

# SOZIALGERICHT BREMEN

S 44 SO 308/16 ER



## BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

A,  
Bremen,

Antragstellerin,

g e g e n

Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Soziales, Jugend, Frauen, Integration und Sport, - Referat 13 -,  
Bahnhofsplatz 29, 28195 Bremen, Az.: - 400-13-2-912/16 -

Antragsgegnerin,

hat die 44. Kammer des Sozialgerichts Bremen am 18. November 2016 durch ihren Vorsitzenden, Direktor des Sozialgerichts Dr. Schnitzler, beschlossen:

**Die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27.9.2016 (Az. S 24 SO 306/16, verbunden mit: S 24 SO 268/16, Sozialgericht Bremen) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.1.2015 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 9.9.2016 wird angeordnet.**

**Die Antragsgegnerin trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin.**

## GRÜNDE

Die Antragstellerin begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer am 27.9.2016 erhobenen Klage gegen die Aufhebung der Bewilligung eines Mehrbedarfs wegen kostenaufwändiger Ernährung nach dem SGB XII.

Die im Jahr 1972 geborene Antragstellerin leidet nach der Beurteilung der sie behandelnden Ärzte an einer Vielzahl von verschiedenen Erkrankungen und Einschränkungen, u.a. an chronischen Durchfällen, einer Laktose- und Fruktoseunverträglichkeit, einer Zöliakie sowie an einer Angststörung (Attest des Facharztes für Allgemeinmedizin Dr. B, vom 21.1.2015, Bl. 5 der Akte S 24 SO 54/15 ER). Sie ist als schwerbehinderter Mensch (Grad der Behinderung 50) anerkannt.

In der Zeit bis zum 30.6.2013 erhielt die Antragstellerin Leistungen nach dem SGB II vom Jobcenter Bremen. Hierbei wurde ein Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung gemäß § 21 Abs. 5 SGB II i.H.v. 76,40 € berücksichtigt. Seit dem 1.7.2013 bezieht die Antragstellerin von der Deutschen Rentenversicherung eine Rente wegen dauerhafter voller Erwerbsminderung, und zwar i.H.v. 620,67 € im Monat (Bl. 27 Verwaltungsakte).

Für die Zeit „ab dem 01.07.2013“ bewilligte die Antragsgegnerin der Antragstellerin Grundsicherungsleistungen nach dem Vierten Kapitel des SGB XII in einer Gesamthöhe von 963,69 €, und zwar unter Berücksichtigung eines Zuschlags für Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung gemäß §§ 42, 30 Abs. 5 SGB XII (Stufe D), und zwar erneut i.H.v. 76,40 € (Bl. 79 R Verwaltungsakte). Im sogenannten Erstvermerk zum Antrag auf Leistungen (Bl. 7 70 Verwaltungsakte) heißt es: „Ebenfalls kann zunächst auch der vom Jobcenter bisher gewährte Mehrbedarf für kostenaufwändiger Ernährung der Stufe D weitergewährt werden. Da aus ärztl. Sicht jedoch einer Diät auf Dauer zu rechnen ist, ist für die weitere Bewilligung eine Stellungnahme des GA einzuholen.“

Mit Bescheid vom 26.7.2013 hob die Antragsgegnerin (ohne vorherige Anhörung der Antragstellerin) den Bewilligungsbescheid vom 13. Juni 2013 hinsichtlich der Gewährung des Mehrbedarfszuschlags für kostenaufwändiger Ernährung auf. Zugleich ordnete sie die sofortige Vollziehung dieses Bescheides an. Auf einen am 2.8.2013 beim Sozialgericht Bremen gestellten Eilantrag hin ordnete das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen im Beschwerdeverfahren die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 26.7.2013 an (Beschluss vom 24.11.2014, L 8 SO 135/14 B ER). Zur Begründung führte das Landessozialgericht unter anderem aus, dass der Aufhebungsbescheid vom 26.7.2013 wegen einer fehlenden, aber erforderlichen Er-

messensausübung rechtswidrig und voraussichtlich aufzuheben sein dürfte. Ein Anspruch auf Erhöhung des Mehrbedarfes für die Zeit ab dem 1.1.2014 sei abzulehnen, weil die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht habe, auf eine kostenaufwändige Ernährung angewiesen zu sein und daher einen Anspruch auf die Gewährung eines entsprechenden Mehrbedarfszuschlags zu haben.

