

## L 19 AS 931/15 B ER

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung  
19  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 49 AS 1775/15 ER

Datum  
19.05.2015  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 19 AS 931/15 B ER

Datum  
06.07.2015  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 19.05.2015 geändert. Der Antragsgegner wird einstweilig verpflichtet, der Antragstellerin die Regelleistung nach [§ 20 SGB II](#) auf der Berechnungsgrundlage eines monatlichen Anspruchs von 399,00 EUR abzüglich gegebenenfalls anrechenbarer Einkünfte für den Zeitraum vom 30.04.2015 bis 31.10.2015 zu gewähren. Die darüber hinausgehende Beschwerde wird zurückgewiesen. Der Antragsgegner trägt die Hälfte der erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin in beiden Rechtszügen. Der Antragstellerin wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und die Rechtsanwaltssozietät T und Partner, E, beigeordnet.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Ablehnung ihres Antrags auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II.

Die am 00.00.1965 geborene Antragstellerin bulgarischer Nationalität hält sich nach eigener Angabe seit Ende 2009 im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners auf. Sie hat nach ihren Angaben die Schule bis zum achten Schuljahr besucht und Schneiderin gelernt. In der Bundesrepublik hat sie von Juli bis Oktober 2012 und sodann vom 13.05.2013 bis 11.05.2014 als Reinigungskraft im Angestelltenverhältnis gearbeitet, im Anschluss hieran bezog sie vom 12.05. bis 10.11.2014 Alg I in Höhe von 607,50 EUR monatlich, in der Folge Alg II. Bis zum 30.04.2015 bewohnte sie gemeinsam mit ihrem Sohn und dessen Familie aufgrund eines mit dem Sohn abgeschlossenen Mietvertrages die ab dem 01.05.2015 zu einer Warmmiete von 420,00 EUR monatlich von ihr alleine gemietete und genutzte Wohnung.

Nach Ablehnung ihres Antrags auf Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II vom 27.01.2014 (Bescheid vom 28.03.2014) bezog die Antragstellerin im Ergebnis des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes S 39 AS 4660/14 ER, (SG Duisburg) vorläufig bewilligte Leistungen in Höhe von monatlich 408,18 EUR bis zum 30.04.2015. Nach Lage der beigezogenen Verwaltungsakte des Antragsgegners ist bislang weder über den Widerspruch der Antragstellerin gegen den Ablehnungsbescheid vom 28.03.2014 noch über den am 13.03.2015 gestellten Folgeantrag entschieden worden.

Mit Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vom 30.04.2015 im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Grundsicherungsleistungen begehrt. Sie verfüge über keine Mittel zur Sicherstellung ihres Lebensunterhalts, bewerbe sich fortlaufend um Arbeitsplätze. Der Leistungsausschluss wegen Aufenthaltes alleine zur Arbeitsuche nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sei ungeklärt. Deshalb seien ihr - entweder über § 328 SGB III oder im Wege der Folgenabwägung - Grundsicherungsleistungen vorläufig zuzuerkennen, wobei darauf hingewiesen werde, dass der 6. Senat des LSG NRW seine bisherige Rechtsprechung zur Frage der Eilbedürftigkeit bei Unterkunftskosten geändert habe. Sie sei nicht in der Lage, ihre Miete zu bezahlen, weshalb ihr Obdachlosigkeit drohe.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, nach Ablauf des 6-Monatszeitraumes aus § 2 Abs. 3 S. 2 Freizügig/EU im Anschluss an die letzte versicherungspflichtige Beschäftigung sei der Arbeitnehmerstatus der Antragstellerin im November 2014 erloschen. Sie halte sich demzufolge alleine zur Arbeitsuche auf und sei vom Leistungsausschluss nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) erfasst.

