# L 29 AS 1820/09 B ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
29
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 114 AS 30294/09 ER
Datum
08.10.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 29 AS 1820/09 B ER
Datum
27.01.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 8. Oktober 2009 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Der 19 ... geborene Antragsteller ist lettischer Staatsbürger. Am 12. Mai 2009 beantragte er bei dem Antragsgegner Leistungen nach dem SGB II. In diesem Zusammenhang gab er an, er kön-ne nur privat krankenversichert sein, es sei insbesondere zu klären, ob der Mindestbetrag für einen solchen Krankenversicherungsschutz von 570 EUR/monatlich von dem Antragsgegner über-nommen werde.

Der Antragsteller ist seit Dezember 2006 unter der aus dem Rubrum ersichtlichen Anschrift in seiner 46 m² großen 2 - Raum - Eigentumswohnung in Berlin gemeldet, die er zuvor im Wege der Zwangsversteigerung mit Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 10. April 2006 für 22.000 EUR ersteigert hatte. Bei der Antragstellung gab er zudem an, von März 2006 bis zum 30. Oktober 2007 als Selbstständiger für die Firma R GmbH B tätig gewesen zu sein. Hierzu legte er ein Schreiben der B E GmbH vom 20. Mai 2009 vor, in dem diese bestätigte, der An-tragsteller sei im Zeitraum vom 1. März 2006 bis zum 30. Oktober 2007 aufgrund eines Werk- und Dienstvertrages bei der ehemaligen Firma R GmbH (gemeint ist wohl R GmbH) beschäf-tigt gewesen. Nach diesem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Werk- und Dienstvertrag vom 1. März 2006 war der Antragsteller verpflichtet, Installations- und Wartungsarbeiten in sämtlichen Geschäftsfilialen der R GmbH mit einem wöchentlichen Zeitaufwand von 25 Stun-den für eine monatliche Grundvergütung in Höhe von 1200 EUR zu verrichten.

Von November 2007 bis Dezember 2007 ging der Kläger nach eigenen Angaben einer Be-schäftigung in Dänemark nach; seit Januar 2008 halte er sich wieder in Berlin auf, wo er von seinen Ersparnissen gelebt habe. Ausweislich einer Gewerbe-Anmeldung des Bezirksamtes Tempelhof-Schöneberg von Berlin vom 28. Februar 2006 hatte der Antragsteller zum 1. März 2006 ein Gewerbe für Installation und Wartung von Kühlanlagen angemeldet, dieses Gewerbe ausweislich der Gewerbe-Ummeldung des Bezirksamtes Charlottenburg-Wilmersdorf von Ber-lin vom 13. März 2009 am selben Tage aufgegeben und ein Gewerbe für "Trockenbau, Fliesen-leger" angemeldet.

Am 11. September 2009 hat der Antragsteller bei dem Sozialgericht Berlin im Wege der einst-weiligen Anordnung beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, ab dem 25. Mai 2009 bis auf weiteres Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu gewähren. Nach der Beendigung der Tätigkeit für die Firma R GmbH habe er von seinen Ersparnissen und kleineren "Zufälligkeitsarbeitsgelegenheiten" gelebt. Am 13. März 2009 habe er eine Ge-werbe- Ummeldung vorgenommen, sei bisher jedoch "gänzlich ohne Aufträge" geblieben und habe auch keine Ersparnisse mehr. Es sei zu vermuten, dass der Antragsgegner eine Leistung wegen der hohen Krankenversicherungsbeiträge nicht gewähren werde. Er habe das grundsätz-liche Recht, sich in Deutschland auch ohne besondere Genehmigung der Ausländerbehörden aufzuhalten. Bleibeberechtigt und leistungsberechtigt seien unverschuldet Arbeitslose nach einem Jahr Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II i.V.m. § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Freizügig-keitsgesetz/EU). Selbstständige seien unter denselben Umständen leistungsberechtigt, an die Stelle der unverschuldeten Arbeitslosigkeit trete die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit aus Gründen, die der Unionsbürger nicht zu verantworten habe (§ 7 Abs. ein S. 2 Nr. 1 SGB II i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3 Freizügigkeit Gesetz/EU). Der Anspruch auf Sozialleistun-gen dürfe europarechtlich nur beschränkt werden, wenn ein Aufenthaltsrecht für die ersten 3

