

## L 13 AS 4562/08 ER-B

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 14 AS 4391/08 ER  
Datum  
10.09.2008  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 AS 4562/08 ER-B  
Datum  
27.10.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

Nach [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) haben Widerspruch und Klage gegen eine Versagungsverfügung gemäß [§ 66 Abs. 1 Satz 1 SGB I](#) keine aufschiebende Wirkung. Denn die Entscheidung, beantragte Leistungen zu versagen, steht mit Erlass dem Bescheidungsanspruch des Antragstellers und damit der Gewährung von Leistungen bis zur Nachholung der Mitwirkungshandlung entgegen.

Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung steht die - offensichtlich rechtswidrige - Versagungsverfügung der Statthaftigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht - mehr - entgegen. Eine solche einstweilige Anordnung kann aber nicht ergehen, wenn die Antragsteller einen Anordnungsgrund wegen völlig unzureichender Angaben zur Einkommens- und Vermögenssituation nicht glaubhaft gemacht haben und auch im Übrigen konkrete Umstände für eine Notlage weder dargelegt noch glaubhaft gemacht werden. Die Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung (bzw. die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs) ist in Bezug auf einen aufrechnenden Verwaltungsakt auszusprechen, auch wenn es sich lediglich um einen Formal-Verwaltungsakt handelt und die Verrechnung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung anzusehen ist (vgl. Beschluss des Senats vom 19. März 2008 -

[L 13 AS 1521/08 ER-B](#) -).

Der Beschluss des Sozialgerichts Freiburg vom 10. September 2008 wird geändert. Es wird festgestellt, dass der Widerspruch der Antragsteller vom 29. August 2008 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. August 2008 hinsichtlich der Erstattungsforderung aufschiebende Wirkung hat. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller vom 29. August 2008 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 20. August 2008 wird angeordnet. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Aufrechnung im Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. August 2008 wird aufgehoben.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat den Antragstellern ein Viertel ihrer außergerichtlichen Kosten des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes in beiden Rechtszügen zu erstatten.

Gründe:

Die nach [§ 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) beim Sozialgericht (SG) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist zulässig; insbesondere ist sie gemäß [§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) in der ab 1. April 2008 geltenden Fassung (BGBl. I S. 444) statthaft, da der Beschwerdewert vorliegend 750,- EUR ([§ 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG](#) n.F.) übersteigt. Die Beschwerde ist auch teilweise begründet.

I. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wegen der geforderten Erstattung im Bescheid vom 18. August 2008 ist als Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 29. August 2008 auszulegen. Denn soweit dieser Widerspruch auf Beseitigung der Erstattungsforderung im Bescheid vom 18. August 2008 abzielt, hat er nach [§ 86 a Abs. 1](#) Sätze 1 und 2 SGG aufschiebende Wirkung (vgl. Senatsbeschlüsse vom 9. Januar 2003 - [L 13 AL 4260/02 ER-B](#) -, vom 25. August 2003 - [L 13 AL 2374/03 ER](#) -). Da davon auszugehen ist, dass die Behörde, die - lediglich - hinsichtlich der Aufrechnung mit der Erstattungsforderung den sofortigen Vollzug angeordnet hat, von der sofortigen Vollziehbarkeit der Erstattungsforderung kraft Gesetzes ausgeht, war insoweit die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs festzustellen. Die Fälligkeit der Erstattungsforderung bleibt hiervon unberührt.

II. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wegen der Versagung von Leistungen für die Zeit ab August 2008 und gegen die im Bescheid vom 18. August 2008 verfügte teilweise Aufhebung der Bewilligung ist auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 29. August 2008 nach [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) gerichtet. Nach [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf

Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Widerspruch und Klage haben vorliegend nach [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) keine aufschiebende Wirkung. Es handelt sich bei der Aufhebungsentscheidung im Bescheid vom 18. August 2008 und bei der Versagungsentscheidung vom 20. August 2008 um Entscheidungen über Leistungen der Grundsicherung von Arbeitssuchenden im Sinn dieser Vorschrift (zur Aufhebung vgl. Senatsbeschluss vom 22. Januar 2007 - [L 13 AS 4160/06 ER-B](#) - in Juris; zur Entziehung von Leistungen vgl. Senatsbeschluss vom 30. November 2007 - [L 13 AS 4664/07 ER-B](#) - in Juris). Zwar greift die Versagung von Leistungen anders als die Entziehung nicht in bereits gewährte Rechtspositionen ein. Die Entscheidung, beantragte Leistungen zu versagen, steht aber mit Erlass dem Bescheidungsanspruch des Antragstellers und damit der Gewährung von Leistungen bis zur Nachholung der Mitwirkungshandlung entgegen.

