

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Beschluss vom 12.10.2018

T e n o r :

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 05.02.2018 wird bezogen auf den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen.

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 05.02.2018 bezogen auf die Ablehnung des Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts geändert. Den Antragstellern wird zur Durchführung des Verfahrens im ersten Rechtszug Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt C. aus L. zu ihrer Vertretung beigeordnet.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten.

Den Antragstellern wird zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt C. aus L. zu ihrer Vertretung beigeordnet.

G r ü n d e :

I.

Die Antragsteller begehren im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die vorläufige Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II).

Die Antragsteller sind rumänische Staatsangehörige. Der am 00.00.1981 geborene Antragsteller zu 1) und die am 00.00.1980 geborene Antragstellerin zu 2) sind verheiratet. Die am 00.00.2000 geborene Antragstellerin zu 3) ist ihre Tochter. Ihre weitere Tochter, die am 00.00.1998 geborene B., lebt mit ihrem am 00.00.2017 geborenen Kind ebenfalls in der Wohnung der Antragsteller.

Bereits von Oktober 2009 bis zum Oktober 2011 hielten sich die Antragstellerinnen zu 2) und 3) in der Bundesrepublik Deutschland auf. Die erneute Einreise der Antragstellerin zu 2) mit ihren beiden Töchtern erfolgte am 01.03.2013. Nach einem Aufenthalt in C. bis April 2013 und einem kurzen Aufenthalt in der Justizvollzugsanstalt L. wurde die Antragstellerin zu 2) am 14.06.2013 zu einer Geldstrafe von 600 EUR verurteilt. Anschließend verließ die Antragstellerin zu 2) mit ihren beiden Töchtern das Bundesgebiet zu einem unbekanntem Zeitpunkt.

Mutmaßlich am 01.02.2014 reisten die Antragsteller gemeinsam wieder in die Bundesrepublik Deutschland ein und nahmen ihren Wohnsitz in H. Vom dortigen Integrationscenter für Arbeit bezogen sie von Februar 2015 bis September 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II.

Am 06.01.2016 schloss die Antragstellerin zu 2) mit der G. einen Arbeitsvertrag. Darin war eine monatliche Arbeitszeit von 36 Stunden und ein Entgelt von 360 EUR vereinbart. Die Probezeit sollte einen Monat betragen. Es bestehe kein Anspruch auf Urlaub. Am 28.01.2016 überprüfte das Ermittlungsteam des Integrationscenters für Arbeit H. die Adresse des Arbeitgebers und stellte fest, dass an der angegebenen Adresse ein Reisebüro und eine Spielhalle vorzufinden seien. Es existiere lediglich ein Briefkasten, auf dem neben anderen Namen auch der der G. aufgeführt sei. Mit Schreiben vom 20.04.2016 wurde der Arbeitsvertrag zum 31.05.2016 gekündigt. Außerdem wurde am selben Tag ein Aufhebungsvertrag geschlossen.

Ab September 2016 wohnten die Antragsteller gemeinsam mit der weiteren Tochter und deren Kind in einer ca. 65 m² großen Mietwohnung in L. (Grundmiete 350 EUR, Nebenkostenvorauszahlung 125 EUR, Heizkostenvorauszahlung 85 EUR, Vorauszahlung für Warmwassererzeugung 20 EUR).

Mit Verfügung vom 01.09.2016 stellte die Stadt H. den Verlust des Rechts der Antragsteller auf Freizügigkeit fest und forderte sie auf, innerhalb eines Monats nach Zustellung der Verfügung das Bundesgebiet zu verlassen. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist drohte sie die Abschiebung der Antragsteller nach Rumänien an. Die Stadt H. ordnete die sofortige Vollziehung der Verfügung an. Ausweislich der Zustellungsurkunden wurden den Antragstellern diese Verfügungen am 08.09.2016 unter ihrer Anschrift in H. durch Einwurf in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten zugestellt.

Am 05.09.2016 beantragten die Antragsteller beim Antragsgegner die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II. Dabei gaben sie an, sie hätten sich zu einem Sprachkurs angemeldet, und legten eine entsprechende Bescheinigung der Caritas vor. Außerdem sei der Antragsteller zu 1) ab dem 01.10.2016 bei der Firma E. Hausmeisterservice geringfügig beschäftigt. Die Antragsteller legten einen Arbeitsvertrag vor, der eine Beschäftigung auf Probe für eine Dauer von drei Monaten ab 01.10.2016 vorsah. Das Beschäftigungsverhältnis könne mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit betrage 10 Stunden. Es wurde eine monatliche Bruttovergütung von 400 EUR bei einem Stundenlohn von 8,50 EUR vereinbart.

Das Ausländeramt der Stadt L. übersandte den Antragstellern am 17.10.2016 unter Bezugnahme auf die Verlustfeststellung und die Ausreisepflicht Grenzübertrittsbescheinigungen zum Nachweis der fristgerechten Ausreise.

Mit Schreiben vom 21.10.2016 beantragten die Antragsteller bei der Stadt L. unter Bezugnahme auf das Beschäftigungsverhältnis des Antragstellers zu 1) die Prüfung, ob die Ausreisepflicht hinfällig geworden sei. Die Stadt L. forderte daraufhin die Antragsteller auf, unter anderem eine Schulbescheinigung für die Antragstellerin zu 3), Gehaltsabrechnungen sowie eine aktuelle Arbeitsbescheinigung vorzulegen.

Mit Schreiben vom 31.10.2016 kündigte E. Hausmeisterservice das Arbeitsverhältnis mit dem Antragsteller zu 1) fristlos zum 31.10.2016 mit der Begründung, dass derzeit keine Aufträge vorlägen.

