 3 vom 29. August 2005 wird abgelehnt.
2. Der Kostengrundbeschluss vom 28. September 2005 wird aufgehoben. Außergerichtliche Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz sind nicht zu erstatten.
3. Den Antragstellern wird Prozesskostenhilfe für die zweite Instanz seit 21. November 2005 gewährt und Frau Rechtsanwältin P S beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Antragsteller (Ast.), als kolumbianische Staatsangehörige ausgewiesen, reisten am 19. Februar 1999 auf dem Luftweg in die Bundesrepublik Deutschland ein und stellten am 24. Februar 1999 Asylanträge. Dem entsprach das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 09. März 2000. Die hiergegen gerichtete Klage des Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten vor dem Verwaltungsgericht F zu dem Aktenzeichen ist bislang nicht entschieden. Die Ast. sind gemeinsam wohnhaft unter der im Rubrum genannten Anschrift in S seit dem 01. September 2000.

Nach dem Inhalt der Verwaltungsakte der Antragsgegnerin (Agg.) richtete der Ast. zu 1 für die Bedarfsgemeinschaft am 16. September 2004 einen Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II an das damalige Arbeitsamt F - Geschäftsstelle S - für die Zeit seit 01. Januar 2005. Weder er, der Ast. zu 1, noch seine Ehefrau, die Ast. zu 2, seien im Besitz einer Arbeitserlaubnis. Bisher habe man Sozialhilfe nach dem BSHG seitens der Stadt S bezogen. Beigefügt war die Kopie einer Aufenthaltsgestattung nach § 63 Asylverfahrensgesetz - AsylVfG - , der zufolge die räumliche Beschränkung nach § 58 Abs. 4 AsylVfG aufgehoben war und die Inhaber der Gestattung verpflichtet seien, in der ...Straße 29, S zu wohnen. Die Gültigkeitsdauer war seinerzeit bis zum 29. Dezember 2004 verlängert.

Am 31. März 2005 stellt der Ast. zu 1 einen "Fortzahlungsantrag" auf Leistungen nach dem SGB II. Beigefügt war ein Antragsvordruck, auf welchem die Ausländerbehörde des Landrates M unter dem 31. März 2005 das Einreichen eines Antrages auf Arbeitserlaubnis bestätigte. Sowohl der Ast. zu 1 wie die Ast. zu 2 erklärten darin, bis 29. Juni 2005 sei ihre Aufenthaltsgestattung gültig. Angaben zu einem in Aussicht genommenen Beschäftigungsbetrieb fehlten ebenso wie die Beschreibung einer in Aussicht genommenen Beschäftigungsstelle. Für den Ast. zu 1 fand sich lediglich die Berufsbezeichnung "Computertechniker", für die Ast. zu 2 die Bezeichnung "Lehrerin", für beide war im Übrigen die Kategorie "Uni/Hochschule" als "Qualifikation" angekreuzt.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2005 meldete das Sozialamt des Landrates M bei dem Agg. einen Ersatzanspruch gemäß § 104 SGB X an. Für die Zeit vom 01. Januar 2005 bis 31. März 2005 und erneut wegen Mittellosigkeit für die Zeit vom 01. April bis 31. Mai 2005 seien Leistun-

gen von dort für die Ast. gewährt worden. Die Familie sei nach dem Asylbewerberleistungsgesetz nicht anspruchsberechtigt. Auf Krankengeld habe die Tochter keinen Anspruch. Die Agg. sei leistungszuständig nach § 7 SGB II.

Am 08. Juni 2005 stellte der Ast. zu 1 erneut Fortzahlungsantrag bei dem Agg. Einem Aktenvermerk der Mitarbeiterin S des Agg. vom 27. Juli 2005 zufolge (Gespräch mit der Mitarbeiterin H der Ausländerbehörde) habe der Ast. zu 1 den Antrag (auf "Arbeitserlaubnis") abgegeben, aber keinen Arbeitgeber. Ohne einen Arbeitgeber könne keine Arbeitserlaubnis erteilt werden (Verwaltungsakte Blatt 48).

