

## **L 18 AS 1084/22 B ER**

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
18.  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 215 AS 5207/22 ER  
Datum  
22.11.2022  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AS 1084/22 B ER  
Datum  
13.12.2022  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss

**Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 22. November 2022 geändert.**

**Den Antragstellern wird für das Verfahren bei dem Sozialgericht Prozesskostenhilfe unter Beordnung ihrer Bevollmächtigten bewilligt. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.**

**Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu erstatten.**

**Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung ihrer Bevollmächtigten bewilligt.**

### **Gründe**

Die Beschwerde der Antragsteller ist (nur) begründet, soweit das Sozialgericht (SG) die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) abgelehnt hat; im Übrigen ist sie nicht begründet und war zurückzuweisen.

Es fehlt bereits an einem iSv [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) im Wege einer gerichtlichen Regelungsanordnung zu sichernden Anordnungsanspruch auf Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II) für den geltend gemachten Zeitraum ab 18. Oktober 2022 (Antragseingang).

Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) II/Sozialgeld sind [§§ 7 ff.](#), [19 ff](#) SGB II. Die Kläger rumänischer Staatsangehörigkeit erfüllen die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB II. Ob sie nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) nicht von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sind, weil sie sich auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 wegen des mittlerweile aufgenommenen (23. November 2022) Schulbesuchs des Antragstellers zu 4) berufen konnten, wofür wiederum Anknüpfungspunkt der Arbeitnehmerstatus eines Elternteils ist (vgl zum Ganzen mit Nachweisen aus der Rspr des Europäischen Gerichtshofs <EuGH>: Bundessozialgericht <BSG>, Urteil vom 27. Januar 2021 – [B 14 AS 25/20 R](#) = SozR 4-4200 § 7 Nr 59 - Rn 17), kann dahinstehen. Gleiches gilt für die Freizügigkeitsberechtigung des Antragstellers zu 1) als Arbeitnehmer nach [§ 2 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#). Dieser dürfte zwar nach europarechtlichen Maßstäben formal als Arbeitnehmer anzusehen sein; jedoch ist es im vorliegenden Fall missbräuchlich, sich hierauf für ein daraus abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu berufen.

Der Begriff des Arbeitnehmers ist unionsrechtlich zu bestimmen. Arbeitnehmer iS von [Art. 45](#) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist auch die Dauer der von dem Betroffenen verrichteten Tätigkeit ein Gesichtspunkt, den das innerstaatliche Gericht bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen kann, ob es sich hierbei um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt oder ob sie vielmehr einen so geringen Umfang hat, dass sie nur unwesentlich und untergeordnet ist. Der bloße Umstand der kurzen Dauer der Beschäftigung führt als solcher nicht dazu, dass die Tätigkeit vom Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgeschlossen ist. Nicht maßgeblich für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft sind dagegen bestimmte Umstände aus der Zeit vor und nach der Beschäftigung, wie etwa das Verhältnis der Beschäftigungsdauer zur Aufenthaltsdauer. Weiterhin sind die Motive für den Abschluss von Arbeitsverträgen sowie der Suche von Arbeit in einem Mitgliedstaat unerheblich. Selbst wenn ein Unionsbürger die Arbeitnehmereigenschaft nur in missbräuchlicher Absicht erlangen will, ändert dies nichts an der Stellung als Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmereigenschaft beurteilt sich allein nach objektiven Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf Rechte und Pflichten kennzeichnen. Für die Gesamtbewertung der Ausübung einer Tätigkeit als Beschäftigung und damit die Zuweisung des Arbeitnehmerstatus ist mithin Bezug zu nehmen insbesondere auf die Arbeitszeit, den Inhalt der Tätigkeit, eine Weisungsgebundenheit, den wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung, die Vergütung als Gegenleistung für die Tätigkeit, den Arbeitsvertrag und dessen Regelungen sowie die Beschäftigungsdauer (vgl zum Ganzen BSG aaO Rn 19-24 mit Nachweisen aus der Rspr des EuGH).