Monate ohne weiteren Aufenthaltsgrund bestehe oder gegebenenfalls allein zum Zwecke der Arbeitsuche. Angehörige der neuen EU-Länder, die über bereits mindestens 12 Monate eine Arbeitserlaubnis besaßen (§ 12a Abs. 1 ArGV), oder ein Aufenthaltsrecht als Familienangehö-rige besitzen (§ 12a Abs. 2 ArGV bzw. § 29 Abs. 5 AufenthG analog), oder sich bereits min-destens 3 Jahre legal hier aufhalten (§ 9 Beschäftigungsverfahrensverordnung), oder hier ein Daueraufenthaltsrecht besitzen, könnten von der Arbeitsagentur eine "Arbeitsberechtigung EU" beanspruchen. Er habe ein Aufenthaltsrecht als Selbstständiger und könne nicht mehr we-gen eines Aufenthaltsrechts allein zur Arbeitsuche vom Arbeitslosengeld II ausgeschlossen werden. Aus dem Umstand, dass er sich von November 2007 bis einschließlich Dezember 2007 in Dänemark als selbständiger Nachtzusteller der Post aufgehalten habe, ergebe sich kei-ne andere Beurteilung, weil er als EU-Bürger freizügigkeitsberechtigt sei.

Mit Bescheid vom 16. September 2009 hat der Antragsgegner die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II unter Hinweis auf die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II abgelehnt. Der Antragsteller sei von Leistungen ausgeschlossen, weil er lediglich ein alleiniges Aufenthalts-recht zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland habe. Hiergegen hat der Antragsteller am 23. September 2009 mit der Begründung Widerspruch erhoben, er sei als EU Bürger nach § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt und halte sich seit Dezember 2005 in Deutschland auf. Seit mehreren Jahren sei er als Selbstständiger tätig und habe seinen ständigen Wohnsitz in B, wo er eine Eigentumswohnung besitze.

Das Sozialgericht Berlin hat mit Beschluss vom 8. Oktober 2009 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen. Ein Anordnungsanspruch sei nicht glaubhaft ge-macht, weil der Antragsteller nicht erwerbsfähig i.S. von § 8 Abs. 2 SGB II sei. Er sei als letti-scher Staatsbürger nicht uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigt und bedürfe für die Beschäf-tigung auf dem deutschen Arbeitsmarkt einer Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit nach § 284 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) in Verbindung mit den Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes. Eine solche Genehmigung sei bisher weder beantragt noch erteilt worden. Allein die abstrakt generelle Möglichkeit der Erteilung einer Arbeitsgenehmigung/EU genüge ohne realistische und aktuelle Chance auf Erteilung einer solchen Genehmigung nicht. Es sei jedoch derzeit nicht absehbar, ob eine solche Erlaubnis erteilt werden könne. Der Antragsteller sei auch nicht als Selbständiger anzusehen und eine Freizügigkeitsberechtigung ergebe sich nicht aus § 2 Abs. 3 Freizügigkeitsgesetz/EU. Denn es sei nicht einmal davon auszugehen, dass der Antragsteller bei der R GmbH eine selbständige Tätigkeit ausgeübt habe; es sei vielmehr von einer Scheinselbständigkeit auszugehen. Schließlich bestehe auch ein Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB II.

Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller am 15. Oktober 2009 bei dem Sozialgericht Ber-lin Beschwerde zum Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingelegt. Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts sei er bei der R GmbH als Selbständiger tätig gewesen. Er habe auch zahl-reiche weitere Kleinaufträge damals bearbeitet. Er habe ohne besondere Genehmigung der Ausländerbehörde das Recht, sich in Deutschland aufzuhalten. Im Übrigen wiederholt er sei-nen Vortrag aus der 1. Instanz.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsakten des Antrags-gegners (Bedarfsgemeinschaft ) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet. Das Sozialgericht Berlin hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Recht abgelehnt.

Nach § 86b Abs. 2 S. 1 Sozialgerichtsgesetz - SGG - kann das Gericht der Hauptsache auf An-trag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige An-ordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt vor-aus, dass der Antragsteller das Bestehen eines zu sichernden Rechts (den so genannten Anord-nungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung (den so genannten Anord-nungsgrund) glaubhaft macht (§ 86 b Abs. 2 S. 4 SGG, § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung – ZPO -). Auch im Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgeblich (OVG Hamburg, NVwZ 1990, 975).

Vorliegend scheitert das Begehren für den Zeitraum bis zur Entscheidung des Senats bereits an einem nicht erkennbaren Anordnungsgrund.

Für die von dem Antragsteller begehrten Zeiträume vom 25. Mai 2009 bis zur Entscheidung des erkennenden Senates steht dem Antragsteller ein Anordnungsgrund nicht zur Seite. Derar-tige Ansprüche für die Vergangenheit können regelmäßig nicht im Wege eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens anerkannt werden. Diese sind in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen. Etwas Anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn die sofortige Verfügbar-keit von für zurückliegende Zeiträume zu zahlenden Hilfen zur Abwendung eines gegenwärtig drohenden Nachteils erforderlich ist. Vorliegend trägt der Antragsteller mit seinem Schriftsatz vom 15. Januar 2010 zwar vor, völlig mittellos zu sein und vom Betteln, Flaschensammeln und Essen der Bahnhofsmission Zoo zu leben. Jedoch auch unter Berücksichtigung dieses Vortra-ges ist das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nicht glaubhaft gemacht. Die prozessuale Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes besteht vor dem Hintergrund des Art. 19 Absatz 4 des Grundgesetzes darin, in dringenden Fällen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, in denen eine Entscheidung im – grundsätzlich vorrangigen – Verfahren der Hauptsache zu spät käme, weil ohne sie schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der La-ge wäre (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschlüsse vom 22. November 2002 – 1 BvR 1586/02 – und vom 12. Mai 2005 – 1 BvR 569/05 – jeweils zitiert nach juris). Der Antragstel-ler hat nicht glaubhaft gemacht, dass er wie nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB II gefordert, alle Mög-lichkeiten zur Beendigung oder Verringerung seiner Hilfebedürftigkeit ausgeschöpft hat und insbesondere in seinem Heimatstaat keinen Anspruch auf finanzielle Unterstützung hat. Er hat nicht hinreichend plausibel dargetan, aus welchen Gründen eine sonstige staatliche Hilfe zur Existenzsicherung in Lettland nicht bestehen oder jedenfalls für ihn nicht erreichbar sein soll. Dafür, dass ihm auch - auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass er Eigentümer einer Wohnung in B ist - eine vorläufige Rückkehr nach Lettland nicht zumutbar wäre, fehlt es an aussagekräftigen Anhaltspunkten.

Selbst wenn - zumindest für die Zukunft - unter Berücksichtigung des Vortrages des An-tragstellers mit seinem Schriftsatz vom 15. Januar

2010 ein Anordnungsgrund bejaht werden würde, ergibt sich keine andere Beurteilung, und zwar, auch wenn auf einen früheren Zeitpunkt als der gerichtlichen Entscheidung abgestellt würde.

Denn dann scheitert das Begehren, ebenso wie für Zeiträume ab Entscheidung des Senats, zu-mindest an einem nicht glaubhaft gemachten Anordnungsanspruch.

Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erhalten Leistungen nach diesem Buch Personen, die

1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige). Ausgenommen sind nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II

1. Ausländer, die weder in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmer oder Selbständige noch auf Grund des § 2 Abs. 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU freizügigkeitsberechtigt sind, und ihre Familienangehörigen für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts,

2. Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen,

3. Leistungsberechtigte nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB II gilt nicht für Ausländer, die sich mit einem Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland aufhal-ten. Aufenthaltsrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt (§ 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II).

Nach § 8 Abs. 1 SGB II ist erwerbsfähig, wer nicht wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmark-tes mindestens drei Stunden täglich erwerbstätig zu sein. Im Sinne von § 8 Abs. 1 SGB II kön-nen Ausländer nur erwerbstätig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte (§ 8 Abs. 2 SGB II).

Nach diesen Regelungen ist der begehrte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II nicht glaubhaft gemacht.

Ein Leistungsanspruch besteht nach § 7 SGB II insbesondere nur dann, wenn eine Leistung nicht nach § 7 Abs.1 S. 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen ist. Vorliegend ist bereits das Fehlen des Leistungsausschlusses nicht überwiegend wahrscheinlich.

Entgegen der Behauptungen des Antragstellers spricht schon vieles für die Richtigkeit der An-nahme, dass der Antragsteller weder in der Vergangenheit noch gegenwärtig im nennenswerten Umfang selbständig tätig war und hieraus ein Aufenthaltsrecht ableiten könnte. Nach Auskunft der Rechtsnachfolgerin der R GmbH vom 20. Mai 2009 wurde der Antragsteller dort auf Grundlage eines (Werk- und) Dienstvertrages "beschäftigt". Für ein unselbstständiges Beschäf-tigungsverhältnis sprechen auch entscheidend die vertraglichen Regelungen, wonach der An-tragsteller verpflichtet war, für eine monatliche Vergütung in Höhe von 1200 EUR/netto zuzüglich tariflichen Stundenlohn wöchentlich 25 Stunden in den Filialen der R GmbH Installations- und Wartungsarbeiten zu erbringen. Dass der Antragsteller innerhalb dieses Zeitraumes auch weite-re kleine Aufträge ausgeführt hat, steht der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhält-nisses mit der R GmbH nicht entgegen.

Auch gegenwärtig ist der Antragsteller nach seinen eigenen Angaben nach der erfolgten Ge-werbe-Ummeldung "gänzlich ohne Aufträge". Allein die Gewerbeanmeldung kann ohne die Ausübung entsprechender Tätigkeiten die Annahme einer Selbstständigkeit aber nicht begrün-den. Dass der Antragsteller im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit seit der Gewerbe- Um-meldung überhaupt Aktivitäten entfaltet hat, ist von ihm weder vorgetragen, noch für den Senat ersichtlich.

Insgesamt kann daher nicht von einer Glaubhaftmachung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit durch den Antragsteller ausgegangen werden. Scheidet eine solche aus, könnte der Antragsteller sein Aufenthaltsrecht jedoch allenfalls aus dem Zweck der Arbeitsuche ableiten, sodass der Ausschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II erfüllt ist.

Ob der Ausschlusstatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II mit Gemeinschaftsrecht ver-einbar ist, ist zwar umstritten (vgl. die zahlreichen Nachweise bei Hailbronner, Ansprüche nicht erwerbstätiger Unionsbürger auf gleichen Zugang zu sozialen Leistungen, ZFSH/SGB 2009, 195, 200), vorliegend aber nicht entscheidungserheblich und kann somit dahingestellt bleiben.

Denn davon abgesehen steht dem geltend gemachten Anspruch auch die Regelung des § 8 Abs. 2 SGB II entgegen. Nach dieser Regelung ist die Erwerbsfähigkeit bei Ausländern nicht nur durch das gesundheitliche Können, sondern auch das rechtliche Dürfen (§ 8 Abs. 2 SGB II) bestimmt.

