

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 14 AS 122/10 B

L 5 AS 67/07 (LSG Hamburg)
S 61 AS 1683/07 (SG Hamburg)

..... ,

Kläger, Antragsteller und
Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Jobcenter team.arbeit.hamburg
Rechtsstelle,
Öjendorfer Weg 9, 22111 Hamburg,

Beklagter und Beschwerdegegner.

Der 14. Senat des Bundessozialgerichts hat am 1. März 2011 durch den
Vorsitzenden Richter Prof. Dr. U d s c h i n g sowie die Richterinnen
K r a u ß und H a n n a p p e l
beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des
Landessozialgerichts Hamburg vom 24. Juni 2010 wird als unzulässig verworfen.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren der Nichtzulas-
sungsbeschwerde unter Beordnung von Rechtsanwalt J , H , wird
zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe :

I

- 1 Der Kläger begehrt Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) seit dem 1.5.2007.
- 2 Der 1950 geborene Kläger ist usbekischer Staatsangehöriger. 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 blieb ohne Erfolg (*Urteil des Verwaltungsgerichts <VG> Hamburg vom 24.8.2005; Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Hamburg vom 25.1.2010*). Das Verfahren auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung war unterdessen auf seinen Antrag hin ausgesetzt worden. Der Kläger erhielt seit Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) zunächst Fiktionsbescheinigungen nach § 81 Abs 3 Satz 1 AufenthG mit der ausdrücklichen Beschränkung "Erwerbstätigkeit nicht gestattet". Seit dem 7.5.2009 ist der Kläger im Besitz einer Bescheinigung nach § 81 Abs 4 AufenthG.
- 3 Auf seine Anträge hin bewilligte der Beklagte dem Kläger Leistungen nach dem SGB II, zuletzt mit Bescheid vom 22.11.2006 für die Zeit vom 1.12.2006 bis zum 31.5.2007. Mit Bescheid vom 21.3.2007 hob der Beklagte die Entscheidung über die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II mit Wirkung vom 1.6.2007 auf. Mit Bescheid vom 2.4.2007 hob er die Bewilligung von Leistungen ab dem 1.5.2007 auf. Der Kläger sei nicht im Besitz einer gültigen Aufenthaltserlaubnis und stehe daher dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung. In der Folge erhielt der Kläger ab dem 1.6.2007 durchgehend Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG).
- 4 Der Widerspruch gegen beide Bescheide und die hiergegen gerichtete Klage zum Sozialgericht (SG) Hamburg blieben ohne Erfolg (*Widerspruchsbescheid vom 29.6.2007; Urteil des SG vom 16.10.2007*). Das Landessozialgericht (LSG) Hamburg hat die Berufung hiergegen zurückgewiesen (*Urteil vom 24.6.2010*). Es hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger sei nicht Leistungsberechtigter nach dem SGB II; es fehle an der Erwerbsfähigkeit iS von § 7 Abs 1 Satz 1 Nr 2 iVm § 8 Abs 2 SGB II. Die Erwerbsfähigkeit des Hilfesuchenden setze bei Ausländern voraus, dass die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt sei oder erlaubt werden könne. Dem Kläger sei eine Beschäftigung nicht erlaubt worden. Es liege auch nicht der Fall vor, dass ihm eine Erwerbstätigkeit erlaubt werden könne. Dies gelte auch für den Zeitraum ab dem 7.5.2009, in dem der Kläger über eine Fiktionsbescheinigung ohne Beschäftigungsuntersagung verfügt habe. Der Einwand des Klägers, ihm hätte von vornherein eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden müssen, trage auch im Hinblick auf die Weisung Nr 3/2005 der Behörde für Inneres der Freien und Hansestadt Hamburg vom 17.12.2004 nicht. Insoweit könne der SGB II-Träger nur auf die rechtliche Situation abstellen, wie sie durch die tatsächliche Entscheidung der Auslän-



derbehörde geprägt sei. Auch aus der von dem Kläger angeführten Entscheidung des Bundessozialgerichts (<BSG> Urteil vom 16.12.2008 - B 4 AS 40/07 R) ergebe sich nichts anderes. Es hieße das sozialrechtliche und -gerichtliche Verfahren zu überlasten, sollten hier die aufenthaltsrechtliche Beschränkung inzident überprüft werden müssen. Die nur abstrakte Möglichkeit einer Erlaubniserteilung genüge nicht, um die Voraussetzung des § 8 Abs 2 SGB II als erfüllt zu betrachten. Der Senat schließe sich der - engeren - Auffassung an, wonach es auf eine konkrete Aussicht auf Erteilung einer Erlaubnis ankomme, die vorliegend durchgehend nicht bestanden habe.

