

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Bremen vom 18. Oktober 2016 – soweit hiermit der Antrag auf Gewährung von Eilrechtsschutz abgelehnt worden ist – aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII für die Zeit vom 13. bis zum 30. September 2016 in Höhe von 246,00 EUR und für die Zeit vom 1. Oktober 2016 bis zum 31. Dezember 2016 in Höhe von 410,00 EUR monatlich zu gewähren. Die Antragsgegnerin ist befugt, die Leistungen direkt an den Vermieter der Antragsteller auszuzahlen. Der Beigefügte wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 1. Januar 2017 bis zum 30. April 2017 in Höhe von 410,00 EUR monatlich zu gewähren. Der Beigefügte ist befugt, die Leistungen direkt an den Vermieter der Antragsteller auszuzahlen.

Im Übrigen wird der Antrag auf Gewährung von Eilrechtsschutz abgelehnt.

Die Antragsgegnerin und der Beigefügte haben jeweils die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Antragsteller zu erstatten. Im Übrigen sind keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

G r ü n d e :

I. Die Antragsteller begehrten lebensunterhaltssichernde Leistungen im Wege des Eilrechtsschutzes.

Der 1957 geborene Antragsteller und die 1959 geborene Antragstellerin, die miteinander verheiratet sind und die bulgarische Staatsangehörigkeit haben, sind seit Oktober 2013 in Bremerhaven gemeldet und bewohnen dort eine 57 m² große Wohnung, für die nach dem Mietvertrag eine Gesamtmiete in Höhe von 410,00 EUR monatlich (Grundmiete: 250,00 EUR; Mietnebenkosten: 70,00 EUR; Heizung: 90,00 EUR) zu entrichten ist. Sie bezogen vom Jobcenter Bremerhaven, das im Beschwerdeverfahren beigefügt worden ist, bis Juni 2016 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, wobei die Leistungen von Januar 2015 bis Juni 2016 vorläufig bewilligt wurden. Mit Bescheiden vom 9. und 13. Dezember 2016 lehnte der Beigefügte die Leistungsanträge für die Zeit von Januar 2015 bis Juni 2016 unter Hinweis auf den Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II endgültig ab und forderte von den Antragstellern die Erstattung der für diese Zeit gewährten Leistungen. Über die Widersprüche der Antragsteller gegen diese Bescheide ist, soweit ersichtlich, bisher nicht entschieden. Den Weitergewährungsantrag für die Zeit ab Juli 2016 lehnte der Beigefügte mit Bescheid vom 13. Juni 2016 mit der Begründung ab, die Antragsteller hätten keinen Leistungsanspruch, weil sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebe. Der Antragsteller habe zwar am 9. Juni 2015 einen Arbeitsvertrag mit der D. GmbH geschlossen, wonach sich die Arbeitszeit auf etwa neun Stunden wöchentlich und das Bruttogehalt auf 372,60 EUR monatlich belaufen. Es sei aber bereits zweifelhaft, ob der Antragsteller die Tätigkeit tatsächlich ausübe. Jedenfalls habe er nicht glaubhaft gemacht, dass es sich um eine Tätigkeit von nicht nur geringem Umfang handele. Die Antragsteller erhoben hiergegen keinen Widerspruch.

Am 8. August 2016 beantragten die Antragsteller Sozialhilfe in Form von lebensunterhaltssichernden Leistungen bei der Antragsgegnerin, die den Antrag mit Bescheid vom 10. August 2016 ablehnte. Zur Begründung führte sie

aus, dass die Antragsteller erwerbsfähig seien und daher gemäß § 21 SGB XII kein Anspruch auf Leistungen nach dem Dritten oder Vierten Kapitel des SGB XII bestehe. Die Antragsteller erhoben hiergegen am 5. September 2016 Widerspruch, über den bisher nicht entschieden ist.