Nach § 8 Abs. 2 SGB II können Ausländer nur erwerbsfähig sein, wenn ihnen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 S. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) ist Beschäftigung die nichtselb-ständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Entgegen der Ansicht des Antragstellers besteht daher eine Erwerbsfähigkeit i.S. des SGB II nicht bereits dann, wenn der Hilfebedürftige gesundheitlich in der Lage ist einer Erwerbstätig-keit nachzugehen (vgl. § 8 Abs. 1 SGB II) und eine selbständige Tätigkeit ausüben kann. Nach der Definition des § 8 Abs. 2 SGB II besteht eine Erwerbsfähigkeit bei einem Ausländer viel-mehr erst dann, wenn er einer Beschäftigung im Sinne der Regelung nachgehen kann. Dass mit einer Beschäftigung im § 8 Abs. 2 SGB II nicht eine selbständige Tätigkeit gemeint ist, ergibt sich auch aus § 2 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes. Dort wird bei der Definition der Erwerbstä-tigkeit ausdrücklich zwischen einer selbständigen Tätigkeit und einer Beschäftigung i.S. von § 7 SGB IV unterschieden. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 8 Abs. 2 SGB II den Begriff "Beschäftigung" anders verwendet hat, als nach der damals be-reits bestehenden Definition des § 7 SGB IV hat der Senat nicht.

Danach ist der Antragsteller nicht erwerbsfähig im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II.

Weder verfügt er über die Erlaubnis, eine Beschäftigung aufzunehmen (§ 8 Abs. 2 erste Alter-native SGB II); er hat eine solche nicht einmal beantragt.

Noch sind die notwendigen Voraussetzungen von § 8 Abs. 2 zweite Alternative SGB II glaub-haft gemacht worden. Es ist derzeit nicht erkennbar, dass dem Antragsteller die Aufnahme ei-ner Beschäftigung erlaubt werden könnte.

Allein die gesetzgeberisch eingeräumte, abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis - im Außenverhältnis durch die Ausländerbehörde bei ggf. erforderli-cher Zustimmung der BA – genügt zur Erlangung von Leistungen nach dem SGB II nicht. Notwendig ist vielmehr eine über die bloß abstrakt rechtliche Möglichkeit hinausgehende Aus-sicht auf Erteilung der Genehmigung oder Erlaubnis, orientiert am Maßstab der Genehmi-gungsfähigkeit des Arbeitsgenehmigungsrechts (so auch Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 23. Juli 2008, L 7 AS 3031/08 ER -B, m.w.N., zit. nach Juris). Gegen ein uneingeschränkt weites Verständnis der Regelung spricht schon die Gesetzessyste-matik, weil eine derartig weite Interpretation die Normierungsnotwendigkeit und -sinn der ers-ten Alternative (faktisches Vorhandensein einer Erlaubnis) überflüssig machte. Wenn nämlich bereits eine abstrakt-generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis zur rechtlichen Erwerbsfähigkeit ausreichte, dann erst Recht das tatsächliche Vorliegen einer Ar-beitserlaubnis.

Auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Regelung sprechen gegen ein weites Ver-ständnis. Bereits aus der Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen zum Entwurf eines 4. Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BTDrs. 15/1516, S. 52) ergibt sich, dass die abstrakt generelle Möglichkeit der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis nicht ausreichend ist. In der Begründung wird ausgeführt, da die Be-schäftigung von Ausländern grundsätzlich unter Erlaubnisvorbehalt stehe, sei für die in § 8 Abs. 3 des Entwurfs (nunmehr in der gültigen Fassung des SGB II als § 8 Abs. 2 eingefügt) geregelte Frage der Erwerbsfähigkeit nur allgemein nach den Bestimmungen des Arbeitsge-nehmigungsrechts darauf abzustellen, ob rechtlich ein Zugang zum Arbeitsmarkt bestehe oder zulässig wäre, wenn keine geeigneten inländischen Arbeitskräfte verfügbar seien. Die Frage, ob ein solcher unbeschränkter oder nachrangiger Arbeitsmarktzugang rechtlich gewährt werde, richte sich dabei ausschließlich nach den durch das SGB II insoweit unberührten arbeitsge-nehmigungsrechtlichen Regelungen. Hieraus ergibt sich, dass eine Einschätzung der Arbeits-marktlage vorzunehmen ist.

