

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 3/88

.....

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 17. Oktober 1990 in Berlin durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , den Richter Dr. G a g e l und die Richterin Dr. W e t z e l sowie die ehrenamtlichen Richter R e h k o p f und H a n e l für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom 12. November 1987 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger die Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Gründe:

I

Streitig ist, ob die Beklagte zu Recht eine vorläufige Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) wegen des Eintritts einer Sperrzeit teilweise aufgehoben und vom Kläger das gezahlte Alg zurückgefordert hat.

Der Kläger war seit 1. September 1983 bei der Firma L als Kraftfahrer beschäftigt. Laut Arbeitsvertrag galten die ersten zwölf Wochen seiner Beschäftigung als Probezeit, in der beide Teile das Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Angabe von Gründen kündigen konnten. Die Arbeitgeberin kündigte das Beschäftigungsverhältnis am 10. Oktober 1983 (mündlich) bzw am 21. Oktober 1983 (schriftlich), weil der Kläger aus Anlaß eines Streiks an der Blockade einer Autobahn-Raststätte beteiligt gewesen sein und arbeitswillige Mitarbeiter an der Weiterfahrt gehindert haben sollte. Gegen die mündlich ausgesprochene fristlose Kündigung erhob der Kläger am 12. Oktober 1983 Klage vor dem Arbeitsgericht.

Mit Bescheid vom 25. Oktober 1983 gewährte die Beklagte dem Kläger ab 18. Oktober 1983 zunächst nur vorläufig Alg, weil noch Feststellungen wegen einer möglichen Sperrzeit zu treffen seien. Der Bescheid enthielt folgenden Zusatz:

"Die Leistungsbewilligung für die Zeit vom 18.10. bis 12.12.1983 erfolgt nur unter der Bedingung, daß ein Sperrzeitatbestand nicht vorliegt (§ 32 Abs 2 Nr 2 Sozialgesetzbuch X - SGB). Sollten die Feststellungen indessen ergeben, daß doch eine Sperrzeit oder ein zum Erlöschen des Leistungsanspruchs führender Tatbestand eingetreten ist, so wird Ihnen zu gegebener Zeit ein Aufhebungs- und Erstattungsbescheid mit Angabe der für o.a. Zeit zu Unrecht geleisteten und von Ihnen zu erstattenden Beträge übersandt (§§ 45 und 50 SGB X)."

Das Landesarbeitsgericht entschied am 8. Januar 1985 rechtskräftig, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristgemäße Kündigung vom 21. Oktober 1983 zum 22. Oktober 1983 aufgelöst worden sei. Die Kündigung habe während des Probearbeitsverhältnisses unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit des Streiks ausgesprochen werden können. Eine unzulässige Rechtsausübung sei darin nicht zu sehen, weil der Kläger gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten gröblichst verstoßen habe, ohne daß dies durch eine Arbeitsniederlegung im Rahmen eines Streiks geboten gewesen wäre.

Mit Bescheid vom 17. Januar 1984 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24. Mai 1985 teilte die Beklagte dem Kläger mit, für die Zeit vom 18. Oktober bis 12. Dezember 1983 sei eine Sperrzeit von acht Wochen eingetreten; der Bewilligungsbe-



scheid werde deshalb für diese Zeit gemäß § 45 SGB X aufgehoben und die zu Unrecht erhaltene Leistung in Höhe von 2.049,60 DM gemäß § 50 SGB X zurückgefordert. Auf Vertrauensschutz könne sich der Kläger insoweit nicht berufen, weil das Arbeitsamt den bewilligenden Bescheid unter dem Vorbehalt des Widerrufs erlassen habe.

