

**Sozialgericht Berlin****S 146 SO 1476/17 ER****Beschluss**

In dem Rechtsstreit

**- Antragsteller -**

Proz.-Bev.:  
Rechtsanwalt Kay Fußlein,  
Scharnweberstr. 20, 10247 Berlin,  
- 309/17 -

gegen

das Land Berlin

**- Antragsgegner -**

hat die 146. Kammer des Sozialgerichts Berlin am 24. Oktober 2017 durch den Richter am Sozialgericht Dr. N                    beschlossen:

- I. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 4. Oktober 2017 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 11. September 2017 wird angeordnet. Dem Antragsgegner wird nachgelassen, die Auszahlung der mit Bescheid vom 7. August 2017 bewilligten Leistungen zum 1. November 2017 aufzunehmen.
- II. Der Antragsgegner hat dem Antragsteller die notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

- 2 -

Gründe:

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen die Einstellung der ihm gewährten laufenden Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (SGB XII).

Mit Bescheid vom 21. Juni 2017 bewilligte der Antragsgegner dem Antragsteller für die Zeit vom 1. August 2017 bis zum 31. Juli 2018 Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung in Höhe von 173,02 € pro Monat. Er nahm einen Regelbedarf in Höhe von 409,00 €, einen Mehrbedarf wegen Ernährung in Höhe von 40,90 € sowie einen sonstigen Bedarf in Höhe von 12,94 € an. Ausgehend von einer Grundmiete in Höhe von 277,37 €, Betriebskosten in Höhe von 88,11 € sowie Heizkosten in Höhe von 64,81 € ergab sich ein Gesamtbedarf in Höhe von 893,12 €. Auf diesen rechnete der Antragsgegner die dem Antragsteller gewährte Rente wegen voller Erwerbsminderung in Höhe von 720,11 € an.

Mit Bescheid vom 7. August 2017 änderte der Antragsgegner die Bewilligung für die Zeit ab dem 1. September 2017. Für die Zeit ab dem 1. Oktober 2017 bewilligte er Leistungen in Höhe von 173,98 €. An diesem Tag forderte der Antragsgegner den Antragsteller auch auf, Wohngeld bei der zuständigen Behörde zu beantragen.

Mit Bescheid vom 31. August 2017 bewilligte die für die Verwaltung des Wohngeldes zuständige Behörde dem Antragsteller für die Zeit vom 1. August 2017 bis zum 30. Juni 2018 Wohngeld, und zwar für den Monat August in Höhe von 179,00 € und für die übrigen Monate in Höhe von 181,00 €.

Den Bescheid vom 7. August 2017 hob der Antragsgegner mit seinem Bescheid vom 11. September 2017 für die Zeit ab dem 1. Oktober 2017 mit der Begründung auf, dass der Antragsteller Wohngeld erhalte. Gleichzeitig ordnete er die sofortige Vollziehung mit der Begründung an, dass eine während eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahrens eintretende Überzahlung angesichts der fehlenden Leistungsfähigkeit des Antragstellers nicht mit Aussicht tatsächliche Rückzahlung zurückgefordert werden könne.

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller am 4. Oktober 2017 Widerspruch über den noch nicht entschieden ist.

- 3 -

Mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 4. Oktober 2017 erklärte der Antragsteller gegenüber dem Antragsgegner - in dessen Funktion als Wohngeldbehörde - den Verzicht auf die Leistungen nach dem Wohngeldgesetz ab dem 1. November 2017.

Am 5. Oktober 2017 hat der Antragsteller beim Sozialgericht einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt. Er ist der Ansicht, dass hinsichtlich der Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB XII und solchen nach dem Wohngeldgesetz (WoGG) zu wählen berechtigt sei. Die Leistungen nach dem WoGG unterfielen nicht dem Nachranggrundsatz gemäß § 2 SGB XII. Durch die Inanspruchnahme von Wohngeld erleide er zudem Nachteile, weil er weder von der Pflicht zur Zahlung des Rundfunkbeitrages befreit sei noch einen Anspruch auf das so genannte Sozialticket habe.

Der Antragsteller beantragt nach seinem Vorbringen,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid vom 11. September 2017 anzuordnen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er verweist auf den sich aus seiner Sicht aus § 2 SGB XII ergebenden Nachrang der Sozialhilfe.

II.

Der Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 4. Oktober 2017 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 11. September 2017 anzuordnen, hat im Wesentlichen Erfolg.

Der Antrag ist als Antrag nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig und auch überwiegend begründet. Nach dieser Vorschrift können die Gerichte auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen.

Der Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 11. September 2017 hat gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG keine aufschiebende Wirkung, weil der Antragsgegner dessen sofortige Vollziehung angeordnet hat.

