

## L 7 B 70/08 AS ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Gelsenkirchen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 20 AS 30/08 ER

Datum  
14.02.2008

2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 7 B 70/08 AS ER

Datum  
17.04.2008

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 14.02.2008 geändert. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig - unter dem Vorbehalt der Rückforderung - Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach Maßgabe des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch vom 29.01.2008 bis zum 14.06.2008 zu gewähren. Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für beide Rechtszüge. Im Übrigen sind keine Kosten zu erstatten.

Gründe:

Die Antragsteller begehren die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) von der Antragsgegnerin oder nach dem SGB XII von der Beigeladenen.

Die am 00.00.1985 geborene Antragstellerin zu 1) ist bulgarische Staatsangehörige. Nach ihren Angaben hat sie in Bulgarien das Gymnasium besucht, im Jahre 2004 einen englisch-sprachigen Abschluss erlangt und in der Folgezeit eine Berufstätigkeit nicht ausgeübt. Im Jahre 2005 habe sie sich mit ihrer Mutter in Deutschland aufgehalten und im August 2005 Herrn B Z kennen gelernt. Er sei der Vater ihres am 00.00.2006 geborenen Sohnes (Antragstellers zu 2). Ihr Kind habe sie in Bulgarien zur Welt gebracht. Herr Z sei bei der Geburt anwesend gewesen und habe ihr die Ehe versprochen. Die Beziehung sei im Dezember 2007 auseinander gegangen. Von August bis Dezember 2007 hätten sie gemeinsam in ihrer jetzigen Wohnung gewohnt. Gegenüber Herrn Z seien außergerichtliche Unterhaltsansprüche geltend gemacht worden; gerichtlich derzeit noch nicht, weil diese abhängig seien vom Ausgang des Vaterschaftsverfahrens, welches beim Amtsgericht Gelsenkirchen unter dem Aktenzeichen 33 F 32/08 anhängig sei. Zurzeit erhalte sie Spenden vom ev. Kirchenkreis H.

Der Antragstellerin wurde von der Ausländerbehörde eine Fiktionsbescheinigung über die beantragte Aufenthaltserlaubnis nach [§ 81 AufenthG](#) erteilt.

Die Antragstellerin beantragte am 23.01.2008 die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 23.01.2008 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts unter Hinweis auf [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) ab. Hiergegen legte die Antragstellerin mit Schreiben vom 29.01.2008 Widerspruch ein.

Unter dem 18.01.2008 hatte die Antragstellerin zu 1) für sich und ihren Sohn bei der Beigeladenen Leistungen nach dem SGB XII beantragt. Auch dieser Antrag blieb erfolglos (Bescheid vom 29.01.2008). Die Beigeladene führte aus, dass vorrangige Ansprüche gegenüber dem Integrationscenter für Arbeit Gelsenkirchen (Antragsgegnerin) bestünden. Hiergegen legten die Antragstellerin mit Schreiben vom 21.02.2008 Widerspruch ein.

Zuvor hatten die Antragsteller am 29.01.2008 beim Sozialgericht (SG) Gelsenkirchen den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt mit dem Ziel, die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihr und ihrem Sohn vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu gewähren.

Mit Beschluss vom 14.02.2008 hat das SG den Antragstellern Prozesskostenhilfe bewilligt. Den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat es mit weiterem Beschluss vom 14.02.2008 abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragsteller keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht haben. Die Antragstellerin zu 1) sei nicht erwerbsfähig im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#).

Gegen den ihnen am 14.02.2008 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 21.02.2008 Beschwerde eingelegt. Sie sind der Auffassung, dass ihnen Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII zustehen.

Die Antragsteller beantragen sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 14.02.2008 zu ändern und ihnen im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II oder SGB XII zu gewähren.

Die Antragsgegnerin beantragt schriftsätzlich,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin ist weiterhin der Auffassung, dass die Antragsteller keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben. Die Antragstellerin zu 1) sei nicht erwerbsfähig, weil sie zur Aufnahme einer Tätigkeit einer Arbeitserlaubnis bedürfe.

Der Senat hat mit Beschluss vom 14.03.2008 die Stadt Gelsenkirchen beigeladen. Diese trägt ergänzend vor, dass ein Anspruch nach dem SGB XII nicht gegeben sei, weil die Antragsteller ihrer Auffassung nach zur Erlangung von Sozialhilfe eingereist seien.

Im Hinblick auf die Beiladung hat die Antragstellerin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Verfahren S 2 SO 16/08 ER zurückgenommen. Der Senat hat die Streitakte S 2 SO 16/08 ER beigezogen und eine Auskunft von der Stadt Dinslaken eingeholt. Danach hat Herr B Z die deutsche Staatsangehörigkeit (Bl. 113 GA). Des Weiteren hat der Senat mit Beschluss vom 17.03.2008 den Antragstellern Prozesskostenhilfe bewilligt und unter dem 27.03.2008 einen Erörterungstermin durchgeführt. In diesem Termin hat die Antragstellerin zu 1) eine Fiktionsbescheinigung vom 20.12.2007 vorlegt, die bis zum 14.06.2008 verlängert worden ist. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift vom 27.03.2008 verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Den Antragstellern steht ein Anspruch auf Gewährung von Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende (Alg II) nach dem SGB II zu.

Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruches, d. h. des materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird, sowie das Vorliegen eines Anordnungsgrundes, d. h. die Unzumutbarkeit voraus, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Können ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, sind die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht nur summarisch, sondern abschließend zu prüfen. Scheidet eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren aus, ist auf der Grundlage einer an der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes orientierten Folgenabwägung zu entscheiden (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 -1 BvR 569/05-, [NVwZ 2005, S. 927](#)).

Den Antragstellern stehen bei der in Verfahren dieser Art gebotenen summarischen Prüfung Leistungen nach dem SGB II zu. Diese sind vorrangig vor den Leistungen nach dem SGB XII ([§ 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#), [§ 2 Abs. 1 SGB XII](#)). Die Antragsteller haben sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund hinreichend glaubhaft gemacht.

Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten diejenigen Personen Leistungen nach dem Zweiten Buch des Sozialgesetzbuches, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, erwerbsfähig und hilfebedürftig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige). Die Antragstellerin zu 1) erfüllt diese Voraussetzungen. Die Antragstellerin zu 1) hat das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet. Sie hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Gemäß [§ 30 Abs. 3 SGB I](#) hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Voraussetzungen sind bei den Antragstellern zu bejahen. Die Antragstellerin hält sich mit ihrem Sohn rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland auf. Sie hat eine Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Aufenthaltsgesetz \(AufenthG\)](#). Diese Fiktionsbescheinigung ist einem Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bei Beantragung einer Erteilung eines Aufenthaltstitels nach [§ 81 Abs. 5 AufenthG](#) auszustellen. Bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde gilt sein Aufenthalt als erlaubt ([§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#)).

Die Antragsteller sind auch hilfebedürftig. Sie verfügen über kein Einkommen und Vermögen. Insbesondere erhalten sie von der Mutter der Antragstellerin zu 1) keine finanziellen Unterstützungen. Zur Hilfebedürftigkeit haben die Antragsteller auf Nachfrage des Senats noch unter dem 11.04.2008 ergänzend Stellung genommen. Ihre Ausführungen sieht der Senat als glaubhaft an.

Die Antragstellerin zu 1) ist auch erwerbsfähig. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Antragsgegnerin nicht bereits unter Berücksichtigung der Vorschrift des [§ 44a Abs. 1 Satz 3 SGB II](#) zur Erbringung der Leistungen verpflichtet ist. Danach erbringen die Agentur für Arbeit und der kommunale Träger Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende bis zur Entscheidung der Einigungsstelle. Ob [§ 44a SGB II](#) nicht nur eine fehlende Einigkeit zwischen den Trägern über die gesundheitlichen Voraussetzungen des Arbeitsuchenden nach [§ 8 Abs. 1](#), sondern auch den Fall, dass seine rechtliche Erwerbsfähigkeit gemäß [§ 8 Abs. 2](#) im Streit steht, erfasst, da der Wortlaut des [§ 44a SGB II](#) keine Beschränkung auf Streitigkeiten über die gesundheitliche Erwerbsfähigkeit enthält und sich dies auch nicht aus der Entstehungsgeschichte ergibt (vgl. hierzu Blüggel in Eicher/Spellbrink, Kommentar zum SGB II, 2. Auflage 2008, [§ 44a Rn. 21](#)), ist vorliegend nicht entscheidungserheblich.

Zur Überzeugung des Senats liegt nämlich eine rechtliche Erwerbsfähigkeit vor. Erwerbsfähig im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) können