Mit Beschluss vom 19.05.2015 hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Die Antragstellerin könne sich ausschließlich auf ein

Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 b Freizügig/EU berufen. Dieses Recht bestehe bereits aufgrund der durch Beantragung von Leistungen nach dem SGB II dokumentierten Bereitschaft, sich in den Arbeitsmarkt integrieren zu lassen und bis zur formellen Aberkennung des Freizügigkeitsrechts nach Durchführung eines hierauf bezogenen Verwaltungsverfahrens. Diese Feststellung sei im Falle der Antragstellerin noch nicht getroffen worden. Angesichts des fortbestehenden Freizügigkeitsrechts sei nicht zu prüfen, ob die Antragstellerin Arbeit suche und hierbei eine begründete Aussicht habe, eingestellt zu werden. Es komme danach auf die Frage der Vereinbarkeit des Leistungsausschlusses in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit Unionsrecht an. Diese sei durch das Urteil vom 11.11.2014 des EuGH in der Rechtssache [C-333/13-E](#) bestätigt worden. Der in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache [C-67/14-B](#)- zu Tage tretenden Rechtsauffassung des Generalanwalts sei nicht zu folgen. Auch bestehe kein Anspruch nach dem SGB XII im Hinblick auf den parallelen Leistungsausschluss in [§ 23 Abs. 3 S. 1 SGB XII](#).

Gegen den am 20.05.2015 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin vom 28.05.2015, für deren Durchführung sie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Im Hinblick auf die auch nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache E fortbestehende Problematik des Leistungsausschlusses für tatsächlich Arbeit Suchende seien im einstweiligen Rechtsschutz entweder nach § 328 SGB III oder im Wege der Folgenabwägung Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II zuzuerkennen.

Der Antragsgegner schließt sich der Begründung des angefochtenen Beschlusses unter Hinweis auf seine Rechtsauffassung bestätigende Rechtsprechung des LSG NRW (Beschluss vom 08.05.2015 - [L 2 AS 300/15 B ER](#)) an.

Mit Schreiben vom 18.06.2015 hat die Antragstellerin die Annahme einer Aushilfstätigkeit im Umfang von vier Stunden täglich an ein bis zwei Tagen pro Woche angekündigt. Sie bewerbe sich fortlaufend und könne wahrscheinlich wieder eine Vollzeitätigkeit als Reinigungskraft aufnehmen. Mit weiterem Schreiben vom 02.07.2015 hat die Antragstellerin mitgeteilt, ein Arbeitsverhältnis sei nicht zustande gekommen, ihr Vermieter habe mit Kündigung gedroht.

II.

Die zulässige Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet, im Übrigen unbegründet.

Der Antragstellerin steht für den Zeitraum von der Antragstellung im Eilverfahren beim Sozialgericht ein Anspruch auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Regelleistungen nach dem SGB II für sechs Monate zu, der im Wege der Folgenabwägung zuzuerkennen ist (A). Ein Anspruch auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung auch von Leistungen für Unterkunft und Heizung i.S.v. [§ 22 SGB II](#) besteht nicht (B). Entsprechend ist der Antragsgegner anteilig zur Übernahme der erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin zu verpflichten (C). Prozesskostenhilfe steht zu (D).

A.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 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 Anordnungsanspruches (d.h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie das Vorliegen des Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen ([§ 86 Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)).

Ein Anordnungsanspruch ist dann gegeben, wenn dem Antragsteller der zu sichernde Hauptsacheanspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zusteht, wenn also eine Vorausbeurteilung des Widerspruchs bzw. der Klage in der Hauptsache nach summarischer Prüfung ergibt, dass das Obsiegen des Antragstellers in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 06.08.2014 - [1 BvR 1453/12](#) - SGB 2015, 175, m.w.N. und vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#) - [BVerfGK 20, 196](#)) dürfen Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren für Anfechtungs- und (wie hier) Vornahmesachen grundsätzlich sowohl auf eine Folgenabwägung wie auch auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache gestützt werden. Hierbei ist dem Gewicht der in Frage stehenden und gegebenenfalls miteinander abzuwägenden Grundrechte Rechnung zu tragen, um deren Verletzung nach Möglichkeit zu verhindern (BVerfG, Beschluss vom 13.04.2010 - [1 BvR 216/07](#) - [BVerfGE 126, 1](#) (27 f.), m.w.N.; vgl. zur Prüfungsdichte von rechtlichen Fragen: BVerfG, Beschluss vom 27.05.1998 - [2 BvR 378/98](#) -, [NVwZ-RR 1999, 217](#)). Dabei ist eine weitergehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs von Verfassungen wegen dann erforderlich, wenn dem Antragsteller eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch eine nachträgliche Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann. Je gewichtiger die drohende Grundrechtsverletzung und je höher ihre Eintrittswahrscheinlichkeit ist, desto intensiver hat die tatsächliche und rechtliche Durchdringung der Sache bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu erfolgen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.02.2013 - [1 BvR 2366/12](#), a.a.O.). Ist einem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. In diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen.

