

## L 2 AS 2173/17 B ER und L 2 AS 2367/17 B

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

LSG Nordrhein-Westfalen

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

2

1. Instanz

SG Dortmund (NRW)

Aktenzeichen

S 5 AS 4666/17 ER

Datum

19.10.2017

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 2 AS 2173/17 B ER und L 2 AS 2367/17 B

Datum

11.01.2018

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Beschwerden der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 19.10.2017 werden zurückgewiesen. Kosten der Beschwerdeverfahren sind nicht zu erstatten. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung betreffende Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

Die zulässigen Beschwerden sind nicht begründet. Das Sozialgericht hat zu Recht eine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den angefochtenen Aufhebungsbescheid vom 12.07.2017 nicht angeordnet.

Gemäß [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Die näheren Einzelheiten dieser gerichtlichen Anordnungsbefugnis sind gesetzlich nicht geregelt. Sie sind durch Auslegung zu gewinnen. Diese ergibt, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage Ergebnis einer Interessenabwägung ist. Die aufschiebende Wirkung eines solchen Rechtsbehelfs ist anzuordnen, wenn im Rahmen der Interessenabwägung dem privaten Aufschubinteresse gegenüber dem öffentlichen Interesse einer sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes Vorrang gebührt. Bei dieser Interessenabwägung ist insbesondere die - nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage zu bewertende - Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. Ferner ist zu beachten, dass der Gesetzgeber in Fällen des [§ 86 a Abs. 2 Nrn. 1 - 4 SGG](#) das Entfallen der aufschiebenden Wirkung angeordnet und damit grundsätzlich ein überwiegendes Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes geregelt hat (vgl. Landessozialgericht [LSG] Nordrhein-Westfalen [NRW], Beschluss vom 21.01.2010, Az.: [L 7 B 446/09 AS](#), bei juris Rn. 5). Davon abzuweichen besteht nur Anlass, wenn im konkreten Fall ein überwiegendes privates Aufschubinteresse feststellbar ist. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung muss eine mit gewichtigen Argumenten zu begründende Ausnahme sein (LSG NRW, Beschluss vom 09.12.2013, Az.: [L 2 AS 1956/13 B ER](#), bei juris Rn. 3). Eine solche Ausnahme liegt vor, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, denn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Vollziehung rechtswidriger Verwaltungsakte besteht nicht. Ist der Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig, ist die aufschiebende Wirkung regelmäßig nicht anzuordnen. Sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs nicht abschätzbar, ist eine allgemeine Interessenabwägung durchzuführen. Dabei sind auch die grundrechtlichen Belange des Antragstellers in die Abwägung einzustellen (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 12.05.2005, Az. [1 BvR 569/05](#), bei juris Rn. 26).

Unter Beachtung der vorgenannten Rechtsgrundsätze war eine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den angefochtenen Bescheid nicht anzuordnen. Der Aufhebungsbescheid ist unter Berücksichtigung der von der Stadt C, Ausländeramt, gegen die Antragsteller erlassenen und nach Lage der Akten bindend gewordenen Bescheide vom 23.05.2017 über die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt rechtmäßig, weil die Antragsteller damit gemäß § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Buchst. a des Sozialgesetzbuchs 2. Buch (SGB II) vom Leistungsbezug ausgenommen sind. Ein Verlust des Rechts auf Freizügigkeit gemäß § 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes/EU durch behördliche Entscheidung schließt einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II selbst dann aus, wenn seit mindestens fünf Jahren ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet besteht ([§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)). Im Verfahren um die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II sind die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit grundsätzlich an Entscheidungen der dafür zuständigen Behörden zum ausländerrechtlichen Status der die Leistung beantragenden Personen gebunden.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Antragsteller nach eigenem Vorbringen nunmehr unter dem 22.12.2017 Anfechtungsklage bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen gegen die Bescheide vom 23.05.2017 erhoben haben. Zwar hat eine Klage gegen die behördliche Feststellung des Verlustes des Rechts auf Freizügigkeit nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU gemäß [§ 80 Abs. 1 S. 1](#) der

Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung (vergleiche VG München, Beschluss vom 19.06.2013 zum Az. [M 10 S 13.1067](#), zur Rn. 92 der Wiedergabe bei juris). Diese tritt aber schon zur Vermeidung rechtsmissbräuchlicher Vorgehensweisen nicht uneingeschränkt ein. Nach zutreffender allgemeiner Ansicht entfällt die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage dann, wenn diese offensichtlich unzulässig ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der angefochtene Verwaltungsakt bereits bestandskräftig geworden ist und damit schon der Suspensiveffekt einer Klage nicht greifen kann (vergleiche zum Ganzen mit weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur: Schenke in Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, 23. Auflage 2017, § 80 Rn. 50 sowie Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, Kommentar zum SGG, 12. Auflage 2017, § 86a Rn. 10). Im vorliegenden Verfahren ist davon auszugehen, dass die Bescheide vom 23.05.2017, die ausweislich der vorliegenden Zustellungsurkunde am 26.05.2017 zugestellt wurden, im Zeitpunkt der Klageerhebung bei dem Verwaltungsgericht wegen Nichteinhaltung der Klagefrist von einem Monat, über die in den angefochtenen Bescheiden eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung erfolgte, bestandskräftig waren und es deshalb auch an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klage fehlt.

Das Vorbringen der Antragsteller, sie hätten die Bescheide des Ausländeramts der Stadt C vom 23.05.2015 nicht erhalten, rechtfertigt keine andere Beurteilung im Verfahren um Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes. Vom Antragsgegner ist diesbezüglich bereits mit Schriftsatz vom 02.01.2018 aus der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 11.09.2013 zum Az. [L 2 AS 1380/13 B ER](#), veröffentlicht bei juris) zutreffend zitiert worden. Der Postzusteller hat auch im vorliegenden Verfahren in der über die Zustellung aufgenommenen Urkunde (Bl. 246 und 247 der Verwaltungsakten) bezeugt, die zuzustellende Entscheidung in den zur Wohnung der Empfänger gehörenden Briefkasten eingelegt zu haben, weil eine Übergabe des Schriftstücks in der Wohnung nicht möglich war. Dieser Vermerk hat auch dann, wenn er von einem Bediensteten der Deutschen Post AG ausgestellt wird, die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des [§ 418 ZPO](#), begründet also den vollen Beweis der in der Urkunde bezeichneten Tatsachen. Dieser Beweis kann zwar durch Gegenbeweis entkräftet werden ([§ 418 Abs. 2 ZPO](#)), die bloße Versicherung, das Schriftstück nicht erhalten zu haben, genügt dafür aber nicht. Die Unrichtigkeit der in der Urkunde bezeugten Tatsachen muss vielmehr zur vollen Überzeugung des Gerichts bewiesen werden (vergleiche dazu auch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 6.12.2004 zum Aktenzeichen [AnwZ \(B\) 92/03](#) - zitiert nach juris). Bloße Zweifel an der Richtigkeit der urkundlichen Feststellungen reichen zur Führung des Gegenbeweises nicht aus. Ebenso kann der Gegenbeweis nicht durch die Behauptung oder Versicherung geführt werden, die zugestellte Sendung nicht erhalten zu haben. Für die Wirksamkeit der Zustellung kommt es nämlich nicht darauf an, ob und wann der Adressat das Schriftstück seinem Briefkasten entnommen und ob er es tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Der Nachweis der Unrichtigkeit der Postzustellungsurkunde ist vielmehr substantiiert anzutreten und kann nur durch die vollständige Entkräftung ihres Inhalts geführt werden. Erforderlich ist mithin mindestens die Glaubhaftmachung eines Sachverhalts, der zur Überzeugung des Gerichts jede Möglichkeit der Richtigkeit der beurkundeten Tatsachen ausschließt. Hier fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten für einen solchen Sachverhalt.

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

Eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren kommt mangels hinreichender Erfolgsaussichten nicht in Betracht ([§ 73a SGG](#) i.V.m. [§ 114 ZPO](#)). Aus dem gleichen Grund ist auch die Ablehnung von Prozesskostenhilfe durch das erstinstanzliche Gericht nicht zu beanstanden. Im Verfahren über die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Ablehnung von Prozesskostenhilfe ist eine Kostenerstattung gesetzlich nicht vorgesehen.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2018-01-25