

# Aufhebung und Rückforderung von Leistungen

Rechtsanwalt Uwe Klerks  
Fachanwalt für Sozialrecht und Versicherungsrecht  
Rechtsanwaltskanzlei Dr. Conradis und Partner  
Vom-Rath-Straße 9, 47051 Duisburg  
Tel. 0203 – 39 37 990  
Fax: 0203 – 39 37 99 29  
Mail: [info@conradis-jansen.de](mailto:info@conradis-jansen.de)

Aufhebung und Rückforderung von Leistungen.....	1
A. Einführung.....	7
I. Notwendigkeit der Aufhebung bzw. Rückforderung .....	7
1. Bestandskraft von Verwaltungsakten.....	7
2. Ausnahmen von der Bestandskraft .....	8
II. Begriff der Aufhebung.....	8
III. Notwendigkeit der Erstattung.....	9
IV. Aufhebung und Nachranggrundsatz .....	10
B. Rückforderung/Abgrenzung von der Aufhebung.....	11
I. Maßgeblichkeit des Erlasszeitpunkts des Ursprungs-Verwaltungsakts .....	11
II. Frage der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit.....	12
III. Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt des Erlasses (Anwendungsbereich des § 45 SGB X).....	12
1. Begünstigung .....	13
2. Rechtswidrigkeit .....	13
a) Begriff der Rechtswidrigkeit.....	13
b) Beweis für die Rechtswidrigkeit.....	14
c) Einzelheiten zur Rechtswidrigkeit.....	15
aa) Fehler in der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts.....	15
bb) Fehler bei der Bildung des Sachverhalts .....	15
cc) Beispiele.....	15
(1) Rechtswidrigkeit wegen über den Bewilligungszeitraum anzurechnenden Einmaleinkommens .....	16
(2) Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit bei rechtswidrigen Elementen in einem Verwaltungsakt.....	17
(3) Rechtswidrigkeit bei fortgesetzter Falschangabe (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08).....	19
(4) Rechtswidrig nicht berücksichtigtes Vermögen (BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R) .....	20
(5) Rechtswidrigkeit: Endgültige statt vorläufige Entscheidung (BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R) .....	23
3. Vertrauen auf den Fortbestand des Verwaltungsakts.....	24
a) Öffentliches Interesse an der Rücknahme des Verwaltungsakts .....	24
b) Privates Vertrauen an dem Bestand des Verwaltungsakts .....	25
aa) Vertrauensbetätigung .....	25
bb) Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	26
(1) Täuschung, Drohung, Bestechung (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X).....	26
(2) Unrichtige/unvollständige Angaben (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X) .....	27
(3) Kenntnis/grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X) .....	29
(4) Zurechnung fremden Verschuldens.....	32

(a) Gewillkürte Vertretung .....	33
(b) Zurechnung bei vermuteter Vertretung gem. § 38 Abs. 1 SGB II .....	33
(c) Zurechnung bei Vertretung gem. § 38 Abs. 2 SGB II .....	33
(d) Zurechnung bei gewillkürter Vertretung .....	33
(e) Zurechnung bei gesetzlicher Vertretung (z.B. minderjährige Kinder) .....	34
4. Rechtsfolge .....	36
a) Richtung der Entscheidung.....	36
aa) Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft .....	36
bb) Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit .....	36
b) Einhaltung der Jahresfrist.....	36
aa) Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids begründen.....	37
bb) Kenntnis der übrigen Rücknahmevoraussetzungen .....	37
cc) Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.....	38
c) Sonstige Fristen .....	38
d) Ermessen .....	38
C. Rechtswidrigkeit nach dem Zeitpunkt des Erlasses (Anwendungsbereich des § 48 SGB X) .....	38
I. Begriff der wesentlichen Änderung .....	38
1. Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.....	39
2. Änderung der rechtlichen Verhältnisse .....	39
3. Wesentlichkeit der Änderung.....	40
a) Allgemein.....	40
b) Wesentlichkeit bei Änderung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (begünstigende Entscheidung).....	40
c) Wesentlichkeit bei Änderung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (begünstigende Entscheidung, aber zu gering) .....	40
4. Beispiele für eine wesentliche Änderung .....	41
a) Nebenkostennachforderung .....	41
aa) Grundsatz: Übernahme bei weiterhin genutzter Wohnung .....	41
bb) Ausnahme: Nebenkostennachforderung bei nicht mehr genutzter Wohnung .....	41
cc) Weitere Fälle für die Berücksichtigung von Nebenkostennachforderungen .....	42
b) Nebenkostenguthaben.....	43
aa) Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. ....	43
bb) Berechnung für die einzelnen Monate .....	44
(1) November 2008, Dezember 2008, Oktober 2009 .....	44
(2) Oktober 2006 .....	44
(3) November 2006, Oktober 2007, November 2007 .....	45
c) Laufendes Einkommen .....	45
d) Einmaleinkommen .....	46

aa) Erster Schritt: Wann ist bei Einmaleinkommen eine wesentliche Änderung eingetreten?	47
bb) Zweiter Schritt: Bildung des Verteilzeitraums (Festlegung des Beginns)	48
cc) Dritter Schritt: Ermittlung der Abzüge	49
(1) Abzüge im Zuflussmonat	50
(2) Abzüge in den Folgemonaten	50
(3) Konkrete Berechnung	50
ee) Fünfter Schritt: Sind Verwendungen nach Zufluss einkommensmindernd zu berücksichtigen?	51
(1) Verteilzeitraum	51
(2) Nachverteilzeitraum	53
e) Rückforderung vorrangiger Sozialleistungen	54
f) Leistungsausschlüsse	54
g) Änderung von Ermessensgesichtspunkten	55
h) Untervermietung	55
i) Prognoseentscheidungen	56
II. Sonderfall Sanktion	57
III. Rechtsfolge I: Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft	57
IV. Rechtsfolge II: Aufhebung mit Wirkung ab Änderung der Verhältnisse	57
1. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X (Änderung zugunsten des Betroffenen)	58
2. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X (Verletzung einer Mitteilungspflicht)	58
a) Gesetzliche Mitteilungspflicht	59
b) Vorsatz	59
c) Grobe Fahrlässigkeit	59
3. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X	60
4. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X	60
V. Die Aufhebung bei mehreren Leistungsempfängern	60
1. Technik der Berücksichtigung	61
a) Individuelle Berechnung des Bedarfs (Schritte 1 – 4)	61
b) Berechnung der Einkommens- und Vermögensanteile § 9 Abs. 2 S. 1, 3 SGB II (Schritt 5)	61
c) Verteilung gem. § 19 Abs. 3 S. 2 SGB II (Schritt 6)	61
VI. Sonderfälle (u.U. Anwendung des § 45 SGB X und des § 48 SGB X nebeneinander)	62
1. Berücksichtigung von Einkommen in einem längeren Verteilzeitraum und über den Bewilligungszeitraum	62
2. Anwendung des § 48 Abs. 3 SGB X	62
D. Vorläufige Entscheidungen	63
I. Ursprungs-Verwaltungsakt	63
1. Statthaftigkeit einer vorläufigen Entscheidung	63
2. Inhalt der vorläufigen Entscheidung	64

3. Angabe der Vorläufigkeit .....	65
4. Bindungswirkung der vorläufigen Entscheidung .....	65
a) Bindungswirkung im Verhältnis zur endgültigen Entscheidung .....	65
b) Änderungen während des Vorläufigkeitszeitraums .....	66
5. Rechtsschutz .....	66
II. Abschließende Entscheidung .....	66
1. Vorbemerkung .....	67
2. Voraussetzung der abschließenden Entscheidung .....	67
a) Abschließende Entscheidung gem. § 41a Abs. 3 S. 1 1. Fall SGB II .....	68
aa) Unterfall I: Die vorläufige Entscheidung entspricht der abschließenden Entscheidung .....	68
bb) Unterfall II: Der Leistungsanspruch aufgrund der vorläufigen Entscheidung ist höher als aufgrund einer endgültigen Entscheidung mit der Folge eines Erstattungsanspruchs des Leistungsträgers .....	69
(1) Initiative des Leistungsträgers .....	69
(2) Initiativrecht der leistungsberechtigten Person .....	70
cc) Unterfall III: Der Leistungsanspruch aufgrund der vorläufigen Entscheidung ist niedriger als aufgrund einer endgültigen Entscheidung (abschließende Entscheidung zugunsten des Leistungsempfängers) .....	70
(1) Initiativrecht des Leistungsträgers .....	70
(2) Initiativrecht des Leistungsempfängers .....	70
2. Form der abschließenden Entscheidung .....	71
III. Rechtsfolge der abschließenden Entscheidung .....	71
1. Anrechnung .....	72
2. Erstattung einer Überzahlung .....	72
E. Ausschluss der Aufhebungs- und Rücknahmevorschriften .....	72
F. Austausch der Ermächtigungsgrundlage/Umdeutung .....	72
G. Die Rückforderung von Leistungen .....	73
I. Regel: § 50 SGB X .....	73
II. Erstattung von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung .....	73
H. Formelle Voraussetzungen .....	74
I. Anhörung .....	74
1. Anhörungserfordernis .....	74
2. Adressaten der Anhörung .....	75
3. Inhalt der Anhörung .....	76
a) Regel: Sicht des Leistungsträgers .....	76
b) Ausnahme: Der Leistungsträger hält sich selbst nicht an seine Sicht .....	77
4. Frist der Anhörung .....	78
5. Heilung eines Anhörungsmangels .....	78
a) Selbstvornahme der Anhörung durch den Betroffenen selbst (Heilung durch Widerspruchsverfahren) .....	78

b) Heilung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren.....	78
c) Heilung im gerichtlichen Verfahren.....	79
II. Bekanntgabe .....	80
1. Begriff der Bekanntgabe .....	80
2. Adressat .....	81
a) Alleinstehender erwerbsfähiger Leistungsberechtigter.....	81
b) Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten .....	81
aa) § 38 SGB II.....	82
bb) Bekanntgabe nach allgemeinen Grundsätzen .....	82
c) Nicht geschäftsfähige Beteiligte .....	83
III. Bestimmtheitsgebot.....	83
1. Erkennbarkeit des Gewollten .....	84
a) Adressat des Verwaltungsakts .....	84
b) Bestimmtheit des Verfügungssatzes .....	85
2. Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung.....	87
I. Rechtsschutz.....	87
J. Erlass .....	88
I. Begriff des Erlasses.....	89
II. Voraussetzungen des § 44 SGB II .....	89
1. Bestandskraft der Aufhebungsentscheidung .....	89
2. Beginn des Verfahrens.....	90
3. Unbilligkeit .....	90
a) Persönliche Unbilligkeit.....	90
aa) Erlassbedürftigkeit.....	91
bb) Erlasswürdigkeit .....	91
b) Sachliche Unbilligkeit .....	91
III. Rechtsfolgen des § 44 SGB II.....	92
K. Anhang I: Checkliste .....	94
L. Anhang II: Anrechnung von Einkommen .....	95

## A. Einführung

Die Aufhebung bzw. Rückforderung von Leistungen nehmen im SGB II eine zentrale Rolle ein, wobei die Systematik nicht nur des SGB II, sondern auch des SGB X zur Geltung kommt.

### I. Notwendigkeit der Aufhebung bzw. Rückforderung

#### 1. Bestandskraft von Verwaltungsakten

Gem. § 77 SGG ist der Verwaltungsakt unter den dort genannten Voraussetzungen für die Beteiligten in der Sache bindend.<sup>1</sup> Diese Vorschrift wird als Vorläufervorschrift zu § 39 SGB X angesehen, wodurch § 77 SGG seine praktische Bedeutung verloren hat.<sup>2</sup>

Hinsichtlich der Bindung ist zwischen der formellen und der materiellen Bestandskraft zu unterscheiden:

Die **formelle Bestandskraft** oder Unanfechtbarkeit tritt ein, wenn ein Rechtsbehelf wie Widerspruch oder Klage nicht oder nicht erfolglos eingelegt wird.<sup>3</sup>

Die **materielle Bestandskraft** bezeichnet die inhaltliche Bindung an den Inhalt des Verwaltungsakts, wobei sie für die **Behörde** grundsätzlich mit **Wirksamwerden des Verwaltungsakts** gem. § 39 SGB X und für den **Betroffenen** mit der **formellen Bestandskraft** eintritt.<sup>4</sup> Die Bindung gilt nur bezüglich des Entscheidungssatzes bzw. Verfügungssatzes, nicht bezüglich der Gründe.<sup>5</sup>

Hinsichtlich der Wirksamkeit ist zu unterscheiden:

Die **äußere Wirksamkeit** bezeichnet die Frage, ob der Verwaltungsakt rechtsbeständig bzw. maßgeblich bzw. verbindlich wird.<sup>6</sup> Sie führt zur Bindung der den Verwaltungsakt erlassenden Behörde.<sup>7</sup> Diese Bindung tritt auch hinsichtlich einer **Aufhebungs- oder Rücknahmeentscheidung** ein. Auch wenn die betroffene Person dagegen Widerspruch einlegt, darf die Behörde den Verwaltungsakt nur zu ihren Gunsten ändern (sog. **Verböserungsverbot** oder **Verbot der reformatio in peius**). Dies schließt aber nicht aus, dass die Behörde in einem noch anhängigen Widerspruchsverfahren einen **weiteren Bescheid erlässt**, der die Rechtsposition der betroffenen Person weiter zu ihrem Nachteil verändert.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> § 77 SGG lautet wie folgt: „Wird der gegen einen Verwaltungsakt gegebene Rechtsbehelf nicht oder erfolglos eingelegt, so ist der Verwaltungsakt für die Beteiligten in der Sache bindend, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“

<sup>2</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 4 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 02.12.1992 – 6 Raa 33/90.

<sup>3</sup> B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, § 77 Rn. 4.

<sup>4</sup> B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, § 77 Rn. 5a.

<sup>5</sup> B. Schmidt in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, § 77 Rn. 5b.

<sup>6</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 6

<sup>7</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 8.

<sup>8</sup> Vgl. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 9 m.w.N. (zu § 45 SGB X). Nach Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 6 erscheint es „vorzugswürdig“, die Ausgangsbehörde entscheiden zu lassen, weil die Widerspruchsbehörde nur zur Entscheidung über den Widerspruch berufen ist.

Die **innere Wirksamkeit** bezeichnet die Auslösung der mit dem Verwaltungsakt verbundenen inhaltlich Wirkungen bzw. Rechtsfolgen.<sup>9</sup> Sie beginnt mit der Bekanntgabe, soweit nichts anderes bestimmt ist.<sup>10</sup> Sie kann sich nur noch unter den Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 SGB X davon lösen,<sup>11</sup> also z.B. durch §§ 44 ff. SGB X. Die Bindung erstreckt sich auf die im Verwaltungsakt getroffenen Regelungen (i.d.R. Verfügungssatz [Tenor], nicht Begründung).<sup>12</sup>

Die verschiedenen Wirkungen unterscheiden sich wie folgt (Beispiel: Bescheid vom 01.07., per Post versandt am 02.07., Zugang beim Adressaten am 04.07., Bewilligung einer Rente ab 01.09.):<sup>13</sup>

- Äußere Wirksamkeit am 04.07.
- Innere Wirksamkeit am 01.09.
- Formelle Bestandskraft ab 06.08. (Ablauf der Widerspruchsfrist)

## 2. Ausnahmen von der Bestandskraft

Die Bindung gilt gem. § 77 SGG nur „soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“ Die Bindungswirkung fehlt bei Verwaltungsakten, die nicht ordnungsgemäß gem. § 37 SGB X bekanntgegeben worden oder gem. § 40 SGB X nichtig sind.<sup>14</sup>

Die Bindung erlischt gem. § 39 Abs. 2 SGB X, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben wurde oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Die Aufhebungsvorschriften sind vor allem in §§ 44 ff. SGB X geregelt. In der Durchbrechung der Bindungswirkung liegt die Bedeutung und die Problematik dieser Vorschriften; hierbei erfolgt eine Abwägung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit, bestandskräftige Entscheidungen auch bestandskräftig zu lassen, und dem Gebot der Gerechtigkeit, eine in der Sache „richtige“ Entscheidung zu ermöglichen.<sup>15</sup>

## II. Begriff der Aufhebung

Aus § 39 Abs. 2 SGB X „anderweitig aufgehoben“ ergibt sich, dass der Begriff der Aufhebung als Oberbegriff zu sehen ist. Immer geht es um die **nachträgliche Korrektur** eines Verwaltungsakts.<sup>16</sup>

Eine Aufhebung kann aus vielfältigen Gründen notwendig sein, etwa wenn sich die Rechtslage oder die Tatsachen geändert haben oder wenn die Behörde oder der Betroffene nachträglich entdecken, dass die ursprüngliche Entscheidung zugunsten der Behörde bzw. des Betroffenen oder zu Ungunsten der Behörde bzw. des Betroffenen falsch war.

Aus den §§ 44 ff. SGB X die folgende Regelungsstruktur:

---

<sup>9</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 7.

<sup>10</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 7a.

<sup>11</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 9.

<sup>12</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 10.

<sup>13</sup> Vgl. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 7.

<sup>14</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, Vor §§ 44 – 49 Rn. 4.

<sup>15</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, Vor §§ 44 – 49 Rn. 3 m.w.N.

<sup>16</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, Vor §§ 44 – 49 Rn. 4.

Die Aufhebungsnormen unterscheiden danach, ob der Ausgangs-Verwaltungsakt rechtswidrig oder rechtmäßig war:

- Für die **Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts** gelten §§ 44, 45 SGB X. War der rechtswidrige Verwaltungsakt **begünstigend**, gilt § 45 SGB X. War er **nicht begünstigend**, gilt § 44 SGB X.
- Für den **Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts** gelten §§ 46, 47 SGB X. War der rechtmäßige Verwaltungsakt **begünstigend**, gilt § 47 SGB X. War er **nicht begünstigend**, gilt § 46 SGB X.
- Eine Sonderkategorie stellt die **Aufhebung** von Verwaltungsakten (mit Dauerwirkung) dar. Das sind Verwaltungsakte, die sich nicht in einem einmaligen Gebot oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpfen, sondern ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründen bzw. inhaltlich verändern.<sup>17</sup> Sie sind in der Regel bei Erlass rechtmäßig und können im Laufe der Zeit rechtswidrig werden. Eine Sonderkategorie bildet hierbei der von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Die Regelungen dazu finden sich in § 48 SGB X.

Es zeigt sich das folgende Schema:<sup>18</sup>

Maßgeblicher Zeitpunkt der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit	Begünstigend	Nicht begünstigend
Seit Erlass	Rechtmäßig und begünstigend: <b>Widerruf</b> für die Zukunft/für die Vergangenheit <b>§ 47 SGB X</b>	Rechtmäßig und nicht begünstigend: <b>Widerruf</b> für die Zukunft <b>§ 46 SGB X</b>
Anfänglich	Rechtswidrig und begünstigend: <b>Rücknahme</b> für die Zukunft/für die Vergangenheit <b>§ 45 SGB X</b>	Rechtswidrig und nicht begünstigend: <b>Rücknahme</b> für die Vergangenheit/Zukunft <b>§ 44 SGB X</b>
Nachträglich (rechtswidrig geworden)	Nachträglich rechtswidrig und begünstigend: <b>Aufhebung</b> für die Zukunft/Vergangenheit <b>§ 48 SGB X</b>	Nachträglich rechtswidrig und nicht begünstigend: <b>Aufhebung</b> für die Zukunft/Vergangenheit <b>§ 48 SGB X</b>

Diese Regelungen gelten nur bei **endgültigen Leistungen**. Für **vorläufige Leistungen** gilt gem. § 41a SGB II eine Sonderregelung: Die Leistungen werden zunächst gem. § 41a Abs. 1, Abs. 7 SGB II vorläufig gewährt. An die Stelle der Aufhebung tritt gem. § 41a Abs. 3 SGB II die **abschließende Entscheidung**.

Im Folgenden sollen nur die Probleme der wichtigsten Aufhebungsvorschriften §§ 45, 48 SGB X dargestellt werden.

### III. Notwendigkeit der Erstattung

Die Bewilligungsentscheidung ist gleichsam nur das „Versprechen“ der Behörde, eine Leistung zu erbringen. Wird die Leistung erbracht, „erfüllt“ die Behörde ihr Versprechen. Umgekehrt kann aber die Aufhebung nur dazu führen, dass das „Versprechen“ aufgehoben wird.

<sup>17</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R Rn. 16 – juris.

<sup>18</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, Vor §§ 44 – 49 Rn. 2.

Damit kann die Erfüllung noch nicht rückgängig gemacht werden. Dazu bestimmt § 50 Abs. 1 S. 1 SGB X, dass die **erbrachten Leistungen zu erstatten** sind, soweit ein **Verwaltungsakt aufgehoben** worden ist. Dies ist gem. § 50 Abs. 2 S. 1 SGB X auch statthaft, soweit **Leistungen ohne Verwaltungsakt** zu Unrecht erbracht worden sind.

