



Leitfaden SGB II

Weisungscharakter für alle Mitarbeiter*innen des
Landkreises Göttingen - Fachbereich Jobcenter und der
Stadt Göttingen - Fachbereich Soziales - Jobcenter

Lfd. Nr.: 3

Bearbeitung: FD 56.1 Wengler

Vorläufige Bewilligung und abschließende Entscheidung § 41a SGB II

Inhalt

	Seite
1. Gesetzestexte	3
2. Abweichende Regelungen auf Grund der Covid-19-Pandemie	3
3. Allgemeines	4
4. Voraussetzungen	5
4.1. Voraussetzungen des § 41a Abs. 1 SGB II – kein Ermessen	5
4.2. Voraussetzungen des § 41a Abs. 7 – Ermessen	6
5. Vorläufigkeitsgrund und Bewilligungszeitraum	6
6. Bemessung von vorläufigen Leistungen, § 41a Abs. 2 S. 2, 3 SGB II	8
6.1. Grundlagen zur Prognoseentscheidung	8
6.2. Grund- und Erwerbstätigenfreibeträge	8
6.3. Selbständige	9
6.4. Prognoseentscheidungen bei Unklarheiten über Sanktionierung (insbes. bei Sperrzeitprüfung ALG I durch die BA)	9
7. Änderung vorläufiger Entscheidungen	10

8.	Abschließende Entscheidung über den Leistungsanspruch	11
8.1.	Allgemeines	11
8.2.	Mitwirkungspflichten	12
8.2.1.	Voraussetzungen	12
8.2.2.	Rechtsfolgen nicht erfüllter Mitwirkung	13
8.2.2.1.	Nicht erfüllte Mitwirkung bei selbständiger Tätigkeit, Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft	13
8.2.2.2.	Nicht erfüllte Mitwirkung in allen anderen Fällen	13
8.2.2.3.	Auswirkungen nicht erfüllter Mitwirkung auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft	14
8.2.2.4.	Berücksichtigung der im laufenden Verfahren eingereichten Unterlagen	14
8.3.	Einkommensberücksichtigung bei der abschließenden Entscheidung	14
8.4.	Jahresfiktion der abschließenden Entscheidung, § 41a Abs. 5 SGB II	15
8.5.	Verrechnung und Erstattung von Leistungen	16
9.	Rechtsschutz gegen vorläufige Entscheidungen	17
9.1.	Anfechtung vorläufiger Bescheide	17
9.2.	Vorläufige Änderungsbescheide	18
9.3.	Abschließende Feststellung während des Widerspruchsverfahrens	18

1. Gesetzestexte

Die aktuellen Fassungen der maßgeblichen Gesetzestexte sind über den Internetauftritt des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz – www.gesetze-im-internet.de – abrufbar:

- [§ 41a SGB II](#)
- [§ 67 SGB II](#)

2. Abweichende Regelungen auf Grund der Covid-19-Pandemie

Abweichend von § 41a SGB II gelten gem. § 67 Abs. 4 SGB II folgende gesetzliche Regelungen:

- Bei vorläufigen Bewilligungszeiträumen, die in der Zeit vom 01.03.2020 bis 31.12.2022 beginnen, ist über den Leistungsanspruch für sechs Monate zu entscheiden (§ 67 Abs. 4 S. 1 SGB II, kein Ermessen). Diese Regelung modifiziert Ziffer 5. des Leitfadens.
- Eine abschließende Entscheidung über den Leistungsanspruch ergeht bei Bewilligungszeiträumen, die in der Zeit vom 01.03.2020 bis zum 31.03.2021 begonnen haben, nur auf Antrag des Leistungsbeziehers (§ 67 Abs. 4 S. 2 SGB II). Diese Regelung modifiziert Ziffer 8. des Leitfadens. Davon unberührt bleibt die Antragsfrist von einem Jahr nach Ablauf des Bewilligungszeitraums und die Fiktion der Festsetzung nach Ablauf dieses Jahres (§ 41a Abs. 5 S. 1 SGB II). Bewilligungszeiträume, die ab 01.04.2021 beginnen, sind wieder von Amts wegen abschließend festzustellen.

Für Bewilligungszeiträume, die in der Zeit vom 01.03.2020 bis 31.12.2022 beginnen, wird das Verwaltungsverfahren ggf. abweichend von den aktuellen Regelungen durchgeführt. Die nachfolgenden Bestimmungen ergänzen bzw. modifizieren die Regelungen unter Ziffer 6. des Leitfadens:

- Für die Einkommensprognose von Personen, die Einkommen nach § 3 Alg II-V erzielen (selbständige Arbeit, Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft), wird von dem geltenden Verfahren der Vorlage einer EKS nur noch abgewichen, sofern die selbständige Person zu dem Personenkreis gehört, deren Einkommen noch immer aufgrund der Pandemie fraglich ist (so z.B. bei Schaustellern, die aufgrund abgesagter Volksfeste kaum Tätigkeiten ausüben können). Bei dem Gros der selbständigen Personen ist derzeit davon auszugehen, dass sie ihrer Tätigkeit wieder weitestgehend nachgehen und ihre Einnahmen gut prognostizieren können, auch wenn ihr Betrieb unter Zugangslimitierungen (z.B. 2G/3G oder nur 70 % Auslastung erlaubt) zu führen ist. Sofern ausnahmsweise eine Prognose unmöglich ist, ob überhaupt Einkommen erzielt werden wird, ist vorläufig davon auszugehen, dass im BWZ kein zu berücksichtigendes Einkommen erzielt wird.
- Für die Einkommensprognose in allen anderen Fällen genügt eine vereinfachte Plausibilitätsprüfung nur noch ausnahmsweise, wenn dies nach den Umständen des Einzelfalles entsprechend angezeigt ist. In solchen Ausnahmefällen kann ggf. für die Prognoseentscheidung aus Lohnabrechnungen für vergangene Zeiträume nicht unmittelbar auf zukünftige Lohnentwicklungen geschlossen werden. Grundsätzlich sollten aber auch in diesen Fällen (wie hauptsächlich bei abhängig Beschäftigten) wieder realistische Prognoseentscheidungen möglich sein.

3. Allgemeines

SGB II – Leistungen sind grundsätzlich im Voraus zu erbringen; oftmals sind zu diesem Entscheidungszeitpunkt jedoch nicht alle relevanten Tatsachen bekannt. Wenn die Feststellung von Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich längere Zeit erfordert, der Anspruch jedoch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gegeben ist oder der Anspruch zwar feststeht, aber zur Feststellung seiner Höhe längere Zeit erforderlich ist, dann sind Leistungen vorläufig zu erbringen.

Eine vorläufige Entscheidung ergeht *nicht*, wenn der Leistungsberechtigte die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, zu vertreten hat. Das ist anzunehmen, wenn ein objektives Verschulden vorliegt, wofür bereits leichte Fahrlässigkeit genügt. Ist den Leistungsberechtigten die Unmöglichkeit einer sofortigen abschließenden Entscheidung zurechenbar, scheidet eine vorläufige Entscheidung aus. Somit besteht bei einem Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten kein Anspruch auf vorläufige Bewilligung. Es erfolgt eine Versagung nach § 66 SGB I.

Die Frage, wie das (Fehl-)Verhalten eines BG-Mitglieds auf die Leistungen der Anderen wirkt, ist noch weitgehend ungeklärt. Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen wird man jedoch das Verschulden eines gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreters, ggf. auch auf Grund einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, dem eigenen Verschulden gleichzustellen haben.¹ D.h. das Vertretenmüssen eines BG-Mitglieds dürfte grundsätzlich auch für die Anderen wirken.

