

## L 5 AS 67/07

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 61 AS 1683/07  
Datum  
-  
2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen  
L 5 AS 67/07  
Datum  
24.06.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) ab dem 1. Mai 2007.

Der Kläger, geboren 1950, ist usbekischer Staatsangehöriger und nach seinen Angaben von Beruf Bauingenieur. Er reiste gemeinsam mit seiner Familie nach Erteilung eines Aufnahmebescheides im August 2002 mit einem Visum in das Bundesgebiet ein und beantragte seine Anerkennung als Spätaussiedler sowie die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung. Das Anerkennungsverfahren endete negativ für den Kläger; seine Klage blieb erfolglos (VG Hamburg, Urt. v. 24.8.2005; OVG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2010). Das Genehmigungsverfahren war unterdessen auf seinen Antrag hin ausgesetzt worden; der Kläger erhielt seit Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) durchgehend Fiktionsbescheinigungen nach [§ 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG](#) mit der ausdrücklichen Beschränkung "Erwerbstätigkeit nicht gestattet". Seit dem 7. Mai 2009 ist der Kläger im Besitz einer Bescheinigung nach [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#).

Der Kläger beantragte im November 2004 Leistungen nach dem SGB II, die ihm zunächst gewährt wurden, zuletzt mit Bewilligungsbescheid vom 22. November 2006 für den Zeitraum vom 1. Dezember 2006 bis 31. Mai 2007. Am 19. April 2007 beantragte der Kläger die Fortzahlung der Leistungen.

Mit Bescheid vom 21. März 2007 hob die Beklagte die Entscheidung über die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II mit Wirkung vom 1. Juni 2007 auf mit der Begründung, der Kläger sei nicht im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis und stehe daher entgegen [§ 8 SGB II](#) dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. Mit Bescheid vom 2. April 2007 hob die Beklagte die Leistungsbewilligung ab dem 1. Mai 2007 auf. In der Folgezeit ab dem 1. Juni 2007 bis heute hat der Kläger Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) erhalten.

Gegen diese Bescheide erhob der Kläger am 19. April 2007 Widerspruch mit der Begründung, nach der Beschäftigungsverfahrensordnung könne ihm eine Erwerbstätigkeit erlaubt werden, wenn er einen Arbeitsvertrag vorweise.

Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Bescheid vom 29. Juni 2007 zurück. Die Fiktionsbescheinigung, in deren Besitz der Kläger sei, erlaube eine Erwerbstätigkeit ausdrücklich nicht.

Dagegen hat der Kläger am 30. Juli 2007 Klage erhoben, die er mit seinem Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren begründet hat.

Mit Urteil vom 16. Oktober 2007 hat das Sozialgericht Hamburg die Klage abgewiesen. Dem Begehren des Klägers stehe entgegen, dass er nicht erwerbsfähig sei. Denn insoweit setze [§ 8 SGB II](#) bei Ausländern voraus, dass ihnen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Die dem Kläger erteilten Fiktionsbescheinigungen schlossen eine Erwerbstätigkeit aber ausdrücklich aus; auch könne ihm die Erwerbstätigkeit nicht erlaubt werden, da dies nach §§ 1, 10 der Beschäftigungsverfahrensordnung nur bei Vorliegen einer Aufenthaltserlaubnis, einer Aufenthaltsgestattung oder einer Duldung nach [§ 60a AufenthG](#) möglich sei. Die Aufhebung der Leistungsbewilligung für Mai 2007 sei nach [§ 45 Abs. 2 Satz 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) gerechtfertigt, da zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides vom 2. April 2007 noch keine Leistungen für Mai ausbezahlt worden seien.

Mit der am 16. November 2007 eingelegten Berufung macht der Kläger geltend, dass ihm die Erwerbstätigkeit nach dem Aufenthaltsgesetz jederzeit hätte erlaubt werden können, nämlich in Form einer begünstigenden Nebenbestimmung zu der Fiktionsbescheinigung nach [§ 4](#)

[Abs. 2 Satz 3 AufenthG](#). Im Übrigen hätte er einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit der Möglichkeit einer Beschäftigungsaufnahme besessen.

