

## S 160 AS 27361/09 ER

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
SG Berlin (BRB)  
Sachgebiet  
Grundsicherung für Arbeitsuchende  
Abteilung  
160  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 160 AS 27361/09 ER  
Datum  
25.09.2009  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze  
Sozialgericht Berlin Invalidenstraße 52

10557 Berlin

Az.: [S 160 AS 27361/09 ER](#)

Beschluss In dem Verfahren

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

JobCenter Steglitz-Zehlendorf, Birkbuschstr. 10, 12167 Berlin, Gz.: - Antragsgegner -

hat die 160. Kammer des Sozialgerichts Berlin am 25. September 2009 durch die Richterin Jangor beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers vom 31. August 2009 gegen den Bescheid vom 9. Dezember 2008, mit dem die Erstattung von Arbeitslosengeld II (Regelleistung) und Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von 1.396,47 EUR gefordert wird, aufschiebende Wirkung entfaltet. Der Antragsgegner erstattet dem Antragsteller seine notwendigen außergerichtlichen Kosten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Widerspruch gegen einen Bescheid, mit dem nach der endgültigen Entscheidung über zunächst nur vorläufig bewilligte Leistungen eine Erstattung der vorläufig bewilligten Leistungen nach § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a Sozialgesetzbuch – Zweites Buch (SGB II) i.V.m. § 328 Abs. 3 S. 2 Sozialgesetzbuch – Drittes Buch (SGB III) geltend gemacht wird, aufschiebende Wirkung hat. Der Antragsteller steht beim Antragsgegner im laufenden Bezug von Leistungen nach dem SGB II. Mit Bescheid vom 16. April 2008 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 17. Mai 2008 bewilligte der Antragsgegner dem Antragsteller vorläufig Leistungen nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 SGB III](#). Am 9. Dezember 2008 erließ der Antragsgegner für den hier maßgeblichen Zeitraum April 2008 bis September 2008 zwei Bescheide. In einem der Bescheide vom 9. Dezember 2008 (im Folgenden: "Festsetzungsbescheid") setzte der Antragsgegner den Leistungsanspruch des Antragstellers und seiner Bedarfsgemeinschaft endgültig fest. Dementsprechend befindet sich auf Seite 2 des Bescheides unter der Überschrift "Wichtige Erläuterungen/Hinweise zu Ihrem Bescheid" die Anmerkung "Hier endgültige Festsetzung. Nach Vorlage der Einkommensnachweise konnte neu berechnet werden". In einem zweiten Bescheid vom 9. Dezember 2009 (im Folgenden: "Erstattungsbescheid") fordert der Antragsgegner die Erstattung der überzahlten Leistungen für Arbeitslosengeld II (Regelleistung) in Höhe von 772,41 EUR und für die Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von 624,06 EUR, insgesamt also in Höhe von 1.396,47 EUR. Der Erstattungsbescheid enthält den Hinweis, dass mit der endgültigen Entscheidung über den Leistungsanspruch des Antragstellers festgestellt wurde, dass ihm nur ein geringerer Anspruch zustehe, wobei ausdrücklich auf den Festsetzungsbescheid vom 9. Dezember 2008 Bezug genommen wird. Mit Schreiben vom 17. Mai 2009 mahnte die Regionaldirektion Berlin-Brandenburg den

Antragsteller zur Zahlung eines am 5. Mai 2009 fälligen (Teil-)Betrages von 100,00 EUR. Als zugrunde liegende Forderungen wies die Mahnung Bescheide des Antragsgegners u.a. vom 9. Dezember 2008 aus. Mit Schreiben der Vollstreckungsstelle des Hauptzollamtes vom 12. August 2008 wurde dem Antragsteller die Vollstreckung aus dem Bescheid vom 9. Dezember 2008 zzgl. Mahnkosten in Höhe von insgesamt 1.203,31 EUR angekündigt. Der Antragsteller behauptet, ein Bescheid vom 9. Dezember 2009 sei ihm nicht bekannt gewesen. Er habe erstmals nach Übersendung des Erstattungsbescheids im gerichtlichen Verfahren Kenntnis von diesem Bescheid erlangt. Das Gericht hatte dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers den zuvor vom Antragsgegner übersandten Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 am 28. August 2009 per Telefax übermittelt. Mit Schreiben vom 31. August 2009 legte der Antragsteller durch seinen Verfahrensbevollmächtigten Widerspruch gegen diesen Bescheid ein. Der Antragsteller hatte bereits mit bei Gericht am 20. August 2009 eingegangenen Schriftsatz das Eilverfahren zur Abwehr der angekündigten Vollstreckung eingeleitet und beantragt nunmehr mit Schriftsatz vom 21. September 2009 sinngemäß, festzustellen, dass der Widerspruch vom 31. August 2009 gegen den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 aufschiebende Wirkung hat. Der Antragsgegner beantragt, den Antrag abzulehnen. Er trägt vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Antragsteller den Bescheid vom 9. Dezember 2008 nicht erhalten haben soll. Er ist der Ansicht, der Widerspruch gegen einen Bescheid nach [§ 328 Abs. 3 SGB III](#) entfalte keine aufschiebende Wirkung. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der den Antragsteller betreffenden, auszugsweise übersandten Verwaltungsakte des Antragsgegners Bezug genommen, die dem Gericht bei seiner Entscheidung vorgelegen haben

