L 28 B 1452/07 AS ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
28
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 125 AS 1564/07 ER
Datum
02.08.2007
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 28 B 1452/07 AS ER
Datum
24.04.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 2. August 2007 geändert. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller zu 2) für die Zeit vom 12. Juli 2007 bis zum 31. Dezember 2007 vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in Höhe von insgesamt 802,26 Euro zu gewähren und für die Zeit vom 1. September 2007 bis zum 31. Dezember 2007 vorläufig weitere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts an die Antragstellerin zu 1) in Höhe von insgesamt 366,85 Euro, an die Antragsteller zu 3 und 4 in Höhe von jeweils insgesamt 253,90 Euro und an die Antragstellerin zu 5 in Höhe von insgesamt 213,21 Euro zu gewähren. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Der Antragsgegner hat den Antragstellern die Kosten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I.
Die 1970 geborene Antragstellerin zu 1 und der 1959 geborene Antragsteller zu 2 sind seit 1997 verheiratet. Sie leben gemeinsam mit dem 1990 geborenen Antragsteller zu 3, der 1992 geborenen Antragstellerin zu 4 und der 1997 geborenen Antragstellerin zu 5 in einem Haushalt. Der Antragsteller zu 3 und die Antragstellerin zu 4 sind Kinder aus erster Ehe der Antragstellerin zu 1; die Antragstellerin zu 5 ist das gemeinsame Kind der Antragstellerin zu 1 und des Antragstellers zu 2. Der Antragsteller zu 2 ist seinen Kindern aus erster Ehe M (geboren 1988) und N (geboren 1991) unterhaltspflichtig, die im Haushalt ihrer Mutter leben. Die beiden Kinder halten sich während der Woche tagsüber (nach der Schule) im Haushalt der Antragsteller auf und erhalten dort Mahlzeiten. Zwischen dem Antragsteller zu 2 und seiner geschiedenen Ehefrau besteht eine Vereinbarung, wonach er für jedes Kind monatlich 250,- Euro Unterhalt bar zahlt. Die Leistungen im Haushalt der Antragsteller werden mit je 100,- Euro pro Monat zusätzlich angerechnet.

Der Antragsteller zu 2, der nicht erwerbsfähig ist, erhält von der DRV Bund seit dem 1. Februar 2006 eine unbefristete Rente wegen voller Erwerbsminderung (monatlicher Zahlbetrag 1282,91 Euro) und von der Pensionskasse der BEWAG eine Versorgungsleistung (monatlicher Zahlbetrag in Höhe von 921,96 Euro). An die Einstellung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen (Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 26. April 2007) schließt sich derzeit die so genannte Wohlverhaltensphase gem. §§ 201 Abs. 3, 286 ff. Insolvenzordnung (InsO) an, die das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluss vom 21. März 2007 auf sechs Jahre festgelegt hat. Dabei gehen die pfändbaren Bezüge des Antragstellers zu 2 (derzeit 67,- Euro monatlich) entsprechend seiner Abtretungserklärung vom 27. Oktober 2004 (§ 287 Abs. 2 InsO) auf die bestellte Treuhänderin über. Diesen Teil seines Einkommens führt er an die Treuhänderin ab. Ein Antrag auf Änderung des unpfändbaren Betrages im Hinblick auf die Belastungen durch die im selben Haushalt lebenden Antragsteller zu 3 und 4 ist ohne Erfolg geblieben, da entsprechende Unterhaltspflichten nicht bestehen (Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 2. März 2005). Er bringt monatlich 32,97 Euro für eine Kfz-Versicherung auf. Die Antragsteller zu 3 und 4, die beide noch die Schule besuchen, haben einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Vater, den dieser derzeit nicht erfüllt. Für die Antragsteller zu 3 bis 5 wird Kindergeld in Höhe von je 154,- Euro gezahlt. Für Kosten der Unterkunft und Heizung waren bis zum 31. August 2007 monatlich 1418,- Euro aufzubringen. Zum 1. September 2007 erhöhten sich die Nebenkosten, so dass seither eine Gesamtmiete von 1.442,- Euro monatlich zu zahlen ist. Im September 2007 war zudem eine Nachzahlung für Nebenkosten in Höhe von 302, 39 Euro zu zahlen.