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller ist aufgrund von [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. Die öffentlichen Interessen am sofortigen Vollzug des Verwaltungsakts und die privaten Interessen an der Aussetzung der Vollziehung sind gegeneinander abzuwägen (Krodel, Der sozialgerichtliche Rechtsschutz in Anfechtungssachen, NZS 2001, 449, 453). Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz mit dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in [§ 39 SGB II](#) dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheids Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen an einem Aufschub der Vollziehung einräumt. Diese typisierend zu Lasten des Einzelnen ausgestaltete Interessenabwägung kann aber im Einzelfall auch zu Gunsten des Betroffenen ausfallen. Die gegeneinander abzuwägenden Interessen ergeben sich in der Regel aus den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens, dem Vollziehungsinteresse und der für die Dauer einer möglichen aufschiebenden Wirkung drohenden Rechtsbeeinträchtigung.

1. Rechtsgrundlage der nach Anhörung ergangenen Aufhebungsentscheidung im Bescheid vom 18. August 2008 ist [§ 48 Abs. 1](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X). Danach ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt. Der Verwaltungsakt muss nach [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#) i.V.m. dem über [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II](#) anwendbaren [§ 330 Abs. 3 Satz 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden, soweit nach Erlass des Verwaltungsakts Einkommen oder Vermögen erzielt worden ist, das zum Wegfall oder zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde. Als Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse gilt in Fällen, in denen Einkommen oder Vermögen auf einen zurückliegenden Zeitraum auf Grund der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches anzurechnen ist, der Beginn des Anrechnungszeitraums ([§ 48 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#)). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Antragsteller zu 1 hat nach Erlass des Bewilligungsbescheids vom 27. Februar 2008 für die Zeit vom 10. Januar bis zum 31. Juli 2008, geändert für die Zeit ab 1. Februar 2008 durch Bescheid vom 6. März 2008, im März und April 2008 Einkommen in Höhe von 600,- EUR netto monatlich erzielt. Da bei der Bewilligung ein Erwerbseinkommen in Höhe von 400 EUR monatlich zugrunde gelegt worden war, hat das höhere Einkommen zur Minderung des Anspruchs beider Antragsteller auf Arbeitslosengeld II (Alg II) geführt. Bei summarischer Prüfung begegnet auch der Umfang der Aufhebung keinen Bedenken. Damit bleibt es bei der typisierend zu Lasten der Antragsteller ausgestalteten Interessenabwägung. Gründe im vorliegenden Fall zu ihren Gunsten hiervon abzuweichen, sind dem Senat nicht ersichtlich.