Am 12. September 2016 haben die Antragsteller beim Sozialgericht (SG) Bremen einen Eilrechtsschutzantrag gestellt, mit dem sie die Gewährung von Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII "ab sofort" geltend gemacht haben. Sie haben die Auffassung vertreten, dass ihnen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII Leistungen zu gewähren seien, nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei das nach dieser Vorschrift generell eröffnete Ermessen bei einem Aufenthalt in Deutschland von mindestens sechs Monaten auf Null reduziert. Sie hätten derzeit kein Einkommen. Ihre Familie helfe ihnen zwar mit Essen und Trinken, sie könnten aber nicht mehr die Wohnungsmiete zahlen. Es drohe außerdem eine Liefersperre durch den Energieversorger. Nach ihrer Einschätzung seien sie beide krankheitsbedingt nicht mehr erwerbsfähig. Das Arbeitsverhältnis des Antragstellers bei der D. GmbH sei aufgrund der schlechten Auftragslage zum 30. April 2016 gekündigt worden. Im Juli 2016 sei er bei der Firma E. beschäftigt gewesen, die Beschäftigung sei ebenfalls wegen der schlechten Auftragslage beendet worden.

Mit Beschluss vom 18. Oktober 2016 hat das SG den Antrag auf Gewährung von Eilrechtsschutz sowie den Antrag der Antragsteller auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH) abgelehnt. Der Eilantrag sei als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft, die Voraussetzungen hierfür lägen aber nicht vor. Die Antragsteller hätten keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, denn wegen der im Juli 2016 ausgeübten Beschäftigung des Antragstellers komme ein Leistungsanspruch nach dem SGB II in Betracht. Leistungen nach dem SGB XII wären in diesem Fall gemäß § 21 SGB XII ausgeschlossen. Von einer Beiladung des Jobcenters werde abgesehen, die Antragsteller seien darauf zu verweisen, einen neuen Leistungsantrag beim Jobcenter zu stellen.

Gegen den Beschluss vom 18. Oktober 2016 haben die Antragsteller am 17. November 2016 Beschwerde eingelegt. Das unter dem Aktenzeichen L 8 SO 368/16 B geführte Beschwerdeverfahren gegen die Ablehnung von PKH für das erstinstanzliche Verfahren ist mit Senatsbeschluss vom 30. Dezember 2016 beendet worden.

Die Antragsteller begehren lebensunterhaltssichernde Leistungen für die Zeit ab dem 13. September 2016 und tragen ergänzend vor, dass sie Ende Oktober oder Anfang November beim Jobcenter vorgesprochen hätten, um dort einen Leistungsantrag zu stellen. Das Jobcenter habe aber die Entgegennahme eines Antrages bzw. die Aushändigung von Antragsformularen verweigert. Wegen der Einzelheiten ihrer Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen ihrer ebenfalls in Bremerhaven lebenden Kinder wird auf das Schreiben vom 11. Januar 2017 verwiesen. Zudem haben sie ein Schreiben einer Anwaltskanzlei vom 9. November 2016 vorgelegt, mit dem das Mietverhältnis für die Wohnung unter Hinweis auf Mietrückstände zum 30. November 2016 und hilfsweise zum 28. Februar 2017 gekündigt worden ist. Auf Nachfrage des Senats haben sie mitgeteilt, dass auf den Namen der Antragstellerin zwar ein PKW zugelassen gewesen sei, Eigentümer sei aber der Sohn gewesen. Der PKW sei am 12. Dezember 2016 abgemeldet worden und habe keinen wirtschaftlichen Wert. Sie haben hierzu eine eidesstattliche Versicherung ihres Sohnes –F. G. – vorgelegt.

Auf den Hinweis des Senats auf die zum 29. Dezember 2016 in Kraft getretene Neufassung des § 23 SGB XII haben die Antragsteller mit Schreiben vom 11. Januar 2017 die zusätzliche Gewährung von Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 bis 5 SGB XII beantragt, diesen Antrag aber mit Schreiben vom 26. Januar 2017 zurückgenommen.

Der Beigeladene hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und hat seine generelle Bereitschaft erklärt, Überbrückungsleistungen zu erbringen.

Der Beigeladene ist der Auffassung, dass Leistungen nach dem SGB II nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ausgeschlossen sind. Er hat einen Vermerk über eine Vorsprache des Antragstellers am 31. Oktober 2016 vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin und des Beigeladenen verwiesen.

II. Die Beschwerde gegen den Beschluss des SG vom 18. Oktober 2016 ist zulässig (§§ 172, 173 SGG) und im tenorierten Umfang begründet. Die Antragsgegnerin hat den Antragstellern vorläufig Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII für die Zeit vom 13. September bis zum 31. Dezember 2016 zu gewähren (1.), der Beigeladene ist zur Gewährung von vorläufigen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. April 2017 verpflichtet (2.).