Nach diesen Maßgaben entscheidet der Senat auf Grund einer Folgenabwägung, weil nach dem derzeitigen Sachstand ein Obsiegen der Antragstellerin in der Hauptsache offen ist.

Die Antragstellerin hat das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) glaubhaft gemacht. Glaubhaftmachung bedeutet das Dartun der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, d.h. der guten Möglichkeit, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung BSG, Beschluss vom 07.04.2011 - [B 9 VG 15/10 B](#) -; BSG, Beschluss vom 08.08.2001 - [B 9 V 23/01 B](#) - [SozR 3-3900 § 15 Nr. 4](#)).

Die Antragstellerin hat das 15. Lebensjahr vollendet, die Altersgrenze des [§ 7a SGB II](#) noch nicht erreicht ([§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II](#)) und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland, [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB II](#). Die Antragstellerin gilt auch als erwerbsfähig

i.S.v. [§§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#), [8 Abs. 1 SGB II](#). Als Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaates hat sie genehmigungsfreien Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt.

Bei der im Rahmen des Eilrechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung bestehen keine durchgreifenden Zweifel daran, dass die Antragstellerin im Antragszeitraum auch hilfebedürftig i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) i.V.m. [§ 9 SGB II](#) gewesen ist.

Soweit die Auffassung vertreten wird, dass die in [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) normierten Leistungsvoraussetzungen um die ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung des Bestehens eines (materiellen) Aufenthaltsrechts zu erweitern sei (so das LSG Hessen, Beschluss vom 11.12.2014 - [L 7 AS 528/14 B ER](#)), folgt der Senat dem nicht (vgl. Beschluss des Senats vom 20.03.2015 - [L 19 AS 116/15 B ER](#)).

Ob die Antragstellerin vom Leistungsbezug nach dem SGB II ausgeschlossen sind, kann der Senat nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abschließend beurteilen. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sind Ausländer und Ausländerinnen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, vom Leistungsanspruch ausgenommen.

Der Senat folgt nicht der Auffassung des Sozialgerichts, wonach sich ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche aus dem schlichten Umstand des Leistungsantrags nach dem SGB II ergebe und es der Feststellung eines Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche zwecks Prüfung des Leistungsausschlusses nicht bedürfe.

Die Ausschlussregelung des [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) fordert vielmehr eine "fiktive Prüfung" des Grundes bzw. der Gründe des Aufenthaltsrechts am Maßstab des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) und ggf. des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG; vgl. BSG, Vorlagebeschluss vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#) m.w.N.). Es muss positiv festgestellt werden, dass dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht allein zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik zusteht (BSG, Urteil vom 30.01.2013 - [B 4 AS 54/12 R](#) - [BSGE 113, 60](#), m.w.N.).

§ 2 Abs. 3 FreizügG/EU greift zu Gunsten der Antragstellerin nicht ein. Gleichfalls sind die Tatbestände der §§ 3, 4, 4a FreizügG/EU nicht gegeben. Auch kann die Antragstellerin sich nicht auf ein Aufenthaltsrecht nach § 11 Abs. 1 S. 11 FreizügG/EU i.V.m. den Vorschriften des AufenthG berufen, denn Anhaltspunkte für das Bestehen eines weitergehenden Aufenthaltsrechts nach dem AufenthG sind nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin hat jedoch ein materielles Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche, auf dessen konkrete Feststellung im Einzelfall es für die Prüfung des hieran anknüpfenden Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) ankommt. Diese Feststellung bezieht sich auf das Bestehen beziehungsweise Nichtbestehen des für den Leistungsausschluss relevanten materiellen Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche. Die vom Sozialgericht als ausschlaggebend angesehene (fehlende) Verlustfeststellung nach §§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 Freizügigkeitsgesetz/EU hat das hiervon zu unterscheidende formale Aufenthaltsrecht im Sinne fortbestehender Freizügigkeit zum Gegenstand.