Für vorläufige Leistungen gilt auch hier eine Sonderregelung: Gem. § 41a Abs. 6 S. 1 SGB II sind die aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen auf die abschließend festgestellten Leistungen anzurechnen. Überzahlungen, die nach der Anrechnung fortbestehen, sind gem. § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II zu **erstatten**.

#### IV. Aufhebung und Nachranggrundsatz

Die Aufhebung bzw. Rücknahme von Verwaltungsakten und Rückforderung von Leistungen sollen den Nachranggrundsatz in den Fällen wieder herstellen, in denen Leistungen erbracht werden, obwohl sie dem Leistungsempfänger nicht zustehen.<sup>19</sup> Diese Aussage bedarf der Einschränkung:

- Zum ersten kann eine Aufhebung und Rücknahme sowohl für die Zukunft als auch für die Vergangenheit erfolgen. Der Nachranggrundsatz kann dabei **nur für die Vergangenheit wiederhergestellt** werden, weil er für die Zukunft noch gar nicht eingetreten ist.
- Zum zweiten ist im Falle des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X eine **Änderung zugunsten des Betroffenen** vorgesehen; in diesem Fall kommt es auf das Ziel der Herstellung materieller Gerechtigkeit an, nicht auf die Durchsetzung des Nachranggrundsatzes.
- Zum dritten unterscheidet das Gesetz hinsichtlich der Rücknahme für die Vergangenheit zwischen verschuldensabhängigen und verschuldensunabhängigen Gründen. Nach diesseitiger Ansicht kann von einer Wiederherstellung des Nachranggrundsatzes nur in den Fällen der Aufhebung bzw. Rücknahme von Verwaltungsakten für die Vergangenheit gesprochen werden. In den anderen – verschuldensabhängigen – Fällen ist die Aufhebung bzw. Rücknahme die Reaktion des Gesetzgebers auf Pflichtverletzungen des Antragstellers. Dementsprechend gilt Folgendes:
  - Die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts ist in der Regel Reaktion auf eine Pflichtverletzung des Antragstellers. Er ist nur geschützt, wenn er sich auf Vertrauen berufen kann. Sein Vertrauen ist aber nicht schutzwürdig, soweit
    - er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat, § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X
    - der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat, § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X
    - er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte
  - Die Aufhebung eines Verwaltungsakts für die Vergangenheit kann aus drei Gründen erfolgen:
    - aus Gründen der Herstellung materieller Gerechtigkeit zugunsten des Antragstellers, § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X (Änderung zugunsten des Betroffenen)
    - aus Gründen der Herstellung des Nachrangs (Erzielen von Einkommen oder Vermögen nach Erlass des Verwaltungsakts, das zum Wegfall oder zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde, § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X)
    - als Reaktion auf eine Pflichtverletzung des Antragstellers:
      - der Antragsteller ist einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen, § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X

---

<sup>19</sup> Conradis in: Berlitz/Conradis/Sartorius, Existenzsicherungsrecht, Kapitel 57 Rdn. 1 (S. 1098).

- der Antragsteller wusste oder wusste infolge Verletzung der erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße nicht, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist, § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X

Die verschuldensabhängigen Aufhebungs- und Rückforderungsentscheidungen haben Sanktionscharakter und möglicherweise auch generalpräventive Wirkung.<sup>20</sup> Dagegen wird allerdings eingewandt, dass Sanktionen im Bereich des SGB II nur nach Maßgabe der §§ 31 ff. SGB II zulässig seien.<sup>21</sup>

## B. Rückforderung/Abgrenzung von der Aufhebung

Die Frage, ob ein Verwaltungsakt durch eine Aufhebung nach § 48 SGB X oder durch eine Rücknahme nach § 45 SGB X beseitigt werden kann, entscheidet sich danach, ob der Ursprungs-Verwaltungsakt bei seinem **Erlass** rechtmäßig oder rechtswidrig war.

### I. Maßgeblichkeit des Erlasszeitpunkts des Ursprungs-Verwaltungsakts

Weder § 48 Abs. 1 SGB X noch § 45 Abs. 1 SGB X sind im Sinne dieser Abgrenzung eindeutig:

- Gem. § 45 Abs. 1 SGB X ist eine Rücknahme statthaft, „soweit ein Verwaltungsakt ... rechtswidrig ist“
- Gem. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X ist eine Aufhebung statthaft, „soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt“

Dabei kommt der Begriff „Erlass“ nur in § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X vor; dort wird auf eine gegenüber der Situation beim Erlass eingetretene bzw. eintretende „wesentliche Änderung“ abgestellt. Im Rahmen des § 45 Abs. 1 SGB X wird der Zeitpunkt oder Zeitraum der Rechtswidrigkeit nicht problematisiert. Dies soll sich aber aus der Systematik der Korrekturvorschriften der §§ 44, 45, 48 SGB X ergeben. Danach regeln §§ 44, 45 SGB X die Fälle, in denen ein (nicht begünstigender oder begünstigender) Verwaltungsakt im Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig ist, während § 48 SGB X den Fall regelt, dass ein noch rechtmäßiger (Dauer-)Verwaltungsakt wegen Änderungen in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen in dieser Form nicht mehr erlassen werden dürfte.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08 Rn. 35 – juris zum Entzug von Leistungen bei falscher Angabe zum vorhandenen Vermögen und Rückforderung der gesamten Leistungen. Differenzierend LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25.07.2012 – L 5 AS 56/10 Rn. 48 – juris: „Durch die Anwendung des § 45 SGB X soll die materiell zutreffende Rechtslage hergestellt werden nach einer rechtswidrigen Begünstigung des Leistungsempfängers (...). Dabei ist der Normalfall, also die ordnungsgemäße Verwertung des Vermögens, zugrunde zu legen und nicht der atypische Fall einer verweigerten Verwertung. Die Regelung des § 45 SGB X hat keinen **über die genannte Zielsetzung hinausgehenden** Sanktionscharakter.“ (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>21</sup> SG Karlsruhe, Urteil vom 30.06.2011 – S 13 AS 1217/09 Rn. 31 – juris.

<sup>22</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 24; BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 159/11 R Rn. 13.

Gleichwohl entspricht die Abgrenzung nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zum Zeitpunkt des Erlasses des Ursprungs-Verwaltungsakts der ständigen und wohl auch unbestrittenen Rechtsprechung:<sup>23</sup>

- § 48 SGB X ist anwendbar, wenn sich die Sach- oder Rechtslage im Sinne eines Rechtswidrigwerdens geändert hat<sup>24</sup>
- § 45 SGB X findet Anwendung, wenn der Verwaltungsakt bereits zum Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war und deswegen geändert werden soll<sup>25</sup>

Ein Verwaltungsakt ist **erlassen**, wenn er wirksam geworden ist; dies ist mit der Bekanntgabe gem. § 39 Abs. 1 S. 1 SGB X der Fall; die Bekanntgabe eines schriftlichen Verwaltungsakts erfolgt mit dessen Zugang.<sup>26</sup> Dagegen kommt es nicht auf die Erstellung des Verwaltungsakts durch die Behörde<sup>27</sup> oder die Aufgabe zur Post an.<sup>28</sup>

Beispiel:<sup>29</sup>

18.06.2008: Erlass des Bewilligungsbescheids

(möglicherweise) 19.06.2008: Zufluss des Geldes (6.538,61 € aus einer Erbschaft)

BSG: Ist der **Zugang des Verwaltungsakts** nach dem Zufluss des Geldes erfolgt, ist Rechtsgrundlage für die Rücknahme des Bescheids vom 18.06.2008 § 45 SGB X

## II. Frage der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit

Die Frage, ob der Ursprungs-Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, richtet sich nach den **objektiven Verhältnissen** im Zeitpunkt des Erlasses des Ursprungs-Verwaltungsakts.<sup>30</sup> Es kommt nicht darauf an, ob der Leistungsträger die entsprechenden Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erlasses gekannt hat oder nicht.

## III. Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt des Erlasses (Anwendungsbereich des § 45 SGB X)

§ 45 Abs. 1 SGB X ist nur für rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte anwendbar. Normzweck ist die Lösung des Konflikts zwischen dem **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** und dem

---

<sup>23</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 31 mit Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BSG, z.B. BSG, Urteil vom 01.06.2006 – B 7a AL 76/05 R Rn. 13 – juris; BSG, Urteil vom 24.02.2011 – B 14 AS 45/09 R Rn. 15 m.w.N.; vgl. auch BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R Rn. 13 m.w.N.

<sup>24</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 22/10 R Rn. 16 m.w.N. – juris.

<sup>25</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 17; BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R Rn. 15 m.w.N.

<sup>26</sup> BSG, Urteil vom 16.12.2008 – B 4 AS 48/07 R Rn. 16 – juris.

<sup>27</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 31 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 01.06.2006 – B 7a AL 76/05 R Rn. 13 – juris.

<sup>28</sup> So aber Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 39 Rn. 18, § 45 Rn. 24, § 48 Rn. 8, 13.

<sup>29</sup> BSG, Urteil vom 24.02.2011 – B 14 AS 45/09 R Rn. 16 (hier nicht abschließend festgestellt, deshalb Zurückverweisung an das Landessozialgericht).

<sup>30</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 22/10 R Rn. 16 m.w.N. – juris .

**Grundsatz der Rechtssicherheit** (Vertrauensschutz des Bürgers, dem der Leistungsträger zu Unrecht eine Begünstigung zugesprochen hat). § 45 SGB X räumt dem Grundsatz der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz den Vorrang ein,<sup>31</sup> was zu einem „Bestandsschutz für Unrechtspositionen“<sup>32</sup> führen kann.

## 1. Begünstigung

Inhalt des Ursprungs-Verwaltungsakts muss die Begründung oder Bestätigung eines Rechts oder eines rechtlich erheblichen Vorteils sein. **Recht** ist jede individuelle Rechtsposition, die nach § 2 SGB I in den Geltungsbereich des Sozialgesetzbuchs einbezogen ist und den Rechtskreis des Berechtigten **erweitert**.<sup>33</sup> Dies ist der Fall bei der Bewilligung einer Leistung.

**Rechtlich erheblicher Vorteil** ist jede **tatsächlich günstige Wirkung**, soweit sie nach der Verkehrsauffassung als schutzwürdig anzusehen ist und – als rechtlich erheblich – im Rechtsverkehr Bedeutung haben kann, z.B.<sup>34</sup>

- jede Berechtigung (z.B. die, eine Leistung beanspruchen und behalten zu dürfen)
- die Aufhebung einer Belastung
- das Absehen von einer Forderung
- das Entsprechen eines Antrags

**Nicht begünstigend** sind Ablehnungsbescheide, Bescheide über die Einstellung von Leistungen, Rückforderungsbescheide nach § 50 SGB X oder Aufhebungsbescheide nach § 48 SGB X. Belastende Bescheide können nur gem. § 44 SGB X aufgehoben werden.<sup>35</sup>

Enthält ein Verwaltungsakt gleichzeitig vorteilhafte und nachteilige Wirkungen (gemischter Verwaltungsakt), richtet sich die Rücknahme nach § 45 SGB X, wenn die vorteilhafte Wirkung beseitigt werden soll.<sup>36</sup>

## 2. Rechtswidrigkeit

### a) Begriff der Rechtswidrigkeit

Eine **Rechtswidrigkeit** (im Zeitpunkt des Erlasses) liegt vor, wenn die (begünstigende) Regelung mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmt.<sup>37</sup> Maßstab dafür ist das materielle Recht, in der Regel also §

---

<sup>31</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 4.

<sup>32</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 4 unter Verweis auf Schickedanz, ZfSH/SGB 2015, 21 (29).

<sup>33</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 22.

<sup>34</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 22.

<sup>35</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (181).

<sup>36</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 23 m.w.N.; Löcher, NDV 2002, 180 (181).

<sup>37</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 28.

7 Abs. 1 S. 1 SGB II.<sup>38</sup> Dagegen löst die Berichtigung offenkundiger Unrichtigkeiten im Sinne des § 38 SGB X die Anwendung des § 45 SGB X nicht aus, da die Berichtigung nicht den Inhalt der Entscheidung, sondern nur dessen Verlautbarung ändert und damit nur klarstellt, was wirklich gewollt war.<sup>39</sup>

## b) Beweis für die Rechtswidrigkeit

Der Leistungsträger hat den **Beweis für die Rechtswidrigkeit** zu führen. Er muss die Rechtswidrigkeit ausreichend im Bescheid begründen, ansonsten ist der Bescheid materiell-rechtlich **rechtswidrig**.<sup>40</sup> Im **behördlichen Verfahren** hat er gem. § 20 SGB X alle Tatsachen zu ermitteln,<sup>41</sup> wozu – bei Anrechnung von Partnereinkommen – auch ein Verfahren gem. § 60 Abs. 4 SGB II gehören kann.<sup>42</sup> Je nach den Erkenntnissen aus den weiteren Sachverhaltsermittlungen kommt auch die **Schätzung der Einnahmen** gem. § 287 ZPO in Betracht, wenn geeignete Anknüpfungstatsachen vorliegen.<sup>43</sup> Liegen **Indizien** dafür vor, dass eine leistungsberechtigte Person höhere Einnahmen hatte als von dem Leistungsträger ermittelt, kann sie so zu behandeln sein, als ob ihre Hilfebedürftigkeit durchgehend nicht vorgelegen hätte.<sup>44</sup>

Ist eine Aufklärung und auch keine Schätzung mehr möglich, ist eine **Beweislastentscheidung** zu treffen. Hierfür gelten die folgenden Grundsätze:

- In der Regel geht die Unerweislichkeit einer Tatsache grundsätzlich zu Lasten desjenigen, der aus ihr eine ihm günstige Rechtsfolge herleitet (hier: die Behörde hat die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids zu beweisen, wenn sie ihn zurücknimmt)<sup>45</sup>
- Eine Umkehr der Beweislast ist aber gerechtfertigt, wenn eine besondere Beweisnähe zu einem Beteiligten besteht. Das ist anzunehmen, wenn in dessen persönlicher Sphäre oder in dessen Verantwortungssphäre wurzelnde Vorgänge nicht aufklärbar sind und die zeitnahe Aufklärung des Sachverhalts durch unterlassene Angaben oder unzureichende Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung erschwert oder verhindert wird.<sup>46</sup>

Im **gerichtlichen Verfahren** kann die Behörde zwar **neue Tatsachen und Rechtsgründe nachschieben**, ist aber bei Anfechtungsklagen dahingehend eingeschränkt, dass der Verwaltungsakt dadurch **nicht in seinem Wesen verändert** wird und der Betroffene infolgedessen nicht in seiner

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu BSG, Urteil vom 23.05.2012 – B 14 AS 133/11 R Rn. 17 ff.: Ablehnung einer Rechtswidrigkeit allein wegen Unzuständigkeit des Leistungsträgers (keine Rechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen § 36 SGB II).

<sup>39</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 10.

<sup>40</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R; Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 24c (sehr weitgehend, wohl einzelfallbezogen zu verstehen).

<sup>41</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R Rn. 18.

<sup>42</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R Rn. 19, 21.

<sup>43</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 28 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 03.12.2015 – B 4 AS 47/14 R.

<sup>44</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 16 Rn. 29, 32 (in der Höhe nicht geklärte Einnahmen aus Glücksspielgewinnen).

<sup>45</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 16, 20 m.w.N., 30; Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 29 m.w.N.

<sup>46</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 16 Rn. 30 m.w.N.; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 32 m.w.N. Vgl. auch Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 29 m.w.N.

Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird.<sup>47</sup> Stellt die Behörde unzureichende Ermittlung an, muss die Ermittlung im gerichtlichen Verfahren nicht nachgeholt werden.<sup>48</sup>

### c) Einzelheiten zur Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit kann darauf beruhen, dass dem Verwaltungsakt ein **falscher Sachverhalt** zugrunde gelegt wurde oder der Sachverhalt **rechtlich fehlerhaft bewertet** wurde (arg. § 44 Abs. 1 S. 1 SGB X).<sup>49</sup> Die Rechtswidrigkeit muss von Beginn an vorliegen, d.h. bereits zum Zeitpunkt des Erlasses.<sup>50</sup> Spätere Änderungen führen nicht nur Rechtswidrigkeit. Solche Änderungen werden nach § 48 SGB X abgewickelt.<sup>51</sup> Fällt die Rechtswidrigkeit nachträglich fest, ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zu überlegen, von der Rücknahme vollständig abzusehen oder sie zumindest mit einer Neubewilligung entsprechend der neuen Rechtslage zu verbinden.<sup>52</sup>

#### aa) Fehler in der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts

Ein Fehler in der Beurteilung des Sachverhalts liegt dann vor, wenn der Verwaltungsakt materiell rechtswidrig ist, d.h. wenn die im Verfügungssatz getroffene Regelung im Gesetz keine Grundlage findet.<sup>53</sup> Ein Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn er Leistungen **endgültig festsetzt**, wenn etwa die Höhe des erwarteten Einkommens noch ungewiss ist und deshalb nur eine **vorläufige Entscheidung** hätte getroffen werden dürfen.

Dagegen führen formelle Fehler nicht zur Rechtswidrigkeit des Bescheids, wenn die Entscheidung selbst materiell richtig ist. Die Behörde soll nicht dafür belohnt werden, dass sie gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat.<sup>54</sup> Entscheidend kommt es daher darauf an, ob die Verletzung der Verfahrensvorschrift Auswirkungen auf das Ergebnis der Entscheidung hatte oder nicht.<sup>55</sup>

#### bb) Fehler bei der Bildung des Sachverhalts

Auf einem Sachverhaltsfehler beruht jede Entscheidung, die auf einem Sachverhalt beruht, der sich als unzutreffend erweist.<sup>56</sup> Beispielsfälle sind die falschen Angaben des Berechtigten zu seinem Bedarf.

#### cc) Beispiele

Beispiele für die objektive Rechtswidrigkeit bei Erlass sind:

---

<sup>47</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R Rn. 23 m.w.N.

<sup>48</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 30/14 R Rn. 22.

<sup>49</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (181).

<sup>50</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 31 m.w.N.

<sup>51</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (182).

<sup>52</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 33.

<sup>53</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (181).

<sup>54</sup> So Löcher, NDV 2002, 180 (182).

<sup>55</sup> Schütze in: von Wulffen, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 30.

<sup>56</sup> Schütze in: von Wulffen, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 29.

- Der Leistungsträger erlässt einen **endgültigen Bescheid** statt einen **vorläufigen Bescheid** auf Grundlage eines nicht endgültig aufgeklärten Sachverhalts unabhängig davon, zu welchen Ermittlungen sich die Verwaltung aufgrund der Angaben des Antragstellers vor Erlass des Ausgangsverwaltungsakts gedrängt sehen musste<sup>57</sup>
- Der Berechtigte erzielt ein **Altersruhegeld** und ist damit zum Zeitpunkt der Bewilligung von Leistungen gem. § 7 Abs. 4 SGB II vom Leistungsbezug **ausgeschlossen**<sup>58</sup>
- Der Berechtigte erzielt zum Zeitpunkt der Bewilligung Einkommen aus selbständiger Tätigkeit, das bei Berücksichtigung dessen Bedarf vollständig deckt<sup>59</sup>
- Der Berechtigte erhält Leistungen für eine Unterkunft, die er nicht (vorrangig) nutzt<sup>60</sup>
- Der Berechtigte übt zum Zeitpunkt der Antragstellung noch keine Erwerbstätigkeit aus, nimmt sie aber vor Bekanntgabe auf und erzielt daraus Einkommen; dann beruht der Verwaltungsakt **zum Zeitpunkt seines Erlasses** auf einem falschen Sachverhalt, und § 45 SGB X ist anwendbar.<sup>61</sup>
- Der Berechtigte hat Einmaleinkommen erzielt, das für den in Betracht kommenden Zeitraum anzurechnen gewesen wäre<sup>62</sup>  
 Beispiel:  
 Bescheid 26.10.2005 Leistungen 01.10.2005 bis 31.03.2006  
 Bescheid 31.03.2006 Leistungen 01.02.2006 bis 31.03.2006  
 Bescheid 24./25.04.2006 Leistungen 01.04.2006 bis 30.09.2006  
 Bescheid 13.05.2006 Leistungen ab 01.07.2006  
 Bescheid 14.09.2006 Leistungen 01.10.2006 bis 31.03.2007  
 19.12.2005 Zahlung Abfindung 23.838,11 €; Verteilzeitraum (hier: 01.01.2006 bis 31.12.2006); Bewilligungszeitraum 01.10.2005 bis 31.03.2006; 01.04.2006 bis 31.03.2007); die Bescheide ab 01.04.2006 waren wegen des anzurechnenden Einkommen (wenn es noch vorhanden war) rechtswidrig
- Eine Prognoseentscheidung ist nur dann rechtswidrig, wenn der Leistungsträger die der Prognose zugrunde zulegenden Tatsachen nicht richtig festgestellt oder nicht alle wesentlichen in Betracht kommenden Umstände hinreichend gewürdigt oder aus den ermittelten Umständen und Tatsachen falsche Schlüsse gezogen hat<sup>63</sup>

*(1) Rechtswidrigkeit wegen über den Bewilligungszeitraum anzurechnenden Einmaleinkommens*

Hinsichtlich des über den Bewilligungszeitraum anzurechnenden Einmaleinkommens gilt Folgendes:

Es ist zu prüfen, ob das normativ zu verteilende Einkommen tatsächlich noch vorhanden ist:

„Zwar spricht hierfür die **normative Verteilregelung des § 2 Abs. 3 S. 3 Alg II-VO** [Anmerkung: jetzt § 11 Abs. 3 S. 4 SGB II: Verteilung auf sechs Monate], die grundsätzlich vorsieht, dass eine einmalige Einnahme - unabhängig vom Ablauf eines Bewilligungsabschnitts und einer erneuten Antragstellung

<sup>57</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 17 – juris. Vgl. auch Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 12a; Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 32.