Teleologisch spricht zudem gegen eine weite Interpretation des § 8 Abs. 2 2. Alt. SGB II, dass der Gesetzgeber sonst auf Kriterien der Steuerung der Ausländerbeschäftigung bezüglich des zwar fürsorgerechtlichen, aber strikt arbeitsmarktbezogenen Leistungssystems des SGB II voll-ständig hätte verzichtet haben wollen. Der Senat geht hingegen, im Übrigen in Übereinstim-mung mit einer streng grammatikalischen Auslegung, davon aus, dass der Gesetzgeber mit der zweiten Alternative im Ausgangspunkt zunächst nur auf das einschlägige Recht der Arbeits-marktsteuerung verweisen wollte. Hierfür spricht die Regelung des insoweit korrelierenden § 7 Abs. 1 Satz 3 SGB II in der vom 01. Juli 2006 bis zum 31. Juli 2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Zeiten Buches Sozialgesetzbuch vom 26. März 2006 (BGBl. I S. 558) wie auch in der seit dem 01. August 2006 geltenden Fassung des Gesetzes zur Fortent-wicklung der Grundsicherung für Arbeitssuchende vom 20. Juli 2006 (BGBl. I S. 1076), wo-nach aufenthaltsrechtliche Bestimmungen unberührt bleiben (so auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 13. Dezember 2005 - L 25 B 1181/05 AS ER -; Landessozialge-richt Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.Oktober 2006 - L 3 ER 175/06 AS).

Insgesamt kann danach eine Beschäftigungsaufnahme nur erlaubt werden im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II, wenn für den Ausländer orientiert am Maßstab des Arbeitsgenehmigungsrechts eine konkrete Aussicht auf eine solche Erlaubnis besteht. Solch eine konkrete Aussicht ist je-doch nicht absehbar.

Da der Antragsteller die lettische Staatsangehörigkeit besitzt, gilt für ihn die durch das Zuwan-derungsgesetz vom 30. Juli 2004 (BGBl. I 1950) mit Wirkung vom 1. Januar 2005 neu gefasste Regelung des § 284 SGB III.

Danach dürfen Staatsangehörige der Staaten, die nach dem Vertrag vom 16. April 2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Re-publik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union (BGBl. 2003 II S. 1408) der Europäischen Union beigetreten sind, und deren freizügigkeitsbe-rechtigte Familienangehörige eine Beschäftigung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche Genehmi-gung besitzen, soweit nach Maßgabe des EU-Beitrittsvertrages abweichende Regelungen als Übergangsregelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit Anwendung finden (§ 284 Abs. 1 Satz 1 SGB III).