dabei nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) nur diejenigen sein, denen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Diese Voraussetzungen sind bei der Antragstellerin zu 1) gegeben. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die rechtliche Erwerbsfähigkeit gemäß § 8 Abs. 2 bereits dann zu bejahen ist, wenn die bloß abstrakt-generelle Möglichkeit besteht, einen Aufenthaltstitel bzw. eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen (vgl. Blüggel in Eicher/Spellbrink, a.a.O., § 8 Rn. 63 ff. mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Grundsätzlich genießen Unionsbürger privilegierten Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt und die Aufnahme einer Beschäftigung ist ihnen generell erlaubt im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 Freizügigkeitsgesetz/EU. Dieses ist bei der Antragstellerin als bulgarische Staatsangehörige jedoch nicht der Fall. Gemäß § 13 Freizügigkeitsgesetz (EU) wird vielmehr bestimmt, dass in den Fällen, in denen nach Maßgabe des Vertrages vom 25.04.2005 über den Beitritt unter anderem der Republik Bulgariens abweichende Regelungen anwendbar sind, dieses Gesetz Anwendung findet, wenn die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gemäß [§ 284 SGB III](#) genehmigt wurde. Dies heißt vorliegend, dass der Antragstellerin eine Arbeitsgenehmigung-EU durch die Bundesagentur für Arbeit nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) erteilt worden sein müsste. Eine solche Genehmigung liegt nicht vor. Zur Überzeugung des Senats wäre der Antragstellerin zu 1) bei einem entsprechenden Antrag bei der Bundesagentur für Arbeit eine Arbeitserlaubnis/EU nach [§ 284 Abs. 1 SGB III](#) in Verbindung mit [§ 39 Abs. 2 bis 4](#), 6 des Aufenthaltsgesetzes voraussichtlich zu erteilen. Voraussetzung hierfür wäre, dass keine vermittlungsfähigen Arbeitnehmer zur Verfügung stehen ([§ 39 Abs. 2 Nr. 1b](#) Aufenthaltsgesetz). Dies hat das SG unter Hinweis auf den Beschluss des LSG Berlin vom 20.12.2007 - [L 5 B 2073/07 AS ER](#) - mit der Begründung verneint, dass eine solche Genehmigung bei der ungelerten Antragstellerin ohne abgeschlossene Berufsausbildung und einer hohen Arbeitslosigkeit in Deutschland gerade bei den Geringqualifizierten auszuschließen ist. Diese Auffassung wird vom Senat im vorliegenden Fall nicht geteilt. Bei seiner Entscheidung hat der Senat die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff des Arbeitnehmers bezüglich der Vorschriften über die Freizügigkeit berücksichtigt. Danach sind die Vorschriften über die Freizügigkeit auf den Arbeitnehmer anzuwenden, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, mit Ausnahme derjenigen Arbeitnehmer, deren Tätigkeit einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt (so etwa EuGH, Urteil vom 23.03.1982, 53/81). Dabei fällt unter die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auch, wer eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient als in dem Mitgliedsstaat, in dem er sich aufhält, als Existenzminimum angesehen wird (EuGH, a.a.O.). Der EuGH geht in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass auch geringfügig Beschäftigte im Sinne von [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 39 EG-Vertrag sein können (vgl. EuGH, Urteil vom 18.07.2007, [C-213/05](#)). Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH hat das LSG NRW im Beschluss vom 30.01.2008 ([L 20 B 76/07 SO ER](#)) bereits eine Beschäftigung von monatlich 16 bzw. 20 Stunden bei einem Verdienst von 160,00 Euro für Reinigungstätigkeiten ausreichen lassen, eine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Freizügigkeitsgesetz/EU anzunehmen. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH besteht nach Auffassung des Senats im Rahmen der summarischen Prüfung eine hinreichende Aussicht auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis/EU.

Ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) liegt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht vor. Nr. 1 der Vorschrift ist nicht einschlägig, weil die Antragstellerin und ihr minderjähriges Kind in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts keine Leistungen nach dem SGB II erhalten bzw. beantragt haben.

Die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) sind ebenfalls nicht gegeben. Danach sind Ausländer und ihre Familienangehörigen von den Leistungen ausgeschlossen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zwecke der Arbeitssuche ergibt. Zur Überzeugung des Senats ist die Antragstellerin, wenn überhaupt, jedenfalls nicht allein zum Zwecke der Arbeitssuche nach Deutschland eingereist, sondern zum Zwecke der Familienzusammenführung und zur Feststellung der Vaterschaft sowie Weiterverfolgung ihrer Unterhaltsansprüche, auch wenn derzeit noch nicht abschließend geklärt ist, ob Herr Z der Vater ihres Kindes ist.

Schließlich ist auch ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II](#) nicht gegeben, weil die Antragstellerin zu 1) nicht leistungsberechtigt nach § 1 des Asylbewerberleistungsgesetzes ist. Mithin stehen der Antragstellerin zu 1) Leistungen nach dem SGB II zu. Verbleibende Zweifel bezüglich der Hilfebedürftigkeit und der Erwerbsfähigkeit sind ggf. in einem Hauptsacheverfahren zu klären.

Der Leistungsanspruch des Antragstellers zu 2) ergibt sich aus [§ 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#). Danach erhalten Leistungen auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Zur Bedarfsgemeinschaft gehören, wie vorliegend, auch die dem Haushalt angehörenden unverheirateten Kinder der in den Nummern 1 bis 3 genannten Personen, wenn sie das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, soweit sie die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen beschaffen können ([§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#)).

Ein Anordnungsgrund liegt ebenfalls vor, weil den Antragstellern zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts nur kleine Spenden zur Verfügung stehen.

Bei der Verpflichtung zur vorläufigen Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ist auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz bei Gericht abzustellen. Durch eine einstweilige Anordnung soll in Verfahren dieser Art eine gegenwärtige Notlage behoben werden, wobei die Zeit des Eingangs des Antrages bei Gericht bis zu seiner (Beschwerde-) Entscheidung nicht zu Lasten des Antragstellers gehen darf (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 14.01.2008, [L 8 SO 88/07 ER](#)). Die Dauer der Leistungen hat der Senat bis zum Ablauf der Fiktionsbescheinigung am 14.06.2008 befristet. Dabei geht der Senat davon aus, dass die Antragsgegnerin den Antragstellern nach Verlängerung der Fiktionsbescheinigung auch weiterhin Leistungen gewährt, sofern keine wesentliche Änderung in den Verhältnissen eintritt.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2008-04-22