Mit Bescheid vom 26.1.2015 hob die Antragsgegnerin den Bescheid vom 13.6.2013 „hinsichtlich der Gewährung des Mehrbedarfszuschlags gemäß §§ 45 SGB X mit Wirkung vom 1.3.2015“ auf und ordnete erneut die sofortige Vollziehung der Entscheidung an. Zur Begründung wurde angeführt, die Antragstellerin habe nicht nachgewiesen, dass sie aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkungen auf kostenaufwändige Ernährung als der üblichen Vollkosten angewiesen sei. Eine konkrete Diagnose sei bisher nicht nachgewiesen und werde auch weiterhin von der Antragstellerin abgelehnt. Die Antragstellerin habe im Rahmen der Anhörung lediglich erklärt, der Meinung zu sein, den Mehrbedarf für Ernährung zu brauchen und zu begehren. Nach den amtsärztlichen Stellungnahmen des Gesundheitsamtes Bremen vom 12.7.2013 und vom 4.9.2013 seien jedoch keine objektiv belegbaren Anhaltspunkte für die behaupteten Unverträglichkeiten zu erkennen. Eine medizinische Notwendigkeit für eine kostenaufwändige Ernährung sei demnach nicht gegeben. Auf ein schutzwürdiges Vertrauen könne sich die Antragstellerin nicht berufen, weil ihr seit dem Erhalt des Bescheides vom 26.7.2013, spätestens aber durch den Beschluss des Landessozialgerichts vom 24.11.2014 bekannt sei, dass sie keinen Anspruch auf die begehrte Leistung habe.

Einen entsprechenden Eilantrag der Antragstellerin lehnte das Sozialgericht Bremen mit Beschluss vom 10.3.2015 ab. Die Antragstellerin habe auch unter Berücksichtigung der von ihr vorgelegten Belege aus dem Jahre 2015 (unter anderem das erwähnte Attest des Dr. B) nicht glaubhaft gemacht, auf die Gewährung eines Mehrbedarfszuschlags angewiesen zu sein. Die Diagnose des behandelnden Arztes beruhe allein auf den Schilderungen der Antragstellerin und sei durch eine weitergehende Diagnostik (z.B. Atemlufttest) nicht bestätigt.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin hob das Landessozialgericht Niedersachsen Bremen mit Beschluss vom 6.10.2015 (L 8 SO 86/15 B ER) den Beschluss des Sozialgerichts auf, soweit durch diesen der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abgelehnt worden war. Zugleich ordnete das Landessozialgericht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 18.2.2015 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 26.1.2015 an. Zur Begründung führte das Landessozialgericht aus, die Erfolgsaussichten seien entsprechend der Entscheidung des Landessozialgerichts vom

24.11.2014 im Vorprozess (L 8 SO 135/14 B ER) an § 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG zu messen. Der Antragstellerin sei der Mehrbedarf im Juni 2013 auf unbestimmte Zeit zugesagt worden. Der mit dem Widerspruch angefochtene Bescheid vom 26.1.2015 sei nach summarischer Prüfung mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig. Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid sei § 45 Abs. 1 SGB X. Dessen gesetzlichen Vorgaben entspreche der Bescheid vom 26.1.2015 nicht. In dem Bescheid werde lediglich die Mitteilung des Ergebnisses der Ermessensentscheidung mitgeteilt, nicht aber deren Begründung. Dass dies für eine fehlerfreie Ermessensausübung nicht ausreiche, liege auf der Hand. Die Antragsgegnerin hätte nicht (vornehmlich) darauf abstellen dürfen, dass der Antragstellerin bekannt hätte sein müssen, dass ihr der Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung nicht zustehe. Positive Kenntnis oder auch nur Unkenntnis über die Rechtswidrigkeit des Bescheides von 2013 aufgrund grober Fahrlässigkeit könnten der Antragstellerin nach dem Verlauf des Verwaltungsgerichtsverfahrens nicht unterstellt werden, zumal ihre behandelnden Ärzte vom Vorliegen mehrerer Gesundheitsbeeinträchtigungen ausgingen, die einen Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung unter Umständen begründen könnten. Auch daraus, dass die Antragstellerin im Vorprozess den Anspruch auf Gewährung eines Mehrbedarfs nicht glaubhaft gemacht habe, könne ebenfalls nicht geschlossen werden dass die Antragstellerin (positiv) wisse, dass die ihr bewilligte Leistung ihr nicht zustünden. Unter Berücksichtigung ihrer ausgeprägten Angststörungen dürfte gerade das Gegenteil der Fall sein. Auch diese psychischen Beeinträchtigungen, wie sie nunmehr auch der im Beschwerdeverfahren vorgelegten amtsärztlichen Stellungnahme thematisiert würden, hätten in die Ermessensentscheidung Eingang finden müssen. Eine eventuelle Heilung von Begründungsfehlern im Widerspruchsverfahren stünde der Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs bitten diesen Einzelfall nicht entgegen. Ohnehin könne die Antragstellerin auch die Frage aufwerfen, ob eine psychiatrische Erkrankung im Allgemeinen bzw. eine Zwangs- oder Angststörung im Besonderen geeignet sei, einen Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung zu begründen.