1. Der Antrag auf Eilrechtsschutz ist als Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 86b Abs. 2 SGG) statthaft und auch im Übrigen zulässig. Der Antrag ist teilweise begründet. Den Antragstellern sind von der Antragsgegnerin Leistungen für die Zeit von Oktober bis Dezember 2016 in Höhe von 410,00 EUR monatlich zu gewähren, für die Zeit vom 13. bis zum 30. September 2016 anteilig 246,00 EUR.

Einstweilige Anordnungen sind nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist, dass ein geltend gemachtes Recht gegenüber dem Antragsgegner besteht (Anordnungsanspruch) und der Antragsteller ohne den Erlass der begehrten Anordnung wesentliche Nachteile erleiden würde (Anordnungsgrund). Sowohl die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines in der Sache gegebenen materiellen Leistungsanspruchs als auch die Eilbedürftigkeit der Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Die Antragsteller haben für die Zeit vom 13. September bis zum 28. Dezember 2016 einen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII dem Grunde nach glaubhaft gemacht. Grundlage für den Anspruch ist § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII in der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung (a.F.) i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 27 ff. SGB XII.

Ein Leistungsanspruch für den genannten Zeitraum ist nicht nach § 21 Satz 1 SGB XII ausgeschlossen.

Nach dieser Vorschrift erhalten Personen, die nach dem SGB II als Erwerbsfähige oder als Angehörige dem Grunde nach leistungsberechtigt sind, keine Leistungen für den Lebensunterhalt. Dem Grunde nach leistungsberechtigt nach dem SGB II mit der Folge des Leistungsausschlusses nach § 21 Satz 1 SGB XII ist jedoch nicht, wer dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II in der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung (a.F.) unterfällt (hierzu BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 B 4 AS 44/15 R – juris Rn. 40 ff.; vgl. bereits Senatsbeschluss vom 23. Mai 2014 – L 8 SO 129/14 B ER –). Hierzu gehören u.a. Ausländerinnen und Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, und ihre Familienangehörigen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II a.F.). Diese Vorschrift ist über ihren Wortlaut hinaus entsprechend (erst recht) anwendbar, wenn kein Aufenthaltsrecht besteht (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 a.a.O. Rn. 19). Bei Unionsbürgern ist insoweit nicht auf die bei ihnen bestehende Freizügigkeitsvermutung (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Juli 2015 1 C 22/14 – juris Rn. 12), sondern auf deren materielle Aufenthaltsberechtigung abzustellen (BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 – B 14 AS 15/14 R – juris Rn. 21).

Vorliegend kann offen bleiben, ob die Antragsteller in der Zeit von September bis Dezember 2016 ein sich aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebendes Aufenthaltsrecht hatten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU). Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie ein sonstiges materielles Aufenthaltsrecht hatten. Insbesondere hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht, dass er als Arbeitnehmer freizügigkeitsberechtigt war (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU), was nach § 2 Abs. 3 FreizügG/EU zu einem Fortwirken des Aufenthaltsrechts führen könnte. Die Freizügigkeitsberechtigung als Arbeitnehmer setzt die Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit als Arbeitnehmer voraus, die nicht nur von geringem Umfang oder völlig untergeordneter oder unwesentlicher Bedeutung ist, wobei das erzielte Arbeitsentgelt aber nicht das Existenzminimum der betreffenden Person und ihrer Familienangehörigen vollständig abdecken muss (EuGH, Urteil vom 21. Februar 2013 – C-46/12 Rn. 42; BSG, Urteil vom 16. Dezember 2015 – B 14 AS 15/14 R – juris Rn. 23). Der Antragsteller hat im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens zum Umfang der angeblich bis April 2016 ausgeübten Tätigkeit für die D. GmbH keine näheren Angaben gemacht. Hinsichtlich der nach seinem Vortrag im Juli 2016 lediglich für zehn Tage ausgeübten Beschäftigung lässt sich dem Vorbringen des Antragstellers ebenfalls nicht entnehmen, in welchem Umfang er tätig war. Vor diesem Hintergrund kann nicht beurteilt werden, ob der Antragsteller mit den behaupteten Tätigkeiten einen Arbeitnehmerstatus erworben hat. Die abschließende Beurteilung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

