

SOZIALRECHT-JUSTAMENT

Rechtswissen für die existenzsichernde Sozialberatung (Jahrgang 6/ Nr. 4/2018)

April 2018

Vorläufige Bescheide im SGB II – zur Gesetzeslage und aktuellen sozialgerichtlichen Entscheidungen

Vorläufige Bescheide im SGB II – zur Gesetzeslage und aktuellen sozialgerichtlichen Entscheidungen	2
Pflicht zur vorläufigen Entscheidung und vorläufige Entscheidungen als Ermessen	2
Begründung der Vorläufigkeit	2
Vorläufige Bescheide und die Bedarfsdeckung	3
Durchschnittseinkommen oder Abrechnung nach dem Monatsprinzip	3
Nullfestsetzung in der abschließenden Entscheidung, wenn nicht fristgerecht mitgewirkt wurde (aktuelle Urteile)	4
Verfahrensrecht I: Wird innerhalb eines Jahres keine abschließende Entscheidung getroffen, wird der vorläufige Bescheid automatisch abschließend, Ausnahmen nur für das Jobcenter vorgesehen.	6
Verfahrensrecht II: Was passiert, wenn während des Widerspruchsverfahrens gegen einen vorläufigen Bescheid ein abschließender Bescheid erlassen wird? (BSG Urteil - 05.07.2017 - B 14 AS 36/16 R).....	6
Verfahrensrecht III: Welcher Rechtsschutz ist während des Bewilligungszeitraums möglich, wenn sich der bestandskräftige vorläufige Bescheid aufgrund geänderter Verhältnisse als rechtswidrig erweist oder den Bedarf nicht kontinuierlich deckt?.....	6
Verfahrensrecht IV: Ein abschließender Bewilligungsbescheid kann mit Wirkung für die Zukunft durch einen vorläufigen Bescheid ersetzt werden (§ 40 Abs. 4 SGB II).....	7
Resümee.....	7

SOZIALRECHTLICHE FORTBILDUNGEN

Schulden beim Jobcenter – was Beratung leisten kann

Montag, 14. Mai 2018 in Frankfurt/M.

Mittwoch, 16. Mai 2018 in München

Donnerstag, 12. Juli 2018 in Nürnberg

SGB II-Praxisseminar – das ABC des SGB II (Einführungsseminar)

Antrag zum Bescheid zur Causa (den rechtlichen Hintergründen)

Mittwoch und Donnerstag, 25. und 26. Juli 2018 in München

Sozialleistungen und Ausländerrecht – soziale Rechte für Zuwandernde

Mittwoch, 18. Juli 2018 in München

Ausführliche Seminaurausschreibungen finden Sie auf der website

www.sozialrecht-justament.de

Anfragen an:

bernd.eckhardt@sozialrecht-justament.de

Vorläufige Bescheide im SGB II – zur Gesetzeslage und aktuellen sozialgerichtlichen Entscheidungen

Mit dem Inkrafttreten des sogenannten Rechtsvereinfachungsgesetzes wurde die Erbringung vorläufiger Leistungen im SGB II neuregelt. Die Anwendung der Neuregelung ist teilweise strittig. In meinem Aufsatz referiere ich zunächst die mit dem Rechtsvereinfachungsgesetz geschaffenen Neuregelungen. Im Anschluss daran stelle ich aktuelle Entscheidungen zur Anwendung der Neuregelungen dar. Hieraus ergeben sich praktische Folgen für die Sozialberatung. **Vorläufige Bescheide sollen regelmäßig nur über 6 Monate ergehen (§ 41 Abs. 3 SGB II).** Bei längerer Laufzeit müssen besondere einzel-fallbezogene Gründe vorliegen. Ohne dem Vorliegen besonderer Gründe, sind vorläufige Bescheide über einen Zeitraum von mehr als 6 Monaten er-messenfehlerhaft. Auch eine Abweichung nach unten erfordert besondere Gründe.

Zunächst die Neuregelung im Einzelnen.

Pflicht zur vorläufigen Entscheidung und vorläufige Entscheidungen als Ermessen

Bis zum 31.7.2016 gab es im SGB II selbst keine Regelung für vorläufige Leistungsbewilligungen. § 40 „Anwendung von Verfahrensvorschriften“ SGB II verwies nur auf die Regelungen des § 328 im SGB III, die entsprechend anwendbar seien. Mit dem Rechtsvereinfachungsgesetz wurde § 41a ins SGB II eingefügt, der nun die vorläufige Leistungserbringung für das SGB II regelt.