Mit Schreiben vom 27.10.2016 kündigte die Vermieterin der Antragsteller das Mietverhältnis wegen bestehender Mietrückstände i.H.v. 1.160 EUR fristlos. Sie forderte die Antragsteller auf, die Wohnung bis zum 08.11.2016 zu räumen.

Mit Schreiben vom 07.11.2016 kündigte der frühere Bevollmächtigte der Antragsteller die Einreichung sämtlicher Unterlagen an und beantragte, den Bescheid aus H. zu widerrufen. Am 25.11.2016 reichten die Antragsteller unter anderem eine Gehaltsabrechnung für Oktober 2016 über 400 EUR sowie eine Bescheinigung ein, wonach der Antragsteller zu 1) wegen Beginn einer Beschäftigung zum 01.10.2016 zur Sozialversicherung angemeldet worden sei.

Mit Bescheid vom 22.11.2016 lehnte der Antragsgegner die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II ab. Die Antragsteller erfüllten die Anspruchsvoraussetzungen nach § 7 SGB II nicht. Die Ausländerbehörde der Stadt H. habe den Antragstellern das Freizügigkeitsrecht aberkannt. Den dagegen eingelegten Widerspruch begründeten die Antragsteller damit, dass die Stadt L. noch nicht über das Bestehen des Freizügigkeitsrechts entschieden habe.

Am 08.12.2016 beantragten die Antragsteller beim Sozialgericht Köln (SG) den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, ihnen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II zu gewähren.

Mit Schreiben vom 12.12.2016 hörte die Stadt L. die Antragsteller zu ihrer Absicht an, den Verlust des Rechts auf Aufenthalt im Bundesgebiet festzustellen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Antragstellers zu 1) bestehe für die Antragsteller kein Freizügigkeitsrecht mehr. Der Antragsteller zu 1) habe keine entsprechende Qualifikation nachgewiesen. Auch im Hinblick auf seine bisherige Erwerbsbiografie könne nicht davon ausgegangen werden, dass er ernsthaft um die Aufnahme einer Beschäftigung bemüht sei. Die Antragsteller könnten ihren Lebensunterhalt nicht eigenständig sichern und seien auf den Erhalt öffentlicher Leistungen angewiesen.

Der Antragsteller zu 1) gab an, er befinde sich seit dem 01.01.2017 wiederum in einem Arbeitsverhältnis bei der Firma Hausmeisterservice. In dem eingereichten Aushilfsvertrag wurde einer Arbeitszeit von zwei Stunden pro Tag und eine Vergütung in Höhe von monatlich 400 EUR vereinbart. Das Arbeitsverhältnis beginne mit einer Probezeit von sechs Monaten und könne in dieser Zeit mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen gekündigt werden.

Mit Beschluss vom 25.01.2017 verpflichtete das SG den Antragsgegner, den Antragstellern und ihrer weiteren Tochter vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II für die Zeit vom 08.12.2016 bis zum 31.12.2016 i.H.v. 1.550,40 EUR, für Januar 2017 i.H.v. 1.954 EUR sowie für die Zeit von 01.02.2017 bis zum 31.05.2017 in Höhe von monatlich 1.554 EUR zu gewähren. Die Antragsteller hätten sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Diese umfassten nicht nur die Leistungen für den Regelbedarf, sondern auch die Leistungen für die Kosten der Unterkunft und Heizung. Aufgrund der Beschäftigung des Antragstellers zu 1) sei dieser als Arbeitnehmer anzusehen, so dass die Antragsteller freizügigkeitsberechtigt seien. Auch die Ausländerbehörde der Stadt L. habe die Auskunft erteilt, dass dieses Freizügigkeitsrecht so lange fortbestehe bis eine Ordnungsverfügung erlassen sei, die gegenteiliges verfüge.

Der Antragsgegner teilte den Antragstellern mit Schreiben vom 31.01.2017 mit, dass er den Beschluss des Sozialgerichts umsetze und ihnen Leistungen in Höhe von insgesamt 9.720,36 EUR für den Zeitraum vom 08.12.2016 bis zum 31.05.2017 zahle.

Am 20.02.2017 beantragten die Antragsteller beim Antragsgegner die Übernahme von Mietschulden. Mit Schreiben vom 28.02.2017 kündigte der Arbeitgeber des Antragstellers zu 1) das Arbeitsverhältnis zum 28.02.2017, da keine Aufträge vorlägen.

Am 19.06.2017 beantragten die Antragsteller beim Antragsgegner die Weiterbewilligung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II. Dazu legten sie wiederum einen Arbeitsvertrag zwischen dem Antragsteller zu 1) und der Fa. E. Hausmeisterservice vor. Danach werde der Antragsteller zu 1) ab dem 01.06.2017 von montags bis freitags sowie nach Vereinbarung von 8:00 Uhr bis 10:00 Uhr als Arbeitnehmer beschäftigt die Vergütung betrage monatlich 400 EUR. Die Probezeit betrage sechs Monate. In dieser Zeit könne das Arbeitsverhältnis täglich mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen gekündigt werden. Die Vergütung werde in bar gegen Quittung gezahlt. Die vorgesehene Eintragung der Zahl der Urlaubstage unterblieb.

Mit Bescheid vom 10.07.2017 lehnte der Antragsgegner eine vorläufige Bewilligung von Leistungen ab. Die Anspruchsvoraussetzungen seien nicht erfüllt, da ein gültiger Arbeitnehmerstatus nicht hinreichend belegt sei. Dagegen legten die Antragsteller am 12.07.2017 mit der Begründung Widerspruch ein, dass die Nachweise zu dem Arbeitsverhältnis alle vorgelegt worden seien.

