

srif · Kartäuserstr. 59 · 79104 Freiburg

Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel

16.05.2014

532/11V263.14.3 (bitte stets angeben)

xxxx./ . Landkreis yyyyy

B 4 AS 11/14 R

In der Rechtssache

xxxxx ./ . Landkreis yyyy

komme ich zurück auf die Revision vom 06.03.2014

Ich **b e a n t r a g e** :

- 1. Das Urteil des Landessozialgericht Baden-Württemberg vom 18.09.2013 zum Aktenzeichen L 3 AS 5184/12 wird aufgehoben.**
- 2. Das Urteil des SG Freiburg vom 06.11.2012 zum Aktenzeichen S 7 AS 937/12 wird insoweit aufgehoben, als die Klage abgewiesen wurde.**
- 3. Der Bescheid des Beklagten vom 28.11.2011 (Bewilligung eines Mietkautionsdarlehens) in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.01.2012 wird insoweit aufgehoben, als mit diesem Bescheid die**

Christian L. Fritz

Fachanwalt Sozialrecht
Fachanwalt Familienrecht

Cora E. Häringer

Rechtsanwältin
im Angestelltenverhältnis

Elmar Kuntz

Fachanwalt Sozialrecht

Martin Weise

Fachanwalt Sozialrecht

Kooperation mit

Roland Rosenow

Dozent für Sozialrecht
Unternehmensberatung
Existenzgründung

Sozialrecht in Freiburg

Kartäuserstr. 59
79104 Freiburg
fon 0761 · 21 68 76-0
fax 0761 · 21 68 76-9
kanzlei@srif.de
www.srif.de

Sparkasse Freiburg
Kto. 100 602 43
Blz. 680 501 01
IBAN: DE 68 680 501 01
00 100 602 43
BIC: FRSP DE 66XXX

USt.-Id.Nr. DE269052364
Steuernr. 06342/47568

Aufrechnung des Mietkautionsdarlehens gegen Arbeitslosengeld II verfügt ist.

- 4. Dem Revisionskläger wird Prozesskostenhilfe für das Revisionsverfahren bewilligt. Der Unterzeichner wird beigeordnet.**

B e g r ü n d u n g :

I. Streitgegenstand und Verfahrensgang

1. Streitgegenstand

Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, ob der Träger der Leistungen nach dem SGB II ein Darlehen, das er zum Zwecke der Stellung einer Mietkaution bewilligt hat (§ 22 Abs. 6 SGB II), in Höhe von 10 % des Regelbedarfes monatlich aufrechnen kann (§ 42a SGB II).

Der Kläger vertritt die Auffassung, dass die Tilgung eines Darlehens für die Deckung einer Mietkaution nach § 22 Abs. 6 SGB II aus dem Regelbedarf nicht verlangt werden kann, weil dadurch das grundrechtlich geschützte Existenzminimum nicht mehr gewährleistet wäre. Es besteht zum einen die Möglichkeit, § 42a SGB II so auszulegen, dass die Aufrechnung nach § 42a Abs. 2 SGB II Darlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II nicht betrifft. Eine solche Auslegung würde dazu führen, dass die Vorschrift in Bezug auf die hier streitgegenständliche Frage verfassungskonform wäre.

Sollte sich herausstellen, dass eine Auslegung von § 42 Abs. 2 SGB II dahingehend, dass diese Vorschrift Mietkautionsdarlehen nicht in gleicher Weise betrifft wie andere Darlehen, nicht möglich ist, wäre § 42a Abs. 2 SGB II insofern verfassungswidrig. Im Ergebnis wäre auch in diesem Fall die vom Beklagten vorgenommene Aufrechnung rechtswidrig.

2. Verfahrensgang

Der Kläger, der weiterhin laufende Leistungen nach dem SGB II bezieht, zog zum 01.12.2011 in seine jetzige Wohnung um. Der Umzug war erforderlich, weil die vorherige Wohnung von Seiten des Vermieters wegen Eigenbedarfes gekündigt worden war. Die Erforderlichkeit des Umzuges wurde vom Beklagten auch anerkannt.

Im Streit stand allerdings, ob die Höhe der Aufwendungen für die Unterkunft für die neue Wohnung angemessen im Sinne von § 22 Abs. 1 SGB II war. Der Beklagte vertrat bis zum Abschluss der diesbezüglichen Verfahren die Auffassung, die Aufwendungen für die Unterkunft seien unangemessen hoch. Dessen ungeachtet bewilligte er mit Verwaltungsakt vom 28.11.2011 ein Darlehen für eine Mietkaution. Er beschränkte dieses Darlehen auf das Dreifache der von ihm für angemessen erachteten Nettokaltmiete, also auf 758,70 €. Der Kläger hatte tatsächlich eine Mietkaution in Höhe von 820,00 € zu stellen.

Mit dem Verwaltungsakt vom 23.11.2011 wurde gleichzeitig die Aufrechnung verfügt. Der diesbezügliche Verfügungssatz lautet:

„Das Darlehen wird nach § 42a SGB II mit monatlich 10 % der Regelbedarfe verrechnet.“

Der Kläger legte gegen diesen Bescheid mit Schriftsatz vom 02.01.2012 Widerspruch ein und beantragte zum Ersten, ein Mietkautionsdarlehen nicht lediglich in Höhe von 758,70 €, sondern in Höhe von 820,00 € zu bewilligen und zum Zweiten den im Bescheid vom 28.11.2011 enthaltenen Aufrechnungsbescheid aufzuheben.