Die vorläufige Leistungsentscheidung erfolgt für alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft einheitlich. Dabei kann die Vorläufigkeit auch in Personen begründet liegen, die nicht zur BG gehören, z.B. ein Altersrentner, der neben seiner Rente noch schwankendes Einkommen hat oder Haushaltsmitglieder, die gem. § 9 Abs. 5 SGB II schwankende Leistungen gewähren. Weiter erstreckt sich die Vorläufigkeit auf den gesamten Bescheid; eine vorläufige Bewilligung von Teilleistungen (z.B. nur für den Regelbedarf, die KdU oder einen Mehrbedarf) ist *nicht* möglich. In separaten Bescheiden wie z.B. über Einmalige Beihilfen oder Bildungs- und Teilhabeleistungen ist immer zu prüfen, ob auch hier eine vorläufige Entscheidung angezeigt ist. (Bsp: Hat der Antragsteller mit seinem schwankenden Einkommen aus einem Minijob jedenfalls immer noch einen Restanspruch auf eine Beihilfe, bestehen keine Bedenken, BuT endgültig zu gewähren. Besteht die Möglichkeit, dass mit dem schwankenden Einkommen jedoch die Hilfebedürftigkeit entfällt und ggf. auch die Bedürftigkeit hinsichtlich BuT fraglich ist, sind diese vorläufig zu bewilligen.)

Es kann nur über die Erbringung von Geldleistungen und Sachleistungen (Gutscheine z.B. im Bereich der BuT oder bei Fällen des § 24 Abs. 2 SGB II etc.) vorläufig entschieden werden, nicht jedoch z.B. über die Erbringung von Dienstleistungen.

Ein vorläufiger Verwaltungsakt entfaltet keinen Vertrauensschutz und hat keine Bindungswirkung für die endgültige Entscheidung.

Weiter ermöglicht § 41a SGB II nicht die vorläufige Ablehnung einer Leistung. Eine Ablehnung ergeht immer endgültig.

Bei einem Zuständigkeitsstreit ist § 43 SGB I zu beachten: Besteht ein Anspruch auf Sozialleistungen und ist zwischen mehreren Leistungsträgern streitig, wer zur Leistung verpflichtet ist, *kann* der unter ihnen zuerst angegangene Leistungsträger vorläufig Leistungen

¹ Gagel/Kallert, 83. EL August 2021, SGB II § 41a Rn. 41

erbringen. Er *hat* vorläufig Leistungen zu erbringen, wenn der Berechtigte es beantragt; die vorläufigen Leistungen beginnen dann spätestens nach Ablauf eines Kalendermonats nach Eingang des Antrags.

4. Voraussetzungen

4.1. Voraussetzungen des § 41a Abs. 1 SGB II – kein Ermessen

Eine vorläufige Entscheidung ist gem. § 41a Abs. 1 SGB II in zwei Fällen zu treffen.

Gem. § 41a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II sind Leistungen nach dem SGB II vorläufig zu bewilligen, wenn die Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen voraussichtlich noch längere Zeit dauern wird und die Voraussetzungen des Anspruchs mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen.

- Die Feststellung der Anspruchsvoraussetzungen erfordert längere Zeit, wenn eine zeitnahe Entscheidung wegen erforderlicher zeitaufwendiger Nachforschungen nicht möglich ist. Was zeitnah ist, bestimmt sich dabei nicht nach der üblichen Bearbeitungsdauer, sondern nach der Dringlichkeit der beantragten Leistungen.
- Die Voraussetzungen für den Anspruch liegen weiter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vor, wenn nach dem Ergebnis der bisherigen Ermittlungen deutlich mehr für als gegen das Bestehen des Anspruchs spricht. Ist dies nicht gegeben, ist eine vorläufige Entscheidung nicht möglich. Eine nur geringe Möglichkeit, dass der Anspruch bestehen könnte, genügt nicht. Deutet also z.B. prognostiziertes Einkommen darauf hin, dass der Bedarf gedeckt werden kann, sind die Leistungen endgültig abzulehnen.

Alternativ ist vorläufig zu bewilligen, wenn ein Anspruch dem Grunde nach besteht, zur Feststellung seiner Höhe aber voraussichtlich noch längere Zeit erforderlich ist (§ 41a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II).

Liegen die o.g. Voraussetzungen des § 41a Abs. 1 SGB II vor, besteht kein Ermessen des Leistungsträgers. Eine vorläufige Entscheidung ist zwingend.

„Klassische“ Beispiele für eine notwendige vorläufige Bewilligung:

- Einkommen aus selbständiger Tätigkeit
- Schwankendes Erwerbseinkommen (z.B. weil bei der Tätigkeit keine feste Stundenzahl vereinbart ist, Zeiten mit Wochenend- oder Nachtarbeitszuschlägen schwanken etc.)
- Sonstige schwankende Einkünfte (z.B. ein Elternteil außerhalb der BG zahlt den Unterhalt nur sehr wechselhaft)
- zeitweise Bedarfsgemeinschaften (mit unregelmäßigem Aufenthalt der besuchenden Kinder)
- Bei selbst bewohnten Eigenheimen mit schwankenden KdU
- Bei durch die BA zu prüfenden Sperrzeiten, wenn die Entscheidung der BA noch nicht vorliegt (siehe hierzu ausführlich noch Unterpunkt 5.4.1.)
- Bei schwankendem Mehrbedarf (z.B. Fahrtkosten bei Umgangsrecht, medizinischen Fahrten etc.)

Ein *Erstattungsanspruch* gegenüber einem vorrangigen Leistungsträger ist *kein Grund* für eine vorläufige Entscheidung. Auch nicht absehbare oder nur vage Möglichkeiten einer Änderung genügen nicht für eine vorläufige Entscheidung. Hier sind Änderungen jeweils nach § 48 SGB X zu korrigieren. Beispiele:

- bei einem Festgehalt sind immer dieselben Abzüge und damit immer das gleiche Brutto/Netto zu erwarten. Die Möglichkeit, dass sich zwischendurch aufgrund der Anpassung von Krankenkasse, Rententräger o.a. eine Änderung ergibt, ist kein Vorläufigkeitsgrund.
- Mögliche Änderungen bei den Neben- und Heizkosten aufgrund zu erwartender Abrechnungen stellen keinen Grund für eine vorläufige Gewährung dar.
- Für (Teil)zeiträume, die noch nicht beschieden, für die jedoch bereits **alle Voraussetzungen geklärt** sind und deren Leistungshöhe feststeht, kann eine vorläufige Entscheidung nicht mehr ergehen. Solche (Teil)zeiträume sind endgültig zu bescheiden.

Beispiel: Der Neuantrag wurde am 08.02.2022 gestellt und alle Unterlagen am 21.03.22 eingereicht. Das Einkommen fließt immer im Folgemonat zu, d.h. dass in diesem Fall die Einkünfte für 02/22 und 03/22 bereits bekannt sind:

- ⇒ Die Leistungen für den Zeitraum 01.02.22 bis 31.03.22 sind endgültig zu bewilligen, da kein Vorläufigkeitsgrund besteht. Es ergeht weiter eine vorläufige Entscheidung vom 01.04.22 bis 30.09.22.

4.2. Voraussetzungen des § 41a Abs. 7 SGB II – Ermessen

Eine Entscheidung über die Erbringung von Geld- und Sachleistungen kann weiter vorläufig ergehen, wenn die Vereinbarkeit einer Vorschrift des SGB II mit höherrangigem Recht Gegenstand eines Verfahrens beim BVerfG oder EuGH ist und die Entscheidung über die Leistungsgewährung von dieser Norm abhängt oder eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundessozialgericht ist.

Liegen die o.g. Voraussetzungen des § 41a Abs. 7 SGB II vor, besteht Ermessen des Leistungsträgers hinsichtlich einer vorläufigen Entscheidung.