Mit Bescheid vom 24. Juli 2007 bewilligte der Antragsgegner für den vorliegend streitigen Bewilligungsabschnitt vom 1. Juli 2007 bis zum 31. Dezember 2007 Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) an die Antragstellerin zu 1 und die Antragsteller zu 3 bis 5 in Höhe von 175,30 Euro monatlich. Diese Bewilligung änderte er mit Bescheid vom 21. September 2007 ab und gewährte vom 1. September 2007 bis zum 31. Dezember 2007 den vorgenannten Antragstellern Leistungen in Höhe von 194,50 Euro monatlich.

Am 16. November 2007 verpflichtete sich der Antragsteller zu 2) in zwei von dem Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg von Berlin - Jugendamt

beurkundeten Erklärungen, seinen Kindern M und N jeweils 350,- Euro monatlich Unterhalt zu gewähren und unterwarf sich wegen dieser Verpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung (Beurkundungsrolle 1559/2007 und 1558/2007 des Bezirksamtes Tempelhof-Schöneberg von Berlin - Jugendamt).

Mit Bescheid vom 13. Dezember 2007 bewilligte der Antragsgegner den Antragstellern zu 1 und zu 3 bis 5 für September 2007 Leistungen in Höhe von 300,70 Euro und vom 1. Oktober 2007 bis zum 31. Dezember 2007 240,22 Euro monatlich. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 an bewilligte er Leistungen in Höhe von 783,52 Euro.

Mit ihrem vor dem Sozialgericht (SG) Berlin gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, den sie in erster Linie damit begründet haben, auf den notwendigen Lebensunterhalt der Antragsteller zu 3) und 4) sei das Einkommen des Antragstellers zu 2 nicht anrechenbar, sind die Antragsteller ohne Erfolg geblieben (Beschluss vom 2. August 2007). Hiergegen richtet sich die Beschwerde, der das SG nicht abgeholfen hat.

II.

Die statthafte und zulässige Beschwerde ist nur zum Teil begründet, im Übrigen unbegründet.

Vorliegend kommt nur eine Regelungsanordnung nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) in Betracht. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung [ZPO]); dabei sind die insoweit zu stellenden Anforderungen umso niedriger, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen - insbesondere auch mit Blick auf ihre Grundrechtsrelevanz - wiegen (vgl. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [NJW 1997, 479](#); [NJW 2003, 1236](#); [NVwZ 2005, 927](#)). Anordnungsvoraussetzungen sind mithin sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund, die jedoch, gemessen an dem mit dem Antrag verfolgten Rechtsschutzziel (vgl. BVerfG [NVwZ 2004, 95](#); [NVwZ 2005, 927](#)), in einer Wechselbeziehung zueinander stehen, sodass sich die Anforderungen je nach dem zu erwartendem Maß des Erfolgs in der Hauptsache, der Dringlichkeit der erstrebten vorläufigen Regelung oder der Schwere des drohenden Nachteils vermindern können.

Als Rechtsgrundlage für die geltend gemachten Ansprüche in der Hauptsache kommt zunächst [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) in der Fassung des Gesetzes zur optionalen Trägerschaft von Kommunen nach dem SGB II vom 30. Juli 2004 ([BGBl. I S. 2014](#)) in Betracht. Danach erhalten Personen Leistungen nach dem SGB II, die 1. das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 2. erwerbsfähig sind, 3. hilfebedürftig sind und 4. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (erwerbsfähige Hilfebedürftige). Die Antragstellerin zu 1) und der Antragsteller zu 3) sind danach Berechtigte i. S. des [§ 7 Abs. 1 SGB II](#). Sie haben jeweils das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II](#)) und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB II](#)). Sie sind beide erwerbsfähig i. S. v. [§ 8 SGB II](#) ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II](#)). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass dem Antragsteller zu 3) im Hinblick auf seinen Schulbesuch die tatsächliche Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach [§ 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB II](#) nicht zumutbar ist. Mit Vollendung des 15. Lebensjahres am 21. Juli 2007 gehört schließlich auch die Antragstellerin 4) dem Personenkreis der erwerbsfähigen Hilfebedürftigen an.

Nach [§ 7 Abs. 2 SGB II](#) erhalten ferner Leistungen nach dem SGB II im Grundsatz auch Personen, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Für diesen Personenkreis der nicht erwerbsfähigen Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft kommen zwar keine Ansprüche auf Arbeitslosengeld II (Alg II) in Betracht. Sie haben aber nach [§ 28 Abs. 1 Satz 2 SGB II](#) Anspruch auf Sozialgeld, das - wie für erwerbsfähige Hilfebedürftige auch - Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der Kosten für Unterkunft und Heizung umfasst ([§ 19 SGB II](#)). Ein Leistungsausschluss nach dem SGB II besteht nur für Bezieher einer Altersrente ([§ 7 Abs. 4 SGB II](#)). Sowohl für den Antragsteller zu 2) als auch die Antragstellerin zu 5) kommen bei Bedürftigkeit damit Leistungen unter den weiteren Voraussetzungen des [§ 28 SGB II](#) in Betracht.