Die Antragsgegnerin hat den Widerspruch gegen den Bescheid vom 26.1.2015 mit Widerspruchsbescheid vom 9.9.2016 als unbegründet zurückgewiesen. Dabei wurde der Bescheid - nach Auffassung der Antragsgegnerin - ergänzt und korrigiert. Zugleich wurde die sofortige Vollziehung gemäß § 86a SGG mit Wirkung zum 1.10.2016 erneut angeordnet. Inhaltlich stützt sich die Antragsgegnerin auf ein durch das Sozialgericht Bremen im Verfahren S 24 SO 268/13 eingeholtes Gutachten des Privatdozenten Dr. C vom 22.8.2016. Sie vertritt die Auffassung, dass sich hieraus ergebe, dass bei der Antragstellerin keine notwendigen Mehrkosten über die allgemein empfohlene Vollkosten hinaus

bzw. keine Aufwendungen für nicht durch die Krankenkasse zu tragende Medikamente erforderlich seien.

Hiergegen hat die Klägerin am 27.9.2016 beim Sozialgericht Bremen Klage erhoben (S 24 SO 306/16). Das Sozialgericht hat das Verfahren mit dem Rechtsstreit zum Aktenzeichen S 24 SO 268/13 verbunden (Beschluss vom 14.11.2016). Über das Verfahren ist noch nicht abschließend entschieden.

Ebenfalls am 27.9.2016 hat die Antragstellerin die aufschiebende Wirkung dieser Klage gemäß § 86 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 beim Sozialgericht Bremen beantragt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie verweise auf ihr Vorbringen in dem Verfahren zum Az. L 8 SO 91/15 B. Sie erklärt außerdem, die Ergebnisse der medizinischen Begutachtungen stünden im Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Infolge des Wegfalls des Mehrbedarfzuschlags habe sie sich über mehrere Wochen bemüht, ihren ernährungsbedingte Mehrbedarf so niedrig wie möglich zu halten und auf den Kauf von zuzahlungspflichtigen Medikamente so weit wie möglich zu verzichten. Dies habe im Ergebnis in kurzer Zeit dazu geführt, dass sich der Ernährungszustand deutlich verschlechtert habe. Durch die Änderung der Ernährungsgewohnheiten seien vermehrt Leiden wie Magen- und Darmerkrankungen, Migräneanfälle, erhebliche Schwächezustände und Wadenkrämpfe aufgetreten. Ihr Leben sei dadurch erheblich beeinträchtigt. Diese Symptome seien objektiv vorhanden und könnten nicht abstrakt negiert werden. Als medizinische Laiin sei sie nicht in der Lage, die Kausalzusammenhänge medizinisch-fachlich zu beurteilen. Sie werde sich jedoch bemühen, eine ärztliche Stellungnahme beizubringen, aus der sich ergebe, dass es sich bei ihren Beeinträchtigungen nicht lediglich um Einbildungen handelte. Auch wenn wesentliche Ursache der Beschwerden eine schulmedizinisch nicht feststellbare psychische Erkrankung sein sollte, begründet der objektive Umstand der Leidensminderung die Notwendigkeit der Gewährung des Mehrbedarfzuschlags. Die Angelegenheit sei auch eilbedürftig, weil sie nicht in der Lage sei, über längere Zeiträume die notwendigen Mehrkosten aus der Regelleistung zu begleichen. Die Antragstellerin hat zuletzt noch ein Attest des Allgemeinarztes Dr. D vom 25.10.2016 eingereicht. Danach ist sie aufgrund einer Gluten- und Laktoseunverträglichkeit darauf angewiesen, gluten- und laktosefreie Nahrungsmittel zu sich zu nehmen, um ernährungsbedingte gesundheitliche Beeinträchtigungen zu vermeiden, woraus sich ein erhöhter Ernährungsaufwand ergibt. Sie hat zudem noch erklärt, sie sei durch die Angelegenheit unter erheblichem Stress mit erheblichen Schlafstörungen geraten.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Antrag abzulehnen. Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86 Buchst. b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG

seien nicht gegeben. Der angegriffene Bescheid als auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung dieses Bescheides im angefochtenen Widerspruchsbescheid seien zu Recht und unter Berücksichtigung der formellen verwaltungsrechtlichen Erfordernisse ergangen und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten. Der Antragstellerin stehe kein Mehrbedarf zu. Zur Begründung werde auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides verwiesen. Zuletzt hat die Antragsgegnerin noch darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin nicht nur diagnostische Maßnahmen verweigere, sondern noch nicht einmal ein Ernährungsprotokoll als einfachste Belegform zumindest für eine tatsächlich vorgenommene spezielle und kostenaufwändige Ernährung vorgelegt habe. Außerdem hat die Antragsgegnerin erklärt, die diagnostizierte histrionische Persönlichkeitsstörung können nicht zur dauerhaften Bewilligung eines Mehrbedarfs führen. Seitens der Rechtsprechung würden Maßstäbe an ihr Verwaltungshandeln, insbesondere im Hinblick auf Begründungserfordernisse, angelegt, die in der Praxis nicht zu erfüllen seien. Sie habe ein hohes Rücknahmeinteresse nicht nur aus fiskalischen Gründen, sondern schon allein aus Gründen der Gleichbehandlung und der Leistungsgerechtigkeit. Das individuelle Ernährungsverhalten der Antragstellerin könne für die Leistungsgewährung nach dem SGB XII nur dann eine Rolle spielen wenn eine kostenaufwändige Ernährung objektiv erforderlich sei. Dies sei hier nicht gegeben. Wiederholt vorgelegte Atteste könnten eine solche objektive Erforderlichkeit nicht begründen. Ergänzend hat die Antragsgegnerin noch auf die ihr vorliegenden medizinischen Stellungnahmen (insbesondere des Gesundheitsamtes Bremen, zuletzt vom 26.6.2015) verwiesen.

## II.

Der Antrag ist gem. § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG zulässig, denn der Klage der Klägerin kommt keine aufschiebende Wirkung zu, weil die Antragsgegnerin die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg. Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 26.1.2015 ist anzuordnen, weil der Bescheid nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig ist.

Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid ist § 45 SGB X, weil der Bescheid den ursprünglichen Bewilligungsbescheid vom 13.6.2013 aufhebt. Eine Aufhebung nach dieser

Norm setzt jedoch voraus, dass der ursprüngliche Bewilligungsbescheid rechtswidrig ist. Dies dürfte er nach dem jetzigen Stand des Verfahrens jedoch nicht gewesen sein. Denn Privatdozent Dr. C hat in seinem Gutachten vom 22.8.2016 das Vorliegen von Erkrankungen, die aufgrund einer Nahrungsmittelallergie oder Nahrungsmittelunverträglichkeit eine besondere Ernährung oder spezielle Krankheitskosten erfordern, nicht verneint. Er hat vielmehr darauf hingewiesen, dass aufgrund fehlender spezifischer klinischer Beschwerdesymptomatik, ernährungsmedizinischen Dokumentation, psychologischer Befunddaten und Diagnostik bei der Klägerin solche Erkrankungen „derzeit“ nicht zu diagnostizieren seien (S. 2- 3 des Gutachtens). Er hat aus diesem Grunde erklärt, es seien „derzeit“ keine Einschränkungen spezifizierbar. Damit ist jedoch - nach jetzigem Stand - nicht erwiesen, dass die ursprüngliche Bewilligungsentscheidung im Bescheid vom 13.6. 2013, der Antragstellerin den Mehrbedarf zu gewähren, rechtswidrig gewesen ist. Dies jedoch ist für die hier von der Antragsgegnerin geltend gemachte Aufhebung gemäß § 45 Abs. 1 SGB X erforderlich.