Nach Abs. 7 S. 2 sind sodann die Absätze 2 S. 1, 3 S. 2 bis 4 und Absatz 6 entsprechend anwendbar. Absatz 5 wird hier ausdrücklich ausgenommen, so dass die Jahresfiktion im Rahmen des § 41a Abs. 7 SGB II nicht gilt.

Die Norm des § 41a Abs. 7 SGB II besteht erst seit 01.08.2016. Seitdem sind bis dato *keine Verfahren anhängig*, die o.g. Voraussetzungen erfüllen. Zeiträume, die bereits vor dem 01.08.2016 endeten, können nicht nach § 41a SGB II, sondern nur nach der alten Rechtslage des § 328 SGB III entschieden werden.

5. Vorläufigkeitsgrund und Bewilligungszeitraum

Gem. § 35 SGB X ist ein Verwaltungsakt immer zu begründen. Für vorläufige Entscheidungen wurde diese Notwendigkeit in § 41a Abs. 2 S. 1 SGB II noch einmal zusätzlich aufgenommen. Danach ist der Grund der Vorläufigkeit immer anzugeben, die vorläufige Gewährung ist abhängig von einem solchen Grund. Bestehen mehrere Gründe für eine vorläufige Gewährung, sind sie alle anzugeben.

Wird über einen Leistungsanspruch nur vorläufig entschieden, *soll* der Bewilligungszeitraum regelmäßig auf sechs Monate verkürzt werden (§ 41 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB II). Hierbei handelt es sich um eine grundsätzlich gebundene Entscheidung, von der in atypischen Fällen abgewichen werden kann. So kann z.B. bei Selbständigen, bei denen aufgrund der Art der Erwerbstätigkeit eine jährliche Berechnung des Einkommens angezeigt ist (vor allem Saisontätigkeiten) der

Bewilligungszeitraum abweichend vom Regelfall des § 41 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB II (6 Monate Bewilligungszeitraum bei vorläufigen Entscheidungen) auf *12 Monate* festgesetzt werden. Es ist darauf zu achten, dass das gegebene Ermessen („soll“) gesehen und ausgeübt und das Vorhandensein eines atypischen Grundes begründet wird.

Ändern sich in einem endgültigen Bewilligungszeitraum die tatsächlichen Verhältnisse so, dass nur noch vorläufig bewilligt werden darf, ist der endgültige Bewilligungsbescheid mit Wirkung für die Zukunft ganz aufzuheben, § 40 Abs. 4 SGB II. Es ist eine vorläufige Entscheidung für einen neuen Bewilligungszeitraum von 6 Monaten zu treffen.

§ 40 Abs. 4 SGB II stellt dabei allein auf eine tatsächliche Änderung der Verhältnisse ab, nicht jedoch auf eine Änderung der Leistungshöhe. Hatte der Antragsteller also bislang kein Einkommen und nimmt nun eine Selbständigkeit neu auf, wobei auch bei dieser in den ersten Monaten keine Einkünfte zu erwarten sind, ist dennoch gem. § 40 Abs. 4 SGB II auf eine vorläufige Entscheidung für die Zukunft umzustellen.

Dies ist allerdings nur mit Wirkung für die Zukunft (hier ab Kenntnisanahme) möglich. Teilt der Leistungsberechtigte verspätet die veränderten Tatsachen mit, können die Aufhebung des endgültigen Bescheides und eine neue vorläufige Entscheidung erst zum nächsten Monat erfolgen. Die bereits vergangenen Zeiträume sind gem. §§ 45 oder 48 SGB X aufzuheben, etwaige Überzahlungen sind zurückzufordern. Eine Umwandlung dieser vergangenen Zeiträume in einen vorläufigen Bewilligungszeitraum ist nicht möglich.

Beispiel: Herr A nimmt zum 15.02.2022 eine Beschäftigung auf und teilt dies am 05.03.2022 mit. Der alte endgültige Bewilligungszeitraum (unabhängig davon, seit wann dieser läuft) ist mit Wirkung für die Zukunft ab 01.04.2022 aufzuheben. Es ist ein neuer vorläufiger Bewilligungszeitraum vom 01.04.2022 bis 30.09.2022 zu erstellen. Die Monate Februar und/oder März (je nach Zufluss des Gehaltes) sind nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X bzw. § 45 SGB X aufzuheben, für diese Monate ist eine abschließende Feststellung nicht möglich!

Fällt der Vorläufigkeitsgrund weg (z.B. weil die Tätigkeit endet), ist es nach Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 19.08.2015, Az: B 14 AS 13/14 R) rechtswidrig, weiter Leistungen nur vorläufig zu gewähren. Wird also bekannt, dass der Vorläufigkeitsgrund wegfallen wird / weggefallen ist, ist der Bescheid grundsätzlich ab diesem Zeitpunkt aufzuheben und ab Wegfall des Vorläufigkeitsgrundes (nicht erst ab Kenntnisanahme) endgültig Leistungen zu gewähren. Damit verkürzt sich der vorläufige Bewilligungszeitraum, für den dann noch eine abschließende Entscheidung nötig ist. Es ist eine endgültige Entscheidung für einen neuen Bewilligungszeitraum von 12 Monaten zu treffen. Eines neuen Leistungsantrages bedarf es grundsätzlich nicht.

Nicht angezeigt ist diese Vorgehensweise, wenn der Wegfall des Vorläufigkeitsgrundes erst nach Beendigung des Bewilligungszeitraumes angezeigt wird. Dann erfolgt eine Korrektur vollständig im Rahmen der abschließenden Feststellung.

⇒ Eine rückwirkende vorläufige Entscheidung ist nicht möglich, eine rückwirkende endgültige Entscheidung auf jeden Fall.

Hinweis:

- Besteht in einem Fall ein **häufiger Wechsel zwischen vorläufigen und endgültigen Zeiträumen**, z.B. weil Tätigkeiten oft aufgenommen, gekündigt und später neu aufgenommen werden, sollten zwischendurch (mindestens einmal jährlich) dennoch alle

notwendigen Tatsachen aktuell abgefragt (z.B. durch ein Folgeantragsformular) und Kontoauszüge bzw. andere erforderliche Unterlagen angefordert werden

- In Ausnahmefällen mit besonders häufigem Wechsel zwischen Verlust einer Beschäftigung mit schwankendem Einkommen, Neuaufnahme einer Beschäftigung mit schwankendem Einkommen, erneutem Verlust und erneuter Neuaufnahme etc., kann ggf. von einer fortlaufenden Umstellung von vorläufiger auf abschließende Bewilligung und umgekehrt abgesehen werden, wenn dies zu einem nicht zu rechtfertigenden Verwaltungsaufwand und einer kaum zu vertretenden Anzahl von kurzfristigen Verwaltungsentscheidungen und damit ggf. zu fehlender Transparenz gegenüber den Leistungsbeziehern führen würde; es erfolgt dann ausnahmsweise nur eine Anpassung des jeweiligen Einkommens mittels Änderungsbescheides.

6. Bemessung von vorläufigen Leistungen, § 41a Abs. 2 S. 2, 3 SGB II

6.1. Grundlagen zur Prognoseentscheidung

Bei der Berechnung der vorläufigen Leistungshöhe ist darauf zu achten, dass der monatliche Bedarf der Leistungsberechtigten zur Sicherung des Lebensunterhalts gedeckt ist. Es ist auf Grundlage der bekannten leistungserheblichen Tatsachen und einer realistischen Prognose der Einkommens- und Bedarfsverhältnisse das verfassungsrechtliche Existenzminimum sicherzustellen. Daher muss bei der Einkommensermittlung zunächst mit dem Leistungsberechtigten geklärt werden, welches Einkommen er in dem bevorstehenden Bewilligungszeitraum erwartet (z.B. Änderungen aufgrund von Mehrarbeit und Urlaub etc. Sonderzahlungen wie Urlaubs-, Weihnachtsgeld und Prämien sind nach § 11 Abs. 3 SGB II als Einmaliges Einkommen mit einzubeziehen.). Diese Angaben werden im Antrag auf Leistungen nach dem SGB II abgefragt und sind vom Antragsteller mitzuteilen.