2. Nach den obigen Grundsätzen hat die Beschwerde jedoch insoweit Erfolg, als die angegriffene Entscheidung vom 20. August 2008 offensichtlich rechtswidrig ist und schon deshalb dem Vollzugsinteresse gegenüber dem Interesse des Betroffenen an einem Aufschub der Vollziehung kein Vorrang zukommen kann. Gemäß [§ 66 Abs. 1 Satz 1](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) kann der Leistungsträger, wenn derjenige, der eine Sozialleistung beantragt oder erhält, seinen Mitwirkungspflichten nach [§§ 60](#) bis [62, 65 SGB I](#) nicht nachkommt und hierdurch die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert wird, ohne weitere Ermittlungen die Leistung bis zur Nachholung der Mitwirkung ganz oder teilweise versagen oder entziehen, soweit die Voraussetzungen der Leistung nicht nachgewiesen sind. Die Entscheidung über die Versagung unterliegt hinsichtlich des Ob und des Wie dem Ermessen der Behörde (vgl. Bundessozialgericht (BSG), SozR - 3-1200 § 66 Nr. 3). Die Antragsgegnerin hat zwar mit Schreiben vom 24. Juli 2008 (Frist bis 8. August 2008) den Antragsteller zu 1 nach [§ 66 Abs. 3 SGB I](#) auf seine Mitwirkungspflichten unter Fristsetzung und unter Hinweis auf die Folgen der mangelnden Mitwirkung schriftlich hingewiesen. Der Umfang der hier streitigen Mitwirkungspflicht ergibt sich aus [§ 60 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 SGB I](#). Danach hat, wer Sozialleistungen beantragt, zunächst alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind (Nr. 1); darüber hinaus muss ein solcher Antragsteller Beweismittel bezeichnen und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers Beweisurkunden vorlegen oder ihrer Vorlage zustimmen. Die nach Ablauf der Frist verfügte Versagung ist aber schon deshalb rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin das nach [§ 66 Abs. 3 SGB I](#) geforderte förmliche Verfahren nicht eingehalten hat. Denn sie hat in ihrem Aufforderungsschreiben vom 24. Juli 2008 nicht den von der Rechtsprechung geforderten (vgl. BSG [SozR 1200 § 66 Nr. 13](#)) konkreten und unmissverständlichen Hinweis erteilt, sie werde bei Nichtvorlage der Unterlagen innerhalb der Frist bis 8. August 2008 die Geldleistung bis zur Nachholung der Mitwirkung ganz versagen. Der in [§ 66 Abs. 3 SGB I](#) vorgesehene vorherige Hinweis ist eine zwingende Voraussetzung der Versagung. Er soll sicherstellen, dass der Betroffene in Kenntnis der ihm drohenden Folgen seine Haltung überdenkt und durch die spätere Entscheidung nach [§ 66 SGB I](#) nicht überrascht wird. Der Hinweis darf sich daher nicht auf die Wiederholung des Gesetzeswortlauts oder Belehrungen allgemeiner Art beschränken (BSG [SozR 4100 § 132 Nr. 1](#)). Er muss vielmehr anhand der dem Leistungsträger durch [§ 66 Abs. 1](#) und 2 SGB I eingeräumten Entscheidungsmöglichkeiten unmissverständlich und konkret die Entscheidung bezeichnen, die im Einzelfall beabsichtigt ist, wenn der Betroffene dem Mitwirkungsverlangen innerhalb der gesetzten Frist nicht nachkommt (vgl. BSG a.a.O. m.w.N.). Das ist hier nicht geschehen. Der gegebene Hinweis, dass die Leistung gemäß [§ 66 SGB I](#) ganz oder teilweise versagt werden könne, wenn der Antragsteller seinen Mitwirkungspflichten nach [§§ 60 ff. SGB I](#) nicht nachkomme, beschreibt lediglich mit den Worten des Gesetzes die rechtlichen Möglichkeiten, die dem Leistungsträger in Fällen dieser Art durch [§ 66 Abs. 1 SGB I](#) eingeräumt worden sind. Er lässt jedoch weder eine Absicht der Beklagten erkennen, nach Ablauf der Frist nach [§ 66 SGB I](#) zu verfahren, noch welches Ausmaß die Versagung haben solle. Ein solcher Hinweis gewährleistet daher nicht, dass der Betroffene in Kenntnis der ihm drohenden Folgen seine Haltung überdenkt. Weiterhin ist nicht erkennbar, dass sich die Aufforderung auch an die Antragstellerin zu 2 richten sollte. Darauf, ob die gesetzte Frist angemessen und Ermessen - fehlerfrei - ausgeübt worden ist, kommt es nach alledem nicht mehr an. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Versagungsentscheidung war damit aufgrund der offensichtlichen Rechtswidrigkeit dieser Entscheidung anzuordnen.

III. Damit steht die - offensichtlich rechtswidrige - Versagungsverfügung auch der Statthaftigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht - mehr - entgegen. Dieser auch im Übrigen zulässige Antrag ist jedoch unbegründet, so dass die Beschwerde gegen die Ablehnung dieses Antrags keinen Erfolg hat.

