Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 23 SO 327/16 B ER
Az.: L 23 SO 328/16 B ER PKH
Az.: S 145 SO 1568/16 ER
Sozialgericht Berlin

Beschluss

In dem Rechtsstreit

1. K M,

2. J M,
   zu 1 und 2 (Wohn-)Sitz: E, B

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

zu 1 und 2 Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt J W,
WD, B

gegen

Land Berlin,
vertreten durch Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg von Berlin
- Amt für Soziales/Rechtsstelle -,
Tempelhofer Damm 165, 12099 Berlin,

- Antragsgegner und Beschwerdegegner -

hat der 23. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg am 9. Januar 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. Hintz, die Richterin am Landessozialgericht Mehdorn und den Richter am Landessozialgericht Haack beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Berlin vom 16. November 2016 geändert. Die aufschiebende Wirkung der Widersprüche gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 23. September 2016 wird angeordnet.

Den Antragstellern wird für das erstinstanzliche Verfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt J W, W D , B, beigeordnet.

Im Übrigen wird die Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes trägt der Antragsgegner für beide Rechtszüge zu neun Zehnteln. Im Übrigen sind keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe

Streitig ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs gegen Entscheidungen über (Teil-)Aufhebungen von Leistungsgewährungen und Rückforderungen von Erstattungsbeträgen sowie Regelungen zur Aufrechnung mit laufenden Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch - SGB XII -; weiterhin ist die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzlich geführte Verfahren streitig.

Den 1930 und 1933 geborenen Antragstellern wurden von dem Antragsgegner jedenfalls seit 2011 Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel SGB XII gewährt. Die Antragsteller erhielten jedenfalls seit April 2011 Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII, wobei die ambulante Pflege durch den Pflegedienst „M GmbH“ geleistet wurde.

Gegen die Geschäftsführer des Pflegedienstes führt die Staatsanwaltschaft (StA) Berlin ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Betruges; auch gegen die Antragsteller laufen Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Betrugs (LKA , Az. StA nicht bekannt). Unter dem 7. Oktober 2015 wurde ein Schlussbericht der ermittelnden Polizeidienststelle verfasst, mit dem unter anderem ausgeführt wurde, dass sichergestellte Unterlagen den Schluss zuließen, dass die Antragsteller jedenfalls im November 2013 und im August 2014 an weniger Tagen als von den Pflegedienst abgerechnet gepflegt worden seien und sie so genannte Kick-Back-Zahlungen in Höhe von monatlich 805,00 € des Pflegedienstes erhalten hätten. Die Angaben bezogen sich auf die Monate November 2013 und August 2014. Die Kick-

Back-Zahlungen ergäben sich aus den bei dem Pflegedienst sichergestellten Kassenbüchern für die Zeit vom 12. April 2011 bis zum 11. März 2015. Die in diesem Zeitraum an die Antragsteller geleistete Summe belaufe sich auf 32480,00 €.

Nach Bekanntwerden dieser Umstände bei dem Antragsgegner hörte dieser die Antragsteller mit Schreiben vom 3. März 2016 zu einer beabsichtigten Rückforderung der für die Zeit vom 1. April 2011 bis zum 28. Februar 2015 gewährten Leistungen der Grundsicherung in Höhe von insgesamt 30.350,00 € an.

