
Datum: 04.05.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 7. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 7 AS 139/15 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:0504.L7AS139.15B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Gelsenkirchen, S 33 AS 3401/14 ER
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 14.01.2015 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vom 01.12.2014 bis zum 31.05.2015, längstens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von 1.366,66 EUR monatlich nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu zahlen. Der Antrag auf Verpflichtung des Antragsgegners zur Übernahme der Kostennote der Rechtsanwälte der Vermieter in Höhe von 950,57 EUR wird als unzulässig verworfen. Der Antragsgegner hat die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller für beide Rechtszüge zu erstatten. Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt T, H, beigeordnet.

Gründe:	1
I.	2
Die Antragsteller sind bulgarische Staatsangehörige und begehren im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes Leistungen zur Deckung des Regelbedarfs sowie zur Deckung	3

von Bedarfen für Unterkunft und Heizung nach dem SGB II sowie die Begleichung einer Rechnung der Rechtsanwälte der Vermieter.

- Die am 00.00.1974 bzw. am 00.00.1979 geborenen Antragsteller zu 1) und 2) sind die Eltern der Antragstellerinnen zu 3) und 4) - geboren am 00.00.1997 und am 00.00.1999 - sowie des Antragstellers zu 5) - geboren am 00.00.2011. Die Antragsteller leben in Bedarfsgemeinschaft. Nach Auskunft der Ausländerbehörde der Stadt H ist der Antragsteller zu 1) erstmals am 20.07.2007 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Letztmalige Wiedereinreise war am 01.09.2011. Die Antragsteller zu 2) bis 5) reisten im September 2011 ein. Im Schuljahr 2014/2015 besucht die Antragstellerin zu 3) das Berufsorientierungsjahr BOJ-2, Berufskolleg L-strasse und die Antragstellerin zu 4) die achte Klasse der Hauptschule in H. Die Antragstellerin zu 2) bezieht Kindergeld in Höhe von 558,00 EUR monatlich. Der Antragsteller zu 1) hat in H seit Januar 2012 ein Gewerbe im Bereich "Akustik- und Trockenbau" angemeldet. Die Antragsteller bewohnen seit dem 10.08.2014 eine 67 m² große Wohnung in H in der C Straße (Miete 520,00 EUR: Kaltmiete 324,00 EUR, Betriebskosten 99,00 EUR und Heizung 97,00 EUR). Die Vermieter haben mit Schreiben vom 04.03.2015 das Mietverhältnis wegen Mietrückständen für den Zeitraum von Dezember 2014 bis März 2015 (2.080,00 EUR) fristlos gekündigt.
- In Ausführung eines Beschlusses des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 30.06.2014 bewilligte der Antragsgegner zuletzt für die Zeit vom 06.06.2014 bis zum 05.12.2014 vorläufig Leistungen zur Deckung des Regelbedarfs nach dem SGB II (969,00 EUR monatlich bis November 2014, 161,48 EUR für Dezember 2014).
- Den Fortzahlungsantrag der Antragsteller lehnte der Antragsgegner mit Bescheid vom 01.12.2014 ab. Der Antragsteller zu 1) könne sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Denn er habe einen Nachweis für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit nicht erbracht. Gegen den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 09.02.2015 haben die Antragsteller Klage erhoben.
- Am 11.12.2014 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Gelsenkirchen beantragt, den Antragsgegner einstweilen zu verpflichten, Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu gewähren. Mit den Einnahmen aus dem von ihm angemeldeten und ausgeübten Trocken- und Akustikbaugewerbe habe der Antragsteller zu 1) 2011 und 2012 den Lebensunterhalt der Antragsteller finanziert. Aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Situation könne der Antragsteller zu 1) ab 2014 den Lebensunterhalt der Familie nicht mehr sicherstellen. Zudem halte sich der Antragsteller zu 1) bereits über fünf Jahre in der Bundesrepublik Deutschland auf. Zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit haben die Antragsteller einen Kontoauszug vom 28.01.2014 vorgelegt (Kontostand 7,13 EUR).
- Der Antragsgegner hat darauf hingewiesen, dass nach der Auskunft der Ausländerbehörde für den Antragsteller zu 1) kein Daueraufenthaltsrecht bestehe. Der Anspruch sei aufgrund des Urteils des EuGH in der Rechtssache Dano (C-333/13) zu verneinen. Die Antragsteller könnten keine Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu Sozialleistungen verlangen, weil ihr Aufenthalt die Voraussetzungen der Unionsbürgerrichtlinie nicht erfülle.
- Das Sozialgericht hat eine Auskunft der Ausländerbehörde eingeholt sowie die Ausländerakte des Antragstellers zu 1) beigezogen.
- Mit Beschluss vom 14.01.2015 hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Der Anordnungsanspruch sei nicht glaubhaft gemacht. Die Antragsteller seien nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II von den Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen. Der Antragsteller zu 1)