Am selben Tag beantragten die Antragsteller beim SG, den Erlass einer einstweiligen Anordnung, den sie damit begründeten, dass sie alle angeforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt hätten.

Mit Beschluss vom 17.08.2017 verpflichtete das SG den Antragsgegner, den Antragstellern ab 12.07.2017 vorläufig den Regelbedarf/das Sozialgeld nach dem SGB II zu gewähren und dabei das Einkommen des Antragstellers zu 1) i.H.v. 400 EUR monatlich zu berücksichtigen. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt.

Die Antragsteller hätten einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund hinsichtlich der Leistungen in Höhe des Regelbedarfs nach dem SGB II glaubhaft gemacht. Sie hätten insbesondere glaubhaft gemacht, dass sie hilfebedürftig seien. Es erscheine durchaus glaubhaft, dass sie seit Anfang Mai 2017 ihren Lebensunterhalt durch die letzte Zahlung des Antragsgegners in Höhe von ca. 1.554 EUR, den Lohn des Antragstellers i.H.v. 400 EUR, durch geliehenes Geld von Verwandten, Einkünfte aus dem Sammeln von Pfandflaschen und Erlöse aus Flohmarktverkäufen vorläufig sichergestellt hätten. Es lägen auch keine Ausschlussgründe vor, da der Antragsteller zu 1) als Arbeitnehmer anzusehen sei. Dies ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag, der Lohnabrechnung, der Auszahlungsquittung, der Bescheinigung des Arbeitgebers sowie der Meldung zur Sozialversicherung. Sofern der Antragsgegner weiteren Aufklärungsbedarf sehe, müsse diese Aufklärung im Widerspruchsverfahren erfolgen. Aufgrund des Arbeitnehmerstatus bestehe für den Antragsteller zu 1) und damit auch für die anderen Antragsteller ein Freizügigkeitsrecht. Hinsichtlich der Leistungen für die Bedarfe für Unterkunft und Heizung bestehe kein Anordnungsgrund, da keine Obdachlosigkeit drohe.

Die von den Antragstellern dagegen beim Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG) eingelegte Beschwerde (L 19 AS 1761/17 B ER) wies dieses mit Beschluss vom 06.10.2017 mit der Begründung zurück, dass die Antragsteller die Anspruchsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II nicht erfüllten. Sie hätten keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Es fehle an der Dauerhaftigkeit des Aufenthalts im Sinne einer nicht vorhandenen Zukunftsoffenheit. Der Voraussetzung eines zukunfts offenen Aufenthalts stehe die wirksame Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts im Bundesgebiet entgegen. Mit Verfügung vom 01.09.2016 habe die Stadt H. den Verlust des Rechts der Antragsteller auf Freizügigkeit nach § 5 Abs. 4 Freizügigkeitsgesetz/EU (FreizügG/EU) festgestellt und sie aufgefordert, innerhalb eines Monats nach Zustellung der Verfügung des Bundesgebiet zu verlassen. Im Rahmen der möglichen Prüfungsdichte des einstweiligen Anordnungsverfahrens sehe es der Senat als glaubhaft gemacht an, dass diese Ordnungsverfügung der Stadt H. vom 01.09.2016 den Antragstellern zugegangen und damit wirksam geworden sei. Da sie seitdem weder zurückgenommen oder aufgehoben worden sei noch sich auf sonstige Weise erledigt habe, sei sie auch weiterhin wirksam. Die Verfügung der Stadt H. sei den Antragstellern nach den in den Akten der Ausländerbehörde befindlichen Zustellungsurkunden am 08.09.2016 unter ihrer damaligen Anschrift in H. zugestellt worden. Der Senat gehe - entgegen den Behauptungen der Antragsteller in dem Verfahren vor dem Sozialgericht, sie hätten zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an der Zustellungsanschrift gewohnt - davon aus, dass die Antragsteller in diesem Zeitpunkt die Wohnung in H. noch genutzt hätten, auch wenn sie die Wohnung in L. bereits am 15.08.2016 angemietet hätten. Die wirksame Zustellung setze lediglich voraus, dass die Antragsteller die fragliche Wohnung tatsächlich innegehabt hätten. Der bloße Einwand, sie seien unter der Zustellungsanschrift nicht mehr gemeldet gewesen, sei unbeachtlich. Auch sei unwesentlich, ob sich der Wohnsitz des Adressaten dort befinde. Eine Person könne gleichzeitig mehrere Wohnungen unterhalten. Auch in eine Scheinwohnung könne wirksam zugestellt werden. Die Antragsteller hätten dem Jobcenter H. mitgeteilt, sie seien zum 10.09.2016 umgezogen; sie hätten daher vom Jobcenter H. noch für den Monat September 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II bezogen. An dieser Mitteilung, die zu einem Leistungsbezug im September 2016 geführt habe, müssten sich die Antragsteller

festhalten lassen, zumal auch in der Ausländerakte in einem Vermerk festgehalten sei, dass die Antragsteller am 09.09.2016 nach L. verzogen sein. Die Verfügungen der Ausländerbehörde der Stadt H. seien auch noch wirksam, weil sie bislang weder zurückgenommen, widerrufen noch aufgehoben worden seien. Die Auffassung, dass die Freizügigkeitsberechtigung der Antragsteller aufgrund der Aufnahme einer Beschäftigung wiederaufgelebt sein könnte, finde im Gesetz keine Grundlage. Für den Bereich des Rechts der Grund-sicherung für Arbeitsuchende seien allein der wirksame Erlass einer Verlustfeststellung sowie die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht verbunden mit einer Abschiebungsandrohung ausschlaggebend dafür, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr bestehe.

