
Datum: 20.11.2017
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 7. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 7 AS 1956/17 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2017:1120.L7AS1956.17B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 12 AS 3087/17 ER
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 05.10.2017 geändert. Der Antragsgegner und die Beigeladene werden verpflichtet, die Antragstellerin einstweilen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage gegen den Bescheid vom 04.05.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.09.2017 als Anbieterin für ergänzende Lernförderung zu berücksichtigen. Dem Antragsgegner wird untersagt, in Bewilligungsbescheiden gegenüber Leistungsberechtigten die Antragstellerin als Anbieterin von ergänzender Lernförderung auszuschließen. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen. Die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin tragen der Antragsgegner und die Beigeladene als Gesamtschuldner. Der Streitwert wird auf 15.000 EUR festgesetzt. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe: 1
I. 2
3

Die Beteiligten streiten um die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners und der Beigeladenen, die Antragstellerin bei der Bewilligung von ergänzender Lernförderung als Anbieterin zu berücksichtigen.

Die 1973 geborene Antragstellerin ist ausgebildete Heilpraktikerin und Massagetherapeutin und verfügt über Fortbildungen im Bereich der Kinder- und Jugendpsychotherapie. Sie leitete langjährig eine Filiale der Studienkreis GmbH, eines bundesweit tätigen Anbieters von Nachhilfekursen. Die Antragstellerin ist Inhaberin des Nachhilfeinstitutes "C", welches sie seit Februar 2015 in X betreibt, und Mitglied des Bundesverbandes Nachhilfe- und Nachmittagsschulen eV. Nach Angaben der Antragstellerin besteht der Kundenstamm zu über 80 % aus Empfängern von Leistungen des Bildungs- und Teilhabepaketes nach § 28 Abs. 5 SGB II. 4

Nachdem die Antragstellerin einige Zeit Leistungen der Lernförderung zu Lasten des Antragsgegners erbracht hatte, erhielt der Antragsgegner im Februar 2017 von der Polizei Informationen, die aus seiner Sicht darauf hindeuteten, dass die Antragstellerin mit einem anderen Nachhilfeinstitut zusammenarbeite, gegen das ein Verdacht auf Unregelmäßigkeiten bei der Abrechnung erbrachter Leistungen bestehe. Der Antragsgegner forderte daraufhin, ohne auf diese Informationen einzugehen, mit Schreiben vom 23.02.2017 von der Antragstellerin Unterlagen an, um eine Kooperationsvereinbarung vorzubereiten. Leistungen, die von der Antragstellerin erbracht werden, ohne dass eine solche Kooperationsvereinbarung vorliege, könnten nicht abgerechnet werden. Die Antragstellerin legte Unterlagen über ihr Institut (insbes. Qualifikationsnachweise der Antragstellerin und der Lehrkräfte) vor. 5

Mit Schreiben vom 27.03.2017 teilte die Beigeladene der Antragstellerin mit, in Abstimmung mit dem Antragsgegner sei beabsichtigt, für das "neue Schuljahr 2017/2018" für alle Anbieter ein einheitliches Zertifizierungsverfahren einzuführen. Vor diesem Hintergrund würden für das laufende Schuljahr keine Änderungen auf dem Anbietermarkt für Lernförderung vorgenommen. Eine Anerkennung als Anbieterin könne daher nicht erfolgen, eine Kostenabrechnung mit dem Antragsgegner und der Beigeladenen sei daher nicht möglich. 6

Der Antragsgegner erkannte mit verschiedenen Bescheiden seit März 2017 gegenüber Leistungsberechtigten grundsätzlich einen Lernförderbedarf nach § 28 Abs. 5 SGB II an und teilte zugleich mit: "Eine Zusammenarbeit mit dem von Ihnen gewählten Anbieter C, B 00 in X und der Jobcenter X findet jedoch nicht statt. Sofern Sie Ihren Antrag aufrechterhalten, reichen Sie bitte ein Angebot eines anderen Anbieters von Lernförderung ein". Mit einem Schreiben vom 06.09.2017 hat die Beigeladene den Antrag einer Leistungsberechtigten auf Lernförderung durch die Antragstellerin abgelehnt, weil "sich Anhaltspunkte für die Ungeeignetheit des Anbieters ergeben" hätten. 7

