



Handlungsweisend für alle Mitarbeiter\*innen<sup>1</sup> des  
Landkreises Göttingen - Fachbereich Jobcenter und der  
Stadt Göttingen - Fachbereich Jobcenter

Lfd. Nr.: 4

Bearbeitung: FD 56.1 Frau Wengler

## - Leitfaden - Vorläufige Bewilligung und abschließende Entscheidung § 41a SGB II

### Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines .....	3
2. Voraussetzungen.....	4
2.1. Voraussetzungen des § 41a Abs. 1 SGB II – kein Ermessen .....	4
2.2. Voraussetzungen des § 41a Abs. 7 SGB II – Ermessen .....	5
3. Vorläufigkeitsgrund und Bewilligungszeitraum.....	5
3.1. Entstehen eines Vorläufigkeitsgrundes in einem endgültigen Bewilligungszeitraum – Umstellen auf eine vorläufige Bewilligung .....	6
3.2. Wegfall des Vorläufigkeitsgrundes – Umstellung auf endgültige Bewilligung .....	6
4. Bemessung von vorläufigen Leistungen, § 41a Abs. 2 S. 2 HS 1, S. 3 SGB II.....	7
4.1. Grundlagen zur Prognoseentscheidung .....	7
4.2. Erhöhung des prognostizierten Einkommens um die Höhe des Erwerbstätigenfreibetrages ..	7
4.3. Selbständige .....	8
4.4. Prognoseentscheidung bei Unklarheiten darüber, ob eine Leistungsminderung erfolgen wird (insbes. bei Sperrzeitprüfung ALG I durch die BA) .....	9
5. Änderung vorläufiger Entscheidungen .....	10
6. Abschließende Entscheidung über den Leistungsanspruch.....	10
6.1. Allgemeines .....	10
6.2. Mitwirkungspflichten.....	11

<sup>1</sup> Die im Leitfaden gemachten Angaben beziehen sich sowohl auf die männliche, weibliche als auch auf die unbestimmte Form. Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet.

---

6.2.1. Voraussetzungen.....	11
6.2.2. Rechtsfolgen nicht erfüllter Mitwirkung.....	12
6.2.2.1. Nicht erfüllte Mitwirkung bei selbständiger Tätigkeit, Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft .....	13
6.2.2.2. Nicht erfüllte Mitwirkung in allen anderen Fällen.....	13
6.2.2.3. Auswirkungen nicht erfüllter Mitwirkung auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft .....	13
6.2.2.4. Berücksichtigung der im laufenden Widerspruchsverfahren eingereichten Unterlagen .....	14
6.3. Einkommensberücksichtigung bei der abschließenden Entscheidung .....	14
6.4. Jahresfiktion der abschließenden Entscheidung, § 41a Abs. 5 SGB II .....	14
6.5. Verrechnung und Erstattung der Leistungen .....	16
6.5.1. Bagatellgrenze, § 41a Abs. 6 S. 3, 4 SGB II.....	16
6.5.2. Ausnahme vom Individualprinzip.....	17
7. Rechtsschutz gegen vorläufige Entscheidungen .....	18
7.1. Anfechtung vorläufiger Bescheide.....	18
7.2. Vorläufige Änderungsbescheide .....	18
7.3. Abschließende Feststellung während des Widerspruchsverfahrens .....	18

## 1. Allgemeines

SGB II – Leistungen sind grundsätzlich im Voraus zu erbringen; oftmals sind zu diesem Entscheidungszeitpunkt jedoch noch 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.<sup>2</sup>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 bzw. die zwar zur BG gehören, aber selbst keine Leistungen nach dem SGB II beziehen, ihr Einkommen jedoch anzurechnen ist: z.B. ein Altersrentner (Partner), 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. in 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 abschließende 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

<sup>2</sup> Kallert in BeckOGK, SGB II § 41a, Stand 01.03.2022, Rn. 89

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.