Die Klage blieb ohne Erfolg. Auf die zugelassene Berufung hob das Landessozialgericht (LSG) die erstinstanzliche Entscheidung und die angefochtenen Bescheide auf (Urteil vom 12. November 1987). Es hielt sie für rechtswidrig, weil die Beklagte darin das ihr zustehende Ermessen nicht ausgeübt habe. Sie habe zwar zutreffend festgestellt, daß ein Sperrzeitatbestand eingetreten sei, und sie sei auch befugt gewesen, die Alg-Bewilligung mit einem Vorbehalt der Aufhebung und der Rückforderung der Leistung zu versehen. Auch dann stehe aber die Aufhebung der Leistungsbewilligung und die Rückforderung des überzahlten Betrages im Ermessen der Beklagten. Eine derartige Ermessensausübung sei den angefochtenen Bescheiden jedoch nicht zu entnehmen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 77 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und der §§ 32, 50 Abs 2 und 45 SGB X, § 39 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I) iVm §§ 119, 154 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Das LSG habe nicht beachtet, daß der Bewilligungsbescheid vom 25. Oktober 1983 bindend geworden sei (§ 77 SGG) und demzufolge durch die Feststellung des Eintritts der Sperrzeit die bedingte Leistungsbewilligung rückwirkend entfallen sei. Deshalb habe bei der Rückforderungsentscheidung kein Ermessen ausgeübt werden müssen. Doch selbst wenn man nach § 50 Abs 2 Satz 2 iVm §§ 45, 48 SGB X eine Ermessensausübung fordere, liege eine für beide Beteiligte evidente und in den angefochtenen Bescheiden nicht näher zu begründende Ermessensreduktion auf Null vor. Eine Härte der Rückforderung sei für den Kläger offensichtlich nicht gegeben.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG vom 12. November 1987 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG vom 19. August 1986 zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er verweist auf das angefochtene Urteil.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Revision der Beklagten ist nicht begründet.

Gegenstand des Rechtsstreits ist der Bescheid der Beklagten vom 17. Januar 1984 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Mai 1985. Der Bescheid enthält zwei Regelungen (Verfügungssätze), nämlich die (teilweise) Aufhebung des Bewilligungsbescheides vom 25. Oktober 1983 und die Rückforderung der für die Zeit vom 18. Oktober bis 12. Dezember 1983 bewilligten Leistungen. Der Eintritt einer Sperrzeit ist nur Begründung für die Aufhebung der Leistungsbewilligung. Das LSG hat im Ergebnis zutreffend entschieden, daß der angefochtene Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid rechtswidrig ist.

Die Beklagte ist zu Recht davon ausgegangen, daß bei dem Kläger ein Sperrzeitatbestand eingetreten ist. Da während der Sperrzeit der Anspruch auf Alg nach § 119 Abs 1 Satz 3 AFG ruht, stand dem Kläger für die Dauer der Sperrzeit ein Leistungsanspruch nicht zu. Im einzelnen bedarf dies hier keiner Erörterung.

Gleichwohl ist die streitige Aufhebung der Alg-Bewilligung rechtswidrig. Denn die Beklagte hat nicht die Anforderungen des § 45 SGB X beachtet, der als Grundlage für die Aufhebung allein in Betracht kommt. Nach § 45 Abs 1 SGB X "darf" ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Vergangenheit oder Zukunft aufgehoben werden.

Da im angefochtenen Bescheid die Alg-Bewilligung mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden ist, beurteilt sich die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung innerhalb des § 45 SGB X nach dessen Abs 4 Satz 1. Danach wird der Verwaltungsakt nur in den Fällen von Abs 2 Satz 3 und Abs 3 Satz 2 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Ein Fall des § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 läge vor, wenn der Kläger die Rechtswidrigkeit der Leistungserbringung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Hierzu hat das LSG keine Feststellungen getroffen.

Das Vorliegen der gesetzlichen Ermessensvoraussetzungen kann hier jedoch offen bleiben, da der Ablauf der Jahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB X die Aufhebung des Rücknahmebescheides allein wegen der fehlenden Ermessensausübung erlaubt. Dies hat der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 27. Juli 1989 (BSGE 65, 221, 225 = SozR 1300 § 45 Nr 45) ausgeführt. Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor.

Die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 45 SGB X ist eine Ermessensentscheidung; denn aus dem Wortlaut des Abs 1 Satz 1 folgt, daß ein solcher Verwaltungsakt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zurückgenommen werden "darf". Der erkennende Senat hat dies bereits in mehreren Entscheidungen



gen ausgeführt (BSG SozR 1300 § 45 Nrn 12 und 34 mwN; vgl hierzu auch den 7. Senat des Bundessozialgerichts -BSG- in SozR 1300 § 45 Nr 19). Demzufolge hat der Sozialleistungsträger bei Rücknahmeentscheidungen nach § 45 SGB X sein Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und dabei die Grenzen des Ermessens einzuhalten; der Betroffene hat hierauf einen Rechtsanspruch (§ 39 Abs 1 SGB I).