Nach Aufhebung des Bescheides vom 21. März 2007 in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2010 durch die Beklagte beantragt der Kläger,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 16. Oktober 2007 sowie den Bescheid der Beklagten vom 2. April 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm für die Zeit ab 1. Juni 2007 Leistungen nach dem SGB II dem Grunde nach nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte macht sich das angefochtene Urteil zu eigen.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Prozessakte des Sozialgerichts Hamburg S 61 AS 1682/07 ER, der Verwaltungsakte der Beklagten sowie der Ausländerakte des Klägers Bezug genommen. Diese Unterlagen haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Senats gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung hat keinen Erfolg.

I. Die Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes – SGG –) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) eingelegt worden.

Der Kläger begehrt Leistungen ab dem 1. Mai 2007. Sein Begehren ist zunächst als Anfechtungsklage gegen den Aufhebungsbescheid vom 2. April 2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2007 zu verstehen; würden diese Bescheide aufgehoben, lebte die Leistungsbewilligung für den Monat Mai 2007 durch Bescheid vom 22. November 2006 wieder auf. Hinsichtlich der Leistungen ab Juni 2007 ist das Begehren als Leistungsklage zu verstehen. Entgegenstehende Bescheide für diesen Zeitraum existieren nicht; insbesondere verhalten sich die Bescheide vom 27. März 2007 und 2. April 2007 nicht zu dem Weiterbewilligungsantrag vom 19. April 2007. Die Beklagte hat über den Verlauf des gerichtlichen Verfahrens jedoch deutlich gemacht, nicht leisten zu wollen. Daraus ist mit hinreichender Klarheit eine Leistungsablehnung durch die Beklagte zu entnehmen, die den Weg zum Gericht eröffnet.

Der streitige Zeitraum in Fällen ablehnender Verwaltungsentscheidungen erstreckt sich in der Regel bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesozialgericht (BSG, Ur. v. 7.5.2009 – [B 14 AS 41/07 R](#)). So liegt es hier.

II. Die Berufung ist aber unbegründet. Der Kläger ist nicht leistungsberechtigt nach dem SGB II. Das Gesetz verlangt nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#) die Erwerbsfähigkeit des Hilfesuchenden; nach [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) setzt das im Hinblick auf Ausländer voraus, dass die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Daran fehlt es indes.

1. Der Kläger ist Ausländer im Sinne des Zweiten Buchs Sozialgesetzbuch. Nach [§ 2 AufenthG](#) ist Ausländer jeder, der nicht Deutscher i.S.d. [Art. 116 Abs. 1](#) des Grundgesetzes (GG) ist. [Art. 116 Abs. 1 GG](#) erfasst auch die sog. Statusdeutschen, also Flüchtlinge und Vertriebene deutscher Volkszugehörigkeit, die im Gebiet des Deutschen Reiches (Stand 31.1.1937) Aufnahme gefunden haben. Der Kläger ist zwar nach dem Aufnahmeverfahren mit einem Aufnahmebescheid nach [§ 27 BVFG](#) eingereist; gleichwohl unterliegt er wegen der rechtskräftigen Ablehnung der Anerkennung nach [§ 15 BVFG](#) dem Aufenthaltsgesetz. Allein der nicht zurückgenommene Aufnahmebescheid verleiht nicht die Eigenschaft eines Statusdeutschen (vgl. Hailbronner, AuslR, [§ 2 AufenthG](#) Rn. 11 m.w.N., Stand April 2008; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 5.7.2000 – [2 BvR 865/00, NVwZ-RR 2000 S. 836](#)).

2. Dem Kläger war und ist die Aufnahme einer Beschäftigung nicht erlaubt. In dem Zeitraum vom 1. Mai 2007 bis zum 6. Mai 2009 ergab sich das ausdrücklich aus den ihm erteilten Fiktionsbescheinigungen nach [§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#). Nach dieser Vorschrift gilt der Aufenthalt eines Ausländers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über seinen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als erlaubt. Regelmäßig wird die Erwerbstätigkeit in solchen Fällen nicht gestattet (Renner, AuslR, 8. Aufl. 2005, [§ 81 AufenthG](#) Rn. 25; Hailbronner, AuslR, [§ 81 AufenthG](#) Rn. 23, Stand Febr. 2010) – so auch ausdrücklich in der dem Kläger nach [§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#) erteilten Fiktionsbescheinigung.