Der Senat folgt insoweit auch nicht der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, wonach die Formulierung in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) "deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt" nicht auf das Bestehen eines materiellen Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche abstellt sondern im Sinne des einzig denkbaren Grundes für ein Aufenthaltsrecht zu verstehen und dieses Aufenthaltsrechts vor Einleitung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zu vermuten sei (vgl. Senatsbeschluss vom 20.03.2015 - L 19 AS 196/15 B ER; siehe zur identischen Vorschrift des [§ 23 Abs. 3 S. 1](#) Alt. SGB XII: BSG, Urteil vom 18.11.2014 - [B 8 SO 9/13 R](#); a.A. LSG NRW, Urteil vom 28.11.2013 - [L 6 AS 130/13](#); LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 23.05.2014 - L 8 SO 202/14 B ER; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10.12.2014 - [L 20 AS 2697/14 B ER](#); LSG Bayern, Beschluss vom 14.04.2015 - [L 7 AS 225/15 B ER](#); Greiser in jurisPK-SGB XII, Anhang zu [§ 23 SGB XII](#) Rn. 15.5).

Das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche ist in § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU ab dem 09.12.2014 (Gesetz vom 02.12.2014, [BGBl I, 1922](#) - n.F.) konkretisiert worden. Danach haben Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, ein Aufenthaltsrecht bis zu sechs Monaten und darüber hinaus solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden. Nach Ablauf der Sechsmonatsfrist besteht ein Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche damit nur dann, wenn ein Unionsbürger nachweisen kann, dass er ernsthaft und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, wobei dies objektivierbar nach außen hin zum Ausdruck gebracht werden muss (vgl. EuGH, Urteile vom 23.03.2004 - [C-138/02](#) - Collins, vom 20.02.1997 - [C-344/95](#) und vom 26.02.1991 - [C-292/89](#) - Antonissen; OVG Sachsen, Beschluss vom 07.08.2014 - [3 B 507/13](#) m.w.N.; OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26.06.2014 - [4 LB 22/13](#); VGH Bayern, Beschluss vom 11.02.2014 - [10 C 13.2241](#)). Zur Glaubhaftmachung eines solchen Aufenthaltsrechts genügt damit nicht allein, dass ein Unionsbürger erklärt, sich zur Arbeitsuche in der Bundesrepublik aufzuhalten; vielmehr sind ernsthafte Bewerbungsbemühungen über eine Antragstellung beim Grundsicherungsträger hinausgehend sowie eine begründete Erfolgsaussicht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zu belegen bzw. zu konkretisieren. Das Bestehen eines (materiellen) Aufenthaltsrechts zur Arbeitsuche ist dann im Einzelfall unter Auswertung aller verfügbaren Informationen zu auf dem Arbeitsmarkt verwertbaren Eignungen, Vorbildungen und sprachlichen Fertigkeiten, der aktuellen Beschaffenheit des für die jeweilige Person in Betracht kommenden Arbeitsmarktes, schließlich auch der Art und Intensität der unternommenen Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes zu prüfen und festzustellen, bevor die Anwendbarkeit des Leistungsausschlusses in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) an sich geprüft werden kann.

Diese Prüfung - in der im Eilverfahren alleine möglichen Intensität - ergibt, dass der Antragstellerin ein materielles Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche weiterhin zusteht. Sie hat bereits mit existenzsicherndem Verdienst gearbeitet. Ihre kontinuierlich nachgewiesenen Bewerbungen in realistischere Segmenten des Arbeitsmarktes können zumindest derzeit nicht als aussichtslos angesehen werden.

Die Antragstellerin hielt sich daher im Antragszeitraum nicht nur - wegen fehlender Verlustfeststellungen nach §§ 2 Abs. 7, 5 Abs. 4, 6 FreizügG/EU - formal rechtmäßig in der Bundesrepublik auf, sondern verfügte darüber hinaus über das materielle Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Arbeitsuche im Sinne des Leistungsausschlusses nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#).

Weiterhin offen jedoch ist, ob dieser Leistungsausschluss mit den unionsrechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Entgegen der dem angefochtenen Beschluss zu entnehmenden Rechtsauffassung sieht der Senat die Rechtmäßigkeit des Leistungsausschlusses (auch) für tatsächlich Arbeit suchende Unionsbürger nicht als durch das Urteil des EuGH vom 11.11.2014 - [C 333/13](#) E geklärt an. Die Aussagen in

diesem Urteil beschränken sich vielmehr auf den Personenkreis der tatsächlich nicht Arbeit Suchenden, dem auch die Klägerin im dort entschiedenen Fall angehörte. Die Unionsbürger mit materiellem Aufenthaltsrecht zur Arbeitsuche betreffende Problematik des Leistungsausschlusses besteht fort (vgl. z.B. die Sicht des Generalanwalts X in seinem Schlussantrag [C 67/14 B](#) vom 26.03.2015, zugänglich unter <http://curia.europa.eu/juris/document>; Schreiber, info also 2015, S. 3 f., m.w.N.).

