

**Ausfertigung**

**Sozialgericht Berlin**

Invalidenstraße 52  
10557 Berlin

Az.: S 63 AS 21244/13 ER



**Beschluss**  
**In dem Verfahren**

der

**- Antragstellerin -**

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Kay Füßlein,  
Scharnweberstr. 20, 10247 Berlin,  
Gz.: 115/13

**gegen**

Jobcenter Berlin I

**- Antragsgegner -**

hat die 63. Kammer des Sozialgerichts Berlin am 16. September 2013 durch den Richter am  
Sozialgericht beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung der Klage vom 2. September 2013 gegen den Bescheid vom 30. April 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. August 2013 wird angeordnet.

Der Antragsgegner trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin.

- 3 -

## Gründe:

Der am 2. September 2013 gemeinsam mit der Klage bei Gericht eingegangene Antrag,

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 30. April 2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2. August 2013 anzuordnen,

ist erfolgreich.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners, der von einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgeht, hat die Antragstellerin prozessual zutreffend einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Es liegt eindeutig ein Fall des § 86b Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) vor, weil in der Hauptsache statthafterweise eine Anfechtungsklage erhoben worden ist, so dass gem. § 86b Abs. 2 SGG ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zulässig wäre.

Gemäß § 86b 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 streitige Aufforderung gegenüber der Antragstellerin, beim zuständigen Rentenversicherungsträger einen Antrag auf Altersrente zu stellen, ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch – Verwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X), weil hierdurch die Feststellung getroffen wird, dass die Leistungsempfängerin zu einer bestimmten Handlung verpflichtet ist und der Verstoß gegen diese Pflicht rechtliche Nachteile auf dem Gebiet des öffentlichen Leistungsrechts nach sich ziehen kann (vgl. nur Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. Februar 2010 – L 19 B 371/09 AS ER, juris, Rdnr. 6; Knickrehm, SozSich 2008, 192, 195, jeweils m.w.N.). Nach § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG haben Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt hingegen nach § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG in (anderen) durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. § 39 Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) ist ein solches Bundesgesetz. Nach § 39 Nr. 3 SGB II haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, mit dem zur Beantragung einer vorrangigen Leistung aufgefordert wird, keine aufschiebende Wirkung.

Da der Antragsgegner bereits unzutreffend von einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ausgeht, wählt er auch einen falschen rechtlichen Maßstab und ist der Auffassung, es sei nicht dargelegt oder glaubhaft gemacht, dass eine einstweilige Regelung erforderlich sei, um schwere unzumuthbare, nicht wieder gutzumachende Nachteile abzuwenden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr in der Lage wäre. Der Antragsgegner verkennt daher auch, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache, wie sie bei Vornahmesachen diskutiert wird (vgl. dazu nur Krodel, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 306 ff.), in der vorliegenden Anfechtungskonstellation von vornherein nicht in Betracht kommt.

Maßstab der Entscheidung im vorliegenden Eilverfahren gem. § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG ist vielmehr eine umfassende Interessenabwägung zwischen dem Interesse der Antragstellerin, von einer Vollziehung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs (vorläufig) verschont zu bleiben, und dem für eine Vollziehung streitenden öffentlichen Interesse. Dabei sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berücksichtigen. Denn im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sollen keine Positionen eingeräumt werden, die im Hauptsacheverfahren erkennbar nicht standhalten. Bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Bescheides ist die aufschiebende Wirkung anzuordnen, bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Rechtsbehelfs die Anordnung hingegen abzulehnen. Bei der Anordnung der aufschiebenden Wirkung in den Fällen des § 86a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGG, in denen wie hier der Rechtsbehelf von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat, ist diese Entscheidung des Gesetzgebers, den abstrakten öffentlichen Interessen den Vorrang einzuräumen, zu beachten. In analoger Anwendung des § 86a Abs. 3 Satz 2 SGG sind Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs zugunsten der Antragstellerin nur zu berücksichtigen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen, der Erfolg in der Hauptsache also überwiegend wahrscheinlich ist (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 31. Juli 2006 – L 13 AS 1709/06 ER-B-).

Im vorliegenden Fall überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, weil das Gericht ernstliche Zweifel an der Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 30. April 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. August 2013 hat. Die von der Antragstellerin angefochtene Aufforderung ist mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtswidrig, weil der Antragsgegner kein Ermessen bei Erlass der Bescheide ausgeübt hat. Hierzu war er jedoch gem. § 39 Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil (SGB I) verpflichtet. Nach § 5 Abs. 3 Satz 1 SGB II können die Leistungsträger, sofern Leistungsberechtigte trotz Aufforderung einen erforderlichen Antrag auf Leistungen eines anderen Trägers nicht stellen, nach diesem Buch den Antrag stel-

len sowie Rechtsbehelfe und Rechtsmittel einlegen. Daraus folgt aber, dass nicht nur die Stellung des Antrags an Stelle des Leistungsempfängers im Ermessen des Leistungsträgers steht („können stellen“), sondern schon die Aufforderung einer Ermessensentscheidung bedarf (Knickrehm, SozSich 2008, 192, 195; dies./Hahn, in: Eicher, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 31, § 12a Rdnr. 1 am Ende; Luthe, in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand der Einzelkommentierung: Erg.-Lfg. 2/13, § 5 Rdnr. 158; Bieback, in: Gagel, SGB II/SGB III, Stand der Einzelkommentierung: 42. Ergänzungslieferung Juni 2011, § 5 SGB II Rdnr. 84; Hessisches Landesozialgericht, Beschluss vom 24. Mai 2011 – L 7 AS 88/11 B ER, juris, Rdnr. 21; SG Hannover, Urteil vom 15. Januar 2013 – S 68 AS 1296/12, juris, Rdnr. 20). Andernfalls wäre der Leistungsempfänger, der den Antrag aufforderungsgemäß stellt, benachteiligt, weil in seinem Fall die Ermessensentscheidung vor Vollziehung des Antrags nicht mehr stattfände. Daher muss diese Entscheidung vorverlegt werden und schon im Rahmen der Aufforderungsprüfung erfolgen (so Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1. Februar 2010 – L 19 B 371/09 AS ER, juris, Rdnr. 9; SG Hannover, Urteil vom 15. Januar 2013 – S 68 AS 1296/12, juris, Rdnr. 20). Dies hat der Antragsgegner jedoch nicht getan. Vielmehr stellt er sich auf den Standpunkt, die Vorschrift des § 12a SGB II räume kein Ermessen ein. § 12a SGB II normiert alleine die Verpflichtung des Leistungsberechtigten, Sozialleistungen anderer Träger in Anspruch zu nehmen und die dafür erforderlichen Anträge zu stellen. Die Befugnis der Verwaltung, den Leistungsberechtigten hierzu aufzufordern, vermittelt hingegen § 5 Abs. 3 Satz 1 SGB II (vgl. hierzu auch Knickrehm/Hahn, in: Eicher, SGB II, 3. Aufl. 2013, § 12a Rdnr. 1 am Ende; unzutreffend Hammel, info also 2013, 148, 151). Somit stellt diese Norm den einschlägigen rechtlichen Anknüpfungspunkt dar. Aufgrund dieses falschen normativen Ausgangspunktes war der Antragsgegner ausdrücklich der Auffassung, kein Ermessen ausüben zu müssen.

Nach alledem überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das Vollzugsinteresse des Antragsgegners, weshalb die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung von § 193 SGG und folgt dem Ausgang des Verfahrens.