Am 28.11.2011 erließ der Beklagte einen weiteren Bescheid, nämlich einen Änderungsbescheid über Leistungen nach dem SGB II für den Monat Dezember 2011. Durch diesen Änderungsbescheid trug er den durch den Umzug zum 01.12.2011 geänderten Verhältnissen Rechnung. Der Änderungsbescheid enthielt folgenden Hinweis:

„Die Kaltmiete ist mit 19,41 € unangemessen. Für eine Einzelperson kann in Kehl nur eine Kaltmiete bis 252,90 € berücksichtigt werden. Wir werden daher ab Einzug (01.12.2011) nur die angemessene Kaltmiete von 252,90 € berücksichtigen.“

Tatsächlich betrug die Kaltmiete 272,31 €. Dazu kamen Vorauszahlungen auf Betriebskosten in Höhe von 40,00 € monatlich und Vorauszahlungen für Heizkosten und Warmwasserkosten in Höhe von 45,00 € monatlich. Insgesamt betrug die Bruttowarmmiete damit 357,31 €. Die Positionen für die Betriebskosten und den Energiekostenabschlag stellte der Beklagte in den Bedarf ein.

Am 01.12.2011 erließ er einen weiteren Bescheid, nämlich einen Bescheid über die Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 30.06.2012. In Bezug auf die Aufwendungen für die Unterkunft ist dieser Bescheid identisch mit dem genannten Bescheid vom 28.11.2011 über Leistungen nach dem SGB II für den Monat Dezember 2011.

Auch gegen die beiden Bewilligungsbescheide vom 28.11.2011 und 01.12.2011 legte der Kläger mit zwei weiteren Schriftsätzen vom 02.11.2012 Widerspruch ein.

Der Beklagte erließ in Bezug auf alle drei Widersprüche nur einen Widerspruchsbescheid, nämlich den Widerspruchsbescheid vom 27.01.2012, durch den er alle drei Widersprüche als unbegründet zurückwies.

Mit drei Schriftsätzen vom 27.02.2012 erhob der Kläger drei Klagen gegen die drei oben genannten Ausgangsbescheide in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.1.2013:

Die Klage, betreffend den Bescheid vom 28.11.2012 über Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.12.2011 bis zum 31.12.2011, wurde beim SG Freiburg unter dem Aktenzeichen S 7 AS 937/12 geführt.

Die Klage gegen den Bescheid vom 01.12.2011 über Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum 30.06.2012 wurde beim SG Freiburg unter dem Aktenzeichen S 7 AS 938/12 geführt.

Die Klage gegen den – einzig jetzt noch streitgegenständlichen – Bescheid vom 28.11.2011 über Gewährung eines Mietkautionsdarlehens und über die Aufrechnung wurde beim SG Freiburg unter dem Aktenzeichen S 7 AS 939/12 geführt.

Mit drei Beschlüssen vom 19.04.2012 zu den drei genannten gerichtlichen Aktenzeichen bewilligte das erstinstanzliche Gericht in allen drei genannten Verfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung von RA Fritz und setzte keine Raten fest.

Mit Beschluss vom 16.10.2012 verband das erstinstanzliche Gericht alle drei Verfahren unter dem nun gemeinsamen Aktenzeichen S 7 AS 937/12.

Am 06.11.2011 führte das SG Freiburg die mündliche Verhandlung durch, an deren Ende das Urteil erging. Nach diesem Urteil wurden die Bescheide vom 01.12.2011 und "28.12.2012" – gemeint ist der 28.11.2011 – dahingehend abgeändert, dass für den Zeitraum vom 01.12.2011 bis zum 30.06.2012 ALG II unter Berücksichtigung der tatsächlichen Miete in voller Höhe bewilligt wurde.

Das Mietkautionsdarlehen wurde nun auf 820,00 € beziffert. Im Übrigen – und damit nur noch in Bezug auf den hier streitgegenständlichen Verfügungssatz im Bescheid vom 28.11.2011, der die Aufrechnung betrifft – wurde die Klage abgewiesen.

Der Beklagte wurde zur Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Klägers verpflichtet. Die Berufung wurde zugelassen.

Der Kläger legte mit Schriftsatz vom 13.12.2012 Berufung ein. Der Beklagte legte ebenfalls mit Schriftsatz vom 13.12.2012 Berufung ein. Der Beklagte beantragte, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen. Der Kläger begründete seine Berufung erst mit Schriftsatz vom 03.04.2013 und beantragte, den Bescheid des Beklagten vom 28.11.2011 (Bewilligung Mietkautionsdarlehen) in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.01.2012 insoweit aufzuheben, als mit diesem Bescheid die Aufrechnung des Mietkautionsdarlehens gegen ALG II verfügt wurde.

Das Berufungsverfahren wurde beim LSG Baden-Württemberg unter dem Aktenzeichen L 3 AS 5184/12 geführt. Mit Beschluss vom 11.04.2013 bewilligte das Berufungsgericht dem Kläger ratenfreie Prozesskostenhilfe und ordnete Rechtsanwalt Fritz bei.