- 5 Gegen die Nichtzulassung der Revision in dem vorbezeichneten Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Beschwerde.
- 6 Er macht eine Divergenz der Entscheidung zu der Entscheidung des BSG vom 16.12.2008 (B 4 AS 40/07 R) geltend. Die Entscheidung des LSG beruhe auf dem Rechtssatz, dass für die Frage, ob iS von § 8 Abs 2 SGB II eine Erlaubnis erteilt werden könne, die konkrete Möglichkeit der Erlaubniserteilung erforderlich sei. Demgegenüber habe das BSG in dem bezeichneten Urteil entschieden, dass auch diejenigen, die aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben, eine Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erhalten könnten und damit die Voraussetzungen nach § 8 Abs 2 SGB II erfüllen, so dass grundsätzlich ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bestehen könne (aaO, RdNr 21).
- 7 Auf dieser Abweichung beruhe das Urteil des LSG, denn unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des BSG habe der Kläger entgegen dem angefochtenen Urteil des LSG einen Anspruch auf Leistungen seit dem 1.6.2006.
- 8 Sollte es sich bei der in RdNr 21 dargelegten Auffassung des BSG lediglich um eine obiter dictum gehandelt haben, so habe die Sache jedenfalls grundsätzliche Bedeutung iS des § 160 SGG. Die Entscheidung des LSG sei von der Klärung der Rechtsfrage abhängig, ob gemäß § 8 Abs 2 SGB II eine abstrakte Möglichkeit zur Erteilung einer Erlaubnis ausreiche oder die konkrete Möglichkeit erforderlich sei. Diese Rechtsfrage sei klärungsbedürftig. Die wohl noch überwiegende Auffassung gehe davon aus, dass das "erlaubt werden könnte" iS des § 8 Abs 2 SGB II eine konkrete Möglichkeit voraussetze (Hinweis auf Blüggel in Eicher/Spellbrink § 8 RdNr 61 f; Spellbrink aaO § 7 RdNr 12; Seegmüller in Estelmann § 8 SGB II RdNr 45; LSG Berlin-Brandenburg Beschluss vom 13.12.2005 - L 25 B 1281/05 AS ER; LSG Niedersachsen-Bremen Beschluss vom 14.9.2006 - L 6 AS 376/06 ER). Die Gegenauffassung berufe sich (nach Auffassung des Klägers zutreffend) im Wesentlichen auf eine historische Argumentation (Hinweis auf Valgolio in Hauck/Noftz, SGB II, § 8 RdNr 20; Brühl in LPK-SGB II § 8 RdNr 35; Sieveking ZAR 2004, 283, 286; SG Dessau Beschluss vom 21.7.2005 - S 9 AS 386/05 ER). Erwerbsfähige Ausländer mit nachrangigem Arbeitsmarktzugang könnten danach - sofern sie nicht unter das AsylbLG fallen - Grundsicherung für Arbeitsuchende beanspruchen und zwar



unabhängig davon, ob für die aufgrund der konkreten Arbeitsmarktlage eine realistische Chance auf eine Aufenthaltserlaubnis bestehe. Die Klärung dieser Rechtsfrage habe eine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung, denn von der Rechtsprechung des BSG sei die weitergehende Abgrenzung der Sicherungssysteme nach dem AsylbLG und dem SGB II zu erwarten.

- 9 Die Rechtsfrage sei vorliegend auch klärungsfähig. Der Kläger habe einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Weisung Nr 3/2005. Die entgegenstehenden Ausführungen des LSG seien unzutreffend, was der Kläger unter Bezugnahme auf Entscheidungen des VG Hamburg im Einzelnen ausgeführt hat. Das BSG sei in der Lage, über die Rechtsfrage sachlich zu entscheiden, da diese im Rechtsstreit entscheidungserheblich sei.