Ergeben sich bei dieser Prognose größere Einkommensschwankungen, so darf kein Durchschnittseinkommen gebildet werden, da dieses in den Monaten mit geringerem Einkommen den Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht ausreichend decken kann. Die Tatsachen, die dieser Prognoseentscheidung zugrunde liegen, sind in der Leistungsakte mittels kurzen Vermerks zu dokumentieren. Sollte das Einkommen keinen starken Schwankungen unterliegen, kann ein vorläufiges Durchschnittseinkommen berücksichtigt werden.

6.2. Grund- und Erwerbstätigenfreibeträge

Bei der Bemessung der vorläufigen Leistungen können die Erwerbstätigenfreibeträge (nicht der Grundfreibetrag) ganz oder teilweise unberücksichtigt bleiben. Hier ist die Ausübung und Begründung des gegebenen Ermessens im Bescheid Voraussetzung. Wie diese aussehen kann, ist durch die Rechtsprechung derzeit nicht geklärt. Grundsätzlich dürfte durch das Weglassen der Freibeträge die Bedarfsdeckung nicht gefährdet sein, weil diese nur einen Anreiz zur Aufnahme einer Tätigkeit darstellen. Denkbar ist das Weglassen der Freibeträge, wenn der Partner festes statisches Einkommen hat und bereits die vollen Freibeträge erhält o.ä. Ausschlaggebend kann auch sein, ob der Leistungsbezieher Veränderungen seines Arbeitslohnes immer zeitnah mitgeteilt hat und ob der Lohn stark oder nur wenig schwankt (so etwa SG Freiburg, Az: S 19 AS 4524/16 ER). Dann kann in der Regel jedoch nur das niedrigste prognostizierte monatliche Einkommen angerechnet werden.

Beispiel: Prognostiziert sich der Antragsteller Einnahmen zwischen 600 € und 1000 €, kann ein (vollständiges) Weglassen der Freibeträge nur in Frage kommen, wenn nur das Mindesteinkommen von 600 € berücksichtigt wird. Ein Weglassen der Freibeträge unter

Berücksichtigung des maximal möglichen Einkommens würde zwangsläufig zu einer Bedarfsunterdeckung im Bewilligungszeitraum führen.

Grundsätzlich ist es wichtig, plichtgemäßes Ermessen auszuüben, wenn die Freibeträge (teilweise) nicht berücksichtigt werden sollen.

6.3. Selbständige

Hinweis: Für Selbständige gilt weiterhin § 3 Abs. 4 Alg II-VO, wonach grundsätzlich ein Durchschnittseinkommen zu berücksichtigen ist. Aber auch hier sollte der Einzelfall betrachtet werden. Bei Neueinsteigern sind die Ausgaben in den ersten Monaten zumeist höher als die Einnahmen, so dass sich zunächst 0 € Einkommen ergeben kann, welches sich später steigert. Bei Saisontätigkeiten (in welchen 12 Monate Bewilligungszeitraum gewählt werden sollten, s. Ziff. 2), ist in der Saison ein deutlich höheres vorläufiges Einkommen zu wählen als in den anderen Monaten.

6.4. Prognoseentscheidung bei Unklarheiten darüber, ob eine Sanktionierung erfolgen wird (insbes. bei Sperrzeitprüfung ALG I durch die BA)

6.4.1. Dass über den Anspruch vorläufig entschieden werden muss, wenn der Eintritt einer Sanktionierung noch nicht abschließend feststeht, ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Regelung des § 41a SGB II: Soweit der Anspruch auf SGB II-Leistungen dem Grunde nach besteht, bedarf es jedenfalls zur Feststellung der Höhe noch längere Zeit, sodass der Vorläufigkeitsgrund des § 41a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II vorliegt.

Eine „vorläufige Sanktionierung“ darf mit der vorläufigen Leistungsbewilligung nicht einhergehen. Leistungen bei Unklarheiten über das Eingreifen eines Sanktionstatbestands müssen zunächst ungemindert bewilligt werden (vgl. unten 6.4.3.).

6.4.2. Die Sperrzeitprüfung durch die BA hat folgende Auswirkungen:

- Der Betroffene erhält während der Dauer der Sperrzeitprüfung kein ALG I. Sofern eine Sperrzeit tatsächlich nicht verhängt wird, wird dieses durch die BA nachgezahlt. Wird eine Sperrzeit positiv festgestellt, erhält der Betroffene das ALG I erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Sperrzeit abgelaufen ist.
- Sofern eine Sperrzeit durch die BA verhängt wird, greift zusätzlich die Sperrzeitsanktionierung des § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II iVm. § 31a SGB II in Form einer Minderung des Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II. Bevor die Sperrzeit nicht positiv durch die BA festgestellt wurde, erfolgt durch das Jobcenter keine Sanktionierung.

6.4.3. Da während der laufenden Sperrzeitprüfung noch nicht feststeht, ob ein Sanktionstatbestand nach dem SGB II tatsächlich eingreift, darf die Leistung nicht vorläufig um die Höhe der ggf. erst später einschlägigen Sanktion gem. § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II gekürzt werden (vgl. instruktiv SG Schleswig v. 11.05.2017 – 2 S AS 57/17 ER).

Beispiel: Ein früherer Arbeitnehmer hat dem Grunde nach Anspruch auf ALG I. Seitens der BA wird geprüft, ob der Anspruch auf ALG I auf Grund einer möglichen Arbeitsaufgabe ruht (§ 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III). Zum Zeitpunkt der Entscheidung darüber, ob Leistungen nach dem SGB II zu bewilligen sind, steht dementsprechend noch nicht fest, ob eine Pflichtverletzung gem. § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II tatsächlich vorliegt, die zu einer Minderung des ALG II führen würde. Wie wirkt sich dies auf die Prognoseentscheidung aus?

Die Möglichkeit der vorläufigen Leistungsbewilligung gem. § 41a SGB II soll bewirken, dass der Leistungsberechtigte bereits Leistungen nach dem SGB II erhalten kann, obgleich der Grund und/oder die Höhe seines Anspruchs noch nicht mit Sicherheit feststellbar sind. Die Zeit, die zur Ermittlung des Anspruchs bzw. der Anspruchshöhe erforderlich ist, soll nicht zu Lasten des Leistungsberechtigten gehen. Mit diesem Gesetzeszweck wäre es nicht vereinbar, bereits im Rahmen der vorläufigen Entscheidung gem. § 41a SGB II davon auszugehen, dass der Sanktionstatbestand einschlägig ist, ohne dass bereits feststeht, ob er tatsächlich eingreift.

Leistungen sind dementsprechend vorläufig ohne Minderung zu bewilligen. Sollte sich das Vorliegen des Sanktionstatbestands zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich bestätigen, sind – sofern der Sanktionszeitraum in der Vergangenheit liegt – die entstandenen Überzahlungen bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruchs zu berücksichtigen (durch Verrechnung mit Nachzahlungen oder durch eine Rückforderung, § 41a Abs. 6 SGB II).

- 6.4.4. Da der eLB während der Dauer der Sperrzeitprüfung kein ALG I erhält, sind die Leistungen nach dem SGB II vorläufig bis zur Bedarfsdeckung und ungemindert zu bewilligen. Zeitgleich ist ein Erstattungsanspruch gegenüber der BA geltend zu machen. Wird die Sperrzeit durch die BA nicht verhängt wird, ist die BA dem Jobcenter gegenüber erstattungspflichtig.