könne sich nicht auf das Aufenthaltsrecht als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU berufen. Nach Auswertung der eingereichten Geschäftsunterlagen für 2014 handele es sich in der Gesamtschau zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bei der vom Antragsteller zu 1) ausgeübten Tätigkeit um eine unwesentliche wirtschaftliche Tätigkeit. Aus den zehn eingereichten Rechnungen ergäben sich ein Arbeitsumfang von meist nur wenigen Tagen und durchschnittliche Einnahmen von 342 EUR. Zudem weise die Einnahmen-Überschuss-Rechnung für März bis November 2014 nur Privatentnahmen in Höhe der Rechnungsbeträge, jedoch keine Betriebsausgaben aus. Das Aufenthaltsrecht als nicht erwerbstätiger Unionsbürger scheitere am Vorhandensein ausreichender Existenzmittel. Die Voraussetzungen des Daueraufenthaltsrechts lägen beim Antragsteller zu 1) nicht vor. Bereits nach Aktenlage sei ein durchgängiger fünfjähriger Aufenthalt nicht erkennbar. Unterstellt, der Antragsteller sei allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland, greife der Ausschlussgrund nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II ein. Diese Regelung sei nach summarischer Prüfung mit europäischem Recht vereinbar. Ein Verstoß gegen Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie (EG) 2004/387, Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004, Art. 18 AEUV und Art. 45 Abs. 2 AEUV liege nicht vor. Der Antragsteller zu 1) und die Antragstellerin zu 2) wären auch von Leistungen ausgeschlossen, wenn sie sich nicht zum Zwecke der Arbeitsuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten würden. Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II gelte erst Recht in den Fällen, in denen kein materielles Aufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU festgestellt werden könne. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Dano (EuGH, Urteil vom 11.11.2014, C-333/13) sei die Gleichbehandlung wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger, die kein materielles Aufenthaltsrecht geltend machen können, mit eigenen Staatsangehörigen nicht geboten.

Gegen den am 16.01.2015 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 16.01.2015. Die Antragsteller verfolgen ihr Begehren weiter. Zur Glaubhaftmachung der Einkünfte des Antragstellers zu 1) verweisen die Antragsteller auf die beim Sozialgericht am 15.01.2015 eingereichten Einkommenssteuerbescheide 2012 und 2013, die Einnahmen-Überschuss-Rechnung für Mai 2014, Kontoauszüge sowie Gutschriften aus Schrottverkauf im Mai 2014. Der Antragsteller zu 1) erwirtschaftete weiter als Trockenbauunternehmer Einkünfte, beispielsweise für Trockenbauarbeiten im Januar 2015 in Höhe von 500,00 EUR. Zudem seien mit dem Sammeln von Schrott weitere Einkünfte (425,25 EUR, 418,25 EUR und 395,30 EUR) generiert worden. Der Antragsteller zu 1) könne seinen Einnahmen keine Betriebsausgaben gegenüber stellen, weil er seine "Arbeitskraft verkaufe", d.h. Material und Werkzeug werde von den Auftraggebern gestellt. Der Anordnungsgrund für die Bedarfe für Unterkunft und Heizung sei unter Hinweis auf die Rechtsprechung des 6. Senats des LSG Nordrhein-Westfalen zu bejahen (Beschluss vom 29.01.2015 - L 6 AS 2085/14 B ER). Die Wohnung sei fristlos gekündigt worden, weshalb auch Unterkunftskosten im Eilverfahren geltend gemacht würden. Für die Kündigung der Wohnung seien dem Vermieter der Antragsteller Anwaltskosten entstanden, die dieser den Antragstellern in Rechnung stelle und die der Antragsgegner ebenfalls zu übernehmen habe.