Mit zwei Bescheiden vom 23. September 2016 hob der Antragsgegner die Bewilligungsbescheide vom 10. Januar 2011, 21. Dezember 2011, 14. Dezember 2012, 30. Januar 2014, 1. September 2014, 29. September 2014 und 1. Dezember 2014 für einen Leistungsbezug in der Zeit vom 1. April 2011 bis zum 28. Februar 2015 insoweit auf, als mit diesen Einkünfte von monatlich zwischen 75,40 € und bis zu 577,10 € nicht angerechnet worden seien. Der Antragsgegner forderte gegenüber dem Antragsteller zu viel gezahlten Leistungen in Höhe von insgesamt 17.603,00 € zur Erstattung und rechnete mit dem monatlichen Anspruch auf Grundsicherungsleistungen in Höhe von 72,80 € beginnend ab 1. November 2016 auf. Von der Antragstellerin forderte der Antragsgegner insgesamt 12.747,00 € zur Erstattung und rechnete ebenfalls den Anspruch auf Grundsicherungsleistungen ab dem 1. November 2016 mit dem Erstattungsanspruch in Höhe von monatlich 72,80 € auf. Die Rücknahme der Bescheide beruhe auf § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X, weil sie keinen Anspruch auf die Leistungen ohne Anrechnung der von ihnen erzielten Einkünfte gehabt hätten. Auf Vertrauensschutz könnten die Antragsteller sich nicht berufen, da sie grob fahrlässig gehandelt hätten. Sie hätten den Empfang der monatlichen Zahlungen des Pflegedienstes angegeben müssen. Mit dem Bescheid wurde die sofortige Vollziehung gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 5 Sozialgerichtsgesetz - SGG - angeordnet und diese umfangreich begründet.

Die Antragsteller haben am 16. Oktober 2016 Widerspruch gegen die Bescheide eingelegt, über den bisher nicht entschieden ist.

Am 17. Oktober 2016 haben die Antragsteller beim Sozialgericht Berlin beantragt, die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche gegen die Bescheide vom 23. September

2016 anzuordnen sowie die Aufhebung der erfolgten Vollziehung anzuordnen und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren beantragt.

Sie haben im Wesentlichen geltend gemacht, dass sie die von dem Antragsgegner angeführten Zahlungen nicht erhalten hätten. Die Beweislast für den Erhalt der Zahlungen liege beim Antragsgegner. Die bei einem Dritten geführten Kassenbücher stellten keinen Beleg für den angeblichen Geldempfang der Antragsteller dar. Im Übrigen gelte die Unschuldsvermutung. Daher seien auch die Anordnung des Sofortvollzugs und die Aufrechnung mit laufenden Leistungen rechtswidrig.

Der Antragsgegner hat seinen Abweisungsantrag auf die angefochtenen Bescheide gestützt sowie auf einen Beschluss des SG Berlin in einem ähnlich gelagerten Fall (S 195 SO 1333/16) verwiesen.

Mit Beschluss vom 16. November 2016 hat das Sozialgericht die Anträge der Antragsteller sowie die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung lägen nicht vor. Die Anordnung des Sofortvollzuges durch den Antragsgegner sei formell rechtmäßig. Die Bescheide des Antragsgegners erwiesen sich als offensichtlich rechtmäßig. Es überwiege daher das öffentliche Vollzugsinteresse.

Die Antragsteller hätten seit April 2011 sog. Kick-Back-Zahlungen erhalten, die als Einkommen im Sinne des § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII auf die gewährten Sozialleistungen anzurechnen gewesen seien. Auch rechtswidrige oder sogar aufgrund einer Straftat erlangte Einkünfte seien als Einkommen zu betrachten Anderenfalls würde aus Straftaten erzieltes Einkommen gegenüber rechtmäßig erzielten Einkünften privilegiert.

Ausweislich der durch die Staatsanwaltschaft ausgewerteten Kassenbücher, an deren Richtigkeit für das Gericht keine Zweifel bestünden, seien den Antragstellern Kick-back-Zahlungen in Höhe von 30.350 € zugeflossen. Die Einträge in den Kassenbüchern seien auch anhand der beschlagnahmten Dienstpläne stichprobenartig verifiziert worden. Im Übrigen gälte aufgrund der erheblichen

Verdachtsmomente, der Vielzahl an Beweisen und dem Umfang der laufenden Ermittlungen sowie den zahlreichen beim SG anhängigen gleichartigen Sachverhalten eine Beweislastumkehr und könnten sich die Antragsteller nicht auf ein bloßes Bestreiten des Erhalts der Zahlungen berufen.