7. Änderung vorläufiger Entscheidungen

Leistungserhebliche Änderungen, vor allem zu Lasten, grundsätzlich aber auch zu Gunsten der Leistungsberechtigten, sind mit Wirkung für die Zukunft zu berücksichtigen (§ 41 a Abs. 2 S. 4 SGB II). Dies gilt auch für Tatsachen, die zum Zeitpunkt der vorläufigen Entscheidung schon vorlagen, aber noch nicht berücksichtigt werden konnten. Die Rücknahme einer rechtswidrigen vorläufigen Entscheidung für die Zukunft ist zwingend und erfolgt ohne die Prüfung von Vertrauensschutz (§ 41 a Abs. 2 S. 5 SGB II), da vorläufige Entscheidungen keinen Vertrauensschutz aufbauen. Eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft ist nur dann gegeben, wenn der Änderungsbescheid dem Leistungsberechtigten noch vor dem 01. des folgenden Monats bekannt gegeben werden kann.

Eine Aufhebung zugunsten der Leistungsberechtigten mit Wirkung für die Vergangenheit zur Sicherstellung der Bedarfsdeckung während des Bewilligungszeitraumes bleibt zwar möglich; soll aber nur ausnahmsweise erfolgen, wenn andernfalls eine nicht zu vertretende Bedarfsunterdeckung droht. Auch sollte die Entscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit korrigiert werden, wenn sie von Anfang an rechtswidrig war. Im Übrigen erfolgt eine Korrektur für die Vergangenheit immer erst im Rahmen der abschließenden Feststellung.

- ⇒ So ist eine sofortige rückwirkende Korrektur ggf. nicht notwendig, wenn die Erwerbstätigenfreibeträge in voller Höhe berücksichtigt wurden, sich das tatsächliche

Einkommen gegenüber dem angerechneten Einkommen aber um einen Betrag gemindert hat, der geringer ist als die gegebenen Erwerbstätigenfreibeträge.

⇒ Wird mitten im Bewilligungszeitraum deutlich, dass der Antragsteller bedarfsübersteigendes Einkommen oder Vermögen verschwiegen hat und damit von Anfang an keine Hilfebedürftigkeit bestand, soll eine sofortige rückwirkende Aufhebung der vorläufigen Entscheidung unter zeitgleicher Ablehnung des ursprünglichen Antrages im selben Bescheid und Rückforderung der ausgezahlten Beträge ergehen.

Es ist darauf zu achten, dass ein Änderungsbescheid mitten im vorläufigen Zeitraum ebenfalls vorläufig bleiben muss. Dies gilt auch für den Teil von Sanktionsbescheiden, der sich auf die Änderung der (sanktionsbedingt geminderten) Leistungshöhe bezieht.

8. Abschließende Entscheidung über den Leistungsanspruch

8.1. Allgemeines

Eine abschließende Feststellung des Leistungsanspruchs ist nur notwendig, wenn die vorläufig bewilligten monatlichen Leistungen nicht den abschließend festzustellenden entsprechen, sich also Änderungen in der Leistungshöhe insgesamt ergeben. Sollten die vorläufigen und abschließend festzustellenden Leistungen übereinstimmen, ist eine abschließende Entscheidung nicht notwendig. Es genügt ein Aktenvermerk.

Bei der abschließenden Feststellung sind die Erwerbstätigenfreibeträge immer zu geben. Darauf ist besonders zu achten, wenn diese bei der vorläufigen Leistung gem. § 41a Abs. 2 S. 2, 2. TS SGB II zunächst ganz oder teilweise nicht berücksichtigt wurden. D.h. in diesen Fällen muss auch eine abschließende Entscheidung unter Berücksichtigung der Erwerbstätigenfreibeträge erfolgen, wenn das tatsächliche Einkommen dem vorläufigen entspricht.

Da sich die Vorläufigkeit auf die gesamte Leistung bezieht, hat auch dann eine abschließende Feststellung zu erfolgen, wenn sich z.B. nicht das Einkommen verändert hat, welches Grund der vorläufigen Bewilligung war, sondern die Unterkunftskosten.

Zudem ist eine abschließende Feststellung zu treffen, wenn der Leistungsberechtigte dies beantragt (§ 41a Abs. 3 S. 1 SGB II). Die Feststellung muss dann innerhalb von sechs Monaten erfolgen, da sonst die Möglichkeit besteht, Untätigkeitsklage zu erheben.

Eine abschließende Feststellung ergeht einmal nach Ablauf des vorläufigen Bewilligungszeitraumes (§ 41a Abs. 4 SGB II), nicht aber nach Teilzeiträumen, auch wenn für diese bereits die Nachweise vorgelegt wurden.

Die vorläufige Bewilligung hat keine inhaltliche Bindungswirkung für die endgültige Entscheidung. Es folgt gerade aus dem Wesen einer vorläufigen Bewilligung, dass der Leistungsempfänger kein Vertrauen in das endgültige Behaltendürfen der Leistung entwickeln kann (Urteil des BSG vom 15.08.2002 zum § 328 SGB III, Az: B 7 AL 24/01).

Der vorläufige Bescheid verliert seine Wirkung mit der abschließenden Entscheidung, ohne dass es einer speziellen Aufhebung der vorläufigen Entscheidung bedarf, § 39 Abs. 2 SGB X. Dies gilt auch für den Fall, dass die ursprünglich vorläufige Entscheidung nicht rechtmäßig ergangen ist, denn die Beschwer entfällt mit dem abschließenden Bescheid.

Die Aufhebung abschließender Bescheide (z.B. durch ein Gericht oder die Widerspruchsbehörde) führt dazu, dass die vorläufige Entscheidung als nicht abschließend festgestellt gilt. Dies hat zur Folge, dass eine Neufeststellung der Leistungen noch möglich ist (SG Berlin, Urteil vom 13. November 2017, Az: S 61 AS 4057/17; inhaltlich auch BSG Urteil - 12.09.2018 - B 4 AS 39/17 R).

8.2. Mitwirkungspflichten, § 41a Abs. 3 S. 2 SGB II

8.2.1. Voraussetzungen

Alle BG-Mitglieder – auch die von SGB II – Leistungen selbst ausgeschlossenen BG-Mitglieder – sind nach Ablauf des Bewilligungszeitraums verpflichtet, die vom Träger zum Erlass einer abschließenden Entscheidung geforderten leistungserheblichen Tatsachen nachzuweisen. § 41a Abs. 3 S. 2 SGB II verweist dabei auf die entsprechende Anwendung der §§ 60, 61, 65 und 65a SGB I und macht damit deutlich, dass diese Mitwirkungspflichten auch über den Leistungsbezug hinaus gelten.

Nach Ablauf des Bewilligungszeitraums sind der Leistungsberechtigte und alle verpflichteten BG-Mitglieder zeitnah aufzufordern, die fehlenden Nachweise für die abschließende Feststellung vorzulegen, sofern sie es nicht bereits getan haben.

Jedem verpflichteten Leistungsberechtigten ist eine angemessene Frist zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht zu setzen (Bescheidvorlage „Anforderung Unterlagen abschl. Festst.“). Jeder ist schriftlich über die Rechtsfolgen zu belehren. Die angemessene Frist ist grundsätzlich dem Einzelfall angepasst zu bemessen, sollte allerdings bei abhängig Beschäftigten 2 Wochen und bei Selbständigen 2 Monate (plus drei Tage Postlaufzeit) *insgesamt* (nicht in Teilzeiträumen) nicht unterschreiten. Die gesetzte Frist ist immer bis zum Ende abzuwarten.

