

## L 6 AS 458/08 ER

Land  
Niedersachsen-Bremen  
Sozialgericht  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
6  
1. Instanz  
SG Osnabrück (NSB)  
Aktenzeichen  
S 22 AS 393/08 ER  
Datum  
10.07.2008  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen  
L 6 AS 458/08 ER  
Datum  
21.10.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss

Der Antragstellerin wird für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens vor dem Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt C., D., beigeordnet; Raten sind nicht zu zahlen. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Osnabrück vom 10. Juli 2008 aufgehoben. Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung unter dem Vorbehalt der Rückforderung bei Unterliegen der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren verpflichtet, dieser ab dem Monat Mai 2008 bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens, längstens bis zum Monat Januar 2009 jeweils weitere 53 EUR monatlich im Voraus zu zahlen. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die außergerichtlichen Kosten beider Rechtzüge zu erstatten.

Gründe:

Die Antragstellerin hat Anspruch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH). Denn sie kann nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen und die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet hinreichende Aussicht auf Erfolg und erscheint nicht mutwillig ([§ 73a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 114 Satz 1 ZPO](#)). I

Streitig ist ein Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung aus medizinischen Gründen ([§ 21 Abs 5 SGB II](#)).

Die 1981 geborene Antragstellerin bezieht Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, zuletzt bewilligt mit Bescheid vom 31. Juli 2008 bis zum 31. Januar 2009. Die körperbehinderte Antragstellerin leidet seit ihrer Geburt an einer Spina bifida und ist auf einen Rollstuhl angewiesen. Im Mai 2007 hat sie wegen einer diagnostizierten Laktoseintoleranz Leistungen für Mehrbedarf beantragt. Das Gesundheitsamt des Antragsgegners teilte mit, die Schwere der Erkrankung sei nicht ersichtlich, und führte weiter aus, es sei vorstellbar, dass bei entsprechender Schwere der Erkrankung ein Mehrbedarf entstehe, weil eine Vielzahl marktüblicher Grundnahrungsmittel nicht vertragen werde. Eine abschließende Stellungnahme hielt es nach einer Untersuchung für möglich (Mitteilung vom 14. August 2007). Die Beteiligten vereinbarten daraufhin, dass vor einer Entscheidung über den Antrag auf Leistungen für Mehrbedarf eine weitere Stellungnahme des Hausarztes und des Gesundheitsamtes abgewartet werden solle (Aktenvermerk vom 6. September 2007). Dr E. hat in der ärztlichen Bescheinigung vom 11. September 2007 darauf hingewiesen, dass Milchzucker streng gemieden werden müsse. Zudem bestehe eine Nahrungsmittelallergie gegen Walnüsse. Da eine Vielzahl marktüblicher Grundnahrungsmittel nicht vertragen werde, hat er eine Notwendigkeit kostenaufwändiger Ernährung gesehen. Die Antragstellerin ergänzte, dass die Aufnahme von Laktose Übelkeit, Durchfall und Erbrechen verursache und dass selbst Medikamente, die Laktose enthielten, ersetzt werden müssten. Die Amtsärztin Medizinaloberrätin F. hielt demgegenüber unter Hinweis auf die Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge für die Gewährung von Krankenkostzulagen 2. Aufl 1997 einen Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung nicht für gegeben. Eine Ausnahme hielt sie nur bei speziellen bilanzierten Formuladiäten, die als sog Heilnahrung bei Säuglingen mit chronisch protrahierter Diarrhöe und Laktoseintoleranz aufgrund eines sekundären Laktosemangels im Einzelfall aus ärztlicher Sicht indiziert seien, für möglich. Ein solcher Einzelfall sei bei der Antragstellerin ärztlich nicht attestiert. Daraufhin hat der Antragsgegner Leistungen für Mehrbedarf abgelehnt (Bescheid vom 19. Oktober 2007). Im Widerspruchsverfahren hat die Antragstellerin weitere ärztliche Bescheinigungen vorgelegt: Dr E. hat hervorgehoben, dass eine Laktoseintoleranz schon bei kleinen Mengen festgestellt worden sei. Prof Dr G. hat auch auf eine Fruktoseintoleranz aufmerksam gemacht und darauf hingewiesen, die Störungen bedingten, dass die Antragstellerin nur ausgewählte Nahrungsmittel zu sich nehmen könne. Er hat empfohlen, den finanziellen Mehraufwand zu vergüten. Daraufhin veranlasste der Antragsgegner eine amtsärztliche Untersuchung. Sein Gesundheitsamt gab der Antragstellerin Gelegenheit, ihre Symptomatik zu schildern. In der Mitteilung vom 11. Februar 2008 führte es aus, dass die Erkrankungen nach den Empfehlungen des Deutschen Vereins (2. Aufl 1997) und dem Begutachtungsleitfaden für den Mehrbedarf bei krankheitsbedingter kostenaufwändiger Ernährung des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe 2002 keine Mehrkosten verursachende Kostformen erforderten.

