

L 29 B 1104/05 AS ER

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung
29
1. Instanz
SG Potsdam (BRB)
Aktenzeichen
S 22 AS 363/05 ER

Datum
20.07.2005
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 29 B 1104/05 AS ER

Datum
17.01.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Potsdam vom 20. Juli 2005 geändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage vor dem Sozialgericht Potsdam zum Aktenzeichen S 18 AS 511/05 wird angeordnet, soweit sie sich gegen den Änderungsbescheid vom 25. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 01. November 2005 richtet. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller die notwendigen außergerichtlichen Kosten auch für das Beschwerdeverfahren zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsteller beantragte im November 2004 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II). In dem Antrag gab er unter anderem an, in eheähnlicher Gemeinschaft mit S R zu leben. Mit Bescheid vom 15. Dezember 2004 bewilligte die Antragsgegnerin Arbeitslosengeld II für die Zeit vom 01. Januar 2005 bis zum 30. Juni 2005. Für den Monat Januar 2005 betrug das Arbeitslosengeld II 172,98 Euro, für den Monat Februar 2005 181,98 Euro und für die Monate März bis Juni 2005 jeweils 238,98 Euro.

Am 19. Dezember 2004 erklärte S R, die Lebensgemeinschaft sei mit dem Antragsteller beendet worden. Sie stelle dem Antragsteller zwei Zimmer mit Ofenheizung, eine Küche und ein Bad mit Toilette "mietfrei" in ihrem Haus zur Verfügung. Der Antragsteller habe Betriebskosten (Gebäudeversicherung, Müllgebühren und die Versorgung mit Warmwasser) zu zahlen.

Durch Bescheid vom 28. Januar 2005 änderte die Antragsgegnerin die Bewilligung des Arbeitslosengeldes II, berücksichtigte die Erklärung der S R vom 19. Dezember 2004 und bewilligte dem Antragsteller Arbeitslosengeld in Höhe von 347,66 Euro für den Monat Januar 2005 und jeweils 331,00 Euro monatlich für die Zeit vom 01. Februar 2005 bis zum 30. Juni 2005.

Am 23. Mai 2005 beantragte der Antragsteller die Fortzahlung von Arbeitslosengeld II ab 01. Juli 2005, das ihm von der Antragsgegnerin durch Bescheid vom 30. Mai 2005 in Höhe von 400,88 Euro jeweils monatlich vom 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 bewilligt wurde.

Am 07. Juni 2005 suchte ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin den Antragsteller in seiner Wohnung auf. In einem Bericht zu dem Hausbesuch vermerkte der Mitarbeiter, der Antragsteller habe unter anderem erklärt, er und S R hätten sich nur aufgrund der Leistungsvoraussetzungen des SGB II getrennt, da er sonst keinerlei Ansprüche gehabt hätte.

Unter dem 07. Juni 2005 leitete die Antragsgegnerin eine Anhörung zur Höhe des Arbeitslosengeldes II ab 01. Januar 2005 ein. Nach dem Ergebnis des Hausbesuchs vom 07. Juni 2005 habe der Antragsteller in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit S R gelebt. Ihm stehe deswegen ab 01. Januar 2005 kein Arbeitslosengeld II in einer Höhe zu, die berücksichtige, dass er nicht in einer ehelichen Lebensgemeinschaft gelebt habe.

Am 11. Juli 2005 legte der Antragsteller Widerspruch "gegen den Bescheid vom 07.06.2005 ein". Er lebe und wirtschaftete seit dem 19. Dezember 2004 in einer eigenen Wohnung, die sich im Haus von S R befinde. Durch Widerspruchsbescheid vom 26. Juli 2005 traf die Antragsgegnerin folgende Entscheidung: "In Abänderung des Bescheides vom 07.06.2005 wird Ihnen Grundsicherung nach dem SGB II unter Berücksichtigung des Bestehens einer eheähnlichen Gemeinschaft gewährt. Im Übrigen wird der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen." Der Kläger hat (zunächst nur) hiergegen am 22. August 2005 die zum Aktenzeichen registrierte Klage vor dem Sozialgericht Potsdam erhoben.

Der Antragsteller hat bereits am 11. Juli 2005 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung bei dem Sozialgericht Potsdam gestellt.

Der Antragsteller hat beantragt,

"die Beklagte zu verurteilen, das Schreiben vom 07.06.2005 aufzuheben und umgehend die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für die Zeit vom 01.07.2005 bis 31.12.2005 weiter zu gewähren".