Nach Art. 1 Abs. 2 des EU-Beitrittsvertrages zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen-union und der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Repu-blik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik über den Beitritt dieser Länder zur Europäischen Union vom 16. April 2003 (im folgenden: EU -Beitrittsvertrag 2003 ) sind die Aufnahmebedingungen und die aufgrund der Aufnahme erforderlichen Anpassungen der die Union begründenden Verträge in der diesem Vertrag beigefügten Akte festgelegt. Die Be-stimmungen der Akte sind Bestandteil des EU-Beitrittsvertrages (Art. 1 Abs. 2 S. 2 EU- Bei-trittsvertrag). Gemäß Art. 24 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik und Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slo-wenien und der slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäischen Union be-gründenden Verträge vom 16. April 2003 (im folgenden: EU- Beitrittsakte 2003) finden die in den Anhängen V bis XIV zu dieser Akte aufgeführten Maßnahmen auf die neuen Mitgliedstaa-ten unter den in diesen Anhängen festgelegten Bedingungen Anwendung. Im Anhang VIII zur Liste nach Art. 24 der Beitrittsakte ist zu Lettland unter 1. Freizügigkeit geregelt, dass Freizü-gigkeit nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nr. 2 bis 14 gewährleistet wird (Nr. 1 zu 1. Freizügigkeit). Nr. 2 Abs. 1 regelt hierzu, dass abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und bis zum Ende eines Zeitraums von 2 Jahren nach dem Tag des Beitritts die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebenden Maßnahmen anwenden werden, um den Zugang lettischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von 5 Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Lettische Staatsangehörige, die am Tag des Beitritts rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbei-ten und für einen ununterbrochenen Zeitraum von 12 Monaten oder länger zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats zugelassen waren, haben Zugang zum Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates, aber nicht zum Arbeitsmarkt anderer

Mitgliedstaaten, die nationale Maßnahmen anwenden (Nr. 2 Abs. 2 des Anhangs VIII zu Art. 24 der Beitrittsakte). Nach Nr. 2 Abs. 4 des Anhangs VIII verlieren die in den Unterabsätzen 2 und 3 genannten lettischen Staatsangehörige die gewähr-ten Rechte, wenn sie den Arbeitsmarkt des derzeitigen Mitgliedstaats freiwillig verlassen. Schließlich kann ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nr. 2 genannten Zeitraums von 5 Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebenden Maßnahmen beibehält, im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Maßnahmen bis zum Ende des Zeit-raums von 7 Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden (Abs. 5 des Anhangs VIII zu Art. 24 der Beitrittsakte). Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Art. 1 bis 6 der Ver-ordnung EWG Nr. 1612/68 (Abs. 5 S. 2 des Anhangs VIII zu Art. 24 der Beitrittsakte). Eine solche Verlängerung wurde vorgenommen; die Bundesregierung hat mit Beschluss vom 16. Juli 2008 die Übergangsregelungen um die 3. Phase (vom 1. Mai 2009 bis zum 30. April 2011) verlängert (siehe Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 16.7.2008 zum Aktionsprogramm der Bundesregierung, http:// www.bmas.de/portal/ 26946/2008 07 16 aktionsprogramm fachkraefte.htm). Damit ist § 284 SGB III für den Kläger auch weiterhin anwendbar.

Nach § 284 Abs. 2 SGB III wird die Genehmigung befristet als Arbeitserlaubnis-EU erteilt, wenn nicht Anspruch auf eine unbefristete Erteilung als Arbeitsberechtigung-EU besteht.

Die Arbeitserlaubnis-EU kann nach Maßgabe des § 39 Abs. 2 bis 4 und 6 AufenthG erteilt werden (§ 284 Abs. 3 SGB III).

Nach § 39 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Auf-enthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 zustimmen, wenn

1.a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteiliger Auswirkungen auf den Ar-beitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Region und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und 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 ein Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeits-markt haben, nicht zur Verfügung stehen oder 2. sie durch Prüfung nach S. 1 Nr. 1 Buchst. a und b 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 Ar-beitnehmer beschäftigt wird.

Zudem kann bei Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten nach dem Beitrittsvertrag 2003 vom 16. April 2003 von der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung, die eine qualifizierte Be-rufsausbildung voraussetzt, unter den Voraussetzungen des Abs. 2 erlaubt werden, soweit nach Maßgabe dieses Vertrages von den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft abwei-chende Regelungen Anwendung finden (§ 39 Abs. 6 AufenthG).