Mangels Erfolgsaussicht des Rechtsschutzantrages sei Prozesskostenhilfe nicht zu bewilligen gewesen.

Gegen den am 23. November 2016 zugestellten Beschluss richtet sich die am 5. Dezember 2016 eingelegte Beschwerde, mit der die Antragsteller ihr Begehren weiterverfolgen. Die Überzeugungsbildung des Gerichts zur angenommenen Einkommenserzielung stütze sich allein auf Schlussfolgerungen Dritter. Eine eigene Prüfung der Sachlage habe das Sozialgericht nicht vorgenommen.

Aus der von den Ermittlungsbehörden gefertigten Auswertung der Kassenbücher ergäben sich lediglich Vermutungen. Es sei nicht auszuschließen, dass die Pflegedienstleitung in den Kassenbüchern die jeweils pro Patient ersparten Aufwendungen vermerkt habe. Auch bestünde die Möglichkeit, dass die aufgeführten Beträge in die Betriebsausgaben des Pflegedienstes hätten eingestellt werden sollen. Die Antragstellerin habe jedenfalls kein Geld erhalten. Belege für einen Erhalt von Zahlungen seien nicht vorgetragen worden.

Wolle man betrügerisches Verhalten des Pflegedienstes unterstellen, so sei nicht nachvollziehbar, aus welcher Motivation Beträge an pflegebedürftige Personen gezahlten worden sein sollten. Auch seien die Antragsteller in dem streitigen Zeitraum pflegebedürftig gewesen und hätten die erforderliche Pflege auch erhalten.
Das Gericht habe keinerlei Anstrengungen zur Sachverhaltsaufklärung unternommen. Angesichts der Schwere des Eingriffs, Grundsicherung bei alten und kranken Menschen auf das Unerlässliche zu beschränken, dürfe es auch nicht bei einer nur summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens bleiben, sondern müsse mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die Antragsteller das Klageverfahren verlieren würden.

Sie beantragen schriftsätzlich,

1. den Beschluss des Sozialgerichts vom 16.11.2016 zu ändern,
2. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 16.10.2016 gegen die Rücknahme-, Erstattungs- und Aufrechnungsbescheide des Beklagten vom 23.9.2016 anzuordnen,
3. die Aufhebung hilfsweise die Aussetzung der sofortigen Vollziehung anzuordnen und dem Antragsgegner aufzugeben, die einbehaltenen Beträge von 145,60 EUR auszuzahlen.

Hilfsweise halten sie die erstinstanzlich gestellten Anträge aufrecht.

Der Antragsgegner beantragt schriftsätzlich,

die Beschwerde abzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend und verweist auf die auch in seinen Augen gegebene Beweislastumkehr aufgrund der Fülle von Verdachtsmomenten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und den der Verwaltungsakte des Antragsgegners verwiesen, der vorgelegen hat und Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen ist.

II.

Die Antragsteller greifen im Beschwerdeverfahren die mit dem Beschluss des Sozialgerichts insgesamt getroffenen Entscheidungen an. Die Beschwerde richtet sich daher gegen die Ablehnung der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes und gegen die Ablehnung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

Die Beschwerden sind zulässig. Sie sind auch überwiegend begründet. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 23. September 2016 war anzuordnen (hierzu 1.). Den Antragstellern war für das sozialgerichtliche Verfahren Prozesskostenhilfe zu gewähren (hierzu 2.).

1.

Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts war vorliegend die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller gegen die Bescheide des Antragsgegners vom 23. September 2016 anzuordnen.

Nach § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Nachdem der Antragsgegner mit dem Bescheid vom 23. September 2016 die sofortige Vollziehung des Bescheides angeordnet hat, ist die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage entfallen (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG). Sie war auf Antrag der Antragstellerin nach § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG wiederherzustellen.