II.

Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 31. August 2009 gegen den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 hat Erfolg.

1.

Der Antrag ist zulässig.

Gemäß [§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) kann das Gericht in den Fällen, in denen der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. In entsprechender Anwendung des [§ 86b SGG](#) kann das Gericht im einstweiligen Rechtsschutz die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs feststellen, wenn ein Widerspruch zwar aufschiebende Wirkung entfaltet, die zuständige Behörde diese jedoch missachtet und den Verwaltungsakt faktisch vollzieht oder dies ankündigt (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2008, § 86b Rn. 15, m.w.N.; Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27. September 2006, [L 19 B 587/06 AS ER](#)). Die in [§ 86b SGG](#) vom Gesetz einzig vorgesehene konstitutive Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist in diesen Fällen nicht möglich, weil der Widerspruch bereits aufschiebende Wirkung entfaltet. Zur lückenlosen Gewährung des grundrechtlichen normierten Rechts auf effektiven Rechtsschutz muss jedoch auch dem Adressaten eines suspendierten, von der Behörde faktisch vollzogenen Verwaltungsaktes die Möglichkeit eröffnet werden, gegen die unzulässige Vollziehung oder deren Ankündigung vorzugehen und eine gerichtliche Entscheidung auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs zu erwirken. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung resultiert daraus, dass der Antragsgegner unstreitig davon ausgeht, dem Widerspruch gegen den Bescheid vom 9. Dezember 2008 komme keine aufschiebende Wirkung zu. Der Antragsgegner hat die Vollstreckung hinsichtlich des im Bescheid festgesetzten Erstattungsbetrages bereits eingeleitet, wie sich aus der Mahnung der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg vom 17. Mai 2009 und der Vollstreckungsankündigung des Hauptzollamtes vom 12. August 2008 zweifelsfrei ergibt.

2.