Bei Vorliegen eines ausdrücklichen aufenthaltsrechtlichen Verbots der Erwerbstätigkeit kann auch nicht davon gesprochen werden, dass die Aufnahme einer Beschäftigung im Sinne von [§ 8 Abs. 2](#). Alternative SGB II erlaubt werden könnte (so allg. Auffassung, vgl. Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB II, [§ 8](#) Rn. 20 f., Stand März 2006; Loose/Loose, in: Hohm, SGB II, [§ 8](#) Rn. 106, Stand Sept. 2008; Blüggel, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, [§ 8](#) Rn. 64; SG Nürnberg, Ur. v. 26.8.2009 – [S 20 AS 906/09](#)). Die erste Alternative des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#), nämlich der tatsächliche Besitz einer Erlaubnis zur Aufnahme einer Beschäftigung, wäre praktisch überflüssig, wenn sogar die gegenteilige Situation, nämlich der ausdrückliche Ausschluss dieser Erlaubnis, noch von der zweiten Alternative erfasst wäre; der Sinn der Vorschrift des [§ 8 Abs. 2 SGB II](#) wäre insgesamt nicht verständlich. Insofern ist im Übrigen auch nicht zu fragen, ob eine Erlaubnis mit oder ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ([§ 4 Abs. 2 S. 3](#) i.V.m. [§§ 39 ff. AufenthG](#) einerseits; [§ 18 Abs. 2 AufenthG](#) i.V.m. den Regelungen der Beschäftigungsverordnung bzw. der Beschäftigungsverfahrensordnung andererseits) hätte erteilt werden können.

Auch trägt der Einwand des Klägers nicht, ihm hätte von vornherein eine Aufenthaltserlaubnis unter Einschluss der Beschäftigungsaufnahme erteilt werden müssen. Soweit er das auf die von ihm vorgelegte Weisung Nr. 3/2005 der Behörde für Inneres vom 17. Dezember 2004 stützen will, ist dem zunächst entgegenzuhalten, dass die Entscheidung danach im Ermessen der Behörde steht und damit gerade keinen gebundenen Anspruch vorsieht. Zudem wird nach der Weisung das Vorliegen einer Härte vorausgesetzt und eine Beurteilung des

Bundesverwaltungsamts zu der Frage gefordert, ob der Aufnahmebescheid auf unzutreffenden Angaben des Ausländers beruhte und aufgrund dessen zurückgenommen werden könnte. Auch dies lässt einen Anspruch des Klägers zweifelhaft erscheinen. Vor allem aber kann der SGB II-Träger nur auf die rechtliche Situation abstellen, wie sie durch die tatsächliche Entscheidung der Ausländerbehörde geprägt ist. Auch aus den von dem Kläger angeführten Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Urt. v. 16.12.2008 - [B 4 AS 40/07 R](#), juris) und des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz (Beschl. v. 17.10.2006 - [L 3 ER 175/06 AS](#)) ergibt sich nichts anderes; diese Entscheidungen enthalten keine Aussagen zu dieser Frage. Es hieße das sozialrechtliche und -gerichtliche Verfahren zu überlasten, sollte hier die aufenthaltsrechtliche Beschränkung inzident überprüft werden sollen. Vielmehr gilt: Der SGB II-Träger hat nicht die Befugnis, die Entscheidung der Ausländerbehörde in Frage zu stellen, sondern muss sich daran halten (vgl. Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB II, § 7 Rn. 31a, Stand April 2008; A. Loose, in: Hohm, SGB II, § 7 Rn. 32.18, Stand Aug. 2008).