Bei der Prüfung, ob die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs nach § 86b Abs. 1 SGG anzuordnen bzw. wiederherzustellen ist, sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ist der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig, tritt ein öffentliches Interesse an der Vollziehung stets hinter das Suspensivinteresse des Betroffenen zurück (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014., § 86b, Rn. 12i, Wahrendorf in Roos/Wahrendorf, § 86b, Rn. 104). Bei einem Entfallen der aufschiebenden Wirkung durch Anordnung der sofortigen Vollziehung wie im vorliegenden Fall ist bei der Prüfung zu beachten, dass nach § 86a Abs. 1 SGG Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben sollen und daher die Abkehr von diesem Grundsatz zunächst formal rechtmäßig erfolgen muss. Ist das nicht der Fall, ist die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Zutreffend ist das Sozialgericht vorliegend davon ausgegangen, dass die Vollziehungsanordnung mit den Bescheiden vom 23. September 2016 nicht bereits formell rechtswidrig ist.

Die Vollziehungsanordnung nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG bedarf einer besonderen Begründung. Eine lediglich formelhafte Begründung reicht nicht aus. Die Begründung hat den Zweck, den Betroffenen in die Lage zu versetzen, durch Kenntnisnahme der Gründe, die Veranlassung zur Vollziehungsanordnung gegeben haben, seine Rechte

wirksam wahrzunehmen und eine Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels abschätzen zu können (Keller, a.a.O., § 86a, Rn. 21b). Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Darstellung des angenommenen öffentlichen Interesses daran, dass als Ausnahme von der Regel des § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG in dem konkreten Fall die sofortige Vollziehbarkeit notwendig ist und dass das Interesse des Betroffenen deshalb hinter dem erheblichen öffentlichen Interesse zurückstehen muss. Eine Wiederholung des Gesetzwortlautes des § 86 a Abs. 2 Ziffer 5 SGG reicht nicht aus, wenn nicht auf die Besonderheit des Einzelfalles eingegangen wird (Kopp/Schenke, a. a. O., Anm. 85). Anhand dieser Vorgaben ist die vorliegende Anordnung nicht zu beanstanden, denn mit ihr hat der Antragsgegner unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls angeführt, aus welchen Gründen das Interesse der Antragstellerin am Erhalt der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs hinter dem vom Antragsgegner angenommenen öffentlichen Interesse an einer Vollziehung zurückstehen soll. Die ausführliche Begründung erschöpft sich nicht in einer Wiederholung des Gesetzestextes oder von Begründungselementen der Aufhebungs- bzw. Aufrechnungsentscheidung mit den Bescheiden vom 23. September 2016.

Allerdings liegen die materiellen Voraussetzungen für die erfolgten Anordnungen des Sofortvollzugs nicht vor, nämlich ein besonderes Vollzugsinteresse des Antragsgegners. Grundsätzlich ist für ein öffentliches Interesse im Sinne des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG ein über das Interesse am Erlass des Verwaltungsaktes hinausgehendes besonderes Vollzugsinteresse erforderlich.

Es müssen besondere Gründe dafür sprechen, dass der Verwaltungsakt schon jetzt und nicht erst nach Eintritt der Bestandskraft vollzogen wird (BVerfG in NVwZ 1996, 58, 59, m. w. N.). Die aufschiebende Wirkung des § 86 a SGG soll gemäß der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz GG verhindern, dass durch die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes Tatsachen geschaffen werden, die, wenn sich der Verwaltungsakt bei gerichtlicher Überprüfung im Hauptsacheverfahren als rechtwidrig erweist, nur schwer rückgängig gemacht werden können. Sie ist andererseits kein Selbstzweck und soll einen im öffentlichen Interesse liegenden Vollzug nicht hindern. Das Gericht hat zu prüfen, ob nach Beurteilung aller Umstände die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Anfechtungsklage zur

Gewährung effektiven Rechtsschutzes in der Hauptsache oder aus anderen Gründen wiederherzustellen ist (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl., Rn. 963).