Eine dem Grunde nach bestehende Leistungsberechtigung nach dem SGB II ergibt sich für die Zeit bis zum 28. Dezember 2016 nicht aus einer etwaigen Befugnis des Leistungsträgers nach dem SGB II, vorläufige Leistungen nach § 41a SGB II zu erbringen. Nach § 21 Satz 1 SGB XII ist für die Abgrenzung von SGB II und SGB XII die materielle Rechtslage maßgeblich. Eine Verfahrensregelung enthält § 21 Satz 3 SGB XII lediglich für den – vorliegend nicht einschlägigen – Fall, dass zwischen den Leistungsträgern die Erwerbsfähigkeit des Antragstellers umstritten ist. Im Übrigen hat der Leistungsträger nach dem SGB II bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen grundsätzlich im Ermessenswege darüber zu entscheiden, ob und in welcher Höhe er vorläufige

Leistungen erbringt (BSG, Urteil vom 10. Mai 2011 – B 4 AS 139/10 R – juris Rn. 16). Ebenso wie im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII kommt daher ein Anspruch auf vorläufige Leistungen nur im Falle einer Ermessensreduzierung in Betracht. Solange keine vorläufigen Leistungen nach dem SGB II bewilligt worden sind, ist die Annahme einer vorrangigen – zum Leistungsausschluss nach dem SGB XII führenden – Leistungsberechtigung nach dem SGB II grundsätzlich nicht gerechtfertigt (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. Dezember 2016 – L 15 SO 293/16 B ER –).

§ 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 SGB XII a.F. steht dem Anordnungsanspruch ebenfalls nicht entgegen. Danach haben Ausländer, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt, sowie ihre Familienangehörigen keinen Anspruch auf Sozialhilfe. Auch diese Vorschrift ist – wie § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II a.F. – entsprechend anzuwenden, wenn bei erwerbsfähigen Unionsbürgern überhaupt kein materielles Aufenthaltsrecht besteht (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – B 4 AS 44/15 R – juris Rn. 48). Dies schließt jedoch die Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII a.F. nicht aus. Nach dieser Vorschrift kann im Übrigen Sozialhilfe geleistet werden, soweit dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Bei der Prüfung, ob das nach § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII a.F. grundsätzlich eröffnete Ermessen unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 –) auf Null reduziert ist, folgt der Senat zumindest in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der Rechtsprechung des BSG zur Leistungsgewährung für Unionsbürger. Demnach tritt bei einem tatsächlichen Aufenthalt in Deutschland nach Ablauf von sechs Monaten (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1a FreizügG/EU) im Regelfall eine Aufenthaltsverfestigung ein, die eine Ermessensreduzierung zur Folge hat. Dem Sozialhilfeträger steht – so das BSG – in diesen Fällen bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe lebensunterhaltssichernde Leistungen gewährt werden, grundsätzlich kein Ermessen zu (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – B 4 AS 44/15 R – juris Rn. 56, 57). Insoweit kommt es nach der Rechtsprechung des BSG auf die Möglichkeit einer Heimkehr des Ausländers in sein Heimatland nicht an (BSG, Urteil vom 20. Januar 2016 – B 14 AS 15/15 R – juris Rn. 32).

Hiervon ausgehend ist vorliegend eine dahingehende Ermessensreduzierung auf Null eingetreten, dass den Antragstellern Leistungen in Höhe der Bedarfe für Unterkunft und Heizung (§ 35 SGB XII) zu gewähren sind. Sie haben glaubhaft gemacht, dass sie ihren notwendigen Lebensunterhalt insoweit nicht aus eigenen Kräften und Mitteln, insbesondere aus ihrem Einkommen und Vermögen, bestreiten können (§ 19 Abs. 1 SGB XII).

In der Zeit von September bis Dezember 2016 hat dem Grunde nach – ohne Anrechnung von Einkommen und Vermögen – ein Bedarf in Höhe von 1.138,00 EUR monatlich bestanden, der sich aus dem Regelbedarf in Höhe von zweimal 364,00 EUR (Regelsatz nach Regelbedarfsstufe 2; § 27a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 SGB XII, Anlage zu § 28 SGB XII) und den Bedarfen für Unterkunft und Heizung (§ 35 SGB XII) in Höhe von 410,00 EUR zusammensetzt. Anhaltspunkte, dass die Antragsteller keiner ernsthaften Mietzinsforderung in dieser Höhe ausgesetzt sind (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2014 – B 4 AS 9/14 R – juris Rn. 35), liegen nicht vor. Einen höheren Bedarf haben die Antragsteller nicht glaubhaft gemacht, insbesondere keinen Mehrbedarf nach § 30 SGB XII.