Individualansprüche nach dem SGB II setzen schließlich voraus, dass Hilfebedürftigkeit besteht. Nach [§ 7 Abs. 1 Nr. 3 SGB II](#) in Verbindung mit [§ 9 Abs. 1 SGB II](#) ist hilfebedürftig, wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, u. a. nicht aus dem zu berücksichtigenden Einkommen, sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen erhält. Nach [§ 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II](#) ist zur Berechnung des individuellen Leistungsanspruchs Antragsteller einerseits der Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft (bestehend aus allen 5 Antragstellern; dazu sogleich) und andererseits deren Gesamteinkommen zu ermitteln (zu den Berechnungsschritten Hengelhaupt in Hauck/Noftz, SGB II, § 9 RdNr. 100 ff.; Mecke in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage 2008, § 9 RdNr. 33 ff).

Die Bedarfsgemeinschaft besteht aus der Antragstellerin zu 1 ([§ 7 Abs. 3 Nr. 1 SGB II](#)), dem Antragsteller zu 2, der ihr Ehemann ist ([§ 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II](#)), und den drei in der Haushaltsgemeinschaft lebenden Kindern der Antragstellerin zu 1 (Antragsteller zu 3 bis 5), die allesamt das 25. Lebensjahr noch nicht erreicht haben und die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln decken können ([§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#)). Dabei ist für das Bestehen dieser 5köpfigen Bedarfsgemeinschaft mit Änderung des [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) durch das Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 24. März 2006 ([BGBl. I 558](#)) mit Wirkung zum 1. Juli 2006 unerheblich, dass der Antragsteller zu 2 mit den Antragstellern zu 3 und 4 nicht verwandt ist und bürgerlich-rechtliche Unterhaltspflichten in diesem Verhältnis nicht bestehen. Ob darüber hinaus die Kinder Marcel und Nadine im Haushalt der Antragsteller in einer Weise mitversorgt werden, die zu ihrer zeitweisen Zugehörigkeit zur vorliegenden Bedarfsgemeinschaft i. S. v. [§ 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II](#) und zur Berücksichtigung ihrer dort entstehenden Bedarfe führt (dazu (BSG [SozR 4-4200 § 20 Nr. 1](#), RdNr. 27 und Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II 2. Auflage 2008, § 7 RdNr. 54), lässt sich im vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht klären. Dies käme wohl nur bei ihrem täglichen Aufenthalt und nur dann in Betracht, wenn die Ausstattung des Haushalts ihre dauerhafte Aufnahme dort erkennen lässt (z.B. durch einen gesonderten Bereich, der ihnen zur Verfügung steht). Konkreter Vortrag fehlt dazu bislang.

Der Gesamtbedarf des Antragstellers setzt sich aus der dem jeweiligen Mitglied zustehenden Regelleistung (je 90 vom Hundert der Regelleistung für die beiden erwachsenen Partner [312 Euro], je 80 vom Hundert der Regelleistung für die über 14 aber unter 18 jährigen Antragsteller zu 3 und 5 [278,- Euro] sowie 60 vom Hundert der Regelleistung für die unter 14jährige Antragstellerin zu 5 [208,- Euro]) sowie den Kosten für Unterkunft und Heizung, aufgeteilt nach Kopfteilen, zusammen. Wegen der zuletzt genannten Kosten sieht der Senat im Rahmen des vorliegenden Verfahrens keinen Anlass, ihre Angemessenheit, die zwischen den Beteiligten jedenfalls für den vorliegend zu

überprüfenden Bewilligungsabschnitt unstreitig war, zu überprüfen. Von den Kosten sind allerdings nach den Grundsätzen des Bundessozialgerichts (Urteil vom 27. Februar 2008 - B [14/7b AS 64/06 R](#) -; zitiert nach der Pressemitteilung) die Pauschalen für die Zubereitung von Warmwasser (insgesamt 25,04 Euro aus 2 mal 90 vom Hundert und 2 mal 80 vom Hundert und 1 mal 60 vom Hundert des seit dem 1. Juli 2007 auf 6,26 Euro erhöhten Zuschlages) abzuziehen, so dass sich Gesamtkosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von 1392,96 Euro bis 31. August 2007 bzw. 1719,35 Euro im September 2007 (nämlich entsprechend der Vorgehensweise des Antragsgegners unter Berücksichtigung der in diesem Monat gezahlten einmaligen Betriebskostennachzahlung, vgl. Bescheid vom 13. Dezember 2007) und ab dem 1. Oktober 2007 1416,96 Euro ergeben, mithin ein Kopfteil von 278,59 Euro bzw. 343,87 Euro bzw. 283,39 Euro.