Am 21.06.2013 führte das Berufungsgericht einen Erörterungstermin durch. In diesem Erörterungstermin nahm der Beklagte seine Berufung zurück. Außerdem erklärten die Beteiligten ihr Einverständnis mit Entscheidung ohne mündliche Verhandlung. Am 18.09.2013 erging dann das Urteil des Berufungsgerichtes (ohne mündliche Verhandlung).

Durch das Urteil wurde die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Außerdem wurde der Beklagte verpflichtet, ein Fünftel der außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen zu erstatten. Die Revision wurde durch das LSG nicht zugelassen.

Das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren B 4 AS 419/13 B führte zur Zulassung der Revision durch das BSG (Beschluss vom 13.02.2013).

Am 05.10.2013 erließ der Beklagte dann einen erneuten Darlehensbescheid, der als „Bescheid über die darlehensweise Bewilligung einer Mietkaution (§ 22 Abs. 6 SGB II) Vollabhilfe“ überschrieben ist.

Danach beträgt das Darlehen 820,00 €. Unter der Überschrift „Darlehensbedingungen“ wird unter 2. ausgeführt:

„Das Darlehen wird nach § 42a SGB II mit monatlich 10 % der maßgeblichen Regelbedarfe aufgerechnet. Die Aufrechnung beginnt mit dem Monat, der auf die Auszahlung des Darlehens folgt. Es erfolgt somit eine Aufrechnung von monatlich 38,20 € ab 01.11.2013.“

Der Bescheid war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, nach der gegen den Bescheid der Widerspruch zulässig sei. Der Kläger legte mit Schriftsatz vom 22.10.2013 Widerspruch ein. Der Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 27.11.2013, der dem Bevollmächtigten am 29.11.2013 zugestellt wurde, zurück. Der

Kläger erhob gegen diesen bescheid Klage vor dem SG Freiburg. Das verfahren wird dort unter dem AZ S 2 AS 3/14 geführt und ruht auf Antrag der Beteiligten (Ruhensbeschluss des SG Freiburg vom 10.03.2014).

II. Unrichtige Rechtsanwendung durch das Berufungsgericht

Das Berufungsgericht legt § 42a Abs. 2 SGB II dahingehend aus, dass auch Darlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II – Mietkautionsdarlehen – stets i.H.v. 10% des Regelbedarfes gegen laufende Leistungen aufzurechnen sind. Diese Auslegung ist nicht richtig. Selbst dann jedoch, wenn man zu dem Ergebnis kommen wollte, dass § 42a Abs. 2 SGB II nur so ausgelegt werden kann, wie das Berufungsgericht dies vornimmt – was vertretbar wäre – , würde das nichts daran ändern, denn in diesem Fall wäre § 42a Abs. 2 SGB II insoweit verfassungswidrig, als die Tilgung von Mietkautionsdarlehen gegen laufende Leistungen nach dem SGB II aufzurechnen ist. In diesem Fall wäre die Sache also dem BVerfG vorzulegen.

1. Stand der Rechtsprechung

Seit Inkrafttreten des SGB II haben die Träger der Leistungen nach dem SGB II Bemühungen unternommen, die Tilgung von Mietkautionsdarlehen nach § 22 Abs. 3 SGB II a.F. aus der Regelleistung zu erwirken. Die Rechtsprechung ist dem jedoch entgegengetreten und hat recht einhellig entschieden, dass Mietkautionsdarlehen aus der Regelleistung, die bis zum 31.12.2010 galt, nicht zu tilgen waren (LSG Baden-Württemberg, 06.09.2006, L 13 AS 3108/06 B; Hessisches LSG, Beschluss vom 05.09.2007, L 6 AS 145/07 ER; Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 25.11.2009, L 2 AS 24/09).

Das BSG hat die sich aus diesen Entscheidungen ergebende Auffassung durch das Urteil vom 22.03.2012 bestätigt (B 4 AS 26/10 R). Danach kann der Grundsicherungsträger eine Berechtigung zur Tilgung eines Mietkautionsdarlehens aus der laufenden Regelleistung (nach altem Recht) weder unter dem Gesichtspunkt der Aufrechnung, noch aus einer von ihm formulierten und erwirkten (Verzichts-)Erklärung des Leistungsberechtigten ableiten.

In dem vom BSG entschiedenen Fall hatte der Grundsicherungsträger die Bewilligung eines Mietkautionsdarlehens davon abhängig gemacht, dass der Darlehensnehmer eine Erklärung unterzeichnete, durch die er der Aufrechnung gegen die Regelleistung zustimmte. Das BSG kam zu dem Ergebnis, dass diese Erklärung wegen

§ 46 Abs. 2 Alt. 2 SGB I unwirksam war. Durch diese Regelung wurden Rechtsvorschriften umgangen, nämlich die „für den streitigen Zeitraum geltenden gesetzgeberischen Wertenscheidungen zur Ausgestaltung des Grundrechts auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums“ (Rn 21).