Folgt aus der gerichtlichen Abwägung, dass es zur Wahrung des effektiven Rechtsschutzes oder zur Wahrung sonstiger verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfes nicht bedarf, ist es von Verfassungswegen nicht geboten, ein vorhandenes öffentliches Interesse an dem Vollzug des Verwaltungsaktes bis zum Eintritt seiner Bestandskraft zurücktreten zu lassen (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O., Rn. 967). In die gerichtliche Abwägungsentscheidung, die nicht einem starren Prüfungsschema zu erfolgen hat, haben die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs einzufließen, dessen aufschiebende Wirkung begehrt wird, hier der Klage. Ist der Ausgang des Rechtsbehelfsverfahrens bei summarischer Prüfung offensichtlich erfolgversprechend, überwiegt das Suspensivinteresse des Betroffen jedes denkbare öffentliche Vollzugsinteresse, da es an der sofortigen Vollziehung eines offensichtlichen rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse geben kann. Andererseits wird angenommen, dass bei Annahme eines offensichtlich erfolglosen Rechtsbehelfs nach summarischer Einschätzung ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit besteht. Dieses überwiegende öffentliche Interesse kann jedoch dann verneint werden, wenn im Einzelfall ein öffentliches Interesse an der Vollziehung des offensichtlich rechtmäßigen Verwaltungsaktes den Grundsatz der Gleichbehandlung oder der Verhältnis-mäßigkeit verletzen würde oder eine unbillige Härte darstellte (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O., Rn. 973).

Im vorliegenden Fall ist der Ausgang der Rechtsbehelfsverfahren nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren veranlassten Prüfung für die Antragsteller erfolgversprechend. Die streitgegenständlichen Bescheide dürften entgegen der Auffassung des Sozialgerichts rechtswidrig sein.

Dabei kann dahinstehen, ob der Antragsgegner seine Aufhebungsentscheidungen vom 23. September 2016 zu Recht auf die Rechtsgrundlage des § 45 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X stützt und damit davon ausgeht, dass die in den Bescheiden aufgeführten Bewilligungsbescheide bereits von Anfang an rechtswidrig waren oder

ob jedenfalls die Aufhebungsentscheidungen im Hinblick auf die Bewilligung mit Bescheiden vom 10. Januar 2011 bei Annahme einer Einkommenserzielung aus Kick-Back-Zahlungen erst ab April 2011 auf eine Änderung der Sachlage nach Bescheiderteilung durch Einkommenserzielung zurückgehen dürfte und daher nur auf § 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X zu stützen wäre.

Das Sozialgericht weist mit dem angefochtenen Beschluss zwar zutreffend darauf hin, dass ggf. ein „Austausch der Rechtsgrundlage“ möglich ist. Zu beachten ist jedoch, dass es vorliegend bei einer Anhörung zu einer beabsichtigten Korrekturentscheidung nach § 48 SGB X und tatsächlicher (Teil-)Aufhebungen nach § 45 SGB X mit dem Bescheid an einer ordnungsgemäßen vorherigen Anhörung nach § 24 Abs. 1 SGB X fehlen dürfte (vgl. zu Anhörungen bei Aufhebungsentscheidungen nach §§ 45, 48 SGB aktuell: BSG v. 26. Juli 2016 - B 4 AS 47/15 R - Terminbericht; vgl. zu „Umdeutungen“ auch BSG v. 07.04.2016 - B 5 R 26/15 R - juris, Rn. 33f., dort Anhörungsmangel offengelassen, Rn. 39). Ob die im vorliegenden Verfahren mit Schreiben vom 3. März 2016 zu einer beabsichtigten „Rückforderung“ durchgeführte Anhörung ausreichend war, begegnet ohnehin Zweifeln, kann aber ebenfalls offen bleiben.