Das Sozialgericht Potsdam hat durch Beschluss vom 20. Juli 2005 die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller ab 01. Juli 2005 Arbeitslosengeld II nach dem SGB II - Grundsicherung für Arbeitssuchende - in Höhe von monatlich 238,98 Euro als Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts und Leistung für Unterkunft und Heizung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seinen Fortzahlungsantrag vom 23. Mai 2005, längstens bis zum 31. Dezember 2005, zu zahlen und für diesen Zeitraum Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung abzuführen. Es hat im Übrigen den Antrag abgelehnt.

Die Antragsgegnerin hat durch Bescheid vom 25. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 01. November 2005 die Bewilligung von Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II ab 01. Juli 2005 geändert und dem Antragsteller für die Zeit vom 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 253,71 Euro jeweils monatlich an Arbeitslosengeld zugestanden. Sie hat ferner verfügt, die bisherigen in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen seien insoweit aufgehoben. Hiergegen hat der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers mit Schriftsatz vom 14. November 2005 in dem vor dem Sozialgericht Potsdam unter dem Az.: registrierten Klage u. a. beantragt, die Beklagte zu verurteilen, auch den Bescheid vom 25. Juli 2005 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 01. November 2005 aufzuheben und dem Kläger Leistungen nach dem SGB II zu gewähren.

Gegen den dem Antragsteller am 25. Juli 2005 zugestellten Beschluss hat dieser am 19. August 2005 Beschwerde eingelegt. Bei der Bewilligung von Arbeitslosengeld II ab 01. Juli 2005 sei davon auszugehen, dass er nicht in einer ehelichen Lebensgemeinschaft lebe.

Das Sozialgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen; Beschluss vom 23. August 2005.

Am 21. Dezember 2005 hat mit den Beteiligten ein Erörterungstermin stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Beteiligten wegen des Verfahrens wird auf die Verfahrensakten der einstweiligen Anordnung, die Gerichtsakten des Sozialgerichts Potsdam (Aktenzeichen) sowie die Leistungsakten der Antragsgegnerin (Aktenzeichen) Bezug genommen. Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der Beratung gewesen.

II.

Die statthafte und zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Beschwerde ([§§ 172](#) und [173](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG), der das Sozialgericht nicht abgeholfen hat ([§ 174 SGG](#)) ist, wie aus dem Tenor ersichtlich, begründet.

Das Sozialgericht hat bereits verkannt, dass es sich bei dem Antrag vom 11. Juli 2005 nicht um einen solchen nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#), sondern nach [§ 86 b Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) handelt. Danach 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.

Zwar hat der Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, der einen Antrag nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) vermuten lässt. Jedoch ist bereits nach dessen Wortlaut [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) nur anwendbar, soweit ein Fall des [§ 86 b Abs. 1 SGG](#) nicht vorliegt. So liegt der Fall hier. Das Sozialgericht hat den Bescheid vom 30. Mai 2005, mit dem Antragsteller (zunächst) Arbeitslosengeld II in Höhe von 400,88 EUR jeweils monatlich ab 01. Juli 2005 bewilligt worden war, ignoriert, obwohl dieser Bescheid sich auf Bl. 74 bis 75 der Leistungsakten der Antragsgegnerin befindet. In der Hauptsache ist, soweit der Antragsteller Leistungen aus dem Bewilligungsbescheid vom 30. Mai 2005 begehrt, die Anfechtungsklage nach [§ 54 Abs. 1 SGG](#) gegeben, die der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers mit Schriftsatz vom 14. November 2004 vor dem Sozialgericht in dem Verfahren S 18 AS 511/05 auch klageerweiternd geltend gemacht.

Effektiven Rechtsschutz erhält der Antragsteller allein durch die Aufhebung des Änderungsbescheides vom 25. Juli 2005, mit dem die Antragsgegnerin in die bestehende Leistungsbewilligung durch den Bescheid vom 30. Mai 2005 für den Bewilligungsabschnitt vom 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 eingriff. Dies ist nicht im Wege einer Leistungsklage, sondern nur im Wege einer Anfechtungsklage zu erreichen. Das Sozialgericht hat zwar den Änderungsbescheid vom 25. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 01. November 2005 nicht gekannt, denn am 20. Juli 2005 erließ es den angefochtenen Beschluss. Aufgrund der Aktenlage bzgl. des Bescheides vom 30. Mai 2005 und des Antragsbegehrens des Antragstellers hätte es sich ihm aber aufdrängen müssen, den Sachverhalt weiter aufzuklären ([§ 103 SGG](#)), um sich die Erkenntnis zu verschaffen, dass vorliegend nicht ein Verfahren nach [§ 86 Abs. 2 SGG](#), sondern eines nach [§ 86 Abs. 1 SGG](#) gegeben ist.

Einstweiligen Rechtsschutz kann der Antragsteller demgemäß nur im Wege des [§ 86 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) erlangen, da Widerspruch und Klage gegen einen Verwaltungsakt, der über Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende entscheidet, nach [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) keine aufschiebende Wirkung haben. Deren Anordnung erfüllt das Antragsziel des Antragstellers hingegen vollständig.