Prozessuale Grundlage ist insoweit [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung als Regelungsanordnung setzt einen

jeweils glaubhaft zu machenden (vgl. [§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO)) Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch voraus. Die Dringlichkeit einer die Hauptsache vorweg nehmenden Eilentscheidung nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) (Anordnungsgrund) kann bei Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) in aller Regel nur bejaht werden, wenn wegen einer Notlage über existenzsichernde Leistung für die Gegenwart und die nahe Zukunft gestritten wird und dem Antragsteller schwere schlechthin unzumutbare Nachteile entstünden, wenn er auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens verwiesen würde (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Senatsbeschluss vom 26. November 2006 [L 13 AS 4113/06 ER-B](#) - (juris)). Der Anordnungsanspruch hängt vom voraussichtlichen Erfolg des Hauptsacherechtsbehelfs ab und erfordert eine summarische Prüfung; an ihn sind um so niedrigere Anforderungen zu stellen, je schwerer die mit der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes verbundenen Belastungen wiegen, insbesondere eine endgültige Verhinderung der Grundrechtsverwirklichung droht (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in [NJW 2003, 1236](#) f. und Beschluss vom 12. Mai 2005 - [1 BvR 569/05](#) - (juris)). Maßgebend für die Beurteilung der Anordnungsvoraussetzungen sind regelmäßig die Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung, hier also der Entscheidung über die Beschwerde (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Senatsbeschluss vom 26. Juli 2006 - [L 13 AS 1620/06 ER-B](#) - m.w.N. (juris)). Diese besonderen Anforderungen an Eilverfahren schließen andererseits nicht aus, dass die Gerichte den Grundsatz der unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache vermeiden, indem sie zum Beispiel Leistungen nur mit einem Abschlag zusprechen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005, [NVwZ 2005, 927](#), 928).

Ein Antragsteller, der den Erlass einer einstweiligen Anordnung begehrt, ist nach [§ 86 b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) gehalten, die für ihn günstigen Tatsachenbehauptungen durch entsprechende, beweiskräftige Unterlagen glaubhaft zu machen. Hieran fehlt es, weil zur Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrunds erforderliche und ausreichende Unterlagen weder im erstinstanzlichen noch im Beschwerdeverfahren vorgelegt wurden und sich auch nicht in den Verwaltungsakten befinden. Die Antragsteller haben damit einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin ihnen gemäß [§ 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) analog vorläufig - Leistungen nach [§ 19 Abs. 1 SGB II](#) gewährt, nicht glaubhaft gemacht. Alg II gemäß [§ 19 Satz 1 SGB II](#) erhält nach [§ 7 Abs. 1 SGB II](#) ein erwerbsfähiger Hilfebedürftiger. Hilfebedürftig ist nach [§ 9 Abs. 1 SGB II](#), wer seinen Lebensunterhalt und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Mitteln oder aus den zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält. Die Antragsteller zu 1 und 2 haben nicht glaubhaft gemacht, dass sie nach diesem Maßstab hilfebedürftig sind. Die bisher im Verwaltungsverfahren gemachten Angaben und vorgelegten Unterlagen sind zur Feststellung der Hilfebedürftigkeit völlig unzureichend. Auch im gerichtlichen Verfahren haben die Antragsteller ihre wirtschaftliche Situation nicht offen gelegt. Lohn-/Einkommensteuerbescheide und Kontoauszüge wurden nicht vorgelegt. Daneben ist nicht ersichtlich, ob die Antragstellerin zu 2, die Internationale Hauptschule, zu der sie angemeldet war, besucht, ob sie Unterhaltsleistungen, Ausbildungsförderung, Zuwendungen von Dritten o.ä. erhält. Zweifel dürften auch dahingehend bestehen, ob sie sich gewöhnlich in der Wohnung ihres Vaters aufhält. Hinsichtlich der Kosten für Unterkunft und Heizung liegen ausreichende Nachweise für die Mietzahlungen nicht vor. Fraglich erscheint auch, ob keiner die Antragsteller über ein Konto (mit-)verfügen. Die "Bar-Einzahlung auf eigenes Girokonto" vom 14. April 2008 in Höhe der vereinbarten Miete auf das Konto der Vermieterin wirft zumindest die Frage auf, ob der Antragsteller zu 1 bezüglich des Kontos von Frau Sick (mit-)verfügungsberechtigt ist. Auch, dass ein Einzug ohne vorherige Begleichung der vereinbarten Mietkaution erfolgen konnte, dürfte nicht dem Üblichen entsprechen. Sollten beide Antragsteller tatsächlich über keine Bankverbindung verfügen, müssten sie anstelle der Kontoauszüge die Einzahlungsbelege für Miete, Strom-, Telefon- und Versicherungsrechnungen (insbesondere Kfz- und Krankenversicherung) sowie über ihre Barausgaben (Lebensmittel, Benzin, Kleidung, Fahrtkosten der Antragstellerin etc.) vorlegen. Es ist auch nicht hinreichend geklärt, ob der Antragsteller zu 1 - noch - Eigentum und/oder Vermögen, insbesondere aufgrund einer früheren Erbschaft, besitzt und ggf. hieraus Einkünfte erzielt. Nachweise hierzu sind in den Akten nicht enthalten. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Vermögenssituation der Antragstellerin zu 2.

