

**SOZIALGERICHT KIEL**



ERGO  
07. DEZ. 2010  
Dr. v. Anson & Partner

**BESCHLUSS**

In dem Rechtsstreit

der

Kiel,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigter: des Rechtsanwalt Helge Hildebrandt, Holtenauer Straße 154,  
24105 Kiel, - 357-10-sg-er-01 -

g e g e n

das Jobcenter Kiel Arbeitsgemeinschaft für Arbeit und Integration, Adolf-Westphal-Str. 2,  
24143 Kiel, -

- Antragsgegner -

hat die 38. Kammer des Sozialgerichts Kiel durch die Richterin ohne mündliche  
Verhandlung am 2. Dezember 2010 beschlossen:

- 1. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 1. November 2010 gegen den Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 wird angeordnet.**
- 2. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin ihre notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.**

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin begehrt von dem Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) ohne Anrechnung eines Betriebskostenguthabens.

Die Antragstellerin steht bei dem Antragsgegner im Bezug von Leistungen nach dem SGB II. Im Jahr 2009 legte der Antragsgegner bei der Leistungsberechnung Kosten der Unterkunft entsprechend der als angemessen angesehenen Mietobergrenze zu Grunde. In dem Zeitraum von Januar 2009 bis Juni 2009 waren dies monatlich € 327,00, in dem Zeitraum von Juli 2009 bis Dezember 2009 monatlich € 361,80. Tatsächlich belief sich die Bruttokaltmiete der Antragstellerin in dem Jahr 2009 auf monatlich € 404,60.

Mit Bescheid vom 10. Juni 2010 bewilligte der Antragsgegner der mit ihrem Sohn zusammenlebenden Antragstellerin für den Zeitraum vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2010 Leistungen nach dem SGB II in Höhe von monatlich € 473,00. Bei der Antragstellerin wurde Einkommen aus Kindergeld in Höhe von monatlich € 84,79 berücksichtigt. Nach dem Auszug des Sohnes der Antragstellerin zum 1. Oktober 2010 wurden die monatlichen Leistungen für den Zeitraum vom 1. Oktober 2010 bis zum 31. Dezember 2010 mit Änderungsbescheid vom 11. Oktober 2010 auf € 671,80 neu festgesetzt. In dem Betrag waren Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von € 397,59 berücksichtigt, das Kindergeld wurde weiter angerechnet.

Mitte Oktober 2010 reichte die Antragstellerin bei dem Antragsgegner die Betriebskostenabrechnung ihres Vermieters vom 30. September 2010 für den Abrechnungszeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2009 ein. Hiernach ergab sich ein Abrechnungsbetrag in Höhe von € 950,60 dem Vorauszahlungen in Höhe von € 1.248,00 gegenüberstanden. Die Abrechnung schloss mit einer Gutschrift in Höhe von € 297,40 ab. Für den Monat November 2010 sei einmalig die um die Gutschrift geminderte Miete zu zahlen. Der Antragsgegner minderte daraufhin mit Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 die Kosten der Unterkunft für den Monat November 2010 um die Gutschrift in Höhe von € 297,40 und berücksichtigte noch Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von € 100,19. Hiergegen und gegen die Anrechnung des Kindergeldes richtete sich der am 1. November 2010 eingelegte Wider-

spruch der Antragstellerin, der bisher nicht beschieden wurde. Die für November 2010 bewilligten Leistungen zahlte der Antragsgegner zum Monatsersten nicht an die Antragstellerin aus.

Am 3. November 2010 hat die Antragstellerin die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes beantragt. Mit dem Antrag begehrte die Antragstellerin zunächst die Bewilligung von Leistungen für den Monat November 2010 ohne Anrechnung von Kindergeld und ohne Berücksichtigung des Betriebsguthabens. Das Guthaben sei nicht durch eine Überzahlung entstanden, die auf unterkunftsbezogenen Leistungen des Antragsgegners beruhten. Die Antragstellerin habe in dem Jahr 2009 lediglich die von dem Antragsgegner als angemessen angesehenen Kosten der Unterkunft erhalten. Diese zu Grunde gelegt, wäre es nicht zu dem Guthaben gekommen. Das Guthaben resultiere aus den Mietzahlungen, welche die Antragstellerin aus ihren Regelleistungen aufgewendet habe. Nach dem der Antragsgegner der Antragstellerin am 4. November 2010 die bewilligten Leistungen für November 2010 ohne Berücksichtigung des überschüssigen Kindergeldes in Höhe von € 84,79 ausgezahlt hat, begehrt die Antragstellerin nunmehr noch die Nichtberücksichtigung des Betriebskostenguthabens.

Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

festzustellen, dass der am 01.11.2010 erhobene Widerspruch gegen den Änderungsbescheid vom 11. Oktober 2010 aufschiebende Wirkung hat.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Das Betriebskostenguthaben mindere nach § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB II die Kosten der Unterkunft. Nach dem Gesetzeswortlaut komme es nicht darauf an, wie das Guthaben entstanden sei oder ob im Abrechnungszeitraum Hilfebedürftigkeit vorgelegen habe. Die Norm sei auch auf die Fälle anzuwenden, in denen der Grundsicherungsträger nur die angemessenen Kosten der Unterkunft anerkenne. Sollte dem Antrag stattgegeben werden, werde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache um Zulassung der Beschwerde gebeten.

Die Gerichts- sowie die Verwaltungsakte haben der Kammer vorgelegen und sind Grundlage dieser Entscheidung geworden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf sie Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist in einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 gem. § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) umzudeuten. Der Antragstellerin wurden mit Bescheid vom 10. Juni 2010 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 11. Oktober 2010 Leistungen nach dem SGB II für den Monat November 2010 ohne Berücksichtigung des Betriebskostenguthabens aus der Betriebskostenabrechnung vom 30. September 2010 bei den Kosten der Unterkunft bewilligt. Die Suspendierung des Änderungsbescheides vom 19. Oktober 2010 führt danach zur Wiederaufhebung der ursprünglichen Leistungsbewilligung. Dass die Antragstellerin in ihrem Antrag den Änderungsbescheid vom 11. Oktober 2010 und nicht den vom 19. Oktober 2010 benennt, ist unschädlich. Hierbei handelt es sich offensichtlich um einen Schreibfehler. Aus der Begründung des Antrages ist zweifelsfrei ersichtlich, dass sich die Antragstellerin gegen die Anrechnung des Betriebskostenguthabens wendet. Diese wurde mit dem Bescheid vom 19. Oktober 2010 vorgenommen.

Der so verstandene Antrag ist zulässig und begründet.

Er ist insbesondere gem. § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG statthaft. Hiernach kann das Gericht auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Der Widerspruch der Antragstellerin vom 1. November 2010 gegen den Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 hat keine aufschiebende Wirkung. Zwar haben Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG grundsätzlich aufschiebende Wirkung, diese entfällt jedoch in den in § 86a Abs. 2 SGG geregelten Fällen. Vorliegend entfällt die aufschiebende Wirkung gem. § 39 SGB II, der einen anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fall im Sinne des § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG darstellt. Nach § 39 Nr. 1 SGB II haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, der Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende aufhebt, zurücknimmt, widerruft oder herabsetzt oder Leistungen zur Eingliederung in Arbeit oder Pflichten des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen bei der Ein-

gliederung in Arbeit regelt, keine aufschiebende Wirkung. Mit dem Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 hat der Antragsgegner die ursprüngliche Leistungsbewilligung teilweise aufgehoben.

Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg. Das Gericht entscheidet über die beantragte Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung nach pflichtgemäßem Ermessen. Bei der nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG zu treffenden Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist eine Abwägung des Aussetzungs- und des Vollzugsinteresses vorzunehmen. Die aufschiebende Wirkung ist in der Regel anzuordnen, wenn das Interesse des belasteten Leistungsempfängers an der Aussetzung der Vollziehung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung des angegriffenen Verwaltungsaktes überwiegt. Ist ein überwiegendes Interesse des Antragstellers nicht gegeben, ist der Antrag abzulehnen (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage 2008, § 86b Rn. 12 c). Maßgebliches Kriterium bei dieser Abwägung sind die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsbehelfs. Soweit sich der angegriffene Verwaltungsakt als rechtswidrig erweist, ist die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anzuordnen. Ist der Widerspruch hingegen offensichtlich unzulässig oder die Anfechtungsklage bzw. der Widerspruch offensichtlich unbegründet, kommt eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht in Betracht.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Antrag der Antragstellerin begründet. Die Abwägungsentscheidung fällt zu Gunsten der Antragstellerin aus. Nach der im Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung erweist sich der Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010, mit dem der Antragsgegner den Bewilligungsbescheid vom 10. Juni 2010 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 11. Oktober 2010 teilweise aufgehoben und das Betriebsguthaben in Höhe von € 297,40 auf die Kosten der Unterkunft im November 2010 angerechnet hat, als rechtswidrig. Für die teilweise Aufhebung der ursprünglichen Leistungsbewilligung fehlt es an einer einschlägigen Rechtsgrundlage. Die Aufhebung kann insbesondere nicht auf § 48 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) i.V.m. § 40 Abs. 1 Satz 1 SGB II gestützt werden. Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X ist, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Vorliegend fehlt es an einer wesentlichen Veränderung in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen. Die Gutschrift des Guthabens auf Grund der Betriebskostenabrechnung vom 30. September 2010 stellt keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse dar. Das Guthaben ist nicht auf die der Antragstellerin zustehenden Leistungen nach dem SGB II für den Monat November 2010