Nachdem der Antragsgegner im April 2008 mitgeteilt hatte, dass wegen der Vielzahl der vorliegenden Widersprüche eine zeitnahe Entscheidung über den Widerspruch der Antragstellerin nicht möglich sei, hat diese am 5. Mai 2008 vor dem Sozialgericht (SG) Osnabrück den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt. Sie hat auf weitere Allergien hingewiesen, die einen Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung, den sie mit monatlich 53,20 EUR errechnet hat, bedingten. Dazu hat sie die ärztliche Bescheinigung des Prof Dr G. vom 3. Juli 2008 vorgelegt. Aus ihr geht hervor, dass die Malassimilationsstörungen einer stringenten diätetischen Behandlung bedürfen, da es ansonsten zu schweren gastrointestinalen Nebenwirkungen komme, und dass mit den diätetischen Maßnahmen zwangsläufig ein finanzieller Mehraufwand im Vergleich zur gesunden Normalbevölkerung verbunden sei. Das SG hat den Antrag durch Beschluss vom 10. Juli 2008 unter Hinweis auf die Empfehlungen des Deutschen Vereins (2. Aufl 1997) und sozial- sowie verwaltungsgerichtliche Entscheidungen abgelehnt.

Gegen die am 15. Juli 2008 zugestellte Entscheidung hat die Antragstellerin am 11. August 2008 Beschwerde eingelegt. Sie hält das Rechtsmittel für zulässig, auch wenn der Beschwerdewert nicht mehr als 750 EUR betrage. Sie ist der Auffassung, dass bei der Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde neben dem Wert des Beschwerdegegenstandes auch die Zulassungsgründe für die Berufung heranzuziehen seien und dass die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe. In der Sache hat sie ausgeführt, nunmehr auch an Hyperlipidämie und Hyperurikämie zu leiden. Des Weiteren hat sie die Allergie gegen Gräser und Getreide unterstrichen. Insgesamt sei eine ausgewogene Ernährung ohne Mehraufwand nicht möglich. Da sie sich diese nicht leisten könne, leide sie unter ständigen Durchfällen, Bauchschmerzen und Erbrechen. Hierbei werde die angeborene Inkontinenz erheblich verschlimmert und unerträglich. Schließlich erinnere sie daran, dass sie wegen einer Spina bifida gelähmt und auf den Rollstuhl angewiesen sei. Zur Glaubhaftmachung hat die Antragstellerin die ärztliche Bescheinigung vom 4. August 2008 und Auszüge aus einem Allergie-Pass vom 8. Mai 2007 vorgelegt. Der Antragsgegner hält an seiner Auffassung fest und sieht auch aufgrund der weiteren gesundheitlichen Störungen keinen Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung.

II

1. Die gemäß [§ 173 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte und nach [§ 172 Abs 1 SGG](#) an sich statthafte Beschwerde ist zulässig und nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) nicht ausgeschlossen. Allerdings folgt die Zulässigkeit der Beschwerde nicht schon aus der Rechtsmittelbelehrung, in der das SG die Beschwerde ersichtlich deshalb als zulässig angesehen hat, weil es von begehrten 53,20 EUR wöchentlich ausgegangen ist. Denn eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung kann ein Rechtsmittel, das gesetzlich ausgeschlossen ist, nicht eröffnen.