3. Für den Zeitraum ab dem 7. Mai 2009 gilt nichts anderes. Ab diesem Zeitpunkt war der Kläger im Besitz einer Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#) ohne ausdrücklichen Ausschluss der Erwerbstätigkeit. Gleichwohl, [§ 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG](#) setzt für eine Erwerbstätigkeit voraus, dass ein Aufenthaltstitel dies nach seinem gesetzlich bestimmten Inhalt einschließt oder ausdrücklich erlaubt. Die Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#) bezieht sich auf das Einreisevisum; dieses erlaubte eine Erwerbstätigkeit nicht ausdrücklich und umfasste dies auch nach seinem gesetzlichen Inhalt nicht.

Auch könnte auf der Grundlage der Fiktionsbescheinigung nach [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#) eine Erwerbstätigkeit nicht erlaubt werden im Sinne von [§ 8 Abs. 2](#) 2. Alternative SGB II. Zwar wird zu dieser Gesetzesformulierung vereinzelt die Auffassung vertreten, dass schon die abstrakte Möglichkeit einer Erlaubniserteilung genügt, um die Voraussetzung als erfüllt zu betrachten (Valgolio, a.a.O.). Eine solche abstrakte Möglichkeit könnte hier angenommen werden, weil kein ausdrücklicher Ausschluss einer Erwerbstätigkeit in Form einer Nebenbestimmung vorliegt. Allerdings könnte auch die Bestimmung des [§ 4 Abs. 2 AufenthG](#) als aufenthaltsrechtliches Verbot einer Beschäftigungsaufnahme verstanden werden, wenn die dort genannten Voraussetzungen fehlen. Das kann aber dahin stehen, weil der Senat sich der - engeren - Auffassung anschließt, die auf eine konkrete Aussicht auf Erteilung einer Erlaubnis abstellt (Loose/Loose, a.a.O.; Brühl, in: LPK-SGB II, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 34; Blüggel, a.a.O., Rn. 64 ff., jeweils m.w.N.; aus der jüngsten Rspr: LSG Rh.-Pf., Beschl. v. 12.2.2010 - [L 1 SO 84/09 B ER](#), [L 1 SO 95/09 B ER](#); SG Berlin, Beschl. v. 22.9.2009 - [S 26 AS 27018/09 ER](#); SG Nürnberg, a.a.O.; LSG BW, Beschl. v. 23.7.2008 - [L 7 AS 3031/08 ER-B](#), alle juris). Denn nur dieses Verständnis der Norm trägt ihrer Struktur, die zwischen "erlaubt ist" und "erlaubt werden könnte" unterscheidet, hinreichend Rechnung: Auch die zweite Alternative muss doch dem Gewicht der ersten Alternative ungefähr gleichkommen, um eine rechtliche Gleichbehandlung beider Alternativen zu rechtfertigen.

Eine konkrete Aussicht auf die Gestattung einer Erwerbstätigkeit kann aber nicht erkannt werden. Der aufenthaltsrechtliche Status des Klägers sollte mit dem Wechsel von [§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG](#) zu [§ 81 Abs. 4 AufenthG](#) nicht etwa verändert werden, sondern die zuständige Ausländerbehörde wollte vielmehr lediglich das angesichts des ursprünglich vorhandenen Einreisevisums ihrer Auffassung nach rechtlich passende Papier ausstellen. Es lag in Anbetracht dessen, dass der Kläger keine Anerkennung als Spätaussiedler gefunden hatte und dass sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung noch unbeschieden war, auch fern, seinen aufenthaltsrechtlichen Status zu diesem Zeitpunkt durch die Erleichterung der Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit zu verfestigen.

4. Soweit für Mai 2007 die Bewilligung von Leistungen aufgehoben wurde, beruht dies auf [§ 45 SGB X](#), weil die Bewilligung aufgrund der obigen Ausführungen rechtswidrig war. [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) setzt für die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes weiter voraus, dass kein schutzwürdiges Vertrauen in die Begünstigung entgegensteht. So liegt es hier; der Kläger hatte die Leistungen für Mai 2007 noch nicht erhalten und verbraucht (vgl. [§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X](#)), auch fielen ab 1. Juni 2007 statt der Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch solche nach dem Asylbewerberleistungsgesetz an, so dass der Kläger nicht gänzlich ohne Hilfe blieb.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt dem Ausgang in der Hauptsache.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Gründe nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft  
Aus  
Login  
HAM  
Saved  
2010-07-30