## 2. Voraussetzungen

### 2.1. 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 (s.u. ausführlich)
- 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 künftigen**

**Änderung genügen nicht** für eine vorläufige Entscheidung. Hier sind Änderungen jeweils nach § 48 SGB X zu korrigieren:

- 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 08.02.2023 gestellt und alle Unterlagen am 21.03.23 eingereicht. Das Einkommen fließt immer im Folgemonat zu, d.h. dass in diesem Fall die Einkünfte für 02/23 und 03/23 bereits bekannt sind: Die Leistungen für den Zeitraum 01.02.23 bis 31.03.23 sind endgültig zu bewilligen, da kein Vorläufigkeitsgrund besteht. Es ergeht weiter eine vorläufige Entscheidung vom 01.04.23 bis 30.09.23.

## 2.2. 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.

## 3. 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, *so//* 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.

### 3.1. Entstehen eines Vorläufigkeitsgrundes in einem endgültigen Bewilligungszeitraum – Umstellen auf eine vorläufige Bewilligung

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 Kenntnisnahme) 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 15.02.2023 eine Beschäftigung auf und teilt dies am 05.03.2023 mit. Der alte endgültige Bewilligungszeitraum (unabhängig davon, seit wann dieser läuft) ist mit Wirkung für die Zukunft ab 01.04.2023 aufzuheben. Es ist ein neuer vorläufiger Bewilligungszeitraum vom 01.04.2023 bis 30.09.2023 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!

### 3.2. Wegfall des Vorläufigkeitsgrundes – Umstellung auf endgültige Bewilligung

Fällt der Vorläufigkeitsgrund weg (z.B. weil die Tätigkeit endet), ist es nach Rechtsprechung des BSG<sup>3</sup> 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 Kenntnisnahme) 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.

<sup>3</sup> BSG Urteil vom 19.08.2015, Az: B 14 AS 13/14 R

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.

#### 4. Bemessung von vorläufigen Leistungen, § 41a Abs. 2 S. 2 HS 1, S. 3 SGB II

##### 4.1. 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, Sonderzahlungen wie Urlaubs-, Weihnachtsgeld und Prämien etc.). Diese Angaben werden im Antrag auf Leistungen nach dem SGB II abgefragt und sind vom Antragsteller mitzuteilen. **Grundsätzlich ist darauf zu achten, dass jedem Antrag eine aktuelle Prognose beigefügt ist, da Prognosen aus alten Zeiträumen für die Zukunft in der Regel nur noch bedingt aussagekräftig sind. Insofern fordert § 41a Abs. 2 S. 3 SGB II ausdrücklich „die Zugrundelegung der im Zeitpunkt der Entscheidung bekannten und prognostizierten Verhältnisse“.**

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.

##### 4.2. Erhöhung des prognostizierten Einkommens um die Höhe des Erwerbstätigenfreibetrages

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. ...

Gem. § 41a Abs. 2 S. 2 HS 2 SGB II n.F. ist davon auszugehen, dass der monatliche Bedarf der Leistungsberechtigten gedeckt ist, wenn das von ihnen prognostizierte Einkommen in Höhe des darauf zu gebenden Einkommensfreibetrages (nicht jedoch des Grundfreibetrages) erweitert und das so erhöhte Einkommen vorläufig berücksichtigt wird. Schließlich wird der Erwerbstätigenfreibetrag über dem Existenzminimum und über dem tatsächlichen Bedarf gewährt. Die Einkommensfreibeträge sind auch bei einer vorläufigen Bewilligung immer zu geben.

**Beispiel:** A prognostiziert sich selbst von 02/23 bis 04/23 ein Einkommen von 1000 € monatlich und von 05/23 bis 07/23 von 1200 € monatlich.

Bei einem Einkommen von 1000 € beträgt der Einkommensfreibetrag 180 €, bei einem Einkommen von 1200 € weiter 200 €. D.h. im Zeitraum 02/23 bis 04/23 ist es rechtmäßig, bei A ein Einkommen von 1180 € (prognostiziertes Einkommen zzgl. Erwerbstätigenfreibetrag) und von 05/23 bis 07/23 von 1400 € anzurechnen, obwohl das tatsächlich prognostizierte Einkommen davon abweicht. Ihm werden in jedem Fall der Grundfreibetrag und die Erwerbstätigenfreibeträge gewährt. Dann gilt sein Bedarf gem. § 41a Abs. 2 S. 2 HS 2 SGB II n.F. als gedeckt.