Auch der nicht erwerbsfähige Antragsteller zu 2 hat entgegen der in den angefochtenen Bescheiden des Antragsgegners zum Ausdruck kommenden Auffassung Anspruch auf Sozialgeld nach [§ 28 Abs. 1 SGB II](#). Nach [§ 28 Abs. 1 SGB II](#) erhalten nicht erwerbsfähige Angehörige, die mit erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in Bedarfsgemeinschaft leben, Sozialgeld, soweit sie keinen Anspruch auf Leistungen nach dem Vierten Kapitel des Zwölften Buches (SGB XII), d.h. nach [§§ 41 ff SGB XII](#) haben. Leistungen nach diesen Bestimmungen sind gegenüber dem Sozialgeld vorrangig, [§ 5 Abs. 2 Satz 3 SGB II](#). Der Nachrang des Sozialgeldes reicht aber nur soweit, als Leistungen nach den [§§ 41 ff SGB XII](#) gewährt werden (Hengelhaupt in Hauck/Noftz, SGB II, § 28 Rz. 32, Knickrehm in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage 2008, § 28 RdNr. 14). Der Antragsteller zu 2 gehört als dauerhaft erwerbsgeminderte Person zwar zu dem in [§§ 41 ff SGB XII](#) genannten Personenkreis, Leistungen nach diesen Vorschriften werden ihm jedoch weder gewährt, noch hat er einen individuellen Leistungsanspruch, da er seinen Lebensunterhalt aus seinen Rentenzahlungen beschaffen kann. Bei Berechnung seiner Ansprüche nach dem SGB XII muss er nur das Einkommen, das den eigenen Bedarf übersteigt, den anderen Personen der Einsatzgemeinschaft (rechnerisch und tatsächlich) zur Verfügung stellen (vgl. nur Grube in Grube/Wahrendorf, SGB XII, [§ 19 SGB XII](#) RdNr. 15). Zudem findet eine Einkommensanrechnung zwischen Stiefeltern und Stiefkindern im SGB XII nicht statt (Grube a.a.O. RdNr. 22). Da das Einkommen des Antragstellers zu 2 unter diesen Anrechnungsvoraussetzungen seinen individuellen Bedarf bei weitem übersteigt, scheiden Ansprüche nach dem SGB XII für ihn aus. Er ist anspruchsberechtigt nach dem SGB II (vgl. Thüringer LSG Beschluss vom 7. Juli 2005 - [L 7 AS 334/05 ER](#) -, [SozSich 2006, 142](#)).

Auf den Bedarf der minderjährigen Kinder wird als Einkommen zunächst das geleistete Kindergeld angerechnet, was zwischen den Beteiligten unstreitig ist. Es verbleibt danach ein ungedeckter Gesamtbedarf in Höhe von 2318,95 Euro, der sich aus einem Bedarf der Erwachsenen von jeweils 590,59 Euro, der über 14-jährigen Kinder in Höhe von 402,59 Euro und der unter 14-jährigen Antragstellerin zu 5 in Höhe von 332,59 Euro zusammensetzt. Zum 1. September 2007 erhöht sich der Gesamtbedarf auf 2645,34 Euro (Einzelbedarfe 655,88 Euro, 467,88 Euro bzw. 397,88 Euro), vom 1. Oktober 2007 an beträgt er 2342,95 Euro (Einzelbedarfe 595,39 Euro, 407,39 Euro bzw. 337,39 Euro).