a) Nach [§ 172 Abs 1 SGG](#) findet gegen die Entscheidungen der Sozialgerichte mit Ausnahme der Urteile und gegen Entscheidungen der Vorsitzenden dieser Gerichte die Beschwerde an das Landessozialgericht (LSG) statt, soweit nicht in diesem Gesetz anderes bestimmt ist. Seit dem 1. April 2008 ist mit dem Gesetz zur Änderung des SGG und des ArbGG ([BGBl I 2008 S 444](#)) die Beschwerde nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) ausgeschlossen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn in der Hauptsache die Berufung nicht zulässig wäre. Die für die Frage der Statthaftigkeit maßgebende Beschwer richtet sich bei der Beschwerde wie bei allen Rechtsmitteln nach der durch die angefochtene Entscheidung begründeten materiellen Beschwer. Abzustellen ist deshalb allein auf den Gegenstand sowie die Beschwer im einstweiligen Rechtsschutzverfahren und nicht auf ein ggf anhängiges Hauptsacheverfahren (vgl Binder in: Hassel/Gurgel/Otto [Hrsg], Handbuch des Fachanwalts Sozialrecht, 2. Aufl 2008 S 359, Kap 3 Rn 357; s auch Kopp VwGO 10. Aufl 1994 § 146 Rn 15 und Schnellenbach DVBl 1993, 230/235 zu dem in den Jahren 1993 bis 1996 in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geregelten umfassenden Beschwerdeausschluss in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes). Somit verweist der Wortlaut der Nr 1 des Abs 3 in [§ 172 SGG](#) "wenn in der Hauptsache die Berufung nicht zulässig wäre" nicht auf ein einem Eilverfahren ggf zugrunde liegendes (konkretes) Hauptsacheverfahren. Zu prüfen ist vielmehr, ob die Berufung nicht zulässig wäre, wäre das Beschwerdeverfahren ein Hauptsacheverfahren (vgl Binder aaO). Eine andere Auslegung widerspräche der Systematik der Prüfung der für die Frage der Statthaftigkeit eines Rechtsmittels maßgebenden Beschwer, die allein durch die angefochtene Entscheidung begründet wird, und wäre sinnwidrig, weil in einstweiligen Rechtsschutzverfahren der Grundsicherung für Arbeitsuchende es regelmäßig an einer Hauptsache(entscheidung) fehlt, die Aufschluss über die für die Bestimmung der Statthaftigkeit der Berufung maßgebenden Beschwer geben könnte. In vielen Fällen ist, wie vorliegend, eine Hauptsache vor dem SG noch nicht einmal anhängig. Würde auf eine Beschwer eines Hauptsacheverfahrens zur Bestimmung der Statthaftigkeit der Berufung in der Hauptsache abgestellt, müsste diese projiziert werden und wäre das Ergebnis deshalb spekulativ. Selbst in dem vorliegenden Rechtsstreit, der in der Hauptsache laufende Leistungen für mehr als ein Jahr betrifft, kann nicht allein deshalb auf eine statthafte Berufung geschlossen werden. Denn für ihre Statthaftigkeit ist entscheidend, dass die Berufung laufende Leistungen für mehr als ein Jahr betrifft ([§ 144 Abs 1 Satz 2 SGG](#)). Das ist indes von einer einheitlichen Entscheidung des SG für den gesamten streitigen Leistungszeitraum abhängig, wovon hier nicht ohne Weiteres ausgegangen werden kann, da sich der Gesundheitszustand der Antragstellerin seit der Antragstellung auf Leistungen für Mehrbedarf verändert hat.

Der für die Statthaftigkeit der Berufung maßgebende Wert des Beschwerdegegenstandes von mehr als 750 EUR ([§§ 143, 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#)) wird in dem vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht erreicht. Die Antragstellerin begehrt die Zahlung weiterer 53,20 EUR monatlich. Maßgeblich für die Bestimmung des Wertes des Beschwerdegegenstandes im einstweiligen Rechtsschutz ist die Antragstellung beim SG zu Beginn des Monats Mai 2008. Begrenzt wird der Zeitraum einer einstweiligen Regelung durch den dem streitigen Rechtsverhältnis zugrunde liegenden laufenden Bewilligungszeitraum, hier bis zum 31. August 2008. Der erforderliche Beschwerdewert von mehr als 750 EUR wird selbst dann nicht erreicht, wenn man die nach der ablehnenden Entscheidung des SG und vor der Einlegung der Beschwerde erfolgte Weiterbewilligung im Bescheid vom 31. Juli 2008 bis zum 31. Januar 2009 berücksichtigen würde. Indes folgt daraus nicht ohne Weiteres, dass die Beschwerde ausgeschlossen ist. Der beschließende Senat teilt nicht die in der Rechtsprechung (s nur den Beschluss des - für den örtlichen Geschäftsbereich des beschließenden Senats nicht zuständigen - 13. Senats des Gerichts vom 8. September 2008 - [L 13 AS 178/08 ER](#) - mwN) verbreitete Auffassung, dass für die Zulässigkeit der Beschwerde allein der für die Statthaftigkeit der Berufung maßgebende Wert des Beschwerdegegenstandes von mehr als 750 EUR entscheidend ist, sofern das Rechtsmittel nicht wiederkehrende oder laufende Leistungen für mehr als ein Jahr betrifft, was im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende indes ausgeschlossen ist, da die Leistungen regelmäßig für 6 Monate und keinesfalls länger als für 12 Monate bewilligt werden sollen ([§ 41 Abs 1 Sätze 4 f SGB II](#)).