Zum 01.04.2011 trat § 42a SGB II in Kraft. Abs. 1 dieser Vorschrift regelt, dass Darlehen – und das gilt wohl auch für Darlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II – nur erbracht werden, wenn der Bedarf, für den das Darlehen begehrt wird, nicht aus dem Schonvermögen gedeckt werden kann. § 42a Abs. 1 SGB II ist somit in Bezug auf die Hilfebedürftigkeit eine Spezialvorschrift im Verhältnis zu § 9 Abs. 1, § 12 SGB II.

§ 42a Abs. 2 SGB II regelt nun, dass Darlehen ab dem Monat, der auf die Auszahlung folgt, durch monatliche Aufrechnung in Höhe von 10 % des maßgeblichen Regelbedarfes getilgt werden sollen. Aufgrund des Umstandes, dass wegen § 42a Abs. 1 SGB II Mietkautionsdarlehen ohnehin nur in Fällen, in denen kein Vermögen vorhanden ist, gewährt werden, führt dies notwendig dazu, dass Mietkautionsdarlehen – wenn denn § 42 Abs. 2 Satz 1 SGB II auf diese Darlehen anwendbar ist – aus dem Regelbedarf, aus Mehrbedarfzuschlägen oder aus Freibeträgen aus Einkommen getilgt werden müssen.

Die Rechtsprechung hat das Verhältnis von § 42a Abs. 2 SGB II zu Mietkautionsdarlehen unterschiedlich gewertet:

Das SG Berlin kommt im Beschluss vom 30.09.2011, S 37 AS 24431/11 ER zum Ergebnis, dass es „nicht verfassungsgemäß“ ist, einen Empfänger von Leistungen nach dem SGB II „über 20 Monate hinweg auf ein Leistungsniveau zu drücken, das Ansparungen vom oder Ausgleich im Regelbedarf ausschließt“ (Rn 18).

Dem ist das SG Köln entgegengetreten. In dem Urteil vom 28.09.2012, S 33 AS 1310/12 führt das SG Köln ausdrücklich aus, dass es die Auffassung der 37. Kammer des SG Berlin nicht teilt. Das SG Köln hält die Anwendung des § 42a Abs. 2 SGB II auf Mietkautionsdarlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II aus verfassungsrechtlicher Sicht für unproblematisch.

Im Urteil vom 20.03.2013 hat die 142. Kammer des SG Berlin vertreten, dass § 42a Abs. 2 SGB II verfassungskonform sei (S 142 AS 21275/12). Im Falle einer außerordentlich langen Kürzung des Regelbedarfes nach dieser Vorschrift sei der verfassungswidrigen Bedarfsunterdeckung durch den Erlass des Rückzahlungsanspruches auf Grundlage von § 44 SGB II entgegenzuwirken. Dies sei allerdings gesondert zu bean-

tragen. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig (anhängig LSG Potsdam, L 18 AS 1141/13).

Im Beschluss vom 18.11.2013, L 10 AS 1793/13 B PKH (der bei Verfassung der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde, die diesem Verfahren vorausging, noch nicht vorlag), hat das LSG Potsdam sich in Bezug auf die Frage, ob die Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen verfassungsgemäß sei, kritisch geäußert, ohne sich allerdings eindeutig zu positionieren. Das LSG Potsdam führt hier aus:

„Ob die [...] Aufrechnungsentscheidung nach § 42a Abs 2 Satz 1 SGB II rechtmäßig sind, ist durchaus fraglich. Zwar gilt nach der Vorstellung des Gesetzgebers die zum 01. April 2011 eingeführte Regelung über die Rückzahlung von Darlehen (§ 42a Abs 2 SGB II) und die geregelte Fälligkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs in dem Monat nach Auszahlung (§ 42a Abs 2 Satz 1 SGB II) auch für Rückzahlungsansprüche aus Mietkautionsdarlehen nach § 22 Abs 6 SGB II, weil die zuletzt genannte Norm insoweit keine Einschränkung macht und § 42a Abs 3 Satz 1 SGB II dies voraussetzt (Krauß in Hauck/Noftz, SGB II, Stand der Einzelbearbeitung: Dezember 2012, RdNr 301 mwN). Mit dieser Regelung wird zunächst der von der Vorgängerregelung repräsentierte nachvollziehbare Regelungszweck verlassen. Der Grund, weshalb der Gesetzgeber ursprünglich die Gewährung einer Mietkaution als Darlehen zur Bedarfsdeckung (§ 22 Abs 6 Satz 3 SGB II) als ausreichend erachtet hat, bestand darin, dass die Kautionszahlung nach Beendigung des Mietverhältnisses im Regelfall an den Mieter zurückfließt, ihm die Kautionszahlung aber nicht endgültig belassen werden sollte (BT-Drucks 16/688, Seite 14). Soweit die aktuelle Regelung bewirkt, dass der Leistungsberechtigte das Kautionsdarlehen sogleich abzutragen hat (und damit Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs bzgl der Kautionszahlung wird bzw einen Anspruch auf Abtretung dieses Anspruchs an sich gegen den Beklagten erwirbt), ist dies zumindest unsystematisch, da in der dazu herangezogenen Leistung zur Deckung des Regelbedarfs keine entsprechenden Mittel vorgesehen sind. Diese enthält zwar auch einmalige Bedarfe, nicht aber einmalige Bedarfe, die den Bedarf für Unterkunft betreffen.