Als weitere Einkommen stehen der Bedarfsgemeinschaft grundsätzlich die beiden an den Antragsteller zu 2 gezahlten Rentenleistungen zur Verfügung. Im vorliegenden Fall berücksichtigt der Senat das Einkommen des Antragstellers zu 2 als tatsächlich zufließendes Einkommen allerdings nur in Höhe des Betrages, der nicht an die Treuhänderin nach [§ 287 Abs. 2 InsO](#) abgetreten ist (mithin in Höhe von 2137,87 Euro). Denn als Einkommen im Sinne des [§ 11 SGB II](#) sind nur diejenigen Einnahmen in Geld oder Geldeswert zu berücksichtigen, die jemandem "zufließen". Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zufluss dieser Mittel beansprucht werden kann. Es kommt nur darauf an, ob die Mittel tatsächlich zum Bestreiten des Lebensunterhalts eingesetzt werden können. Vor diesem Hintergrund ist in der Rechtsprechung bislang ungeklärt, ob und inwieweit gepfändetes bzw. abgetretenes Einkommen tatsächlich zur Verfügung steht oder ob es jedenfalls dann nicht berücksichtigt werden kann, wenn die Abwehr der Pfändung aus Rechtsgründen überhaupt nicht oder allenfalls im Wege eines langwierigen Rechtsmittelverfahrens möglich ist (vgl. dazu Hänlein in Gagel SGB III, § 11 RdNr. 19; Brühl in LPK-SGB II, 2. Auflage 2007, § 11 RdNr. 12). Bislang ist zwar eine Zusammenrechnung der Einkünfte gemäß [§ 850 e Nr. 2](#) Zivilprozessordnung (ZPO) nicht erfolgt, so dass der pfändbare Betrag auf dem Konto des Antragstellers zu 2 gutgeschrieben wird. Die Treuhänderin hat jedoch bestätigt, dass der Antragsteller zu 2 seinen Pflichten aus der Abtretungserklärung nachkommt. Dies ist nach vorläufiger Auffassung des Senats auch im Rahmen der Bestimmung des Einkommens nach [§ 11 SGB II](#) zu berücksichtigen. Die Entschuldung zahlungsunfähiger natürlicher Personen durch das Verfahren der Restschuldbefreiung nach der InsO ist ein zentrales sozialpolitisches Anliegen der Reform des Insolvenzrechts. An der Notwendigkeit ein geeignetes Verfahren vorzusehen, um überschuldeten Personen einen wirtschaftlichen Neuanfang zu ermöglichen, werden seit Verabschiedung der Insolvenzordnung im Jahre 1994 kaum noch Stimmen laut. Eine Restschuldbefreiung ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn neben dem noch verfügbaren Vermögen das pfändbare Einkommen eingesetzt wird und der Erlös in einem geordneten Verfahren an die Gläubiger verteilt wird. Die Abtretung des pfändbaren Einkommens an den Treuhänder soll dem insolventen Schuldner vor Augen führen, dass er Restschuldbefreiung nur erlangen kann, wenn er sich für die Wohlverhaltensphase mit dem unpfändbaren Teil seines Einkommens begnügt ([BT-Drucks. 12/2443 S. 189](#) und zum Ganzen [BT-Drucks 16/7416 S. 30](#)). Im Regelfall kommt es dabei nicht zu Verwerfungen mit sozialrechtlichen Bestimmungen, denn der unpfändbare Teil des Einkommens verbleibt dem Schuldner und dies gewährleistet, dass durch die Abtretungen in der Wohlverhaltensphase keine Sozialhilfebedürftigkeit eintritt. Wo jedoch im SGB II der Einsatz des Einkommens zugunsten von Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft gefordert ist, gegenüber denen Unterhaltungspflichten nicht bestehen, gibt [§ 850 f Abs. 1 ZPO](#), der an Unterhaltungspflichten anknüpft, keine Möglichkeit zur entsprechenden Anpassung (vgl. vorliegend den Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 2. März 2005). Dieser Wertungswiderspruch, der dazu führen würde, dass für Antragsteller mit Stiefkindern anders als für Antragsteller in vergleichbarer finanzieller Lage, die nur leibliche Kinder haben, die Erlangung einer Restschuldbefreiung gefährdet oder nur unter Einsatz von Einkommen, das für den Lebensunterhalt als unerlässlich angesehen wird, möglich wäre, muss aus Sicht des Senats durch entsprechende Auslegung des Einkommensbegriffs aufgelöst werden. Das Einkommen ist daher um die nach [§ 287 InsO](#) abgetretenen Forderungen zu vermindern. Dies gilt nach vorläufiger Auffassung jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Ansprüche vor Änderung des [§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) (dazu sogleich) abgetreten worden sind. Ob auch Pfändungen und Abtretungen aufgrund anderer Sachverhalte in diesem Sinne zu behandeln sind, kann offen bleiben.