Nach Würdigung des Arbeitsvertrages, der dort vereinbarten Arbeitszeit und dem vereinbarten und - wie sich den eingereichten Kontoauszügen entnehmen lässt - tatsächlich auch geflossenen Arbeitsentgelt (zuletzt im Oktober 2022 zzgl Energiekostenpauschale 1.108,71 €) dürfte der Arbeitnehmerstatus des Antragstellers zu 1) zu bejahen sein. Nach der ständigen Rspr des EuGH, die der Senat seiner Entscheidung zugrunde legt, ist das Berufen der Antragsteller auf eine unionsrechtliche Rechtsstellung im vorliegenden Einzelfall aber missbräuchlich, was von der Begründung der Rechtsstellung - hier der Arbeitnehmerstellung des Antragstellers zu 1) iSv [Art. 45 AEUV](#) - zu trennen ist. Damit kann zugleich dahinstehen, ob die weiteren Voraussetzungen der Rechte aus Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 vorliegen.

Der Nachweis des Missbrauchs setzt zum einen voraus, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. Zum anderen erforderlich ist ein subjektives Element, nämlich die Absicht, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen künstlich bzw. willkürlich geschaffen werden. Das Berufen auf einen erlangten Arbeitnehmerstatus und ein (ua) darauf beruhendes Recht nach Art 10 VO (EU) Nr 492/2011 kann missbräuchlich sein, wenn EU-Ausländer die Freizügigkeit für Arbeitnehmer allein zu dem Zweck ausüben, in einem anderen Staat Sozialleistungen zu erhalten. Maßgebend für die Beurteilung können die Umstände der Aufnahme und Durchführung der Tätigkeit sein, wegen der sich der EU-Ausländer darauf beruft, im Aufenthaltsstaat beschäftigt oder beschäftigt gewesen zu sein. Grundsätzlich können auch die Einreisegründe für oder gegen die Missbräuchlichkeit des Berufens auf formal über den erlangten Arbeitnehmerstatus bestehende Rechte sprechen. Je mehr Zeit zwischen Einreise und Beschäftigungsaufnahme vergangen ist, desto weniger Bedeutung haben die Einreisegründe. Das subjektive Element des Missbrauchs bezieht sich auf Voraussetzungen der Möglichkeit, bleiben zu können (Arbeitnehmereigenschaft, Ausbildung). Diese ist nicht deckungsgleich mit der Inanspruchnahme von Freizügigkeitsrechten bei der Einreise (vgl zum Ganzen BSG aaO Rn 28-33 mit Nachw aus der EuGH-Rspr).

Hier liegt der Fall so: Der Antragsteller zu 1) hat seinen Leistungsantrag vom 2. Juni 2022 damit begründet, dass er mit seiner Familie „neu“ in Deutschland und die einzige Person in der Familie sei, die arbeite, und das „auch nur 8 Stunden“. „Während die anderen Familienmitglieder auf der Suche nach einem Job sind, brauche ich/wir soziale Hilfen“. Während der vergangenen Monate sei der Lebensunterhalt „mit Hilfe von meiner Familie“ finanziert worden. Der Antragsteller legte bei Antragstellung einen Arbeitsvertrag mit LD als Reinigungskraft (8 Stunden wöchentlich/11,55 € pro Arbeitsstunde), beginnend am 18. Mai 2022, vor, der bereits zum „31.06.2022“ gekündigt wurde, ohne dass eine Entgeltzahlung (es liegen nur handschriftliche Barzahlungsquittungen ohne Hinweis auf die Arbeitgeberin vor) zweifelsfrei nachgewiesen wäre. Ein weiterer Arbeitsvertrag wurde sodann mWv 11. Juli 2022 mit A T geschlossen (13 Stunden wöchentlich bei gleichem Stundenentgelt), der zu monatlichen Entgeltzahlungen auf das Konto des Antragstellers zu 1) führte. Zum Termin der Einreise erklärte der Antragsteller zu 1) anlässlich der Antragstellung, am 18. Mai 2022 nach Deutschland eingereist zu sein und seither bei LD zu arbeiten. Amtlich gemeldet waren die Antragsteller seit 2. Juni 2022 unter einer Wohnheimschritt; die Anwesenheitsliste der E-Hostel GmbH weist einen Aufenthalt dort ebenfalls ab 2. Juni 2022 aus. Eine Kontoeröffnung erfolgte am 16. Juni 2022. Unter dem 13. Juli 2022 führte der Antragsteller zu 1) aus, am 27. Mai 2022 mit der Familie in Deutschland eingereist zu sein und bis zur Aufnahme im Wohnheim „bei Bekannten“ geschlafen zu haben. Unter dem 5. August 2022 gab der Kläger, erneut befragt zu seinem genauen Einreisetermin, an, am 1. Juni 2022 in Deutschland gewesen zu sein, mit einer „Bekannten“ gekommen zu sein und dann am 2. Juni 2022 bei der Sozialen Wohnhilfe im Bezirksamt um eine Unterkunft nachgesucht zu haben. Der Antragsteller zu 3) ist nach Angaben des Antragstellers zu 1) schwerbehindert und es habe insoweit eine Beratung bei dem Verein M- eV am 5. September 2022 stattgefunden. Die Antragsteller verfügen über keine Deutschkenntnisse und haben weder einen Schul- noch Berufsabschluss. Sie waren nach eigenen Angaben in Rumänien auf einem Bauernhof beschäftigt, wo sie auch gelebt hätten. Den behinderten Antragsteller zu 3) betreut die Antragstellerin zu 2), die angibt, deswegen auch keinen Deutschkurs besuchen zu können, teilweise auch der Antragsteller zu 1). Bei der Antragstellung hatten die Antragsteller zu 1) und 2) noch vorgetragen, die Betreuung der Kinder sei gesichert und die Antragstellerin zu 2) suche einen Arbeitsplatz.