Unter Bezugnahme auf den Formantrag vom 08. Juni 2005 hat der Agg. mit Bescheid vom 25. Juli 2005 leistungsablehnend entschieden. Dem Ast. sei die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erlaubt und könne auch nicht durch die Agentur für Arbeit erlaubt werden (§ 7 Abs. 1 Satz 2 und § 8 Abs. 2 SGB II).

In seinem Widerspruch vom 26. August 2005 haben die Ast. geltend gemacht, die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Alternative 2 SGB II würden vorliegen. Die rechtliche Möglichkeit, die Aufnahme einer Beschäftigung zu erlauben, reiche aus.

Diese Möglichkeit sehe auch § 61 Abs. 2 Asylverfahrensgesetz - AsylVfG - vor, wonach die Erteilung einer Arbeitserlaubnis in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt sei. Da ihnen erlaubt sei, außerhalb einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen, sei die Erteilung auch nicht ausgeschlossen, § 61 Abs. 1 AsylVfG.

Am 29. August 2005 beim Sozialgericht F eingehend, beantragten die Ast. zu 1 und zu 2 einstweiligen Rechtsschutz. Ab 01. September 2005 sei die Familie völlig mittellos. Es bestehe völlige Unklarheit, wer für ihre Angelegenheit zuständig sei. Das Sozialgericht hat die Sache zunächst zum Aktenzeichen S erfasst, weil es davon ausging, es handele sich um eine nach dem SGB XII zu beurteilende Sache und die Ast. einen Anspruchsgegner zunächst nicht bezeichnet hatten. Der Landrat des Landkreises M hat in seinem Schriftsatz vom 07. September 2005 vorgetragen, ausweislich der durch die Ausländerbehörde ausgestellten Aufenthaltsgestattungen sei den Ast. zu 1 und zu 2 die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit erlaubt. Sozialhilfe erhalte nach § 2 Abs. 1 SGB XII nicht, wer die erforderlichen Leistungen von anderen, insbesondere von Trägern anderer Sozialleistungen erhalte.

Sofern das JobCenter M die Auffassung vertrete, die Ast. besäßen keine Erlaubnis zur Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, stehe dem die Entscheidung der Ausländerbehörde in der Aufenthaltsgestattung - zuletzt erteilt am 01. Juli 2005 - entgegen. Den Antragsstellern könnte somit bei Benennung eines entsprechenden Arbeitgebers eine Beschäftigung erlaubt werden.

Mit Schriftsatz vom 16. September 2005 haben die Ast. klargestellt, dass die im Passivrubrum bezeichnete Behörde als Agg. verpflichtet werden solle, worauf die Sache, wie nunmehr geschehen, erfasst wurde.

Mit Beschluss vom 22. September 2005 hat das Sozialgericht den Agg. verpflichtet, den Ast. Leistungen nach dem SGB II ab dem 01. September 2005 monatlich in Höhe von 1.035,21 Euro bis zum 31. Dezember 2005 zu zahlen. Das SG war der Auffassung, nach summarischer Prüfung sei den Ast. zu 1 und 2 eine Beschäftigung zwar nicht erlaubt, denn die Aufenthaltsgestattung, welche bis zum 29. Dezember 2005 befristet sei, sehe als Nebenbestimmung vor: "Selbständige Erwerbstätigkeit oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit nicht

gestattet. Arbeitsaufnahme nur mit gültiger Arbeitserlaubnis gestattet". Das Gericht gehe jedoch davon aus, dass den Ast. zu 1 und zu 2 eine Beschäftigung erlaubt werden könnte. Hierfür hat es sich auf § 61 Abs. 2 AsylVfG und die §§ 39 bis 42 des Aufenthaltsgesetzes - AufenthaltG - bezogen. Im Sinne des § 8 Abs. 2 2. Alternative SGB II reiche es hin, dass eine positive Entscheidung der Agentur für Arbeit rechtlich zulässig sei. Den Ast. zu 1 und zu 2 dürfe eine Arbeitserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Die Entscheidung wurde dem Agg. am 27. September 2005 zugestellt. Mit Beschluss vom 29. September 2005 hat das Sozialgericht den zunächst unterlassenen Kostenausspruch nachgeholt.