Davon ausgehend ist die Gewährung der Mietkaution als Darlehen unter sofortiger Aufrechnung verfassungsrechtlich prekär. Denn es steht eine Unterschreitung des Existenzminimums von verfassungsrechtlich nicht akzeptabler Dauer in Frage. Das BVerfG führt in seinem Urteil vom 09. Februar 2010 – 1 BvI 1/09 ua, juris = SozR 4 – 4200 § 20 Nr 12, jeweils RdNr 150) zu einer Darlehentilgung (betreffend Darlehen zur Deckung unvorhersehbarer Bedarfe – § 24 Abs 1 SGB II) mit 10 vH der Regelleistung aus, in

Anbetracht der Ansparkonzeption des Gesetzgebers sei „diese vorübergehende“ monatliche Kürzung der Regelleistung im Grundsatz nicht zu beanstanden. Es erscheint zweifelhaft, ob bei dieser Erwägung darlehensweise Gewährungen in der hier vorliegenden (für Mietkautionen allerdings typischen – § 551 Abs 1 Bürgerliches Gesetzbuch) Größenordnung im Blick genommen und als vorübergehend beschrieben werden sollen. Näher dürfte es liegen, dass nur vorübergehende Tilgungen im Umfang von 10 vH der Leistung zur Deckung des Regelbedarfs verfassungsrechtlich unbedenklich erscheinen. Dieser zeitlichen Einschränkung dürfte der vorliegende Tilgungsvorgang nicht genügen, da er mehr als zwei Jahre andauern wird. Dabei unterläuft die laufenden Minderung der Leistung zur Deckung des Regelbedarfs wegen solcher Aufwendungen die vom BVerfG geforderte Möglichkeit, Ansparungen bezogen auf die Regelbedarfe vorzunehmen und so einen Ausgleich zu erreichen (dazu BVerfG, aaO, RdNr 205f und bereits oben).“
(Rn 14, 15, Hervorhebung durch den Unterzeichner)

2. Literaturmeinungen

In der wissenschaftlichen Literatur werden beide oben formulierten Fragen diskutiert. Zum einen wird vertreten, dass die Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen gegen den Regelbedarf mindestens verfassungsrechtlich bedenklich, wenn nicht verfassungswidrig ist. Die Frage, ob – ausgehend von dieser Position – eine verfassungsgemäße Auslegung möglich ist, wird ebenfalls diskutiert:

Conradis weist darauf hin, dass die Aufrechnung von Mietkautionsdarlehen „verfassungsrechtlich bedenklich“ sei. Er bezieht sich ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09 (Conradis, info also 2011, 115-118 <117>).

Hölzer hat sich mit den Regelungen des § 42a und 43 SGB II n.F. insgesamt befasst (info also 2011, Teil 1 159-164, Teil 2 210-212). In seinem Fazit (212) kommt er zu folgendem Ergebnis:

„Die Neuregelungen für Darlehen und Aufrechnung lassen erkennen, dass der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gebotene Grenzen zunehmend nicht mehr tatbestandlich erfasst, sondern allenfalls der Ermessensbetätigung des Leistungsträgers überlässt, ohne das in der gesetzlichen Regelung oder zumindest Gesetzesbegründung hinreichend erkennen zu lassen. Ohne eine gesetzgeberische Absicht nachweisen zu können, bietet das Raum für eine verfassungsrechtlich fragwürdige Verwaltungspraxis, zumal den Hinweisen der BA zu §§ 42a, 43 SGB II n.F. keine Ermessensrichtlinien hierzu zu

entnehmen sind. Objektiv sehen sich die Leistungsträger in der Praxis der Massenverwaltung als Folge dessen nicht dazu veranlasst, eine einschränkende Auslegung zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Anspruches auf existenzsichernde Leistungen vorzunehmen. Nur soweit gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird, kann es im Einzelfall zu einer Korrektur des Verwaltungshandelns kommen. Das erzeugt fiskalische Einspareffekte auf bedenkliche Weise.“

Hölzer legt § 42a Abs. 2 SGB II so aus, dass die Vorschrift auch für Mietkautionsdarlehen gilt, hält dies allerdings aus verfassungsrechtlicher Sicht für problematisch:

„Für Einkommens-, Schuld-, Kautions- und Anspardarlehen ist hingegen zwingend eine monatliche Rückzahlung in Höhe von 10 % des Regelbedarfes für jeden Darlehensnehmer vorgesehen. Die Rückzahlungsverpflichtung im Leistungsbezug steht auf verfassungsrechtlich schmalen Füßen, soweit nicht das Anspardarlehen betroffen ist. Eine Rückzahlungsverpflichtung kann nur greifen, wenn der Bedarf aus den laufenden Leistungen für den Regelbedarf zu bestreiten ist oder hierfür bereits solche Leistungen bereitgestellt sind (so ausdrücklich: § 26 Abs. 3 SGB XII zur Sozialhilfe). Das ist für das Kautionsdarlehen stets ausgeschlossen. [...]