Im Hinblick auf die in der Rechtsprechung vielfältig vertretenen und kontrovers diskutierten Auffassungen zur Anwendung und Auslegung des Leistungsausschlusses in [§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) sowie dessen Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorschriften sowie der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zur Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus [Art. 1 GG](#) (vgl. hierzu BVerfG, Urteile vom 09.02.2010 - [1 BvL 1/09](#), [1 BvL 3/09](#), [1 BvL 4/09](#) - [BVerfGE 125, 175](#) und vom 18.07.2012 - [1 BvL 10/10](#), [1 BvL 2/11](#) - [BVerfGE 132, 134](#); Kirchhof, Die Entwicklung des Sozialverfassungsrechts, NZS 2015, 1, 4) sieht der Senat den Ausgang des Hauptsacheverfahrens als offen an. Es besteht die gute Möglichkeit, dass die Antragstellerin im Hauptsacheverfahren obsiegt.

Der Senat entscheidet deshalb im Wege einer Folgenabwägung, die die grundrechtlichen Belange der Antragstellerin und das Interesse des Antragsgegners an einer Verhinderung rechtswidriger Mittelvergabe einbezieht.

Bei dieser Abwägung tritt das Vollzugsinteresse des Antragsgegners, d.h. bei ungeklärter Rechtslage keine finanziellen Aufwendungen an die Antragstellerin zu erbringen, hinter das Interesse der Antragstellerin zurück. Dabei hat der Senat auch berücksichtigt, dass es sich um eine faktische Vorwegnahme der Hauptsache handelt. Jedoch dienen existenzsichernde Leistungen - wie die des SGB II - nach ihrer Konzeption dazu, eine gegenwärtige Notlage zu beseitigen. Die spätere, nachträgliche Erbringung von existenzsichernden Leistungen verfehlt insoweit ihren Zweck. In die Abwägung hat der Senat weiter die Überlegung mit eingestellt, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im nationalen einstweiligen Rechtsschutz sicherzustellen ist, dass bis zur Klärung einer europarechtlichen Frage im Vorabentscheidungsverfahren die betroffenen europarechtlichen Normen vorrangig gelten, wenn "unter Umständen" innerstaatliche Vorschriften entgegenstehen (EuGH, Urteil vom 19.06.1990 - [C-213/89](#)), also der Vollzug eines nationalen Gesetzes ausgesetzt wird (vgl. zu den Anforderungen an eine Folgenabwägung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren betreffend die Nichtanwendung eines Gesetzes: BVerfG, Beschluss vom 17.02.2009 - [1 BvR 2492/08](#) - [BVerfGE 122, 342](#)). Das BSG hat als letztinstanzliches Gericht i.S.d. [Art. 267 Abs. 3 AEUV](#) den EuGH um eine Vorabentscheidung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschrift des [§ 7 Abs.1 S. 2 Nr. 2 SGB II](#) mit gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ersucht (Vorlagebeschluss des BSG vom 12.12.2013 - [B 4 AS 9/13 R](#), Verfahren des EuGH [C-67/14 - B](#)). Dies ist bei der Folgenabwägung mit zu berücksichtigen.

Der Regelungszeitraum orientiert sich am regelmäßigen Bewilligungszeitraum von sechs Monaten nach [§ 41 Abs. 1 S.4 SGB II](#)

B.

Hinsichtlich des nach dem Hinweis auf die geänderte Rechtsprechung des 6. Senats beim LSG NRW zu erkennenden, ohne ausdrückliche Begrenzung des Antrags aber auch zu unterstellenden Begehrens, den Leistungsträger zur einstweiligen Gewährung von Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung zu verpflichten, hat die Antragstellerin einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht ([§§ 86 b Abs. 2 SGG, 920 Abs. 2 ZPO](#)). Der Hinweis auf die Unfähigkeit, eine aktuell geschuldete Miete zu zahlen oder bereits aufgelaufenen Mietforderungen, in der Folge der Androhung einer Kündigung ausgesetzt zu sein, genügt hierzu regelmäßig nicht (hierzu und im Folgenden zuletzt Beschluss des Senats vom 24.06.2015 - [L 19 AS 360/15 B ER](#))