§ 41a SGB II unterscheidet zwischen Fällen, in denen vorläufig entschieden werden **kann (Ermessenent-scheidung)** und Fällen, in denen vorläufig entschieden werden **muss (gebundene Entscheidung)**. Die Rechtsänderung gegenüber § 328 SGB III, der in allen Fällen nur eine Ermessenentscheidung vorsieht, folgt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Demnach war bei unterschiedlich hohem Einkommen, dessen Höhe zum Zeitpunkt der Leistungsbe-willigung nicht feststand, stets vorläufig zu bewilligen. Hier war das Ermessen auf Null reduziert (vgl. Bundessozialgericht, Urteil vom 29.11.2012, B 14 AS 6/12 R). Im § 41a SGB II wird jetzt genau unterschieden, wann vorläufig entschieden werden kann und wann muss.

Zwingend vorläufig entschieden werden muss nach § 41a Abs. 1 SGB II, „wenn

1. zur Feststellung der Voraussetzungen des An-spruchs auf Geld- und Sachleistungen vo-raussichtlich längere Zeit erforderlich ist und die Voraussetzungen für den Anspruch mit

hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen oder

2. ein Anspruch auf Geld- und Sachleistungen dem Grunde nach besteht und zur Feststel-lung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist“ (§ 41a Abs. 1)

Hierunter fallen natürlich in erster Linie die Fälle schwankenden Einkommens. Hier ist es offensichtlich, dass zur Feststellung der Höhe des Anspruchs längere Zeit erforderlich ist. Genaugenommen steht der tatsächliche Leistungsanspruch erst nach dem Bewilligungszeitraum fest.

Weiterhin besteht – wie schon in § 328 SGB III – eine Ermessensentscheidung bei strittiger Rechts-auslegung. Dies ist der Fall, wenn eine Rechtsfrage beim Bundessozialgericht, Bundesverfassungsge-richt oder dem Europäischen Gerichtshof anhängig ist.

Vorläufig entschieden werden kann nach § 41a Abs. 7 SGB II, „wenn

1. die Vereinbarkeit einer Vorschrift dieses Bu-ches, von der die Entscheidung über den An-trag abhängt, mit höherrangigem Recht Ge-genstand eines Verfahrens bei dem Bundes-verfassungsgericht oder dem Gerichtshof der Europäischen Union ist oder
2. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung Gegenstand eines Verfahrens beim Bundessozialgericht ist“

Beispiel: Auf die Möglichkeit, neuzugewanderten EU-BürgerInnen trotz des gesetzlichen Leistungs-ausschlusses Leistungen nach § 41a Abs. 7 SGB II zu gewähren, haben verschiedene Sozialgerichte hin-gewiesen (LSG Baden-Württemberg vom 26.4.2017, L 1 AS 854/17 ER-B; LSG Niedersachsen-Bremen vom 16.2.2017, L 8 SO 344/16 B ER; LSG Bayern vom 24.7.2017, L 7 AS 427/17 B ER). Grund hierfür ist ein anhängiges Verfahren beim Bundesverfassungsge-richt (Vorlagebeschluss des SG Mainz vom 18.4.2016, S 3 AS 149/16, beim Bundesverfassungs-gericht anhängig unter dem Aktenzeichen 1 BvL 4/16).

Begründung der Vorläufigkeit

Im § 328 SGB III, auf den bis zum 1.8.2016 verwiesen wurde, hieß es: „Umfang und Grund der Vorläufig-keit sind anzugeben“. Im neuen § 41a SGB II heißt es

lediglich: „**Der Grund der Vorläufigkeit ist anzugeben.**“ Da vorläufige Bescheide ihrer Natur nach keinen Vertrauensschutz bieten, ist es wichtig zu wissen, ob alles, was im Bescheid steht, unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit steht oder nur das, was zum Zeitpunkt der Entscheidung ungewiss ist. **Tatsächlich hat der Gesetzgeber mit Einführung von §41a SGB II den Vertrauensschutz bei vorläufiger Bescheidung vollständig aufgehoben** (vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 18/8041; Seite 52). Der Bescheid ist stets vorläufig in allen seinen Inhalten. Allerdings dürfen Bescheide nicht dann vorläufig erlassen werden, wenn es hierzu keinen Grund gibt. Das ist der Fall bei Arbeitsverträgen mit festem Gehalt. Prophylaktisch als „vorläufig“ erlassene Bescheide, die keinen Grund der Vorläufigkeit beinhalten, sind rechtswidrig.