Für die Frage, ob die Beklagte überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen hat und ob diese ggf rechtmäßig war, kommt es auf den Inhalt des Rücknahmebescheides, insbesondere auf seine Begründung an. Diese muß nicht nur erkennen lassen, daß die Beklagte eine Ermessensentscheidung treffen wollte und getroffen hat, sondern auch diejenigen Gesichtspunkte angeben, von denen sie bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist (vgl BSG SozR 1300 § 45 Nr 19). Insoweit ist auch der Inhalt des Widerspruchsbescheides maßgebend (§ 41 Abs 1 Nr 2 iVm Abs 2 SGB X). Den Aufhebungsbescheid vom 17. Januar 1985 hat die Beklagte lediglich mit dem Eintritt der Sperrzeit begründet. Im Widerspruchsbescheid vom 24. Mai 1985 ist ausgeführt, der Kläger könne sich auf Vertrauensschutz nicht berufen, weil der bewilligende Bescheid dem Kläger ausdrücklich unter dem Vorbehalt des Widerrufs bekanntgegeben worden sei.

Diese Begründung macht deutlich, daß die Beklagte eine Ermessensentscheidung nicht getroffen hat. Denn Ausführungen über einen nicht bestehenden Schutz des Vertrauens gehören zu den Voraussetzungen, die zunächst vorliegen müssen, um zu einer Ermessensentscheidung zu gelangen. Hat jedoch die Behörde lediglich die Voraussetzungen für die Ausübung des Ermessens geprüft und bejaht und bereits aufgrund dessen eine Rücknahmeentscheidung getroffen, ist die Entscheidung rechtswidrig, weil es an der durch den Zweck der Ermächtigung vorgeschriebenen Abwägung und angemessenen Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles fehlt (BSG SozR 1300 § 45 Nr 19 mwN).

Der Senat vermag auch nicht der Auffassung der Beklagten zu folgen, daß sich nähere Ausführungen im Widerspruchsbescheid erübrigt hätten, weil jedenfalls eine Ermessensreduzierung auf Null vorgelegen habe. Eine Schrumpfung des Ermessens auf Null setzt voraus, daß nach dem festgestellten Sachverhalt ausgeschlossen ist, daß Umstände vorliegen, die eine anderweitige Ausübung des Ermessens rechtsfehlerfrei zuließen. Die von der Beklagten hierzu vorgetragenen Gesichtspunkte haben jedoch keine derartige Lage geschaffen.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob - wie die Beklagte meint - die Tatsache, daß die Leistungsbewilligung mit dem Vorbehalt der Rückforderung versehen war, auch bei der im Rahmen der Ermessensausübung vorzunehmenden Interessenabwägung nur eine richtige Lösung, nämlich die Rückforderung der bewilligten Leistung, zuläßt. Denn bei der Ermessensprüfung können auch weitere Umstände zu beachten sein, die bei der Interessenabwägung im Rahmen des Vertrauensschutzes keine Rolle spielen. So hat der



7. Senat des BSG bereits darauf hingewiesen, daß zwar die Verweisung auf Sozialhilfe grundsätzlich nicht geeignet ist, die Voraussetzungen für die Rücknahme einer Alhileistung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes zu beseitigen. Die im Einzelfall dadurch eintretenden wirtschaftlichen Folgen für den Betroffenen könnten jedoch derart sein, daß sie bei sachgerechter Ermessensausübung gleichwohl zu keiner oder einer differenzierten Rücknahmeentscheidung führten. Pflicht der Beklagten sei es deshalb, in jedem Fall auf die für die Ermessensentscheidung relevanten Verhältnisse des Einzelfalles einzugehen (SozR 1300 § 45 Nr 19). Von einer solchen Pflicht geht auch der erkennende Senat aus.