Am 05.12.2017 stellten die Antragsteller einen Weiterbewilligungsantrag beim Antragsgegner und fügten diesem Entgeltabrechnungen für die Monate September und Oktober 2017, die Meldebescheinigung zur Sozialversicherung sowie ein Kündigungsschreiben vom 26.09.2017 bei. Ausweislich der Entgeltabrechnung trat der Antragsteller zu 1) am 01.06.2017 erneut als Arbeitnehmer in die von Herrn P. geführte Fa. E. Hausmeister Service ein und war dort bis zum 26.09.2017 beschäftigt. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte am 26.09.2017 fristlos ohne Angabe von Gründen.

Am 22.01.2018 haben die Antragsteller beim SG einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Zur Begründung haben sie vorgetragen, dass sie die Ordnungsverfügung der Ausländerbehörde der Stadt H. nicht erhalten hätten und diese deshalb nicht wirksam zugestellt worden sei. Der gesamte Ablauf, nämlich die Anmietung der Wohnung zum 15.08.2016, die Anmeldung in L. am 02.09.2016, die Aufhebung der Leistungsbewilligung durch das Jobcenter H. mit Bescheid vom 02.09.2016, die Vorsprachen beim Caritasverband, die Antragstellung beim Antragsgegner (05.09.2016) sowie die in dem bisherigen Verfahren abgegebenen Erklärungen sprächen eindeutig gegen den weiteren Aufenthalt in H. bis zum 10.09.2016. Für diesen Ablauf hätten die Antragsteller auch Zeugen benannt. Eine derart folgenschwere Entscheidung, wie sie das LSG getroffen habe, dürfe ohne eine umfassende Sachverhaltsaufklärung keinen Bestand haben. Darüber hinaus erschließe sich auch nicht, weshalb die Antragsteller ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Bundesrepublik Deutschland haben sollten. Wie bereits am tatsächlichen Ablauf zu erkennen sei, handele es sich bei dem Aufenthalt der Antragsteller nicht nur um einen vorübergehenden. Die Antragsteller lebten seit 2016 in L. und hätten dort immer noch eine Wohnung inne. Derzeit sei auch nicht zu erkennen, dass der Aufenthalt beendet werde. Den zwischenzeitlich eingetretenen Zuständigkeitswechsel der Ausländerbehörde habe das LSG in seiner Entscheidung zudem nur sehr oberflächlich behandelt und dies, ohne dass hierfür zuständige Gericht zu sein. Darüber hinaus gehe die Ausländerbehörde der Stadt L. mittlerweile von der Freizügigkeitsberechtigung der Antragsteller aus. Der Arbeitnehmerstatus, den der Antragsteller zu 1) durch die Beschäftigung bei der Fa. E. Hausmeisterservice erlangt habe, wirke für sechs Monate fort. Im Verfahren vor dem Landessozialgericht mit dem Aktenzeichen L 21 AS 782/17 B ER sei der ehemalige Arbeitgeber des Antragstellers zu 1) umfassend als Zeuge vernommen worden. Dabei habe er erklärt, dass die kurzfristigen Einstellungen mit der jeweiligen Auftragslage zusammenhingen. Es bestehe keine kontinuierliche Auftragslage. Auf die Feststellung der Freiwilligkeit bzw. Unfreiwilligkeit des Arbeitsplatzverlustes durch die

Bundesagentur für Arbeit komme es vorliegend nicht an, da sich die Antragsteller auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 VO 492/11 berufen könnten. Dabei handelt es sich im Übrigen um ein originäres Aufenthaltsrecht, nicht um ein Freizügigkeitsrecht im engeren Sinne. Aber selbst wenn es auf die Unfreiwilligkeit des Arbeitsplatzverlustes ankäme, sei es im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nur schwer möglich, in der gebotenen Zeit eine entsprechende Erklärung der Bundesagentur für Arbeit zu erlangen.

Der Beklagte hat dem entgegengehalten, dass die Verlustfeststellung des Ausländeramtes der Stadt H. vom 01.09.2016 weiterhin wirksam sei. Sie verliere ihre Wirksamkeit nicht durch den mittlerweile eingetretenen Zuständigkeitswechsel der Ausländerbehörde. Er gehe auch weiterhin davon aus, dass diese Ordnungsverfügung an die Antragsteller zugestellt worden sei. Die Feststellung der Unfreiwilligkeit des Arbeitsplatzverlustes sei konstitutiv, müsse von der zuständigen Agentur für Arbeit getroffen werden und nehme auch nicht - wie die Antragsteller vortrügen - mehrere Wochen oder gar Monate in Anspruch.

Mit Beschluss vom 05.02.2018 hat das SG den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit der Begründung abgelehnt, dass es sich den Ausführungen des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen im Beschluss vom 06.10.2017 - L 19 AS 1761/17 B ER - anschließe.

Gegen den ihrem Bevollmächtigten am 07.02.2018 zugestellten Beschluss haben die Antragsteller am 05.03.2018 Beschwerde eingelegt und für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe beantragt. Zur Begründung tragen sie vor, dass das SG nicht lediglich den Beschluss des LSG NRW vom 06.10.2017 hätte zugrunde legen dürfen. Das LSG sei seinerzeit von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Es sei dringend angezeigt gewesen, eine Sachverhaltsaufklärung durch Anhörung der Antragsteller in einem Erörterungstermin durchzuführen.