Von jedem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft sind die Unterlagen zu fordern, die er zur Feststellung seines Individualanspruches und ggf. der Ansprüche der mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu erbringen in der Lage ist, weil sie in seinem persönlichen Bereich liegen. Grundsätzlich besteht ab einem Alter von 15 Jahren sozialrechtliche Handlungsfähigkeit von Minderjährigen gem. § 36 SGB I. Sollte daher der Minderjährige erwerbstätig sein und müssen zur abschließenden Feststellung seine Gehaltsunterlagen angefordert werden, muss das Anforderungsschreiben an ihn gerichtet werden. Dem / den Erziehungsberechtigten ist eine Kopie des Schreibens zu übersenden.

Hinweis: Gem. § 41a Abs. 3 S. 2 SGB II sind nur die leistungsberechtigte Person und die mit ihr in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nach Ablauf des Bewilligungszeitraums verpflichtet, die leistungserheblichen Tatsachen nachzuweisen. D.h. Personen, die zwar im Bewilligungszeitraum BG-Mitglied waren, aber noch vor Anforderung der für die abschließende Feststellung notwendigen Unterlagen die BG verlassen haben, sind danach nicht mehr mitwirkungspflichtig für die Unterlagen früherer BG-Mitglieder, für die eigenen Unterlagen hingegen bleiben sie verantwortlich.

Beispiel: Dem selbständigen Antragsteller, seiner Partnerin und dem gemeinsamen Kind wurden für den Zeitraum September 2021 bis Februar 2022 vorläufig Leistungen gewährt. Ende Dezember 2021 zieht die Partnerin mit dem Kind aus. Im März 2022 werden die für die abschließende Entscheidung notwendigen Einkünfte und Ausgaben aus der Selbständigkeit des Antragstellers angefordert. Nach erfolglosem Ablauf aller Fristen ergeht ihm gegenüber eine Nullfeststellung, die bestandskräftig wird.

Der Ex-Partnerin und dem Kind gegenüber kann jedoch keine Nullfeststellung erfolgen. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die erforderlichen Unterlagen angefordert wurden, waren beide nicht mehr Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft. Weiter dürfte es der Ex-Partnerin auch unmöglich sein, die Unterlagen aus der Selbständigkeit überhaupt zu beschaffen. Es ist ihr ggf. zumutbar, auf den Ex-Partner einzuwirken, die Unterlagen an den Leistungsträger herauszugeben, was jedoch je nach Kontakt und Verhältnis schwierig sein kann. Sich selbst beschaffen kann sie sie nicht. Eine Nullfeststellung gegenüber der Ex-Partnerin kann damit nicht erfolgen. Eine abschließende Entscheidung bleibt jedoch möglich. Hier kann und muss eine Ermittlung von Amts wegen erfolgen. Z.B. kann der Selbständige gem. § 21 SGB X *als Zeuge* vernommen werden. Sind alle eigenen Ermittlungsmöglichkeiten erschöpft, kann gem. § 22 SGB X das Sozialgericht um Vernehmung des Selbständigen als Zeugen ersucht werden.

8.2.2. Rechtsfolgen nicht erfüllter Mitwirkung

Legt der Leistungsberechtigte trotz Aufforderung und angemessener Fristsetzung die fehlenden Unterlagen nicht bzw. nicht vollständig vor, muss zunächst von Amts wegen ermittelt werden (z.B. durch Arbeitgeberauskunft gem. § 57 SGB II). Führt auch diese Ermittlung zu keinen neuen Erkenntnissen, wird bei der abschließenden Entscheidung festgestellt, dass der Leistungsanspruch teilweise oder vollständig nicht bestand, wobei die teilweise sog. Nullfestsetzung der Regelfall ist. Für selbständig Tätige gelten hier allerdings Besonderheiten.

8.2.2.1. Nicht erfüllte Mitwirkung bei selbständiger Tätigkeit, Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft

Da bei selbständiger Arbeit der Leistungsanspruch für alle Monate des Bewilligungszeitraums nur einheitlich festgestellt werden kann, erstreckt sich die abschließende Entscheidung auf den gesamten Bewilligungszeitraum. Weist ein Selbständiger sein Einkommen in einzelnen Monaten nicht nach, ist abschließend zu entscheiden, dass ein Leistungsanspruch im gesamten Bewilligungszeitraum nicht bestanden hat (vgl. BT-Drs. 18/8041, S. 53). Die vorläufig gewährten Leistungen sind vollständig zurückzufordern. Grund der vollständigen Leistungsversagung ist, dass die Höhe des erzielten Gewinns im nicht nachgewiesenen Monat so hoch sein könnte, dass eine Aufteilung auf den Gesamtbewilligungszeitraum den Leistungsanspruch ohnehin hätte entfallen lassen.

Da die Nullfestsetzung besonders einschneidende Folgen für den Leistungsbezieher hat und bei gerichtlichen Entscheidungen einer strengen Prüfung unterzogen wird, ist eine besonders genaue Ermittlung der die Festsetzung tragenden Gründe von Amts wegen geboten. Zwar stößt der Amtsermittlungsgrundsatz bei nicht auskunftswilligen Selbständigen sehr schnell an seine Grenzen, jedoch müssen alle zumutbaren Anstrengungen unternommen und dokumentiert werden, um den Sachverhalt aufzuklären.

8.2.2.2. Nicht erfüllte Mitwirkung in allen anderen Fällen

In allen anderen Fällen gilt: Für die Monate, für die die entsprechenden Nachweise fehlen, wird abschließend festgestellt, dass kein Leistungsanspruch besteht. Für diese Rechtsfolgen besteht kein Ermessen. Die für diese Monate gewährten Leistungen sind vollständig zu erstatten. Es ist darauf zu achten, dass bei einer teilweisen Vorlage von Unterlagen nicht automatisch die komplette Leistung versagt werden kann. Es ist immer zu prüfen, ob ein abtrennbarer Teil der Leistungen abschließend festgestellt werden kann.

Beispiel: Die Leistungen werden aufgrund schwankenden Einkommens und eines Mehrbedarfs nach § 21 Abs. 6 SGB II vorläufig bewilligt. Nach dem Ende des Bewilligungszeitraumes liegen alle Gehaltsabrechnungen vor, Nachweise über die tatsächliche Höhe des Mehrbedarfs fehlen für drei Monate. Hier darf nur für die fehlenden drei Monate festgestellt werden, dass kein Anspruch auf den Mehrbedarf bestand. Dieser muss erstattet werden. Die übrigen Monate werden ohne Abzüge abschließend festgestellt.

8.2.2.3. Auswirkungen nicht erfüllter Mitwirkung auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft

Die Entscheidung der Feststellung ohne Anspruch (ob für einzelne Monate oder den gesamten Bewilligungszeitraum) trifft grundsätzlich die gesamte Bedarfsgemeinschaft. *Anderes* kann gelten, wenn sich für einzelne BG-Mitglieder aufdrängt, dass eine Feststellung ohne Anspruch nicht geboten ist.

Z.B. wenn Kinder (Unter 25-jährige) die von Ihnen geforderten Unterlagen nicht einreichen: Da weder Vermögen noch Einkommen von Kindern bei Eltern und Geschwistern zu berücksichtigen sind, kann das alleinige Fehlen von Unterlagen der Kinder nicht zu einem Ausschluss des Anspruchs bei den anderen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft führen. Hier kann eine Entscheidung, dass kein Anspruch besteht, nur gegenüber dem Kind erfolgen.

Steht übersteigendes Einkommen des Kindes im Raum, welches nicht nachgewiesen wurde und wodurch nicht geklärt ist, in welcher Höhe übersteigendes Kindergeld beim Elternteil anzurechnen ist, ist das Kindergeld vollständig auf den kindergeldberechtigten Elternteil zu übertragen.