Die Norm erfordert **keine Ermessensausübung**. § 41a Abs. 2 S. 2 HS 2 SGB II n.F. stellt die o.g. Vorgehensweise als grundsätzlich rechtmäßig dar. Zu beachten ist jedoch, dass **vor der Erhöhung** des Einkommens um den Erwerbstätigenfreibetrag das durch die Leistungsberechtigten tatsächlich prognostizierte Einkommen wie gehabt durch Zugrundelegung aller bekannten und prognostizierten Verhältnisse zunächst überhaupt rechtmäßig festzustellen ist. Die Erhöhung um den Erwerbstätigenfreibetrag, also die Anrechnung eines erhöhten Einkommens im Bescheid kann sodann immer nur Schritt 2 sein.

**Hinweis:** Eine **pauschale Anwendung o.g. Vorgehensweise in allen Fällen kann zu einem erhöhten Verwaltungsaufwand führen**, da hier jedenfalls die Grenze der Bedarfsdeckung erreicht ist. Bleibt das tatsächliche Einkommen des Leistungsberechtigten hinter dem prognostizierten Einkommen zurück, ist ggf. eine Korrektur für die Vergangenheit nötig, weil andernfalls eine Bedarfsunterdeckung drohen kann. Eine solche rückwirkende Korrektur wäre jedoch nicht nötig, wenn eine Addition mit den Erwerbstätigenfreibeträgen unterlassen worden wäre und die Differenz zwischen prognostiziertem und tatsächlichem Einkommen geringer ist als der Erwerbstätigenfreibetrag. D.h. es ist **sinnvoll, im Einzelfall abzuwägen, ob die Anrechnung eines erhöhten Einkommens überhaupt und wenn, in voller Höhe der Erwerbstätigenfreibeträge, erfolgen sollte.**

**Beispiel:** Prognostiziert sich A ein Einkommen von monatlich 1000 €, wobei gem. § 41a Abs. 2 S. 2 HS 2 SGB II n.F. im Bescheid ein vorläufiges Einkommen von 1180 € angerechnet wird, kann bereits eine Korrektur für die Vergangenheit notwendig werden, sollte A tatsächlich nur 850 € verdienen. Durch Anrechnung eines erhöhten Einkommens droht in diesem Fall Bedarfsunterdeckung.

Wird A jedoch nur das prognostizierte Einkommen von 1000 € angerechnet, ist eine Korrektur für die Vergangenheit eher nicht notwendig, wenn er tatsächlich nur 850 € verdient, da er die Erwerbstätigenfreibeträge von 180 € erhält, die zusätzlich zum Bedarf gegeben werden und höher sind als die Differenz zu seinem tatsächlichen Einkommen.

### 4.3. Selbständige

Für Selbständige gilt § 3 Abs. 4 Bürgergeld-V, wonach grundsätzlich ein Durchschnittseinkommen zu berücksichtigen ist. Aber auch hier sollte der Einzelfall betrachtet werden. Bei Neuselbständigen 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. 3), ist in der Saison ein deutlich höheres vorläufiges Einkommen zu wählen als in den anderen Monaten.

#### 4.4. **Prognoseentscheidung bei Unklarheiten darüber, ob eine Leistungsminderung erfolgen wird (insbes. bei Sperrzeitprüfung ALG I durch die BA)**

Dass über den Anspruch vorläufig entschieden werden muss, wenn der Eintritt einer Leistungsminderung 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 Leistungsminderung“ darf mit der vorläufigen Leistungsbewilligung nicht einhergehen. Leistungen bei Unklarheiten über das Eingreifen eines Tatbestands zur Leistungsminderung müssen zunächst ungemindert bewilligt werden (vgl. unten).

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 Leistungsminderung des § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II iVm. § 31a SGB II. **Bevor die Sperrzeit jedoch nicht** positiv durch die BA **festgestellt** wurde, erfolgt durch das Jobcenter **keine Leistungsminderung**.

**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, 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 Bürgergeldes führen würde. 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 Tatbestand für eine Leistungsminderung einschlägig ist, ohne dass dieser bereits feststeht.<sup>4</sup> **Leistungen sind dementsprechend vorläufig ohne Minderung zu bewilligen.** Sollte sich das Vorliegen einer Leistungsminderung zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich bestätigen, sind – sofern der Zeitraum der Leistungsminderung in der Vergangenheit liegt – die entstandenen

<sup>4</sup> instruktiv SG Schleswig v. 11.05.2017, Az: 2 S AS 57/17 ER

Überzahlungen bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruchs zu berücksichtigen (durch Verrechnung mit Nachzahlungen oder durch eine Rückforderung, § 41a Abs. 6 SGB II).