11

Die Antragsteller beantragen schriftsätzlich sinngemäß,

12

den Beschluss des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 14.01.2015 zu ändern und den Antragsgegner zu verpflichten, den Antragstellern einstweilen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II einschließlich der Unterkunftskosten zu gewähren und die Kosten für die Rechtsanwälte der Vermieter der Antragsteller in Höhe von 950,57 EUR zu übernehmen.

13

14

Der Antragsgegner beantragt,	
die Beschwerde zurückzuweisen.	15
Der Antragsgegner verweist auf die Begründung des angefochtenen Beschlusses. Zudem seien die tatsächlichen Einkommensverhältnisse weiter nicht glaubhaft gemacht.	16
Die Vermieter haben auf Nachfrage des Senats mitgeteilt, dass die fristlose Kündigung zurückgenommen und das Mietverhältnis fortgesetzt wird, wenn die Mieten für Dezember 2014 bis April 2015 gezahlt werden. Der Senat hat die Ausländerakte des Antragstellers zu 1) beigezogen. Der Antragsgegner hat auf Aufforderung des Senats die Höhe des Anspruchs der Antragsteller unter Berücksichtigung der von den Antragstellern eingereichten Unterlagen zu den Einnahmen und unter Außerachtlassung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II berechnet (Anspruch monatlich 1.366,66 EUR: Regelbedarf der Antragsteller zu 1) bis 5) als Bedarfsgemeinschaft 1.558,00 EUR, Bedarfe für Unterkunft und Heizung 520,00 EUR; Einkommen: Betriebseinnahmen 291,67 EUR, zu berücksichtigendes Einkommen 153,34 EUR, Kindergeld 558,00 EUR).	17
Eine fristgemäße Kündigung des Mietverhältnisses ist nicht erfolgt und eine Räumungsklage wird nach Auskunft der Vermieter nicht vor Ablauf des Monats April 2015 erhoben. Die Rechtsanwälte der Vermieter haben die Antragsteller aufgefordert, die Kostennote in Höhe von 950,57 EUR auszugleichen.	18
II.	19
Die zulässige Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet. Das Sozialgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Unrecht abgelehnt.	20
Der am 25.03.2015 im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag, dem Antragsgegner einstweilen die Kosten der Rechtsanwälte der Vermieter in Höhe von 950,57 EUR aus Anlass der fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses aufzuerlegen, war hingegen als unzulässig zu verwerfen.	21
Einstweilige Anordnungen sind nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungsanordnung). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens ergeben sich aus Art. 19 Abs. 4 GG, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Eine solche Fallgestaltung ist anzunehmen, wenn es - wie hier - im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um die Sicherung des verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums während eines gerichtlichen Hauptsacheverfahrens geht (vgl. Beschlüsse des Senats vom 22.01.2015 - L 7 AS 2162/14 und vom 10.09.2014 - L 7 AS 1385/14 B ER). Ist eine abschließende Prüfung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, ist im Wege der Folgenabwägung zu entscheiden, in die insbesondere die grundrechtlich relevanten Belange des Antragstellers einzustellen sind (BVerfG, Beschlüsse vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 und 06.02.2013 - 1 BvR 2366/12; Beschluss des Senats vom 11.07.2014 - L 7 AS	22

Die Antragsteller haben einen Anordnungsanspruch für den Anspruch auf den Regelbedarf und die Bedarfe für Unterkunft und Heizung glaubhaft gemacht. Die Antragsteller zu 1) und 2) erfüllen die Leistungsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 SGB II. Sie haben das 15. Lebensjahr vollendet, die Altersgrenze nach § 7a SGB II noch nicht erreicht, sind erwerbsfähig und haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland. Sie haben durch Vorlage der Kontoauszüge, der Steuerbescheide 2012 und 2013, des Bescheids der Familienkasse über das Kindergeld, der Einnahmen-Überschuss-Rechnungen für das Kalenderjahr 2014, der Rechnung für erbrachte Trockenbauarbeiten im Januar 2015 für Frau Friedrich (500,00 EUR) und des Mietvertrages die Hilfebedürftigkeit glaubhaft gemacht. Die Antragsteller zu 3) bis 5) bilden mit den Antragstellern zu 1) und 2) gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II eine Bedarfsgemeinschaft. 23

Der Leistungsanspruch der Antragsteller entfällt nicht aufgrund der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II, wonach Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben. Der Antragsteller zu 1) hat nach summarischer Prüfung ein Aufenthaltsrecht nicht (nur) zur Arbeitsuche, sondern als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Die Antragsteller zu 2) bis 5) haben jedenfalls ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht als Familienangehörige nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU. Weitere evtl. Aufenthaltsrechte können daher ungeprüft bleiben. 24