Insoweit ist zu klären, ob im Wege einer verfassungskonformen teleologischen Reduktion eine Rückzahlungsbeschränkung vorgenommen werden kann. Dagegen spricht nicht, dass dem Gesetzgeber bei der Bestimmung des soziokulturellen Existenzminimums oberhalb des nur physischen Überlebens ein Beurteilungsspielraum zusteht. Er bleibt an die eigenen Wertung gebunden, soweit er im Rahmen dieses Beurteilungsspielraums das Existenzminimum festgesetzt hat und darf ohne besondere sachliche Gründe eine weitere Kürzung nicht vornehmen.“ (163)

Weth äußert sich zu dem Problem in seiner Anmerkung zu dem Beschluss des SG Berlin vom 30.09.2011, S 37 AS 24431/11 ER, info also 2011, 276 f. Er begrüßt zunächst das Ergebnis, zu dem das SG Berlin hier gekommen ist und nach dem Leistungsberechtigten SGB-II-Leistungen ohne Einbehaltung von Tilgungsbeträgen für die Mietkaution ausbezahlt sind. Er versteht die Argumentation des SG Berlin als „verfassungskonforme teleologische Auslegung“ der beiden hier ineinander greifenden Normen des § 22 Abs. 6 Satz 3 und § 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II.

Er ist jedoch der Auffassung, dass diese Auslegung „in rechtsdogmatischer Hinsicht Fragen“ aufwerfe. Denn die Argumentation des SG Berlin würde das „in § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II unterstellte Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren, was rechtsdogmatisch zumindest problematisch wäre. Weth hält es für „zweifelhaft, ob hier über den Weg einer verfassungskonformen Auslegung Abhilfe zu schaffen ist.“

Allerdings hält er die Auslegung, die das SG Köln (s.o.) gefunden hat, aus verfassungsrechtlicher Sicht für bedenklich. Er weist insbesondere daraufhin, dass für den Bedarf der Erlangung einer Wohnung durch Stellung einer Mietkaution im Regelbedarf gemäß § 20 SGB II kein Ansatz enthalten ist, der angespart werden könnte. „Die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 09.02.2010 unterstellte Anforderung eines schlüssigen Bedarfsbemessungssystems wird somit nicht erfüllt.“

Außerdem werde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt. Schließlich verweist er auf die Ungleichbehandlung von Beziehern von Leistungen nach dem SGB II im Vergleich zu Beziehern von Leistungen nach dem SGB XII.

Manfred Hammel stellt in NDV 2012, 343-347 die Problematik und einige Entscheidungen erstinstanzlicher Gerichte dar, positioniert sich selbst aber nicht.

Schließlich hat sich Friedrich Putz ausdrücklich mit der hier entscheidenden Frage beschäftigt (Friedrich Putz, Ist die gesetzlich vorgesehene Tilgung durch Aufrechnung verfassungswidrig? Bei Darlehen für eine Mietkaution an Hartz-IV-Empfänger, SozSich 2012, 194-197.). Putz vertritt die Auffassung, dass § 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II jedenfalls dann, wenn man die Vorschrift auf Mietkautionsdarlehen anwendet, verfassungswidrig ist. Denn dies würde dazu führen, dass evident unzureichende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes gewertet würden.

3. Unrichtige Rechtsauffassung des LSG

Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage, ob die Aufrechnung eines Mietkautionsdarlehens gegen den Regelbedarf im Rahmen des Arbeitslosengeldes II verfassungsgemäß sei, auseinandergesetzt (S. 7 Mitte – S. 9 Mitte). Das Gericht weist darauf hin, dass der Regelbedarf auch einmalige Bedarfe umfasse. Diese einmaligen Bedarfe würden nicht direkt im Regelbedarf abgebildet, sondern flössen in den im Regelbedarf enthaltenen Ansparbetrag ein.

Das Berufungsgericht setzt sich jedoch nicht hinreichend mit den Vorgaben aus dem Urteil des BVerfG vom 09.02.2010, 1 BvL 1/09, auseinander. Das BVerfG hat hier ausgeführt, dass der gesetzliche Leistungsanspruch

„so ausgestaltet sein muss, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt [...]. Wenn der Gesetzgeber seiner verfassungsmäßigen Pflicht zur Bestimmung des Existenzminimums nicht hinreichend nachkommt, ist das einfache Recht im Umfang seiner defizi-

tären Gestaltung verfassungswidrig.“
(Rn 137).

Das BVerfG führt weiter aus:

„Zur Konkretisierung des Anspruchs hat der Gesetzgeber alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf, also realitätsgerecht, zu bemessen [...]. Hierzu hat er zunächst die Bedarfsarten sowie die dafür aufzuwendenden Kosten zu ermitteln und auf dieser Basis die Höhe des Gesamtbedarfs zu bestimmen. Das Grundgesetz schreibt ihm dafür keine bestimmte Methode vor [...]; er darf sich vielmehr im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auswählen. Abweichungen von der gewählten Methode bedürfen allerdings der sachlichen Rechtfertigung.“
(Rn 139).

Der Gesetzgeber hat sich durch die zum 01.01.2011 beziehungsweise 01.04.2011 in Kraft getretene Reform überwiegend des Statistikmodells bedient. Er hat dazu die Ausgaben des unteren 1,5-Quantils der Einkommen in Deutschland auf Basis des sozioökonomischen Panels (SÖP) ermittelt. Er hat jedoch nicht alle Ausgaben in die Bemessung des Regelbedarfes beziehungsweise des Regelsatzes einfließen lassen, sondern nur ausgewählte Ausgaben (Bundestagsdrucksache 17/3404; Schwabe, Einzelbeträge aus den Regelbedarfsstufen des SGB II und XII sowie des Asylbewerberleistungsgesetzes ab 01.01.2013, ZfF 2013, 1-16).