Die begehrte Anordnung kann, unabhängig vom Vorliegen eines Anordnungsanspruchs nicht ergehen, weil die Antragsteller auch einen Anordnungsgrund wegen der völlig unzureichenden Angaben zur Einkommens- und Vermögenssituation nicht glaubhaft gemacht haben. Auch im Übrigen sind konkrete Umstände für eine Notlage der Antragsteller weder im Verfahren beim Sozialgericht noch im Beschwerdeverfahren dargelegt und glaubhaft gemacht worden, die trotz der worauf das Sozialgericht zu Recht hingewiesen hat - im Verwaltungsverfahren nicht konsequent, insbesondere durch schnelle und umfassende Mitwirkung verfolgten Ansprüche, im einstweiligen Rechtsschutz eine Interessenabwägung zugunsten der Antragsteller rechtfertigen könnten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragsteller bereits zum 1. Oktober 2007 eine Wohnung in E. ohne Einholung einer vorherigen Zusage gemietet, sich zum 1. November 2007 umgemeldet, dies dem früher zuständigen Leistungsträger nicht mitgeteilt und erst am 10. Januar 2008 bei der nun zuständigen Antragsgegnerin Leistungen beantragt haben. Die anwaltlich vertretenen Antragsteller sind nach alledem darauf zu verweisen, selbst Abhilfe dadurch zu schaffen, dass sie die zur Prüfung des von ihnen geltend gemachten Anspruchs erforderlichen Unterlagen der Antragsgegnerin umgehend und vollständig zur Verfügung stellen. Sollten sie ihren Mitwirkungspflichten weiterhin nicht nachkommen, wird die Antragsgegnerin zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für eine Sachentscheidung im Wege der Amtsermittlung geschaffen werden können oder die Voraussetzungen für eine erneute Versagung vorliegen.