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU sind unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt Unionsbürger, wenn sie zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige). Eine allgemeine Definition des Selbständigen und seiner auf Gewinn ausgerichteten Tätigkeit existiert für das Unionsrecht nicht. Ausschlaggebend ist das Gesamtbild der Tätigkeit (OVG Hamburg, Beschluss vom 21.06.2010 - 1 B 137/10; LSG Berlin- Brandenburg, Beschluss vom 28.01.2013 - L 14 AS 3133/12 B ER; Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, § 2 FreizügG/EU Rn. 70). Der EuGH (Urteil vom 25.07.1991 - Rs. 221/89 Factortame Ltd.) definiert den Begriff als die tatsächliche Ausführung einer wirtschaftlichen Tätigkeit (qualitatives Element) mittels einer festen Einrichtung (räumliches Element) in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit (zeitliches Element). Die Tätigkeit muss tatsächlich ausgeübt werden, eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen und darf - in Anlehnung an die Kriterien zur Arbeitnehmerfreizügigkeit - nicht "völlig untergeordnet und unwesentlich sein" (EuGH, Urteil vom 23.03.1982 Rs. 53/81 Levin). Die Unterhaltung einer baulichen Einrichtung, etwa im Sinne eines Ladenlokals, eines Lagerraums oder einer Werkstatt, ist für die Anerkennung einer selbständigen Tätigkeit, die der Niederlassungsfreiheit unterliegt, nicht erforderlich (LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.01.2013 - L 14 AS 3133/12 B). Der Lebensunterhalt muss durch die selbständige Tätigkeit nicht gesichert sein (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.10.2013 - L 19 AS 129/13; OVG Bremen, Beschluss vom 21.06.2010 - 1 B 137/10). 25

Der Antragsteller zu 1) hat glaubhaft gemacht, dass er eine selbständige Tätigkeit in nicht nur untergeordnetem und unwesentlichem Umfang ausgeübt hat. Er hat das Gewerbe "Akustik- und Trockenbau" nicht nur angemeldet, sondern durch die Vorlage der Einkommensteuerbescheide für 2012 (Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. 16500 EUR) und für 2013 (Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. 6500 EUR) ist nachgewiesen, dass er tatsächlich tätig war. Für 2014 hat der Antragsteller dies durch Vorlage der Einnahme-Überschuss-Rechnung glaubhaft gemacht, wonach er Betriebseinnahmen i.H.v. 4318,80 EUR (monatlich durchschnittlich 359,83 EUR) erzielt hat. Für das Jahr 2015 ist die 26

tatsächliche Ausübung der Erwerbstätigkeit durch die Vorlage einer Rechnung über Trockenbauarbeiten vom 02.02.2015 ebenfalls glaubhaft gemacht.

Die Antragsteller haben auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. 27

Sie sind unter Berücksichtigung der vorhandenen Einnahmen nicht in der Lage, den Regelbedarf zu decken. Somit drohen ihnen ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung schwerwiegende Nachteile, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr abgewendet werden können. 28

Der Senat bejaht den Anordnungsgrund auch hinsichtlich der Bedarfe für Unterkunft und Heizung. Die bisher vertretene Auffassung, ein Anordnungsgrund liege erst vor, wenn Wohnungs- und Obdachlosigkeit drohen, d.h. Räumungsklage erhoben wurde (u.a. Beschlüsse des Senats vom 10.09.2014 - L 7 AS 1385/14 B ER; vom 28.02.2013 - L 7 AS 306/13 B ER und vom 25.05.2012 - L 7 AS 743/12 B ER), gibt der Senat auf: 29

Nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG, Urteil vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09 u.a.) ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Dieses Grundrecht ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden. Als Grundrecht ist die Norm nicht nur Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates. Der Staat muss die Menschenwürde positiv schützen. Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen. Mit dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 GG korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt und sie in solchen Notlagen nur durch materielle Unterstützung gesichert werden kann. Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Er gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die die physische Existenz des Menschen umfasst. Zu dieser physischen Existenz gehört nach ausdrücklicher Rechtsprechung des BVerfG (Urteil vom 09.02.2010 a.a.O. Rn. 135) auch die Gewährleistung von Unterkunft und Heizung (vergl. hierzu jüngst SG Mainz, Vorlagebeschluss vom 12.12.2014 - S 3 AS 130/14 m.w.N.). 30