Einem der Bewerber-Angebot-Kartei (BewA) in der Verwaltungsakte des Agg. zu entnehmenden Vermerk vom 15. September 2005 zufolge, wünscht der Ast. zu 1 eine Tätigkeit als Bürohilfskraft. Die ebenfalls in der Verwaltungsakte des Agg. befindliche Kopie der Aufenthaltsgestattung vom 01. Juli 2005 - gültig bis 29. Dezember 2005 - enthält den vom Sozialgericht zitierten Vermerk einer Nebenbestimmung.

Zurückweisenden Widerspruchsbescheid erließ der Agg. unter dem 04. Oktober 2005. Die Aufnahme einer Beschäftigung könne dem Ast. auch nicht erlaubt werden. Die Voraussetzungen einer möglichen Erteilung beinhalteten prognostische Elemente. Insbesondere dürften für die von dem Ast. zu 1 angestrebte Tätigkeit einer Bürohilfskraft keine deutschen Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Es seien indes hierfür ausreichend deutsche Arbeitnehmer beschäftigungslos gemeldet.

Mit ihrer zum Aktenzeichen S erhobenen Klage haben die Ast. die Hauptsache beim Sozialgericht F am 18. Oktober 2005 weiterverfolgt.

Am 12. Oktober 2005 hat der Agg. Beschwerde eingelegt und sich auf die Begründungsausführungen, wie im Widerspruchsbescheid dargelegt, bezogen.

Er hat beantragt,

1. den Bescheid vom 22. September 2005 und vom 29. September 2005 aufzuheben und den Antrag abzulehnen, hilfsweise den Vollzug gemäß § 175 Satz 3 SGG auszusetzen sowie
2. gemäß § 193 SGG zu entscheiden, dass außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten seien.

Die Ast. beantragen,

die Beschwerde des Agg. zurückzuweisen sowie ihnen Prozesskostenhilfe (PKH) unter Beiordnung von Frau Rechtsanwältin S für die Beschwerdeinstanz zu bewilligen.

§ 61 Nr. 2 AsylVfG stelle die Erteilung einer Arbeitserlaubnis in das Ermessen der Ausländerbehörde. § 8 Abs. 2 SGB II verlange nur die Möglichkeit, eine Beschäftigungsaufnahme zu erlauben.

Das Sozialgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Verwaltungsakte des Agg., die dem Senat vorliegende Akte des Verfahrens sowie die Hauptsacheakte verwiesen. Die genannten Unterlagen haben dem Senat bei seiner Entscheidung vorgelegen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Agg. ist begründet.

Diese musste mit ihrem Hauptantrag zu 1 Erfolg haben.

Es mangelt an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches.

Dessen Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der Anforderungen an eine Glaubhaftmachung im Verfahren wegen Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht gegeben (§ 86 b Abs. 2 Satz 1, Satz 4 SGG i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand dürften die Ast. keinen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II haben, denn den Ast. zu 1 und zu 2 "könnte" auch die Aufnahme einer Beschäftigung im Sinne dieser Norm nicht erlaubt werden.

Im Einzelnen:

Nach § 7 Abs. 1 erhalten Leistungen nach dem SGB II Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erwerbsfähig sind, hilfsbedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige). Ausländer - wie die Ast. - haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der BRD und erhalten Leistungen nach dem SGB II, wenn die Voraussetzungen nach § 8 Abs. 2 SGB II vorliegen. Dies gilt nicht für Leistungsberechtigte nach dem § 1 des Asylbewerberleistungsgesetz - AsylbLG -.

Zutreffend gehen die Ast. - von dem Agg. nicht in Frage gestellt - davon aus, dass diese nach dem AsylbLG nicht leistungsberechtigt sind, denn die Leistungsberechtigung nach diesem Gesetz endet mit Ablauf des Monats, in dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge den Ausländer als Asylberechtigte anerkannt hat - hier also mit Ablauf des März 2000 - , auch wenn die Entscheidung wie hier noch nicht unanfechtbar ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alternative AsylbLG).