Bezogen auf die Regelbedarfe haben sie allerdings einen ungedeckten Bedarf nicht glaubhaft gemacht.

Von besonderer Bedeutung ist insoweit, dass drei erwachsene Kinder der Antragsteller ebenfalls in Bremerhaven wohnen. Nach den Gesamtumständen ist davon auszugehen, dass die Kinder und deren Ehepartner – die beiden Töchter sind nach Angaben der Antragsteller verheiratet – die Antragsteller in einem Umfang unterstützen, dass der vom Regelbedarf umfasste notwendige Lebensunterhalt gedeckt wird. Mit Blick auf die familiäre Verbundenheit ist eine solche Unterstützung ohnehin naheliegend. Vorliegend haben die Antragsteller auch ausdrücklich eingeräumt, dass sie Unterstützung von den Familienangehörigen erhalten. Die Unterstützung beschränkt sich auch nach dem eigenen Vortrag der Antragsteller nicht auf die Versorgung mit Essen und Trinken, denn sie haben angegeben, dass ein Schwiegersohn auch zwei Monatsmieten für die Wohnung der Antragsteller gezahlt habe. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Kinder der Antragsteller ihrerseits auf lebensunterhaltssichernde Leistungen nach dem SGB II oder dem SGB XII angewiesen wären. Der Sohn war zudem offenbar bis Mai 2015 Arbeitgeber des Antragstellers. Dies geht aus der mit Schreiben vom 1. Mai 2015 erfolgten Kündigung des Arbeitsverhältnisses hervor, die der Antragsteller beim Beigeladenen eingereicht hat, und weist ebenfalls auf eine gewisse wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Sohnes hin.

Ergänzend sprechen auch die weiteren Umstände dafür, dass die Antragsteller den Lebensunterhalt, soweit er sich auf den Regelbedarf bezieht, ohne Sozialhilfeleistungen bestreiten können. So haben sie Leistungen nach dem SGB XII erst am 8. August 2016 beantragt und den Eilantrag erst am 13. September 2016 beim SG gestellt, obwohl der Leistungsbezug nach dem SGB II bereits zum 30. Juni 2016 geendet hatte. Die Beschwerde gegen den Beschluss des SG vom 18. Oktober 2016 haben die Antragsteller erst kurz vor Ablauf der einmonatigen Beschwerdefrist eingelegt und erst am 7. Dezember 2016 begründet. Der Hinweis ihres Prozessbevollmächtigten, die späte Beschwerdeeinlegung und –begründung, beruhe ausschließlich auf seiner Arbeitsüberlastung, ist nicht geeignet, die sich aus den erheblichen Verfahrensverzögerungen ergebenden Zweifel an der Hilfebedürftigkeit zu beseitigen. Auffällig ist außerdem, dass die Antragsteller keinen Nachweis über Stromkostenrückstände vorgelegt haben, obwohl sie hierzu bereits vom SG (mit Verfügung vom 14. September 2016) und erneut im Beschwerdeverfahren (mit Verfügung vom 15. Dezember 2016) aufgefordert worden sind. Auch aus dem Vermerk über die Vorsprache des Antragstellers beim Beigeladenen am 31. Oktober 2016 ergeben sich Zweifel an einer umfassenden Hilfebedürftigkeit der Antragsteller. Dem Vermerk zufolge hat der Antragsteller bei der Vorsprache angegeben, er arbeite weiterhin bei der D. GmbH, was auf eine entsprechende Einkommenserzielung hindeutet.

Nach summarischer Prüfung stellen die Unterstützungsleistungen der Familienangehörigen anzurechnendes Einkommen (§ 82 SGB XII) der Antragsteller dar. Tatsächliche Leistungen in Geld oder Geldeswert sind grundsätzlich als Einkommen zu qualifizieren (BSG, Urteil vom 24. Februar 2016 – B 8 SO 13/14 R – juris Rn. 27; zum SGB II: BSG, Urteil vom 18. Februar 2010 – B 14 AS 32/08 R – juris Rn. 17). Etwas anderes gilt zwar für Zuwendungen Dritter, die eine rechtswidrig vom Leistungsträger abgelehnte Leistung wegen der Ablehnung bis zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes substituieren und nur für den Fall des Obsiegens zurückgezahlt werden sollen; diese stellen kein Einkommen dar (BSG, Urteil vom 20. Dezember 2011 – B 4 AS 46/11 R – juris

Rn. 16). Vorliegend haben die Antragsteller schon deswegen nicht glaubhaft gemacht, dass dieser Ausnahmefall eingreift, weil sie keine näheren Angaben zu den Umständen gemacht haben, unter denen sie die Unterstützungsleistungen erhalten (haben).