Der elementare Lebensbedarf eines Menschen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich in dem Augenblick zu befriedigen, in dem er besteht (BVerfG, Urteil vom 09.02.210 a.a.O. Rn. 140). 31

Die Versagung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung führt damit unmittelbar und sogleich zu einer Bedarfsunterdeckung, die bei glaubhaft gemachter Hilfebedürftigkeit den Kernbereich des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums berührt (in diesem Sinne auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28.01.2015 - L 11 AS 261/14 B; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.07.2014 - L 10 AS 1393/14 BER, L 10 AS 1394/ B ER PKH). 32

Gegen die Übernahme von Unterkunftskosten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor Erhebung der Räumungsklage durch den Vermieter wird geltend gemacht, im Hinblick auf 33

den gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismus zur Abwendung eines drohenden Wohnungsverlustes wegen Mietrückständen seien die einschränkenden Anforderungen an einen Anordnungsgrund verfassungsrechtlich unbedenklich. Allein aus dem existenzsichernden Charakter der Unterkunftskosten lasse sich ein Anordnungsgrund nicht ableiten. Denn für den Fall einer fristlosen Kündigung und einer sich anschließenden Räumungsklage könne die Kündigung noch abgewendet werden. Für den Fall der Räumungsklage enthalte § 22 Abs. 9 SGB II Regelungen zur Sicherung der Unterkunft. Hiernach sei das Amtsgericht verpflichtet, dem Grundsicherungsträger unverzüglich Tatsachen und näher bezeichnete Einzelheiten einer Räumungsklage nach der Kündigung von Wohnraum wegen Zahlungsverzugs mitzuteilen. Dies diene der Prävention von Obdachlosigkeit und solle den Leistungsträgern ermöglichen, auch unabhängig von einem Antrag zu prüfen, ob die Kündigung durch Übernahme der Mietrückstände abzuwenden ist. Denn gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB werde eine Kündigung unwirksam, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete und der fälligen Entschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet. Sollte der Leistungsträger nach dem SGB II in einer solchen Situation die Leistungszahlung verweigern, stehe den Antragstellern die Beantragung von einstweiligem Rechtsschutz - dann dem Zweck dieses Verfahrens entsprechend (Art. 19 Abs. 4 GG) - offen. Ein Anordnungsgrund resultiere auch nicht bereits aus eventuellen Kostenfolgen der Kündigung des Mietverhältnisses. Maßgebliches Kriterium für die Feststellung eines Anordnungsgrundes hinsichtlich der Geltendmachung des Bedarfs für Unterkunft und Heizung sei nicht die Vermeidung von Mehrkosten, sondern die drohende Wohnungs- bzw. Obdachlosigkeit. Ein Anordnungsgrund lasse sich auch nicht damit begründen, dass zwar die außerordentliche, nicht jedoch die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs durch nachträgliche Zahlung des Mietzinses abgewendet werden könnte. Während der Mieter grundsätzlich, insbesondere auch bei Zahlungsverzug als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung, für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen habe und sich bei Geldmangel nicht auf § 286 Abs. 4 BGB berufen könne, entlaste ihn im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit. Bei der Prüfung der schuldhaften und nicht unerheblichen Pflichtverletzung i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB seien die Gesamtumstände im Zusammenhang mit dem Zahlungsverhalten zu berücksichtigen. Damit begünstige § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB den Mieter bei einer ordentlichen Kündigung und eröffne ihm im Gegensatz zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs die Möglichkeit, sich auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe zu berufen. Im Rahmen des Verschuldens könne zudem eine nachträgliche Zahlung des Mieters innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zu seinen Gunsten berücksichtigt werden, weil sie ein etwaiges Eigenverschulden in einem milderem Licht erscheinen lasse (ausführlich und m.w.N. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.05.2014 - L 19 AS 805/14 B ER; zweifelnd demgegenüber an der insoweit gegebenen Einheitlichkeit der Zivilrechtsprechung LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.01.2015 - L 6 AS 2085/14 B).

