

L 6 AS 503/18 B ER

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

6

1. Instanz

SG Kassel (HES)

Aktenzeichen

S 1 AS 121/18 ER

Datum

09.08.2018

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 6 AS 503/18 B ER

Datum

07.12.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Pauschale und damit letztlich von vornherein nicht widerlegbare Zweifel des Jobcenters an der Hilfebedürftigkeit, die daher sogar im Hauptsacheverfahren einen Anspruch auf Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht in Frage stellen könnten (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 – [1 BvR 569/05](#) –, juris, Rn. 30), stehen dem Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht entgegen.

2. Gesetzesverstöße des Arbeitgebers (hier: keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall) geben Anlass, diese zu korrigieren, können aber, ohne dass der Schutzcharakter der entsprechenden Vorschriften in sein Gegenteil verkehrt würde, regelmäßig nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass ein Arbeitsverhältnis gar nicht bestehe. Der Arbeitnehmerstatus im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU wird dadurch nicht in Frage gestellt, so dass ein Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) Bst. b SGB II sich hierauf nicht stützen lässt, wenn im Übrigen keine Zweifel an einem tatsächlichen und echten Arbeitsverhältnis im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bestehen.

I. Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Kassel vom 9. August 2018 wird zurückgewiesen.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin auch für das Beschwerdeverfahren die zur Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten.

Gründe:

I. Die Beteiligten streiten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes um einen Anspruch der Antragstellerin auf Arbeitslosengeld II.

Die 1956 geborene Antragstellerin ist bulgarische Staatsbürgerin und lebt mit ihrem Ehemann, der ergänzend zu einer bulgarischen Rente Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei voller Erwerbsminderung erhält, seit dem Frühjahr 2015 in Deutschland. Im Sommer 2015 nahm sie eine Beschäftigung als Reinigungskraft bei Dr. C. als Inhaber des Übersetzungsbüros D. in A-Stadt auf. Sie war zunächst versicherungspflichtig tätig; zum 1. Dezember 2015 reduzierten die Arbeitsvertragsparteien jedoch die Stundenzahl und die Antragstellerin war seither nur geringfügig beschäftigt. Der von ihr vorgelegte Arbeitsvertrag sieht eine regelmäßige Arbeitszeit von 6,25 Wochenstunden vor (vgl. § 3 des als Bl. 5 ff. zu den Akten des Hauptsacheverfahrens – SG Kassel, Az.: S 1 AS 66/18 – gereichten Arbeitsvertrags). Die von ihr zur Akte gereichten Entgeltbescheinigungen weisen dagegen ein wechselndes Einkommen, überwiegend zwischen 200,- und 300,- Euro monatlich, aus. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 7, 94, 168, 177, 184, 191, 204, 211, 234, 250, 271, 279, 318, 384, 388, 397, 440, 459, 472, 478, 510, 521, 543 der zur Antragstellerin geführten Verwaltungsakte der Antragsgegnerin – im Folgenden: VA – Bezug genommen.

Aufstockend erhielt die Antragstellerin seit Juni 2015 Arbeitslosengeld II nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) von der Antragsgegnerin, der hier als sogenannte Optionskommune für die Erbringung von Grundsicherungsleistungen in Anspruch genommenen Stadt Kassel. Einen Weiterbewilligungsantrag vom 20. Oktober 2017 lehnte diese jedoch durch Bescheid vom 13. November 2017 und Widerspruchsbescheid vom 22. Januar 2018 ab, da die Antragstellerin ihr Aufenthaltsrecht in Deutschland allein auf den Zweck der Arbeitsuche stützen könne und ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II daher nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) ausgeschlossen sei. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 370 f. VA bzw. Bl. 390 ff. VA verwiesen.

Auf den daraufhin – parallel zur Klage in der Hauptsache, die beim Sozialgericht Kassel unter dem Aktenzeichen S 1 AS 66/18 anhängig ist – gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verpflichtete das Sozialgericht die Antragsgegnerin durch Beschluss vom 13. März 2018, der Antragstellerin vorläufig ab 29. Januar 2018 und längstens für sechs Monate Arbeitslosengeld II in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Diesbezüglich wird auf Bl. 68 ff. der Akten des SG Kassel zum Az. S 1 AS 19/18 ER Bezug genommen.