Das verbleibende zufließende Einkommen ist um die Versicherungspauschale von 30,- Euro sowie die Aufwendungen für eine Kfz-Versicherung in Höhe von 32,97 Euro zu bereinigen. Weitere Absetzungen sind bis November 2007 nicht anzuerkennen. Insbesondere die geltend gemachten Aufwendungen des Antragstellers zu 2 zur Erfüllung seiner Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern M und N können nicht in Ansatz gebracht werden. Solche Aufwendungen können nur abgesetzt werden, wenn sie - wie dies im November 2007 geschehen ist - titulierte sind ([§ 11 Abs. 2 Nr. 7 SGB II](#)). Eine freiwillige, nicht titulierte Zahlung von Unterhalt ist nach dem Wortlaut der Norm auch bei bestehender gesetzlicher Pflicht nicht absetzbar. Der Senat verweist deswegen im Einzelnen auf seine Hinweise vom 12. November 2007. Für die Zeit von November 2007 an bestehen angesichts der mehrfachen Erklärungen der Mutter der unterhaltsberechtigten Kinder Zweifel an der tatsächlichen Zahlung entsprechend dem Unterhaltstitel nicht. Die Unterhaltspflichten, die den maßgeblichen Tabellenunterhalt nach der sog. Düsseldorfer Tabelle nicht erreichen, übersteigen die tatsächliche Leistungsfähigkeit angesichts der

Abtretung im Insolvenzverfahren allenfalls geringfügig, so dass im vorliegenden Verfahren dahin stehen kann, ob der Antragsteller für die Zukunft verpflichtet werden kann, den Unterhaltstitel ändern zu lassen (dazu Mecke in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage 2008 § 11 RdNr. 128) oder ob angesichts des Betrages von 100,- Euro, der durch Naturalunterhalt geleistet wird, eine zeitweise Aufnahme der beiden Kinder in die Bedarfsgemeinschaft nicht ohnehin näher liegt. Jedenfalls im streitigen Zeitraum stand das Einkommen von November 2007 an in Höhe von 700,- Euro wegen der Erfüllung titulierter Unterhaltsverpflichtungen nicht zur Verfügung.

Dieses Einkommen (für die Zeit bis zum 31. Oktober 2007 also 2074,90 Euro, in der Folge 1374,90 Euro) ist bei Prüfung der Hilfebedürftigkeit für alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft - also auch für die gegenüber dem Antragsteller zu 2 nicht unterhaltsberechtigten Antragsteller zu 3 und 4 - einzusetzen. Das Gesetz bestimmt in seiner seit dem 1. August 2006 geltenden Fassung in [§ 9 Abs. 2](#) Sätze 1 und [2 SGB II](#) ausdrücklich: "Bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, sind auch das Einkommen und Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Bei unverheirateten Kindern, die mit ihren Eltern oder einem Elternteil in einer Bedarfsgemeinschaft leben und die die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht aus ihrem eigenen Einkommen oder Vermögen beschaffen können, sind auch das Einkommen und Vermögen der Eltern oder des Elternteils und dessen in Bedarfsgemeinschaft lebenden Partners zu berücksichtigen." Seit dem 1. August 2006 ist damit auch das Einkommen und Vermögen des Partners eines Elternteils für den Bedarf eines - ihm familien- und unterhaltsrechtlich fremden - Kindes einzusetzen, gleich ob es sich um einen Ehepartner, den Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder den Partner einer gemischt- oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft handelt. Die Regelungen führen wegen [§ 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II](#) außerdem dazu, dass auch ein isoliert betrachtet nicht Bedürftiger - dessen Einkommen oder Vermögen zur Deckung des individuellen Bedarfs ausreicht - Hilfeempfänger im SGB II wird, wenn der Gesamtbedarf in der Bedarfsgemeinschaft nicht gedeckt ist.

Die Anrechnung des Einkommens des Antragstellers zu 2 auf den Gesamtbedarf der Bedarfsgemeinschaft nach den Grundsätzen des [§ 9 Abs. 2 Satz 2](#) und 3 SGB II führt bei einem nach Einkommensanrechnung ungedeckten Gesamtbedarf von 244,05 Euro (bis 31. August 2007), von 570,54 Euro (im September 2007), von 268,05 Euro (im Oktober 2007) bzw. von 968,05 Euro (ab 1. November 2007) zu folgenden Einzelansprüchen (Einzelbedarf zu Gesamtbedarf mal ungedecktem Bedarf, gerundet): Die Antragstellerin zu 1 und der Antragsteller zu 2 haben in der Zeit bis zum 31. August 2007 Anspruch auf jeweils 62,- Euro, im September 2007 auf jeweils 141,- Euro, im Oktober 2007 auf jeweils 68,- Euro und für die Zeit vom 1. November 2007 bis zum 31. Dezember 2007 auf jeweils 246,- Euro. Die Ansprüche der Antragsteller zu 3 und 4 betragen in diesen Zeiträumen jeweils 42,- Euro, 100,- Euro, 47,- Euro bzw. 168,- Euro. Der Anspruch der Antragstellerin zu 5 beträgt schließlich 35,- Euro, 86,- Euro, 40,- Euro bzw. 139,- Euro.