Die Beklagte hätte hier jedenfalls prüfen müssen, ob die Rückforderung der Leistung unter dem Gesichtspunkt der besonderen Härte ausgeschlossen war. Warum eine solche "ganz offensichtlich nicht gegeben" war und sich deshalb eine Überprüfung erübrigte, wie die Beklagte meint, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sich dies auch nicht aus der von ihr zitierten Aufrechnungsvorschrift des § 154 Abs 1 AFG, die als "Kann-Vorschrift" ausgestaltet ist. Soweit die Beklagte geltend macht, ein Härtefall scheide hier schon deshalb aus, weil die vorläufige Leistung rein "fürsorgerisch" motiviert gewesen sei und demzufolge der Arbeitslose nicht besser stehen dürfe, als ohne eine Vorwegzahlung, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Dies widerspräche dem Grundgedanken des § 42 Abs 3 Nr 3 SGB I, wonach im Falle der Zahlung eines Vorschusses der Erstattungsanspruch zu erlassen ist, wenn die Einziehung nach Lage des einzelnen Falles für den Leistungsempfänger eine besondere Härte darstellen würde. § 42 Abs 3 SGB I beinhaltet zwar eine Sondernorm für Vorschüsse. Die Regelung geht also den allgemeinen Vorschriften über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte (§§ 45, 50 SGB X) vor und gewährt dem Empfänger eines Vorschusses - weil ihm der vorläufige Charakter der Leistung klar sein muß - nicht den Vertrauensschutz des § 45 SGB X. Gerade dieser Grundgedanke des § 42 Abs 3 Nr 3 SGB I ist aber auch bei dem Bezieher einer zu Unrecht gewährten vorläufigen Leistung anwendbar. Aus dem Grundgedanken des § 42 Abs 3 Nr 3 SGB I haben deshalb auch der 4. und 5. Senat des BSG (SozR 1300 § 50 Nr 6 und 1500 § 154 Nr 8) einen gewissen Schutz des Empfängers der "Urteilsrente" nach Aufhebung des Urteils gefolgt.

In der Regel von untergeordneter Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang allerdings die vom LSG angeschnittene Frage sein, inwieweit dem Kläger ein Betrag in Höhe eines mutmaßlichen Sozialhilfeanspruchs verbleiben müsse. Denn wie sich bereits aus Hinweisen des SG ergibt, wird das Sozialamt in Fällen der vorliegenden Art ohnehin nur Darlehenszahlungen gemäß § 15 b BSHG erbringen, die der Arbeitslose ebenfalls zurückzahlen müßte. Das Ruhen eines Alg-Anspruchs wegen des Eintritts einer Sperrzeit ist gerade ein typischer Anwendungsbereich dieser Vorschrift (Merkler/Zink, BSHG, § 15b Anm 6.a), weil die Notlage des Arbeitslosen maximal zwölf Wochen dauert und er vorher und nachher regelmäßig über ausreichend Einkünfte verfügt.



Die Aufhebung eines Rücknahmebescheides wegen fehlender Ermessensausübung setzt nicht voraus, daß vom Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein Tatbestand vorgetragen ist, der ein Absehen von der Rücknahme rechtfertigen könnte. Denn die Behörde hat den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln. Die Aufhebung durch das Gericht setzt auch nicht voraus, daß das Gericht einen solchen Sachverhalt feststellt. § 45 SGB X räumt der Behörde schlechthin Ermessen ein und nicht nur ein auf Ausnahmefälle beschränktes "Soll-Ermessen". Es steht der Behörde in den Grenzen ihres Ermessens frei, auf welche Umstände sie abheben will, die dann aufklärungsbedürftig werden. Es widerspräche aber der Prozeßökonomie, wenn das Gericht einen Sachverhalt aufklären müßte, den die Behörde später rechtsfehlerfrei bei der Ermessensausübung als nicht ausschlaggebend ansehen dürfte. Auch nach der zur Aufhebung allein wegen fehlender Ausübung des Rücknahmeermessens angeführten ständigen Rechtsprechung des BSG ist eine Prüfung, ob der festgestellte Sachverhalt ein ermessensfehlerfreies Absehen von der Rücknahme ermöglicht, nicht erforderlich.

Das Fehlen der Ermessensentscheidung führt zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Aufhebungs- und Rückforderungsentscheidung. Die fehlende Ermessensausübung kann von der Beklagten auch nicht - wie das LSG angenommen hat - zukünftig nachgeholt werden. Denn gemäß § 45 Abs 4 Satz 2 SGB X darf der Bewilligungsbescheid nur innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen aufgehoben werden, die die Rücknahme für die Vergangenheit rechtfertigen. Die für den Fristbeginn erforderliche Kenntnis bezieht sich nicht darauf, daß die Rücknahme eine Ermessensausübung voraussetzt. Dies hat der erkennende Senat bereits mit Urteil vom 27. Juli 1989 entschieden (BSGE 65, 221, 223). Dieser Rechtsprechung hat sich zwischenzeitlich auch der 7. Senat des BSG angeschlossen (Urteil vom 15. Februar 1990 - 7 RAR 28/88 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Die Beklagte wußte spätestens im Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides vom 17. Januar 1984, daß der Bewilligungsbescheid vom 25. Oktober 1983 rechtswidrig war. Ebenso waren ihr zu diesem Zeitpunkt sämtliche Umstände zur Vertrauensabwägung und zur Ermessensausübung bekannt. Sie kann die damals unterlassene Ermessensausübung jetzt nicht mehr nachholen, weil die Frist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB X abgelaufen ist.