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG ist begründet, wenn 1.) die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist oder 2.) das private Interesse des Anfechtenden, den Vollzug des angefochtenen Bescheides bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen (privates Aussetzungsinteresse), gegenüber dem öffentlichen Interesse an dessen Sofortvollzug (öffentliches Vollzugsinteresse) überwiegt.

Zunächst begegnet die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch den Antragsgegner in dem Bescheid vom 11. September 2017 keinen formellen Bedenken. Der Antragsgegner hat das besondere Interesse an dem Sofortvollzug auch im Sinne des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG ausführlich schriftlich begründet.

Allerdings überwiegt bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Interesse des Antragsgegners an einer sofortigen Vollziehung des Bescheides. Die nötige Abwägung zwischen dem privaten Aussetzungsinteresse und dem öffentlichen Vollzugsinteresse hat sich an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu orientieren, weil am Vollzug eines rechtswidrigen Bescheides in der Regel kein öffentliches Interesse besteht. Bei einem rechtmäßigen Bescheid kann die sofortige Vollziehbarkeit dagegen im öffentlichen Interesse geboten sein. Anders als in den Fällen, in denen das Gesetz die sofortige Vollziehung anordnet (§ 86a Abs. 2 Nr. 1-4 SGG), ist aber im Falle der Anordnung durch die Behörde (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG) ein überwiegendes öffentliches Interesse konkret festzustellen, da das Gesetz im Grundsatz von einer aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs ausgeht (§ 86a Abs. 1 S. 1 SGG). Es sind alle Umstände des Einzelfalls, die für und gegen die sofortige Vollziehbarkeit sprechen, gegeneinander abzuwägen, insbesondere das besondere Vollzugsinteresse im Einzelfall, der Umfang der drohenden Rechtsbeeinträchtigung und die Folgen, die der Sofortvollzug eines rechtswidrigen Bescheides einerseits und das Aussetzen des Sofortvollzugs eines rechtmäßigen Bescheides andererseits mit sich bringen würde. Je geringer die Erfolgsaussichten in der Hauptsache sind, umso gewichtiger müssen die sonstigen, gegen den Sofortvollzug sprechenden Umstände sein (vgl. etwa Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl. 2014, § 86b, Rn. 12d ff.).

Bei der gebotenen summarischen Prüfung hat der Widerspruch gegen den Bescheid vom 11. September 2017 Aussicht auf Erfolg.

Der Antragsteller hat jedenfalls ab dem 1. November 2017 Anspruch auf Gewährung von Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung gemäß § 41 Abs. 1 SGB XII. Zwischen den Beteiligten ist zutreffend unstreitig, dass der Antragsteller von der vorgeannten Vorschrift geschützten Personenkreis der dauerhaft voll Erwerbsgeminderten gehört. Der Antragsteller ist auch hilfebedürftig, weil er seinen Lebensunterhalt nicht aus Einkommen und Vermögen bestreiten kann. Ab dem Monat Oktober 2017 hat der Antragsteller einen Be-

darf in Höhe von 894,09 €. Dieser ergibt sich aus dem Regelbedarf in Höhe von 409,00 €, einem Mehrbedarf wegen Ernährung in Höhe von 40,90 € sowie einem sonstigen Bedarf in Höhe von 12,94 €, zu dem eine Grundmiete in Höhe von 277,37 €, Betriebskosten in Höhe von 91,99 € sowie Heizkosten in Höhe von 61,89 € hinzutreten. Dieser Bedarf wird jedoch nur in Höhe von 720,11 € pro Monat durch eine gemäß § 82 Abs. 1 SGB XII anzurechnende Rente des Antragstellers gedeckt. Für die Zeit bis zum 31. Oktober 2017 wird der Bedarf durch das dem Antragsteller bewilligte Wohngeld gedeckt. Ab dem 1. November 2017 ist der Antragsteller angesichts des von ihm erklärten Verzichts auf die Auszahlung des Wohngeldes wieder hilfebedürftig.

Entgegen der Einschätzung des Antragsgegners war der Antragsteller auch berechtigt, sich dafür zu entscheiden, auf die Auszahlung von Wohngeld zu verzichten und Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem SGB XII in Anspruch zu nehmen.