Der Wortlaut "wenn in der Hauptsache die Berufung nicht zulässig wäre" zielt nicht einengend auf den Wert des Beschwerdegegenstandes von mehr als 750 EUR (so zutreffend auch der 8. Senats des Gerichts, Beschluss vom 29. September 2008 - [L 8 SO 80/08 ER](#) - S 3 f). Die Frage des Ausschlusses der Beschwerde ist - wie oben begründet - durch die Prüfung zu beantworten, ob die Berufung nicht zulässig, dh hier im engeren Sinne: nicht statthaft ([§ 143 SGG](#)) wäre, handelte es sich bei dem Beschwerdeverfahren um ein Hauptsacheverfahren. Aufgrund des Wortlauts: "zulässig wäre" (nicht: "zulässig ist" - so unzutreffend der 13. Senat des Gerichts aaO S 4) sind auch die Zulassungsgründe

einer Berufung ([§ 144 Abs 2 SGG](#)) heranzuziehen. Denn statthaft ist eine Berufung nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch kraft Zulassung ([§§ 143 f SGG](#)). Der beschließende Senat teilt nicht die Bedenken des 8. Senats des Gerichts (aaO S 4 f), dass diese Auslegung zu Unsicherheiten führe. Das Abstellen auf die Beschwer durch die angefochtene Entscheidung und die Prüfung, ob die Berufung nicht zulässig wäre, handelte es sich um eine Hauptsacheentscheidung, ermöglichen eine einfache und verlässliche Heranziehung auch der Zulassungsgründe des [§ 144 Abs 2 SGG](#).

Dem steht nicht entgegen, dass in [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) nicht ausdrücklich auf [§ 144 Abs 2 SGG](#) verwiesen wird. Denn es wird auch die Wertbegrenzung in [§ 144 Abs 1 SGG](#) nicht ausdrücklich genannt. Vielmehr wird mit dem Wortlaut das Regelungsgefüge zur Statthaftigkeit der Berufung insgesamt erfasst. Diese Auslegung entspricht der Systematik der Rechtsmittel im SGG. Auch wenn der Gesetzgeber durch die Erhöhung des Werts des Beschwerdegegenstandes zum 1. April 2008 den Kreis der Rechtsstreitigkeiten, für die er einen Instanzenzug ausreichend hält, weiter gezogen hat, hat er an der Zulassung der Berufung in den sog Bagatellsachen aus Gründen der Richtigkeitsgewähr und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung festgehalten. Diese Gründe sprechen erst recht für die Auslegung des Senats zur Zulässigkeit des Rechtsmittels in einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Denn bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende handelt es sich um existenzielle Leistungen, für die die einstweilige Rechtsschutzgewährung von herausragender Bedeutung ist. Will der Gesetzgeber die in [§ 172 Abs 1 SGG](#) grundsätzlich eröffnete Beschwerde für Rechtsstreitigkeiten allein aufgrund des Werts des Beschwerdegegenstandes schlechthin ausschließen, muss er dieses wegen des Gebots der Rechtsmittelklarheit (s hierzu näher den Beschluss des Senats vom 6. Mai 2008 - [L 6 B 48/08 AS](#) - zur Statthaftigkeit der Beschwerde gegen PKH ablehnende Entscheidungen wegen fehlender Erfolgsaussichten bei Unzulässigkeit der Berufung in der Hauptsache) im Wortlaut eindeutig zum Ausdruck bringen. Ob die Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes in den Verfahren der Grundsicherung für Arbeitsuchende angesichts ihres existenziellen Charakters dann noch verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen würde, wenn die Rechtsprechung in diesem Bereich ungeachtet obergerichtlicher und höchstrichterlicher Entscheidungen zu zersplittern droht, kann dahinstehen, ist aber zweifelhaft, zumal die Sozialgerichte trotz personeller Verstärkung einem erheblichen Arbeitsdruck ausgesetzt sind und bei Einzelrichterentscheidungen die in einem Kollegialorgan eher gewährleistete Richtigkeitsüberprüfung fehlt.