Da der Leistungsberechtigte während der Dauer der Sperrzeitprüfung tatsächlich kein ALG I erhält, sind die Leistungen nach dem SGB II **vorläufig und ohne Anrechnung von ALG I** zu bewilligen. Zeitgleich ist ein **Erstattungsanspruch gegenüber der BA** geltend zu machen. Wird die Sperrzeit durch die BA nicht verhängt, ist diese dem Jobcenter gegenüber erstattungspflichtig.

## 5. Änderung vorläufiger Entscheidungen

Leistungserhebliche Änderungen innerhalb eines vorläufigen Bewilligungszeitraumes, 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 das vom Leistungsberechtigten prognostizierte Einkommen ohne eine Erhöhung um die Erwerbstätigenfreibeträge nach § 41a Abs. 2 S. 2 HS 2 SGB II berücksichtigt wurde, sich das tatsächliche Einkommen gegenüber dem angerechneten Einkommen aber um einen Betrag gemindert hat, der geringer ist als die 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 im vorläufigen Zeitraum immer auch vorläufig bleiben muss. Dies gilt auch für Bescheide über eine Leistungsminderung nach § 31a SGB II, die sich auf die Änderung der (geminderten) Leistungshöhe beziehen.

## 6. Abschließende Entscheidung über den Leistungsanspruch

### 6.1. 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.

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 andererseits die Möglichkeit besteht, Untätigkeitsklage zu erheben.

Eine abschließende Feststellung soll **einmal nach Ablauf des vorläufigen Bewilligungszeitraumes** ergehen (§ 41a Abs. 4 SGB II), grundsätzlich also nicht 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<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>.

## 6.2. Mitwirkungspflichten

### 6.2.1. 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 Bewilligungszeitraumes 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. **Die Aufforderung zur Mitwirkung soll bereits kurz nach Ablauf des vorläufigen Bewilligungszeitraumes ergehen.** Zwar verbleibt bis zur abschließenden Feststellung durch gesetzliche Fiktion nach § 41a Abs. 5 SGB II ein ganzes Jahr Zeit. Durch Verweigerung der Verpflichteten, daraus folgenden Erinnerungen und erneuten Fristsetzungen sowie den sodann ggf. folgenden Anstrengungen im Amtsermittlungsverfahren kann diese Zeit jedoch schnell vollständig ausgefüllt sein, so dass die Jahresfiktion droht, was zu vermeiden gilt.

<sup>5</sup> Urteil des BSG vom 15.08.2002 zum § 328 SGB III, Az: B 7 AL 24/01

<sup>6</sup> SG Berlin, Urteil vom 13. November 2017, Az: S 61 AS 4057/17; inhaltlich auch BSG Urteil vom 12.09.2018, Az: B 4 AS 39/17 R

**Jedem verpflichteten Leistungsberechtigten** ist eine **angemessene Frist** zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht zu setzen. 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 2022 bis Februar 2023 vorläufig Leistungen gewährt. Ende Dezember 2022 zieht die Partnerin mit dem Kind aus. Im März 2023 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.

### 6.2.2. 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.

### 6.2.2.1. 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.

### 6.2.2.2. Nicht erfüllte Mitwirkung in allen anderen Fällen

In allen anderen Fällen gilt: **Für diejenigen Monate, für die die entsprechenden Nachweise fehlen**, wird abschließend festgestellt, dass **kein Leistungsanspruch** besteht. Für diese Rechtsfolge 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.

### 6.2.2.3. 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.

#### 6.2.2.4. 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<sup>7</sup>.

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 einer negativen Kostenentscheidung niederschlagen.

#### 6.3. 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 Bürgergeld-V**. Bei ihnen 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<sup>8</sup>.

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 Bürgergeld-V).