Die Zurverfügungstellung einer Mietkaution dürfte bereits in der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe gar nicht erfasst sein, weil es sich nicht um eine Ausgabe im engeren Sinne handelt. Denn die Mietkaution muss zwar zur Verfügung gestellt werden, bleibt jedoch Vermögen des Mieters.

Wenn sie überhaupt als Kostenposition verstanden werden soll, die aus dem Regelsatz aufzubringen ist, dann käme nur die Abteilung 4 der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe in Betracht (Wohnen, Energie und Wohnungsinstandhaltung). Die Position hierfür beträgt ab 01.01.2013 31,93 €, wird jedoch zum größten Teil durch Energiekosten aufgebraucht (rund 30,00 €). Für Instandhaltung und Schönheitsreparaturen sind gerade einmal 1,05 € und für Ausgaben für Handwerker 0,98 € vorgesehen.

Die Mietkaution unterscheidet sich damit der Sache nach grundlegend von anderen Dingen, die aus dem Regelsatz nicht unmittelbar, sondern nur über Ansparung beschafft werden können. Das gilt insbesondere für die Abteilung 5: Innenausstattung,

Haushaltsgeräte und –Gegenstände. Hierfür ist in der Regelbedarfsstufe 1 ab 01.01.2013 ein Betrag von 28,94 € enthalten (ZfF aaO S. 7).

Das LSG ist der Auffassung, den Hilfebedürftigen werde ein „pauschaler Geldbetrag zur Verfügung gestellt“ (S. 8 oben). Er könne

„über seine Verwendung im Einzelnen selbst bestimmen und einen gegenüber dem statistisch ermittelten Durchschnittsbetrag höheren Bedarf in einem Lebensbereich durch geringere Ausgaben in einem anderen ausgleichen.“

Das LSG nimmt hier unmittelbar Bezug auf die Begründung des Urteils des BVerfG vom 09.02.2010. Das LSG übersieht jedoch, dass seine Auffassung in Bezug auf Mietkautionendarlehen mit der Vorgabe aus gerade diesem Urteil des BVerfG, nach der die Methode zur Bestimmung des Existenzminimums folgerichtig und transparent sein muss, nicht in Einklang zu bringen ist.

Denn wenn bestimmte Positionen – zum Beispiel die Anschaffung einer Waschmaschine oder eben die Stellung einer Mietkaution – durch Ansparung finanziert werden sollen, dann kann von Folgerichtigkeit nur dann gesprochen werden, wenn die Beträge, aus denen angespart wird, es in einem typisierten Fall oder im statistischen Durchschnitt erlauben, die Kosten, die aus der Ansparung aufgebracht werden sollen, auch aufzubringen. Gerade das wird im Rahmen des Statistikmodells dadurch sichergestellt, dass die tatsächlichen Aufwendungen eines bestimmten Quantils der Einkommen herangezogen werden. Wenn das Statistikmodell konsequent angewendet wird, dann ist Folgerichtigkeit in dem Sinne, in dem das BVerfG sie fordert, gegeben. Die Folgerichtigkeit geht jedoch verloren, wenn zunächst mit dem Statistikmodell ein Ansparbetrag ermittelt wird, der dann jedoch in der Rechtsanwendung auf Positionen bezogen wird, die bei der Ermittlung des Ansparbetrages gar nicht Berücksichtigung gefunden hatten – wie zum Beispiel die Mietkaution. Wenn zB ermittelt wird, dass Anschaffungen (Bekleidung, Haushaltsgeräte, Möbel u.a.) im Umfang von 600 € p.a. das Existenzminimum markieren, dann ist es folgerichtig, in den monatlichen Regelbedarf einen Ansparbetrag von 50 € einzustellen. Wenn dieser Ansparbetrag dann aber zu mehr als 50 % aufwendet werden muss, um zB eine Mietkaution zu stellen, die bei der Bedarfsermittlung gar nicht berücksichtigt wurde, dann geht damit die Folgerichtigkeit der Regelbedarfsermittlung verloren.

Mit der Problematik der Folgerichtigkeit hat sich das Berufungsgericht in der diesbezüglichen Passage der Begründung (S. 7 Mitte – S. 9 Mitte) nicht auseinandergesetzt.

Das LSG hat auch nicht berücksichtigt, dass eine Mietkaution kein atypischer Bedarf ist und dass die Frage, ob eine Mietkaution gestellt wird, in aller Regel nicht zur Disposition des Hilfebedürftigen steht. Mietkautionen werden von Vermietern in aller Regel in dem Maß, in dem das Gesetz dies ermöglicht, verlangt. Es gibt also für den Empfänger von Leistungen nach dem SGB II, der umzieht und eine Mietkaution stellen muss, nicht die Möglichkeit, darüber zu disponieren, ob er etwa lieber eine Mietkaution stellt oder lieber eine Waschmaschine anschafft.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Auffassung des LSG mit Art. 1, 20 GG in der Auslegung, die das BVerfG im Urteil vom 09.02.2010 gefunden hat, nicht vereinbar ist.