Tatsächlich entspricht die Einräumung eines Rechtsmittels im Beschwerdeverfahren nach denselben Kriterien, die für ein Rechtsmittel im Hauptsacheverfahren gelten, dem mit der Neuregelung verfolgten und aus der Gesetzesbegründung ersichtlichen Regelungszweck. Danach sollte allein die bis zum 31. März 2008 feststellbare Privilegierung der Rechtsmittel im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegenüber den Rechtsmitteln im Hauptsacheverfahren beseitigt werden ([BT-Drs 16/7716 S 22](#) zu Nummer 29 [§ 172] Buchstabe b Nr 1; s auch Tabbara, NZS 2008, 8/16). Die Auffassung des 13. Senats des Gerichts (aaO), bei Annahme einer identischen Reichweite der Rechtsmittel würde dieses Ziel nicht erreicht, trifft nicht zu. Für die Absicht, das Rechtsmittel im vorläufigen Rechtsschutz gegenüber dem Rechtsmittel in der Hauptsache deutlich einzuschränken, ergibt sich kein Hinweis. Und im Bereich der VwGO hat der Gesetzgeber den erst durch das RPfEntlG vom 11. Januar 1993 (BGBl I S 55) mit Wirkung vom 1. März 1993 in [§ 146 Abs 4](#) normierten Beschwerdeausschluss bereits mit dem 6. VwGOÄndG vom 1. November 1996 ([BGBl I S 1626](#)) mit Wirkung vom 1. Januar 1997 aufgehoben, um die Rechtsmittel in Haupt- und Nebenverfahren zu harmonisieren ([BT-Drs 13/3993, S 14/23](#); s auch Kopp/Schenke VwGO 11. Aufl 1998, Rn 14). Allein dieser Gesetzeszweck ergibt sich auch aus der Begründung des Gesetzes zur Änderung des SGG und des ArbGG vom 26. März 2008 ([BGBl I S 444](#)), in der im Übrigen auch auf das Ziel einer Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen hingewiesen wird ([BT-Drs 16/7716 S 12](#)). Dieser Gesichtspunkt und die Aufgabe des generellen Ausschlusses der Beschwerde in einstweiligen Rechtsschutzverfahren der VwGO bereits nach einem kurzen Zeitraum runden die Auffassung des Senats ab, dass ein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber dessen und der Gesetzesbegründung ungeachtet die Rechtsmittel in Haupt- und einstweiligen Rechtsschutzverfahren in der Sozialgerichtsbarkeit unterschiedlich regeln wollte, nicht besteht.

Vielmehr wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber eine eindeutige und allein auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zielende Formulierung gewählt hätte, wenn das Rechtsmittel im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegenüber dem Rechtsmittel in der Hauptsache eingeschränkt sein sollte, was leicht möglich gewesen wäre. Denn er hätte lediglich den Wert des Beschwerdegegenstandes als entscheidend für den Ausschluss der Beschwerde in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes benennen müssen. So hat der Gesetzgeber in den Regelungen zur Statthaftigkeit der Beschwerde in PKH-Verfahren in der ZPO (§§ 127 Abs 2 Satz 2, 511) eindeutig den maßgebenden Streitwert der Hauptsache benannt. Auch den vom 1. März 1993 bis 31. Dezember 1996 in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geltenden umfassenden Beschwerdeausschluss in vorläufigen Rechtsschutzverfahren hatte er in [§ 146 Abs 4 VwGO](#) deutlich formuliert: "Die Beschwerde ist nicht gegeben, wenn im Verfahren zur Hauptsache die Berufung gemäß [§ 131 Abs. 2](#) der Zulassung bedürfte." Vor diesem Hintergrund wäre es schlicht unverständlich, dass der Gesetzgeber keinen eindeutigen Wortlaut zur Begrenzung der Beschwerde auf Verfahren mit einem Wert des Beschwerdegegenstandes von mehr als 750 EUR wählte, wenn er diese tatsächlich gewollt hätte.