Mit Bescheid vom 04.05.2017 lehnte die Beigeladene die Anerkennung der Antragstellerin als "kommerzieller Leistungsanbieter für geeignete Lernförderung im Rahmen der Leistungen für Bildung und Teilhabe gem. SGB II, SGB XII, WoGG und BKG" ab. Den Bewerbungsunterlagen könne entnommen werden, dass die Antragstellerin neben der Lernförderung auch Leistungen als Homöopathin und psychologische Betreuung anbiete. Es sei nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin bei den einzelnen Kunden die aufgrund des Bildungs- und Teilhabepaketes zustehenden Leistungen von den therapeutischen Leistungen, die dem System der Gesundheitsvorsorge zuzuordnen seien, unterscheide. Insoweit sei eine zweckentsprechende Verwendung der Leistungen für Bildung und Teilhabe nicht sichergestellt. Der Gesetzgeber habe mit dem Bildungs- und Teilhabepaket zudem nur auf bestehende Strukturen zurückgreifen wollen, ohne einen neuen Markt für Anbieter zu 8

schaffen, die sich im Wesentlichen aus Empfängern des Bildungs- und Teilhabepaketes finanzieren. Die Antragstellerin sei erst seit Februar 2015 und damit deutlich nach Einführung des § 28 Abs. 5 SGB II zum 01.01.2011 am Markt tätig. Auch der Umstand, dass 80 % ihrer Kunden Leistungen aus dem Bildungs- und Teilhabepaket erhielten, mache deutlich, dass die Antragstellerin im Wesentlichen die Möglichkeit der steuerfinanzierten Leistungen nutze. Auch die Zuverlässigkeit der Antragstellerin sei in Frage zu stellen. Obwohl gegen den Inhaber eines anderen Instituts ein Ermittlungsverfahren wegen Sozialleistungsbetrug geführt werde, habe sie diesem zugesagt, ihn bei der Suche nach Nachhilfelehrern zu unterstützen, die er dann nachträglich fiktiv als Honorarkräfte angeben könne. Als dieses Vorgehen fehlgeschlagen sei, habe sie zugesagt, Schüler und Lehrer dieses Instituts über ihre Firma mit dem Jobcenter abzurechnen. Es habe ihr dabei klar sein müssen, dass die gegenüber dem anderen Institut bestehenden Vorwürfe auch auf sie "abfärben" würden, wenn sie nicht für entsprechende Kontrollen der beschäftigten Nachhilfelehrer Sorge. Die übrigen von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen seien nicht geeignet, ihre Eignung für die angebotene Lernförderung zu belegen. Das Recht der Antragstellerin auf Berufsfreiheit sei nicht beeinträchtigt, da sie auch ohne Anerkennung als Anbieterin für Leistungen der Lernförderung in der Lage sei, in ihren erlernten Berufen zu arbeiten und Nachhilfe anzubieten.

Am 17.05.2017 hat die Antragstellerin bei dem Landgericht X (2 O 130/17) beantragt, den Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes unter Androhung von Ordnungsgeld zu verpflichten, es zukünftig bis zur bestandskräftigen Entscheidung über das Zertifizierungsverfahren zu unterlassen, den Kunden der Antragstellerin wahrheitswidrig mitzuteilen, dass eine Zusammenarbeit zwischen dem Antragsgegner und ihr nicht stattfände. Da ihre Kunden bis auf ca. 10 % aus Schülern bestünden, die das Bildungs- und Teilhabepaket in Anspruch nehmen würden, sei ihre wirtschaftliche Existenz durch das Vorgehen des Antragsgegners massiv gefährdet. Die von dem Antragsgegner vorgetragenen Argumente seien haltlos. Sie könne die von ihr angebotenen Leistungen durchaus auf die von dem Antragsgegner gezahlte Lernförderung beschränken und die übrigen ganzheitlichen Angebote für andere Kunden vorhalten. Eine Beschränkung der Förderung auf bereits im Jahr 2011 am Markt tätige Unternehmen enthalte das Gesetz nicht und sei auch vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Die Unterstellung der rechtswidrigen Unterstützung des anderen Instituts sei haltlos und basiere auf bloßen Vermutungen. Der Versuch, Einsicht in die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft zu nehmen, sei daran gescheitert, dass die Antragstellerin nicht von den Ermittlungen betroffen sei und gegen sie kein Ermittlungsverfahren laufe. Zudem habe die Beigeladene anlässlich der Mitteilung des neu eingeführten Zertifizierungsverfahrens mitgeteilt, dass für das laufende Schuljahr keine Änderung in der bisherigen Handhabung eintrete.