Nach [§ 106 Abs. 1 SGG](#), der auch für Beschlüsse anwendbar ist (Meyer-Ladewig in Meyer-Ladewig/Keller/ Leitherer, Kommentar zum SGG, 8. Auflage, § 142 Rz 3a), ist seitens des Gerichts auf sachdienliche Anträge hinzuwirken. Daraus folgt, dass der schriftsätzlich gestellte Antrag wie dargestellt auszulegen ist. Der Antrag, die aufschiebende Wirkung anzuordnen, zielt grundsätzlich darauf ab, diese Entscheidung für die Dauer des gesamten Verfahrens bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit der angegriffenen Verwaltungsentscheidung zu erreichen. Insbesondere entfällt das Rechtsschutzbedürfnis nicht dadurch, dass sich der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs teilweise durch den Erlass des Widerspruchbescheides erledigt hat. Dem Interesse an einem effektiven Rechtsschutz entspricht es, dass der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs zugleich jenen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der später erhobenen Klage erfasst. Dem ist vorliegend dadurch Rechnung zu tragen, dass jetzt nur noch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage streitgegenständlich und damit im Sinne des [§ 106 SGG](#) sachdienlich ist (vgl. LSG für das

Land Nordrhein-Westfalen - Beschluss vom 17. Januar 2005, Az: [L 2 B 9/03 KR ER](#) in [Breith. 2005, 437](#)).

Über den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung entscheidet das Gericht nach Ermessen aufgrund einer Interessensabwägung (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 8. Auflage, § 86 b Rz. 7 f.; LSG Hamburg, Beschluss vom 09. Juni 2005 - [L 5 B 71/05 ER AS](#), juris). Er stellt im Rahmen der Abwägung vordringlich auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ab. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Anforderungen an das Aussetzungsinteresse des Antragstellers umso geringer sind, je größer die Erfolgsaussichten sind. Ist der Bescheid offensichtlich rechtswidrig, so wird die aufschiebende Wirkung angeordnet und somit die Vollziehung ausgesetzt, denn es gibt kein öffentliches Interesse an einer Fortgeltung eines solchen Verwaltungsaktes (Keller, a.a.O., Rz. 12 c m.w.N.).

So verhält es sich hier. Mit dem Bescheid vom 25. Juli 2005 hat die Antragsgegnerin ihren Bescheid vom 30. Mai 2005 teilweise zurückgenommen, ohne den Anforderungen der anzuwendenden Regelungen des [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) zu genügen. Nach dessen Abs. 1 darf ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat, soweit er rechtswidrig ist, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit zurückgenommen werden.

Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist.

Zunächst liegt ein den Vertrauensschutz ausschließender Fall des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#), den das Sozialgericht zu Unrecht angenommen hat, nicht vor. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) kann sich der Begünstigte nicht auf Vertrauen berufen, soweit

1. er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat,
2. der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat,
3. er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat.

Der Antragsteller hat im der Leistungsbewilligung vorausgehenden Verwaltungsverfahren alle notwendigen Angaben zu seinen Lebensverhältnissen, insbesondere zu einer nicht mehr bestehenden nichteheähnlichen Lebensgemeinschaft mit SR gemacht. Offen bleiben kann hierbei, ob diese Angaben tatsächlich zutreffend und glaubhaft sind.

Inwieweit dem Kläger tatsächlich ein die Rücknahme ausschließender Vertrauensschutz nach [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) zur Seite steht, kann ebenfalls dahin gestellt bleiben. Zwar hat das BSG entschieden, dass die meisten Gesichtspunkte bereits bei der auch in solchen Fällen nach [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) vorzunehmenden Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und Schutzinteresse des Einzelnen zu berücksichtigen sind (vgl. z.B. BSG 05. November 1997 - [9 RV 20/96](#) - [SozR 3-1300 § 45 Nr. 37](#)). Jedoch kommt es hierauf letztlich nicht an, da die Antragsgegnerin bei ihrer Rücknahmeentscheidung im Bescheid vom 25. Juli 2005 das durch [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) eröffnete Ermessen nicht ausgeübt hat.

Die Ausübung dieses Ermessens ist nicht nach [§ 40 SGB II](#) i. V. m. [§ 330 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) ausgeschlossen, weil diese Vorschrift auf den zu entscheidenden Sachverhalt nicht anwendbar ist.