Die Auffassung des Senats wird durch den dokumentierten Gesetzgebungsverlauf gestützt. In der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales hatte der Deutsche Sozialgerichtstag auf den einem weitreichenden Beschwerdeausschluss nicht genügenden Wortlaut hingewiesen und vorgeschlagen zu formulieren: "Die Beschwerde ist ausgeschlossen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, wenn in der Hauptsache die Berufung der Zulassung bedürfte." und den Sozialgerichten die Möglichkeit einzuräumen, in entsprechender Anwendung des [§ 144 Abs 2 Nrn 1 f SGG](#) die Beschwerde zuzulassen (Ausschussdrucksache 16[11]910 S 14). Darauf ist der Gesetzgeber indes nicht eingegangen. Entgegen der Auffassung von Burkiczak (ZFSH/SGB 2008, 323/330) kann daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass allein der Wert des Beschwerdegegenstandes maßgeblich sein soll. Vielmehr unterstützt die Tatsache, dass der Gesetzgeber auch nach ausdrücklichem Hinweis keine eindeutige Formulierung auf einen allein maßgebenden Beschwerdewert gewählt hat, die Auffassung des Senats.

Auch das mit der Einschränkung der Beschwerde in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgte Ziel einer Entlastung der Landessozialgerichte ([BT-Drs 16/7716 S 22](#) zu Nummer 29 [§ 172] Buchstabe b) - auf das in der Rechtsprechung verbreitet entscheidend für die Heranziehung allein des Beschwerdewerts hingewiesen wird - spricht nicht gegen die Auffassung des Senats. Denn auch die begründete identische Reichweite von Rechtsmitteln im vorläufigen Rechtsschutzverfahren und in der Hauptsache hat eine gegenüber der Gesetzeslage vor dem 1. April 2008 entlastende Wirkung: Es bleibt eine spürbare Entlastung der Landessozialgerichte. Denn die Verfahren, in denen Zulassungsgründe des [§ 144 Abs 2 SGG](#) von Bedeutung sind, sind gemessen an der Vielzahl erstinstanzlicher Entscheidungen gering. Und es geht nicht um die Eröffnung der Möglichkeit einer Zulassung der Beschwerde durch das SG oder auf Beschwerde durch das LSG (so der 8. Senat des Gerichts aaO S 4). Vielmehr sind Zulassungsgründe des [§ 144 Abs 2 SGG](#) allein durch das LSG bei der Frage des Beschwerdeausschlusses nach [§ 172 Abs 3 Nr 1 SGG](#) zu prüfen. Entscheidend ist darüber hinaus, dass mit der Auffassung des Senats das

gesetzgeberische Ziel einer umfassenden Entlastung der Sozialgerichtsbarkeit insgesamt und damit auch der Sozialgerichte ([BT-Drs 16/7716 B I](#); s auch Tabbara, NZS 2008, 8f) erreicht wird, das ein weitergehender Beschwerdeausschluss nicht verwirklichen würde. So hat der Deutsche Sozialgerichtstag in der Ausschussanhörung (aaO) zutreffend auf die Entlastung der Gerichtsbarkeit durch eine zeitnahe Klärung von Rechtsfragen und eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung, die im Bereich der Grundsicherung nach wie vor von besonderer Bedeutung sind, aufmerksam gemacht (s auch Bender/Thommes, Reform auf Kosten der Armen - Zur Einschränkung des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes für Hartz IV-Leistungsberechtigte durch Änderung des Sozialgerichtsgesetzes in: verdikt - Mitteilungen der Fachgruppen Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in ver.di - 1.08 S 26 f).

Im Übrigen überzeugt die Begrenzung der Zulässigkeit der Beschwerde mit dem Argument der Entlastung der Landessozialgerichte und auch der Rechtssicherheit grundsätzlich nicht. Das BVerfG betont in st Rspr (s nur [Breithaupt 2005, 803](#)) die Verpflichtung der Gerichte, sich im Bereich existenzsichernder Leistungen schützend und fördernd vor die Grundrechte der Hilfesuchenden zu stellen. Dazu dient - soweit es der Wortlaut ermöglicht - auch das Prozessrecht. Etwaige Zweifelsfragen sind gerichtlich zu klären. Demgegenüber würde die Verkürzung der Zulässigkeit des Rechtsmittels hier - wie weiter unten auszuführen sein wird - zu einer erheblichen grundrechtlichen Beeinträchtigung wahrscheinlich über einen langen Zeitraum, nämlich bis zum Abschluss eines Berufungsverfahrens, mithin zu einem "kurzen Prozess" zu Lasten der hilfebedürftigen rechtsuchenden Antragstellerin führen; sie wäre mit dem verfassungsrechtlichen Postulat nicht vereinbar.