II

- 10 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig, weil die geltend gemachten Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung (§ 160 Abs 2 Nr 1 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) und der Divergenz (§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG) nicht in der gebotenen Weise dargelegt sind (§ 160a Abs 2 Satz 3 SGG).
- 11 Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 160 Abs 2 Nr 1 SGG hat eine Rechtssache nur dann, wenn sie eine Rechtsfrage aufwirft, die - über den Einzelfall hinaus - aus Gründen der Rechtseinheit oder der Fortbildung des Rechts einer Klärung durch das Revisionsgericht bedürftig und fähig ist (vgl BSGE 40, 158 = SozR 1500 § 160a Nr 11; BSG SozR 1500 § 160a Nr 13). Es muss daher anhand des anwendbaren Rechts unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ggf des Schrifttums, angegeben werden, welche Fragen sich stellen, dass diese Rechtsfragen noch nicht geklärt sind, weshalb eine Klärung dieser Rechtsfragen aus Gründen der Rechtseinheit oder der Fortbildung des Rechts erforderlich ist und dass das angestrebte Revisionsverfahren eine Klärung erwarten lässt.
- 12 Hinsichtlich der geltend gemachten grundsätzlichen Bedeutung mag die formulierte Rechtsfrage durch die Rechtsprechung des BSG zwar ungeklärt sein. Es ist aber die Klärungsfähigkeit der Rechtsfrage im angestrebten Revisionsverfahren im Sinne ihrer Entscheidungserheblichkeit nicht ausreichend dargelegt. Nach dem vorgetragenen Sachverhalt hat der Kläger im gesamten streitigen Zeitraum Leistungen nach dem AsylbLG erhalten. Vor diesem Hintergrund wären Darlegungen erforderlich gewesen, weshalb die problematisierte Rechtsfrage vorliegend entscheidungserheblich ist und Leistungen nach dem SGB II nicht schon wegen § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II (bzw § 7 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB II in der seit dem 28.8.2007 geltenden Fassung) ausscheiden. Nach der Rechtsprechung des BSG, die der Kläger in Bezug genommen hat, besteht der Leistungsausschluss für Leistungsberechtigte



nach dem AsylbLG auch in den Fällen, in denen die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt ist oder erlaubt werden könnte. Die Abgrenzung der Leistungssysteme erfolgt insoweit nicht über das Kriterium "Erwerbsfähigkeit" iS des § 8 Abs 2 SGB II. Entsprechende Darlegungen zur Wirkung einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs 3 AufenthG bzw nach § 81 Abs 4 AufenthG im Anwendungsbereich des § 1 AsylbLG fehlen aber (*zum Streitstand vgl nur Frerichs in jurisPK-SGB XII, Stand November 2010, § 1 AsylbLG RdNr 106 f*).

- 13 Hinsichtlich der geltend gemachten Divergenz erweist sich die Beschwerde ebenfalls als unzulässig. Divergenz iS des § 160 Abs 2 Nr 2 SGG liegt nur vor, wenn die tragenden abstrakten Rechtssätze, die in einem Urteil des LSG einerseits und einem Urteil eines der genannten Gerichte andererseits zu Grunde gelegt worden sind, nicht übereinstimmen. Sie kommt also ausschließlich in Betracht, wenn das LSG einen Rechtssatz in Abweichung von einem solchen des BSG, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts aufgestellt hat (*Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 160 RdNr 13 ff; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 5. Aufl 2008, IX. Kap RdNr 194 ff*). Das LSG hat vorliegend zutreffend ausgeführt, dass das BSG in dem Urteil, das der Kläger bezeichnet hat, den vorliegenden Fall nicht entschieden hat. Die Entscheidung des BSG enthält eine tragende Aussage zu § 8 Abs 2 SGB II nicht. Es wird in der vom Kläger in Bezug genommenen RdNr 21 lediglich dargelegt, dass die formale Abgrenzung der Leistungssysteme SGB II/AsylbLG nach § 7 Abs 1 Satz 2 (*jetzt Satz 2 Nr 3*) SGB II iVm § 1 AsylbLG sich vor dem Hintergrund erklärt, dass nicht allen Berechtigten nach § 1 Abs 1 AsylbLG notwendigerweise eine Erlaubnis zur Aufnahme einer Beschäftigung fehlt. Eine Divergenz im dargestellten Sinne liegt damit nicht vor.
- 14 Die Bewilligung von PKH ist abzulehnen, weil es aus den dargelegten Gründen an der hinreichenden Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung fehlt (§ 73a SGG iVm § 114 Zivilprozessordnung).
- 15 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 Abs 1 SGG.