Ab April 2018 ist die Antragstellerin zu 2) als Putzhilfe bei der E. Dienstleistung GmbH mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 12 Stunden und einer monatlichen Vergütung i.H.v. 400 EUR beschäftigt gewesen. Der Arbeitsvertrag hat darüber hinaus eine dreimonatige Probezeit und anschließend die gesetzlichen Kündigungsfristen vorgesehen. Mit Schreiben vom 15.07.2018 ist zum 31.07.2018 die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt.

Die Antragsteller beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 05.02.2018 aufzuheben und den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist weiterhin der Auffassung, dass der Beschluss des 19. Senats des LSG vom 06.10.2017 (L 19 AS 1761/17 B ER) zutreffend ist und die Antragsteller keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren der B. und deren Tochter ... (L 6 AS 498/18 B ER) hat der Senat einen Termin zur Beweisaufnahme durchgeführt und den hiesigen Antragsteller zu 1) und den Vertreter der ehemaligen Vermieterin der Antragsteller, Herrn B. .F, als Zeugen zu der Beweisfrage vernommen, zu welchem Datum die dortigen Antragsteller aus der Wohnung ausgezogen sind. Die Sitzungsniederschrift ist zum Verfahren beigezogen worden. Auf ihren Inhalt wird hinsichtlich der Aussagen der Zeugen Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

In Bezug auf den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist die zulässige Beschwerde unbegründet.

Das SG hat diesen Antrag zu Recht abgelehnt. Er ist zulässig, aber unbegründet.

Nach § 86 b Abs. 2 Satz 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs, 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. Der geltend gemachte Hilfeanspruch (Anordnungsanspruch) und die besonderen Gründe für die Notwendigkeit der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund), die Eilbedürftigkeit, sind glaubhaft zu machen (§ 86 Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Die Glaubhaftmachung bezieht sich auf die reduzierte Prüfungsdichte und die nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erfordernde Überzeugungsgewissheit für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes im summarischen Verfahren (BVerfG Beschluss vom 29.07.2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 95, 96). 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 Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes orientierten Folgenabwägung zu entscheiden. Die grundrechtlichen Belange der Antragsteller sind dabei umfassend in die Abwägung einzustellen (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 - NVwZ 2005, 927ff).

Die Antragsteller haben keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Zwar liegen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II bei den Antragstellern zu 1) und zu 2) vor. Danach sind leistungsberechtigt solche Personen, die 1. das 15. Lebensjahr vollendet und die Altersgrenze nach § 7a noch nicht erreicht haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik

Deutschland haben (erwerbsfähige Leistungsberechtigte). Anlass, an der Erwerbsfähigkeit und der Hilfebedürftigkeit der Antragsteller zu zweifeln, hat der Senat nicht. Soweit der Antragsgegner die Frage aufwirft, wie die Antragsteller seit der letzten Leistungszahlungen ihren Lebensunterhalt bestritten haben, hält der Senat solche Erwägungen für irrelevant, soweit keine Anhaltspunkte für einen Einkommenszufluss bestehen. Es ist davon auszugehen, dass zahlreiche in Deutschland lebende Menschen ihr physisches Überleben in nicht den hiesigen Anforderungen an ein menschenwürdiges Dasein mit Hilfe geringster finanzieller Mittel sichern. Ein unmittelbarer Rückschluss von einer unterbliebenen Leistungsgewährung auf anrechenbares oder sogar bedarfsdeckendes Einkommen verbietet sich daher.

Auch einen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben die Antragsteller glaubhaft gemacht. Der Senat hält es nicht für überwiegend wahrscheinlich, dass den Antragstellern die Ordnungsverfügung vom 01.09.2016 der Stadt H. über den Verlust des Rechts der Antragsteller auf Freizügigkeit und die damit verbundene Aufforderung, innerhalb eines Monats nach Zustellung der Verfügung das Bundesgebiet zu verlassen, bekannt gegeben/zugestellt worden ist. Ausweislich der Zustellungsurkunde wurden diese Verwaltungsakte am 08.09.2016 unter der Anschrift ... in den zur Wohnung der Antragsteller gehörenden Briefkasten eingeworfen. Ob es sich bei dieser Wohnung in diesem Zeitpunkt tatsächlich noch um die Wohnung der Antragsteller handelte und die Zustellung damit ordnungsgemäß erfolgte, ließ sich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht mehr feststellen. Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Zustellung durch Einlegung in den Briefkasten ist, dass der Adressat des zuzustellenden Schriftstücks dort tatsächlich seinen Lebensmittelpunkt hat (Dörndorfer in BeckOK ZPO, Vorwerk/ Wolf, 29. Edition, Stand 01.07.2018, § 180 Rn. 1). Laut Meldebescheinigung der Stadt L. erfolgte die Ummeldung von H. nach L. am 02.09.2016. Zwar ist der bloße Einwand des Empfängers, er sei unter der Zustellungsanschrift nicht mehr gemeldet gewesen, unbeachtlich. Jedoch kann das Datum der Anmeldung am neuen Wohnort als Indiz für das tatsächliche Umzugsdatum herangezogen werden. Die Mitteilung der Antragsteller an das Jobcenter H, dass der Umzug durchgeführt worden sei, erfolgte allerdings erst am 10.09.2016. Und auch die Ausländerakte der Antragsteller enthält einen Vermerk, dass diese am 09.09.2016 nach L. verzogen seien. Die vom Senat durchgeführte Beweiserhebung mit Vernehmung des ehemaligen Vermieters der Antragsteller hat keinen genauen Aufschluss über das Datum gegeben, an dem die Antragsteller sich zum letzten Mal in der Wohnung in H. aufhielten bzw. an dem die Wohnungsschlüssel an den Vermieter zurückgegeben wurden. Der Zeuge konnte lediglich aus seiner Erinnerung - ein Protokoll hierüber sei nicht erstellt worden - über die Rückgabe der Wohnungsschlüssel durch die Antragsteller und die damit verbundene Mitteilung, das Mietverhältnis sei damit beendet, berichten. Als ungefähren Zeitraum dieser Vorsprache gab er "Ende August/Anfang September 2016" an. Der Zustellungsurkunde lässt sich in dieser Hinsicht lediglich entnehmen, dass in der Wohnung der Antragsteller weder diese, noch ein erwachsenes Familienmitglied angetroffen worden sind, da nur in diesem Fall eine Ersatzzustellung durch Einlegen in einen zu der Wohnung gehörenden Briefkasten zulässig ist (§ 180 S. 1 Zivilprozessordnung (ZPO)).