b) Die Beschwerde ist hier nicht ausgeschlossen. Denn die Berufung wäre in der Hauptsache nicht unzulässig. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, so dass die Berufung hier kraft Zulassung statthaft wäre ([§ 144 Abs 2 Nr 1 SGG](#)). Die Frage des Mehrbedarfs für kostenaufwändige Ernährung bei Laktoseintoleranz ist umstritten. Des Weiteren beruht die Entscheidung des SG auf einer Abweichung von der Rechtsprechung des BSG (Urteile vom 27. Februar 2008 - B 14/7b AS 32 und 64/06), [§ 144 Abs 2 Nr 2 SGG](#). Danach sind die Empfehlungen des Deutschen Vereins zwar regelmäßig heranzuziehen. Indes haben sie keine normative Wirkung, noch handelt es sich bei ihnen um antizipierte Sachverständigengutachten. Durch diese Empfehlungen wird die grundsätzliche Verpflichtung der Verwaltung und der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit, die Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts von Amts wegen aufzuklären ([§ 20 SGB X](#), [§ 103 SGG](#)), nicht aufgehoben. Macht ein Hilfebedürftiger wie hier das Vorliegen mehrerer - ggf in den Empfehlungen nicht aufgeführter - Erkrankungen geltend, so ist ein mechanisches Abstellen auf die Empfehlungen des Deutschen Vereins nicht möglich (vgl dazu Erläuterungen III.4 Empfehlungen des Deutschen Vereins vom 1. Oktober 2008).

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Denn die Antragstellerin hat die an den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu stellenden Anforderungen glaubhaft gemacht.

Nach [§ 86b Abs 2 Satz 2](#) kann das Gericht zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Auch wenn hier die Bewilligungen von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts ([§§ 19 f, 22 SGB II](#)) bestandskräftig ([§ 77 SGG](#)) sind, liegt ein streitiges Rechtsverhältnis im Hinblick auf die begehrten Leistungen für Mehrbedarf ([§ 21 Abs 5 SGB II](#)) vor, denn die Bewilligungsbescheide enthalten darüber keine Regelung. Vielmehr hat der Antragsgegner über diese Leistungen durch den Bescheid vom 19. Oktober 2007, den die Antragstellerin mit dem Widerspruch vom 25. Oktober 2007 angefochten hat, entschieden. Die Antragstellerin hat den Anordnungsgrund, dh die Eilbedürftigkeit der begehrten Regelung (dazu unter b), und den Anordnungsanspruch, dh die Rechtsposition, deren Durchsetzung im Hauptsacheverfahren begehrt wird (dazu unter a), geltend und die zur Begründung dienenden Tatsachen glaubhaft gemacht ([§ 86b Abs 2 Satz 4 SGG](#) iVm [§ 920 Abs 2 ZPO](#)).

a) Die Frage eines Mehrbedarfs wegen kostenaufwändiger Ernährung infolge einer Laktoseintoleranz ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (s nur LSG Nordrhein-Westfalen Beschluss vom 16. Mai 2008 - [L 19 B 69/08 AS ER](#) - mwN). Schon deshalb könnte über eine in dieser Situation zu treffende Folgenabwägung eine einstweilige Anordnung erlassen werden. Indes besteht aus den folgenden Erwägungen kein vernünftiger Zweifel, dass die Antragstellerin aus medizinischen Gründen kostenaufwändiger Ernährung bedarf.