<sup>58</sup> BSG, Urteil vom 07.12.2017 – B 14 AS 7/17 R Rn. 14 ff. (russische Altersrente; hier war noch zu prüfen, ob wirklich ein Leistungsausschluss vorlag)

<sup>59</sup> BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 36.

<sup>60</sup> BSG, Urteil vom 23.05.2012 – B 14 AS 133/11 R Rn. 20 f.: Leistungen nur für die Unterkunft am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts.

<sup>61</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (182 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 13.12.1984 - 9a RV 40/83 Rdn. 10 – BSGE 57, 274).

<sup>62</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 29.

<sup>63</sup> Geiger info also 2014, 147 (148).

über den angemessenen Zeitraum von zwölf Monaten als oberste Grenze - zu verteilen und weiterhin zu berücksichtigen ist.“<sup>64</sup>

„Aufgrund der rechtlichen Ausgangslage bei § 45 SGB X ist jedoch zu prüfen, ob die von der Klägerin bei den erneuten Antragstellungen am 07.04.2006 und 12.09.2006 angegebene **Hilfebedürftigkeit wegen des Nichtvorhandenseins von Mitteln zur Deckung des Lebensunterhalts dennoch tatsächlich gegeben** war, weil hier ein (zwischenzeitlicher) **Verbrauch der zugeflossenen Mittel** geltend gemacht wird. Waren die Mittel aus der Abfindung tatsächlich und unwiederbringlich verbraucht, standen „bereite Mittel“ also bei den erneuten Bewilligungen tatsächlich - auch nicht als Restbeträge - zur Verfügung, erweisen sich diese nicht als anfänglich rechtswidrig i.S. von § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X. Insofern haben die **tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der nur normativen** und als Berechnungsgrundlage zu verstehenden Regelung des § 2 Abs. 3 Alg II-V den **Vorrang** (...). Ist nach weiteren Feststellungen des LSG eine anfängliche Rechtswidrigkeit der bezeichneten Bewilligungsbescheide zu bejahen, ist weiter zu prüfen, ob - nach Ablauf des zwölfmonatigen Verteilzeitraums zum 31.12.2006 - ein ggf. noch vorhandener Betrag aus der Abfindung **als zu berücksichtigendes Vermögen** die Rücknahme der bestandskräftigen Bewilligung auch für den Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.03.2007 rechtfertigen konnte,<sup>65</sup> wobei die Klägerin wieder anzuhören wäre. Hier musste das LSG noch folgendes prüfen:<sup>66</sup>

- Ermittlung,
  - ob,
  - in welcher Höhe und
  - wann die Abfindungszahlung bereits Anfang 2006 verwendet und auch Restbeträge aus der Abfindung nicht mehr vorhanden waren und auch nicht realisiert werden konnten
- Die objektive Feststellungslast für das Vorliegen einer anfänglichen Rechtswidrigkeit liegt - nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts - grundsätzlich bei der Behörde
- Es dürfte aber eine Beweislastumkehr zu erwägen sein. Das BSG verweist auf tatsächliche Fallgestaltungen, in denen der Gegner der beweisbelasteten Partei den Beweis vereitelt oder erschwert oder die Beweisführung unmöglich ist, weil die zu beweisenden Tatsachen sich im Bereich des Gegners abgespielt haben und dieser an der ihm möglichen Sachverhaltsaufklärung nicht oder nicht rechtzeitig mitgewirkt hat, wobei die in arbeitsförderungsrechtlichen Angelegenheiten zuständigen Senate dies vor allem bei unterlassenen Angaben zu Vermögenswerten bei der Antragstellung angenommen haben

## *(2) Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit bei rechtswidrigen Elementen in einem Verwaltungsakt*

§ 48 SGB X ist auch dann anwendbar, wenn der Bescheid zwar rechtswidrig ist, aber zusätzlich dazu eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eintritt:

A und B sind verheiratet. B befindet sich in einer Ausbildung zur Altenpflegerin, A arbeitet (offiziell) nicht. Beide erhalten Leistungen nach dem SGB II. A verdient nach Erlass des Bewilligungsbescheides Geld als Türsteher diverser Diskotheken. Dies gibt er weder dem Leistungsträger noch seiner Ehefrau an. Jahre später – A und B sind inzwischen geschieden – wird der Einkommenszufluss bekannt. Die Bewilligung von Leistungen für B wird aufgehoben.

---

<sup>64</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 30.

<sup>65</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 31.

<sup>66</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 32.

Für eine Anwendung des § 48 Abs. 1 SGB X könnte sprechen, dass der Bescheid bei Erlass rechtmäßig war und durch den Zufluss des Einkommens rechtswidrig geworden ist (wobei zu prüfen wäre, ob jemand im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X Einkommen „erzielt“ hat, wenn er von diesem Einkommen nichts wusste).

Für eine Anwendung des § 45 Abs. 1 SGB X könnte jedoch sprechen, dass der Bescheid schon bei Erlass rechtswidrig war. Weil sich B in einer Ausbildung befand, war sie gem. § 7 Abs. 5 SGB II vom Leistungsbezug nach dem SGB II komplett ausgeschlossen.

Das BSG hat dazu die folgenden Grundsätze formuliert:<sup>67</sup>

- Bei § 48 SGB X sind die zum Zeitpunkt des Widerrufs bestehenden tatsächlichen Verhältnisse mit den Verhältnissen zu vergleichen, die im Zeitpunkt der letzten Leistungsbewilligung mit vollständiger Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen vorhanden gewesen sind.<sup>68</sup>
- Die Regelung des § 48 SGB X unterscheidet nach ihrem Wortlaut nicht danach, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war; § 48 SGB X ist auch auf von Anfang an rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte anwendbar, insbesondere bei einer wesentlichen Änderung der maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse. „... der Begünstigte (muss) sowohl bei rechtmäßiger als auch bei rechtswidriger Leistungsbewilligung damit rechnen, dass eine Überprüfung des Leistungsbezugs erfolgt“.<sup>69</sup> Im Falle der rechtswidrigen Leistungsbewilligung bedeutet dies:
  - Es muss eine Änderung der Verhältnisse feststellbar sein.<sup>70</sup>
  - Zur Wahrung des Vertrauensschutzes des Betroffenen ist erforderlich, dass die Umstände, deren Änderung geltend gemacht wird, aus dem Bescheid als maßgeblich erkennbar sind.<sup>71</sup>

Diese Voraussetzungen lägen hier vor: Zwar war der Verwaltungsakt bezüglich B von Anfang an rechtmäßig, weil sie gem. § 7 Abs. 5 SGB II vom Leistungsbezug ausgeschlossen war. Aus dem Bescheid war aber (darüber hinaus) erkennbar, dass (nur) das Ausbildungsgehalt als Einkommen berücksichtigt wurde. Steht jetzt darüber hinaus Schwarzgeld zur Bedarfsdeckung zur Verfügung, stellt dies eine Änderung der Verhältnisse dar, die auch im Ursprungsbescheid als Berücksichtigung von Einkommen ohne weiteres als maßgeblich erkennbar war.

Das BSG hat dies jetzt in einem Fall knapp wie folgt formuliert: „§ 45 SGB X sperrt die Aufhebung nach § 48 SGB X wegen einer nachträglichen Änderung in jenen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, auf denen die (ursprüngliche) Rechtswidrigkeit nicht beruht, nicht.“<sup>72</sup>

Fall dazu:

Bescheid 05.09.2005 Leistungen August 2005 bis Januar 2006

22.08.2005 Antrag auf BAföG-Leistungen für eine Ausbildung ab

25.08.2005 Ausbildungsbeginn

Bescheid 30.11.2005: Bewilligung BAföG-Leistungen ab August 2005

---

<sup>67</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R; zuletzt bestätigend BSG, Beschluss vom 19.07.2010 – B 8 SO 22/10 B Rn. 7 – juris.

<sup>68</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R Rn. 19 – juris.

<sup>69</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R Rn. 24 – juris.

<sup>70</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R Rn. 25 – juris.

<sup>71</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2005 – B 3 P 8/04 R Rn. 33 – juris.

<sup>72</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 26 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 11.04.2002 – B 3 P 8/01 R Rn. 18; ausführlich Padé in: jurisPK-SGB X, 1. Auflage, § 45 SGB X Rn. 56 ff.

Der Bescheid vom 05.09.2005 war rechtswidrig, weil die Leistungsempfängerin bereits bei Erlass des Bescheids vom 05.09.2005 gem. § 7 Abs. 5 SGB V wegen tatsächlichen Betreibens der Ausbildung ausgeschlossen war; der Leistungsempfängerin kam aber u.U. Vertrauensschutz zugute, weil sie möglicherweise nicht wusste bzw. grob fahrlässig nicht wusste, dass sie bei Durchführung einer Ausbildung vom Bezug von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen sei. Aber es kommt eine Anrechnung der BAföG-Zahlungen gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X in Betracht.

*(3) Rechtswidrigkeit bei fortgesetzter Falschangabe (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08)*

Fall:

22.02.2005 Antrag auf Leistungen Angabe: kein Vermögen über 4.850,00 €; Tatsächlich: Vermögen 10.337,49 €

08.03.2005 Bescheid Leistungen März 2005 bis August 2005

02.08.2005 Fortzahlungsantrag; keine Änderung in den Verhältnissen

15.08.2005 Bescheid Leistungen September 2005 bis Februar 2006

07.02.2006 Fortzahlungsantrag; keine Änderungen in den Verhältnissen

23.02.2006 Bescheid Leistungen März 2006 bis August 2006

24.07.2006 Fortzahlungsantrag; keine Änderung in den Verhältnissen

27.07.2006 Bescheid Leistungen September 2006 bis Februar 2007

22.01.2007 Rücknahme der Leistungen von März 2005 bis November 2006 in Höhe 10.581,97 €

Streitig noch: Rücknahme- und Erstattungsbescheid bezüglich des Zeitraums 01.09.2005 bis 31.12.2006

Das Landessozialgericht hat die Rücknahmeentscheidung bestätigt. Dass die Höhe der Rückforderung die Freibeträge übersteigt, ist uninteressant:<sup>73</sup>

„Zwar ist dem Kläger zuzugeben, dass er, hätte er bei der Erstantragstellung die vorhandenen Vermögenswerte richtig und vollständig angegeben und aufgrund dessen zunächst keine Leistung erhalten, vermutlich schon nach etwa zwei Monaten - und mithin sicherlich im Zeitpunkt der Folgeantragstellung - hilfebedürftig im Sinne des § 9 Abs. 1 SGB II gewesen wäre und einen entsprechenden Leistungsanspruch gehabt hätte. Anders als nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht kommt es darauf jedoch nach dem Konzept des SGB II nicht an. Danach besteht ein Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nur dann, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt einzusetzendes Einkommen oder Vermögen nicht vorhanden ist („Alles-oder-nichts-Prinzip“ ...). Auch bei nur geringfügiger Überschreitung der Freigrenzen nach § 12 Abs. 2 SGB II besteht erst dann ein Anspruch, wenn der die Hilfebedürftigkeit ausschließende Teil des Vermögens aufgezehrt ist. Solange das anzurechnende Vermögen nicht verbraucht ist, etwa weil der Betreffende zu Unrecht Leistungen erhalten hat und daher auf seine Ersparnisse nicht hat zurückgreifen müssen, schließt es, etwa im Fall einer erneuten Antragstellung, die rechtmäßige Gewährung von Leistungen jederzeit und für unbegrenzte Dauer aus, auch wenn es tatsächlich nur für eine kurze Zeit ausgereicht hätte. Eine Bilanzierung dergestalt, dass der Wert des anzurechnenden Vermögens dem im Anspruchszeitraum entstandenen Bedarf gegenübergestellt wird und Leistungen insoweit zu gewähren sind, als ein Bedarfsüberhang verbleibt, sieht das Gesetz nicht vor.“

Dass die bei den Folgeanträgen gemachten Angaben, die Verhältnisse hätten sich nicht geändert, richtig gewesen seien, entlaste den Kläger nicht:<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08 Rn. 28 – juris.

<sup>74</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08 Rn. 29 – juris unter Verweis auf LSG Saarland, Urteil vom 18.02.1999 – L 6 AL 6/98 – NZS 2000, 102.

„Macht ein Leistungsempfänger falsche Angaben und erklärt er im Zusammenhang mit der Beantragung von Folgeleistungen, es habe keine wesentlichen Änderungen gegeben, so ist auch dies unrichtig“.

*(4) Rechtswidrig nicht berücksichtigtes Vermögen (BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R)*

Bewilligungsentscheidungen 01.06.2006 bis 31.10.2013

Angabe Vermögen 2.675,96 €; Verschweigen eines Sparkontos (2006: 12.693,00 €; 10/2013: 18.491,00 €)

Aufhebung Leistungen 01.06.2006 bis 31.10.2013; Rückforderung 31.233,72 €

Die Bewilligungsbescheide waren sämtlich objektiv rechtswidrig. Die Grundvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II lagen nicht vor, weil dem Kläger im gesamten Rücknahmezeitraum „zu Beginn eines jeden Monats ausreichende Vermögensmittel [zur Verfügung standen], die vorrangig zur Sicherung seines Lebensunterhalts einzusetzen waren (vgl. § 2 Abs. 2 SGB II ...)“<sup>75</sup>

Die Höhe des Vermögens ist wie folgt zu ermitteln:<sup>76</sup>

- Erfassung der verwertbaren Vermögensgegenstände, § 12 Abs. 1 SGB II
- Nichtberücksichtigung des Vermögens gem. § 12 Abs. 3 SGB II
- Abzug des Vermögens gem. § 12 Abs. 2 SGB II

Im konkreten Fall stand dem Kläger ständig Vermögen oberhalb des Freibetrags zur Verfügung:<sup>77</sup>

Zeitraum zum	Vermögen	Grundfreibetrag	Freibetrag An- schaffungen	Überschießend
01.05.2006	12.693,00 €	7.800,00 €	750,00 €	4.143,00 €
01.08.2006	13.241,00 €	5.850,00 €	750,00 €	6.641,00 €
01.02.2007	13.735,00 €	5.850,00 €	750,00 €	7.135,00 €
01.05.2007	14.145,00 €	6.000,00 €	750,00 €	7.395,00 €
01.08.2007	14.505,00 €	6.000,00 €	750,00 €	7.654,00 €
01.11.2007	14.505,00 €	6.000,00 €	750,00 €	7.755,00 €
01.01.2008	14.858,00 €	6.000,00 €	750,00 €	8.108,00 €
01.02.2008	14.886,00 €	6.000,00 €	750,00 €	8.136,00 €
01.05.2008	15.184,00 €	6.150,00 €	750,00 €	8.284,00 €
01.08.2008	14.718,00 €	6.150,00 €	750,00 €	7.818,00 €
01.11.2008	14.794,00 €	6.150,00 €	750,00 €	7.894,00 €
01.02.2009	15.528,00 €	6.150,00 €	750,00 €	8.628,00 €
01.05.2009	16.009,00 €	6.300,00 €	750,00 €	8.959,00 €
01.08.2009	15.610,00 €	6.300,00 €	750,00 €	8.560,00 €
01.11.2009	16.563,00 €	6.300,00 €	750,00 €	9.513,00 €
01.02.2010	16.196,00 €	6.300,00 €	750,00 €	9.146,00 €
01.05.2010	17.120,00 €	6.450,00 €	750,00 €	9.920,00 €
01.08.2010	16.906,00 €	6.450,00 €	750,00 €	9.706,00 €
01.11.2010	17.072,00 €	6.450,00 €	750,00 €	9.872,00 €
01.02.2011	17.449,00 €	6.450,00 €	750,00 €	10.249,00 €
01.05.2011	18.045,00 €	6.600,00 €	750,00 €	10.695,00 €

<sup>75</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 14.

<sup>76</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 15.

<sup>77</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 16.

01.08.2011	18.604,00 €	6.600,00 €	750,00 €	11.254,00 €
01.11.2011	18.845,00 €	6.600,00 €	750,00 €	11.495,00 €
01.02.2012	16.894,00 €	6.600,00 €	750,00 €	9.544,00 €
01.05.2012	16.942,00 €	6.750,00 €	750,00 €	9.442,00 €
01.08.2012	17.458,00 €	6.750,00 €	750,00 €	9.958,00 €
01.11.2012	17.619,00 €	6.750,00 €	750,00 €	10.119,00 €
01.02.2013	18.893,00 €	6.750,00 €	750,00 €	11.393,00 €
01.05.2013	17.706,00 €	6.900,00 €	750,00 €	10.056,00 €
01.08.2013	18.491,00 €	6.900,00 €	750,00 €	10.841,00 €

Für die Ermittlung der Rechtswidrigkeit kommt es nicht darauf an, ob das Vermögen zur Deckung der Bedarfe über den gesamten Rücknahmezeitraum ausgereicht hätte;<sup>78</sup> vielmehr kommt es zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit auf die Situation bei Erlass des Ausgangsverwaltungsakts an. Danach ist vorhandenes, zu verwertendes und verwertbares Vermögen so lange zu berücksichtigen, wie es tatsächlich vorhanden ist.<sup>79</sup> Eine fiktive Verteilung des Vermögens mit der Folge, dass das Vermögen im Laufe der Zeit fiktiv abnimmt, kommt nicht in Betracht, weil eine § 9 Alhi-VO a.F. entsprechende Vorschrift im SGB II fehlt.<sup>80</sup>

Folge ist gem. § 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II i.V. mit § 330 Abs. 2 SGB III i.V. mit § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X die zwingende Rücknahme der Bescheide, soweit übersteigendes Vermögen vorhanden ist.<sup>81</sup> Die Berücksichtigung von Härten ist nicht möglich, genausowenig kann ein unbilliges Ergebnis über Ermessen korrigiert werden.<sup>82</sup> Das überschießende Vermögen kann auch nicht als Härtevermögen im Sinne des § 12 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 2. Fall SGB II angesehen werden.<sup>83</sup> Allerdings kommt dann zur Vermeidung unbilliger Härten ein Forderungserlass gem. § 44 SGB II in Betracht.<sup>84</sup>

Mit dieser Entscheidung wird ein Problem angesprochen, das noch nicht zufriedenstellend gelöst ist. Die volle Rücknahme der Bewilligung wird als **unbillig** empfunden. Wenn der Leistungsempfänger das Vermögen angegeben hätte, hätte er nur einen kleinen Teil (hier rund 7.500,00 € bis 11.500,00 €) verbrauchen müssen und wäre leistungsberechtigt gewesen. Für den Fall, dass dies später entdeckt wird, führt dies zu einer Rücknahme und Rückforderungen von Leistungen, die über die Höhe des Vermögens hinausgehen (hier 31.000,00 €). Die Rechtsprechung geht statisch davon aus, dass das im Zeitpunkt der Bewilligung vorhandene Vermögen einem Anspruch entgegensteht.<sup>85</sup> Dies wird u.a. mit dem in § 45 SGB X enthaltenen Sanktionscharakter gerechtfertigt, was möglicherweise auch generalpräventive Wirkung habe.<sup>86</sup>

Diese Rechtsprechung wird jedoch mit der Begründung kritisiert, sie unterscheide nicht hinreichend zwischen der **(prospektiven) Bewilligungssituation** und der **(retrospektiven) Rückforderungssituation**.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 18.

<sup>79</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 19 m.w.N.

<sup>80</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 20.

<sup>81</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 21.

<sup>82</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 23.

<sup>83</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 24 gegen Berlit, info also 2011, 225 f.; Geiger in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 12 Rn. 105.