Vorläufige Bescheide und die Bedarfsdeckung

Vorläufige Bescheide beinhalten in der Regel Einkommensschätzungen. Das Jobcenter tendiert dazu, das Einkommen zu hoch einzuschätzen. Grund hierfür ist, dass Rückforderungen wesentlich aufwendiger zu bearbeiten sind als Nachzahlungen. Vorläufige Bescheide sind allerdings immer zu korrigieren, sobald die Bedarfsdeckung nicht mehr sichergestellt ist. Das stellt sich spätestens am Ende des Monats heraus. Daher sind die Bescheide zu ändern, wenn ein monatliches Einkommen vom geschätzten Einkommen so abweicht, dass eine Bedarfsunterdeckung eintritt. In der Gesetzesbegründung heißt es folgerichtig:

*„Eine Anwendung der §§ 45, 48 SGB X (= Rücknahme, bzw. Aufhebung des Bescheids, B.E.) **zu Ungunsten** der leistungsberechtigten Person ist **mit Wirkung für die Vergangenheit systematisch nicht** angezeigt, da die vorläufige Entscheidung sich nicht im Wege der Aufhebung, sondern der abschließenden Entscheidung erledigt. **Eine Aufhebung zugunsten der leistungsberechtigten Person mit Wirkung für die Vergangenheit während es Bewilligungszeitraums zur Sicherstellung der Bedarfsdeckung bleibt weiterhin möglich.**“*

Im § 41a Abs.2 SGB II ist auch geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Korrektur des Bewilligungsbescheids erfolgen muss:

*„Die vorläufige Leistung **ist** so zu bemessen, dass der monatliche Bedarf der Leistungsberechtigten zur Sicherung des Lebensunterhalts gedeckt ist; dabei **kann** der Absetzbetrag nach § 11b Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 ganz oder teilweise unberücksichtigt bleiben.“*

Die genannten Absetzbeträge sind die Freibeträge, die sich aus dem 20%-Anteil des Einkommens ergeben, das über 100 Euro liegt. Beispiel: Herr K. verdient brutto 1.000 Euro und erhält 800 Euro netto. Der 20% Anteil beträgt hier 180 Euro. Solange der vorläufige Bescheid um nicht mehr als 180 Euro abweicht, **kann** er vorläufig bis zur abschließenden Entscheidung bestehen bleiben. Bei geringeren Einkommen ist diese Toleranzgrenze sehr gering. Bei einem Erwerbseinkommen von 300 Euro beträgt die Toleranz nur 40 Euro. Für die Praxis wichtig: Nimmt das Jobcenter bei einer geringfügigen Beschäftigung ein Einkommen von 450 Euro (=280 Euro anrechenbares Einkommen) an, muss der vorläufige Bescheid geändert werden sobald das Einkommen 380 Euro unterschreitet.

Zudem ist zu beachten, **dass die Nichtberücksichtigung des genannten Freibetrags bei der vorläufigen Entscheidung im Ermessen des Jobcenters steht.** Bei geringen Verdienstschwankungen lässt sich die Kürzung der vorläufigen Leistung durch Nichtberücksichtigung des Freibetrags nicht rechtfertigen (vgl. zu fehlerhaftem Ermessen: Sozialgericht Freiburg, Beschluss - 28.11.2016 - S 19 AS 4524/16 ER).

Wichtig bei niedrigerem Einkommen als vom Jobcenter geschätzt: Der vorläufige Bescheid ist in diesen Fällen auch rückwirkend aufzuheben und durch einen neuen zu ersetzen. Der angepasste Änderungsbescheid bleibt weiterhin vorläufig und reicht auch bis zum Ende des vorläufig bewilligten Zeitraums.

Durchschnittseinkommen oder Abrechnung nach dem Monatsprinzip

*„Bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruches nach Absatz 3 **ist** als Einkommen ein monatliches Durchschnittseinkommen zugrunde zu legen“,* lautet § 41a Abs.4 Satz 1 SGB II. Gegen diese Regelung ist nichts einzuwenden, da sie Leistungsberechtigte nicht benachteiligt.

