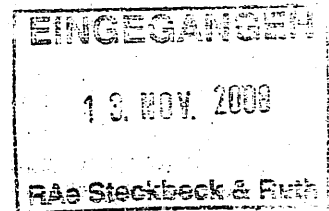
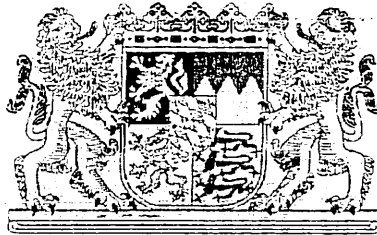


# Abschrift

L 11 B 771/08 AS ER  
S 19 AS 854/08 ER



## BAYERISCHES LANDESSOZIALGERICHT

In dem Beschwerdeverfahren

1. [REDACTED]  
- [REDACTED]
2. [REDACTED]  
- [REDACTED]

Proz.-Bev.:

zu 1.-2.: Rechtsanwälte Wolfram Steckbeck u.Koll., Leipziger Platz 1, 90491 Nürnberg  
- 3-8575-08 -

gegen

Arbeitsgemeinschaft Stadt Nürnberg, vertreten durch den Geschäftsführer, Richard-  
Wagner-Platz 5, 90443 Nürnberg - 9 W 1 73514BG0068131- B 39/08 -  
- Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin -

Beigeladen

Stadt Nürnberg, Sozialamt, vertreten durch den Oberbürgermeister, Dietzstraße 4,  
90443 Nürnberg  
- Beigeladene -

wegen einstweiliger Anordnung

erlässt der 11. Senat des Bayer. Landessozialgerichts in Schweinfurt

am 5. November 2008

ohne mündliche Verhandlung durch die Vorsitzende Richterin am Bayer. Landessozialgericht Mette sowie den Richter am Bayer. Landessozialgericht Pawlick und den Richter am Bayer. Landessozialgericht Utz folgenden

## Beschluss:

- I. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Nürnberg vom 04.08.2008 aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.
- II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

## Gründe:

I.  
Streitig ist, ob den Antragstellern (ASt) im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Arbeitslosengeld II -Alg II-) nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) zu zahlen sind.

Die am ..1986 geborene ASt zu 1. ist polnische Staatsangehörige und besitzt seit 06.03.2006 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, aber keine Arbeitserlaubnis-EU bzw. Arbeitsberechtigung-EU. Am ..2008 wurde in der Bundesrepublik Deutschland die ASt zu 2. geboren; sie besitzt ebenfalls nicht die deutsche Staatsangehörigkeit. Beide wohnen bei der Großmutter der ASt zu 1.

Am 21.05.2008 beantragten die ASt Alg II. Von den gesamten Unterkunfts- und Heizungskosten in Höhe von 520,00 EUR, die die Großmutter zu tragen habe, zahle sie 100,00 EUR. Sie erhalte Kindergeld in Höhe von 154,00 EUR und Elterngeld in Höhe von 300,00 EUR. Die Großmutter und der Vater der ASt zu 2. würden sich um diese kümmern. Die ASt zu 1. hat angegeben, zur Arbeitsuche in die Bundesrepublik Deutschland gekommen zu sein.

Mit Bescheid vom 11.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.07.2008 lehnte die Antragsgegnerin (Ag) die Bewilligung von Alg II ab. Mangels

entsprechender Arbeitserlaubnis oder Arbeitsberechtigung sei die ASt zu 1. nicht als erwerbsfähig anzusehen.

Dagegen haben die ASt Klage zum Sozialgericht Nürnberg (SG) erhoben und gleichzeitig die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes begehrt. Das SG hat die Stadt Nürnberg - Sozialamt - zum einstweiligen Rechtsschutzverfahren notwendig beigelegt. Diese hat mit Bescheid vom 04.08.2008 einen Anspruch der ASt gestützt auf § 23 Abs 3 Satz 1 Zwölftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII) abgelehnt.