Damit ist im ersten Schritt zu prüfen, ob eine verfassungsgemäße Auslegung möglich ist. Dies dürfte der Fall sein:

§ 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II kann im systematischen Kontext und unter Zuhilfenahme der teleologischen Reduktion dahingehend ausgelegt werden, dass die Aufrechnungsregelung nur für solche Darlehen gilt, die Leistungen betreffen, die aus dem Regelbedarf aufzubringen sind, also in die Bezifferung des Regelbedarfes eingeflossen sind. Eine Aufrechnung gegen Leistungen für die Unterkunft verbietet sich ohnehin, denn Aufwendungen für die Unterkunft werden in den Bedarf stets nur in der Höhe eingestellt, in der Aufwendungen für die Unterkunft auch entstehen. Hier gibt es also keine Dispositionsmöglichkeit. Es bleibt nur die Möglichkeit, gegen den Regelbedarf aufzurechnen. Folgerichtig im Sinne der Vorgabe des BVerfG kann eine solche Aufrechnung jedoch immer nur dann sein, wenn die Darlehenstilgung, gegen die der Regelbedarf aufgerechnet wird, Ausgaben betrifft, die aus dem Regelbedarf hätten gedeckt werden können beziehungsweise statistisch im Regelbedarf erfasst sind.

Eine verfassungsgemäße Auslegung kommt auch dann zustande, wenn § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB II in Bezug auf Darlehen nach § 22 Abs. SGB II als *lex specialis* im Verhältnis zu § 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II ausgelegt wird. Das hätte zur Folge, dass § 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II durch § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB II dann verdrängt wird, wenn es sich um ein Mietkautionsdarlehen handelt. Eine Aufrechnung ist dann unzulässig.

Für eine solche Auslegung spricht, dass auf diesem Wege ein verfassungsgemäßes Ergebnis zustande kommt. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass in § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB II ausdrücklich der „noch nicht getilgte Darlehensbetrag“ genannt ist, denn es steht dem Hilfeempfänger frei, Mietkautionsdarlehen auch ohne eine gesetzliche Verpflichtung vor der Rückzahlung durch den Vermieter zu Händen des Darlehensgebers zu tilgen.

Zu diskutieren wäre, ob § 42a Abs. 2 Satz 3 SGB II der Auffassung, dass § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB II lex specialis im Verhältnis zu § 42a Abs. 2 Satz 1 SGB II sei, entgegensteht. Denn hier ist ausdrücklich eine Ausnahme für zwei Fälle, nämlich die Fälle des § 24 Abs. 5 oder des § 27 Abs. 4 SGB II genannt. Man könnte die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber dann, wenn Satz 1 von § 42a Abs. 2 SGB II auf Darlehen nach § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II nicht anwendbar sein sollte, diese Vorschrift in § 42a Abs. 2 Satz 3 SGB II hätte nennen müssen. Dies erscheint jedoch zweifelhaft, denn der Gesetzgeber hätte Darlehen nach § 22 Abs. 3 Satz 6 SGB II zwar in Satz 3 von § 42a Abs. 2 SGB II nennen können, nicht jedoch müssen. Es liegt näher, die Nennung von § 24 Abs. 5 in § 42a Abs. 2 Satz 3 SGB II so auszulegen, dass hier eine teleologische Extension auf § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II vorzunehmen ist. Denn in beiden Fällen handelt es sich um Vermögen, das zwar Vermögen des Hilfeempfängers ist, jedoch nicht zur Deckung des Lebensunterhaltes oder für andere Zwecke zur Verfügung steht. Mietkautiondarlehen bleiben Eigentum des Mieters, können jedoch nicht zur Deckung des Lebensunterhaltes – und auch nicht zur Tilgung des für die Stellung der Kautions vom Jobcenter gewährten Darlehens verwendet werden. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die (übrigen) Fälle des § 24 Abs. 5 SGB II anders behandelt werden sollten als Fälle des § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II. Die teleologische Extension der Nennung von § 22 Abs. 5 SGB II in § 42a Abs. 2 Satz 3 SGB II auf Fälle des § 22 Abs. 6 Satz 3 SGB II könnte also auch durch das Gebot, gleichgelagerte Sachverhalte gleich zu behandeln, erforderlich sein.

Der Kläger verkennt nicht, dass die oben zitierten Literaturmeinungen und Auffassungen der Rechtsprechung, nach denen § 42a Abs. 2 SGB II so auszulegen ist, wie das LSG das vorgenommen hat, vertretbar erscheinen. Aus den hier unter II.3. dargelegten Gründen führt das jedoch nicht dazu, dass das Urteil des LSG richtig wird. Denn in diesem Fall kann man nur zu dem Ergebnis gelangen, dass § 42a Abs. 2 SGB II insoweit verfassungswidrig ist, als er sich auf Darlehen nach § 22 Abs. 6 SGB II für Mietkautionen bezieht. Wegen des diesbezüglichen Kassationsmonopols des BVerfG wäre die Sache dann dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen.

III. Zum PKH-Antrag

Der Revisionskläger ist nicht in der Lage, die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse liegt an.

Fritz
Rechtsanwalt