Ebenfalls kann dahin stehen, ob die Aufhebungsentscheidungen, sämtliche den Rückforderungszeitraum erfassenden Bescheide benennen (zu diesem Erfordernis vgl. BSG, Urteil v. 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R – juris), was der Senat mangels Vorlage der Leistungsakte und somit der für die Leistungsgewährung im Erstattungszeitraum ergangen Bewilligungsbescheide durch den Antragsgegner nicht überprüfen konnte. Insofern bedurfte es jedoch keiner weiteren Ermittlungen.

Denn die Rechtswidrigkeit der mit Widerspruch angefochtenen Bescheide folgt daraus, dass die Voraussetzungen für die von dem Antragsgegner in Bezug genommene Regelung des § 45 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3, Nr. 2, Nr. 3 SGB X zur Überzeugung des Senats nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vorzunehmenden Prüfung nicht vorliegen. Der Antragsgegner stützt die (Teil-)Aufhebungsentscheidungen darauf, dass die Antragsteller auf Leistungen der Grundsicherung nach dem Vierten Kapitel SGB XII anzurechnendes Einkommen aus Kick-Back-Zahlungen des Pflegedienstes erhalten haben und sie diese Einnahmen

zumindest grob fahrlässig nicht angegeben haben (§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X) oder die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Bewilligungsentscheidungen jedenfalls grob fahrlässig nicht erkannt hätten (§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X).

Der Antragsgegner führt mit seiner Verwaltungsentscheidung monatliches Einkommen der Antragsteller aus sogenannten Kick-Back-Zahlungen an. Dass die Antragsteller daneben weiteres bisher nicht angerechnetes Einkommen oder Vermögen erzielt haben, macht der Antragsgegner nicht geltend und dies ist auch nicht ersichtlich. Das von dem Antragsgegner angeführte Einkommen ist vorliegend jedoch nicht als anzurechnendes Einkommen zu berücksichtigen, so dass aus der Nichtanrechnung auch nicht die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Leistungsgewährung ergeben kann.

Der Senat ist nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren möglichen Prüfung der Auffassung, dass es sich bei den von dem Antragsgegner angenommenen Zahlungen von monatlich 75,40 € bis 577,10 € - unterstellt sie sind den Antragstellern zugegangen - um Einkünfte aus einer mit dem Pflegedienst gemeinschaftlich begangenen Straftat handeln würde, die nicht als Einkommen im Sinne von § 82 SGB XII anzusehen wären.

Nach § 82 Abs. 1 Satz 1 SGB XII gehören zum Einkommen zwar alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert mit Ausnahme der dort genannten Einnahmen. Auch nach § 1 der Verordnung zur Durchführung des § 82 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch i.d.F. vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2557) sind bei der Berechnung der Einkünfte in Geld nach § 82 SGB XII alle Einnahmen ohne Rücksicht auf ihre Herkunft und Rechtsnatur sowie ohne Rücksicht darauf, ob sie zu nach dem Einkommenssteuerecht anerkannten Einkunftsarten gehören, zugrunde zu legen.

Zutreffend geht jedoch das Sozialgericht Berlin mit der Entscheidung vom 21. Oktober 2016 (S 146 SO 1487/16 ER - juris; nachfolgend Beschluss des Senats v. 20.12.2016 - L 23 SO 298/16 B ER) davon aus, dass bei gebotener normativer Betrachtungsweise Gewinne aus begangenen Straftaten nicht als Einkommen im Sinne des § 82 SGB XII Berücksichtigung finden können. Ein solches Einkommen, wenn es sich um einen Gewinn aus einem - wie hier von dem Antragsgegner

angenommenen - gemeinschaftlich begangenen Betrug handelt, ist mit einer Rückzahlungspflicht aus § 823 Abs. 2 BGB belastet und steht dem Betroffenen gerade nicht zur freien anderweitigen Verwendung zur Verfügung.