Das SG hat die Ag mit Beschluss vom 04.08.2008 vorläufig verpflichtet, ab dem 04.08.2008 bis zur Entscheidung über die erhobene Klage Alg II in gesetzlicher Höhe zu bewilligen. Es bestehe die naheliegende Möglichkeit, dass § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II gegen höherrangiges EU-Recht verstoße. Eine Folgenabwägung sei daher vorzunehmen. Diese gehe zugunsten der ASt aus, die ansonsten die Bundesrepublik Deutschland sofort verlassen müssten. Es sei nicht sichergestellt, dass die ASt über die erforderlichen Mittel für eine Heimreise verfügen würden und sich in Polen rechtzeitig eine Wohnung beschaffen könnten.

Zur Begründung der dagegen zum Bayer. Landessozialgericht eingelegten Beschwerde hat die Ag vorgetragen, offen sei zwar, ob die ASt zu 1. rechtlich als erwerbsfähig anzusehen sei. Sie erhalte jedoch Kindergeld in Höhe von 154,00 EUR sowie Elterngeld in Höhe von 300,00 EUR und könnte einen Anspruch auf Unterhaltsvorschussleistungen in Höhe von 125,00 EUR geltend machen. Dieses Einkommen genüge, um vorläufig im Wesentlichen die Lebenshaltungskosten - der Bedarf betrage 562,00 EUR ohne Kosten für Unterkunft und Heizung - zu decken.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogene Akte der Ag sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

## II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde (§§ 172, 173 Sozialgerichtsgesetz -SGG-) ist zulässig und auch begründet. Der Beschluss des SG vom 04.08.2008 ist aufzuheben und der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechts-

schutzes ist abzulehnen. Die Ag ist nicht zur Erbringung vorläufiger Leistungen an die ASt zu verpflichten.

Rechtsgrundlage für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis stellt im vorliegenden Rechtsstreit § 86b Abs 2 Satz 2 SGG dar.

Hiernach ist eine Regelung zulässig, wenn sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Das ist etwa dann der Fall, wenn dem ASt ohne eine solche Anordnung schwere und unzumutbare, nicht anders abwendbare Nachteile entstehen, zu deren Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (so BVerfG vom 25.10.1988 BVerfGE 79, 69/74, vom 19.10.1997 BVerfGE 46, 166/179 und vom 22.11.2002 NJW 2003, 1236; Niesel, Der Sozialgerichtsprozess, 4. Aufl. Rdnr 643).

Die Regelungsanordnung setzt das Vorliegen eines Anordnungsgrundes - das ist in der Regel die Eilbedürftigkeit - und das Vorliegen eines Anordnungsanspruches - das ist der materiell-rechtliche Anspruch, auf den der ASt sein Begehren stützt - voraus. Die Angaben hierzu hat der ASt glaubhaft zu machen (§ 86b Abs 2 Satz 2 und 4 SGG i.V.m. § 920 Abs 2, § 294 Zivilprozessordnung -ZPO-; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 8.Aufl, § 86b Rdnr 41).

Zwischen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch besteht dabei eine Wechselbeziehung. An das Vorliegen des Anordnungsgrundes sind dann weniger strenge Anforderungen zu stellen, wenn bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage im vom BVerfG vorgegebenen Umfang (BVerfG vom 12.05.2005 Breithaupt 2005, 803 = NVwZ 2005, 927, NDV-RD 2005, 59) das Obsiegen in der Hauptsache sehr wahrscheinlich ist. Ist bzw. wäre eine in der Hauptsache erhobene Klage offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so ist wegen des fehlenden Anordnungsanspruches der Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen, kommt dem Anordnungsgrund entscheidende Bedeutung zu.

Soweit existenzsichernde Leistungen in Frage stehen, sind die Anforderungen an den Anordnungsgrund und den Anordnungsanspruch weniger streng zu beurteilen. In diesem Fall ist gegebenenfalls auch anhand einer Folgenabwägung unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Belange des ASt zu entscheiden (vgl. BVerfG vom 12.05.2005 aaO und vom 22.11.2002 NJW 2003, 1236; zuletzt BVerfG vom 15.01.2007 –1 BvR 2971/06 -).

In diesem Zusammenhang ist eine Orientierung an den Erfolgsaussichten nur möglich, wenn die Sach- und Rechtslage abschließend geklärt ist, denn soweit schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht beseitigt werden können, darf die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern sie muss abschließend geprüft werden (BVerfG vom 12.05.2005 aaO).