Ob und inwieweit durch eine weitere, insbesondere psychiatrische, Untersuchung festzustellen sein wird, ob die Antragstellerin wegen ihrer psychischen Beschwerden überhaupt in der Lage ist, an einer objektiven Untersuchung mitzuwirken, wird im Hauptsacheverfahren entschieden werden müssen.

Vor diesem Hintergrund bedarf es im Eilverfahren keiner näheren Prüfung, ob die Antragstellerin wirklich nicht - wie die Antragsgegnerin annimmt - auf den Bestand des Verwaltungsaktes von 2013 vertraut hat und ihr Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Insofern dürfte die Antragsgegnerin im Widerspruchsbescheid vom 9.9.2016 zu Recht darauf hingewiesen haben, dass wegen der psychischen Erkrankung der Antragstellerin die Rücknahme des Verwaltungsaktes zu einer einschneidenden Lebensumstellung führen würde (Bl. 5 des Widerspruchsbescheides vom 9.9.2016, 4. Absatz von unten).

Es kann auch dahinstehen, ob tatsächlich – wie die Antragsgegnerin im Widerspruchsbescheid meint - ein hohes Rücknahmeinteresse besteht (Widerspruchsbescheid vom 9.9.2016, Bl. 6, 2. Absatz). Denn es dürfte mit einem Betrag von 79,80 € lediglich ein relativ geringes Rücknahmeinteresse gegeben sein.

Dahinstehen kann außerdem, ob die Zweifel des Landessozialgerichts im Hinblick auf die Begründung der Ermessensentscheidung ausgeräumt sind. Es erscheint nicht sicher, dass die Ausführungen der Antragsgegnerin auf Bl. 5 des Widerspruchsbescheides vom 9.9.2016 diesen Anforderungen entsprechen. Denn zwar werden die einzelnen in einer

Ermessensentscheidung zu berücksichtigenden Aspekte aufgezählt, eine Abwägung findet jedoch lediglich insofern statt, als ausgeführt wird:

„Die dauerhafte und rechtswidrige Bewilligung der nicht unerheblichen Kosten führt somit zu einer permanenten Belastung der Allgemeinheit, so dass dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit dem individuellen Interesse der Widerspruchsführerin an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes den Vorrang zu geben ist.“

Dass dies den Anforderungen einer konkreten Abwägung möglicherweise nicht entspricht, könnte sich daraus ergeben, dass es sich um eine ganz allgemeine Überlegung ohne konkreten Bezug zum vorliegenden Fall handelt. Außerdem erscheint fraglich, ob die psychische Erkrankung der Klägerin in hinreichender Weise Berücksichtigung gefunden hat. Hierzu liegt das Gutachten von 18.2.2016 von Dr. Dr. E vor. Diese hat ausgeführt, der Mehrbedarf lasse sich nicht wegen der seelischen Erkrankung „sicher nachweisen“, es bestehe vielmehr bei der Ast. eine große Übereinstimmung mit Dr. B Einschätzung, der die Diät ernährungsmedizinisch für notwendig halte (S. 6 des Gutachtens).

Insofern stellt sich weiterhin die auch vom Landessozialgericht aufgeworfene Frage, ob ein Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung auch durch eine psychiatrische Erkrankung ausgelöst werden kann. Diesbezüglich erscheint fraglich, ob die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 20.1.2016 (B 14 AS 8/15 R) auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Denn der Kläger in dem dortigen Verfahren hatte nicht aufgrund einer psychiatrischen Erkrankung angenommen, auf eine bestimmte Ernährung angewiesen zu sein.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG in entsprechender Anwendung.



## RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde statthaft. Sie ist **innen eines Monats** nach Zustellung beim Sozialgericht Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, **schriftlich** oder **in elektronischer Form** nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr im Land Bremen vom 18.12.2006 (Brem. GBl. S. 548) in der jeweils aktuellen Fassung oder **zur Niederschrift** des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Georg-Wilhelm-Straße 1, 29223 Celle oder der Zweigstelle des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen **schriftlich** oder **in elektronischer Form** nach Maßgabe der Niedersächsischen Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz vom 21.10.2011 (Nds. GVBl. S. 367) in der jeweils aktuellen Fassung oder **zur Niederschrift** des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

Dr. Schnitzler  
Direktor des Sozialgerichts