In Anbetracht der beim Senat verbleibenden Zweifel an einer ordnungsgemäßen Zustellung der Ordnungsverfügung kann der Senat offenlassen, ob allein eine bestandskräftige Verlustfeststellung dazu führt, dass von einem zukunfts-offenen und damit gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II nicht ausgegangen werden kann (so LSG NRW Beschluss vom 09.10.2017 - L 19 AS 1761/17 B ER).

Die Antragsteller haben dennoch keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II. In ihrem Fall greift der Leistungsausschluss gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a) und b) SGB II. Danach sind Ausländerinnen und Ausländer, die kein Aufenthaltsrecht haben oder deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt, und deren Familienangehörige von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Die Antragsteller sind von diesem Ausschlussstatbestand erfasst, weil sie Ausländer sind (§ 2 Abs. 1 AufenthG) und sich ihr Aufenthaltsrecht allenfalls aus dem Zweck der Arbeitssuche ergibt. Ein anderes Aufenthaltsrecht ist nicht ersichtlich. Insbesondere sind weder der Antragsteller zu 1) noch die Antragstellerin zu 2) Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) ist Arbeitnehmer derjenige, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (z.B. EuGH Urteil vom 03.07.1986 - Rs 66/85 - Lawrie-Blum; Urteil vom 12.05.1998 - Rs C-85/96 - Martinez Sala; Urteil vom 08.06.1999 - Rs C-337/97 - Meeusen). Zwar kann auch ein Beschäftigungsverhältnis, bei dem ein Arbeitnehmer lediglich wenige Tage in der Woche und/oder nur wenige Stunden pro Tag arbeitet, grundsätzlich als geeignet angesehen werden, die Arbeitnehmereigenschaft zu begründen. Jedoch muss es sich jedenfalls um eine echte Tätigkeit handeln und darf nicht einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt (EUGH Urteil vom 26.02.1992 - Rs C-357-89 - Raulin). Im Rahmen dieser Prüfung hat eine Gesamtbewertung des Sachverhalts zu erfolgen die sich an der Arbeitszeit, der Höhe der Vergütung, dem Anspruch auf bezahlten Urlaub, der Geltung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der Anwendung des jeweils gültigen Tarifvertrags und der Dauer des Arbeitsverhältnisses zu orientieren hat (EuGH Urteil vom 04.02. 2010 - C-14/09 Genc).

Gemessen an diesen Kriterien erfüllt keines der von den Antragstellern zu 1) und 2) behaupteten Beschäftigungsverhältnisse die Voraussetzungen für die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft. Sie sind sämtlich als völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten zu qualifizieren.

Das von der Antragstellerin zu 2) angegebene Arbeitsverhältnis bei der G. in H. dauerte vom 06.01.2016 bis zum 31.05.2016 und umfasste 36 Stunden monatlich bei einer Vergütung von 360 EUR. Der Arbeitsvertrag sah ausdrücklich keinen Anspruch auf Urlaub vor, was bereits § 1 des Bundesurlaubsgesetzes widerspricht. Die schriftliche Vereinbarung enthielt keine Regelung über die Art der Tätigkeit oder die Geltung eines Tarifvertrages. Es bestehen schon erhebliche Zweifel daran, ob die im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarungen tatsächlich umgesetzt worden sind. Nachweise über Lohnzahlungen liegen lediglich in Form von handschriftlich ausgefüllten Quittungen vor, die einen weit geringeren Beweiswert haben als Banküberweisungen. Eine Anmeldung durch den Arbeitgeber bei der Minijobzentrale ist aus den Akten nicht