Da die jedenfalls spätestens am 2. Juni 2022 erfolgte Einreise und die - behauptete - Beschäftigungsaufnahme zusammenfallen bzw keine nennenswerte Zeitspanne zwischen Einreise und - behaupteter - Beschäftigungsaufnahme feststellbar ist, sind ungeachtet dessen, dass Restzweifel über den tatsächlichen Zeitpunkt der Einreise im gerichtlichen Eilverfahren nicht abschließend auszuräumen sind, die Einreisegründe, die nicht deckungsgleich sind mit der Inanspruchnahme von Freizügigkeitsrechten der Antragsteller als Unionsbürger (vgl BSG aaO Rn 33), von erheblicher Bedeutung.

Ausgehend von der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände sieht der Senat im Verhalten der Antragsteller ein missbräuchliches Handeln. Mit der Aufnahme der Beschäftigung durch den Antragsteller zu 1) liegt zur Überzeugung des Senats letztlich nur eine formale Erfüllung der Mindestvoraussetzungen der Freizügigkeit vor, die dem Sinn und Zweck der Unionsbürgerrichtlinie nicht entspricht, sondern unter Umgehung der Vorgaben des FreizügG/EU bzw der RL 2004/38/EG einzig das Ziel verfolgt, einen Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen und sich dadurch soziale Vorteile des Unionsrechts in Form des Erhalts der gewährten finanziellen Leistungen zu verschaffen. Dies erhellt schon daraus, dass der Antragsteller zu 1) mit seiner Teilzeitbeschäftigung nicht ansatzweise in der Lage war und ist, den Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft nach dem SGB II auch in Ansehung möglicher Kindergeldzahlungen zu decken. Die Antragsteller stellten unmittelbar nach der Einreise einen Antrag auf SGB II-Leistungen und legten einen Arbeitsvertrag vor, der einen Arbeitsbeginn bereits am 18. Mai 2022 vorsah, mithin zu einem Zeitpunkt, zu dem der Antragsteller zu 1) sich nach seinen eigenen Angaben vom 13. Juli 2022 (Einreise 27. Mai 2022) bzw 1. Juni 2022 (Einreise 1. Juni 2022) noch gar nicht in Deutschland befand. Der behinderte Antragsteller zu 3) besucht derzeit keine Schule oder Einrichtung, so dass nach dem eigenen Vortrag auch faktisch keine Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit der Antragstellerin zu 2) besteht, die diesen im Wesentlichen betreut und entgegen ihren Angaben bei Antragstellung keinen Arbeitsplatz sucht. Diesbezüglich hatten die Antragsteller zu 1) und 2) zudem wahrheitswidrig anlässlich der Antragstellung bekundet, die Betreuung der Kinder und damit auch des Antragstellers zu 3) sei gesichert. Schon bei der Antragstellung hatte der Antragsteller zu 1) zudem darauf verwiesen, dass sie einen Wohnheimplatz bräuchten, er der einzige in der Familie sei, der (in Teilzeit) arbeite und sie daher „soziale Hilfen“ benötigten; schon dies zeigt eindeutig das Ziel, auf nicht absehbare Zeit den Bedarf der Familie zumindest größtenteils durch staatliche Sozialleistungen zu decken, was umso deutlicher zum Tragen kommt, als der behinderte Antragsteller zu 3) ggf einen Mehrbedarf aufgrund seiner Behinderung haben dürfte und auch im Übrigen Teilhabeleistungen aufgrund der Behinderung in Betracht kommen. Die Antragstellerin zu 2) hat sich auch in Folge nicht weiter um eine Erwerbsarbeit bemüht. Den Antragstellern, von denen sich bereits Familienmitglieder in Deutschland aufhielten und die bereits im Widerspruchsverfahren rechtskundig vertreten waren, war auch bekannt, dass letztlich mit der Erlangung des Arbeitnehmerstatus des Antragstellers zu 1) (und des sich anschließenden Schulbesuchs des Antragstellers zu 4)) der gesetzliche Leistungsausschluss nicht zum Tragen kommen würde. Auch aufgrund der fehlenden Schulbildung, Berufsausbildung und Deutschkenntnisse der Antragsteller zu 1) und 2) und der damit verbunden nur bedingten Erwerbs- und Integrationsaussichten geht der Senat in der Gesamtschau davon aus, dass auch bereits die Einreise nach Deutschland auf den Bezug sozialer Vorteile bzw von Sozialleistungen gerichtet war.