Zur Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes für eine Verpflichtung des Leistungsträgers hinsichtlich der Übernahme der Kosten für Unterkunft und Heizung bedarf es des substantiierten und nachvollziehbaren Vortrages, dass baldige Wohnungs- und Obdachlosigkeit drohen. Eine derart konkrete Gefährdung der Unterkunft hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht. Sie hat auf drohende Kündigung hingewiesen. Dies genügt nicht, weil diesem Vortrag kein zeitnah drohender Verlust ihrer Unterkunft zu entnehmen ist.

Der Senat folgt hierbei nicht der Auffassung, wonach sich ein Anordnungsgrund bereits angesichts auflaufender Mietschulden ergibt, weil schon die Nichtgewährung der benötigten Mittel einen Grundrechtsverstoß darstelle (LSG NRW, Beschluss vom 07.05.2015 - [L 7 AS 586/15 B ER](#) m.w.N.). Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II dienen der Bedarfsdeckung unter Sicherung einer menschenwürdigen Existenz ([§ 1 Abs.1 SGB II](#)) mit dem Ziel, den Leistungsempfänger zur Existenzsicherung aus eigenem Erwerbseinkommen zu befähigen. Sie sind dagegen nicht dazu bestimmt, den Empfänger in die Lage zu versetzen, seinen privatrechtlichen Verbindlichkeiten nachzukommen, zielen vielmehr alleine auf eine Deckung der Bedarfe nach [§§ 19 ff. SGB II](#) ab (z.B. Urteil des BSG vom 27.02.2008 - [B 14/11b AS 55/06 R](#) m.w.N. zum Verbot der indirekten Übernahme von Unterhaltsverpflichtungen des Leistungsempfängers gegenüber Dritten).

Schutzgut der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung im Sinne von [§ 22 SGB II](#) ist daher nicht die Schuldenfreiheit, sondern die Deckung des elementaren Bedarfes, eine Unterkunft zu haben. Der "Anordnungsgrund" bei der einstweiligen Zuerkennung von unterkunftsbezogenen Grundsicherungsleistungen nach [§ 86b Abs.2 SGG](#) ergibt sich demzufolge weder aus der Vermeidung von Mietschulden/ Mehrkosten noch aus dem Risiko einer im Zeitablauf schwieriger werdenden Abwendung eines Wohnungsverlustes, sondern aus der konkret und zeitnah drohenden Wohnungs- bzw. Obdachlosigkeit. Ein Anordnungsgrund ist damit im Regelfall erst bei Nachweis der Rechtshängigkeit einer Räumungsklage gegeben. Selbst eine fristlose Kündigung reicht für die Bejahung der Eilbedürftigkeit regelmäßig nicht aus (LSG NRW, Beschlüsse vom 19.05.2014 - [L 19 AS 805/14 B ER](#) - ; vom 14.08.2014 - [L 2 AS 1229/14 B ER](#) - ; vom 13.05.2015 - [L 12 AS 47/15 B ER](#) - ).

Dies ist im Hinblick auf den gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismus zur Abwendung eines drohenden Wohnungsverlustes wegen Mietrückständen auch verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.07.2007 - [1 BvR 535/07](#) unter Hinweis auf [§ 22 Abs. 5 S. 1](#) und [2](#), Abs. 6 SGB II in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung, seither [§ 22 Abs. 9 SGB II](#); vgl. auch [§§ 543 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 3, 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB](#)).

Dem kann nicht bereits grundsätzlich entgegengehalten werden, das Risiko baldigen und unabwendbaren Unterkunftsverlustes ergebe sich aus der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung wegen Mietrückstandes, deren Abwendung durch nachträgliche Begleichung von Mietschulden nicht gesetzlich geregelt sei und zu der uneinheitliche Rechtsprechung der Zivilgerichte bezüglich einer Verschuldenszurechnung bei verspäteter Zahlung der Leistungsträger nach dem SGB II existiere (so LSG NRW, Beschluss vom 10.06.2015 - [L 6 AS 853/15](#)).