Das LSG Berlin-Brandenburg hat in seinem Beschluss vom 7. Februar 2017 (L 15 SO 252/16 B PKH, unveröffentlicht, S. 9) ausgeführt:

„Entgegen der Auffassung des Beklagten muss sich die Klägerin nicht auf die Inanspruchnahme von Wohngeld verweisen lassen. Es handelte sich nicht um eine im Verhältnis zur Sozialhilfe vorrangige Leistung. Der in § 2 Abs. 1 SGB XII aufgestellte Nachranggrundsatz ist, wenn andere Leistungen tatsächlich nicht erbracht werden, keine eigenständige Ausschlussnorm, sondern ihr kommt regelmäßig nur im Zusammenhang mit der ergänzenden bzw. konkretisierenden sonstigen Vorschriften des SGB XII Bedeutung zu; ein Leistungsausschluss ohne Rückgriff auf andere Normen des SGB XII ist mithin allenfalls in extremen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn sich der bedürftige genereller eigenen Bemühungen verschließt und Ansprüche ohne weiteres realisierbar sind (ständige Rechtsprechung des BSG, s. Urteil vom 22. März 2012 – B8SR 30/10 R –, SozR 4-3500 § 54 Nr. 8, Rn. 25 m.w.Nachw.).

Abgesehen davon ergibt sich aus § 7 WoGG – „Ausschluss von Wohngeld“ –, das den Leistungsberechtigten ein Wahlrecht zwischen der Inanspruchnahme von Wohngeld oder der Gewährung (unter anderem) von Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zusteht. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WoGG sind vom Wohngeld ausgeschlossen „Empfänger und Empfängerinnen von Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch, wenn bei deren Berechnungskosten Kosten der Unterkunft berücksichtigt worden sind (Leistungen). Nach § 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 WoGG besteht der Ausschluss nicht, wenn durch Wohngeld Hilfebedürftigkeit im Sinne des § 9 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch, dass § 19 Abs.

1 und 2 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch oder des § 27a des Bundesversorgungsgesetzes vermieden oder beseitigt werden kann und (a) die Leistungen Abs. 1 Nr. 1 bis 7 während der Dauer des Verwaltungsverfahrens zur Feststellung von Grund und Höhe dieser Leistungen noch nicht erbracht worden sind oder (b) der zuständige Träger einer der in Satz 1 Nr. 1 bis 7 genannten Leistungen als nachrangig verpflichteter Leistungsträger nach § 104 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch erbringt.

Daraus ergibt sich der Sache nach, dass nur der gleichzeitige Bezug von Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung unter Berücksichtigung von Kosten der Unterkunft und Wohngeld ausgeschlossen sein soll."

Dem schließt sich die Kammer nach eigener Prüfung an.

Angesichts des Wahlrechts zwischen Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB XII und Wohngeld war der Antragsteller gemäß § 46 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) berechtigt, auf die Leistungen nach dem WoGG zu verzichten. Aus diesem Grunde steht dem Verzicht auch nicht § 46 Abs. 2 SGB I entgegen. Für die Zeit ab dem 1. November 2017 hat der Antragsteller einen Anspruch an Leistung der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, bei diesem Zeitpunkt kein Wohngeld mehr erhält. Daher war die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Klägers gegen den Bescheid vom 11. September 2017 anzuordnen.

Infolge der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 11. September 2017 wäre der Antragsgegner verpflichtet dem Antragsteller auch die Leistungen für den Monat Oktober 2017 nachzuzahlen. Da der Antragsteller aber für diesen Monat Wohngeld erhalten hat, wodurch eine Doppelzahlung eintreten würde, war gemäß § 86 B Abs. 1S.2 SGG anzuordnen, dass die Vollziehung hinsichtlich des Monats Oktober 2017 nicht aufgehoben wird. Da der Antragsteller angesichts seines Antrages teilweise unterliegt, war dies im Tenor auszusprechen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG und berücksichtigt das vergleichsweise geringe Unterliegen des Antragstellers.

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 172 SGG die Beschwerde an das Landessozialgericht möglich.

Die Beschwerde ist nach § 173 SGG binnen eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung beim Sozialgericht Berlin, Invalidenstraße 52, 10557 Berlin, schriftlich, in elektronischer Form oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle dieses Gerichts einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch dann gewahrt, wenn die Beschwerde binnen der Frist bei dem Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Försterweg 2 - 6, 14482 Potsdam, schriftlich, in elektronischer Form oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

Die elektronische Form wird durch eine qualifizierte signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit der Justiz im Land Berlin vom 27. Dezember 2006 (GVBl. S. 1183) i. d. F. vom 9. Dezember 2009 (GVBl. S. 881) bzw. der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr im Land Brandenburg vom 14. Dezember 2006 (GVBl. II S. 558) i. d. F. vom 1. Oktober 2007 (GVBl. II S. 425) in die elektronische Poststelle des jeweiligen Gerichts zu übermitteln ist. Nähere Hinweise zu den Kommunikationswegen für den elektronischen Rechtsverkehr können unter den Internetadressen [www.berlin.de/sen/justv/service/elektronischer-rechtsverkehr](http://www.berlin.de/sen/justv/service/elektronischer-rechtsverkehr) bzw. [www.erv.brandenburg.de](http://www.erv.brandenburg.de) abgerufen werden.

Dr. N