Beispiel: Eine Schülerin trägt Werbeblätter aus. Ihr Einkommen schwankt zwischen 80 Euro und 120 Euro. Der Bewilligungsbescheid muss vorläufig ergehen. Im abschließenden Bescheid wird ein Durchschnittseinkommen in Höhe von 100 Euro berücksichtigt, das aufgrund des Grundabsetzbetrags von 100 Euro anrechnungsfrei bleibt. Durch die gleichmäßige Verteilung wird in der Regel der Freibetrag optimal genutzt. Für Fälle, in denen das nicht der Fall ist, besteht die Pflicht oder die Möglichkeit einer monatlichen Abrechnung.

Eine Abweichung vom Prinzip des Durchschnittseinkommens gibt es in folgenden Fällen:

Die **Pflicht zur monatlichen Anrechnung** besteht, **sobald die Höhe des Einkommens in einem Kalendermonat dazu führt, dass in diesem Monat kein Anspruch besteht**. Würde man hier das hohe Einkommen gleichmäßig verteilen, würden auch Einkommensanteile angerechnet werden, die bei der monatsweisen Betrachtung im SGB II mangels Leistungsanspruch außer Betracht blieben. Beispiel: Der Bedarf beträgt 800 Euro. Das normale durchschnittliche Einkommen beträgt 1.000 Euro brutto (800 Euro netto), aber in einem Monat 2.000 Euro brutto (1.500 Euro netto). Besondere Werbungskosten bestehen nicht. Die Leistung wird von Januar bis Juni vorläufig bewilligt.

Bei einer abschließenden Betrachtungsweise, die korrekt den Anspruch für jeden Kalendermonat bestimmt, ergibt sich folgender Anspruch:

	brutto	netto	anrechenbares Einkommen	Leistungsanspruch
Januar	1.000,00 €	800,00 €	520,00 €	280,00 €
Februar	1.000,00 €	800,00 €	520,00 €	280,00 €
März	1.000,00 €	800,00 €	520,00 €	280,00 €
April	1.000,00 €	800,00 €	520,00 €	280,00 €
Mai	2.000,00 €	1.500,00 €	1.200,00 €	- €
Juni	1.000,00 €	800,00 €	520,00 €	280,00 €
SGB II-Anspruch gesamt				1.400,00 €

Bei einer abschließenden Betrachtungsweise, die den Anspruch per Durchschnittseinkommen bestimmt, ergibt sich folgender Anspruch:

	brutto	netto	anrechenbares Einkommen	Leistungsanspruch
Januar	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
Februar	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
März	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
April	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
Mai	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
Juni	1.166,67 €	916,67 €	620,01 €	179,99 €
SGB II-Anspruch gesamt				1.079,96 €

In diesem Fall muss die einzelmonatliche Abrechnung erfolgen. Wenn Leistungsberechtigte auf eine monatliche Abrechnung bestehen, muss diese ebenfalls durchgeführt werden. Das kann aber von Nachteil sein, wie obiges Beispiel der Werbeblätzer austragenden Schülerin aufgezeigt hat.

Aufgrund der Regelungen kann es grundsätzlich nicht zur Benachteiligung kommen.

Für die Praxis wichtig: Jobcenter rechnen oft monatlich ab, obwohl das Durchschnittseinkommen zwingend verwendet werden muss. In den meisten Fällen führen beide Berechnungsmethoden zum gleichen Ergebnis. Unterschiede gibt es, wenn nur bei einer durchschnittlichen Berechnung der Grundfreibetrag monatlich vollgenutzt werden kann oder ein größerer Einkommensteil mit 20% (gegenüber

10% bei Einkommensanteilen die oberhalb von 1000 Euro) anrechnungsfrei ist. Sollte sich aufgrund der durchschnittlichen Berechnung eine günstigere Berechnung ergeben, sollte hierauf bestanden werden.