Damit haben die Antragsteller durch Vorlage der Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter lediglich glaubhaft gemacht, dass sie die Bedarfe für Unterkunft und Heizung nicht aus eigenen Kräften und Mitteln bestreiten können. Für die Zeit vom 13. bis zum 30. September 2016 ergibt sich somit ein anteiliger Leistungsanspruch in Höhe von 246,00 EUR, für die Monate Oktober bis Dezember 2016 in Höhe von 410,00 EUR monatlich.

Soweit die Antragsteller einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht haben, haben sie auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. In Eilrechtsschutzverfahren, die Leistungen zur Deckung laufender Bedarfe für Unterkunft und Heizung betreffen, ist es für die Glaubhaftmachung einer besonderen Eilbedürftigkeit grundsätzlich ausreichend, wenn die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses (§§ 543, 569 BGB) vorliegen. Die Erhebung einer Räumungsklage ist keine notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Anordnungsgrundes (hierzu: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18. April 2016 – 1 BvR 704/16 –). Vorliegend haben die Antragsteller glaubhaft gemacht, dass der Vermieter zur außerordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses berechtigt war und ist, weil Mietrückstände in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten bestehen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b) BGB). Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass die Antragsteller mit der Gewährung der streitigen Leistungen die Fortsetzung des Mietverhältnisses erreichen können. Da soweit ersichtlich – der Räumungsanspruch des Vermieters nicht rechtshängig ist, können sie durch eine nachträgliche Zahlung an den Vermieter noch die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung herbeiführen (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Dies hätte zwar nicht die Unwirksamkeit der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zur Folge (BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04 – juris Rn. 12, 13). Allerdings setzt die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung eine schuldhafte Vertragsverletzung seitens der Antragsteller voraus (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), an der es bei unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit fehlen würde (BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04 – juris Rn. 20). Im Übrigen spricht nichts dagegen, dass der Vermieter – unabhängig davon, ob die Kündigung wirksam ist – bei Begleichung der Mietrückstände zur Fortsetzung des Mietverhältnisses bereit ist.

In zeitlicher Hinsicht wird die Antragsgegnerin zur Leistungsgewährung für die Zeit vom 13. September bis zum 31. Dezember 2016 verpflichtet. Für die Zeit vor dem 13. September 2016 haben die Antragsteller im Beschwerdeverfahren keine Leistungen geltend gemacht. Auch wenn sich die Rechtslage zum 29. Dezember 2016 wesentlich geändert hat, wird die Antragsgegnerin in Ausübung des gerichtlichen Ermessens (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 938 Abs. 1 ZPO) verpflichtet, Leistungen auch für die Zeit vom 29. bis zum 31. Dezember 2016 zu gewähren. Es ist gerechtfertigt, den Wechsel in der Leistungszuständigkeit zum Monatswechsel eintreten zu lassen, zumal die Überbrückungsleistungen nach § 23 Abs. 3 Satz 3 SGB XII in der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung (n.F.; BGBl. I, 3155) auch Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung umfassen können (§ 23 Abs. 3 Satz 5 Nr. 2 SGB XII n.F.).

Die Antragsgegnerin hat die Möglichkeit, die Leistungen direkt an den Vermieter der Antragsteller auszuzahlen, um eine zweckentsprechende Verwendung sicherzustellen (§ 35 Abs. 1 Satz 3, 4 Nr. 1 SGB XII).

Für die Zeit ab dem 1. Januar 2017 haben die Antragsteller keinen Anspruch auf Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII glaubhaft gemacht.

Nach § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII n.F. erhalten Ausländer und ihre Familienangehörigen keine Leistungen nach Absatz 1 oder nach dem Vierten Kapitel, wenn sie kein Aufenthaltsrecht haben oder sich ihr Aufenthaltsrecht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergibt. In Reaktion auf die Rechtsprechung des BSG soll hierdurch auch die Gewährung von Ermessensleistungen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII) ausgeschlossen werden (BT-Drs. 18/10211, Seite 16). Für den erfassten Personenkreis sind in § 23 Abs. 3 Satz 3 bis 5 SGB XII n.F. grundsätzlich nur eingeschränkte Leistungen bis zur Ausreise, längstens für einen Zeitraum von einem Monat vorgesehen (Überbrückungsleistungen). Nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII n.F. werden andere Leistungen oder Leistungen für einen längeren Zeitraum gewährt, wenn dies aufgrund besonderer Umstände zur Überwindung einer besonderen Härte geboten ist.