Eine Beiladung des Sozialhilfeträgers hatte nicht zu erfolgen, weil Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (SGB XII) von den Antragstellern nicht beantragt worden sind und einem Anspruch auf Überbrückungshilfen iSv [§ 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII](#) der derzeit fehlende Ausreisewille der Antragsteller entgegen steht (vgl zum Ganzen Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Februar 2022 – [L 14 AS 1563/21 B ER](#) – juris – Rn 63 ff mwN aus der Rspr). Die tatsächlichen Voraussetzungen der Härtefallklausel des [§ 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII](#) sind ersichtlich ebenfalls nicht erfüllt. Es sind keinerlei besondere Umstände des Einzelfalls vorgetragen worden oder ersichtlich, aus denen sich eine besondere Härte ergäbe. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass den Antragstellern – auch dem Antragsteller zu 3) – eine dauerhafte Ausreise nach Rumänien aus gesundheitlichen oder sozialen oder anderen schwerwiegenden Gründen unzumutbar sein könnte. Dies gilt im Besonderen auch für die vorgetragene Behinderung des Antragstellers zu 3), die keinen Hinderungsgrund für die Übersiedlung von Rumänien nach Deutschland darstellte. Es ist auch weder ersichtlich, dass sich aus Art und Schwere der Behinderung eine akute Behandlungsbedürftigkeit des Antragstellers zu 3) ergäbe noch ist vorgetragen oder sind sonstige Anknüpfungstatsachen erkennbar, die Grundlage für die Annahme eine besondere Härte im Übrigen darstellen könnten bzw Anlass zu weiteren Sachermittlungen insoweit hätten geben können.

Der Sozialhilfeträger ist auch nicht im Wege einer Gleichbehandlung mit inländischen Staatsangehörigen leistungspflichtig, weil das Europäische Fürsorgeabkommen nicht von Rumänien unterzeichnet worden ist. Es besteht schließlich auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) kein Leistungsanspruch, solange das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nicht staatlich festgestellt ist und die Antragsteller sich in Deutschland aufhalten. Denn bei Unionsbürgern ist grundsätzlich vorbehaltlich individueller Umstände im Einzelfall, die hier nicht ersichtlich sind, eine Rückreise in das Heimatland möglich und zumutbar (vgl zum Ganzen unter eingehender Würdigung der Rspr des BVerfG: BSG, Urteil vom 29. März 2022 – [B 4 AS 2/21 R](#) = SozR 4-1100 Art 1 Nr 20 – Rn 36 ff mwN).

Den Antragstellern war im Hinblick auf die ergänzenden Ermittlungen des Gerichts Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihrer Bevollmächtigten zu bewilligen ([§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 114](#) Zivilprozessordnung <ZPO>). Gleiches gilt für das erstinstanzliche Verfahren.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#). Im PKH-Beschwerdeverfahren sind Kosten kraft Gesetzes nicht zu erstatten (vgl [§ 127 Abs. 4 ZPO](#)).

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-01-26