Der Antragsteller hat hiernach das Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 SGB II nicht einmal ansatzweise glaubhaft gemacht. Die Angaben des Antragstellers erlauben keine belast-bare Einschätzung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis gegeben sind. Vom Antragsteller wurde nicht einmal die Art der Tätigkeit angegeben, für die seiner Ansicht nach eine Erlaubnis zu erteilen wäre. Denn - wie bereits dargestellt - verkennt er, dass nicht auf eine selbständige Tätigkeit, sondern auf eine (nichtselbstständige) Beschäftigung abzustellen ist. Entsprechend kann auch nicht auf die in seiner Gewerbe-Anmeldung angegebenen Tätig-keiten (Trockenbau, Fliesenleger) abgestellt werden. Der Antragsteller hat nicht einmal erklärt, zur Eingehung eines Beschäftigungsverhältnisses allgemein und im Besonderen für solche Tä-tigkeiten bereit zu sein.

Für die von dem Antragsteller genannten Regelungen sind die Voraussetzungen ebenfalls nicht erfüllt.

Der Antragsteller hat und hatte keinen Anspruch auf Erteilung einer Arbeitsberechtigung-EU nach § 284 Abs. 5 SGB III i.V.m. § 12a Arbeitsgenehmigungsverordnung vom 17. September 1998 (ArbGV - BGBl. I S. 2899).

Ein Anspruch aus § 12a Abs. 1 ArbGV ergibt sich nicht, weil der Antragsteller nicht in einem ununterbrochenen Zeitraum mindestens zwölf Monate im Bundesgebiet zum Arbeitsmarkt zu-gelassen war (§ 12a Abs. 1 ArbGV). Er hat zu keinem Zeitpunkt eine Arbeitserlaubnis beses-sen. Darüber hinaus hat er die Bundesrepublik Deutschland nach seinen eigenen Angaben für eine Beschäftigung in Dänemark bis Januar 2008 verlassen und hätte deshalb eventuell bereits erworbene Rechte nach Nr. 2 Abs. 4 des Anhangs VIII zu Art. 24 der Beitrittsakte verloren. Aus § 12a Abs. 2 ArbGV kann keine Arbeitsberechtigung hergeleitet werden, weil der An-tragsteller keine Familienangehörigen mit einer Arbeitsberechtigung hat, von denen er einen Anspruch auf eine eigene Arbeitsberechtigung ableiten könnte.

Schließlich könnte dem Antragsteller auch nicht ohne eine Prüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG aufgrund von § 9 der Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland leben-den Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverfahrensverordnung, vom 22. November 2004, BGBl I S. 2934) die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden. Zum einen betrifft dieses Gesetz gerade nicht EU-Ausländer, sondern Ausländer mit einem Aufenthaltstitel; so ist beispielsweise nach § 9 Abs. 1 S. 1 Beschäftigungsverfah-rensverordnung erste Voraussetzung für die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Einen solchen Aufenthaltstitel besitzt der Antragsteller nicht. Zum anderen hält sich der Antragsteller entgegen seiner Behauptung auch nicht seit drei Jahren im Bundesgebiet ununterbrochenen auf. Vielmehr befand er sich nach seiner eigenen Erklärung Ende 2007 einige Monate in Dänemark. Seit Anfang 2008 sind jedoch noch keine drei Jahre vergangen.

Abschließend bleibt damit festzustellen, dass weder ein Anspruch auf Erteilung einer Arbeits-erlaubnis noch einer Arbeitsberechtigung-EU ersichtlich ist. Es kann daher nicht davon ausge-gangen werden, dass dem Antragsteller eine Beschäftigung erlaubt werden könnte im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB II. Damit scheitert jedoch zumindest an dem Fehlen einer Erwerbsfähig-keit i.S. dieser Regelung das Vorliegen eines Leistungsanspruches nach dem SGB II. Die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruches kann somit nicht als gelungen angesehen werden.

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

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar (§ 177 SGG).
Rechtskraft
Aus
Login
BRB
Saved
2010-02-09