Nullfestsetzung in der abschließenden Entscheidung, wenn nicht fristgerecht mitgewirkt wurde (aktuelle Urteile)

Die strittigste Passage der Neuregelung von § 41a SGB II befindet sich im 3. Absatz des Paragraphen. Die Sätze 3 und 4 des 3. Absatzes lauten:

„Kommen die leistungsberechtigte Person oder die mit ihr in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen ihrer Nachweis- oder Auskunftspflicht bis zur abschließenden Entscheidung nicht, nicht vollständig oder trotz angemessener Fristsetzung und schriftlicher Belehrung über die Rechtsfolgen nicht fristgemäß nach, setzen die Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende den Leistungsanspruch für diejenigen Kalendermonate nur in der Höhe abschließend fest, in welcher seine Voraussetzungen ganz oder teilweise nachgewiesen wurden. Für die übrigen Kalendermonate wird festgestellt, dass ein Leistungsanspruch nicht bestand.“

Gerade bei Selbständigen kann es hier zu extrem hohen Rückforderungen, da bei Selbständigen nicht das Monatsprinzip gilt, sondern das Einkommen im gesamten Bewilligungszeitraum gleichmäßig auf die Monate verteilt wird. Diese Sonderregelung wurde schon vor mehreren Jahren mit dem § 3 der Arbeitslosengeld II-Verordnung eingeführt, damit Selbständige nicht durch günstige Rechnungsstellung in einzelnen Monaten nicht bedürftig sind, aber in anderen Monaten ungekürzt SGB II-Leistungen beziehen können. Im Fall der Selbständigkeit hat die Anwendung von § 41a Abs. 3 Satz 4 dann folgendes Ergebnis:

„Sofern nach dem materiellen Recht der Leistungsanspruch für alle Monate des Bewilligungszeitraums nur einheitlich festgestellt werden kann (§ 3 Alg II-V), ist die abschließende ablehnende Entscheidung auf den gesamten Bewilligungszeitraum zu erstrecken“ (vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 18/8041; Seite 53).

Darüber, ob eine solche weitgehende Entscheidung im Nachhinein noch korrigiert werden kann, erfahren wir in der Gesetzesbegründung nichts. Die Bundesagentur hat hierzu ihre Rechtsauffassung aktuell in den am 20.3.2018 erschienen Weisungen nochmals präzisiert. Ich zitiere die Argumentation der Bundesagentur für Arbeit:

Nach § 41a Absatz 3 Satz 4 SGB II wird für Monate ohne Nachweis festgestellt, dass ein Leistungsanspruch nicht bestand. Es handelt sich **nicht** um eine Versagung von Leistungen, sondern um **eine Entscheidung über den (vermeintlichen) materiellrechtlichen Anspruch**. Die für diese Monate vorläufig gewährten Leistungen sind zu erstatten; diese Entscheidung betrifft die gesamte Bedarfsgemeinschaft.

[...]

Nach Bekanntgabe der Entscheidung beigebrachte Unterlagen spielen für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung keine Rolle. Maßstab ist im ggf. folgenden Widerspruchsverfahren oder im Antrag nach § 44 SGB X nur noch, ob die Festsetzung als solche ordnungsgemäß durchgeführt wurde und die Voraussetzungen hierfür vorliegen.

Versäumte die leistungsberechtigte Person aus nicht von ihr zu vertretenden Gründen die Frist (z. B. längerfristige Erkrankung), ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu gewähren (§ 27 SGB X).

Ich habe bisher die Regelungen ebenso wie die Bundesagentur für Arbeit interpretiert. Die abschließende ablehnende Entscheidung sei rechtmäßig, da die Voraussetzung „fehlende Unterlagen“ zum Zeitpunkt der Entscheidung vorlag. Möglichkeiten des Jobcenters, sich die Unterlagen selbst im Rahmen der Amtsermittlungspflicht (§ 20 SGB X) und der Auskunftspflicht von Arbeitgebern (§ 57 SGB II) zu beschaffen, gehen bei Selbständigen ins Leere.

Als Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung habe ich – ebenso wie die Bundesagentur für Arbeit – die Entscheidung angesehen, mit der über den bisher vorläufig beschiedenen Bewilligungszeitraum nun abschließend entschieden wird. **Die nicht korrigierbare Nullfestsetzung verstößt meines Erachtens gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot und wirft daher zumindest verfassungsrechtliche Fragen auf.** Die Unverhältnismäßigkeit wird deutlich, wenn man bedenkt, dass gegen eine Steuerschätzung aufgrund fehlender Mitwirkung Einspruch erhoben werden kann.