<sup>84</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 15/17 R Rn. 26 ff.

<sup>85</sup> Vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 19.12.1997 – 5 C 7.96; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08 Rn. 28 – juris. Vgl. auch Lange in: Eicher/Luik, SGB II, 6. Auflage, § 12 Rn. 30 m.w.N.

<sup>86</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.03.2010 – L 5 AS 2340/08 Rn. 35 – juris.

<sup>87</sup> Berlit, Anmerkung zu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2011 – L 12 AS 4994/10, info also 2011, 225. Dagegen jetzt BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 19.

- Geht es um die Frage, ob und welches Vermögen **bei Antragstellung** vorhanden ist, ist es zumutbar, dass der Antragsteller auf die Verwertung des Vermögens verwiesen wird. Er hat es in der Hand, das Vermögen zu verbrauchen; in diesem Fall tritt Bedürftigkeit nach dem Verbrauch des (überschüssigen) Vermögens ein. Er hat es auch in der Hand, das Vermögen nicht zu verbrauchen und darauf zu beharren, es sei z.B. nicht anrechnungsfähig; das damit verbundene Risiko einer Fehleinschätzung (mehrfache Anrechnung seines Vermögens in dem laufenden und in folgenden Bewilligungsabschnitten) kann er tragen.
- Geht es um die Frage, ob und welches Vermögen einem früher entstandenen Anspruch entgegenstand, steht dem Antragsteller die Reaktionsmöglichkeit nicht mehr zur Verfügung, die Wirkung der Mehrfachanrechnung durch eigenes Verhalten zu vermeiden. Damit wirkt sich die Rücknahme bzw. Aufhebung und Rückforderung gem. § 45 ff. SGB X **wie eine zusätzliche Sanktionierung** im Sinne einer Bestrafung des Antragstellers aus. Im Ergebnis ist die Wirkung härter als im Rahmen des Ersatzanspruchs bei sozialwidrigem Verhalten. Dort ist von der Geltendmachung abzusehen, soweit sie eine Härte bedeuten würde.

Zur Lösung dieses Problems werden mehrere Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen:

- Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hatte das bei Anwendung der §§ 45, 48 SGB X konsequente Ergebnis auf der **Ermessensebene** korrigiert; danach war die Aufhebung bzw. Rücknahme möglicherweise ermessensfehlerhaft, wenn dem zurückgeforderten Gesamtbetracht ein erheblich geringerer Vermögenswert gegenübersteht.<sup>88</sup> Dies ist aber im SGB II nicht möglich, da bei Aufhebungs- bzw. Rücknahmebescheiden gem. §§ 40 SGB II, 330 SGB III kein Ermessen möglich ist.
- Es kommt der **Ansprucherlass gem. § 44 SGB II** in Betracht. Dies setzt aber eine bestandskräftige Entscheidung voraus. Zusätzlich muss die Einziehung „nach Lage des einzelnen Falles unbillig“ sein; außerdem steht dem Leistungsträger hinsichtlich der Entscheidung über den Erlass Ermessen zu.<sup>89</sup>
- Berlit<sup>90</sup> schlägt eine **materiell-rechtliche Lösung** vor. Grundgedanke der Rückabwicklung ist die Herstellung materiell-rechtlich rechtmäßiger Verhältnisse. Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung auch in der Vergangenheit Ausnahmen von der strikten Rückforderung gemacht:
  - Hat ein Antragsteller Einkommen oder Vermögen durch eine **Straftat erlangt** und ist er zur Rückzahlung an den Geschädigten verpflichtet, darf dieses Einkommen oder Vermögen nicht im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung berücksichtigt werden<sup>91</sup>
  - Im Recht der Ausbildungsförderung ist das zurückgeforderte Vermögen in einem Bewilligungsabschnitt für den folgenden Bewilligungsabschnitt vom Vermögen abzusetzen (**fiktiver Vermögensverbrauch**)<sup>92</sup>
  - Zugunsten des Antragstellers kann der Gedanke des § 12 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 SGB II eingesetzt werden, wonach Vermögen nicht zu berücksichtigen ist, soweit es für den Betroffenen eine **besondere Härte** bedeuten würde:

<sup>88</sup> Vgl. z.B. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 12.11.1997 – 6 S 1137/96, zitiert bei Berlit, Anmerkung zu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2011 – L 12 AS 4994/10, info also 2011, 225.

<sup>89</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 26 ff.

<sup>90</sup> Berlit, info also 2011, 225.

<sup>91</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2000 – B 11 AL 31/99 R.

<sup>92</sup> BVerwG, Urteil vom 14.05.2009 – 5 C 14.08. Vgl. auch SG Karlsruhe, Urteil vom 30.06.2011 – S 13 AS 1217/09 Rn. 25 ff. – juris unter Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 18.07.1986 – 5 B 10/85; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25.07.2012 – L 5 AS 56/10 Rn. 48 – juris.

„Bei einer unbeschränkten Rücknahme und Rückforderung, wie sie hier das LSG als rechtmäßig ansieht, wird gerade nicht nur den gesetzlichen Vermögensanrechnungsregelungen rückwirkend zum Durchbruch verholfen. Wirtschaftlich wird durch die „Mehrfachanrechnung“ der Vermögensfreibetrag aufgezehrt, der dem Leistungsberechtigten einen Restbestand an finanziellem Bewegungsspielraum (und damit ökonomisch gesichertem Freiheitsgebrauch) gewährleisten soll; der Rückforderungsbetrag überschreitet hier sogar deutlich das insgesamt einsatzfähige Gesamtvermögen.“<sup>93</sup>

Das BSG<sup>94</sup> hat diesen Überlegungen widersprochen und ausgeführt, dass „**durchgreifende normative Ansatzpunkte** für die Berücksichtigung eines fiktiven Vermögensverbrauchs oder einer besonderen Härte“ **nicht zu erkennen** seien. Betroffene seien darauf zu verweisen, dass der Leistungsträger gem. **§ 44 SGB II** Ansprüche (ggf. teilweise) erlassen könne, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig wäre.

*(5) Rechtswidrigkeit: Endgültige statt vorläufige Entscheidung (BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R)*

Erzielung von Einkommen in wechselnder Höhe

(endgültiger) Bescheid 06.04.2006      Leistungen 01.03.2006 bis 30.04.2006 402,62 €  
Leistungen 01.05.2006 bis 31.08.2006 578,52 €

Übersendung endgültige Einkommensnachweise

Bescheid 25.09.2006      Aufhebung April 2006 bis Juni 2006 761,35 €  
Widerspruchsbescheid 13.12.2007 Aufhebung April 2006 bis Juni 2006 452,43 €

Der Bescheid vom 06.04.2006 war rechtswidrig, weil der Leistungsträger einen endgültigen und keinen vorläufigen Bescheid erlassen hat:

„Wenn das zu erwartende Arbeitsentgelt etwa als Leistungsentlohnung (wie nach Aktenlage hier auf Basis einer Stückzahl) oder als Zeitlohn ohne von vornherein fest vereinbarte Stundenzahl vertraglich geregelt ist, ist typischerweise der Anwendungsbereich des ... § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II iVm § 328 Abs. 1 SGB III eröffnet. Der **Erlas eines endgültigen Bescheides statt eines vorläufigen Bescheides** ist dann **von Anfang an rechtswidrig** und § 45 SGB X die für seine Aufhebung einschlägige Ermächtigungsgrundlage.“<sup>95</sup>

Die Bescheide waren für die Monate April 2006, Mai 2006 und Juni 2006 rechtswidrig:

„Wegen der Bewilligung von Leistungen für April 2006 ist der Beklagte von vornherein von einer unzutreffenden ... Tatsachengrundlage ausgegangen (...). Er hat im Bescheid vom 06.04.2006 das künftige Einkommen für April 2006 in Höhe des Einkommenszuflusses für März 2006 zugrunde gelegt, obwohl zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages kein festes monatliches Arbeitsentgelt, sondern ein Leistungslohn vereinbart war (...) Für den Empfänger des Bescheides ist unter Würdigung der Gesamtumstände - insbesondere seiner Gestaltung - nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar geworden, dass eine abschließende Entscheidung noch ausstehen könnte ...“<sup>96</sup>.

„Im Zeitpunkt des Erlasses des Bewilligungsbescheides lagen damit auch für die Monate Mai 2006 und Juni 2006 objektiv erst künftige ermittelbare Umstände vor, die lediglich eine vorläufige Bewilligung von Leistungen gerechtfertigt hätten. Der Beklagte hat jedoch ausgehend von der

<sup>93</sup> Berlit, info also 2011, 225; zustimmend Geiger in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 12 Rn. 105.

<sup>94</sup> Urteil vom 25.04.2018 – B 14 AS 29/17 R (Terminbericht Nr. 17/18).

<sup>95</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 18 – juris.

<sup>96</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 19 – juris.

unzutreffenden Annahme, Einkommen werde nur noch für April erzielt werden, endgültig entschieden.“<sup>97</sup> Es sollte überprüft werden, ob Vertrauensgesichtspunkte gem. § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X bestehen oder nicht.

### 3. Vertrauen auf den Fortbestand des Verwaltungsakts

Der Begünstigte muss auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut haben, und sein Vertrauen muss unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig sein, § 45 Abs. 2 S. 1 SGB X. Grund dafür ist die folgende Erwägung:

§ 45 SGB X erlaubt ausnahmsweise eine Durchbrechung der Bindungswirkung eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts. Diese Durchbrechung geht von dem **Gedanken der Recht- und Gesetzmäßigkeit** jeden Verwaltungshandelns aus. Dieser Gedanke verlangt es grundsätzlich, **rechtswidrige Verwaltungsakte zu beseitigen**. Dem steht allerdings der Grundsatz gegenüber, dass der für die Rechtswidrigkeit nicht verantwortliche Betroffene grundsätzlich auf die **Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns vertrauen** darf und vor der **Rücknahme geschützt** ist. Um den Widerstreit zwischen diesen beiden Grundsätzen zu lösen, muss im **Einzelfall eine Abwägung** danach erfolgen, welches Interesse überwiegt, das der Allgemeinheit an der Herstellung eines gesetzmäßigen Zustands oder das des betroffenen Bürgers an der Aufrechterhaltung der ihn rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsentscheidung.<sup>98</sup>

#### a) Öffentliches Interesse an der Rücknahme des Verwaltungsakts

Das öffentliche Interesse ist auf die **Vermeidung ungerechtfertigter Belastungen** und nicht zu rechtfertigender **Aufwendungen zu Lasten der Allgemeinheit** gerichtet.<sup>99</sup> Für das öffentliche Interesse an der Rücknahme spricht die **Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht** und damit die grundsätzliche **Pflicht zur Herstellung rechtmäßiger Zustände**. Weiterhin sind die begrenzten öffentlichen Mittel zu nennen, die für eine Rückforderung der Leistungen sprechen, damit das Geld zweckentsprechend eingesetzt werden kann. Bei Dauerverwaltungsakten mit einer Bindung des Leistungsträgers auf unabsehbarer Zeit liegt ein Interesse der Allgemeinheit an der Rücknahme vor.<sup>100</sup>

Das öffentliche Interesse muss gegenüber dem privaten Interesse **überwiegen**.<sup>101</sup> Ob dies der Fall ist, hängt aber von den konkreten Umständen ab:

- Das **öffentliche Interesse überwiegt** in der Regel in den folgenden Fällen:<sup>102</sup>
  - Ausgehend davon ist das öffentliche Interesse an der Beseitigung des rechtswidrigen Zustands bei Dauerleistungen in der Regel höher einzuschätzen als bei der Gewährung einmaliger Leistungen, weil eine Dauerleistung die Allgemeinheit in der Regel stärker belastet als eine einmalige Leistung

<sup>97</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 20 – juris.

<sup>98</sup> Löcher, NDV 2002, 180 (183 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.06.1999 – B 9 V 15/98 R).

<sup>99</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 40.

<sup>100</sup> Löcher, NDV 2002, 205 (206).

<sup>101</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 2, 39 unter Verweis auf BVerfG 16.12.1981 – 1 BvR 898/79.

<sup>102</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 40.

- Das öffentliche Interesse wiegt umso schwerer, je länger ohne Korrektur Leistungen gewährt werden müssten
- Hat der Leistungsträger Leistungen nicht erbracht oder hat die betroffene Person Vermögensdispositionen nicht getroffen, überwiegt regelmäßig das öffentliche Interesse an der Herstellung der wahren Rechtslage
- Das **private Interesse der betroffenen Person überwiegt** in der Regel in den folgenden Fällen:<sup>103</sup>
  - Die **Aufhebungsfolgen** stehen einer Rücknahme entgegen z.B. wenn dem Begünstigten nicht zuzumuten ist, die zugebilligte Leistung in Zukunft zu entbehren und/oder kein Ausgleich nach einem anderen Sicherungssystem stattfindet
  - **Fehler auf Behördenseite** sind nur **ausnahmsweise** relevant, wenn das Vertrauen des Begünstigten in den zukünftigen Bestand der Bewilligung zusätzlich zur fehlerhaften Bewilligung durch **weiteres (fehlerhaftes) Behördenhandeln perpetuierend** gestärkt worden ist (z.B. durch Erteilung zusätzlicher falscher Auskünfte), oder es liegt ein leicht zu vermeidender, **grober Fehler der Verwaltung** bei Erlass des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts

## b) Privates Vertrauen an dem Bestand des Verwaltungsakts

Voraussetzung für die Beachtlichkeit des privaten Vertrauens an dem Bestand des Verwaltungsakts ist zunächst, dass der Begünstigte das **Vertrauen subjektiv gebildet und objektiv ins Werk** gesetzt hat. Das Vertrauen kann mit zunehmendem zeitlichem Abstand vom Zeitpunkt der Leistungsbewilligung zunehmen.<sup>104</sup>

### aa) Vertrauensbetätigung

Der Begünstigte muss auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut haben. Dies setzt eine in der Vergangenheit vorgenommene **Vertrauensbetätigung** voraus.<sup>105</sup> Dazu ist erforderlich, der Begünstigte **subjektiv auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut** und dieses Vertrauen **objektiv ins Werk gesetzt** hat.<sup>106</sup> Dies ist im Fall der Rücknahme für die Zukunft nicht immer der Fall.<sup>107</sup> § 45 Abs. 2 S. 2 SGB X begründet – nicht abschließend – gesetzliche Typisierungen eines regelmäßig überwiegenden Vertrauensschutzes.<sup>108</sup>

Das Gesetz nennt als Fälle der Vertrauensbetätigung gem. § 45 Abs. 2 S. 2 SGB X den Verbrauch der bewilligten Leistungen und die Vornahme von Vermögensdispositionen.

Leistungen sind **verbraucht**, soweit sie wertmäßig aufgezehrt sind. Ein Verbrauch soll dagegen nicht vorliegen, wenn die Leistungen zur Schuldentilgung oder für Anschaffungen verwendet worden sind, die wertmäßig im Vermögen des Begünstigten noch vorhanden sind.<sup>109</sup> Eine **Vermögensdisposition** ist schützenswert, wenn sie im **Vertrauen auf den Bestand** des begünstigenden Verwaltungsakts

<sup>103</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 41.

<sup>104</sup> Löcher, NDV 2002, 205 m.w.N.

<sup>105</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 37.

<sup>106</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 37 m.w.N.

<sup>107</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 37.

<sup>108</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 42.

<sup>109</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 43.

erfolgt ist und dies unmittelbar oder mittelbar nicht nur unwesentliche **Auswirkungen auf die finanzielle Situation** des Begünstigten gehabt hat.<sup>110</sup>

#### bb) Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Das Vertrauen des Begünstigten ist gem. § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X in drei Fällen nicht schützenswert:<sup>111</sup>

- Der Begünstigte hat den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt, § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X
- Der Begünstigte hat Angaben in wesentlicher Beziehung vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtig oder unvollständig gemacht, und der Verwaltungsakt beruht auf diesen Angaben, § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X
- Der Begünstigte hat die Rechtswidrigkeit gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X

Damit sind zwei Elemente zu unterscheiden: Ein bestimmtes Handeln oder Wissen und das Verschulden. Beide Elemente sollen näher dargestellt werden.

##### *(1) Täuschung, Drohung, Bestechung (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X)*

Eine Täuschung liegt vor, wenn der Berechtigte bei dem Leistungsträger durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt hat.

Beispiel: Der Berechtigte gibt wahrheitswidrig an, dass ein bestimmter Gegenstand, für den er Leistungen haben möchte, nicht vorhanden ist. Er verschweigt anzurechnendes Einkommen oder Vermögen.

Eine **arglistige Täuschung** erfordert eine Täuschung zum Zweck der Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums. Der Handelnde muss die Unrichtigkeit seiner Angaben kennen oder für möglich halten.<sup>112</sup> Fälle, in denen eine Rücknahme auf eine arglistige Täuschung gestützt werden, sind im Sozialrecht selten.

Beispiel:<sup>113</sup> Vorlage einer gefälschten Mietbescheinigung und eines gefälschten Mietvertrags und Erhalt von Leistungen für Unterkunft und Heizung, ohne die Miete zu bezahlen; Mietschulden 12.658,01 €; Verurteilung wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung

Eine **Drohung** liegt vor, wenn der Berechtigte dem Mitarbeiter des Leistungsträgers ein künftiges Übel ankündigt, auf dessen Eintritt er Einfluss zu haben vorgibt.

Beispiel:<sup>114</sup> Der Berechtigte droht dem Sachbearbeiter die Entführung seines – des Sachbearbeiters – Kindes an.

---

<sup>110</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 45.

<sup>111</sup> Vgl. zur fehlenden Möglichkeit des Berufens auf den Verbrauch der Sozialleistung in den Fällen des § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X BSG, Urteil vom 18.02.2010 – B 14 AS 76/08 R Rn. 21.

<sup>112</sup> Ellenberger in: Palandt, BGB, § 123 Rdn. 3, 11. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 37.

<sup>113</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23.09.2010 – L 7 AS 918/10 Rn. 56 – juris.

<sup>114</sup> Löcher, NDV 2002, 181 (183).

Eine **Bestechung** liegt vor, wenn der Berechtigte eine Gegenleistung für die künftige Vornahme einer rechtswidrigen oder Unterlassen einer rechtmäßigen Diensthandlung verspricht oder erbringt.

Beispiel: Der Berechtigte verspricht dem Sachbearbeiter, die rechtswidrig erlangten Vorteile zu teilen.

Die Handlung muss nicht für den Erlass des Verwaltungsakts, sondern gerade für dessen Fehlerhaftigkeit kausal geworden sein.<sup>115</sup>

## (2) Unrichtige/unvollständige Angaben (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X)

Der Berechtigte kann sich auf Vertrauen nicht berufen, wenn der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die er in **wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig** gemacht hat. Es ist erforderlich, dass die Fehlerhaftigkeit kausal auf die falschen Angaben zurückzuführen ist.<sup>116</sup> Die Angaben müssen sich auf Tatsachen beziehen, zu deren Mitteilung der Antragsteller verpflichtet war, und die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts muss hierauf beruhen.<sup>117</sup>

Eine Angabe ist **unrichtig**, wenn sie dem tatsächlichen Sachverhalt nicht entspricht (aktive Angabe). Darüber hinaus kann eine Angabe aber auch dann unrichtig sein, wenn sie **passiv verschwiegen und unterlassen** wird. Der aktiven unrichtigen oder unvollständigen Angabe ist eine unterlassene Mitteilung von wesentlichen Änderungen in den Verhältnissen gleichzustellen, die kausal zur Leistungsbewilligung geführt hat.<sup>118</sup> Das ist der Fall, wenn insbesondere nach § 60 SGB I eine gesetzliche Mitteilungspflicht zu den verschwiegenen Umständen bestanden hat und nicht erfüllt wurde; dazu zählt insbesondere die Pflicht zur Angabe von Tatsachen gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2 SGB I, die sich zwischen Antragstellung und Erlass des Verwaltungsakts geändert haben.<sup>119</sup>

Das BSG stellt dazu die folgenden Grundsätze auf:

- Bei der Prüfung der Frage, ob eine „unrichtige Angabe“ durch Verschweigen vorliegt, ist regelmäßig auf dasjenige abzustellen, was **im Antrag abgefragt** wird.<sup>120</sup>
- Tritt zwischen dem Antrag und dem Erlass des Bescheids eine Änderung ein und teilt der Leistungsempfänger dies entgegen seiner Mitteilungspflicht nicht mit, ist das **Unterlassen nach vorheriger Abfrage dieses Umstandes** bei der Rücknahme der Leistungsbewilligung wegen anfänglicher Rechtswidrigkeit der unrichtigen oder unvollständigen Angabe im Antragsvordruck gleichzusetzen.<sup>121</sup>

Eine Angabe ist **unvollständig**, wenn sie im Sinne des beredten Schweigens den fälschlichen Eindruck erweckt, alle entscheidungserheblichen Angaben zum Sachverhalt vollständig abzudecken, etwa durch unvollständige Angaben zu Nebeneinkünften.<sup>122</sup>

---

<sup>115</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 47.