Der Antragsteller zu 2 ist zwar nach [§ 1590 Abs. 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) mit den Antragstellern zu 3 und 4 verschwägert. Gleichwohl kann die Anrechnung von Einkommen des Antragsteller zu 2 auf den Bedarf der Antragsteller zu 3 und 4 nicht lediglich nach den Grundsätzen des [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) erfolgen (so aber LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 18. April 2007 - [L 9 AS 139/07 ER](#) -, juris RdNr. 14 ff.; SG Berlin, Beschluss vom 20. Dezember 2006 - [S 37 AS 11401/06 ER](#) -, juris RdNr. 10 ff.). Diese Norm bestimmt: "Leben Hilfebedürftige in Haushaltsgemeinschaften mit Verwandten oder Verschwägerten, so wird vermutet, dass sie von ihnen Leistungen erhalten, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann". Durch die Alg II-V vom 20. Oktober 2004 ([BGBl. I 2622](#)) i. d. F. der 1. Änderungsverordnung vom 22. August 2005 ([BGBl. I 2499](#)) wurde in § 1 Abs. 2 Alg II-V konkretisiert, dass Leistungen von Verwandten und Verschwägerten in der Haushaltsgemeinschaft nur dann erwartet werden können, wenn diesen Angehörigen ein deutlich über den Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts liegendes Lebensunterhaltsniveau verbleibt, was im vorliegenden Fall aufgrund der dortigen Berechnungsweise (dazu im Einzelnen Mecke a.a.O. § 9 RdNr. 57ff) und nach vorrangigem Einsatz des verbleibenden Einkommens für die Bedarfe der Ehefrau und des im Haushalt lebenden, leiblichen Kindes dazu führen würde, dass (bis zum 31. Oktober 2007) nur etwa 125,- Euro des Einkommens des Antragstellers zu 2 für die Antragsteller zu 3 und 4 einzusetzen wären (bzw. in der Zeit danach kein einsetzbares Einkommen verbliebe).

Gegen die Anwendbarkeit von [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) in der vorliegenden Fallkonstellation sprechen sowohl der Wortlaut als auch die Stellung der jeweiligen Absätze innerhalb des [§ 9 SGB II](#). [§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) bestimmt die zwingende Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen der dort genannten Personen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft. [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) ist - demgegenüber erkennbar nachrangig - erst anwendbar, wenn keine Bedarfsgemeinschaft, sondern lediglich eine Haushaltsgemeinschaft zwischen Verwandten und Verschwägerten besteht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Gesetzesmaterialien, in denen die Neuregelung mit der nach altem Recht gegebenen Ungleichbehandlung von verheirateten und unverheirateten Partnern begründet wurde, weil bei verheirateten Partnern eine Schwägerschaft zum nicht leiblichen Kind entsteht und somit die Vermutungsregelung des [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) zum Tragen kam ([BT-Drucks. 16/1410 Seite 20](#)). Diese Ungleichbehandlung hat der Gesetzgeber gerade nicht durch eine - ebenfalls denkbare - Erweiterung des [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) auf Kinder des nichtehelichen Partners beseitigt, sondern durch eine Einbeziehung von Kindern des verheirateten und des nichtehelichen Partners in [§ 9 Abs. 2 SGB II](#) (vgl. LSG Hamburg Beschluss vom 10. Dezember 2007 - [L 5 B 383/07 ER AS](#) - unter Bezugnahme auf Peters in Estelmann, SGB II, § 9 RdNr. 36; Schellhorn in GK-SGB II, § 9 RdNr. 29). Eine entgegenstehende Auslegung des [§ 9 SGB II](#) nach der Neuregelung seines Abs. 2 würde erneut zu einer Ungleichbehandlung führen (nämlich der Schlechterstellung unverheirateter Partner), die ersichtlich nicht gewollt ist.