§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II ordnet ferner an, dass aufenthaltsrechtliche Bestimmungen unberührt bleiben. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen für Zeiten seit dem 01. Januar 2005 - wie hier erheblich - finden sich im Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) vom 30. Juli 2004 (BGBl I S. 1950), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 2005, (BGBl I S. 1818). Dieses Gesetz enthält insbesondere in den §§ 4, 18, 39 ff. Vorschriften u. a. zur Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit an der Arbeitsmarktzulassung von Ausländern und den insoweit erheblichen Prüfungsmaßstäben.

Anders als nach dem bisherigen Recht wird die Verwaltungsentscheidung auch bezüglich der Arbeitsmarktzulassung in einer Art "one stop-governement" seitens der Ausländerbehörde getroffen und gegenüber dem ausländischen Antragsteller verantwortet. Das Zustimmungsverfahren zwischen Bundesagentur für Arbeit und Ausländerbehörde hat (nur) interne Bedeutung. Gegenstand und Inhalt der Prüfung haben sich im Grundsatz aber nicht geändert. Das Prüfungsprogramm des bisherigen § 285 SGB III ist im Wesentlichen beibehalten (Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 8. Auflage, 2005, § 39 Rz. 2 ff.).

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 (erste Alternative) die Aufnahme einer Beschäftigung tatsächlich erlaubt ist oder (zweite Alternative) erlaubt werden könnte.

Bezüglich der ersten Alternative ist festzustellen, dass nach der Nebenbestimmung der Aufenthaltsgestattung den Antragstellern zu 1 und 2 die Aufnahme einer Beschäftigung konkret-individuell gerade versagt ist. Schon hier könnte in Frage stehen, ob in derartigen Fällen, in denen bisher nach dem Inhalt der Nebenbestimmung ihrer Aufenthaltsgestattung gerade davon auszugehen ist, dass nach den gesetzlichen Maßstäben des Arbeitsmarktzugangsrechts - also nach "interner" Prüfung seitens der BA im Wege des Zustimmungsverfahrens - eine Beschäftigung nicht erlaubt ist, noch eine Berufung auf die Alternative 2 möglich ist. Zwar haben die Ast. zu 1 und 2 diesbezüglich am 31. März 2005 bei der Ausländerbehörde Anträge auf Arbeitsmarktzulassung gestellt, welche offenbar bisher nicht entschieden sind. Diese Anträge dürften wohl auch (noch) nicht entscheidungsreif sein, denn die arbeitsmarktliche Prüfung hat grundsätzlich einzelfallbezogen und konkret unter Bezugnahme auf eine in Aussicht genommene Beschäftigung bei einem bestimmten einstellungsbereiten Arbeitgeber zu erfolgen (Renner a.a.O., § 39 Rz. 8 ff.). Hierfür ist weder etwas vorgetragen, noch sonst ersichtlich.

Der Senat lässt diese Frage dahinstehen, denn selbst wenn der Anspruch nicht bereits an den vorliegenden Versagungen der Arbeitserlaubnis scheiterte, liegen die dann notwendigen Voraussetzungen der Alternative 2 nicht vor.

Danach könnten die Ast. nur Erfolg haben, wenn § 8 Abs. 2 Satz 2 Alternative 2 SGB II dahin zu verstehen wäre, dass die gesetzgeberisch eingeräumte, abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis - im Außenverhältnis durch die Ausländerbehörde bei ggf. erforderlicher Zustimmung der BA - hinreichte.

Hiergegen spricht schon systematisch, dass eine derartige weite Interpretation es nicht notwendig gemacht hätte, die erste Alternative (faktisches Vorhandensein einer Erlaubnis) überhaupt vorzusehen, denn letztere hätte die erstere umfasst.

Teleologisch spricht gegen diese weite Interpretation ferner, dass der Gesetzgeber dann hätte darauf verzichten wollen, Kriterien der Steuerung der Ausländerbeschäftigung bezüglich des zwar fürsorgerechtlichen, aber strikt arbeitsmarktbezogenen Leistungssystems des SGB II für erheblich zu erklären. Der Senat legt hingegen zugrunde, der Gesetzgeber habe mit der zweiten Alternative im Ausgangspunkt zunächst nur auf das je einschlägige Recht der Arbeitsmarktsteuerung verweisen wollen. Für diese Auslegung gibt auch § 7 Abs. 1 Satz 4 SGB II einen Hinweis.