So hat das Bundessozialgericht - BSG - bereits im Recht der Arbeitslosenhilfe angenommen, dass durch eine Straftat erlangtes Einkommen dann nicht als Einkommen angerechnet werden kann, wenn eine Rückzahlungspflicht des Leistungsberechtigten an den Geschädigten von vornherein feststeht (BSG v. 06.04.2000 - B 11 AL 31/99 R - juris, Rn. 21, 25). Unterstellt der Antragsgegner bei Annahme von Kick-Back-Zahlungen aus einem Abrechnungsbetrug unter Teilnahme der Antragsteller einen monatlichen Zufluss von bis zu 577,00 €, so besteht eine Rückzahlungsverpflichtung gegenüber der (auch) geschädigten Pflegekasse, so dass eine Anrechnung als Einkommen auf den Bedarf nach dem SGB XII den bereits eingetretenen Schaden vergrößern würde, da die Summe dann nicht mehr für Erstattungsleistungen zur Verfügung stünde (vgl. BSG, a.a.O.). Im Übrigen ist der Senat der Auffassung, dass Einkünfte aus strafbaren Handlungen von der öffentlichen Hand insbesondere dann nicht als Einsatz zur Bestreitung des Lebensunterhalts zur Minderung eines Anspruchs auf staatliche Sozialleistungen verlangt werden kann, wenn Ersatzansprüche Geschädigter bestehen können (vgl. zum Nichteinsatz unrechtmäßig erworbener Mittel zum Lebensunterhalt auch OVG Berlin v. 09.03.1967 - VI B 23.66 - FEVS 15, 20). Ob ein Anspruch auf bedarfsabhängige Leistungen aus anderen Gründen abgelehnt werden kann, konnte dabei dahinstehen.

Soweit das Sozialgericht meint, dies führe zu einer ungerechtfertigten Privilegierung von Straftätern, berücksichtigt diese Betrachtung allein den Umstand der Einkommensanrechnung. Ein möglicher Ersatz der Kosten für unrechtmäßig erbrachte Leistungen der Sozialhilfe durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln ist in § 104 SGB XII geregelt. Zudem hat der Antragsgegner auch im vorliegenden Fall, die den Antragstellern in der Vergangenheit gewährten Hilfen zur Pflege gegenüber den Antragstellern teilweise aufgehoben und macht insofern Erstattungsbeträge geltend.

Der Senat lässt bei allem ausdrücklich offen, ob den Antragstellern die von dem

Antragsgegner angeführten Beträge überhaupt zugeflossen sind. Es bestehen jedoch Zweifel, ob ein Zufluss allein mit den Eintragungen in Kassenbüchern des Pflegedienstes, die dem Senat mit den Verwaltungsakten auch nicht auszugsweise vorlagen, angenommen werden kann, wenn gleichzeitig von einem betrügerischen Verhalten der Geschäftsführung des Pflegedienstes ausgegangen wird. Hier dürften weitere Ermittlungen erforderlich sein.

Ob ein Vertrauensschutz - wie vom Antragsgegner angenommen - auch deshalb zu verneinen ist, weil die die Leistungen ab April 2011 gewährenden Bescheide auf Angaben beruhten, die die Antragsteller vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat, begegnet Zweifeln, kann jedoch dahinstehen. Zutreffend weist der Antragsgegner mit dem angefochtenen Bescheid zwar darauf hin, dass ein Leistungsbezieher nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch - SGB I - die Pflicht hat, alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistungsgewährung - hier Leistungen nach dem Vierten Kapitel SGB XII - erheblich sind. Geht der Antragsgegner jedoch vom Zufluss von monatlich bis zu 805,00 € aus den Kick-Back-Zahlungen des Pflegedienstes aus, die die Antragsteller in einem Zusammenwirken mit dem Pflegedienst erwirkt haben soll, so bestehen Zweifel an der von dem Antragsgegner angeführten Mitwirkungspflicht der Antragsteller nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I. Nach § 65 Abs. 3 SGB I können nämlich Angaben verweigert werden, wenn sich der Antragsteller in die Gefahr begeben würde, wegen einer Straftat verfolgt zu werden. Während bei der Aufforderung zu Mitwirkungshandlungen durch eine Behörde vertreten wird, dass die „Mitwirkungsgrenze“ aus § 65 Abs. 3 SGB I geltend zu machen ist (Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB I, § 65, Rn. 31), erscheint dies jedenfalls für die inhaltliche Bezugnahme des § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X auf nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I anzugebende Tatsachen (Schütze in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage 2014, § 45, Rn. 49) nicht zwingend.