Der Antrag ist auch begründet. Dem Widerspruch des Antragstellers vom 31. August 2009 gegen den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 kommt aufschiebende Wirkung zu. a) Der Feststellung der aufschiebenden Wirkung steht zunächst nicht entgegen, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Einlegung des Eilverfahrens noch keinen Widerspruch gegen den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 eingelegt hatte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl. 2008, § 86b Rn. 18, m.w.N.). Mit Schreiben vom 31. August 2009 hat der Antragsteller Widerspruch eingelegt, so dass dessen aufschiebende Wirkung zum Entscheidungszeitpunkt grundsätzlich festgestellt werden kann. b) Vorab ist klarzustellen, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ausschließlich die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Erstattungsbescheid ist. Daher war hier nicht darüber zu entscheiden, ob auch ein Widerspruch gegen den Festsetzungsbescheid vom 9. Dezember 2008, mit dem endgültig über die zunächst nur vorläufig bewilligten Leistungen entschieden wurde, aufschiebende Wirkung entfalten würde. Nach dem Vortrag des Antragstellers war ihm bis zur Übermittlung des Erstattungsbescheides durch das Gericht kein Bescheid vom 9. Dezember 2008 bekannt. Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 31. August 2009 mitgeteilt, dass er gegen den ihm übersandten Bescheid Widerspruch eingelegt habe. Der Widerspruch und damit auch der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 9. Dezember 2008 können sich daher nur auf den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008, nicht jedoch auf den Festsetzungsbescheid gleichen Datums beziehen. c) Das Vorgehen des Antragsgegners, die endgültige Leistungsfestsetzung und die Erstattung in zwei getrennten Bescheiden zu regeln, war auch zulässig. Es ist zwar möglich, jedoch nicht erforderlich, dass die Entscheidung über die endgültige Festsetzung des Leistungsanspruchs und diejenige über die Erstattung der überzahlten Leistungen nach [§ 328 Abs. 3 S. 2 SGB III](#) in einem Bescheid ergehen (Mutschler/Bartz/ Schmidt-De Caluwe, SGB III, § 328 Rn. 56). Sie stellen vielmehr voneinander trennbare Regelungen dar, so dass es grundsätzlich auch möglich ist, dass nur der Widerspruch gegen die Erstattungsverfügung aufschiebende Wirkung entfaltet und dies gerichtlich festgestellt werden kann. d) Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Erstattungsbescheid vom 9. Dezember 2008 ergibt sich aus [§ 86a Abs. 1 S. 1 SGG](#), nach dem Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Ein Fall des [§ 86a Abs. 2 SGG](#), in dem die aufschiebende Wirkung entfällt, liegt nicht vor. Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist [§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) nicht einschlägig. Nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#) entfällt die aufschiebende Wirkung in den durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Zwar stellt [§ 39 SGB II](#) ein solches Gesetz dar. Jedoch ist der Anwendungsbereich des [§ 39 SGB II](#) bei Bescheiden, die sich auf die Erstattung von Leistungen richten, nicht eröffnet. In Betracht käme hier einzig [§ 39 Nr. 1 SGB II](#). Danach haben Widerspruch und Klage gegen einen Verwaltungsakt, der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende aufhebt, zurücknimmt, widerruft oder herabsetzt keine aufschiebende Wirkung. Weder hebt ein Erstattungsbescheid Leistungen auf, noch nimmt er sie zurück, widerruft sie oder setzt sie herab (Löns/Herold-Tews, SGB II, 2. Aufl. 2009, § 39 Rn. 4). Bereits aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass Erstattungsbescheide nicht unter die Ausnahmeregelung des [§ 39 Nr. 1 SGB II](#)