8.2.2.4. Berücksichtigung der im laufenden Widerspruchsverfahren eingereichten Unterlagen

Werden Monate ohne Leistungsanspruch abschließend festgestellt und reicht der Leistungsberechtigte die angeforderten Unterlagen für diese Monate erst nach der abschließenden Feststellung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens ein, sind diese Unterlagen bei der Bearbeitung des Widerspruchs vollständig zu berücksichtigen (BSG, Entscheidung vom 12.09.2018, Az: B 4 AS 39/17 R).

Es ist zu entscheiden, ob der Widerspruch zurückzuweisen ist, weil noch immer Unterlagen fehlen oder ob über den Anspruch nunmehr erstmalig materiell-rechtlich entschieden werden kann und ein neuer Feststellungsbescheid ergeht. Gegen diesen (Teil)abhilfebescheid besteht dann nur noch der Rechtsweg der Klage. Dass Unterlagen erst verspätet eingereicht wurden, wird sich weiter regelmäßig in der negativen Kostenentscheidung niederschlagen.

8.3. Einkommensberücksichtigung bei der abschließenden Entscheidung

Bei der abschließenden Feststellung sind grundsätzlich alle Einnahmen entsprechend der Regelungen der §§ 11, 11a und 11b SGB II nach Zufluss im jeweiligen Monat und unter Berücksichtigung der jeweiligen Absetzungsbeträge anzurechnen.

Folgende bekannte Ausnahme besteht auch hier: Entfällt die Hilfebedürftigkeit durch eine Einmalige Einnahme nicht, so wird sie im Zuflussmonat bzw. Zuflussfolgemonat angerechnet. Ist die einmalige Einnahme so hoch, dass die Hilfebedürftigkeit im Zuflussmonat entfallen würde, ist sie gem. § 11 Abs. 3 S. 4 SGB II ab dem Zufluss(folge)monat auf sechs Monate aufzuteilen (s. Ausführungen zu § 11 des Leitfadens).

Für Selbständige gilt weiter § 3 Abs. 4 Alg II – VO. Bei Selbständigen wird weiter ein Durchschnittseinkommen errechnet: Für jeden Monat ist der Teil des Einkommens zu berücksichtigen, der sich bei der Teilung des Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum durch die Anzahl der Monate im Bewilligungszeitraum ergibt. D.h. von den Gesamteinnahmen im Bewilligungszeitraum werden die gesamten berücksichtigungsfähigen Ausgaben abgezogen. Dieser Gesamtgewinn ist auf alle Monate des Bewilligungszeitraumes gleichmäßig aufzuteilen. Hier ist es irrelevant, ob in einzelnen Monaten der selbständigen Tätigkeit ggf. gar keine Einnahmen zugeflossen sind. Vielmehr ist dies gerade typisch für viele selbständigen Tätigkeiten, so dass hier der gesamte Bewilligungszeitraum grundsätzlich einheitlich zu betrachten ist (vgl. BT-Drs. 18/8041, S. 53).

Übt der Selbständige seine Tätigkeit weiter nur während eines Teils des Bewilligungszeitraums aus, ist das Einkommen nur für diesen Zeitraum zu berechnen. Dann gilt als monatliches Einkommen der Teil des Gesamteinkommens, der der Anzahl der Monate entspricht, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde (§ 3 Abs. 1 S. 3, Abs. 4 S. 2 Alg II – VO).

Bei dem dann ermittelten monatlichen Einkommen des Selbständigen werden ebenfalls die Absetzungsbeträge nach § 11b SGB II berücksichtigt.

8.4. Jahresfiktion der abschließenden Entscheidung, § 41a Abs. 5 SGB II

Innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraumes muss eine abschließende Feststellung über den Leistungsanspruch getroffen werden. Erfolgt diese nicht, gelten die ursprünglich vorläufig bewilligten Leistungen als abschließend festgestellt. Dies gilt unabhängig davon, ob dies zu Lasten oder zu Gunsten der leistungsberechtigten Person geht. D.h. dass hier grundsätzlich eine Aufhebung der vorläufigen, nun mehr kraft Gesetzes abschließend festgestellten Entscheidung nach den §§ 44 ff. SGB X nicht mehr möglich ist.

Beispiel: Die leistungsberechtigte Person hat rückwirkend noch Anspruch auf eine Nebenkostennachzahlung (die sie zu spät angezeigt hat) oder hat aufgrund des tatsächlichen Einkommens grundsätzlich Anspruch auf eine Nachzahlung. Beantragt sie eine abschließende Entscheidung nicht und ein Jahr ist abgelaufen, hat sie keinen Anspruch mehr auf abschließende Feststellung und Nachzahlung.

Die Jahresfiktion gilt nicht in folgenden Fällen:

- Die vorläufige Entscheidung ist noch vor Eintritt der Jahresfiktion mit Widerspruch oder bereits mit Klage angegriffen und es noch nicht abschließend über den Widerspruch / die Klage entschieden worden (z.B. SG Gießen, Urteil vom 01.11.2017, Az: S 25 AS 108/16). Hier tritt also eine Art Hemmung der Jahresfrist ein.
- Die leistungsberechtigte Person beantragt die abschließende Feststellung innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraums (s. 8.1.)
- Der Leistungsanspruch entfällt oder verringert sich aus einem anderen Grund als dem der vorläufigen Bewilligung und der Leistungsträger entscheidet innerhalb eines Jahres ab Kenntnisnahme über den neuen entfallenen oder verringerten Anspruch abschließend, spätestens jedoch nach 10 Jahren ab Bekanntgabe der vorläufigen Bewilligung.

Beispiel 1: Eine Person bezieht mit Bescheid aus 09/2017 vorläufig Leistungen von 09/2017 bis 02/2018 und mit Bescheid aus 02/2018 weiter Leistungen von 03/2018 bis 08/2018. Aufgrund verschwiegenen Vermögens hätte der Leistungsberechtigte von vornherein keine Leistungen erhalten dürfen. Hier muss der Träger innerhalb eines Jahres ab Kenntnisnahme von dem Vermögen abschließend entscheiden. (Auch wenn die Jahresfiktion schon erfüllt war, hat diese Frist letztendlich nie begonnen zu laufen, wenn neue Umstände bekannt werden.) Wenn das Vermögen z.B. erst nach gut 3 Jahren in 10/20 bekannt wird, beginnt die Jahresfrist erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen.

Wird das Vermögen jedoch erst in 11/2027 bekannt, kann der erste Bewilligungszeitraum nicht mehr neu abschließend festgestellt werden, weil seit Bekanntgabe des vorläufigen Bescheides in 09/2017 mehr als 10 Jahre vergangen sind. Für eine Neuentscheidung für den Zeitraum 03/2018 bis 08/2018 hat der Träger dann noch Zeit bis 01/2028 (10 Jahre nach Bekanntgabe der vorläufigen Bewilligung).

Beispiel 2: Eine Familie bezieht vorläufig Leistungen von 11/2017 bis 04/2018 aufgrund schwankenden Einkommens. Der Vermieter erstellt in 03/2018 die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2017 und zahlt noch im selben Monat ein Guthaben aus. Dieses wird in 04/2018 angerechnet. Bei einer Aktenprüfung in 06/2019 stellt der Anwalt fest, dass das gesamte Guthaben bei den Leistungen berücksichtigt wurde, auch diejenigen Anteile, die die Familie aufgrund gesenkter KdU aus dem Regelbedarf selbst aufgebracht hat und die daher anrechnungsfrei hätten bleiben müssen.

Hier läuft die Jahresfrist in 04/2019 ab. Obwohl das Guthaben in 04/2018 nur in geringerer Höhe hätte berücksichtigt werden dürfen, kann es bei Kenntnisnahme in 06/2019 nicht mehr korrigiert werden, da die vorläufigen Leistungen zu diesem Zeitpunkt bereits als abschließend festgestellt galten. Auch wenn hier ein anderer Grund als der Vorläufigkeitsgrund vorliegt, ist § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht einschlägig, weil hier der Leistungsanspruch gerade nicht in geringerer Höhe oder gar nicht bestanden hat, sondern in größerer Höhe bestanden hätte. Für diesen Tatbestand ist § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II jedoch nicht eröffnet.