Nach allem dürften die Rücknahmeentscheidungen mit dem Bescheiden vom 23. September 2016 bereits rechtswidrig und aufzuheben sein. Damit liegen auch die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Erstattungsforderung nicht vor. Auch die Regelung zur Aufrechnung mit monatlichen Leistungen dürfte dann rechtswidrig sein.

Die aufschiebende Wirkung war daher anzuordnen.

Im Übrigen war die Beschwerde jedoch zurückzuweisen. Das Sozialgericht hat es nämlich im Ergebnis zu Recht abgelehnt, die Aufhebung der bereits erfolgten Vollziehung anzuordnen.

Nach § 86 b Abs. 1 Satz 2 SGG kann das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen, wenn - wie hier durch Vollzug der Aufrechnung - die Verwaltungsentscheidung schon (teilweise) vollzogen worden ist. Die Entscheidung hierüber erfolgt durch eine gesonderte Entscheidung des Gerichts aufgrund einer gesonderten Interessenabwägung. Die Aufhebung der Vollziehung bewirkt dabei, dass Leistungen für die Vergangenheit wieder auszuzahlen sind. Deshalb muss hierfür ein besonderes Interesse des Betroffenen auch im Falle der Geltendmachung von Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB XII dargelegt werden (LSG Berlin-Brandenburg v. 01.11.2012 - L 20 AS 2161/12 B ER - juris, Rn. 35; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage 2014, § 86 b, Rn. 10a; Hintz/Lowe, SGG, § 86 b, Rn. 70). Solche besonderen Umstände haben die Antragsteller für Zeiten vor Entscheidung des Senats nicht dargelegt.

Es ist nicht zu erwarten, dass der Antragsgegner die nunmehr angeordnete aufschiebende Wirkung der Widersprüche gegen die Bescheide vom 23. September 2016 nicht beachten wird, so dass ein weiterer Vollzug nicht zu erwarten ist. Für eine Aussetzung der Vollziehung der Bescheide durch das Gericht war daher kein Raum. Antragsteller, die eine gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung erwirkt haben, sind bei Nichtbefolgen der Behörde grundsätzlich gehalten, ihre Ansprüche in einem auf Vornahme gerichteten einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 86 b Abs. 2 SGG geltend zu machen (LSG Berlin-Brandenburg v. 01.11.2012, a.a.O., Rn. 37), weshalb die Anordnung der Aufhebung der Vollziehung durch das Gericht auf Ausnahmefälle beschränkt ist (Keller, a.a.O.), die hier nicht vorliegen.

2.

Da die Rechtsverfolgung auch schon im sozialgerichtlichen Verfahren Aussicht auf Erfolg hatte, war den Antragstellern für das erstinstanzliche Verfahren in Abänderung

des angefochtenen Beschlusses Prozesskostenhilfe zu bewilligen, § 73a Abs. 1 SGG in Verbindung mit § 114 ZPO. Für das Beschwerdeverfahren haben die Antragsteller Prozesskostenhilfe nicht beantragt.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 193 SGG und aus § 127 Abs. 4 ZPO.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde zum Bundessozialgericht angefochten werden, § 177 SGG.