Denn die ordentliche Kündigung setzt nach [§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) im Gegensatz zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs ein Verschulden des Mieters voraus. Während der Mieter grundsätzlich, insbesondere auch bei Zahlungsverzug als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung, für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich bei Geldmangel nicht auf [§ 286 Abs. 4 BGB](#) berufen kann, entlastet 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](#) sind die Gesamtumstände im Zusammenhang mit dem Zahlungsverhalten zu berücksichtigen. Damit begünstigt [§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) den Mieter bei einer ordentlichen Kündigung und eröffnet ihm im Gegensatz zur fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs die Möglichkeit, sich auf unvorhersehbare wirtschaftliche Engpässe zu berufen. Im Rahmen des Verschuldens kann 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 milderen Licht erscheinen lässt (BGH, Urteile vom 10.10.2012 - [VIII ZR 107/12](#) und 16.05.2005 - [VII ZR 6/04](#) m.w.N.; Beschlüsse des Senats vom 29.05.2012 - [L 19 AS 957/12 B ER](#) und 10.04.2014 - L 19 AS 471/14 B ER, vom 19.05.2014 - [L 19 AS 805/14 B ER](#); Weidenkaff in Palandt, BGB, 70. Aufl., § 573 Rn. 16 m.w.N.). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen schuldhafte[n] Verhaltens nach dem Maßstab des [§ 276 BGB](#) trifft - sowohl bei behauptetem Eigenverschulden des Mieters als auch bei behauptetem zurechenbare[n] Fremdverschulden - jeweils den kündigenden Vermieter (Rolfs in Staudinger, BGB, Stand 2014 § 573 Rn. 41 ff. nach juris).

Soweit einer jüngeren Entscheidung des BGH (Urteil vom 04.02.2015 - [VIII ZR 175/14](#)) eine Verschärfung der Verschuldenszurechnung im Rahmen der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs zu Lasten des Mieters entnommen wird (LSG NRW, Beschluss vom 10.06.2015 - [L 6 AS 853/15](#)), teilt der Senat diese Besorgnis nicht, weil sich das Urteil des BGH - nur - zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund wegen Zahlungsverzugs ([§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB](#)) verhält und in Abgrenzung zu vorheriger Rechtsprechung (Urteil des BGH vom 21. Oktober 2009 - [VIII ZR 64/09](#)) besagt, dass eine Abwägung nach [§ 543 Abs. 1 S. 2 BGB](#) unter Berücksichtigung des Verschuldens der Vertragsparteien bei der Prüfung der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach [§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB](#) zu unterbleiben hat. Eine Aussage zum Prüfungsmaßstab selbst noch gar zur Verschuldensprüfung bei der ordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach [§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) enthält das Urteil nicht.

Das Urteil des BGH vom 04.02.2015 - [VIII ZR 175/14](#) gibt darüber hinaus keinen Anlass, die Aktualität der vom Senat deshalb weiterhin zugrundegelegten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.07.2007 - 1 BvR 535/07) in Frage zu stellen, wonach der im Recht der Grundsicherung nach dem SGB II vorgesehene Schutzmechanismus ([§ 22 Abs. 5 S. 1](#) und 2, Abs. 6 SGB II in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung, seither [§ 22 Abs. 9 SGB II](#); vgl. auch [§§ 543 Abs. 1](#), 2 S. 1 Nr. 3, [569 Abs. 3 Nr. 2 BGB](#)) ein Abwarten der Räumungsklage regelmäßig erlaubt. Denn das Urteil betrifft den von dieser Rechtsprechung denknötwendig nicht erfassten Fall der wiederholten außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs binnen 2 Jahren nach Abwendung der ersten Kündigung wegen Zahlungsverzugs durch Nachzahlung. Die wiederholte Abwendung der Kündigung in diesem Fall ist kraft gesetzlicher Regelung ausgeschlossen ([§ 569 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 BGB](#)).

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung von [§ 193 SGG](#). Die Kostenquote berücksichtigt das Teilunterliegen der Antragstellerin hinsichtlich ihres Begehrens, den Antragsgegner auch zur einstweiligen Erbringung von Leistungen für Unterkunft und Heizung zu verpflichten.

D.

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach [§§ 73 a Abs. 1 S. 1 SGG](#), [114](#) f. ZPO liegen vor. Die begehrte Beordnung der Sozietät ist zulässig (Beschluss des BGH vom 17.09.2008 - [IV ZR 343/07](#)).

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-07-22