9

Mit Schreiben vom 26.05.2017 hat die Antragstellerin Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid vom 04.05.2017 eingelegt.

10

Mit Beschluss vom 24.05.2017 hat das Landgericht X den Antrag abgelehnt. Nachdem die Beigeladene mit Bescheid vom 04.05.2017 die Zertifizierung abgelehnt habe, bestünde derzeit kein Anspruch der Antragstellerin auf Zusammenarbeit im Rahmen des Bildungs- und Teilhabepaketes. An die Ablehnung der Zertifizierung sei der Antragsgegner gebunden. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 10.07.2017 (I-18 W 31/17) den Beschluss des LG aufgehoben und das Verfahren an das Sozialgericht Düsseldorf verwiesen.

11

12

Mit Widerspruchsbescheid vom 01.09.2017 hat die Beigeladene den Widerspruch unter Wiederholung der Begründung des Ausgangsbescheides zurückgewiesen.

Nach Erledigungserklärung einer Untätigkeitsklage hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 26.09.2017 bei dem Sozialgericht Düsseldorf Klage erhoben und beantragt, den Bescheid vom 04.05.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.09.2017 aufzuheben und die Beigeladene zu verurteilen, das Zertifizierungsverfahren neu zu bescheiden. Zugleich hat sie beantragt, den Antragsgegner und die Beigeladene zu verpflichten, sie "zumindest vorläufig als Anbieter zuzulassen" (S 22 SO 457/17). Mit Schriftsatz vom 05.09.2017 hat die Antragstellerin eine Liste von Leistungsempfängern vorgelegt, hinsichtlich derer die Antragstellerin begehrt, dem Antragsgegner zu untersagen darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin als Nachhilfeinstitut nicht in Betracht komme. 13

Mit Beschluss vom 05.10.2017 hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Der nunmehr von der Antragstellerin schriftsätzlich formulierte Antrag, den Antragsgegner zu verpflichten, die auf einer näher bezeichneten Liste noch offenen Anträge von Schülern auf Bewilligung des Bildungs- und Teilhabepaktes im Sinne der Antragstellerin zu bescheiden, sei unzulässig, da es sich bei dem geltend gemachten Anspruch ausschließlich um einen solchen der Schüler selbst handele, der nicht von der Antragstellerin geltend gemacht werden könne. Der Antrag sei auch unbegründet, soweit er auf zukünftige Berücksichtigung der Antragstellerin bei dem Vergabeverfahren gerichtet sei. Der Bescheid der Beigeladenen vom 04.05.2017 stehe bis zu einer anderslautenden Entscheidung der Berücksichtigung entgegen. Auch sei es der Antragstellerin möglich und zumutbar, sich um neue Kunden außerhalb des Bildungs- und Teilhabepaketes zu bemühen. 14

Gegen den am 10.10.2017 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 12.10.2017 Beschwerde eingelegt. Sie macht sinngemäß die Verpflichtung des Antragsgegners geltend, die Antragstellerin einstweilen bei der Vergabe des Bildungs- und Teilhabepaketes zu berücksichtigen und eine Zusammenarbeit nicht in der bisherigen Form gegenüber ihren antragstellenden Kunden auszuschließen. Die diesbezüglichen Äußerungen des Antragsgegners vor Abschluss des Zertifizierungsverfahrens seien rufschädigend und bedrohten ihre wirtschaftliche Existenz 15

Der Antragsgegner und die Beigeladene halten ihre Entscheidungen für zutreffend und verweisen auf die Beschlüsse des Landgerichts und des Sozialgerichts. 16