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

#### 6.4. 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

<sup>7</sup> BSG Entscheidung vom 12.09.2018, Az: B 4 AS 39/17 R

<sup>8</sup> vgl. BT-Drs. 18/8041, S. 53

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<sup>9</sup>. Hier tritt also eine Art Hemmung der Jahresfrist ein.
- Die leistungsberechtigte Person beantragt die abschließende Feststellung innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraums
- Der Leistungsanspruch entfällt oder verringert sich (nicht jedoch bei einem höheren Anspruch!) 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 5 Jahren in 10/22 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 bezog vorläufig Leistungen von 11/2021 bis 04/2022 aufgrund schwankenden Einkommens. Der Vermieter erstellte in 03/2022 die Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2021 und zahlt noch im selben Monat ein Guthaben aus. Dieses wurde in 04/2022 angerechnet. Bei einer Aktenprüfung in 06/2023 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 04/2023 ab. Obwohl das Guthaben in 04/2022 nur in geringerer Höhe hätte berücksichtigt werden dürfen, kann es bei Kenntnisnahme in 06/2023 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**

<sup>9</sup> z.B. SG Gießen, Urteil vom 01.11.2017, Az: S 25 AS 108/16

**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.

## 6.5. 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 bei einer abschließenden Feststellung nach vorläufiger Leistungsbewilligung gem. § 41a Abs. 6 SGB II stellt eine **gesetzliche Ausnahme** dar. Grundsätzlich dürfen Überzahlungen und Nachzahlungen (vor allem bei endgültigen Bewilligungen) nicht miteinander verrechnet werden.

⇒ 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.<sup>10</sup>

### 6.5.1. Bagatellgrenze, § 41a Abs. 6 S. 3, 4 SGB II

Überzahlungen, die auch nach der Anrechnung noch bestehen, sind zu erstatten, **sofern sie insgesamt mindestens 50 € für die Gesamtheit der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft betragen (§ 41a Abs. 6 S. 3 SGB II n.F.).** Das gilt auch für diejenigen Fälle des § 41a Abs. 3 S. 3, 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.** (s.u. Das Individualprinzip besteht bei einer abschließenden Feststellung nicht.)

Damit gilt im Rahmen der Vorläufigkeit **eine ganz eigene** (von § 40 Abs. 1 S. 3 SGB II unabhängige) **Bagatellgrenze**. Während nach § 40 Abs. 1 S. 3 SGB II ein Verwaltungsakt gar nicht erst aufzuheben ist, wenn sich eine Erstattungsforderung von unter 50 € für alle BG-Mitglieder ergibt, **muss** nach § 41a Abs. 4 SGB II **eine abschließende Entscheidung** über den einst vorläufigen Zeitraum **in jedem Fall zunächst einmal getroffen werden**, völlig irrelevant wie hoch ein etwaiger Erstattungsbetrag ist. Rechtsfolge des § 41a Abs. 6 S. 3 ist sodann lediglich, dass mit dem Feststellungsbescheid **beschiedene Rückforderungsbeträge von unter 50 € tatsächlich nicht zu erstatten sind.**

Weiter gibt es in § 41a Abs. 6 (anders als in § 40 Abs. 1 S. 3 SGB II) **keine Regelung** darüber, **dass Umstände, die bereits Gegenstand einer vorherigen Prüfung innerhalb der Bagatellgrenze waren**, nicht mehr zu berücksichtigen sind. Schließlich geht § 41a Abs. 4 davon aus, dass eine abschließende Feststellung grundsätzlich nur einmal nach Ablauf des Bewilligungszeitraumes

<sup>10</sup> 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

(unter Zugrundelegung aller notwendigen Tatsachen) erfolgt. Sollte dennoch eine abschließende Feststellung einmal (im WS-/Gerichtsverfahren oder von Amts wegen) aufgehoben werden, ist sie neu zu erstellen (da eine abschließende Feststellung nach § 41a Abs. 4 SGB II immer nötig ist, auch bei Erstattungsbeträgen unter 50 €). Erhöht sich der Erstattungsbetrag aufgrund des neuen Feststellungsbescheides auf über 50 €, ist dieser Betrag vollständig zu erstatten. Dass zuvor ggf. ein Erstattungsbetrag von weniger als 50 € im Raum stand, ist im Rahmen des § 41a SGB II nicht relevant. Schließlich sind der ursprüngliche Feststellungsbescheid und damit der ursprüngliche Erstattungsbetrag nie rechtskräftig geworden.