<sup>116</sup> Löcher, NDV 2002, 181 (183).

<sup>117</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 38.

<sup>118</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 33 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 22.

<sup>119</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 49.

<sup>120</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 22; vgl. auch BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 36: Nichtangabe von Einkommen aus selbständiger Tätigkeit.

<sup>121</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 22 m.w.N.

<sup>122</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 49.

Eine unrichtige oder unvollständige Angabe ist nur **erheblich**, wenn sie für die Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsakts kausal geworden ist. Dies ist nicht der Fall, wenn der Verwaltungsakt auch mit richtigen und vollständigen Angaben mit demselben – fehlerhaften – begünstigenden Ergebnis ergangen wäre.<sup>123</sup> Das BSG betont, dass die Angaben i.S. des § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X müssen in „**wesentlicher Beziehung**“ unrichtig bzw. unvollständig sein und zudem Umstände betreffen, auf denen die fragliche Leistung „beruht“. Es muss zwischen der Verletzung der Anzeigepflicht und der Bewilligung der Leistung ein Kausalzusammenhang bestehen, der nur anzunehmen ist, wenn es mit der richtigen Angabe nicht zur Leistung gekommen wäre; es besteht ein Zusammenhang mit § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I (erhebliche Umstände für die Leistung).<sup>124</sup>

Das Verhalten der betroffenen Person muss **vorwerfbar** sein. Dazu muss die Verschuldensformen des Vorsatzes oder der groben Fahrlässigkeit erfüllt sein.

**Vorsätzlich** sind wissentlich und willentlich falsch gemachte Angaben, entweder mit sicherem Wissen (**direkter Vorsatz**) oder mit Inkaufnahme (**bedingter Vorsatz**) der Unrichtigkeit.<sup>125</sup>

Nach der Legaldefinition des § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X handelt **grob fahrlässig**, wer „die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt“ hat. Dabei wird kein objektiver Maßstab angelegt, sondern ein subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab.<sup>126</sup> Es kommt nicht darauf an, was ein verständiger oder durchschnittlicher oder gar ein juristisch erfahrener Betroffener tut oder weiß. Vielmehr kommt es auf die **individuelle persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit**, das Einsichtsvermögen und Verhalten des Betroffenen an. Danach muss ihm der Vorwurf gemacht werden können, er sei ohne Anspannung einer außergewöhnlichen Einsichts- oder Urteilsfähigkeit in der Lage gewesen, z.B. eine entsprechende Tatsache mitzuteilen<sup>127</sup> oder habe schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und daher nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.<sup>128</sup> Hierbei kommt es darauf an, ob der Leistungsempfänger durch entsprechende Hinweise des Leistungsträgers informiert worden ist, z.B. durch

- Außerachtlassen einer Vorschrift, auf die in einem Merkblatt besonders hingewiesen wurde, es sei denn, der Betroffene hat die Vorschrift nach seiner Persönlichkeitsstruktur und seinem Bildungsstand nicht verstanden<sup>129</sup>
- Unzutreffende Nichtbeantwortung gezielter Fragen in einem Antragsformular<sup>130</sup>
- „Blinde“ Unterschrift unter ein von einer anderen Person ausgefülltes Formular (anders bei Ausführung durch eine Amtsperson)<sup>131</sup>
- individuelle Belehrung

Dagegen kann ein grob fahrlässiges Verhalten bei der beabsichtigten oder tatsächlichen Aufnahme einer Ausbildung nicht ohne weiteres unterstellt werden.<sup>132</sup> Dazu führt das BSG folgende Gedanken (für den Fall des Leistungsausschlusses gem. § 7 Abs. 5 SGB II) aus:

---

<sup>123</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 50.

<sup>124</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 23.

<sup>125</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 52.

<sup>126</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 52. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 39.

<sup>127</sup> Vgl. Löcher, NDV 2002, 181 (184).

<sup>128</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 56 m.w.N.

<sup>129</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 40 m.w.N.

<sup>130</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 40.

<sup>131</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 40.

<sup>132</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 24.

- Im Zusammenwirken der existenzsichernden Leistungen bei Aufnahme einer weiterführenden Ausbildung musste sich **aus Laiensicht** nicht ohne Weiteres aufdrängen, dass eine (vorläufige) Weiterzahlung der SGB II-Leistungen mit dem Beginn der tatsächlichen Ausbildung und unabhängig vom Zeitpunkt der Aufnahme der BAföG-Leistungen generell ausschied und deshalb gerade dem tatsächlichen Ausbildungsbeginn maßgebende Bedeutung zukam
- Es müssen tatsächliche Feststellungen zu den genauen Umständen der SGB II-Antragstellung über den Arbeitsvermittler der Agentur für Arbeit und dem konkreten Zusammenwirken zwischen der BA und dem Beklagten im Falle der Klägerin in der hier streitigen Anfangszeit des SGB II erforderlich sein<sup>133</sup>

Das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit ist durch den **Tatrichter** festzustellen; diese Feststellung ist einer **revisionsgerichtlichen Prüfung weitgehend entzogen**.<sup>134</sup>

*(3) Kenntnis/grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X)*

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit kommt es darauf an, ob der Begünstigte **weiß oder grob fahrlässig nicht weiß**, dass die ihn begünstigende Regelung vom geltenden Recht nicht gedeckt ist. Es kommt darauf an, dass die betroffene Person erkennt oder grob fahrlässig nicht erkennt, dass die **Rechtsfolgen** des Verwaltungsakts falsch sind; es genügt eine **Parallelwertung in der Laiensphäre**.<sup>135</sup>

Der Leistungsempfänger **kennt** die Rechtswidrigkeit des Bescheides, wenn aufgrund seines Inhalts oder aufgrund der ihm ansonsten bekannten Umstände gewusst hat, dass der Bescheid inhaltlich fehlerhaft ist. Bezugspunkt ist die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts. Sie liegt vor, wenn der Begünstigte weiß oder wissen muss, dass die ihn begünstigende Regelung vom geltenden Recht nicht gedeckt ist.<sup>136</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsakts.<sup>137</sup> Eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit wird z.B. dadurch bestätigt, dass die betroffene Person den Leistungsträger nach Eingang der (rechtswidrigen) Zahlung informiert.<sup>138</sup>

Dem Leistungsempfänger muss sich nach seinen **individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten** bei Erhalt des Bescheids aufdrängen, dass er Bescheid inhaltlich falsch war. Im Allgemeinen hat der Begünstigte keinen Anlass, einen Verwaltungsakt jedenfalls des Näheren auf Richtigkeit zu überprüfen, wenn er im Verwaltungsverfahren zutreffende Angaben gemacht hat. Denn anderenfalls würde das Risiko der rechtmäßigen Umsetzung der korrekten Angaben in einer von § 45 SGB X nicht vorgegebenen Weise von der Behörde auf den Begünstigten übergewälzt.<sup>139</sup> Andererseits sind die Beteiligten eines Sozialrechtsverhältnisses verpflichtet, sich gegenseitig vor vermeidbaren, das Versicherungsverhältnis betreffenden Schaden zu bewahren. Daraus wird gefolgert, dass der Adressat des Verwaltungsakts rechtlich gehalten ist, einen ihm günstigen Bewilligungsbescheid auch

<sup>133</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 25.

<sup>134</sup> BSG, Beschluss vom 24.10.2011 – B 14 AS 45/11 B Rn. 6 m.w.N.

<sup>135</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 55; BSG, Urteil vom 18.02.2010 – B 14 AS 76/08 R Rn. 20.

<sup>136</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 55. Dagegen Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 38: Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit brauchen sich nicht auf die Rechtswidrigkeit beziehen.

<sup>137</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 41.

<sup>138</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 22.08.2012 – B 14 AS 165/11 R Rn. 27.

<sup>139</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 56 unter Verweis auf BSG SozR 3-1300 § 45 Nr. 45.

zu lesen und zur Kenntnis zu nehmen. In diesem Sinne handelt der Begünstigte grob fahrlässig, wenn sich die Fehler aus dem Bescheid selbst oder aus anderen Umständen ergeben und zudem für das Einsichtsvermögen des Betroffenen ohne weiteres erkennbar sind, also bei für ihn augenfälligen Fehlern.<sup>140</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit ist der **Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsakts**. Würde der Zeitpunkt vorverlegt, würde der Vertrauensschutz auf Grundlage der Abwägung des § 45 Abs. 2 S. 1, 2 SGB X weitgehend ausgeschaltet.<sup>141</sup>

Einen **Fehler auf der rechtlichen Ebene** wird der Leistungsempfänger in der Regel nicht erkennen, selbst wenn ihm die maßgeblichen Vorschriften als Anlage zu dem Bescheid übersandt worden sind. Ohne juristische Vorbildung ist er nicht in der Lage, die Rechtswidrigkeit des Bescheids sicher zu erkennen.<sup>142</sup>

Bei einer **Kenntnis des falschen Sachverhalts** muss dargelegt werden, dass der zugrunde gelegte Sachverhalt falsch ist und der Leistungsempfänger die Fehlerhaftigkeit des Sachverhalts und die daraus folgende Entscheidung über die Höhe der Leistung erkannt hat. Dies wird in der Regel nicht gelingen. Es ist dann aber möglich, den Vorwurf in Form einer grob fahrlässigen Unkenntnis aufrechtzuerhalten.<sup>143</sup> Für die **grob fahrlässige Unkenntnis** muss feststehen, dass der Begünstigte daraus auch hätte erkennen müssen, dass daraus falsche Rechtsfolgen hergeleitet worden sind. Es genügt eine Parallelwertung in der Laiensphäre, dass der Begünstigte wissen muss, dass ihm die zuerkannte Leistung oder eine anderweitige Begünstigung so nicht zusteht.<sup>144</sup>

Dies kann bei offenkundigen Schreib- und Rechenfehlern der Fall sein.<sup>145</sup> Sind die Berechnungen komplizierter und maschinell verschlüsselt, kann von einer groben Fahrlässigkeit nur dann ausgegangen werden, wenn dies durch einen erklärenden Langtext hinreichend verständlich ist. Der Verweis auf beiliegende Rechtsvorschriften reicht nicht; der Verweis auf ein mit übergebenes Merkblatt kann ausreichen, wenn es so abgefasst war, dass der Begünstigte seinen Inhalt unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Einzelfall ohne weiteres erkennen konnte.<sup>146</sup>

Beispiel:

A beantragt Leistungen nach dem SGB II. Korrekt gibt er die Unterkunfts-kosten mit 307,50 € an:

Kaltmiete	217,50 €
Nebenkostenvorauszahlung	40,00 €
Heizkostenvorauszahlung	50,00 €

Im Bewilligungsbescheid sind Unterkunfts-kosten in Höhe von 397,50 € bewilligt worden. Die Ursache für den Fehler lässt sich nicht mehr ermitteln.

Möglicherweise ist der Betrag in Höhe von 307,50 € irrtümlich als Kaltmiete zugrunde gelegt worden und sind dann Leistungen für Nebenkosten und Heizung zusätzlich gewährt worden:

---

<sup>140</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 56 unter Verweis auf BSG SozR 3-1300 § 45 Nr. 45; BSGE 5, 267.

<sup>141</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 2a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 27.01.2009 – B 7/7a AL 30/07 R Rn. 17 – juris; BSG, Urteil vom 22.03.1995 – 10 RKg 10/89. Vgl. auch Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 41; Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 53, 60.

<sup>142</sup> Löcher, NDV 2002, 181 (184).

<sup>143</sup> Löcher, NDV 2002, 181 (184).

<sup>144</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 55

<sup>145</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 57 m.w.N.

<sup>146</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 57.

Kaltmiete	307,50 €
Nebenkostenvorauszahlung	40,00 €
Heizkostenvorauszahlung	50,00 €

Dieser offensichtlich „klassische“ und nicht selten vorkommende Fall kann nur dann zu Gunsten des Begünstigten gelöst werden, wenn er plausibel macht, dass und warum er die Angabe zur Höhe der Unterkunftskosten als richtig angesehen hat. Es kommt auf das Auftreten dieser Person, auch seine Schulbildung etc. an.

In einer Entscheidung<sup>147</sup> sind Sozialgericht und Landessozialgericht zu unterschiedlichen Einschätzungen gekommen: Das Sozialgericht war „auf Grund des persönlichen Eindrucks, den das Gericht in der nicht öffentlichen Sitzung ... von der Klägerin gewinnen konnte“ davon überzeugt, dass sie „auf Grund ihrer persönlichen Fähigkeiten und ihres bisherigen beruflichen Werdegangs nur in geringem Maße in Rechtsfragen bewandert.. und verständnisfähig..“ sei. Das Landessozialgericht berücksichtigte dagegen die Umstände, dass sie eine Vielzahl von Bescheiden und Merkblättern erhalten und habe deshalb die Bedeutung des Bemessungsentgelts für die Leistung gekannt habe (in einem Fall der Bewilligung von Arbeitslosengeld). Außerdem berücksichtigte es, die Klägerin sei geschäftserfahren; sie habe als Verkäuferin gearbeitet und eine Bildungsmaßnahme für Arzthelferinnen besucht.

Das BSG hat die Sache zur Neuverhandlung an das LSG zurückverwiesen. Es hat ausgeführt, dass der **persönliche Eindruck des Gerichts** für die Ermittlung der subjektiven Fahrlässigkeit entscheidend sei. Wenn ein Gericht die Glaubwürdigkeit und die Urteils- und Kritikfähigkeit einer vernommenen Person anders bewerten will als das vorhergehende Gericht, muss es die Person noch einmal anhören.

**Beispiel: Grobe Fahrlässigkeit bei sich wiederholendem Fehler LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.04.2006 – L 3 AL 1948/05**

Sachverhalt:

Bezug von Arbeitslosengeld seit den 1980er Jahren

01.10.2002 Arbeitslosmeldung/Antrag Arbeitslosengeld – Vorlage Arbeitgeberbescheinigung

18.12.2002 Bescheid Alg I nach Bemessungsentgelt 810,00 €/Woche = 260,54 €/Woche

10.01.2003 Bescheid Alg I nach BE 810,00 €/W = 257,81 €/W (ab 01.01.2003)

29.08.2003 Bescheid Alg I nach BE 810,00 €/W = 257,81 € (ab 25.08.2003)

24.09.2003 Bescheid Alhi 414,09 €

27.11.2003 teilweise Rücknahme Bewilligung Alg 19.10.2002 bis 10.08.2003 sowie 25.08.2003 bis 23.09.2003/Erstattung Alg 4.536,86 €: Berechnungsfehler: BE nach DM berechnet und mit Euro gleichgesetzt

Das LSG verneint das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit:

„Grobe Fahrlässigkeit [...] setzt [...] voraus, dass der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn die in der fraglichen Personengruppe herrschende Sorgfaltspflicht in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden ist, wenn schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt worden sind und daher nicht beachtet worden ist, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss. Dabei ist das Maß der Fahrlässigkeit insbesondere nach der persönlichen Urteils- und Kritikfähigkeit, dem Einsichtsvermögen des Beteiligten sowie den besonderen Umständen des Falles zu beurteilen

<sup>147</sup> BSG Urteil vom 28.11.2007 – B 11a/7a AL 14/07 R.

(subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff). Dabei ist auch in subjektiver Hinsicht ein gegenüber einfacher Fahrlässigkeit gesteigertes Verschulden nötig. Der Versicherte muss danach unter Berücksichtigung seiner individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit seine Sorgfaltspflichten in außergewöhnlich hohem Maße verletzt haben. ... „Fehler im Bereich der Tatsachenermittlung oder im Bereich der Rechtsanwendung“ (können), auch wenn sie nicht Bezugspunkt des grob fahrlässigen Nichtwissens sind, Anhaltspunkt für den Begünstigten sein, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes selbst zu erkennen. **Voraussetzung dafür ist aber, dass sich die tatsächlichen oder rechtlichen Mängel aus dem Bewilligungsbescheid oder anderen Umständen ergeben und für das Einsichtsvermögen des Betroffenen ohne weiteres erkennbar sind.** Dabei besteht zu Lasten des durch einen Verwaltungsakt Begünstigten die aus dem Sozialrechtsverhältnis herzuleitende Obliegenheit, den erteilten Bewilligungsbescheid zu lesen und zur Kenntnis zu nehmen.“<sup>148</sup>

Dies gilt nur für den ersten Bescheid:

„Denn dem Kläger als erfahrenem Leistungsempfänger musste sich bei Erhalt des Bewilligungsbescheides vom 18.12.2002 schon angesichts des überhöhten wöchentlichen Bemessungsentgelts aufdrängen, dass die bewilligten Leistungen fehlerhaft zu hoch berechnet waren.“<sup>149</sup>

Dies gilt jedoch nicht für die Folgebescheide:

„Soweit nämlich die zuständige Behörde die getroffene Entscheidung und damit ein - durch zutreffende Angaben begründetes - Vertrauen des Leistungsempfängers in die Richtigkeit derselben von sich aus bestätigt (...), lässt sich der Vorwurf einer grob fahrlässigen Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in der Regel für die Zukunft nicht mehr begründen. Sofern nämlich der Leistungsempfänger selbst wahrheitsgemäße und vollständige Angaben gemacht hat, darf er nicht nur im Regelfall darauf vertrauen, dass eine Fachbehörde diese Angaben zutreffend umsetzt, weshalb der Vorwurf grober Fahrlässigkeit eine für ihn nach der Fassung des Bescheids augenfällige Rechtswidrigkeit der Regelung voraussetzt (...). Vielmehr darf er regelmäßig davon ausgehen, dass jedenfalls ein solcher „ins Auge springender“ Fehler - bei erneuter Prüfung durch die zur Entscheidung über seinen Leistungsanspruch berufene fachkundige Behörde nicht unentdeckt bleibt und die Fachbehörde daher einen solchen Fehler zumindest nicht wiederholt ... Vielmehr trifft den Leistungsempfänger insoweit eine nur noch verminderte Sorgfaltspflicht, so dass er für die Zukunft regelmäßig jedenfalls ohne besonders schwerwiegenden Sorgfaltsverstoß davon ausgehen darf, dass die behördlicherseits bestätigte Entscheidung rechtmäßig ist.“<sup>150</sup>

Diese Ansicht, die auch im SGB II-Leistungsbezug angewendet werden kann, ist allerdings nicht unumstritten. So wird die Ansicht vertreten, dass die Augenfälligkeit eines Fehlers auch bei ihrer Wiederholung augenfällig bleibt.<sup>151</sup>

#### *(4) Zurechnung fremden Verschuldens*

Im Fall, dass nicht die betroffene Person, sondern eine dritte Person das Verschulden trifft, ist fraglich, ob dieses fremde Verschulden der betroffenen Person zuzurechnen ist. Hierfür sind mehrere Fallgruppen zu bilden.

---

<sup>148</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.04.2006 – L 3 AL 1948/05 Rn. 28 – juris.

<sup>149</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.04.2006 – L 3 AL 1948/05 Rn. 29 – juris.

<sup>150</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 05.04.2006 – L 3 AL 1948/05 Rn. 31 – juris.

<sup>151</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8.Auflage, § 45 Rn. 56.

#### *(a) Gewillkürte Vertretung*

Bei gewillkürter Vertretung kann das Handeln – also z.B. falsche Angaben – gem. § 278 BGB zugerechnet werden.

Noch nicht geklärt ist, ob allein die **Kenntnis** eines Bevollmächtigten von der Fehlerhaftigkeit des Bescheids ausreicht.<sup>152</sup> Die Kenntnis kann grundsätzlich gem. § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. Hier ist Zurückhaltung geboten. Allein das Vorhandensein eines Vertreters reicht jedenfalls nicht aus, um umfassend dessen Kenntnis oder Kennenmüssen zu Ungunsten des Vertretenen wirken zu lassen, wenn die Kenntniserlangung nicht zum Aufgabenkreis des Bevollmächtigten gehörte.<sup>153</sup>

#### *(b) Zurechnung bei vermuteter Vertretung gem. § 38 Abs. 1 SGB II*

Bei vermuteter Vertretung gem. § 38 SGB II kann das Wissen und das Handeln gem. §§ 166 Abs. 1, 278 BGB nicht direkt zugerechnet werden, weil ein Fall der Vertretung gerade nicht vorliegt. Eine entsprechende Anwendung widerspräche dem Wortlaut des § 38 SGB II und dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. § 38 SGB II dient allein der Verwaltungspraktikabilität und der Verwaltungsökonomie. Der Verwaltungsaufwand soll bei mehreren Anspruchsinhabern möglichst gering gehalten werden. Eine Zurechnung des Vertreterhandelns ist nicht zulässig.<sup>154</sup> Eine Rückforderung ist nur in der Weise möglich, dass der Leistungsträger gegen die handelnde Person einen Ersatzanspruch gem. § 34 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II geltend macht<sup>155</sup>.