Erweist sich somit die Aufhebungsentscheidung der Beklagten als rechtswidrig, so gilt das im Ergebnis auch für die in dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Rückforderung der Leistung. § 50 SGB X bietet dafür keine Grundlage. Die in dieser Vorschrift angeordnete Pflicht zur Erstattung von Leistungen setzt voraus, daß der Verwaltungsakt, aufgrund dessen die Leistungen erbracht worden sind, wirksam aufgehoben worden ist (§ 50 Abs 1 SGB X). Dies ist hier jedoch, wie ausgeführt, nicht der Fall. Eine Rücknahme ohne die Notwendigkeit einer Ermessensausübung läßt sich auch nicht auf den Vorbehalt im bindenden Bewilligungsbescheid stützen. Insoweit kommt es nicht auf die Bindungs-



wirkung des Bescheides an. Denn auch dann, wenn der Bescheid bindend geworden ist, dürfen rechtswidrige Vorbehalte nicht ausgeübt werden (vgl BSG Urteil vom 28. Juli 1990 - 4 RA 57/89 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Die Leistungsbewilligung unter dem Vorbehalt einer Rückforderung ohne Ermessensausübung auf der Grundlage von § 32 Abs 1 SGB X ist bei der Gewährung von Alg nicht zulässig. Nach dieser Vorschrift darf ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung (Abs 2) nur versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.

Die Befugnis zur Beifügung von Nebenbestimmungen ist keineswegs unbeschränkt, sondern wird durch andere Rechtsgrundsätze, insbesondere durch den Untersuchungsgrundsatz (§ 20 Abs 1 und 2 SGB X) begrenzt (vgl hierzu BSG Urteil vom 28. Juli 1990 - aaO). Zu beachten ist auch der Grundsatz, daß Rücknahme und Rückforderung eine Ermessensausübung erfordern.

Der 7. Senat des BSG hat zwar in der vom LSG zitierten Entscheidung vom 11. Juni 1987 (BSGE 62, 32, 39) ausgeführt, § 32 Abs 1 SGB X sei die geeignete Grundlage für den Vorbehalt einer - ohne Ermessen möglichen - Aufhebung und Rückforderung bei Vorwegzahlungen. Er hat diese Aussage jedoch - wie von der Beklagten zutreffend erkannt - ausdrücklich auf die seinerzeit allein streitbefangenen Bereiche des Schlechtwettergeldes (SWG) und des Wintergeldes (WG) beschränkt. Der 7. Senat hat aufgrund der von ihm hervorgehobenen Besonderheiten des SWG/WG-Verfahrens (aaO S 41) wegen der bei diesen Leistungen gegebenen Notwendigkeit zeitnaher Gewährung nach Inkrafttreten des SGB X im Bereich gebundener Entscheidungen sogenannte Vorwegzahlungen vor einer abschließenden Ermittlung und Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen für vertretbar und zulässig erachtet. Wegen der eindeutigen Bezugnahme auf die Eigenart des SWG/WG-Verfahrens kann diese Rechtsprechung jedoch nicht auf den Alg/Alhi-Bereich und Sperrzeitfälle übertragen werden. Demgemäß hat auch der 4. Senat in der Entscheidung vom 28. Juli 1990 (aaO) in Fortführung der Rechtsprechung des 7. Senats betont, daß eine Vorwegzahlung nur dann in Betracht kommt, wenn der Gesetzeszweck es erfordert, die Leistung möglichst zeitnahe zur Entstehung des Bedarfs, dem sie abhelfen soll, zu erbringen, obgleich zwingende verfahrenstechnische Gründe der endgültigen Gewährung oder einer Vorschußbewilligung noch entgegenstehen. Im Alg/Alhi-Bereich kommt jedenfalls ein Vorbehalt ermessensfreier Rücknahme oder Rückforderung nicht in Betracht.