ersichtlich, ebenso wenig eine Abmeldung. Darüber hinaus ergab eine Überprüfung des Arbeitgebers durch das Integrationscenter für Arbeit H, dass unter der Geschäftsadresse, die im Arbeitsvertrag genannt war, lediglich ein Briefkasten an einer Hauswand, der noch weitere Namen enthielt, vorzufinden war. Jedoch erfüllt die Vereinbarung auch dann die notwendigen Voraussetzungen für die Zuerkennung des Arbeitnehmerstatus nicht, wenn sie tatsächlich umgesetzt worden sein sollte. Die Gesamtschau der oben dargestellten vom EuGH entwickelten Kriterien lässt eine solche Qualifikation nicht zu. Insbesondere der Ausschluss des gesetzlich vorgeschriebenen und nicht abdingbaren Urlaubsanspruchs spricht gegen ein echtes Beschäftigungsverhältnis. Auch der Umstand, dass keine regelmäßigen Arbeitszeiten, sondern nur die Gesamtzahl der monatlich zu leistenden Stunden vereinbart ist, spricht gegen eine echte Tätigkeit im Sinne der EUGH-Rechtsprechung. Denn ohne eine solche Vereinbarung lässt sich eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall im Falle kurzfristiger Erkrankungen kaum durchsetzen. Zwar halten sich die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung in einem Rahmen, der die Annahme eines echten Beschäftigungsverhältnisses zulassen würde. Jedoch spricht die Dauer des Arbeitsverhältnisses in den oben genannten Aspekten dafür, dass es sich lediglich um ein völlig untergeordnetes und unwesentliches Beschäftigungsverhältnis handelte. Auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wirft weitere Fragen auf. Nicht nachvollziehbar ist, warum neben einem Kündigungsschreiben noch ein Aufhebungsvertrag aufgesetzt wurde. Aus welchem Grund die Kündigung erfolgte, lässt sich weder dem einen noch dem anderen entnehmen.

Auch der zum 01.10.2016 geschlossene Arbeitsvertrag des Antragstellers zu 1) mit der Firma E. Hausmeister-service vermittelt keinen Arbeitnehmerstatus, da es sich auch hierbei nicht um eine echte Tätigkeit gehandelt hat. Dieses Arbeitsverhältnis war bereits von Beginn an lediglich auf die Dauer von drei Monaten ausgerichtet und wurde bereits zum Ende des ersten Monats unter Nichteinhaltung der gesetzlichen (und auch vertraglichen) Kündigungsfrist und ohne erkennbaren Grund für eine fristlose Kündigung wieder gekündigt. Als Begründung hierfür wurde lediglich angeführt, dass keine Aufträge vorlägen. Selbst wenn - was aus den vorliegenden Verwaltungsvorgängen nicht ersichtlich ist - eine ordnungsgemäße Abwicklung dieses Arbeitsverhältnisses erfolgt sein sollte, was die Anmeldung des Antragstellers zu 1) bei der Minijobzentrale, die Ausführung der vertraglich vereinbarten Tätigkeit, die Erstellung einer Entgeltabrechnung und die Zahlung von Arbeitsentgelt beinhalten müsste, scheitert die Zuerkennung der Arbeitnehmereigenschaft angesichts der geringen Wochenarbeitszeit an der kurzen Dauer des Beschäftigungsverhältnisses von lediglich einem Monat, die es als gänzlich untergeordnet und unwesentlich erscheinen lässt. Hinzu kommt, dass die vertraglichen Vereinbarungen über Entgelt und Arbeitszeit nicht plausibel sind. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von zehn Stunden und in der Regel ca. 4,3 Wochen pro Monat ergibt sich bei einem Stundenlohn von 8,50 EUR eine monatliches Entgelt von 365,50 EUR, nicht wie im Arbeitsvertrag ausgewiesen in Höhe von 400 EUR.

Das Gleiche gilt auch für die erneute Beschäftigung des Antragstellers zu 2) bei der Firma E. Hausmeister Service in der Zeit vom 01.01.2017 bis zum 28.02.2017. Auch diese nur zwei Monate andauernde Tätigkeit muss in Anbetracht des Arbeitsumfanges von lediglich zwei Stunden täglich und einer Vergütung von 400 EUR monatlich bereits aufgrund dieser kurzen Dauer als vollkommen untergeordnet und unwesentlich angesehen

werden. Auch hatte der Senat zu berücksichtigen, dass die Kündigung des Antragstellers zu 1) unter Missachtung der gesetzlichen und auch vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist erfolgte, ohne dass erkennbar wäre, dass ein Grund für eine fristlose Kündigung vorlag und sich der Antragsteller zu 1) dagegen zur Wehr gesetzt hätte.

Aus denselben Gründen vermittelt auch der zum 01.06.2017 geschlossene Arbeitsvertrag zwischen dem Antragsteller zu 1) und der Firma E. Hausmeister Service keinen Arbeitnehmerstatus. Auch dieses Arbeitsverhältnis endete bereits nach weniger als vier Monaten, nämlich zum 26.09.2017 wieder und ist daher schon hinsichtlich der Dauer der Beschäftigung in Verbindung mit dem geringen Umfang der Arbeitszeit und des Entgelts als unwesentlich anzusehen. Und auch im Rahmen dieses Arbeitsvertrages bestehen Plausibilitätsmängel, die an der Echtheit der Tätigkeit weitere Zweifel aufkommen lassen. Die fehlende, aber vorgesehene Eintragung der jährlichen Urlaubstage könnte noch vermuten lassen, dass die Vereinbarung der gesetzlichen Mindestzahl an Urlaubstagen gewollt war. Als problematisch stellt sich jedoch auch in diesem Vertrag die Kombination aus der vereinbarten Arbeitszeit (montags bis freitags sowie nach Vereinbarung von 8:00 Uhr bis 10:00 Uhr) und der monatlichen Vergütung (400 EUR) dar. Unklar bleibt bei dieser Vereinbarung nämlich, ob die monatliche Vergütung i.H.v. 400 EUR bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 2 Stunden pro Werktag fällig wird und die nach Vereinbarung geleistete Mehrarbeit separat vergütet wird oder ob die nach Vereinbarung zu leistenden Arbeitsstunden von der pauschalen Vergütung erfasst sein sollten.