Diese Argumentation steht der Bejahung des Anordnungsgrundes auch vor Erhebung der Räumungsklage indes nicht entgegen. Es ist den Betroffenen gerade nicht zuzumuten, einen zivilrechtlichen Kündigungsgrund entstehen zu lassen, eine Kündigung hinzunehmen, eine Räumungsklage abzuwarten und auf die nachfolgende Beseitigung der Kündigung zu hoffen (in diesem Sinne auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 29.01.2015 - L 6 AS 2085/14 B ER mit zutreffendem Hinweis auf den Grundrechtsschutz nach Art 13 GG; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28.01.2015 - L 11 AS 261/14 B; SG Berlin, Beschluss vom 05.01.2015 - S 205 AS 27758/14 ER; Bayerisches LSG, Beschluss vom 19.03.2013 - L 16 AS 61/13 B ER). Denn die prozessuale Konsequenz der Anerkennung eines

im Moment der Bedarfsentstehung bestehenden verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Gewährleistung des Existenzminimums folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG: Es muss sichergestellt sein, dass gegen eine Versagung der existenznotwendigen Mittel effektiver Rechtsschutz zur Verfügung steht (BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05). Ein "Vertrösten" des Antragstellers auf Rechtsschutz zu einem späteren Zeitpunkt - nach Erhebung einer Räumungsklage durch den Vermieter - ist hiermit nicht vereinbar.

Zudem stellt es - auch unabhängig von der Anerkennung eines Grundrechts auf Gewährleistung des Existenzminimums - einen nach geänderter Auffassung des Senats nicht hinnehmbaren Wertungswiderspruch dar, wenn ein Gericht von einem Bürger, der Rechtsschutz gegen eine Behördenentscheidung sucht, verlangt, dass dieser sich gegenüber einem Dritten vertragswidrig verhält, indem er seine vertraglich geschuldete Miete nicht vollständig zahlt und damit die Kündigung des Mietverhältnisses provoziert (so bereits LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 23. 06.2009, L 7 AS 456/09 B; im Ergebnis ebenso: Conradis in: LPK-SGB II, 5. Auflage 2013, Anhang Verfahren Rn. 139). Die Versagung von effektivem Rechtsschutz im Zeitpunkt der Bedarfsentstehung zwingt den Antragsteller zum Vertragsbruch. Denn nach der Rechtsprechung des BGH zu den Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 BGB (BGH, Urteil vom 04.02.2015 - VIII ZR 175/14) ändert der Umstand, dass der Mieter, um die Miete entrichten zu können, auf Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle angewiesen war und diese Leistungen rechtzeitig beantragt hatte, an dem Vertretenmüssen des Mietrückstands ebenso wenig etwas wie der Umstand, dass der zuständige Sozialleistungsträger nach Kündigungsausspruch zur Übernahme der Mietschulden verpflichtet worden ist. Der BGH führt aus: "Zur Verantwortlichkeit des Schuldners und damit auch zu der von § 286 Abs. 4 BGB geforderten Zurechnung einer Nichtleistung trotz Fälligkeit sieht § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Eine solche strengere Haftung besteht aber nach allgemeiner Auffassung bei Geldschulden. Danach befreit eine Leistungsunfähigkeit aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten, um die es hier geht, den Schuldner auch dann nicht von den Folgen des Ausbleibens der (rechtzeitigen) Leistung, wenn sie auf unverschuldeter Ursache beruht. Vielmehr hat jedermann nach dem Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, das § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB genauso zugrunde liegt wie der Vorgängerregelung des § 279 BGB aF und das im Übrigen auch aus dem geltenden Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht abzuleiten ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen (BGH, Urteile vom 28. Februar 1989 - IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92, 102 mwN; vom 11. Dezember 2001 - VI ZR 350/00, WM 2002, 347 unter II 3 b; vom 15. März 2002 - V ZR 396/00, BGHZ 150, 187, 194; ebenso auch BT-Drucks. 14/6040, S. 132). Dieses Verständnis des Vertretenmüssens im Falle mangelnder finanzieller Leistungsfähigkeit gilt auch für Mietzahlungspflichten und die bei Ausbleiben der Miete bestehenden Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB (Senatsurteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 unter II 2 d cc; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2014, § 543 Rn. 56a; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rn. 96 f.; Wiek, WuM 2010, 204, 205; jeweils mwN). Soweit in der Instanzrechtsprechung teilweise die Auffassung vertreten oder jedenfalls erwogen wird, ein Mieter, der Sozialleistungen einer öffentlichen Stelle beziehe, genüge seinen Pflichten zur Beschaffung der zur Entrichtung der Miete benötigten Geldmittel bereits dann, wenn er alles ihm Obliegende und Zumutbare getan habe, um die öffentliche Stelle zur pünktlichen Zahlung der für seine Unterkunft geschuldeten Miete zu veranlassen (LG Bonn, Beschluss vom 10. November 2011 - 6 T 198/11, juris Rn. 5; Urteil vom 6. November 2014 -