anzurechnen. Insbesondere mindert es nicht ihre Kosten der Unterkunft nach § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB II. Gem. § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB II mindern Rückzahlungen und Guthaben, die den Kosten für Unterkunft und Heizung zuzuordnen sind, die nach dem Monat der Rückzahlung oder der Gutschrift entstehenden Aufwendungen; Rückzahlungen, die sich auf die Kosten für Haushaltsenergie beziehen, bleiben insoweit außer Betracht.

Das Betriebskostenguthaben in Höhe von € 297,40 ist nicht den Kosten für Unterkunft zuzuordnen. § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB II bezieht sich lediglich auf Rückzahlungen und Gutschriften, die den Kosten der Unterkunft und Heizung zuzurechnen sind, sonstige Rückzahlungen, die auf aus der Regelleistung erbrachten Zahlungen des Hilfebedürftigen beruhen, werden hiervon nicht erfasst (Lang/Link in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Auflage 2008, § 22 Rn. 61 a; Piepenstock in jurisPK-SGB II, 2. Auflage 2007, § 22 Rn. 89). In der Rechtsprechung wird zum Teil vertreten, dass Betriebskostenerstattungen (in voller Höhe) auch dann die Kosten der Unterkunft mindern, wenn der Leistungsträger im Abrechnungszeitraum nicht die tatsächlichen, sondern lediglich die abgesenkten, als angemessen angesehenen Kosten der Unterkunft und Heizung übernommen hat (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.01.2010, Az. L 3 AS 3759/09; SG Dresden, 29.06.10, Az. S 40 AS 391/09). Zur Begründung wird ausgeführt, der Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 4 SGB II sei insofern eindeutig und enthalte keine Differenzierung danach, wie die Rückzahlung bzw. das Guthaben zustande gekommen seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorschrift bestimmt nicht allein, dass Rückzahlungen und Guthaben von Kosten für Unterkunft und Heizung die im darauf folgenden Monat anfallenden Aufwendungen mindern. Vielmehr müssen die Rückzahlung bzw. das Guthaben den Kosten für Unterkunft und Heizung *zuzuordnen* sein. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Rückzahlung/das Guthaben durch die Zahlung von Abschlägen entstanden ist, die sich bei Berücksichtigung des tatsächlichen Verbrauchs nachträglich als zu hoch erwiesen haben. In Fällen, in denen Leistungen für die Unterkunft lediglich begrenzt auf die von dem Leistungsträger als angemessen angesehene Mietobergrenze übernommen werden, hat der Leistungsträger die darüber hinausgehenden Kosten gerade nicht als Kosten der Unterkunft anerkannt. Für die Zuordnung zu den Kosten der Unterkunft im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 4, 1. Halbsatz SGB II kann nicht darauf abgestellt werden, dass die geleisteten Abschläge, unabhängig davon, ob diese (teilweise) aus der Regelleistung gedeckt werden, (miet)vertraglich vereinbart wurden. Ansonsten hätte es der Klarstellung in § 22 Abs. 1 Satz 4, 2. Halbsatz SGB II nicht bedurft, nach der Rückzahlungen, die sich auf die Kosten der Haushaltsenergie beziehen, außer Betracht bleiben. Diesbezügliche Rückzahlungen sollen die Aufwendung für die Unterkunft und Heizung auch dann nicht mindern, wenn die Abschläge für die Haushaltsenergie mit dem Vermieter als Teil der Miete bzw. mit dem Energielieferanten vereinbart wurden, da die Kosten hierfür nach § 20 SGB II in der Regelleistung be-