II fallen. Da es sich bei den in [§ 39 SGB II](#) geregelten Fällen um Ausnahmen zum gesetzlich geregelten Grundsatz der aufschiebenden Wirkung in [§ 86 a Abs. 1 S. 1 SGG](#) handelt, verbietet sich auch eine erweiterte Auslegung der genannten Tatbestände (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. August 2006, L 4 B 549/06 AS ER, Berlit in: Münders, LPK-SGB II, 3. Aufl. 2009, § 39 Rn. 3). Mag im Hinblick auf die bis zum 31. Dezember 2008 geltende Fassung des [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) in Rechtsprechung und Literatur noch streitig gewesen sein, ob Erstattungsbescheide von der Regelung erfasst sind, so kann nach Ansicht des Gerichts nach dem Wortlaut der Regelung seit dem 1. Januar 2009 kein Zweifel mehr daran bestehen, dass sie nicht unter den abschließenden Ausnahmekatalog des [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) fallen. Nach der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Gesetzesfassung hatten Widersprüche gegen einen Verwaltungsakt, der über Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende entscheidet, keine aufschiebende Wirkung. Bereits nach dem Wortlaut dieser Fassung bestanden erhebliche Bedenken, ob die Geltendmachung einer Erstattungsforderung eine Entscheidung über Leistungen der Grundsicherung darstellen kann (vgl. nur: Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. August 2006, L 4 B 549/06 AS ER). Zumindest aber war und ist nach dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung eine dahingehende Auslegung nicht geboten. Die aufschiebende Wirkung ist Ausprägung des Gebots effektiven Rechtsschutzes und damit ein fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Verfahrens (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. August 2006, L 4 B 549/06 AS ER). Der Gesetzgeber hat nur für die Fälle den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung angeordnet, in denen er von einem Vorrang des Vollziehungsinteresses ausgeht (vgl. auch Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 86a Rn. 12, 26). Den gesetzlich geregelten Ausnahmen ist gemein, dass mit ihnen die Funktionsfähigkeit des Leistungsträgers sichergestellt werden soll. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass bereits erbrachte Leistungen auch sofort zurückgefordert werden können, ohne dass zuvor geklärt ist, ob der Leistungsempfänger einen Anspruch hatte oder nicht (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25. August 2006, L 4 B 549/06 AS ER). Aufgrund dieser Erwägungen entfällt die aufschiebende Wirkung im gesamten Sozialrecht nur in seltenen Ausnahmefällen. Im Arbeitsförderungsrecht beispielsweise entfällt sie nur bei der Herabsetzung und dem Entzug laufender Leistungen, also nur für zukunftsorientierte Aufhebung, im Sozialhilferecht überhaupt nicht (Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl. 2008, § 39 Rn. 3). Es ist nicht ersichtlich, warum im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende das Interesse des Leistungsträgers an einer sofortigen Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen das Interesse des (hilfebedürftigen) Leistungsempfängers an dem (vorläufigen) Behalt der zur Existenzsicherung geleisteten Zahlungen überwiegen soll. Diese Erwägungen gelten im gleichen Maß für einen Erstattungsbescheid nach [§ 50](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) wie für einen solchen nach [§ 328 Abs. 3 S. 2 SGB III](#). Um die dennoch zur alten Gesetzesfassung bestehenden Unsicherheiten zu beseitigen, wurde [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21. Dezember 2008 ([BGBl. I, 2917](#)), welches zum 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, neu gefasst. Die Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 16/10810, S. 50](#) zu Nummer 14) stellt insofern klar, dass "der Widerspruch gegen Erstattungsbescheide künftig aufschiebende Wirkung" hat, "da diese Verwaltungsakte keine Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende regeln". Aus dem Wortlaut des [§ 39 Nr. 1 SGB II](#) n.F., der Gesetzesbegründung sowie dem Sinn und Zweck des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung von Widersprüchen ergibt sich, dass der Widerspruch gegen Erstattungsbescheide aufschiebende Wirkung entfaltet. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Rechtsgrundlage sich der Erstattungsbescheid stützt (ausdrücklich bejahend für Erstattungsbescheide nach [§ 328 Abs. 3 S. 2 SGB III](#): Conradis in: Münders, SGB II, 3. Aufl. 2009, § 40 Rn. 12). e) Der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs steht auch nicht entgegen, dass er erst am 31. August 2009 eingelegt wurde, während der Erstattungsbescheid das Datum vom 9. Dezember 2008 trägt. In der Rechtsprechung ist umstritten, ob auch ein unzulässiger Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. Aus Gründen der Rechtssicherheit dürfte dies wohl zu bejahen sein (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 86a Rn. 10 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Bei offensichtlicher Unzulässigkeit – beispielsweise bei einem zweifelsfrei verspäteten Widerspruch – wird die aufschiebende Wirkung hingegen zum Teil abgelehnt (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 86a Rn. 10 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Dies kann hier indes dahin stehen, da der am 31. August 2009 erhobene Widerspruch nicht verfristet ist. Die einmonatige Widerspruchsfrist des [§ 84 Abs. 1 S. 1 SGG](#), die mit Bekanntgabe des Verwaltungsaktes beginnt, hat der Antragsteller gewahrt. Der Antragsteller hat vorgetragen, vom Bescheid vom 9. Dezember 2008 erstmals im hiesigen Verfahren Kenntnis erlangt zu haben. Nachdem das Gericht dem Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers den Bescheid am 28. August 2009 übermittelt hat, wurde er dem Antragsteller frühestens an diesem Tag bekannt gegeben. Zwar bringt der Antragsgegner vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Antragsteller den Bescheid vom 9. Dezember 2008 nicht erhalten haben soll und behauptet damit im Ergebnis eine frühere Bekanntgabe des Bescheides an den Antragsteller. Nach [§ 37 Abs. 2 S. 2 HS. 2 SGB X](#) hat jedoch die Behörde im Zweifel den Zugang des Verwaltungsaktes nachzuweisen. Zweifel im Sinne dieser Vorschrift bestehen schon dann, wenn der Adressat den Zugang schlicht bestreitet (Bundessozialgericht, Urteil vom 26. Juli 2007, [B 13 R 4/06 R](#) [20]). Der Antragsteller hat den Zugang des Bescheides vom 9. Dezember 2008 gänzlich bestritten. Den Nachweis, dass der Bescheid dem Antragsteller gleichwohl bereits zu einem früheren Zeitpunkt zugegangen ist, hat der Antragsgegner trotz des gerichtlichen Hinweises vom 2. September 2009 nicht erbracht. Daher ist von einer Bekanntgabe am 28. August 2009 auszugehen. Der Antragsteller hat nur drei Tage später am 31. August 2009 Widerspruch eingelegt und somit die Widerspruchsfrist gewahrt. Daher war die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs festzustellen. Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2010-03-18