II. 17

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Zu Unrecht hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt. Die Antragstellerin hat einen Anspruch gegen den Antragsgegner und die Beigeladene auf einstweilige Berücksichtigung als Anbieterin von Lernförderung, da sich der Ausschluss von der Berücksichtigung nach summarischer Prüfung als rechtswidrig darstellt. 18

Der Antrag ist zulässig. Er ist nicht etwa unzulässig, weil die Antragstellerin einen entsprechenden Eilantrag auch im Verfahren S 22 SO 457/17 gestellt hat. Zwar ist auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die parallele Rechtshängigkeit von mehreren identischen Anträgen in verschiedenen Verfahren nicht zulässig. Indes hat die Antragstellerin den vom Senat zu entscheidenden Antrag bereits am 17.05.2017 und damit zeitlich vor der Anhängigkeit des Verfahrens S 22 SO 457/17 gestellt. Durch die Beiladung der Stadt richtet sich das vom Senat zu entscheidende einstweilige Rechtsschutzbegehren auch gegen diese. 19

Der Antrag ist dahingehend auszulegen, dass die Antragstellerin ihre einstweilige Berücksichtigung als Anbieterin für Lernförderung erstrebt. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners liegt zwischen dem erstinstanzlich formulierten Antrag, der auf eine Bescheidung der dort konkret bezeichneten Anträge auf Leistungen der Bildung und Teilhabe gerichtet ist, und dem im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag keine Antragsänderung vor. Bei der Auslegung der Anträge hat das Gericht den wirklichen Willen der Beteiligten zu erforschen und ist an den Wortlaut der gestellten Anträge nicht gebunden (§ 123 SGG). Hierbei sind der gesamte Sachverhalt und die Begründung der gestellten Anträge unter Berücksichtigung des Meistbegünstigungsgrundsatzes zu würdigen (BSG Urteil vom 17.02.2005 - B 13 Rj 31/04 R). In diesem Sinne hat die Antragstellerin bereits durch die vor dem Landgericht gestellten Anträge deutlich gemacht, dass es ihr in der Hauptsache darum geht, einstweilen weiterhin bei der Vergabe der ergänzenden Lernförderung berücksichtigt zu werden. Auch der vor dem Sozialgericht neu formulierte Antrag, mit dem die Antragstellerin augenscheinlich deutlich machen wollte, dass das Problem der Ablehnung der Zusammenarbeit im Hinblick auf noch unbearbeitete Anträge fortbesteht, bezieht sich nach verständiger Würdigung darauf, für zukünftige Verfahren weiterhin berücksichtigt zu werden. Diesen Antrag verfolgt die Antragstellerin konsequent mit dem Beschwerdeverfahren im Sinne einer vorläufigen Verpflichtung des Antragsgegners weiter (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG).

Passivlegitimiert für den so verstandenen Anspruch sind sowohl der Antragsgegner als auch die Beigeladene, weshalb der Senat beide antragsgemäß verpflichtet hat. Die Entscheidungen gegenüber den Leistungsberechtigten, diese nicht zur Lernförderung bei der Antragstellerin zuzulassen, hat der Antragsgegner getroffen. Zwar handelt es sich bei den insoweit erteilten Bescheiden nur um Entscheidungen gegenüber den leistungsberechtigten Personen, weshalb die Antragstellerin diese nicht unmittelbar anfechten kann. Dennoch kann die Antragstellerin auch vom Antragsgegner die Unterlassung der diesen Bescheiden zugrunde liegende Nichtberücksichtigung als Anbieterin im eigenen Namen verlangen, wenn diese sich - wie hier - als rechtswidrig darstellt. Der zugrunde liegende generelle Ausschluss der Antragstellerin als Anbieterin von ergänzender Lernförderung ist in Wahrnehmung der Zuständigkeit nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB II durch die Beigeladene erfolgt, eine Übertragung dieser Aufgaben auf den Antragsgegner ist nach Mitteilung des Antragsgegners nicht erfolgt. 21

Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG. Der grundsätzlich 22
vorrangige (hierzu § 123 Abs. 5 VwGO) § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG - Anordnung bzw. Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 04.05.2017 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.09.2017 - ist nicht einschlägig. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nur dann nach § 86b Abs. 1 SGG, wenn die Behörde durch die mit Widerspruch bzw. Klage angegriffene Entscheidung in eine bereits zuvor bestehende Rechtsposition eingegriffen hat (Anfechtungssachen). Erstrebt der Betroffene die Einräumung einer zusätzlichen, ihm nicht zuvor schon zustehenden Rechtsposition, richtet sich der einstweilige Rechtsschutz nach § 86b Abs. 2 SGG (Vornahmesachen). Da die Antragstellerin bislang nicht ausdrücklich von dem Antragsgegner bzw. der Beigeladenen als Anbieterin von ergänzender Lernförderung zugelassen war, entzieht der im Verfahren S 22 SO 457/17 angefochtene Bescheid keine Rechtsposition. Einstweilige Anordnungen sind nach § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (Regelungsanordnung). Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG iVm § 920 Abs. 2 ZPO). Eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn ihr Vorliegen überwiegend wahrscheinlich ist. Die bloße Möglichkeit des Bestehens einer Tatsache reicht noch nicht aus, um die

Beweisanforderungen zu erfüllen. Es genügt jedoch, dass diese Möglichkeit unter mehreren relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach der Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (BSG Beschluss vom 28.08.2001 - B 9 V 23/01 B). Können ohne Eilrechtsschutz schwere und unzumutbare Nachteile entstehen, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, ist eine abschließende Prüfung erforderlich (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05). Bei offenem Ausgang muss das Gericht anhand einer Folgenabwägung entscheiden, die die grundrechtlichen Belange der Antragsteller umfassend zu berücksichtigen hat (BVerfG Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. nur Beschlüsse vom 26.05.2017 - L 7 AS 510/17 B ER und vom 21.07.2016 - L 7 AS 1045/16 B ER). Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Ihre generelle, unabhängig von der Geeignetheit ihres Lernangebots im Einzelfall erfolgende Nichtberücksichtigung als Anbieterin von ergänzender Lernförderung ist nicht nur gegenüber den Betroffenen, sondern auch gegenüber der Antragstellerin nach summarischer Prüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren rechtswidrig. Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an der Leistungserbringung neben den anderen geeigneten Anbietern. Gemäß § 28 Abs. 5 SGB II wird bei Schülerinnen und Schülern eine die schulischen Angebote ergänzende Lernförderung berücksichtigt, soweit diese geeignet und zusätzlich erforderlich ist, um nach den schulrechtlichen Bestimmungen festgelegte wesentliche Lernziele zu erfüllen. Gemäß § 29 Abs. 1 SGB II werden die Leistungen nach § 28 Abs. 5 SGB II durch Sach- und Dienstleistungen, insbesondere durch personalisierte Gutscheine oder Direktzahlung an Anbieter von Leistungen zur Deckung dieser Bedarfe erbracht. Die kommunalen Träger entscheiden, in welcher Form sie die Leistungen erbringen. Werden die Leistungen als Gutscheine erbracht, gewährleisten die kommunalen Träger, dass sie bei geeigneten Anbietern eingelöst werden können (§ 29 Abs. 2 SGB II). Im begründeten Einzelfall kann der Nachweis über die zweckentsprechende Verwendung der Leistungen verlangt werden. Soweit der Nachweis nicht geführt wird, soll die Bewilligungsentscheidung widerrufen werden (§ 29 Abs. 4 SGB II). Die Antragstellerin ist Leistungsanbieterin iSd § 29 Abs. 1 Satz 1 SGB II. Zwar haben nach wohl hM Anbieter grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf Anerkennung als geeigneter Anbieter (so Leopold in JurisPK SGB II, § 29 Rn. 39 mwN). Für das sozialrechtliche Leistungserbringungsrecht ist indes anerkannt, dass in dem eingeschränkten Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit ein Eingriff in die aus Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit liegen kann. In Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG folgt hieraus ein Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu dem durch materielle Leistungsansprüche eröffneten Dienstleistungsmarkt. Zwar gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb. Auch besteht kein Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen dauerhaft gleich bleiben. Im Rahmen der gesetzlichen Regelungen sichert Art. 12 Abs. 1 GG aber die Berechtigung, am Wettbewerb nach Maßgabe der gesetzlichen Voraussetzungen teilhaben zu können. Diese Berechtigung ist verletzt, wenn ein Leistungsträger die Voraussetzungen für die Teilhabe in einer vom Gesetzgeber nicht vorgezeichneten Weise zu Lasten einzelner Marktteilnehmer ändert und andere hierdurch begünstigt. Insofern ist die strikte Gleichbehandlung aller Wettbewerber nach Maßgabe ausschließlich der vom Gesetzgeber vorgegebenen Regeln zum Schutz der Berufsfreiheit geboten (so für die Zulassung zur Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung BVerfG Urteil vom 23.03.1960 - 1 BvR 216/51, Beschluss vom 08.02.1961 - 1 BvL 10/60; BSG Urteil vom 19.09.2013 - B 3 KR 8/12 R und vom 10.03.2010 - B 3 KR 26/08 R). Soweit in der Gesetzesbegründung zur Einführung von § 28 SGB II (BT-Drucks. 17/3404, 43) ausgeführt wird: "Die neu eingeführten Leistungen für Bildung und Teilhabe setzen auf den bestehenden Strukturen an den Schulen und in der Gemeinschaft vor Ort auf und stärken sie. Die Ausgestaltung der Leistungen orientiert sich an einer Belebung der örtlichen Strukturen, der