Diesen Beschluss ließ die Antragsgegnerin unanfechten und bewilligte der Antragstellerin durch Bescheid vom 15. März 2018 vorläufig in Umsetzung des Beschlusses des Sozialgerichts Kassel Arbeitslosengeld II für die Zeit vom 29. Januar 2018 bis zum 28. Juli 2018; auf VA Bl. 411 ff. wird Bezug genommen. In der Folge erteilte sie verschiedentlich Änderungsbescheide wegen der Anrechnung des von der Antragstellerin erzielten Einkommens (Bescheide vom 21. März 2018, 2. Mai 2018, 5. Juni 2018 und 29. Juni 2018).

Bald nach Ablauf des Geltungszeitraums der einstweiligen Anordnung vom 13. März 2018 hat die Antragstellerin erneut um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Im angegriffenen Beschluss vom 9. August 2018 hat das Sozialgericht daraufhin die Antragsgegnerin wiederum im Wege der einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Gewährung von Arbeitslosengeld II, nunmehr für die Zeit vom 3. August 2018 bis längstens 31. Dezember 2018, und zur Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin verpflichtet.

Zur Begründung hat das Gericht, seine erste Entscheidung zitierend, im Wesentlichen ausgeführt, auf Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch habe Anspruch, wer seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland habe, mindestens 15 Jahre alt, erwerbsfähig und hilfebedürftig sei (§ 7 Abs. 1, § 19 Abs. 1 Satz 1 SGB II). Der damit grundsätzlich gegebene Anspruch der Antragstellerin sei auch nicht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen. Danach seien solche Ausländer von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch ausgeschlossen, denen kein Aufenthaltsrecht oder ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitssuche oder aufgrund der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 zustehe. Die Antragstellerin sei entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch Arbeitnehmerin, so dass ihr ein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern – Freizügigkeitsgesetz/EU – (FreizügigG/EU) zustehe. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Hinweis auf EuGH, Urt. v. 4. Februar 2010 – [C 14/09](#); RS Genc –, juris) sei als Arbeitnehmer anzusehen, wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübe, wobei Tätigkeiten außer Betracht blieben, die einen so geringen Umfang hätten, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellten.

Nach Maßgabe dessen vermöge die Kammer im vorliegenden Einzelfall ein derartiges Beschäftigungsverhältnis wenigstens für das Eilverfahren zu erkennen. Die Antragsgegnerin habe zwar auf einige Punkte hingewiesen, die gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im vorgenannten Sinne stritten. Außer Frage stehe für die Kammer, dass die Antragstellerin an einem echten Arbeitsverhältnis interessiert sei. Für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses streite zum einen der Umstand, dass sie schon längere Zeit für das Übersetzungsbüro tätig sei. Hier habe sie anfänglich noch über 400,- Euro monatlich erhalten, bereits seit Dezember 2015 sei die Vergütung aber auf durchschnittlich 200,- Euro gesunken. Für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im vorgenannten Sinne spreche auch der Umstand, dass dem Grunde nach ein Arbeitsvertrag vorliege, auch wenn dieser nicht nur erst im gerichtlichen Verfahren und dann vordatiert vorgelegt worden sei, sondern auch nicht den tatsächlichen Gepflogenheiten entspreche. Mit Schreiben vom 4. August 2015 habe das Übersetzungsbüro Dr. C. mitgeteilt, die Antragstellerin sei als Reinigungskraft auf Minijob-Basis eingestellt worden. Das Arbeitsverhältnis habe ab dem 3. August 2015 begonnen und sei vorerst auf ein Jahr ausgelegt. Die Arbeitszeit betrage Montag bis Freitag zweieinhalb Stunden täglich und der Stundenlohn 8,05 Euro (richtig: 8,50 Euro). Dies entspräche einer wöchentlichen Arbeitszeit von 12,5 Stunden. Der Arbeitsvertrag vom 24. Juli 2015 (sic!) weise demgegenüber eine Arbeitszeit von 6,25 Wochenstunden aus. Während die Mitteilung vom 4. August 2015 einen Stundenlohn von 8,50 Euro bescheinige, solle ausweislich des im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Arbeitsvertrages die Vergütung 8,84 Euro betragen haben. Die Antragstellerin habe im Laufe des gerichtlichen Verfahrens eingeräumt, dass der Arbeitsvertrag tatsächlich erst zu einem späteren Zeitpunkt schriftlich fixiert worden sei und man den zu diesem Zeitpunkt gültigen Mindestlohn eingesetzt habe. Das möge so sein. Gleichwohl stimmten die behaupteten Zahlen nicht. Die Kammer habe die Lohnabrechnungen für den Zeitraum Januar bis Dezember 2017 ausgewertet, aus denen sich eine Wochenarbeitszeit von maximal knapp sechs Stunden ergebe. Dies harmoniere nicht einmal mit dem nachgeschobenen Arbeitsvertrag im gerichtlichen Verfahren, wonach die Arbeitsleistung montags bis freitags zwischen 12.30 Uhr und 13.45 Uhr erbracht und die regelmäßige Arbeitszeit 6,25 Wochenstunden betrage. Erklärbar werde dies nur, wenn tatsächlich keine Lohnfortzahlung, weder im Urlaub noch bei Krankheit, erfolge. Dass es sich tatsächlich so verhalte, ergebe sich aus E-Mails des Arbeitgebers vom 31. Oktober 2016 und 23. November 2016.