Ebenso verhält es sich mit dem Arbeitsvertrag zwischen der Antragstellerin zu 2) und der E. Dienstleistung GmbH vom 29.03.2018, mit dem eine Beschäftigung als Putzhilfe ab 01.04.2018 mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zwölf Stunden und einer Vergütung von 400 EUR monatlich vereinbart worden war. Auch dieses Arbeitsverhältnis endete bereits nach vier Monaten, womit auch hier die Schwelle zur Wesentlichkeit nicht überschritten werden konnte. Hinzu kommt für die Frage der Echtheit der Tätigkeit, dass mit der vereinbarten Vergütung ($400\text{EUR} / (12\text{h} \times 4,33) = 7,69 \text{ EUR/h}$) der gesetzliche Mindestlohn von 8,84 EUR/h unterschritten wurde, was wiederum erhebliche Zweifel an der Echtheit des Beschäftigungsverhältnisses aufkommen lässt. Auch im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses wurde ohne erkennbaren Grund die ausdrücklich vereinbarte gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen nach Ablauf der Probezeit nicht eingehalten.

Soweit die Antragsteller für die jeweils nur kurze Dauer der Beschäftigungsverhältnisse anführen, dass der Arbeitgeber diese im Rahmen einer Zeugenvernehmung im Verfahren L 21 AS 782/17 B ER nachvollziehbar damit erklärt habe, dass er einer extrem schwankenden Auftragslage unterliege und aus wirtschaftlichen Gründen regelmäßig zur Kündigung der Beschäftigungsverhältnisse seiner geringfügigen Beschäftigten gezwungen sei, so führt dieser Umstand - seine Richtigkeit unterstellt - nicht dazu, dass bei den Antragstellern in Anbetracht dieser Beschäftigungen ein Arbeitnehmerstatus anzuerkennen ist. Denn allein dadurch, dass der Arbeitgeber möglicherweise nachvollziehbare Gründe für die nur kurzfristigen Beschäftigungen der Antragsteller hat, lassen sich diese Beschäftigungsverhältnisse mit Blick auf die hierdurch gewonnene Gesamt-

situation der Antragsteller nicht als mehr als untergeordnet und unwesentlich ansehen. Das Kriterium der Unwesentlichkeit und Untergeordnetheit hängt nicht von den wirtschaftlichen Motiven des Arbeitgebers ab.

Da während des gesamten Aufenthaltszeitraums keine Beschäftigung der Antragsteller zu 1) und 2) zu erkennen ist, die einen Arbeitnehmerstatus vermitteln könnte, kann sich die Antragstellerin zu 3) auch nicht auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union berufen. Denn hierzu müsste sie das Kind eines EU-Bürgers sein, der in Deutschland beschäftigt oder beschäftigt gewesen ist.

Die Antragsteller haben auch keinen Anspruch auf Leistungen der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII). Insbesondere verhilft ihnen § 23 Abs. 1 SGB XII nicht zu Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt. Gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XII sind sie unter den gleichen Bedingungen wie schon im SGB II auch hier von Leistungen ausgeschlossen.

Der Senat hat auch keine durchgreifenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses dieses Personenkreises vom Leistungssystem der Grundsicherungsleistungen (siehe Senatsbeschluss vom 05.08.2017 - L 6 AS 783/17 B ER -; so auch LSG NRW Beschluss vom 19.03.2017 - L 19 AS 190/17 B ER; Beschluss vom 08.05.2017 - L 20 SO 138/17 B ER; Beschluss vom 05.04.2017 - L 9 SO 83/17 B ER; LSG Bayern Beschluss vom 24.04.2017 - L 8 SO 77/17 B ER; LSG Berlin Brandenburg Beschluss vom 13.02.2017 - L 23 SO 30/17 B ER).

Die Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe folgt § 73a Abs. 1 S. 1 SGG i.V.m. § 114 Abs. 1 ZPO. Voraussetzung für die Gewährung von PKH ist danach, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und die Partei nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann.

Die persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen haben die Antragsteller glaubhaft gemacht. Eine hinreichende Erfolgsaussicht besteht, wenn das Gericht nach vorläufiger Prüfung den Standpunkt des Antragstellers auf Grund der Sachverhaltsschilderung und der vorliegenden Unterlagen für zutreffend oder doch für vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist (vgl. B. Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/ Schmidt, SGG, 12. Aufl. 2017, § 73a Rz. 7a; st. Rspr. des erkennenden Senats, z.B. Beschluss vom 23.03.2010, L 6 B 141/09 AS). Der Erfolg braucht nicht sicher zu sein, muss aber nach den bisherigen Umständen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich haben. Dabei dürfen die Anforderungen an die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung nicht überspannt werden. Die Prüfung der Erfolgsaussicht darf nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in das Nebenverfahren der PKH vorzuverlagern (vgl. B. Schmidt aaO Rz. 7). Das PKH-Verfahren will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz erfordert, nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen.

Der Senat hält die von den Antragstellern vertretene Auffassung, dass die von ihnen behaupteten Beschäftigungsverhältnisse die Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs erfüllen und sie daher jedenfalls in Teilen des zu beurteilenden Zeitraums freizügigkeitsberechtigt sind/waren, jedenfalls für vertretbar, was für eine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne von § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO ausreichend ist.

62 Aus denselben Gründen ist auch die zulässige Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln bezogen auf die Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe begründet.

63 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG.

64 Im Prozesskostenhilfe-Beschwerdeverfahren sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten (§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 127 Abs. 4 ZPO).

65 Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar, § 177 SGG.

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, Beschluss vom 05.02.2018, Az. S 36 AS 319/18 ER