#### *(c) Zurechnung bei Vertretung gem. § 38 Abs. 2 SGB II*

Gem. § 38 Abs. 2 SGB II kann die umgangsberechtigte Person etwa im Rahmen einer temporären Bedarfsgemeinschaft Leistungen auch für die Kinder mit beantragen. In der Literatur wird vertreten, dass dem vertretenen Kind das Fehlverhalten der umgangsberechtigten Person zugerechnet wird, weil es sich ebenso wie bei § 1629 BGB um eine gesetzliche normierte Vertretungsbefugnis handelt.<sup>156</sup>

Entscheidungen zu diesem Problem sind noch nicht bekannt geworden.

#### *(d) Zurechnung bei gewillkürter Vertretung*

Bei gewillkürter Vertretung gem. § 13 SGB X gelten die normalen Vorschriften des BGB. Wissen wird gem. § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet, Fehlverhalten gem. § 278 BGB.<sup>157</sup> Hiergegen werden allerdings Zweifel geltend gemacht. Es soll ein Unterschied zwischen der Zurechnung des Handelns und der

---

<sup>152</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 36a unter Verweis auf BVerfG 30.08.2006 – 1 BvR 955/06.

<sup>153</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 36a unter Verweis auf Steinwedel, jurisPR-SozR 21/2017 Anm. 4, unter C. und E. m.w.N.

<sup>154</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (517); Schoch in: LPK-SGB II, 4. Auflage, § 38 Rdn. 18; Link in: Eicher, SGB II, 3. Auflage, § 38 Rdn. 26; Aubel in: jurisPK-SGB II, 3. Auflage, § 38 Rdn. 32.

<sup>155</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (517).

<sup>156</sup> Link in: Eicher, SGB II, 3. Auflage, § 38 Rdn. 41; Aubel in: jurisPK-SGB II, 3. Auflage, § 38 Rdn. 42.

<sup>157</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (517). Vgl. auch Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 51a.

Zurechnung des Wissens bestehen. Pflichtwidriges (aktives) Handeln wird ohne weiteres dem Vertretenen zugerechnet.<sup>158</sup>

**Fall: LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.05.2012 – L 5 AS 234/09**

07.12.2004 Antrag Vater des Klägers für Kläger „i.A.“ (Vollmacht) Nichtangabe von Ausbildungsgeld

19.05.2005 Neuer Antrag „keine Änderungen“

02.11.2005 Neuer Antrag „keine Änderungen“

11.07.2006 Bescheid: Aufhebung/Erstattung 4.153,13 €

Das LSG hält die Aufhebung gem. **§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3, 4 SGB X** für rechtmäßig. Die Bewilligung von Arbeitslosengeld II war der Höhe nach von Anfang an rechtswidrig, weil bereits bei dem Erlass des Bescheids vom 11.04.2005 eine geringere (April 2006) bzw. gar keine Hilfebedürftigkeit des Klägers aufgrund zu berücksichtigenden Einkommens vorgelegen hat. Das von dem Kläger bezogene Ausbildungsgeld in Höhe von 282,00 €/Monat hätte als Einkommen angerechnet werden müssen.

„Der Kläger kann sich nicht auf Vertrauensschutz i.S.v. § 45 Abs. 2 S. 1 SGB X gemäß § 45 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 oder 3 SGB X berufen, weil ihm zur Überzeugung des Senats die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt war.“<sup>159</sup>

„In vorliegendem Fall ist hinsichtlich des subjektiven Vorwurfs der Kenntnis oder Unkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts infolge grober Fahrlässigkeit auf den Vater des Klägers abzustellen. Dieser war vom Kläger mit schriftlicher Vollmacht vom 18.12.2004 gemäß § 13 Abs. 1 SGB X mit der Wahrnehmung dessen Interessen gegenüber dem Beklagten bevollmächtigt worden. Die Vollmacht war auch nicht gemäß § 168 BGB allein auf die Bewilligung von Leistungen im ersten Bewilligungsabschnitt beschränkt. (Es gibt keine Anhaltspunkte dafür), dass der Vater des Klägers für diesen nicht in allen künftigen Angelegenheiten nach dem SGB II tätig werden sollte.“<sup>160</sup>

„Nach § 278 S. 1 BGB hat der Schuldner ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, im gleichen Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Dies führt zu einer Zurechnung des Verschuldens des Zeugen in Hinblick auf das Kennen müssen der fehlerhaften Bewilligung an den Kläger.“<sup>161</sup>

Das LSG war überzeugt, dass der Vater die Fehlerhaftigkeit der Leistungsbewilligung ohne Anrechnung von Ausbildungsgeld zumindest grob fahrlässig nicht gekannt hat.

*(e) Zurechnung bei gesetzlicher Vertretung (z.B. minderjährige Kinder)*

Bei der gesetzlichen Vertretung von minderjährigen Kindern wird das Handeln und Wissen des Vertreters dem Vertretenen über § 1629 BGB zugerechnet. Die Vertretungswirkung ersetzt die eigene Handlungsmöglichkeit des Kindes und damit auch die Anknüpfung an eigene Kenntnis des Vertretenen.<sup>162</sup>

Diese Regeln gelten jedoch nicht mehr für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Sie gehören zwar noch zur Bedarfsgemeinschaft, werden aber nicht mehr von ihren Eltern gesetzlich vertreten. Für die Gruppe der 18 bis 25-Jährigen Hilfebedürftigen gibt es die Möglichkeit, dass der

---

<sup>158</sup> Schütze in: von Wulffen, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 51.

<sup>159</sup> LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.05.2012 – L 5 AS 234/09 Rn. 61 – juris.

<sup>160</sup> LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.05.2012 – L 5 AS 234/09 Rn. 64 – juris.

<sup>161</sup> LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 09.05.2012 – L 5 AS 234/09 Rn. 66 – juris.

<sup>162</sup> Vgl. Auel in: jurisPK-SGB II, 3. Auflage, § 38 Rdn. 32

Leistungsträger gegen die Eltern einen Ersatzanspruch gem. § 34 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II geltend macht. Insoweit besteht eine Alternative zu einem Rückforderungsbescheid.<sup>163</sup>

Bei Kindern stellt sich dann allerdings die Frage, ob sie mit den durch das Fehlverhalten ihrer Eltern entstandenen Schulden weiter leben müssen. Das BSG hat hierzu Hinweise gegeben.

**Fall: BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R**

Antrag der Mutter für sich und das Kind (geb. 14.07.1989): Keine Angabe von Unterhaltszahlungen für das Kind

28.06.2007 Bescheid Aufhebung Leistungen 01.08.2005 bis 31.07.2006/Erstattung 2.539,65 € (Anteil der Klägerin 1.820,90 €). Im Widerspruchsverfahren Reduktion der Forderung gegen die inzwischen volljährige Klägerin auf 1.770,99 €. Im Klageverfahren Reduktion auf 1.043,51 €. Klägerin erhebt „Einrede des § 1629a BGB“

Das BSG hält den Hinweis auf § 1629a BGB für beachtlich:

Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.05.1986 (1 BvR 1542/84) ergebe sich, dass die Verpflichtung minderjähriger Kinder durch ihre Eltern deren Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG berührt wird. Dies sei aber verfassungsrechtlich noch hinnehmbar, wenn sich die Haftung des Minderjährigen bei einem ererbten und fortgeführten Handelsgeschäft auf das ererbte Vermögen beschränkt. Dies müsse auch für den Fall der Verursachung von Schulden im Rahmen des SGB II gelten. § 1629a BGB sei eine Reaktion auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.05.1986 (eingeführt durch Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz vom 25.08.1998 (BGBl. I S. 2487)). „Danach ist die Haftung des ehemaligen Minderjährigen und nun volljährig Gewordenen für Verbindlichkeiten, die Personen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht mit Wirkung für den Minderjährigen begründet haben, beschränkt auf den Bestand des Vermögens des Minderjährigen bei Eintritt der Volljährigkeit. Diese in Ausführung der verfassungsrechtlichen Vorgaben erfolgte gesetzgeberische Entscheidung gilt mangels anderer Anhaltspunkte für die „Minderjährigenhaftung“ im SGB II entsprechend.“<sup>164</sup> Dieser Schutzgedanke ergebe sich auch aus der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 34a SGB II (BT-Drucks. 17/3404 S. 113: § 1629a BGB wird erwähnt).

Diese Regelung gilt **nicht erst im Verwaltungsvollstreckungsverfahren**, weil schon der Erstattungsbescheid aus den aufgezeigten Gründen gegen das höherrangige Verfassungsrecht verstößt: „Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum ein (verfassungswidriger) Erstattungsbescheid gegenüber einem volljährig Gewordenen zunächst bestandskräftig werden sollte, bevor diesem die Möglichkeit gegeben werden soll, seine Haftungsbeschränkung, die zu diesem Zeitpunkt bereits „entscheidungsreif“ wäre, geltend zu machen. Abgesehen von den durch das Vollstreckungsverfahren entstehenden weiteren (unnötigen) Kosten erscheint es auch unter Praktikabilitätsgesichtspunkten geboten, die ggf schwierige Feststellung des Vermögens bei Eintritt der Volljährigkeit möglichst zeitnah zu bestimmen. Sollte - wie vorliegend - der Schuldner **bei Erlass des Erstattungsbescheides noch nicht volljährig** sein, ist der Erstattungsbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses **zunächst rechtmäßig**. Dies entspricht der § 1629a BGB zugrunde liegenden unbeschränkten Haftung des Minderjährigen bis zum Eintritt der Volljährigkeit (...). Soweit aber bei **Eintritt der Volljährigkeit** das an diesem Tag bestehende **pfändbare Vermögen** hinter den (unter § 1629a BGB fallenden) Verbindlichkeiten **zurückbleibt**, kommt die **Haftungsbeschränkung** zum Zuge. In diesem Fall besteht gemäß **§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB X** ein Anspruch auf Aufhebung des Erstattungsbescheides. Tritt - wie in diesem Verfahren - die **Volljährigkeit nach Erlass des ursprünglichen Erstattungsbescheides, aber noch vor Abschluss des Widerspruchsverfahrens** ein, ist zu beachten, dass bei (reinen) Anfechtungsklagen der maßgebende Zeitpunkt in der Regel die

<sup>163</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (517).

<sup>164</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 4 AS 153/10 R Rn. 43 – juris.

Sach- und Rechtslage bei Erlass der letzten behördlichen Entscheidung ist (...). Sollten die Voraussetzungen des § 1629a BGB gegeben sein, was mangels Feststellungen des SG zur Vermögenslage der Klägerin bei Eintritt der Volljährigkeit nicht beurteilt werden kann, wäre der **Erstattungsbescheid von Anfang an rechtswidrig**.<sup>165</sup>

§ 1629a BGB gilt auch im Rahmen der **Darlehensgewährung** nach § 27 SGB II an Minderjährige. Die Leistungsträger müssen im Rahmen ihrer Ermessensausübung bei der Gewährung eines Darlehens überprüfen, inwieweit diese aufgrund ihrer absehbaren Einkommens- und Vermögensverhältnisse in der Lage sind, das Darlehen bei Eintritt der Volljährigkeit tilgen zu können. Wird dies nicht beachtet, ist die Darlehensgewährung von Anfang an wegen eines Verstoßes gegen die Grundsätze der beschränkten Haftung Minderjähriger rechtswidrig.<sup>166</sup>

#### 4. Rechtsfolge

Gem. § 45 Abs. 1 SGB X „darf“ der Leistungsträger den Ursprungs-Verwaltungsakt zurücknehmen, d.h. ihm ist Ermessen eingeräumt. Gem. §§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II, 330 Abs. 2 SGB III ist das Ermessen aber ausgeschlossen, wenn die in § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X genannten Voraussetzungen vorliegen; in diesem Fall „ist“ der Verwaltungsakt „auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen.“

##### a) Richtung der Entscheidung

Die Rücknahme kann gem. § 45 Abs. 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft oder auch mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgen.

###### aa) Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft

Eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft bedeutet, dass die Wirkung frühestens mit dem **Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsakts** eintritt.<sup>167</sup>

###### bb) Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit

Eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit ist gem. § 45 Abs. 4 S. 1 SGB X nur möglich, wenn sich der Leistungsempfänger gem. § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X nicht auf Vertrauen berufen kann und/oder gem. § 45 Abs. 3 S. 2 SGB X Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 ZPO vorliegen. Damit ist eine Rücknahme bei schuldlos falschen oder einfach fahrlässigen Angaben nicht statthaft.<sup>168</sup>

##### b) Einhaltung der Jahresfrist

---

<sup>165</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 4 AS 153/10 R Rn. 44 ff. – juris; vgl. auch BSG, Urteil vom 18.11.2014 – B 4 AS 12/14 R Rn. 12 ff. – juris.

<sup>166</sup> BSG, Urteil vom 19.10.2016 – B 14 AS 40/15 R Rn. 37 – juris.

<sup>167</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 17.

<sup>168</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 77.

Es muss die **Jahresfrist des § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X** eingehalten werden; sie gilt nur für die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit.<sup>169</sup> Der Verwaltungsakt darf nur innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der die Rücknahme ermöglichenden Tatsachen zurückgenommen werden. Es handelt sich um eine Art Ausschlussfrist. Ist ein Bescheid fehlerhaft und wird er aufgehoben, muss der neue Bescheid innerhalb der laufenden Jahresfrist erlassen werden, da ansonsten die Frist versäumt ist. Die Kenntnis muss bei der für die Aufhebungsentscheidung zuständigen Stelle vorhanden sein; es genügt die Kenntnis des Sachbearbeiters, der die Rücknahmeentscheidung vorzubereiten hat.<sup>170</sup>

Es ist umstritten, was von der Kenntnis umfasst sein muss.

#### aa) Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids begründen

Zur Kenntnis gehören die **Tatsachen**, aus denen sich die **Rechtswidrigkeit des früheren Verwaltungsakts** ergibt.<sup>171</sup> Die Kenntnis besteht dann, „wenn mangels vernünftiger objektiv gerechtfertigter Zweifel **eine hinreichend sichere Informationsgrundlage** bezüglich sämtlicher für die Rücknahmeentscheidung notwendiger Tatsachen besteht“.<sup>172</sup> Der Einjahreszeitraum beginnt in jedem Fall schon dann, wenn die Behörde der Ansicht ist, dass ihr die vorliegenden Tatsachen für eine Rücknahme bzw. Aufhebung der Bewilligung genügen,<sup>173</sup> denn es ist insoweit vorrangig auf den Standpunkt der Behörde abzustellen.

Bei **Hinweisen eines Dritten** auf solche Tatsachen beginnt die Jahresfrist dann zu laufen, wenn die Behörde von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen überzeugt ist oder die Information einen Sicherheitsgrad erreicht hat, der vernünftige, objektiv gerechtfertigte Zweifel schweigen lässt.<sup>174</sup>

#### bb) Kenntnis der übrigen Rücknahmevoraussetzungen

Dazu gehört auch die Kenntnis der Tatsachen, die für die Rücknahme für die Vergangenheit von Bedeutung sind<sup>175</sup> wie das Verschulden des Begünstigten<sup>176</sup> und – allerdings umstritten – die Kenntnis der Tatsachen für die Ermessensprüfung.<sup>177</sup> Es wird vertreten, dass auch die Kenntnis der Unlauterkeit des Betroffenen erforderlich ist, weshalb die Jahresfrist in aller Regel frühestens mit der

---

<sup>169</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 80.

<sup>170</sup> Löcher, NDV 2002, 205 (207) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 25.01.1994 – 7 RAr 14/93 – BSGE 74, 20 (25); Urteil vom 06.03.1997 – 7 RAr 40/96.

<sup>171</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 26a; Löcher, NDV 2002, 205 (207) unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 19.12.1995 – 5 C 10/94 Rn. 11 – juris, BVerwGE 100, 199 ff.; Schütze in: von Wulffen, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 81 m.w.N.

<sup>172</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 31 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 27.07.2000 – B 7 AL 88/99 R – SozR 3-1300 § 45 Nr. 42 S. 139.

<sup>173</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 31 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 06.04.2006 – B 7a AL 64/05 R Rn. 13 m.w.N. – juris.

<sup>174</sup> Löcher, NDV 2002, 205 (207) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 25.01.1994 – 7 RAr 14/93 – BSGE 74, 20 (25). Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 83.

<sup>175</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 81.

<sup>176</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 81.

<sup>177</sup> Umstritten, vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 82.

Anhörung des Betroffenen beginnt.<sup>178</sup> Dagegen ist zu Recht eingewandt worden, dass damit die Frist in die Hand der Behörde gegeben ist.<sup>179</sup>

cc) Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

Ob dazu auch die **Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des früheren Verwaltungsakts** gehört, ist durch das BSG noch nicht entschieden. Dagegen spricht, dass § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X nur auf Kenntnis von „Tatsachen“ abstellt und dass die Jahresfrist erst dann beginnen würde, wenn der Sachbearbeiter den fertigen Rücknahmebescheid bereits im Kopf hat.<sup>180</sup>

### c) Sonstige Fristen

Es sind noch die Rücknahmefristen des § 45 Abs. 3 SGB X einzuhalten. Wenn aber Gründe des mangelnden Vertrauensschutzes vorliegen (§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3, 3 SGB X), kann die Rücknahme noch rückwirkend für 10 Jahre erfolgen, § 45 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 SGB X.

### d) Ermessen

Als Rechtsfolge einer Rücknahmeentscheidung ergibt sich, dass der Leistungsträger zurücknehmen „darf“. Dies bedeutet, dass die Rücknahme eine Ermessensentscheidung darstellt, die gem. § 35 Abs. 1 S. 3 SGB X begründet werden muss. Ist dies nicht der Fall, ist der Bescheid rechtswidrig (§ 41 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGB X). Für Verfahren in SGB II-Sachen gilt dies aber nicht. § 40 SGB II, § 330 SGB III.

Das Ermessen ist aber auszuüben, wenn ein Rücknahmegrund gem. § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X nicht vorliegt.<sup>181</sup>

## C. Rechtswidrigkeit nach dem Zeitpunkt des Erlasses (Anwendungsbereich des § 48 SGB X)

Die Rechtswidrigkeit nach dem Zeitpunkt des Erlasses wird damit beschrieben, dass in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen eine „wesentliche Änderung“ eintreten muss.

### I. Begriff der wesentlichen Änderung

---

<sup>178</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 27 (vor allem bei Ermessensentscheidungen); Löcher, NDV 2002, 205 (207) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 08.02.1996 – 13 RJ 35/94 – BSGE 77, 295 ff.

<sup>179</sup> Schoch, NVwZ 1985, 880 (884).

<sup>180</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 28 gegen die Rechtsprechung des BVerwG, Urteil vom 05.08.1996 – 5 C 6.95 und Beschluss vom 28.04.2004 – 5 B 52/04. Ablehnend auch Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 84 gegen den Großen Senat des BVerwG, Beschluss vom 19.12.1984 – GrSen 1/84, GrSen 2/84 Rn. 9 – juris, BVerwGE 70, 356.

<sup>181</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30.04.2013 – L 6 AS 1170/12 B Rn. 18 f. – juris.

Es muss gegenüber dem Zeitpunkt des Erlasses eine wesentliche Änderung in den rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnissen eingetreten sein. Dabei werden die in Wirklichkeit vorliegenden Verhältnisse und die objektive Änderung verglichen.<sup>182</sup> Dazu ist nicht erforderlich, dass der Ursprungs-Verwaltungsakt in jedem Fall rechtmäßig war. Eine Anwendung kommt auch bei anfänglich rechtswidrigen Verwaltungsakten in Betracht (hier: Erzielung von BAföG-Einkommen bei an sich wegen § 7 Abs. 5 SGB V a.F. ausgeschlossenen Leistungen nach dem SGB II).<sup>183</sup> Allerdings sperrt der Leistungsausschluss die Geltendmachung höherer Leistungen (hier: höhere Unterkunftskosten im Verfahren gem. § 44 SGB X).<sup>184</sup>

## 1. Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

Eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse liegt vor, wenn im Hinblick auf die für den Erlass des Verwaltungsakts maßgebenden objektiven tatsächlichen Verhältnisse<sup>185</sup> ein anderer Sachverhalt vorliegt.<sup>186</sup> Dies können äußere oder innere Tatsachen sein.<sup>187</sup> Wesentliche Änderungen können z.B. sein:

- nachträglicher Zufluss von Einkommen und Vermögen  
Der nachträgliche Zufluss von Einkommen und Vermögen ist ein Aufhebungsgrund gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X. Der zugeflossene Vermögenswert ist in dem Monat des Zuflusses zu berücksichtigen.
- Zufluss vorrangiger Sozialleistungen  
Bei nachträglichem Zufluss vorrangiger Sozialleistungen ist nicht eine Rückforderung nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X vorzunehmen. Vielmehr verdrängt die Erfüllungsfiktion des § 107 Abs. 1 SGB X die Aufhebungs- und Rückforderungsvorschriften.<sup>188</sup> Die Leistungsträger haben untereinander abzurechnen, der Leistungsempfänger wird nicht beteiligt. Anders ist dies nur, wenn die Sozialleistung bereits an den Leistungsberechtigten ausgezahlt wurde.<sup>189</sup>
- Zufluss von Arbeitsentgelt  
Arbeitsentgelt wird u.U. nach § 115 SGB X abgerechnet. Auch hier gilt dies nicht, wenn das Arbeitsentgelt bereits an den Leistungsberechtigten ausgezahlt wurde.<sup>190</sup>
- sonstige Ansprüche  
Wurden dem Hilfebedürftigen nach dem SGB II Leistungen gewährt, obwohl er an sich einen vorrangigen Anspruch gegen einen anderen hat, der nicht Leistungsträger ist, geht dieser Anspruch nach § 33 Abs. 1 S. 1 SGB II im Wege der Legalzession auf den Grundsicherungsträger über, wenn bei rechtzeitiger Leistung des anderen keine Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erbracht worden wären.