Zusammenfassend könne die Kammer daher festhalten, dass die Antragstellerin keinerlei Lohnfortzahlung erhalte, die Wochenarbeitszeit sich unter sechs Stunden bewege, der monatliche Lohn lediglich noch um die 200,00 Euro betrage, der Arbeitsvertrag rückdatiert worden sei und gleichwohl das tatsächliche Dienstverhältnis unrichtig abbilde und schließlich gesetzliche Vorgaben nicht eingehalten würden. Gleichwohl gehe Kammer im Hinblick auf obergerichtliche Rechtsprechung vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im vorgenannten Sinne aus. Das Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen habe unter Berufung auf entsprechende Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Hinweis auf BSG, Urt. v. 19. Oktober 2010 – [B 14 AS 23/10 R](#) –, juris) ausgeführt, dass bereits bei einem Verdienst von mehr als 160,- Euro netto monatlich nicht mehr von einer unwesentlichen Tätigkeit mit völlig untergeordneter Bedeutung ausgegangen werden könne (Hinweis auf LSG Essen, Beschl. v. 23. Dezember 2015 – [L 12 AS 2000/15 B ER](#) –, Rn. 6, juris).

Nach Zustellung des Beschlusses am 10. August 2018 hat die Antragsgegnerin am 4. September 2018 Beschwerde eingelegt.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat sie – nachdem sie der Antragstellerin zuvor mit Schreiben vom 23. August 2018 aufgegeben hatte, einen Weiterbewilligungsantrag, ihren Pass und aktuelle Kontoauszüge vorzulegen, und andernfalls die Versagung der Leistung angedroht hatte – durch Bescheid vom 11. September 2018 die einstweilige Anordnung umgesetzt und der Antragstellerin für die Zeit vom 3. August 2018 bis 31. Dezember vorläufig Arbeitslosengeld II in Höhe von 425,80 Euro für August 2018, 304,35 Euro für September 2018 und 229,- Euro monatlich für Oktober bis Dezember 2018 bewilligt. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 88 ff. der Gerichtsakte Bezug genommen.

Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Antragsgegnerin geltend, die Arbeitstätigkeit der Antragstellerin sei von so geringem Gewicht, dass sie Freizügigkeit nicht als Arbeitnehmerin, sondern nur zum Zweck der Arbeitssuche genieße und daher nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) vom Leistungsbezug ausgeschlossen sei. Außerdem habe das Sozialgericht die sonstigen Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld II, namentlich das Vorliegen von Hilfebedürftigkeit, nicht ausreichend geprüft.

Die Antragsgegnerin beantragt, den Beschluss des Sozialgerichts Kassel vom 9. August 2018 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird ergänzend auf die gewechselten Schriftsätze sowie zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes auf den Inhalt der Gerichtsakten zum hiesigen Verfahren und der beigezogenen Akten des Sozialgerichts Kassel zu den Verfahren S 1 AS 19/18 ER und S 1 AS 66/18 sowie der die Antragstellerin betreffenden Verwaltungsakten der Antragsgegnerin Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Der Beschluss des Sozialgerichts Kassel vom 9. August 2018 ist nicht zu beanstanden. Das Gericht hat die Antragsgegnerin zu Recht im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragstellerin für die Zeit ab Eingang des Antrags bei Gericht am 3. August 2018 bis zum 31. Dezember 2018 vorläufig Arbeitslosengeld II zu gewähren.