6 S 154/14, juris Rn. 15; LG Wiesbaden, WuM 2012, 623, 624; ähnlich LG Berlin, NZM 2013, 121, 122; WuM 2014, 607 f.), trifft dies nicht zu."

Dementsprechend wurden auch während der Geltung des BSHG Unterkunftskosten im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zugesprochen, ohne dass die Erhebung einer Räumungsklage Voraussetzung war (vergl. hierzu nur OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2004 - 16 B 2371/04). Selbst eine "Kündigungslage" ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht erforderlich (abweichend insoweit LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.07.2014 - L 10 AS 1393/14 B).

36

Ausnahmen von dem vorbezeichneten Grundsatz sind möglich, wenn nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen Prüfungsdichte belastbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vertraglichen Pflichten des Antragstellers jedenfalls während der Nichtzahlung von Leistungen zur Deckung des Unterkunftsbedarfs gestundet sind, etwa weil es sich um ein Mietverhältnis unter Verwandten handelt oder eine sonstige Nähebeziehung zwischen dem Vermieter und dem Anspruchsteller besteht. Gleiches gilt, wenn feststeht, dass das Mietverhältnis trotz Zusprechens der Leistungen nicht erhalten werden kann und es daher nur noch darum geht, Ansprüche des Vermieters zu sichern. Zweifeln an der Ernsthaftigkeit eines Mietzinsverlangens ist im Rahmen der Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs nachzugehen (abweichend insoweit - erhöhte Anforderungen an den Anordnungsgrund - LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 28.01.2015 - L 11 AS 261/14 B). Schließlich weist der Senat zur Klarstellung darauf hin, dass die vorstehenden Ausführungen für die Übernahme der laufenden Miete gelten. Die Übernahme von Mietschulden nach § 22 Abs. 8 SGB II richtet sich nach anderen Maßstäben (vergl. hierzu Beschluss des Senats vom 18.07.2014 - L 7 AS 982/14 B ER).

37

Der Antragsgegner hat den Antragstellern vorläufig für die Zeit vom 01.12.2014 bis zum 31.05.2015 Leistungen in Höhe von 1.366,66 EUR monatlich zu zahlen. Der Senat folgt insoweit den Berechnungen des Antragsgegners im Schriftsatz vom 02.04.2015. Der Senat hat die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts abweichend von der Regel, dass Leistungen für Zeiten vor Eingang des Eilantrages nicht gewährt werden (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., § 86b Rn. 35a), ab 01.12.2014 zugesprochen. Es besteht ein Nachholbedarf (hierzu Werhahn, in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 86b Rn. 77), denn die Nichtgewährung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung in der Vergangenheit wirkt in die Gegenwart fort und verursacht eine gegenwärtige Notlage (Vergrößerung der Vertragspflichtverletzung gegenüber dem Vermieter).

38

Im Dezember 2014 sind die bereits gezahlten Leistungen in Höhe von 161,48 EUR anzurechnen. Die Begrenzung des Bewilligungszeitraums orientiert sich an § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II.

39

Der Antrag der Antragsteller, den Antragsgegner einstweilen zu verpflichten, die Kostennote der Rechtsanwälte der Vermieter in Höhe von 950,57 EUR einstweilen auszugleichen, war als unzulässig zu verwerfen. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Den Antragstellern ist zuzumuten, sich vor Beantragung des einstweiligen Rechtsschutzes an die Verwaltung zu wenden und die Begleichung der Rechnung dort geltend zu machen. Im Übrigen fehlt die instanzielle Zuständigkeit des Landessozialgerichts für diesen erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Anspruch (§ 29 SGG).

40

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

41

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren liegen vor (§§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG, 119 ZPO). Die Beiordnung des Rechtsanwalts ist unter Berücksichtigung der Schwierigkeit von Sach- und Rechtslage als erforderlich anzusehen.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden (§ 177 SGG).

43