Ob im Alg/Alhi-Bereich und insbesondere bei den hier zu beurteilenden Sperrzeitfällen durch die Beifügung von Nebenbestimmungen (§ 32 Abs 1 SGB X) eine Rücknahme nach Ermessen in dem Sinne vorbehalten werden darf, daß dadurch die Entstehung eines Vertrauenstatbestandes iS der §§ 45 ff SGB X bei dem Begünstigten verhindert wird,



kann hier offen bleiben. Denn selbst wenn der dem Bewilligungsbescheid vom 25. Oktober 1983 beigefügte Rückforderungsvorbehalt als zulässige Nebenbestimmung iS des § 32 Abs 1 SGB X angesehen würde, könnte sich die Beklagte nicht auf die bloße Feststellung der Rückforderungsvoraussetzungen beschränken; sie müßte bei deren Vorliegen vielmehr nach ihrem Ermessen entscheiden, ob sie die Leistung auch zurückfordern wollte. Wie der erkennende Senat bereits in früheren Entscheidungen - zur Rückforderung von Leistungen nach dem Zweiten Sonderprogramm für Schwerbehinderte - ausgeführt hat, ergibt sich dies aus einem dem SGB X zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, der besagt, daß einer Leistungsrückforderung in jedem Stadium des Verwaltungsverfahrens eine Ermessensausübung voranzugehen hat (BSG SozR 3870 § 8 Nr 2; SozR 1300 § 45 Nr 44). Auch bei einem Aufhebungs- und Rückforderungsvorbehalt muß möglich bleiben, auf besondere Umstände einzugehen, die zugunsten des Bürgers ein Festhalten an der rechtswidrigen Entscheidung nahelegen und möglicherweise erst im Zeitpunkt der anstehenden Aufhebungsentscheidung vorliegen (vgl auch Schroeder-Printzen/Benkel SGB 1990, 401, die im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs eine Billigkeitsabwägung verlangen).

Die Erforderlichkeit der Ermessensausübung bei der Rückforderung eines unter Vorbehalt gewährten Alg läßt sich auch nicht - wie die Beklagte meint - deshalb verneinen, weil in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zwischenzeitlich die Rechtsfigur des sog "vorläufigen Verwaltungsakts" anerkannt ist (BVerwGE 67, 99). Darunter wird ein Verwaltungsakt verstanden, dessen Regelungsgehalt von vornherein dahin geht, nur den Rechtsgrund für ein vorläufiges Behaltenkönnen der Leistung zu bilden. Der Anspruch des Begünstigten auf das endgültige Behaltendürfen der Leistung hängt dann allein davon ab, welchen abschließenden Bewilligungsbescheid - oder Ablehnungsbescheid - die Behörde aufgrund des Ergebnisses der noch durchzuführenden Sachprüfung erläßt. Dies bedeutet, daß es bei der späteren Entscheidung über das endgültige Behaltendürfen der Leistung keiner Aufhebung der unter Vorbehalt ergangenen Bewilligung bedarf, da deren andersartiger Regelungsgehalt nicht entgegensteht. Diese Rechtsfigur läßt sich jedoch - ähnlich wie die vom 7. Senat des BSG im Bereich des SWG/WG-Verfahrens für zulässig angesehene Vorwegzahlung - nicht ohne weiteres auf den Sozialleistungsbereich, insbesondere nicht auf den hier zur Beurteilung stehenden Bereich der Leistung von Alg in Sperrzeitfällen übertragen. Inhaltlich mag ein derartiger Verwaltungsakt zu befriedigenden Ergebnissen führen, wenn es beispielsweise um planfeststellungsrechtliche oder baurechtliche oder - wie in der zitierten Entscheidung des BVerwG - um subventionsrechtliche Entscheidungsprozesse geht. Bei sozialrechtlichen Lohnersatzleistungen - wie hier dem Alg -, die den notwendigen Lebensunterhalt des Betroffenen sichern sollen, ist jedoch ein völliger Verzicht auf den Schutz der Interessen des Begünstigten bei der Entscheidung über eine Rückforderung dieser Leistungen nicht angebracht.



Die Beklagte hat, wie bereits hervorgehoben, bei ihrer Rückforderungsentscheidung kein Ermessen ausgeübt. Ein Nachholen dieses Ermessens kommt hier nicht mehr in Betracht. Denn auch bei einem Aufhebungs- und Rückforderungsvorbehalt gilt die Jahresfrist des § 45 Abs 4 SGB X als Ausdruck eines das neue Recht beherrschenden Rechtsgrundsatzes (BSG SozR 1300 § 45 Nr 44).

Der angefochtene Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid ist vom LSG daher zu Recht aufgehoben worden, weshalb die Revision der Beklagten zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