1. Die Beschwerde ist angesichts des Umfangs der streitigen Leistungen statthaft ([§ 172 Abs. 3 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz [SGG] i.V.m. [§ 144 Abs. 1 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässig, namentlich frist- und formgerecht erhoben ([§ 173 Satz 1 SGG](#)).

2. Sie ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht ist zu Recht vom Vorliegen der Voraussetzungen einer auf die vorläufige Gewährung von Arbeitslosengeld II für den streitigen Zeitraum gerichteten einstweiligen Anordnung ausgegangen, die in Form einer Regulationsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) zu ergehen hatte.

a) Das Gericht kann eine entsprechende Anordnung erlassen, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint ([§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#)). Ein solcher Nachteil ist (nur) anzunehmen, wenn einerseits der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin – möglicherweise – ein materiell-rechtlicher Leistungsanspruch in der Hauptsache zusteht (Anordnungsanspruch) und es ihr andererseits nicht zuzumuten ist, die Entscheidung über den Anspruch in der Hauptsache abzuwarten (Anordnungsgrund).

Dabei stehen Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund nicht isoliert neben-, sondern in einer Wechselbeziehung zueinander, nach der die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit beziehungsweise Schwere des drohenden Nachteils, dem Anordnungsgrund, zu verringern sind und umgekehrt (vgl. für die st. Rspr. des Hess. LSG: Beschl. v. 29. Juni 2005 – [L 7 AS 1/05 ER](#) –, info also 2005, 169; Beschl. v. 7. September 2012 – [L 9 AS 410/12 B ER](#) – sowie Beschl. v. 5. September 2018 – [L 6 AS 216/18 B ER](#) –; außerdem Keller, in: Meyer-Ladewig u.a., SGG – Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 86b Rn. 27 ff.): Wäre eine Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig oder unbegründet, ist der Antrag auf einstweilige Anordnung ohne Rücksicht auf den Anordnungsgrund grundsätzlich abzulehnen, weil ein schützenswertes Recht nicht vorhanden ist. Wäre eine Klage in der Hauptsache dagegen offensichtlich begründet, vermindern sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund, auch wenn auf diesen nicht gänzlich verzichtet werden kann. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens, wenn also eine vollständige Aufklärung der Sach- oder Rechtslage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht möglich ist, ist im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden, welchem Beteiligten ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache eher zuzumuten ist. Dabei sind grundrechtliche Belange der Beteiligten, soweit diese durch die Entscheidung berührt werden, umfassend in der Abwägung zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 12. Mai 2005 – [1 BvR 569/05](#) –, info also 2005, 166).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Sozialgericht zu Recht zunächst das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs bejaht. Es erscheint als hinreichend wahrscheinlich, dass die Antragstellerin gestützt auf [§§ 7](#) ff. SGB II in der Hauptsache erfolgreich einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II wird geltend machen können.

aa) Die 62-jährige Antragstellerin hält sich in den Altersgrenzen nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II](#) in Verbindung mit [§ 7a SGB II](#).

bb) Bedenken hinsichtlich ihrer Erwerbsfähigkeit ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#) i.V.m. [§ 8 SGB II](#)) bestehen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht.

cc) Der Senat sieht auch für das einstweilige Rechtsschutzverfahren keinen weiteren Aufklärungsbedarf bezüglich ihrer Hilfebedürftigkeit ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#) i.V.m. [§§ 9](#) ff. SGB II), sondern hält diese für ausreichend glaubhaft gemacht.