**Beispiel:** Die BG erhält eine abschließende Entscheidung. Es ergibt sich eine Rückforderung von 49,99 €. Der Bescheid wird ihnen bekannt gegeben, gleichzeitig jedoch festgestellt, dass der Rückforderungsbetrag gem. § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II tatsächlich nicht zu erstatten ist. Die LSB hebt den Feststellungsbescheid später von Amts wegen nach § 45 SGB X wieder auf, weil in der Zwischenzeit ein höheres Einkommen der BG in einem Monat bekannt wurde.

Mit dem neuen Feststellungsbescheid ergibt sich nunmehr ein Rückforderungsbetrag von 90 € für den gesamten Bewilligungszeitraum und alle BG-Mitglieder. Dieser Betrag ist vollständig zu erstatten. Dass zuvor kurzzeitig nur ein Rückforderungsbetrag von 49,99 € im Raum stand, ist hier irrelevant.

**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**.

### 6.5.2. Ausnahme vom Individualprinzip

Grundsätzlich findet § 38 SGB II (Vertretung innerhalb der BG) bei Aufhebungs- und Erstattungsbescheiden keine Anwendung. Bei solchen Bescheiden nach §§ 45, 48, 50 SGB X kann der BG-Vorstand die anderen BG-Mitglieder nicht derart vertreten, dass nur ihm gegenüber ein Aufhebungs- und Erstattungsbescheid erfolgen muss. Vielmehr muss die Aufhebung und Erstattung jedem (volljährigen) BG-Mitglied gegenüber separat erfolgen (Individualprinzip).

Bei der Feststellung nach § 41a Abs. 4, 6 SGB II handelt es sich jedoch nicht um einen solchen o.g. Aufhebungs- und Erstattungsbescheid, sondern um eine eigenständige Rechtsnatur. Mit dem Feststellungsbescheid werden der BG insgesamt erstmalig abschließend Leistungen gewährt. Es gilt § 38 SGB II, der BG-Vorstand vertritt die anderen BG-Mitglieder auch hinsichtlich der Entgegennahme der abschließenden Leistungen. Es **bedarf nur eines einzigen Feststellungsbescheides gegenüber dem BG-Vorstand, auch wenn dieser einen Erstattungsbetrag ausweist. Der Feststellungsbescheid wirkt dann gegenüber allen (volljährigen als auch minderjährigen) BG-Mitgliedern.**<sup>11</sup> Insoweit handelt es sich bei § 41a Abs. 6 SGB II um eine eigenständige öffentlich-rechtliche Erstattungsnorm; eines Aufhebungsbescheides und der Durchführung eines Erstattungsverfahrens nach den Vorschriften des SGB X

<sup>11</sup> BSG vom 29.4.2015, Az: B 14 AS 31/14; BSG-Urteil v. 28.11.2018 zum § 328 SGB III, Az: B 14 AS 34/17 R; Aubel in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 38 (Stand: 15.03.2022), Rn. 28

bedarf es nicht. Der Anspruch auf Erstattung bzw. Nachzahlung folgt unmittelbar aus § 41a Abs. 6 Satz 3 SGB II.<sup>12</sup>

Es bedarf bei Feststellungsbescheiden aus demselben o.g. Grund auch keiner Anhörung, da nicht in gesicherte Rechtspositionen eingegriffen wird.<sup>13</sup>

## 7. Rechtsschutz gegen vorläufige Entscheidungen

### 7.1. 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.<sup>14</sup>

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**, mit welchen die **Höhe der bewilligten Leistungen angegriffen** wird, werden (anders als Widersprüche und Klagen) grundsätzlich als **unzulässig** angesehen. 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“.<sup>15</sup> 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. 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.

### 7.2. Vorläufige Änderungsbescheide

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

### 7.3. 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.

<sup>12</sup> Grote-Seifert in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 41a (Stand: 05.04.2022), Rn. 75

<sup>13</sup> BSG-Urteil v. 28.11.2018 zum § 328 SGB III, Az: B 14 AS 34/17 R

<sup>14</sup> Urteil des BSG vom 10.05.2011, Az: B 4 AS 139/10 R

<sup>15</sup> LSG SAN vom 22.10.2015, Az: L 4 AS 561/15 B (str.)

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.<sup>16</sup> 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:  
09.01.2023

Oberdieck

---

<sup>16</sup> BSG vom 05.07.2017, Az: B 14 AS 36/16 R