rücksichtigt sind. Für diese Auslegung des § 22 Abs. 1 Satz 4, 1. Halbsatz SGB II spricht im Übrigen Sinn und Zweck der Regelung. Die Vorschrift wurde mit dem Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (BGBl. I 1706) in das SGB II eingefügt, um eine bestehende Schieflage zu beseitigen (Lang/Link, a.a.O., § 22 Rn. 61 b). Nach der amtlichen Begründung (BT-Drucks. 16/1696, S. 26 f.) soll die Gesetzesänderung dem Umstand Rechnung tragen, dass die überzahlten Betriebskostenbeträge überwiegend von den Kommunen aufgebracht worden sind, während die Betriebskostenrückzahlungen bisher als Einkommen im Rahmen der Prüfung der Hilfebedürftigkeit berücksichtigt wurden und damit gem. § 19 Satz 3 SGB II zunächst die Leistungen der Agentur für Arbeit minderten. Eine entsprechende Bevorteilung der Agentur für Arbeit tritt in der vorliegenden Konstellation gerade nicht ein. Das Guthaben ist nicht durch die Leistungen des kommunalen Trägers für die Kosten der Unterkunft entstanden. Unter Berücksichtigung der von dem Antragsgegner der Leistungsberechnung zugrundegelegten Kosten der Unterkunft in Höhe von monatlich € 327,00 für den Zeitraum von Januar 2009 bis Juni 2009 sowie in Höhe von monatlich € 361,80 für den Zeitraum von Juli 2009 bis Dezember 2009, statt der tatsächlichen Aufwendungen in Höhe von durchgehend monatlich € 404,60, wäre ein Betriebskostenguthaben zu Gunsten der Antragstellerin nicht entstanden. Die von der Antragstellerin im Jahr 2009 getragene Differenz zwischen den tatsächlichen und den als angemessen anerkannten Kosten der Unterkunft belief sich auf insgesamt € 722,40.

Das Guthaben kann im Rahmen des § 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X auch nicht gem. § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II als Einkommen berücksichtigt werden. Es kann insofern vorliegend dahinstehen, zu welchem Zeitpunkt von dem Zufluss des Guthabens im Sinne des § 2 Abs. 4 Satz 1 Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (Alg II-V) auszugehen ist und ob die Anrechnung hiernach im November 2010 erfolgen durfte. Jedenfalls handelt es sich nach der Gesetzessystematik bei dem Guthaben nicht um Einkommen im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II, sondern um zurückgeflossene überzahlte bzw. nicht verbrauchte Regelleistungen.

Erweist sich der Änderungsbescheid vom 19. Oktober 2010 danach als rechtswidrig, überwiegt vorliegend das Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes. Zwar hat der Gesetzgeber in den Fällen des § 86a Abs. 2 SGG festgelegt, dass nach einer pauschalierten Abwägung der Interessen ein spezifisches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit besteht und die Interessen an der aufschiebenden Wirkung zunächst nicht überwiegen (Krodel, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 2. Auflage 2008, Rn. 200). Unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles, kann von einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Vollziehung des Ände-

rungsbescheides vom 19. Oktober 2010 jedoch nicht ausgegangen werden. Der angefochtene Verwaltungsakt ist rechtswidrig, der Widerspruch der Antragstellerin gegen den Bescheid hat daher überwiegende Aussicht auf Erfolg und es stehen existenzsichernde Leistungen in nicht unerheblichem Umfang im Streit.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung des § 193 SGG und orientiert sich am Ausgang des Verfahrens.

Dieser Beschluss ist gem. § 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG in Verbindung mit § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG unanfechtbar. Der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt € 750,00 nicht. Eine Möglichkeit die Beschwerde entgegen § 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG zuzulassen, sieht das Sozialgerichtsgesetz nicht vor. Die Beschwerde ist auch nicht deshalb zulässig, weil in der Hauptsache nach § 144 Abs. 2 SGG die Berufung zuzulassen wäre. Soweit die Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 SGG vorliegen, wirkt sich dies allein bei der Zulassung der Berufung durch das Sozialgericht oder bei der Beschwerde nach § 145 SGG auf ein sich anschließendes Berufungsverfahren in der Hauptsache aus; für das einstweilige Rechtsschutzverfahren eröffnet das Gesetz keine weitere Rechtsmittelbefugnis (Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 06.11.2008, Az. L 11 B 526/08 AS ER).

D. Vorsitzende der 38. Kammer

Richterin

Ausgefertigt  
Sozialgericht Kiel  
Kiel, den 02.12.2010

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