III. Hinsichtlich der für sofort vollziehbar erklärten Aufrechnung handelt es sich um einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs. Der so gefasste Antrag war zulässig, insbesondere statthaft. Denn die in der Entscheidung vom 18. August 2008 erklärte Aufrechnung, wonach von den - nicht bewilligten - Leistungen ab September 2008 monatlich 75,00 EUR einbehalten werden, ist in Form eines Verwaltungsakts im Sinn von [§ 31 Satz 1](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) ergangen. Die Mitteilung der Beklagten zur Einbehaltung ist auch dann als (Formal-)Verwaltungsakt (hierzu vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 20. Dezember 2001 - B 4 RA 501/01 R - veröffentlicht in [Juris](#); [SozR 4-1200 § 52 Nr. 1](#); [BSGE 60, 87](#), 89; [91, 68](#), 69; zuletzt BSG [SozR 4-4300 § 119 Nr. 3](#)) zu beurteilen, wenn eine Aufrechnung nicht in Form eines Verwaltungsakts erfolgen durfte (vgl. dazu unten). Bereits die äußere Form des Bescheids spricht für einen Verwaltungsakt. Die Aufrechnung wurde äußerlich und optisch hervorgehoben in einen besonderen Verfügungssatz gekleidet. Der Wille, die Aufrechnung als Verwaltungsakt zu regeln, wird weiterhin durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung eindeutig bestätigt. Es kann damit insoweit offenbleiben, in welcher Form eine Aufrechnung zu erfolgen hat oder erfolgen kann. Das Bundessozialgericht (BSG) ist zunächst davon ausgegangen, dass eine vom Leistungsträger erklärte Aufrechnung/Verrechnung von Ansprüchen auf Sozialleistungen mit einem dem Leistungsträger zustehenden Gegenanspruch als Verwaltungsakt ergehen kann bzw. ergehen muss (vgl. [BSGE 53, 208](#), 209; [64, 17](#), 22 f.; [78, 132](#), 134 f.). Hiervon ist der 4. Senat des BSG abgerückt (BSG [SozR 4-1200 § 52 Nr. 1](#)). In einer nachfolgenden Entscheidung des 5. Senats wurde diese Frage offen gelassen (BSG, Urteil vom 10. Dezember 2003 - [B 5 RJ 18/03 R](#) -). Der 13. Senat hat zu erkennen gegeben, dass er sich der Ansicht des 4. Senats nicht anschließt (BSG, Urteil vom 27. März 2007 - B 13 RJ 431/05 R -). Der erkennende Senat hat sich dagegen der genannten Auffassung des 4. Senats, die in Übereinstimmung mit der

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 27. Oktober 1982 - [3 C 6/82](#) - [BVerwGE 66, 218](#); offen lassend für die Aufrechnung nach [§ 51 SGB I](#) und § 25a BSHG Beschluss vom 6. November 1995 - [5 B 154/95](#) -) und des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 4. Februar 1997 - [VII R 50/96](#), [BFHE 182, 276](#) zu [§ 226 AO](#) 1977) steht, bereits mit seinem Urteil vom 31. Mai 2005 (L 13 KN 702/05) angeschlossen und mit Beschluss vom 19. März 2008 ([L 13 AS 1521/08 ER-B](#)) hieran festgehalten.

Da wie dargelegt, jedenfalls ein (Formal-)Verwaltungsakt vorliegt, war der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz insoweit sachdienlich auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gerichtet. Dass in [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) bis Nr. 3 SGG die nach der Anordnung des Sofortvollzugs vom Belasteten erstrebte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Gegensatz zu [§ 80 Abs. 5 Satz 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) nicht eigens aufgeführt ist, schadet nicht, denn aus der ausdrücklichen Erwähnung einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in [§ 86 b Abs. 2 Satz 3 SGG](#) ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch bei Sofortvollzugsanordnungen einstweiligen Rechtsschutz durch Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat einräumen wollen (vgl. hierzu Senatsbeschlüsse von 9. Januar 2003 - [L 13 AL 4260/02 ER-B](#) -, vom 25. August 2003 - [L 13 AL 2374/03 ER-B](#) -, vom 21. November 2006 - [L 8 AS 4680/06 ER-B](#) - und vom 13. März 2007 - [L 13 AS 211/07 ER-B](#) -, vgl. auch Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 12. April 2006 - [L 7 AS 1196/06 ER-B](#) - m.w.N., jeweils veröffentlicht in Juris sowie LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. Juni 2007- [L 7 AL 1572/07 ER-B](#) - m.w.N.).