Das für die Ast. zu 1 und 2 als Asylbewerber einschlägige Recht findet sich insoweit in § 61 Abs. 2 AsylVfG. Danach kann den Ast., die sich gestattet seit weit mehr als dem geforderten einem Jahr im Bundesgebiet aufhalten, 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 BA zulässig ist. Die §§ 39 bis 42 des AufenthG gelten entsprechend. Damit unterliegen die Ast. zu 1 und 2 einem Arbeitsmarktzugang im Sinne einer Ermessensnorm, welche neben der grundsätzlichen Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit auf der Tatbestandseite hinsichtlich der Ermessensvoraussetzungen auf § 39 AufenthG verweist.

Als Ermessensvoraussetzungen ist in § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a AufenthG bestimmt, dass sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben sowie (Nr. 1 b) für die Beschäftigung deutscher 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 und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird.

Diese Grundvoraussetzung einer Ermessensbetätigung seitens der BA bzw. der Ausländerbehörde ist für den Ast. zu 1 schon nicht feststellbar, denn für die - ohne Bezug auf einen bestimmten Arbeitgeber - gewünschte Tätigkeit des allgemeinen Arbeitsmarktes im Beruf einer Bürohilfskraft stehen - wie von der Beklagten vorgetragen und von dem Ast. zu 1 nicht in Abrede gestellt - ausreichend bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung. Für die Ast. zu 2 ist ein Vermittlungsbegehren bezüglich einer bestimmten Berufstätigkeit überhaupt nicht erkennbar.

Jedenfalls für den Fall, indem ein Anspruch auf Ermessensbetätigung wegen offensichtlichen Fehlens der tatbestandlichen Ermessensvoraussetzungen - wie hier - bezüglich der Arbeitsmarktlage scheitert, kann im Sinne des § 8 Abs. 2 zweite Alternative SGB II ein "erlaubt werden können" nicht anzunehmen sein. Der Anspruchsteller steht dann dem rechtlichen Arbeitsmarktzugang (noch) derart fern, dass es nicht gerechtfertigt ist, ihn dem arbeitsmarktbezogenen Existenzsicherungssystem zuzuordnen (ähnlich wie hier: teilweise noch unter Bezug auf § 285 SGB III: Reinhardt in Kruse/Reinhardt/Winkler, SGB II, K., 2005, § 8 Rz. 9; Löns/Herold-Tens, SGB II, 2005, § 8 Rz. 4; enger: Seegmüller in Estelmann (Herausgeber), SGB II, § 8 Rz. 45 ff.: im Ergebnis nur bei "0-Fall"; offenbar Abstellen auf vorliegende Ermessensvoraussetzungen bei für Antragsteller positiver Vorrangprüfung und offenem Ergebnis der Ermessensbetätigung: Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, K., § 8 Rz. 20; "Aussicht" auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis reiche hin, diese könne in positiver Arbeitsmarktprognose bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen zum Ausdruck kommen - so Blüggel in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2005, § 8 Rz. 61, 62; zu weitgehend Brühl in LPK-SGB II, § 8 Rz. 35 unter Hinweis auf Sieveking, ZAR 2004, 283, 286).

Nach allem musste die Beschwerde Erfolg haben.

Die Kostentscheidung folgt aus § 193 SGG analog.

Für die PKH-Bewilligung bezüglich des Beschwerdeverfahrens war nicht zu prüfen, ob die Rechtsverteidigung hinreichende Erfolgsaussicht bot, da der Agg. das Rechtsmittel eingelegt hat (§ 119 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Gegen diesen Beschluss sieht das Gesetz einen ordentlichen Rechtsbehelf nicht vor (§ 177 SGG).

1. Instanz: Sozialgericht Frankfurt (Oder), S 17 AS 489/05 ER, 22.09.2005