Einige Sozialgerichte vertreten nun eine der Bundesagentur für Arbeit widersprechende Rechtsauffassung: Auch gegen die abschließende Feststellung, dass kein Leistungsanspruch bestand, ist ein Widerspruch erfolgreich möglich, in dem die tatsächlichen Einkommensverhältnisse nachgewiesen werden. Die Argumentation lautet: Die abschließende Entscheidung war überhaupt nicht abschließend, da sie aufgrund des Widerspruchs nicht bestandskräftig wurde.

Aktuelle Entscheidungen zur Problematik des Rechtschutzes bei einer abschließenden Nullfestsetzung

Sozialgericht Berlin vom 25.9.2017, S 179 AS 6737/17:

*Bislang ungeklärt ist, welcher Zeitpunkt mit der Bezeichnung "bis zur **abschließenden Entscheidung**" im Sinne von § 41a Abs. 3 S. 3 SGB II zu verstehen ist. Nach Auffassung der Kammer ist dies der **Zeitpunkt der Bekanntgabe des Widerspruchsbescheides**.*

Ausführlich im gleichen Sinne SG Braunschweig vom 06.03.2018, S 52 AS 361/17:

*Dass entgegen dieses Grundsatzes hier das materielle Recht, also § 41a Abs. 3 SGB II, als entscheidungserheblichen Zeitpunkt den Zeitpunkt des Erlasses der ersten Behördenentscheidung bestimmt, kann der Regelung nicht entnommen werden. Für eine derart weitreichende Auslegung der Formulierung "bis zur abschließenden Entscheidung" in § 41a Abs. 3 Satz 3 SGB II lassen sich weder dem sonstigen Wortlaut der Regelung noch der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8041, S. 51) irgendwelche Hinweise entnehmen (davongehen aber offenbar die Fachlichen Hinweise der Bundesagentur für Arbeit zu § 41a SGB II, Rn. 41a.24 aus). **Der Kammer leuchtet nicht ein, warum eine derartige rechtsschutzfeindliche Auslegung ohne eindeutige Hinweise im Wortlaut der Regelung zwingend sein soll.** Dies konterkariert auch nicht den mit der Gesetzesänderung verfolgten Zweck der Rechts- bzw. Anwendungsvereinfachung (siehe z.B. BT-Drs. 18/8041, S. 50). Durch die Möglichkeit die fehlende Mitwirkung durch die materielle Leistungsablehnung "sanktionieren" zu können, ist dieses Ziel verwirklicht worden. Dass sich im Widerspruchsverfahren durch neu vorgetragene Tatsachen die Unrichtigkeit der Ausgangsentscheidung ergibt, ist ein Risiko das Behörden regelmäßig zu tragen haben und ist diesem daher immanent, zumal im Widerspruchsverfahren neben der Rechtmäßigkeits- auch eine Zweckmäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat (ebenso SG Berlin, Urteil vom 25. September 2017, Rn. 75; Kemper, aaO., Rn. 50 f.). Die Gegenauffassung (siehe SG Duisburg, Gerichtsbescheid vom 2. Januar 2018, Rn. 32-34) setzt sich mit diesen dargestellten rechtlichen Grundsätzen überhaupt nicht auseinander und kann insoweit nicht überzeugen.*

Beide Sozialgerichte haben die Sprungrevision zum Bundessozialgericht zugelassen. Natürlich ist es wichtig, Leistungsberechtigte auf die Einhaltung der

Frist zur Mitwirkung nach § 41a Abs. 3 SGB II aufmerksam zu machen. Dennoch kommt es vor, dass solche Fristen versäumt werden. Wenn es dann keinen guten Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt (§ 27 SGB X), bleibt nur der Rechtsweg. Weiter wird im Urteil des SG Braunschweig auch auf die hohen Anforderungen an die Rechtsfolgenbelehrung hingewiesen, die nicht erfüllt sind, wenn lediglich allgemein der Gesetzestext wiederholt wird.

Verfahrensrecht I: Wird innerhalb eines Jahres keine abschließende Entscheidung getroffen, wird der vorläufige Bescheid automatisch abschließend, Ausnahmen nur für das Jobcenter vorgesehen.