## 2. Änderung der rechtlichen Verhältnisse

---

<sup>182</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, SGB X, § 48 Rn. 14.

<sup>183</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 26 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 11.04.2002 – B 3 P 8/01 R Rn. 18; ausführlich Padé in: jurisPK-SGB X, 1. Auflage, § 45 SGB X Rn. 56 ff.

<sup>184</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 28.

<sup>185</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 22/10 R Rn. 16 m.w.N.; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 18.

<sup>186</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 8.

<sup>187</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 8 m.w.N.

<sup>188</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (518 f.).

<sup>189</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (519).

<sup>190</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (519).

Eine Änderung in den für den Verwaltungsakt maßgebenden rechtlichen Verhältnisse ist eingetreten, wenn die rechtliche Grundlage des Verwaltungsakts geändert worden ist und der Änderung Geltung für den Verwaltungsakt zukommen soll.<sup>191</sup>

### **3. Wesentlichkeit der Änderung**

#### **a) Allgemein**

Die Änderung muss wesentlich sein. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Verwaltungsakt nach den nunmehr eingetretenen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen so, wie er ergangen ist, nicht mehr erlassen werden dürfte.<sup>192</sup> Notwendig ist damit eine Auswirkung der Änderung nach dem zu Grunde liegenden materiellen Recht auf den Regelungsgehalt des Verwaltungsakts in der Weise, dass sie rechtlich zu einer anderen Bewertung führen.<sup>193</sup> Die Feststellung einer wesentlichen Änderung richtet sich nach den für die Leistung maßgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts.<sup>194</sup>

#### **b) Wesentlichkeit bei Änderung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (begünstigende Entscheidung)**

Wesentlich ist die Änderung auch dann, wenn zwar die Leistung ursprünglich nicht hätte bewilligt werden dürfen – der Verwaltungsakt also ursprünglich zu Gunsten des Leistungsbeziehers rechtswidrig war –, nachträglich aber eine weitere und von dem Träger zu Recht als erfüllt angesehene Leistungsvoraussetzung vollständig weggefallen ist.<sup>195</sup> Ist der Leistungsanspruch nachträglich nur teilweise weggefallen, kann das aus Vertrauensschutzgründen nur zu einer anteiligen Leistungsabsenkung führen.<sup>196</sup>

#### **c) Wesentlichkeit bei Änderung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (begünstigende Entscheidung, aber zu gering)**

Umstritten ist dagegen die Frage, ob eine Bewilligungsentscheidung, die rechtswidrig zu gering ausgefallen ist, bei einer nachträglichen Änderung zu Lasten des Betroffenen nachträglich korrigiert werden kann. Nach einer Auffassung ist eine Korrektur nach § 44 SGB X entweder auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen statthaft, wenn der Fehler offensichtlich ist oder er der Behörde

---

<sup>191</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 10.

<sup>192</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 12 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 19.02.1986 – 7 RAr 55/84. So auch BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 25 m.w.N.; BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 159/11 R Rn. 13.

<sup>193</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 12.

<sup>194</sup> BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 29.

<sup>195</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 12a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R; einschränkend Merten in: Hauck/Noftz, SGB X, § 48 Rn. 10, 24.

<sup>196</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 12a.

aus anderen Gründen ins Auge springt.<sup>197</sup> Nach einer anderen Auffassung ist eine Änderung nicht möglich.<sup>198</sup>

#### 4. Beispiele für eine wesentliche Änderung

##### a) Nebenkostennachforderung

Hinsichtlich der Nebenkostennachforderung (Änderung gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X zu Gunsten des Betroffenen) gelten die folgenden Rechtsgrundsätze:

##### aa) Grundsatz: Übernahme bei weiterhin genutzter Wohnung

Die Nachforderung von Unterkunfts- und Heizkosten gehört grundsätzlich zum tatsächlichen, aktuellen Bedarf im Fälligkeitsmonat.<sup>199</sup> Es kommt aber auch ihren Zweck an. Das BSG betont, dass die Übernahme dieser Kosten der Sicherung der Unterkunft dient:

„Durch die existenzsichernden Leistungen soll der aktuelle räumliche Lebensmittelpunkt beibehalten werden können und sollen so der persönliche Lebensbereich „Wohnung“ sowie das Grundbedürfnis „Wohnen“ geschützt werden. Der Leistungsanspruch nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II a.F. zur Sicherung des Grundbedürfnisses des Wohnens bezieht sich deshalb grundsätzlich nur auf die Übernahme der Aufwendungen für die tatsächlich genutzte konkrete Wohnung, die den aktuell bestehenden Unterkunftsbedarf deckt (...). Entsprechend haben die bisherigen Entscheidungen des BSG zur Übernahme von Betriebs- und/oder Heizkostennachforderungen - mit einer Ausnahme (...) - jeweils Forderungen aus bestehenden Mietverhältnissen für im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit weiterhin genutzte Wohnungen zum Gegenstand (...).“<sup>200</sup>

Deshalb gehören die Nebenkostennachforderungen ohne Weiteres zu den Kosten für Unterkunft und Heizung, wenn das Mietverhältnis, in dem die Nebenkostenforderungen entstanden sind, noch besteht. Dabei werden auch die Kosten übernommen, die vor Eintritt der Hilfebedürftigkeit tatsächlich entstanden sind, aber erst nach deren Eintritt fällig werden.<sup>201</sup>

##### bb) Ausnahme: Nebenkostennachforderung bei nicht mehr genutzter Wohnung

Besteht das Mietverhältnis nicht mehr, in dem die Nebenkostennachforderung entstanden ist, ist eine Übernahme unter den folgenden Voraussetzungen möglich:<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 12b, §§ 44 Rn. 38 ff.

<sup>198</sup> Voelzke/Hahn, SGB 2012, 684 (690); Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 48 Rn. 28; BSG, Urteil vom 16.04.2012 – B 4 AS 132/11 R Rn. 26.

<sup>199</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 14 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2011 – B 4 AS 9/11 R Rn. 14.

<sup>200</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 15.

<sup>201</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 24.11.2011 – B 14 AS 121/10 Rn. 15.

<sup>202</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2011 – B 4 AS 9/11 R Rn. 17.

- Der Leistungsberechtigte stand sowohl im Zeitpunkt der tatsächlichen Entstehung der Kosten als auch im Zeitpunkt der Fälligkeit der Nachforderung im Leistungsbezug
- Die Aufgabe der alten Wohnung ist in Erfüllung einer Kostensenkungsobliegenheit gegenüber dem Leistungsträger erfolgt
- Es ist keine anderweitige Bedarfsdeckung eingetreten

Grund hierfür ist die fortbestehende Verantwortung des Leistungsträgers, der den Leistungsempfänger zur Senkung der Kosten aufgefordert hat.<sup>203</sup>

Eine Nebenkostennachforderung ist dagegen in den folgenden Fällen nicht möglich:

- Der Umzug erfolgte aufgrund von Mängeln der früheren Wohnung, und der Leistungsträger hat dessen Erforderlichkeit durch seine Zusicherung anerkannt. Die Erteilung einer Zusicherung verschafft dem Leistungsberechtigten zwar Gewissheit über die Berücksichtigung der Aufwendungen für die neue Unterkunft (§ 22 Abs. 4 S. 1 SGB II), begründet aber keinen Übernahmeanspruch für nach dem Umzug fällig werdende Forderungen für die frühere Wohnung.<sup>204</sup>
- Die Nebenkostennachforderung für eine nicht bewohnte Wohnung, deren tatsächliche Entstehung nicht auf Zeiten der Hilfebedürftigkeit zurückgeht, sind kein anzuerkennender Bedarf im Sinne des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II.<sup>205</sup>

#### cc) Weitere Fälle für die Berücksichtigung von Nebenkostennachforderungen

Das BSG hat weitere Fälle anerkannt, unter denen die Nebenkostennachforderungen übernommen werden können. Die Nebenkosten sind Teil des Bedarfs gem. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II im Monat ihrer Fälligkeit;<sup>206</sup> dies gilt nicht nur für laufende Nebenkostenforderungen, sondern auch für Nebenkostennachforderungen,<sup>207</sup> wenn eine „**existenzrechtlich relevante Verknüpfung**“<sup>208</sup> zwischen der Nebenkostennachforderung für die in der Vergangenheit bewohnte Wohnung und dem aktuellen unterkunftsbezogenen Bedarf besteht; diese Verknüpfung besteht „jedenfalls“<sup>209</sup> in den folgenden Konstellationen:

- Sowohl die **Entstehung der Nebenkostennachforderung** für die ehemalige Wohnung als auch die **Fälligkeit** betrifft einen **Zeitraum der ununterbrochenen Hilfebedürftigkeit**<sup>210</sup>
- Der Mieter stand **durchgehend** seit dem Zeitraum, auf den sich die Nebenkostennachforderung bezieht, bis zur Geltendmachung und Fälligkeit im **Leistungsbezug nach dem SGB II** und hatte eine **Zusicherung zum Umzug** erhalten<sup>211</sup>

<sup>203</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 21.

<sup>204</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 22.

<sup>205</sup> BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R Rn. 20.

<sup>206</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 17 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 22.03.2010 – B 4 AS 62/09 R Rn. 13.

<sup>207</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 17 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2007 – B 7b AS 40/06 R Rn. 13 u.a..

<sup>208</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 19.

<sup>209</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 19.

<sup>210</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 19.

<sup>211</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 30.03.2017 – B 14 AS 13/16 R.

- Der Mieter stand **durchgehend** seit dem Zeitraum, auf den sich die Nebenkostennachforderung bezieht, bis zur Geltendmachung und Fälligkeit im Leistungsbezug nach dem SGB II und hat seine alte Wohnung aufgrund einer **Kostensenkungsaufforderung des Leistungsträgers** aufgegeben<sup>212</sup>
- Nicht dagegen: die Nebenkostennachforderung ist erst fällig geworden, nachdem die alte Wohnung nicht mehr bewohnt war, und die tatsächliche Entstehung geht nicht auf Zeiten der Hilfebedürftigkeit zurück<sup>213</sup>

## b) Nebenkostenguthaben

Rechtsgrundlage der Aufhebungs- und Erstattungsbescheide wegen eines Nebenkostenguthabens ist § 40 Abs. 1 SGB II i.V. mit § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X, § 50 Abs. 1 S. 1 SGB X, § 330 Abs. 3 SGB II, § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F.<sup>214</sup>

Nach § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. galt: „Rückzahlungen und Guthaben, die den Kosten der Unterkunft und Heizung zuzuordnen sind, mindern die nach dem Monat der Rückzahlung oder der Gutschrift entstehenden Aufwendungen; Rückzahlungen, die sich auf die Kosten der Haushaltsenergie beziehen, bleiben insoweit außer Betracht.“

§ 22 Abs. 3 SGB II in der aktuellen Fassung formuliert es ähnlich: „Rückzahlungen und Guthaben, die dem Bedarf für Unterkunft und Heizung zuzuordnen sind, mindern die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Monat der Rückzahlung oder der Gutschrift; Rückzahlungen, die sich auf die Kosten der Haushaltsenergie oder nicht anerkannte Aufwendungen für Unterkunft und Heizung beziehen, bleiben außer Betracht.“

Demgemäß sind Guthaben oder Erstattungen aus Betriebskostenabrechnungen bei der Berechnung des Alg II als Einkommen zu berücksichtigen.<sup>215</sup> § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. = § 22 Abs. 3 SGB II n.F. ist aber keine eigenständige und von den Voraussetzungen der §§ 45, 48 SGB X unabhängige Ermächtigungsgrundlage; diese Norm legt nur die **Besonderheit** fest, dass auf den **Monat nach „Zufluss“** der Rückzahlung oder des Guthabens abzustellen ist.<sup>216</sup>

### aa) Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F.

Nach Auffassung des BSG mindern Betriebskostentrückzahlungen den Anspruch auf Alg II gem. § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. nur dann mit dem vollen Rückzahlungsbetrag, wenn die Aufwendungen der Leistungsberechtigten für Unterkunft und Heizung durch den hierauf entfallenden Alg II-Anteil vollständig gedeckt waren. Wurden dagegen nur abgesenkte Leistungen für Unterkunft und Heizung erbracht, mindern Betriebskostenerstattungen den Alg II - Anspruch in dem bzw. den folgenden Monat(en) nur um den Betrag, der nach ihrer Anrechnung auf die tatsächlich aufgebrachten Aufwendungen für Unterkunft und Heizung - ohne Kosten der Warmwasserbereitung, soweit sie von

<sup>212</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 B 14 AS 12/16 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2011 – B 4 AS 9/11 R Rn. 17.

<sup>213</sup> BSG, Urteil vom 13.07.2017 - B 14 AS 12/16 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 25.06.2015 – B 14 AS 40/14 R.

<sup>214</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 10.

<sup>215</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 10 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 22.03.2012 – B 4 AS 139/11 R Rn. 14 ff. m.w.N.; BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 159/11 R Rn. 15; BSG, Urteil vom 16.10.2012 – B 14 AS 188/11 R Rn. 13.

<sup>216</sup> BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 159/11 R Rn. 16.

der Regelleistung nach § 20 Abs. 1 SGB II umfasst sind - verbleibt.<sup>217</sup> Es gelten die folgenden Grundsätze:<sup>218</sup>

- Besonderheiten der Berücksichtigung von Betriebskostenerstattung als Einkommen<sup>219</sup>
- § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. verdrängt die allgemeinen Vorschriften auch zur Frage, nach welchem Modus und demnach in welcher Höhe den Kosten für Unterkunft und Heizung zuzuordnende Rückzahlungen und Guthaben sich mindernd auf die Leistungen für Unterkunft und Heizung auswirken. Durch § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. = § 22 Abs. 3 SGB II wird die Anrechnung von Betriebskostenerstattungen auf das Alg II von der allgemeinen Regel des § 19 SGB II gelöst und stattdessen dem Bedarfsermittlungsregime des § 22 SGB II unterstellt.
- Gem. § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II a.F. = § 22 Abs. 3 Halbs. 1 SGB II wird nicht der Bedarf für Unterkunft und Heizung durch Betriebskostenerstattungen direkt gemindert, sondern nur die „Aufwendungen“ für Unterkunft und Heizung.<sup>220</sup>

## bb) Berechnung für die einzelnen Monate

### (1) November 2008, Dezember 2008, Oktober 2009

Für die Monate November 2008, Dezember 2008 und Oktober 2009 konnte das BSG keine Entscheidung treffen, da das SG ausdrückliche Feststellungen zu den tatsächlichen Heizkostenvorauszahlungen der Klägerin nur für den Zeitraum bis August 2008 getroffen hat und auch die weiteren Betragsangaben zur „tatsächlichen Miete“ für die nachfolgenden Monate insoweit keinen sicheren Rückschluss erlauben.<sup>221</sup>

### (2) Oktober 2006

Für den Monat Oktober berechnet das BSG den Aufhebungsbetrag wie folgt:<sup>222</sup>

- Erster Schritt: Ermittlung der Betriebskostenrückzahlung abzüglich der tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung

Betriebskostenrückzahlung	336,82 €
Tatsächliche Aufwendungen für Unterkunft und Heizung: Kaltmiete 281,45 €, kalte Betriebskosten 77,72 €, Heizkosten 76,00 € - <u>Warmwasserbereitung 6,22 €<sup>223</sup></u>	<u>428,95 €</u>
Differenz	92,13 €
- Zweiter Schritt: Abzug der Differenz von dem Beklagten gewährten Aufwendungen für Unterkunft und Heizung

Bewilligte Leistungen für Unterkunft und Heizung	260,00 €
<u>Differenz (1. Schritt)</u>	<u>92,13 €</u>
Rückzahlung	167,87 €

<sup>217</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 11.

<sup>218</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 12.

<sup>219</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 22.03.2012 – B 4 AS 139/11 R Rn. 14 ff. m.w.N.

<sup>220</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 13.

<sup>221</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 18.

<sup>222</sup> BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 83/12 R Rn. 19.

<sup>223</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 27.02.2008 – B 14/11b AS 15/07 R Rn. 24.

(3) November 2006, Oktober 2007, November 2007

Hinsichtlich der anderen Monate ergab sich dagegen kein überschießender Erstattungsbetrag:

- November 2006: Hinsichtlich der Betriebskostenrückzahlung 09/2006 blieb nach der Abrechnung für Oktober 2006 mit einer Rückzahlung von 167,87 € kein weiterer zu erstattender Betrag mehr
- Oktober 2007

Betriebskostenrückzahlung 09/2007	281,02 €
Tatsächliche Aufwendungen für Unterkunft und Heizung (Kaltmiete 281,45 €, kalte Betriebskosten 77,72 €, Heizkosten 72,00 € - Warmwasserbereitung 6,22 €)	424,95 €
Differenz	143,93 €
Bewilligte Leistungen für Unterkunft und Heizung 132,28 € + 77,72 € + 50,00 €	260,00 €
<u>Abzüglich Differenz</u>	<u>143,93 €</u>
Rückzahlung	116,07 €
- November 2007: Hinsichtlich der Betriebskostenrückzahlung 09/2007 blieb nach der Abrechnung für Oktober 2007 mit einer Rückzahlung von 116,07 € kein weiterer zu erstattender Betrag mehr.

Das Sozialgericht hatte die Rückzahlung mit 122,05 € ausgerechnet, das BSG konnte diesen Betrag nicht unterschreiten; es ergab sich aber auch kein höherer Betrag als 122,05 €.

### c) Laufendes Einkommen

Hinsichtlich des laufenden Einkommens ist eine wesentliche Änderung in der Regel problemlos anzunehmen. Dies gilt jedoch nicht bei Zahlung eines Beschäftigungszuschusses, wenn das Arbeitsentgelt wegen Insolvenz des Arbeitgebers nicht gezahlt wird, weil es auf die Förderung einer Beschäftigung ankommt.<sup>224</sup>

Im Urteil vom 10.09.2013<sup>225</sup> ging es u.a. um die Berücksichtigung laufenden Einkommens in Form von Erwerbseinkommen im Monat Dezember 2015. Im Ursprungs-Verwaltungsakt hatte der Leistungsträger einer Bedarfsgemeinschaft (Klägerin und Lebensgefährtin) mit Bescheid vom 26.10.2005 Leistungen für die Zeit vom 01.10.2005 bis zum 31.03.2006 in Höhe von 344,36 € bewilligt.<sup>226</sup>

Gesamtbedarf vermutlich	1.194,00 €
Einkommen Klägerin (wohl bereinigtes Erwerbseinkommen)	51,82 €
<u>Einkommen Lebensgefährtin (wohl bereinigtes Erwerbseinkommen)</u>	<u>797,82 €</u>
Saldo	344,36 €

Auf dem Konto wurde am 05.12.2005 ein Betrag in Höhe von 1.482,59 € mit dem Verwendungszweck „Lohn- und Gehalt 11.2005“ gutgeschrieben.

Das LSG hat – gebilligt durch das BSG<sup>227</sup> – für den Monat Dezember 2005 einen Bedarf in Höhe von 1.095,26 € und Einkommen des Lebensgefährten in Höhe von 1.806,17 € berechnet:<sup>228</sup>

Regelleistungen 298,00 € x 2	596,00 €
------------------------------	----------

<sup>224</sup> BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 28.

<sup>225</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R.

<sup>226</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R.

<sup>227</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 20.

<sup>228</sup> LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19.09.2012 – 10 AS 101/10 Rn. 45 f. – juris.