Dieser statthafte und auch im Übrigen zulässige Antrag war im Sinne der Aufhebung der Anordnung des Sofortvollzugs begründet. Nach [§ 86 a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) entfällt die aufschiebende Wirkung in Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten ist und die Stelle, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, die sofortige Vollziehung mit schriftlicher Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung anordnet. Bereits das formelle Erfordernis, dass die Agentur für Arbeit die Vollziehungsanordnung erlassen und das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der im Bescheid vom 18. August 2008 verfügten Aufrechnung schriftlich begründet hat, ist nicht erfüllt. Die Anordnung enthält keine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung, weshalb wegen eines besonderen öffentlichen Interesses ausnahmsweise die sofortige Vollziehung der Erstattung notwendig ist und dass hinter dieses öffentliche Interesse das Interesse der Antragsteller, weiter in den Genuss der aufschiebenden Wirkung zu kommen, zurücktreten muss. Alleine der Hinweis auf ein besonders öffentliches Interesse an der zeitnahen Rückforderung genügt nicht den formalen Anforderungen des [§ 86 a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#), wonach das Interesse an der sofortigen Vollziehung hinreichend schriftlich zu begründen ist. Damit war die Anordnung des Sofortvollzugs bereits wegen des Begründungsmangels aufzuheben. Hinzuweisen ist, dass im Falle einer ausreichenden Begründung wohl die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wiederherzustellen gewesen wäre. Denn abgesehen davon, dass eine Forderung der Antragsteller mit der aufgerechnet werden könnte, weder hinsichtlich der Höhe und des Zeitraums noch dem Grunde feststeht und sich schon deshalb nicht prüfen lässt, ob eine Aufrechnung in Höhe von 75 EUR hinsichtlich eines möglichen zukünftigen Leistungsanspruch rechtmäßig ist. Selbst bei - hier nicht vorliegender - offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Rechtsbehelfs wäre ausgehend von der gesetzgeberischen Wertung des [§ 86 a Abs. 1 SGG](#), nach der der Rechtsbehelf gegen die behördliche Entscheidung in der Regel aufschiebende Wirkung entfaltet, für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt. Inhaltlich ist dieses Vollziehungsinteresse nicht bloß ein gesteigertes Erlassinteresse, sondern von qualitativ anderer Art. Es genügt für die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsakts daher nicht, dass dieser keinen ernstlichen Rechtmäßigkeitsbedenken unterliegt. Es muss vielmehr anhand der Umstände des konkreten Falles ein zusätzliches Beschleunigungsinteresse als besonderes Vollzugsinteresse ermittelt werden, das in der Eilbedürftigkeit der Realisierung des als wahrscheinlich rechtmäßig erkannten Verwaltungsakts liegt (vgl. zum Ganzen: Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Kommentar, § 80 Rn. 265 f.). Ein solches Beschleunigungsinteresse scheidet aber aus, solange Leistungen, mit denen die Aufrechnung vorgenommen werden soll, versagt bzw. abgelehnt worden sind.

Die Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Aufrechnung war auch auszusprechen, wenn es sich hier entsprechend der Rechtsprechung des Senats lediglich um einen Formal-Verwaltungsakt handelt und die Verrechnung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung anzusehen ist (vgl. hierzu oben). Zwar bleibt dann die im Rahmen einer Leistungsklage zu prüfende Wirksamkeit der keine Regelung darstellenden, öffentlich-rechtlichen Aufrechnungserklärung, die als solche den Regeln für eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung unterliegt und nicht kassationsfähig ist, auch wenn der Aufrechnungswille in der unzulässigen Form eines Verwaltungsakts zum Ausdruck gebracht wurde, von der Rechtswidrigkeit und auch von der Aufhebung eines Formal-Verwaltungsakts unberührt (anders LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. April 2006 - [L 10 R 2198/05](#)- m.N.). Dennoch bestünde in diesem Fall die Gefahr, dass sich die Behörde auf die von ihr angeordnete sofortige Vollziehung des (Formal-)Verwaltungsakts beruft und diese den Antragstellern auch in einem einstweiligen Anordnungsverfahren entgegengehalten wird (vgl. Beschluss des Senats vom 19. März 2008 - [L 13 AS 1521/08 ER-B](#) -).

Aus dem oben Dargelegten zur Frage der Rechtmäßigkeit des Aufrechnungsbescheids ergibt sich allerdings zugleich, dass auch von der Aufrechnung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung ausgehend die Wirksamkeit der hier vorliegenden Aufrechnungserklärung fraglich erscheint, da eine bestimmte - zukünftig fällige - Forderung der Antragsteller zum Zeitpunkt der Erklärung nicht bestand. Damit müssten die Antragsteller nach dem obigen Abwägungsergebnis auf ihren Antrag auch im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig von der Durchführung der Aufrechnung verschont werden, wenn sich die Antragsgegnerin auf die Wirksamkeit ihrer Aufrechnungserklärung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung berufen würde.

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

Dieser Beschluss ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar (vgl. [§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-11-20