Die Regelung findet sich in § 41a Abs. 5 SGB II. Das Jobcenter muss abschließen entscheiden, wenn dieses von den Leistungsberechtigten innerhalb eines Jahres gefordert wird. Die Frist wird mit Ende des Bewilligungszeitraums in Lauf gesetzt.

Das Jobcenter kann auch noch zu einem späteren Zeitpunkt unter den Voraussetzungen der §§ 45 und 48 SGB X den Bescheid korrigieren, wenn „*der Leistungsanspruch aus einem anderen als dem nach Absatz 2 Satz 1 anzugebenden Grund (für die Vorläufigkeit) nicht oder nur in geringerer Höhe als die vorläufigen Leistungen besteht*“ (§ 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2). Beispiel: Die Vorläufigkeit wurde mit dem schwankenden Einkommen begründet. Nachdem der vorläufige Bescheid abschließend geworden ist, erhält das Jobcenter Kenntnis davon, dass in die Wohnung noch jemand eingezogen ist, der nicht zur Bedarfsgemeinschaft gehört. Diese Änderung kann das Jobcenter ab Zeitpunkt der Änderung berücksichtigen und den abschließend gewordenen vorläufigen Bescheid aufheben.

Meines Erachtens müsste rechtssystematisch § 44 SGB X ebenfalls anwendbar sein, wenn sich die Überprüfung auf einen Sachverhalt bezieht, der nicht die Vorläufigkeit begründet. Beispiel: Kurz nach dem ein vorläufiger Bescheid abschließend geworden ist, stellt sich heraus, dass die Warmwasserpauschale zu Unrecht nicht gewährt worden ist. Wenn der nun abschließend festgesetzte Bewilligungszeitraum zum Teil noch im vorhergehenden Kalenderjahr liegt, müsste die Warmwasserpauschale nach erfolgreichem Überprüfungsverfahren nachgezahlt werden. Es gibt kein Argument dafür, dass die Bestandskraft der Festsetzung nur zu Ungunsten der Leistungsberechtigten durchbrochen werden kann. Gerichtliche Entscheidungen hierzu liegen m.W. bisher nicht vor.

Verfahrensrecht II: Was passiert, wenn während des Widerspruchsverfahrens gegen einen vorläufigen Bescheid ein abschließender Bescheid erlassen wird? (BSG Urteil - 05.07.2017 - B 14 AS 36/16 R)

Mit dieser Frage hat sich das Bundessozialgericht auseinandergesetzt. Der Anwalt hatte sicherheits halber gegen den abschließenden Bescheid auch Widerspruch eingelegt, zumal der Bescheid mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen war. Vorläufige Bescheide erledigen sich durch die abschließenden Bescheide. Sie ersetzen diese, ohne sie abzuändern. **Liegt aber ein Widerspruch gegen den vorläufigen Bescheid vor, wird ein danach ergehender abschließender Bescheid nach § 86 SGG zum Gegenstand des bestehenden Widerspruchsverfahrens.** In § 86 SGG wird zwar ausdrücklich nur von abändernden Bescheiden gesprochen. Das Bundessozialgericht hat aber entschieden, dass § 86 SGG auch auf abschließende Bescheide, die vorläufige ersetzen, anzuwenden sei. **Ein erneuter Widerspruch ist daher unstatthaft.** Eine falsche Rechtsbehelfsbelehrung ändert daran nichts. Die Begründung des Bundessozialgerichts: *„Die für das Widerspruchsverfahren geltende Vorschrift des § 86 SGG ist insoweit in Entsprechung zu der für das gerichtliche Verfahren geltenden Vorschrift des § 96 Abs. 1 SGG dahin auszulegen, dass jene ebenso wie diese nicht nur abändernde, sondern auch ersetzende Verwaltungsakte in das laufende Verfahren einbezieht.“* Wichtig ist die Entscheidung nur für Betroffene, die mittels anwaltlicher Unterstützung einen Widerspruch einlegen. Kosten für den unstatthaften Widerspruch werden nicht vom Jobcenter erstattet.

Verfahrensrecht III: Welcher Rechtsschutz ist während des Bewilligungszeitraums möglich, wenn sich der bestandskräftige vorläufige Bescheid aufgrund geänderter Verhältnisse als rechtswidrig erweist oder den Bedarf nicht kontinuierlich deckt?