Die Antragsgegnerin hat diese zwar in Frage gestellt beziehungsweise dem Sozialgericht insoweit unzureichende Ermittlungen vorgehalten. Ihr diesbezügliches Vorbringen bleibt allerdings pauschal. Das ist angesichts der konkreten Anhaltspunkte für das Vorliegen von Hilfebedürftigkeit nach Auffassung des Senats nicht ausreichend, um das Bestehen eines Anordnungsanspruchs nachhaltig in Frage stellen oder auch nur weitere Ermittlungsmaßnahmen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes notwendig erscheinen zu lassen: Die Antragstellerin hatte in den letzten Jahren durchgängig und bislang auch von der Antragsgegnerin unbestritten Bedarf nach aufstockenden Leistungen nach dem Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende; der Senat hat keinen Hinweis darauf, dass der Antragstellerin (oder ihrem Ehemann) bislang unbekanntes Einkommen und Vermögen zur Verfügung stehen könnte, namentlich ergeben sich solche Hinweise nicht aus den dem Senat vorliegenden Kontounterlagen; auch die Antragsgegnerin hat vor der Umsetzung der vom Sozialgericht erlassenen einstweiligen Anordnung Kontounterlagen angefordert, ohne dass sie anhand derer (oder auf Grund anderer Umstände) konkrete Hinweise auf verschwiegenes Einkommen oder Vermögen formuliert hätte; zu der Bareinzahlung in Höhe von 120,- Euro am 4. Juni 2018 hat die Antragstellerin nach Auffassung des Senats im Rahmen der eidesstattlichen Versicherung vom 22. Oktober 2018 (Gerichtsakte Bl. 102) plausibel erklärt, diese beruhe darauf, dass sie mit ihrer Krankenkasse eine Ratenzahlungsvereinbarung zum Ausgleich von Beitragsschulden getroffen habe und durch die Einzahlung dafür habe sorgen wollen, dass auf ihrem Konto genügend Mittel vorhanden sind, damit der entsprechende Betrag zur unbaren Zahlung zur Verfügung stehe.

Vor diesem Hintergrund ist für den Senat nicht ersichtlich, woran die von der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 23. Oktober 2018 ungeachtet dieser Umstände wiederholten Bedenken hinsichtlich der Hilfebedürftigkeit der Antragstellerin beruhen; namentlich sind keine konkreten Umstände ersichtlich, denen das Gericht hätte nachgehen oder denen die Antragstellerin substantiiert hätte entgegengetreten können. Nachdem solche pauschalen und damit letztlich von vornherein nicht widerlegbaren Zweifel an der Hilfebedürftigkeit sogar im Hauptsacheverfahren einen Anspruch nicht in Frage stellen könnten (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 – [1 BvR 569/05](#) –, juris, Rn. 30), hat der Senat keine Bedenken, einen Anordnungsanspruch insoweit als glaubhaft gemacht anzusehen.

dd) Am gewöhnlichen Aufenthalt der Antragstellerin ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#)) in der Bundesrepublik bestehen keine Zweifel; Anhaltspunkte dafür, dass die unionsrechtlich und innerstaatlich verbürgte Freizügigkeit der Antragstellerin und damit ein zukunftsöffener Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland konkret in Frage stehen könnten, sind nicht ersichtlich. Namentlich bestehen keine Hinweise darauf, dass der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt auf der Grundlage von [§ 6 Abs. 1 Satz 1 Freizügigkeitsgesetz/EU](#) festgestellt worden wäre, so dass offenbleiben kann, welche Konsequenzen eine derartige Feststellung für das Grundsicherungsrecht hätte.