Nach summarischer Prüfung gehören die Antragsteller zu dem von § 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB XII n.F. erfassten Personenkreis, denn es ist nicht erkennbar, dass ihnen derzeit ein materielles Aufenthaltsrecht zusteht (siehe oben). Das Vorliegen besonderer Umstände bzw. einer besonderen Härte nach § 23 Abs. 3 Satz 6 SGB XII n.F. haben sie nach summarischer Prüfung nicht glaubhaft gemacht, insbesondere kann die Glaubhaftmachung von Hilfebedürftigkeit hierfür nicht ausreichen. Die durch die Neufassung des § 23 SGB XII eingeführten Leistungseinschränkungen begegnen mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil danach jedem Menschen, der sich tatsächlich in Deutschland aufhält, das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen – physischen und soziokulturellen Existenzminimums zusteht (BVerfG, Urteil vom 18. Juli 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – juris Rn. 63, 64). Wenn aber die Voraussetzungen für die Gewährung vorläufiger existenzsichernder Leistungen nach dem SGB II (hierzu im Folgenden) vorliegen, bedarf es im Eilverfahren keiner näheren Prüfung, ob ein endgültiger Leistungsausschluss verfassungsrechtlich zulässig wäre. Diese Frage muss ohnehin in einem Hauptsacheverfahren geklärt werden, weil das Eilverfahren nur die Gewährung vorläufiger Leistungen betrifft.

2. Die Antragsteller haben einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. April 2017 glaubhaft gemacht. Der Beigeladene ist zur Erbringung vorläufiger Leistungen (§ 41a Abs. 7 SGB II) für diese Zeit verpflichtet.

Das Vorbringen der Antragsteller ist dahin auszulegen, dass sie nicht ausschließlich lebensunterhaltssichernde Leistungen nach dem SGB XII geltend machen, sondern hilfsweise auch Leistungen nach dem SGB II, für die der Beigeladene zuständig ist. Bereits im erstinstanzlichen Verfahren haben sie ausdrücklich eine Beiladung angeregt (Schreiben vom 6. Oktober 2016). Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch insoweit zulässig. Es fehlt nicht an einem streitigen Rechtsverhältnis i.S. des § 86b Abs. 2 Satz 2 SGB II. Der

Beigeladene hat zwar den Weitergewährungsantrag der Antragsteller für die Zeit ab Juli 2016 mit bestandskräftigem Bescheid vom 13. Juni 2016 abgelehnt, allerdings hat er über den am 31. Oktober 2016 gestellten Leistungsantrag noch nicht entschieden. Eine Verpflichtung des Beigeladenen ist nach § 75 Abs. 5 SGG zulässig, die Vorschrift ist auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes anwendbar (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 75 Rn. 18b).

Der Senat ist auch instanziell für den auf Leistungen nach dem SGB II gerichteten Eilantrag zuständig, denn Streitgegenstand bereits des erstinstanzlichen Verfahrens waren Ansprüche auf lebensunterhaltssichernde Leistungen nach dem SGB XII oder nach dem SGB II (abweichend: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 17. März 2016 – L 9 AS 1580/15 B ER – juris Rn. 48). Bei erfolgter Beiladung eines anderen Leistungsträgers ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Kläger/Antragsteller hilfsweise die Verpflichtung des Beigeladenen begeht (BSG, Urteil vom 3. Dezember 2015 – B 4 AS 44/15 R – juris Rn. 13). Liegen – wie hier – die Voraussetzungen einer notwendigen Beiladung vor, weil ein anderer Leistungsträger als leistungspflichtig in Betracht kommt (§ 75 Abs. 2 Alt. 2 SGG, unechte notwendige Beiladung), ist eine bisher unterbliebene Beiladung im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nachzuholen (BSG, Urteil vom 17. März 2016 – B 4 AS 32/15 R – juris Rn. 20). Da das Beschwerdegericht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht neu und umfassend entscheidet (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 176 Rn. 4), hat es ggf. auch über Ansprüche gegen den erst im Beschwerdeverfahren beigeladenen Leistungsträger zu entscheiden.