Zwar wird in den Empfehlungen des Deutschen Vereins für die Gewährung von Krankenkostzulagen 2. Aufl 1997 eine Laktoseintoleranz nicht genannt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Empfehlungen den Kenntnisstand der Jahre 1991 bis 1996, der nicht mehr dem jetzigen Stand der Wissenschaft entsprechen muss (BSG Urteil vom 27. Februar 2008 - B [14/7b AS 64/06](#) R - Rn 27), wiedergeben. Darüber hinaus ist in den Empfehlungen vom 1. Oktober 2008 (3. Aufl) klargelegt (III.4), dass die Empfehlungen ausschließlich für die aufgeführten Erkrankungen gelten und dass die in der Vergangenheit - wie hier - vorgekommene Praxis einer Ablehnung, weil die Erkrankung nicht in den Empfehlungen stehe, unzulässig ist. Der Sachverhalt ist dann im Einzelfall aufzuklären. Eine Laktose- und Fruktoseintoleranz wird ausdrücklich auch in der 3. Aufl der Empfehlungen ebenso wenig erwähnt wie die von der Antragstellerin weiter geltend gemachten Nahrungsmittelallergien. Und in dem Begutachtungsleitfaden des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe 2002 (S 21) wird - entgegen der Behauptung des Gesundheitsamtes des Antragsgegners - darauf hingewiesen, dass diese Gesundheitsstörungen eine Kost erforderlich machen können, die Mehrkosten verursacht (s auch Rationalisierungsschema 2004 des Bundesverbandes Deutscher Ernährungsmediziner ua, Aktuelle Ernährungsmedizin 2004, 245/250f). Die Antragstellerin hat durch fachärztliche Bescheinigungen glaubhaft gemacht, dass die erforderliche Ernährung mit einem finanziellen Mehraufwand im Vergleich zur gesunden Normalbevölkerung verbunden ist. Der von ihr begehrte Betrag von 53,20 EUR, der gem [§ 41 Abs 2 SGB II](#) auf 53 EUR abzurunden ist, ist plausibel, zumal er deutlich unter der Zulage, die bei einer Durchfallerkrankung (Zöliakie/Sprue) für eine glutenfreie Kost nach den Empfehlungen des Deutschen Vereins gewährt und in der Verwaltungspraxis auch bei einer Laktoseintoleranz herangezogen wird (s Bay LSG Urteil vom 13. September 2007 - [L 11 AS 258/06](#)), liegt. Demgegenüber bedingen die im Beschwerdeverfahren geltend gemachten Gesundheitsstörungen der Hyperurikämie und der Hyperlipidämie auch nach den Empfehlungen des Deutschen Vereins 3. Aufl 2008 (II.2 4.1, III.2) nach dem aktuellen Stand der Ernährungsmedizin keine einen Mehrbedarf rechtfertigende kostenaufwändige Ernährung (s auch Begutachtungsleitfaden Landschaftsverband Westfalen-Lippe S 17 f; Rationalisierungsschema aaO, 248 sowie die Empfehlungen zur Ernährung von Wahrburg/Assmann bei Hyperlipoproteinämien und von Gröbner bei Hyperurikämie und Gicht in: Biesalski ua [Hrsg], Ernährungsmedizin, 3. Aufl 2004, Kap 28 und 39).

Der Senat hält die Angaben der Antragstellerin für plausibel und glaubhaft. Ausweislich des Aktenvermerks des Fallmanagers vom 29. August 2006 ist die Antragstellerin trotz ihrer zahlreichen Handicaps motiviert und engagiert. Auch angesichts der in dem Vermerk beschriebenen Persönlichkeit der Antragstellerin besteht kein Anlass, ihren Angaben einer erforderlichen kostenaufwändigen Ernährung zu misstrauen. Sofern der Antragsgegner (weiter) Zweifel hat, wird er - auch zur Vermeidung der Kostensanktion des [§ 192 Abs 4 SGG](#) -

zunächst den Gesundheitszustand der Antragstellerin durch Einholung eines internistischen Gutachtens zu erfassen und danach die Frage der aufgrund der Gesundheitsstörungen erforderlichen Kost durch ein ernährungswissenschaftliches Gutachten aufzuklären haben. Anschließend ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfang die Kosten für die erforderliche Ernährung über dem Betrag, der in der Regelleistung enthalten ist, liegen. Die bisherigen Ermittlungen durch das Gesundheitsamt sind unzureichend. Sie erschöpfen sich (zuletzt in der Stellungnahme vom 11. Februar 2008) in dem schlichten Hinweis auf die attestierten Unverträglichkeiten, in der Mitteilung der Empfehlungen des Deutschen Vereins und der unzutreffenden Schlussfolgerung aus der fehlenden Aufführung der Laktose- und Fruktoseintoleranz der Antragstellerin sowie in dem Hinweis auf den Begutachtungsleitfaden des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe, der zudem - wie ausgeführt - im entscheidenden Punkt falsch wiedergegeben worden ist.

b) Da die Antragstellerin zur Sicherung ihres Lebensunterhalts auf Leistungen für Mehrbedarf durch eine kostenaufwändige Ernährung aus medizinischen Gründen angewiesen ist, liegt auch ein Anordnungsgrund vor. Sie hat glaubhaft gemacht, diesen Mehrbedarf aus den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nicht decken zu können und deshalb unter erheblichen gesundheitlichen Problemen zu leiden.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NSB

Saved

2008-11-12