ee) Weiter steht dem Anordnungsanspruch, wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat, kein Ausschlussstatbestand entgegen; namentlich gilt dies für die Regelung aus [§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) Bst. b) SGB II, wonach Ausländerinnen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, vom Bezug von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch ausgenommen sind. Die Vorschrift ist nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen Prüfung nicht einschlägig, weil sich die Antragstellerin auf die unionsrechtlich durch [Art. 45](#) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und innerstaatlich durch [§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 FreizügigG/EU](#) gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen kann.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. hierzu m.w.Nw. EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – [C-46/12](#); RS N. –, juris) ist der Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne von [Art. 45 AEUV](#) ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der nicht eng ausgelegt werden darf (vgl. in diesem Sinne u. a. EuGH, Urte. v. 3. Juli 1986 – 66/85; RS Lawrie-Blum –; Urte. v. 21. Juni 1988 – 197/86; RS Brown –; Urte. v. 26. Februar 1992 – [C-3/90](#); RS Bernini – und Urte. v. 6. November 2003 – [C-413/01](#); RS Ninni-Orasche –). Außerdem ist dieser Begriff anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. EuGH, Urte. v. 3. Juli 1986 – 66/85; RS Lawrie-Blum – und Urte. v. 6. November 2003 – [C-413/01](#); RS Ninni-Orasche –). Die beschränkte Höhe dieser Vergütung, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität des Betroffenen oder der Umstand, dass er nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet, schließen es nicht aus, dass eine Person als "Arbeitnehmer" im Sinne von [Art. 45 AEUV](#) anerkannt wird (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urte. v. 3. Juli 1986 – 66/85; RS Lawrie-Blum –; Urte. v. 31. Mai 1989 – 344/87; RS Bettray – und Urte. v. 26. Februar 1992 – [C-3/90](#); RS Bernini –). Allerdings ist für die Qualifizierung als "Arbeitnehmer" erforderlich, dass eine Person eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die keinen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt. (vgl. u. a. EuGH, Urte. v. 23. März 1982 – 53/81; RS Levin – und Urte. v. 4. Juni 2009 – [C 22/08](#) u.a.; RS Vatsouras und Koupatantze –). Bei der Prüfung, ob im konkreten Fall eine tatsächliche und echte Tätigkeit vorliegt, muss das entscheidende Gericht objektive Kriterien heranziehen und alle Umstände des Falles, die sich auf die Art sowohl der fraglichen Tätigkeiten als auch des fraglichen Arbeitsverhältnisses beziehen, in ihrer Gesamtheit beurteilen (vgl. EuGH, Urte. v. 6. November 2003 – [C-413/01](#); RS Ninni-Orasche –).

Nachdem die Antragstellerin – auch von der Antragsgegnerin nicht in Frage gestellt – in einem, wenn auch nicht versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis steht, kann sie sich auf das Aufenthaltsrecht als Arbeitnehmerin berufen. Dies wäre nur anders, wenn ihre Arbeitstätigkeit als vollständig untergeordnet und unwesentlich anzusehen wäre. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall, wobei das Verfahren keinen Anlass gibt, hierfür eine feste Grenze zu entwickeln. Jedenfalls wenn ein Arbeitsverhältnis – wie hier – über mehrere Jahre andauert und die Arbeitnehmerin daraus Einkommen in zwar wechselnder, aber doch in nahezu allen Monaten deutlich über den Grundfreibetrag aus [§ 11b Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) hinausgehender Höhe erzielt und dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, spricht nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung nach Auffassung des Senats viel dafür, von einem den Arbeitnehmerstatus begründenden Arbeitsverhältnis auszugehen (vgl. in diesem Sinne z.B. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 7. Oktober 2016 – [L 12 AS 965/16 B ER](#) –).

Vorliegend hat die Antragstellerin – außer in den Monaten, in denen sie erkrankt war, ohne dass ihr Arbeitgeber das Entgelt fortzahlte – regelmäßig über 200,- Euro pro Monat verdient, teilweise auch über 300,- Euro. Die von der Antragsgegnerin demgegenüber formulierten Einwände greifen nicht durch: Soweit sie darauf verweist, dass die Antragstellerin – konkret, soweit ersichtlich, im Oktober 2016, im April 2017 und im Juli 2017 – im Falle der Erkrankung keine Entgeltfortzahlung erhalten habe, kann ein derartiger Verstoß gegen zwingende Arbeitnehmerschutzvorschrift in aller Regel den Arbeitnehmerstatus nicht in Frage stellen. Gesetzesverstöße des Arbeitgebers geben Anlass, diese zu korrigieren (und insoweit hat der Antragsgegner auch zu Recht die entsprechenden Ansprüche auf der Grundlage von [§ 115 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Sozialverfahrensverfahren und Sozialdatenschutz – \[SGB X\]](#) gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht), können aber, ohne dass der Schutzcharakter der entsprechenden Vorschrift in sein Gegenteil verkehrt würde, regelmäßig nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass ein Arbeitsverhältnis gar nicht bestehe. Die Formulierung der Antragsgegnerin, diese Umstände sprächen "nicht gerade für ein tatsächliches und echtes Arbeitsverhältnis nach hiesigen Maßstäben", dürften im Übrigen die hiesige Realität im Niedriglohnsektor verkennen.