Diese Regelung des § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II gilt nur bei der Fiktion der abschließenden Feststellung, nicht in den Fällen, in denen mittels Bescheid der Leistungsanspruch bereits abschließend festgestellt wurde. In diesen Fällen ist, wenn sich neue Erkenntnisse ergeben, eine Aufhebung des abschließenden Feststellungsbescheids nur gem. §§ 45, 48 SGB X möglich.

8.5. Verrechnung und Erstattung der Leistungen

Die aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen sind auf die abschließend festgestellten Leistungen anzurechnen (kein Ermessen). Überzahlungen in einzelnen Kalendermonaten (auch in sog. Null-Monaten) sind weiter mit Nachzahlungen in den anderen Kalendermonaten zu verrechnen (§ 41a Abs. 6 SGB II). Diese Saldierung erfolgt jedoch nur personenbezogen und stellt einen eigenständigen Verwaltungsakt dar.

Hinweis: Die Verrechnung von Überzahlungen und Nachzahlungen gem. § 41a Abs. 6 SGB II stellt eine gesetzliche Ausnahme dar. Grundsätzlich dürfen Überzahlungen und Nachzahlungen nicht miteinander verrechnet werden. Dies folgt nicht zuletzt daraus, dass anderenfalls die Regelung des § 41a Abs. 6 SGB II überflüssig wäre.

⇒ Die Aufhebung abschließender Bescheide (z.B. durch ein Gericht oder die Widerspruchsbehörde) führt dazu, dass die vorläufige Entscheidung als nicht abschließend festgestellt gilt. Dies hat zur Folge, dass eine Neufeststellung der Leistungen und damit eine

neue Saldierung noch möglich ist (SG Berlin, Urteil vom 13. November 2017, Az: S 61 AS 4057/17; inhaltlich auch BSG Urteil - 12.09.2018 - B 4 AS 39/17 R).

Überzahlungen, die auch nach der Anrechnung noch bestehen, sind zu erstatten. Das gilt auch für diejenigen Fälle des § 41a Abs. 3 S. 4 SGB II, in denen ein Anspruch auf 0 € festgestellt wird, weil die Leistungsberechtigten ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen sind. Auch hier muss das Individualprinzip beachtet werden: Die Überzahlung ist immer gegenüber der (volljährigen) Person geltend zu machen, bei der sie entstanden ist.

Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sind grundsätzlich nicht zu erstatten. Ausnahmen können gelten, wenn der Leistungsberechtigte die Beiträge nur aufgrund verschwiegener Umstände erhalten hat, er also bösgläubig ist und die Aufhebung der Leistung auf § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 oder 2 SGB X bzw. auf § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X beruht oder beruhen könnte.

Wurden Zuschüsse zur Kranken- und Pflegeversicherung nach § 26 SGB II vorläufig gewährt, gelten hingegen die Regelungen des § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II. Überzahlungen in diesem Bereich sind zu erstatten.

9. Rechtsschutz gegen vorläufige Entscheidungen

9.1. Anfechtung vorläufiger Bescheide

Der vorläufige Bescheid kann zulässiger Weise immer mit der Begründung angefochten werden, der Träger hätte von Anfang an endgültig Leistungen gewähren müssen. Dies gilt gleichermaßen für Widerspruchsverfahren und Anträge nach § 44 SGB X.

Nach einer abschließenden Feststellung kann der Leistungsberechtigte jedoch nicht mehr mit dem Argument gehört werden, die vorläufige Gewährung sei rechtswidrig gewesen (Urteil des BSG vom 10.05.2011, Az: B 4 AS 139/10 R).

Ein Widerspruch gegen eine vorläufige Bewilligung ist nicht grundsätzlich als Antrag auf eine abschließende Entscheidung zu werten. So lange der Bewilligungszeitraum noch läuft, kommt eine endgültige Entscheidung ohnehin nicht in Betracht.

Überprüfungsanträge gegen vorläufige Bewilligungen, bei welchen die Höhe der bewilligten Leistungen angegriffen wird, werden (anders als Widersprüche und Klagen) grundsätzlich als unzulässig angesehen (Bescheidvorlage „Ablehnung Ü-Antrag gegen vorl. Bew.“). Es besteht kein Rechtsschutzbedürfnis, da vorläufige Bescheide regelmäßig nicht bestandskräftig sind und noch der abschließenden Entscheidung bedürfen. Es fehlt insofern die Voraussetzung des § 44 Abs. 1 SGB X „auch nachdem [der Verwaltungsakt] unanfechtbar geworden ist“ (str., z.B. LSG SAN vom 22.10.2015, Az: L 4 AS 561/15 B). Es erfolgt keine automatische Umdeutung in einen Antrag auf abschließende Feststellung. Ein solcher Antrag ist ausdrücklich zu stellen.

Wird ein vorläufiger Bescheid, der bereits abschließend festgestellt wurde, mit einem Überprüfungsantrag angegriffen, so ist der Überprüfungsantrag abzulehnen (Bescheidvorlage „Ablehnung Ü-Antrag geg. vorl. Bew. mit absch. FS“). Mit der abschließenden Feststellung erledigt sich der vorläufige Bescheid auf sonstige Weise (§ 39 Abs. 2 SGB X) und entfaltet keine rechtliche Wirksamkeit mehr. Eine Überprüfung gegen die abschließende Feststellung bleibt möglich.

Weiter ist dem Wortlaut des § 44 SGB X nach kein Überprüfungsantrag möglich gegen eine Entscheidung, die aufgrund der Jahresfiktion nunmehr als abschließend anzusehen ist. Insofern fehlt es an einem angreifbaren Verwaltungsakt.

9.2. **Vorläufige Änderungsbescheide**

Ergeht ein vorläufiger Änderungsbescheid, gelten wie immer die §§ 86, 96 SGG: Der abändernde Bescheid wird Gegenstand des Widerspruchs- und Klageverfahrens.

9.3. **Abschließende Feststellung während des Widerspruchsverfahrens**

Der Bescheid, mit dem ursprünglich vorläufig gewährte Leistungen abschließend festgestellt werden, ersetzt den vorläufigen Bescheid voll und ganz. Nach § 96 SGG werden abändernde und ersetzende Bescheide Gegenstand des Klageverfahrens.

Gem. § 86 SGG werden dem Wortlaut nach zwar nur abändernde Verfügungen Gegenstand des Widerspruchsverfahrens. § 86 SGG ist jedoch so auszulegen, dass auch diese Norm nicht nur abändernde, sondern auch ersetzende Verwaltungsakte in das laufende Verfahren einbezieht (BSG, Entscheidung vom 05.07.2017, Az: B 14 AS 36/16 R). Dies hat zur Folge, dass die abschließende Entscheidung ebenfalls Gegenstand des Widerspruchsverfahrens wird, wenn ursprünglich der vorläufige Bescheid angegriffen wurde.

§ 86, 96 SGG setzen vom Wortlaut her einen neuen Verwaltungsakt voraus. Daher kann die Fiktion einer endgültigen Feststellung (Jahresfiktion nach § 41a Abs. 5 SGB II) folgerichtig nicht nach §§ 86, 96 SGG Gegenstand des Widerspruchs- und Klageverfahrens werden.

Vorläufige Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren sind keine vorläufigen Entscheidungen im Sinne des § 41a SGB II. Ausführungsbescheide, die aufgrund eines Gerichtsbeschlusses im Eilverfahren zu erlassen sind, werden nicht Gegenstand anhängiger Widerspruchs- und Klageverfahren.

Freigegeben am/durch:
14.03.2022

Oberdieck