Zu Recht weisen die Antragsteller allerdings darauf hin, dass gegen die zwingende Anrechnung von Einkommen und Vermögen des Partners in Rechtsprechung und Literatur zum Teil verfassungsrechtliche Bedenken mit beachtlichen Argumenten geltend gemacht werden (z.B. SG Berlin, Beschluss vom 8. Januar 2007 - [S 103 AS 10869/06](#) - ZFSH/SGB 2007, S. 290 ff., 292 ff.; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. April 2007 - [L 3 AS 1740/07](#) - ZFSH/SGB 2007, S. 481 f.; Wenner, Soziale Sicherheit 2006, S. 146 ff., S. 152; Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 2. Aufl., § 9 RdNr. 30; a.A.: SG Aachen, Beschl. v. 5.1.2007 - [S 9 AS 146/06 ER](#) - Juris RdNr. 17; § 9 RdNr. 48; Adolph in Linhart/Adolph, SGB II/SGB XII/AsylbLG, [§ 9 SGB II](#), RdNr. 17; Dauber in Mergler/Zink, SGB II, § 9 RdNr. 32; Spellbrink in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage 2008 § 7 RdNr. 55 f). Gleichwohl handelt es sich bei [§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) um geltendes Recht, das so lange anzuwenden ist, wie es nicht vom Gesetzgeber korrigiert oder vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wird ([§ 78 Satz 1](#) Bundesverfassungsgerichtsgesetz). Anders als im Hauptsacheverfahren hat im einstweiligen Rechtsschutzverfahren jedoch keine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach [Artikel 100](#) Grundgesetz zu erfolgen, da keine endgültige Entscheidung ergeht (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Auflage 2005, § 86b RdNr. 13).

Ist eine abschließende Klärung der vorliegenden Sach- und Rechtsfragen bei offenem Ausgang in der Hauptsache danach nicht möglich, hat der Senat auf Grundlage einer Folgenabwägung zu entscheiden (vgl. hierzu Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR](#)

[569/05](#) - Seite 8 mwN = [NVwZ 2005, 927](#) ff). Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bedenken und angesichts der wirtschaftlich angespannten Lage der Antragsteller und der ohnehin - jedenfalls für die Antragstellerin zu 5 - äußerst knapp bemessenen Leistungshöhe, gewährt der Senat im Ergebnis dieser Abwägung die nach seiner vorläufigen Auffassung zustehenden Leistungen dem Antragsteller zu 2 ausnahmsweise rückwirkend ab Stellung des Antrags beim Sozialgericht und den übrigen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft (angesichts der gegenüber den bewilligten Leistungen nur geringfügig abweichenden Ansprüche bis zum 31. August 2007) ab September 2007. Unter Berücksichtigung bereits gezahlter Leistungen ergaben sich die tenorierten Beträge. Weitergehende Ansprüche, die bestünden, wenn [§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) im Ergebnis der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht anzuwenden wäre, gewährt er vorläufig jedoch nicht. Die Interessen der Antragsteller sieht der Senat wegen dieser Frage als noch ausreichend gewahrt an; ein Abwarten auf den Ausgang der Hauptsache ist ihnen zumutbar. Die Dispositionen des Antragstellers zu 2 im Hinblick auf die von ihm erstrebte Restschuldbefreiung nach der InsO, die er vor Änderung der Rechtslage nach [§ 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) getroffen hat, sieht der Senat durchaus als schützenswert an. Sie werden jedoch durch eine entsprechende Auslegung des Einkommensbegriffs bereits beachtet. Mit der Titulierung der Unterhaltsansprüche seiner leiblichen Kinder hat der Antragsteller zu 2 ferner erreicht, dass der Vorrang seiner bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflichten gewahrt bleibt. Der Einsatz des übrigen Einkommens des Antragstellers zu 2 bis zum Abschluss der Hauptsache entsprechend der ausdrücklichen Gesetzeslage scheint demgegenüber hinnehmbar. Die Antragsteller leben seit 10 Jahren zusammen in einem Familienverband. Es kann jedenfalls im vorliegenden Einzelfall von einer Nähebeziehung ausgegangen werden, die es ausgeschlossen erscheinen lässt, dass das der Bedarfsgemeinschaft verbleibende Einkommen nicht auch zugunsten der Antragsteller zu 3 und 4 eingesetzt wird.

Sollte sich im Ergebnis des Hauptsacheverfahrens erweisen, dass diese Anordnung von Anfang an ganz oder teilweise ungerechtfertigt war, sind die Antragsteller verpflichtet, dem Antragsgegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Vollziehung dieser Anordnung entsteht ([§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) in Verbindung mit [§ 945 ZPO](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) in entsprechender Anwendung.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2008-06-04