Stärkung von ehrenamtlichen Projekten und der Entwicklung neuer sozialer Strukturen, wo diese bisher fehlen. Die Ausgestaltung berücksichtigt außerdem die Entwicklung und Stärkung zivilgesellschaftlichen Engagements. Bei der Ausgestaltung der neuen Leistungen geht es nicht darum, bestehende Vergünstigungen vor Ort zu ersetzen. Sie sollen stattdessen als Rechtsanspruch gestaltet notwendige tatsächliche Zusatzleistungen für Kinder und Jugendliche darstellen, die bestehende Leistungsangebote ergänzen" folgt hieraus - abweichend von der Auffassung der Beigeladenen - nicht, dass ein Zugang neuer Anbieter zur ergänzenden Lernförderung ausgeschlossen ist. Abgesehen davon, dass eine solche Auslegung dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen ist und eine Gesetzesbegründung nicht geeignet ist, eine ansonsten eindeutige gesetzliche Regelung in Frage zu stellen, wäre eine solche Interpretation mit dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf diskriminierungsfreie Berücksichtigung wohl nicht zu vereinbaren. Jedenfalls für das einstweilige Rechtsschutzverfahren scheidet eine solche Auslegung aus. Der vom Antragsgegner und der Beigeladenen vorgenommene Ausschluss der Antragstellerin als Anbieterin von ergänzender Lernförderung verletzt nach summarischer Prüfung deren Anspruch auf diskriminierungsfreien Marktzugang. Die Antragstellerin hat Unterlagen vorgelegt, aus denen sich ihre grundsätzliche Eignung als Anbieterin von ergänzender Lernförderung plausibel ergibt. Sie hat ihre eigene Qualifikation im Bereich der Nachhilfeförderung ebenso belegt, wie die ihrer Lehrkräfte. Die Antragstellerin hat als langjährige Mitarbeiterin der Studienkreis GmbH Erfahrung in der Organisation eines Nachhilfeinstituts. Die Entscheidung der Beigeladenen, die Antragstellerin von der Berücksichtigung als Anbieterin auszuschließen, beruht nicht auf in der Vergangenheit festgestellte Qualitätsmängeln oder Beschwerden von Eltern o.ä., sondern allein auf nicht belegten Verdachtsmomenten, sie arbeite mit einem als unzuverlässig bekannten anderweitigen Institut zusammen und sie vermische ihre Tätigkeit als Heilpraktikerin in unzulässiger Weise mit der Lernförderung. Die Anhaltspunkte hierfür sind so wage, dass sie unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Betroffenheit der Antragstellerin ihren Ausschluss als Anbieterin nicht zu tragen vermögen. Allein aus dem Flyer der Antragstellerin und aus deren Internetauftritt zu schließen, dass eine Trennung der angebotenen Leistungen nicht erfolgt, stellt eine bloße Vermutung dar, die derzeit nicht durch Tatsachen gestützt wird. Die Antragstellerin bestreitet den Vorwurf, mit dem anderen Institut zusammenzuarbeiten, ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren gegen sie wird nach derzeitigen Erkenntnissen nicht geführt. Nicht begründen lässt sich der Ausschluss der Antragstellerin schließlich mit einer beabsichtigten Zertifizierung aller Anbieter. Es ist bereits zweifelhaft, ob ein solches Zertifizierungsverfahren zulässig wäre. Ein Zertifizierungsverfahren nach dem Vorbild des SGB III (§§ 176 ff. SGB III) enthält das SGB II nicht. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen dürfte mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden, da dem Gesetzgeber das Zertifizierungsverfahren bekannt war und er eine Übernahme der Bestimmungen aus dem SGB III für das Bildungs- und Teilhabepaket bewusst unterlassen hat (Leopold, in JurisPK SGB II, § 29 Rn. 37). Davon abgesehen wäre Folge eines beabsichtigten Zertifizierungsverfahrens nicht, dass - wie die Beigeladene wohl meint - nur bestimmte ebenfalls nicht zertifizierte Anbieter - nicht aber die Antragstellerin - bis zum Abschluss der Zertifizierungen zugelassen werden können und andere Anbieter ohne nachvollziehbaren Grund zunächst ausgeschlossen sind. Auch bis zum Abschluss eines Zertifizierungsverfahrens besteht ein Anspruch auf diskriminierungsfreie Berücksichtigung aller geeigneten Anbieter. Aus dem Vorgenannten folgt, dass der vom Antragsgegner den Bewilligungsbescheiden beigefügte Zusatz, die Antragstellerin scheide als Anbieterin von ergänzender Lernförderung aus, einstweilen zu unterlassen ist. Der Anordnungsgrund folgt aus der glaubhaft gemachten Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens der Klägerin. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung ist zudem auch unter dem Gesichtspunkt der Folgenabwägung begründet. Hierbei ist neben der grundrechtlichen