Das Problem besteht keineswegs nur bei vorläufigen Bescheiden. Eine ursprüngliche Leistungsbewilligung wird nicht mit Widerspruch angefochten, weil sie zum Zeitpunkt des Erlasses rechtmäßig war. Im Laufe des Bewilligungszeitraums ändern sich die Verhältnisse zu Ungunsten der Leistungsberechtigten. Nach § 48 SGB X ist der Bescheid ab Änderung der Verhältnisse aufzuheben und höhere Leistungen zu bewilligen. Geschieht dies selbst auf Antrag nicht, ist trotz des bestandskräftigen Bewilligungsbescheids einstweiliger Rechtsschutz möglich, wenn dieser offensichtlich rechtswidrig geworden ist (vgl.

LSG Bayern zur Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung bei bestandskräftigem Bescheid im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens vom 6.03.2014 – L 7 AS 220/14 B ER). Dies gilt auch bei vorläufigen Bescheiden. **Auch vorläufige Bescheide sind während des Zeitraums ihrer Wirksamkeit bei Änderungen in den Verhältnissen ab Zeitpunkt der Änderung anzupassen. Geschieht dies nicht, ist auch hier der einstweilige Rechtsschutz möglich.**

Leider sehen das viele Jobcenter anders: Leistungsberechtigte werden mit der noch ausstehenden abschließenden Bescheidung vertröstet. Dies trifft besonders selbstständig Tätige, wenn sie aktuell geringere Einkünfte haben. Im abschließenden Bescheid wird bei Selbstständigen ein durchschnittliches Einkommen der Leistungsberechnung zugrunde gelegt. Bei selbstständigen Tätigkeiten (z.B. als KünstlerIn) fließt das Einkommen manchmal extrem ungleichmäßig zu. Die Bildung eines Durchschnittseinkommens ist nur im abschließenden Bescheid rechtmäßig. Während des laufenden Bewilligungszeitraums muss die Leistungserbringung gemäß § 41 a Abs. 2 1. Halbsatz stets gedeckt sein: *„Die vorläufige Leistung ist so zu bemessen, dass der monatliche Bedarf der Leistungsberechtigten zur Sicherung des Lebensunterhalts gedeckt ist“*. Das heißt auch hier: der vorläufige Bescheid muss jeweils dem tatsächlich monatlich zufließenden Einkommen angepasst werden.

Verfahrensrecht IV: Ein abschließender Bewilligungsbescheid kann mit Wirkung für die Zukunft durch einen vorläufigen Bescheid ersetzt werden (§ 40 Abs. 4 SGB II)

Wird während eines Bewilligungsabschnitts eine Arbeit mit schwankendem Einkommen aufgenommen, **muss** der Bescheid mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben und durch einen vorläufigen Bescheid ersetzt werden.

Der Paragraph lässt hier kein Ermessen zu. § 40 Abs. 4 SGB II:

*Der Verwaltungsakt, mit dem über die Gewährung von Leistungen nach diesem Buch abschließend entschieden wurde, **ist** mit Wirkung für die Zukunft ganz aufzuheben, wenn in den tatsächlichen Verhältnissen der leistungsberechtigten Person Änderungen eintreten, aufgrund derer nach Maßgabe des § 41a vorläufig zu entscheiden wäre.*

Tatsächlich wird das von Jobcentern häufig nicht angewendet, obwohl es nicht im Ermessen steht, hier anders zu entscheiden.

Resümee

Die Neuregelung der vorläufigen Entscheidung wirft rechtliche und praktische Fragen auf. In vielerlei Hinsicht werden die seit 1.8.2016 geltenden gesetzlichen Bestimmungen von den Jobcentern überhaupt nicht angewendet. Das gilt insbesondere bei der Begrenzung der Schätzung des Einkommens, um Bedarfsunterdeckungen zu vermeiden, dem hierbei auszuübenden Ermessen, der Pflicht zur rückwirkenden Änderung der vorläufigen Bewilligung zugunsten der Leistungsberechtigten, der Bildung eines Durchschnittseinkommens. Die Anwendung der Nullfestsetzung bei fehlender Mitwirkung nach § 41a Abs. 3 SGB II wird wohl erst das Bundessozialgericht klären. Angesichts der gravierenden Folgen der Nullfestsetzung ist zu hoffen, dass die Klärung für die Leistungsberechtigten positiv ausgeht und nicht zu lange auf sich warten lässt.