Danach verbleibt im hiesigen Kontext als Umstand, der geeignet sein könnte, einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II und damit einen Anordnungsanspruch in Frage zu stellen, allein die Tatsache, dass der vorgelegte schriftliche Arbeitsvertrag nachträglich – und offenbar mit Blick auf die streitige Auseinandersetzung zwischen den hiesigen Beteiligten – gefertigt worden ist und die durch wechselnden Arbeitsumfang geprägte Realität des Arbeitsverhältnisses nur eingeschränkt wiedergibt. Nachdem auch die Antragsgegnerin keine belastbaren Hinweise dafür dargetan hat (und solche auch sonst nicht ersichtlich sind), dass es sich insgesamt um ein Scheinarbeitsverhältnis handelt, spricht dies nach Auffassung des Senats eher dafür, dass die Antragstellerin keine ausreichende Verhandlungsmacht hat, um für sie günstigere Arbeitsbedingungen auszuhandeln und durchzusetzen, als für ein tatsächlich nicht bestehendes Arbeitsverhältnis. Eine weitere und abschließende Klärung dieser Umstände im einstweiligen Rechtsschutz hält der Senat – jedenfalls ohne konkrete Anhaltspunkte für ein ausschließlich auf dem Papier und zur Täuschung der Antragsgegnerin fabriziertes Arbeitsverhältnis – nicht für geboten.

Für das Bestehen eines sonstigen Ausschlussstatbestandes bestehen keine Hinweise.

ff) Die Antragsgegnerin hatte schließlich das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs wegen des behaupteten Fehlens eines Fortzahlungsantrags in Frage gestellt, dies aber in ihrem Schriftsatz vom 23. Oktober 2018 zumindest relativiert. Nach Auffassung des Senats ist vom Fehlen des nach [§ 37 Abs. 1 SGB II](#) notwendigen Antrags nicht auszugehen.

Zunächst ist bereits nicht zu sehen, dass es für den hier streitigen Zeitraum eines (erneuten) Antrags überhaupt bedurfte, nachdem die

Antragsgegnerin den Antrag vom 20. Oktober 2017 durch den Bescheid vom 13. November 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Januar 2018 vollständig abgelehnt hatte. In derartigen Fällen ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. nur BSG, Urt. v. 16. Mai 2017 – [B 11b AS 37/06 R](#) –, juris) im nachfolgenden Klageverfahren in der Hauptsache der gesamte Zeitraum bis zur letzten mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz streitig. Dass die nur vorläufige Leistungsbewilligung in Umsetzung der beiden vom Sozialgericht erlassenen einstweiligen Anordnung hieran etwas ändern könnte, ist nicht ersichtlich, so dass ein offener Antrag in der Hauptsache, an den die einstweilige Anordnung anknüpfen kann, steht schon aus diesem Grunde nicht in Frage.

c) Schließlich bestehen auch hinsichtlich des Vorliegens eines Anordnungsgrundes keine Bedenken. Soweit es um die Absicherung des durch [Art. 1 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) in Verbindung mit [Art. 20 Abs. 1 GG](#) auch verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums geht, haben die Interessen der Betroffenen regelmäßig hohes Gewicht. Das gilt jedenfalls dann, wenn wie hier ohne den Erlass der einstweiligen Anordnung das Existenzminimum in weiten Teilen ungedeckt bleiben müsste, nachdem, wie bereits ausgeführt, keine konkreten Hinweise dafür bestehen, dass die Antragstellerin ihren Bedarf aus anderen Quellen zumindest weitgehend decken könnte.

Angesichts der zumindest offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache überwiegen diese Interessen der Antragstellerin die gegenläufigen Interessen der Antragsgegnerin, keine möglicherweise materiell-rechtlich im Ergebnis nicht gebotenen Zahlungen erbringen zu müssen, auch wenn Rückforderungsansprüche in Situationen wie der hiesigen häufig nicht realisierbar sind.

d) Unter Berücksichtigung der Wechselwirkung von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund hat das Sozialgericht daher die Antragsgegnerin zu Recht verpflichtet, der Antragstellerin Arbeitslosengeld II für den streitigen Zeitraum zu gewähren. Auch hinsichtlich der Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung – namentlich in zeitlicher Hinsicht – hat der Senat keine Bedenken.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2019-04-25