Betroffenheit der Antragstellerin zu berücksichtigen, dass sie wirtschaftlich von der Zuweisung der Empfänger der Leistungen nach § 28 Abs. 5 SGB II angewiesen ist, da sie den weit überwiegenden Teil ihres Umsatzes mit diesen Kunden generiert, und das Unternehmen ohne diese Schülerinnen und Schüler nicht tragfähig ist. Das Risiko des Antragsgegners bei der weiteren Berücksichtigung der Antragstellerin bei der Zuweisung tritt demgegenüber zurück. Dem Antragsgegner bleibt es unbenommen, im jeweiligen Einzelfall die Geeignetheit der ergänzenden Lernförderung zu überprüfen und sich gem. § 29 Abs. 4 SGB II die zweckentsprechende Verwendung der Leistung nachweisen zu lassen. Die Entscheidung des Senats bezieht sich nur auf den Zugang zur Leistungserbringung nach § 28 Abs. 5 SGB II. Die aufgestellten Grundsätze werden von der Beigeladenen aber auch bei Entscheidungen nach § 34 SGB XII und § 6b BKGG zu beachten sein. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG, §§ 154 Abs. 1, 159 Satz 2 VwGO.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung eines Rechtsanwaltes ist 23 abzulehnen, da im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht alle zur Prüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erforderlichen Unterlagen der Antragstellerin vorlagen (§§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG, 114, 115 ZPO).

Der Streitwert wird auf 15.000 EUR festgesetzt. Insoweit folgt der Senat zunächst der 24 Berechnung der Antragstellerin in ihrer Auflistung zum Umsatzausfall vom 08.06.2017 und berücksichtigt ergänzend zukünftige Umsatzausfälle, diese allerdings in Anwendung des Auffangstreitwerts iHv 5000 EUR. Im Hinblick darauf, dass es sich um ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren handelt, hat der Senat den so berechneten Streitwert halbiert.

Dieser Beschluss ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar (§ 177 SGG). 25