Vorliegend ist die Rechtsfrage, ob der Leistungsausschluss nach § 7 Abs 1 Satz 2 SGB II gegen das Recht der Europäischen Union verstößt, als offen anzusehen (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.07.2008 - L 7 AS 3031/08 ER-B mWN zu den verschiedenen Auffassungen unter Rdnr 25 des Juris-Ausdrucks). Diese Rechtsfrage ist im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht zu klären, eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof im Wege einer Vorabentscheidung ist nicht angezeigt (vgl. LSG Baden-Württemberg aaO Rdnr 27). Damit sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache als offen anzusehen.

Ein Anordnungsgrund ist gegeben, denn die ASt haben zurzeit kein ihren Bedarf vollständig deckendes Einkommen oder Vermögen, ihre Existenz ist gefährdet.

Es ist somit eine Folgenabwägung vorzunehmen. Dabei überwiegen die Interessen der ASt an Leistungen zum Lebensunterhalt das Interesse der Ag an einem sparsamen Umgang mit öffentlichen Mitteln. Für die Ag besteht allein die Gefahr, dass bei einem für sie positiven Ausgang des Hauptsacheverfahrens die gezahlten Beträge evtl. nicht zurückgezahlt werden. Andererseits halten sich die ASt berechtigt in der Bundesrepublik Deutschland auf, zur Ausreise sind sie nicht aufgefordert worden. Eine erst nach Abschluss eines Hauptsacheverfahrens nachgezahlte Leistung durch die Ag könnte die bis dahin erfolgten Einschränkungen der

AST nicht mehr beseitigen. Im Übrigen erhalten selbst sich unberechtigt in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltende Ausländer aus Nicht-EU-Staaten eine Sicherung des Mindestlebensstandards (nach dem Asylbewerberleistungsgesetz), die allerdings unterhalb der Regelleistung nach dem SGB II liegt. Dies alles berücksichtigt, sind den AST vorläufig Leistungen zu zahlen, beschränkt allerdings auf das zum Leben Unerlässliche, wodurch die finanzielle Belastung der Ag entsprechend berücksichtigt wird. Für das Leben unerlässlich sind u.a. nicht die unter Abt. 08 (Nachrichtenübermittlung), Abt. 09 (Freizeit, Unterhaltung, Kultur) und Abt. 11 des EVS (Beherbergungs- und Gaststättendienstleistung) zu berücksichtigenden Bedarfe, die zusammen 22,6 % der Regelleistung ausmachen. Unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 12.05.2005 aaO) ist ein Abschlag von jedenfalls 20 % von der Regelleistung zulässig.

Der Bedarf der AST ergibt sich somit aus der Regelleistung für die AST zu 1. (351,00 EUR) und für die AST zu 2. (211,00 EUR), insgesamt 562,00 EUR. Ein weiterer Bedarf für Unterkunft- und Heizungskosten ist bislang nicht von den AST glaubhaft gemacht worden, ein Mietvertrag oder entsprechende Zahlungsbelege etc. sind nicht vorgelegt worden. Nach Abschlag von 20 % bleibt somit ein Bedarf in Höhe von 449,60 EUR. Diesem Bedarf steht ein Einkommen der AST in Höhe von zurzeit 154,00 EUR Kindergeld und 300,00 EUR Elterngeld gegenüber. Abzüge von diesem Einkommen sind vorliegend im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht vorzunehmen. Damit aber ist der Bedarf durch das gegenwärtige Einkommen der AST gedeckt; vorläufige Leistungen sind durch die Ag nicht zu erbringen.

Nachdem die Ag - auch unter Berücksichtigung der Regelung des § 44a SGB II - für die Leistungserbringung zuständig ist, kommt eine Verpflichtung der Beigeladenen zur vorläufigen Leistungserbringung nicht in Betracht. Unabhängig davon wäre auch bei der Beigeladenen das Einkommen der AST zu berücksichtigen.

Nach alledem war der Beschluss des SG auf die Beschwerde hin aufzuheben und der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abzulehnen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des  
§ 193 SGG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

Mette

Utz

Pawlick