Nach [§ 330 Abs. 2 SGB III](#) ist bei der Prüfung des [§ 45 SGB X](#) die Ausübung von Ermessen nur dann nicht erforderlich, wenn die in [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) genannten Voraussetzungen für die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes vorliegen. Ansonsten, dass heißt bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#), ist bei der Prüfung des [§ 45 SGB X](#) von der Behörde sowohl bei der Entscheidung über die Rücknahme für die Zukunft als auch bei der Entscheidung über die Rücknahme für die Vergangenheit Ermessen auszuüben (Pilz in Gagel, SGB III, 23. Ergänzungslieferung, § 330 Rz. 4,5; Eicher in Eicher/Schlegel, SGB III, § 330 Rz. 14), es sei denn, dass wegen der besonderen Fallgestaltung das Ermessen auf Null reduziert ist (vgl. BSG 25. Januar 1994 - [4 RA 16/92](#) - [SozR 3-1300 § 50 Nr. 16](#) S. 41 ff m.w.N.).

Das nach [§ 40 SGB II](#) i. V. m. [§ 330 SGB III](#) eröffnete Ermessen hat die Antragsgegnerin nicht ausgeübt. Den Gerichten ist es grundsätzlich nicht gestattet, eine Prognose über behördliche Ermessensentscheidungen anzustellen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn zuverlässige Anhaltspunkte - etwa in Form von Verwaltungsvorschriften oder einer festen Verwaltungspraxis - dafür bestehen, dass die Behörde das Ermessen in einem bestimmten Sinne ausüben wird. Im vorliegenden Falle sind derartige Anhaltspunkte nicht ersichtlich. Es existiert keine fachliche Weisung und auch keine feste Verwaltungspraxis für die von der Antragsgegnerin zu treffende Ermessensentscheidung; (vgl. Hamburgisches Obergericht, Beschluss vom 09. Februar 1994 - Az: Bs V 10/94 - in juris). Ob darüber hinaus das Ermessen der Antragsgegnerin auf Null geschrumpft war, braucht nicht entschieden zu werden. Der in der Bescheidbegründung darstellbare (vgl. [§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#)) Pflicht zur Ermessensausübung ist die Antragsgegnerin nicht in dem Bescheid vom 25. Juli 2005 nachgekommen, so dass sich hieraus auch keine Ermessensreduzierung auf Null erkennen lässt und auch sonst nicht für den Senat aufdrängt; vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 07. Januar 2002, Az: [L 13 AL 3590/01 ER-B](#), in: juris.

Dieser Ermessensnichtgebrauch ist, anders als die ebenfalls unterbliebene Anhörung, nicht nach [§ 41 SGB X](#) heilbar. Fehlende Ermessenserwägung im Rücknahmebescheid können zwar nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 SGB X](#) bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Damit ist jedoch kein Nachschieben im Verwaltungsverfahren nicht erwogender Gründe erlaubt, sondern nur die nachträgliche Mitteilung der für den Erlass des Verwaltungsaktes aus damaliger Sicht der Behörde maßgebenden Gründe (vgl. Steinwedel in Kasseler Kommentar, § 41 Rz. 14, § 45 Rz. 63).

Ohne ein solches nicht nachholbares Ermessen, innerhalb dessen Erwägungen anzustellen wären, die den Vertrauensschutz des Klägers in

das zunächst bewilligte Arbeitslosengeld II in Höhe von 400,88 EUR umfassen, ist die Rücknahme des Bewilligungsbescheides vom 31. Mai 2005 rechtswidrig. Angesichts dessen ist das öffentliche Vollzugsinteresse geringer zu bewerten als das Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Der angefochtene Beschluss des Sozialgerichts ist zu ändern gewesen, weil er zudem das Verbot der Verböserung (reformatio in peius) verletzt hat. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass dem Kläger oder Antragsteller noch nicht einmal zusteht, was der Leistungsempfänger ihm schon zugestanden hat, so darf es auf die Klage oder den Antrag hin nicht die Verwaltungsentscheidung zum Nachteil des Klägers oder Antragstellers ändern; (vgl. Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 3. Aufl., zu VII Rnr. 62; Meyer-Ladewig u. a., SGG, 8. Aufl., zu § 123 Rnr. 5 m.w.N.). Die Bewilligung von Arbeitslosengeld II ab 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 in Höhe von 238,98 EUR durch den angefochtenen Beschluss greift rechtswidrig in die Bewilligung von Arbeitslosengeld II durch den Bescheid vom 30. Mai 2005 ab 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 in Höhe von 400,88 EUR jeweils monatlich ein. Zu Recht hat die Antragsgegnerin dem Beschluss des Sozialgerichts keine Beachtung geschenkt und dem Antragsteller durch Änderungsbescheid vom 25. Juli 2005 noch 253,71 EUR jeweils monatlich für die Zeit vom 01. Juli 2005 bis zum 31. Dezember 2005 zugestanden. Diese durch den Bescheid vom 25. Juli 2005 getroffene Rechtslage konnte aber, wie zuvor dargelegt, ebenfalls keinen Bestand haben.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2006-06-21