Die Antragsteller haben glaubhaft gemacht, dass sie die Leistungsvoraussetzungen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II erfüllen. Hinreichende Anhaltspunkte, dass der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht erwerbsfähig (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 8 SGB II) ist, liegen auch unter Berücksichtigung der mit dem Eilantrag eingereichten Arztbriefe vom 27. Januar und 9. September 2016 nicht vor. Wegen der Hilfebedürftigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 9 SGB II) der Antragsteller wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Sie haben glaubhaft gemacht, dass sie die Bedarfe für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II) nicht mit Einkommen und Vermögen decken können. Die Unterstützung, die sie von ihren Angehörigen erhalten, ist als Einkommen vorrangig auf den Regelbedarf anzurechnen (§ 19 Abs. 3 Satz 2 SGB II).

Die Antragsteller unterfallen nach summarischer Prüfung zwar dem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 a) oder b) SGB II in der seit dem 29. Dezember 2016 geltenden Fassung (n.F.), weil sie nicht glaubhaft gemacht haben, dass ihnen ein materielles sich nicht allein aus dem Zweck der Arbeitsuche ergebendes Aufenthaltsrecht zusteht. Dies steht aber einer Verpflichtung des Beigeladenen zur Gewährung vorläufiger Leistungen nach § 41a SGB II nicht entgegen.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung vorläufiger Leistungen liegen vor. Nach § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II kann über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen vorläufig entschieden werden, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Buches, von der die Entscheidung über den Antrag abhängt, mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens bei dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union ist (Nr. 1) oder eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht ist (Nr. 2). Das SG Mainz hat dem BVerfG mit Beschluss vom 18. April 2016 gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG die Frage vorgelegt, ob § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II in der bis zum 28. Dezember 2016 geltenden Fassung mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG und dem sich daraus ergebenden Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar ist (- S 3 AS 149/16 -). Die zum 29. Dezember 2016 in Kraft getretene Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II schließt zumindest die entsprechende Anwendbarkeit des § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB II nicht aus, zumal der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB II die Auffassung des BSG bestätigt hat, dass der Leistungsausschluss auch bei Fehlen eines materiellen Aufenthaltsrechts eingreift. Im Übrigen ist die Rechtsfrage, ob der gleichzeitige Ausschluss von Leistungen nach dem SGB II und von Leistungen nach dem SGB XII bei einem erwerbsfähigen Unionsbürger Grundrechte des Betroffenen verletzt, Gegenstand eines Verfahrens beim BSG (- B 4 AS 7/16 R -), so dass die vorläufige Leistungsgewährung auch nach § 41a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 SGB II zulässig ist.

Nach summarischer Prüfung ist das nach § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II generell eröffnete Ermessen (BSG, Urteil vom 10. Mai 2011 – B 4 AS 139/10 R – juris Rn. 16) vorliegend auf Null reduziert mit der Folge, dass die Antragsteller einen Leistungsanspruch in Höhe von 410,00 EUR haben. Wesentlicher Gesichtspunkt ist auch hierbei die anderenfalls drohende Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. November 2015 – L 6 AS 1480/15 B ER, L 6 AS 1481/15 B –). Insoweit hält es der Senat in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes für geboten, die Rechtsprechung des BSG zur Ermessensreduzierung im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 3 SGB XII auf § 41a Abs. 7 Satz 1 SGB II zu übertragen.

Der Beigeladene wird zur Gewährung vorläufiger Leistungen bis zum 30. April 2017 verpflichtet. Bei der Bemessung des Leistungszeitraums berücksichtigt der Senat, dass derzeit vieles für ein Fehlen eines materiellen Aufenthaltsrechts der Antragsteller spricht und diese daher keine langfristige Bleibeperspektive in Deutschland haben. Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, dass die zuständige Ausländerbehörde bisher das Nicht-bestehen eines Aufenthaltsrechts festgestellt oder zumindest ein hierauf gerichtetes Verwaltungsverfahren eingeleitet hat. Eine Ausreisepflicht der Antragsteller (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU) dürfte daher derzeit nicht bestehen.

Dem Beigeladenen wird ebenfalls die Möglichkeit eingeräumt, die Leistungen direkt an den Vermieter der Antragsteller auszuzahlen (§ 22 Abs. 7 Satz 2, 3 Nr. 1 SGB II).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

Vorinstanz: Sozialgericht Bremen, Beschluss vom 18.10.2016, Az. S 15 SO 281/16 ER