Unterkunftskosten 510,00 € - Warmwasserabzug 10,74 €		499,26 €
Bedarf		1.095,26 €
Abzüglich Nettoeinkommen 11/2005	1.482,59 €	
Erwerbsfreibetrag § 30 SGB II a.F.	210,00 €	
Pauschbetrag private Versicherung	30,00 €	
Kfz-Haftpflichtversicherung	21,61 €	
Werbungskostenpauschale	15,33 €	
Fahrtkosten	101,20 €	1.104,45 €
Abzüglich Bruttoeinkommen 12/2005	1.079,86 €	
Erwerbsfreibetrag § 30 SGB II a.F.	210,00 €	
Pauschbetrag private Versicherung	30,00 €	
Kfz-Haftpflichtversicherung	21,61 €	
Werbungskostenpauschale	15,33 €	
Fahrtkosten	101,20 €	701,72 €
Einkommen		1.806,17 €

Die wesentliche Änderung lag darin, dass die Hilfebedürftigkeit der Klägerin und damit eine Anspruchsvoraussetzung für die bewilligten SGB II-Leistungen mit dem Zufluss des Betrags in Höhe von 1.482,59 € entfallen ist.<sup>229</sup> Dabei ging es zwar nicht um Einkommen der Klägerin, sondern ihres Lebensgefährten. Da sie aber eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 3 Buchstabe c) SGB II mit ihm bildete, musste das Einkommen des Lebensgefährten bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit gem. § 9 Abs. 2 S. 1 SGB II berücksichtigt werden.<sup>230</sup> Das BSG beschreibt die wesentliche Änderung für den Monat Dezember 2005 lapidar:

„Für den Monat Dezember 2005 entfiel die Hilfebedürftigkeit der Klägerin bereits wegen des Zuflusses der Lohnzahlungen an S für November 2005 am 05.12.2005 und für Dezember 2005 am 19.12.2005. Diese stellten Einkommen i.S. von § 11 SGB II dar, welches als laufende Einnahme gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 Alg II [Anm.: a.F. = § 11 Abs. 2 S. 1 SGB II] für den Monat zu berücksichtigen ist, in dem es zufließt. Bereits das auf den Gesamtbedarf der Klägerin und S anrechenbare Einkommen aus der Lohnzahlung für November 2005 betrug 1.104,45 €. Auch unter Heranziehung des vom LSG zutreffend ermittelten Gesamtbedarfs von 1.095,26 € ergibt sich ein Wegfall der Hilfebedürftigkeit der Klägerin in vollem Umfang.“<sup>231</sup>

#### d) Einmaleinkommen

Zur wesentlichen Änderung durch Einmaleinkommen lagen dem BSG die folgenden Sachverhaltsgestaltungen zugrunde:

##### **BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R:**

Bescheid 08.12.2004 Leistungen 01.01.2005 bis 30.06.2005	541,32 €
18.03.2005 Zahlung Einkommensteuererstattung	5.090,35 €
Bescheid 22.07.2005 Ablehnung Leistungen ab 01.07.2005	

##### **BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R:**

<sup>229</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 18.

<sup>230</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 19.

<sup>231</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 20.

März 2009 Leistungsbeginn  
21.04.2009 Zahlung Einkommensteuererstattung 8.875,20 €  
21.08.2009 Antrag auf Leistungen  
24.08.2009 Bescheid Leistungen 01.09.2009 bis 28.02.2010 unter Anrechnung  
des Einkommens

**BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R:**

Bescheid 26.10.2006 Leistungen 01.10.2005 bis 31.03.2006 344,36 €  
19.12.2005 Zahlung Lohn 12/2005 1.079,86 €, Abfindung 22.758,25 € 23.838,11 €

**BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R:**

Bescheid 20.06.2011 Leistungen 01.06.2011 bis 31.10.2011 968,36 €  
27.06.2011 Zahlung Erbe 8.000,00 €

**BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R:**

Bescheid 21.10.2005 Leistungen 01.11.2005 bis 30.04.2006  
Nicht näher geklärt Zufluss (Zeitpunkt, Höhe) Einnahmen aus Glücksspielgewinnen

**BSG, Urteil vom 24.08.2017 – B 4 AS 9/16 R:**

Bescheid 30.04.2012/09.05.2012 Leistungen 01.06.2012 bis 30.11.2012 692,45 €  
06.06.2012, 13.08.2012, 02.10.2012 Zufluss Aufwandsentschädigung als  
Betreuer (je 323,00 €)  
04.01.2013 (Widerspruchsbescheid): Aufhebung Bewilligung Juni, August, Oktober 2012

Einmaleinkommen (hier: Zahlung 8.000,00 € am 27.06.2011 nach Erbe) ist unter den folgenden  
Bedingungen als wesentliche Änderung anzurechnen:

aa) Erster Schritt: Wann ist bei Einmaleinkommen eine wesentliche Änderung eingetreten?

Maßgeblich ist der **Eingang auf dem Konto**; dadurch tritt eine wesentliche Änderung ein, weil durch  
die Berücksichtigung dieser Einnahme die Hilfebedürftigkeit zumindest für die Zukunft entfällt.<sup>232</sup> Das  
BSG verweist hierzu auf die bei Prüfung des Anspruchs auf Leistungen anwendbaren  
Rechtsvorschriften, nämlich §§ 19 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1 S. 1 SGB II, wobei Voraussetzung u.a. (§ 7 Abs.  
1 S. 1 Nr. 3 SGB II) die Hilfebedürftigkeit gem. § 9 Abs. 1 SGB II (des Inhabers des Einkommens) bzw.  
gem. § 9 Abs. 2 S. 1 SGB II (Zurechnung auch gegenüber dem Partner § 7 Abs. 3 Nr. 1, 3c SGB II) mit  
der Wirkung der Anrechnung gem. § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II ist.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 25. Vgl. auch BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4  
AS 89/12 Rn. 21 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 03.03.2009 – B 4 AS 47/08 R Rn. 15 – juris  
(tatsächlicher Zufluss als Abgrenzungskriterium zwischen Einkommen und Vermögen) und BSG, Urteil  
vom 28.10.2009 – B 14 AS 64/08 R Rn. 16 m.w.N. – juris (tatsächlicher Zufluss als  
Abgrenzungskriterium zwischen Einkommen und Vermögen): Bei Abfindungszahlungen ist vom  
tatsächlichen Zufluss auszugehen. BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 13 – juris:  
Auszahlung der Einkommensteuererstattung.

<sup>233</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 27.

Das BSG erinnert an die Grundsätze der Abgrenzung von Einkommen und Vermögen.<sup>234</sup>

- Einkommen ist grundsätzlich alles, was jemand nach Antragstellung wertmäßig dazu erhält, Vermögen das, was er vor Antragstellung bereits hatte. Auszugehen ist vom tatsächlichen Zufluss, es sei denn rechtlich wird ein anderer Zufluss als maßgeblich bestimmt<sup>235</sup>
- Ein rechtlich maßgeblicher anderer Zufluss ergibt sich bei einem Erbfall aus § 1922 Abs. 1 BGB, nach dem mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den oder die Erben übergeht (Gesamtrechtsnachfolge) (gilt auch für Miterben, § 1922 Abs. 2 BGB)
- Eine Erbschaft ist grundsicherungsrechtlich nur dann Vermögen, wenn der Erbfall vor der (ersten) Antragstellung eingetreten ist<sup>236</sup>
- Hier: Leistungsbezug seit Oktober 2005 ohne Unterbrechungen, Tod des Erblassers am 15.02.2011 (während des Leistungsbezugs): Betrag in Höhe von 8.000,00 € ist Einkommen und nicht Vermögen zu berücksichtigen<sup>237</sup>

Das BSG berücksichtigt die Zahlung (erst) vom **tatsächlichen Zufluss an** (27.06.2011), obwohl der „**normative**“ **Zufluss** bereits am 15.02.2011 erfolgt ist: Gegenüberstellung Bedarf und Einkommen erst in dem Zeitpunkt, in dem das Geld tatsächlich als bereites Mittel zur Deckung ihres Bedarfs zur Verfügung steht<sup>238</sup> Ein **Zufluss liegt dagegen nicht vor**, wenn ein Vermieter ein Betriebskostenguthaben in voller Höhe gegen Mietrückstände aufgerechnet hatte. Dann erfolgt eine Prüfung nur dahingehend, ob der erwerbsfähige Leistungsberechtigte die Zahlung realisieren konnte.<sup>239</sup>

#### bb) Zweiter Schritt: Bildung des Verteilzeitraums (Festlegung des Beginns)

Der Verteilzeitraum ist § 11 Abs. 3 S. 3, 4 SGB II zu ermitteln.<sup>240</sup> Die Frage, in welchem Zeitraum zufließendes Einkommen zu berücksichtigen ist und daher eine wesentliche Änderung der Verhältnisse bewirkt, richtet sich nach dem materiellen Recht des jeweiligen Buchs des SGB.<sup>241</sup> Für Einmaleinkommen (und laufende Einnahmen, die in größeren als monatlichen Zeitabständen zufließen) sind zwei Berücksichtigungszeitpunkte vorgesehen, § 11 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 1, 3 SGB II:

---

<sup>234</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 29; BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 18 – juris.

<sup>235</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 30.07.2008 – B 14 AS 26/07 R Rn. 23 – juris; BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 18 – juris.

<sup>236</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 25.01.2012 – B 14 AS 101/11 R Rn. 20; BSG, Urteil vom 17.02.2015 – B 14 KG 1/14 R Rn. 17.

<sup>237</sup> Ebenso: Einnahmen aus Glücksspielgewinnen sind Einnahmen, deren Berechnung sich nach den Vorschriften über die Einkommensanrechnung „in sonstigen Fällen“ gem. § 2b Alg II-VO (Fassung vom 17.08.2005) bzw. § 4 Alg II-VO (Fassung vom 17.12.2007) richtet, BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 18, 34 m.w.N., 35 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 18. Dies gilt auch, wenn Glücksspielgewinne mehrfach zufließen.

<sup>238</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 30 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 25.01.2012 – B 14 AS 101/11 R Rn. 22; BSG, Urteil vom 17.02.2015 – B 14 KG 1/14 R Rn. 18.

<sup>239</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 36 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 132/11 R.

<sup>240</sup> Ähnlich schon § 2 Abs. 3 Alg II-VO a.F.: Berücksichtigung im Monat nach dem Zufluss, wenn Leistungen nach dem SGB II bereits erbracht worden sind, § 2 Abs. 3 S. 2 Alg II-VO; Aufteilung auf einen angemessenen Zeitraum und Ansetzung mit einem monatlichen Teilbetrag. Dazu BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 23: Verteilung auf ein Jahr.

<sup>241</sup> BSG, Urteil vom 24.08.2017 – B 4 AS 9/16 R Rn. 17 unter Verweis auf Coseriu/Jakob in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe, SGB III, 6. Auflage 2017, § 330 Rn. 286 m.w.N.

- In der Regel sind die Einnahmen im **Monat des Zuflusses** zu berücksichtigen, § 11 Abs. 3 S. 1 SGB II
- Sind für den Monat des Zuflusses Leistungen ohne Berücksichtigung der Einnahme erbracht worden, werden sie erst **im Folgemonat** berücksichtigt, § 11 Abs. 3 S. 3 SGB II

Dies gilt nicht nur für die Bewilligung von Leistungen, sondern auch für die Aufhebung von Leistungen.<sup>242</sup>

Das BSG betont, dass die rechtliche Wirkung des Zuflussprinzips nicht mit dem Monat des Zuflusses endet, sondern sich über den sog. Verteilzeitraum erstreckt.<sup>243</sup>

Der Verteilzeitraum endet weder mit dem Ablauf des laufenden Bewilligungszeitraums noch durch eine neue Antragstellung.<sup>244</sup> Allein die neue Antragstellung führt nicht dazu, dass aus dem Einkommen nunmehr Vermögen wird.<sup>245</sup> Vielmehr kann eine Zäsur nur durch eine Überwindung der Hilfebedürftigkeit z.B. durch Erwerbseinkommen für mindestens einen Monat entstehen.<sup>246</sup>

Ist für den neuen Bewilligungszeitraum ein Anspruch wegen zu verteilenden Einmaleinkommens abgelehnt worden und entfällt danach der Hilfebedarf, wird das Einmaleinkommen zum Vermögen; tritt dann wieder Hilfebedürftigkeit ein, ist dies – ohne dass es im Klageverfahren einer erneuten Antragstellung bedürfte – als Vermögen zu behandeln.<sup>247</sup>

Im konkreten Fall war dies die Zeit vom 01.07.2011 bis zum 31.12.2011. Eine Aufhebung durch den Leistungsträger erst ab 01.08.2011 bezeichnete das BSG als für den Kläger nicht schädlich, weil er dadurch nicht beschwert war und der Leistungsträger nicht gezwungen war, die Berücksichtigung in einem Verteilzeitraum in nur einem Bescheid umzusetzen.<sup>248</sup>

#### cc) Dritter Schritt: Ermittlung der Abzüge

§ 11b Abs. 1 S. 2 SGB II sieht die Ermittlung von Abzügen wie folgt vor:

- Zunächst sind die auf die im **Zuflussmonat entfallenden Beträge** nach § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 5 und 6 SGB II vorweg **einmalig** abzuziehen:
  - Steuern auf das Einkommen § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II
  - Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung einschließlich Arbeitsförderung § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II
  - Ausgaben, die mit der Erzielung des Einkommens notwendig verbunden sind § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB II
  - Freibetrag für Erwerbstätige § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 SGB II
- In den **Folgemonaten** sind die übrigen Abzüge vorzunehmen

<sup>242</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 24.08.2017 – B 4 AS 9/16 R Rn. 18 (hier: Aufhebung Juni 2012, August 2012, Oktober 2012 war jeweils rechtswidrig, weil die wesentliche Änderung im Juli 2012, September 2012, November 2012 eingetreten war).

<sup>243</sup> BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 21 – juris.

<sup>244</sup> BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 26 – juris.

<sup>245</sup> BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 29 m.w.N. – juris.

<sup>246</sup> BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 31 – juris.

<sup>247</sup> BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 32 – juris.

<sup>248</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 47.

Eine Spielsucht kann nicht zu einer Absetzung führen (Absetzung von Spieleinsätzen bei Glücksspielgewinnen).<sup>249</sup>

### *(1) Abzüge im Zuflussmonat*

Eine mit der Erzielung des Einkommens verbundene **notwendige** Ausgabe im Sinne des § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB II n.F. wird nach der Rechtsprechung des BSG (für die Ausgabe von Spieleinsätzen bei Erzielung von Glücksspielgewinnen) nur unter engen Voraussetzungen anerkannt. Nach dem im Einkommensbegriff des § 11 SGB II konkretisierten **Nachranggrundsatz des § 2 Abs. 2 SGB II** wird von der hilfebedürftigen Person erwartet, dass sie das ihr zur Verfügung stehende Einkommen zunächst zur **Bedarfsdeckung** verwendet, bevor sie es anderweitig einsetzt; der Nachranggrundsatz gebietet eine **vernünftige Wirtschaftsführung und ein sparsames Wirtschaften**. Deshalb ist § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB II **eng auszulegen**. Spieleinsätze können grundsätzlich nicht abgesetzt werden, um weitere Spielgewinne zu erzielen; vielmehr ist das Einkommen zur Lebensunterhaltssicherung einzusetzen. Im Übrigen ist ein vergeblicher Spieleinsatz auch „unwirtschaftlich“, weil er außer Verhältnis zum Spielgewinn steht und zu keinem Gewinn führt.<sup>250</sup> Für die Anerkennung von Ausgaben gilt:

- Der **(gezielte) Einsatz von Einkommen zur Einkommenserzielung** muss klar von der bloß dem privaten Bereich der Einkommensverwendung abgegrenzt werden (hier: Einsatz für Glücksspiele ist Einkommensverwendung)<sup>251</sup>
- Die Ausgabe muss **notwendig** sein; dies ist nur dann der Fall, wenn zwischen der Erzielung des Einkommens und den Ausgaben eine kausale Verknüpfung besteht<sup>252</sup>
- Es reicht nicht allein, dass die Ausgaben durch die Erzielung von Einkommen veranlasst sind; vielmehr müssen sie der Erzielung des Einkommens **nutzen** (hier: allenfalls der Spieleinsatz, der der Erzielung des Spielgewinns vorausgegangen ist, ist abziehbar, nicht aber vorherige Spieleinsätze, bei denen kein Gewinn erzielt worden ist)<sup>253</sup>
- Die betroffene Person muss die Höhe der Ausgaben beziffern<sup>254</sup>

### *(2) Abzüge in den Folgemonaten*

Die **Versicherungspauschale** gem. § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II i.V. mit § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-VO muss stets berücksichtigt werden. Allerdings ist sie in Zeiträumen, in denen die betroffene Person auch Erwerbseinkommen hat, mit dem Grundfreibetrag (§ 11b Abs. 2 S. 1 SGB II) abgegolten und nicht zusätzlich in Abzug zu bringen.<sup>255</sup>

### *(3) Konkrete Berechnung*

Die Berechnung erfolgt durch Gegenüberstellung des Bedarfs (hier 968,36 €)<sup>256</sup> und des im Verteilzeitraum anzurechnenden Einkommens, das wie folgt ermittelt wird:

---

<sup>249</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 26.

<sup>250</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn.24.

<sup>251</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 25.

<sup>252</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 22.

<sup>253</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 23.

<sup>254</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 21.

<sup>255</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 20 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 05.06.2014 – B 4 AS 49/13 R; BSG, Urteil vom 17.02.2015 – B 14 AS 1/14 R Rn. 16.

<sup>256</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 37.

- Teilung des Betrags in Höhe von 8.000,00 € durch sechs Monate = 1.333,33 €
- Abzug der Versicherungspauschale 1.333,33 € - 30,00 € = 1.303,33 €
- Da der Teilbetrag höher ist als der Bedarf Abzug Beiträge für die Kranken- und Pflegeversicherung<sup>257</sup> 1.303,33 € - 291,28 € = 1.012,05 €

Da das Einkommen in Höhe von 1.012,05 € höher war als der Bedarf in Höhe von 968,36 €, ergab sich kein Leistungsanspruch für die Zeit vom 01.07.2011 bis zum 31.12.2011. Ist dies der Fall, muss aber ein **Zuschuss für die Kranken- und Pflegeversicherung gem. § 26 SGB II** als Bedarf berücksichtigt werden.

Eine **Unterbrechung des Verteilzeitraums** mit der Folge der „**Umwandlung**“ einer **einmaligen Einnahme in Vermögen** ist nur bei einer „echte(n) „Überwindung“ der Hilfebedürftigkeit durch Erzielung von Erwerbseinkommen vor.<sup>258</sup>

ee) Fünfter Schritt: Sind Verwendungen nach Zufluss einkommensmindernd zu berücksichtigen?

Das Geld war aber tatsächlich nicht vorhanden, weil sie es „verwendet“ hatten, sodass sich die Frage stellte, ob und wie diese Umstände berücksichtigt werden müssen. Das BSG unterscheidet insoweit zwischen dem Verteilzeitraum und dem Zeitraum nach dem Verteilzeitraum.

#### *(1) Verteilzeitraum*

Hier ist das BSG bei der Frage streng, ob Verwendungen nach Zufluss einkommensmindernd zu berücksichtigen sind: Zahlungen auf Verbindlichkeiten sind – abgesehen von Aufwendungen zur Erfüllung von titulierten Unterhaltsverpflichtungen gem. § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 7 SGB II – **nicht vom Einkommen abzuziehen**.<sup>259</sup>

„Es kommt für die Berücksichtigung der 8.000,00 € als Einkommen rechtlich lediglich auf deren Zufluss an, und es ist unerheblich, ob und in welchem Umfang sich aufgrund der Gutschrift der 8000 Euro auf dem Konto des Klägers ein positiver Kontostand auf diesem Konto ergeben hat.“<sup>260</sup>

Die (teilweise) Verwendung zur Rückführung des Kontosolls ist lediglich eine **Einkommensverwendung**, durch die der Zufluss der 8.000,00 € nicht teilweise den Charakter als Einkommen verliert.<sup>261</sup> Vielmehr erweist sich der Einkommenscharakter darin, dass damit das Kontosoll zurückgeführt werden konnte.<sup>262</sup> Wegen der Kontokorrentabrede war der Kläger aus Rechtsgründen nicht gehindert, am 27.06.2011 von seinem Konto 8.000,00 € abzuheben; „ob er

<sup>257</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 40 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 12.06.2013 – B 14 AS 73/12 R Rn. 17, 27.

<sup>258</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 24 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 31 – juris.

<sup>259</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 32 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 19.09.2008 – B 14/7b AS 10/07 R Rn. 25; BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 19; BSG, Urteil vom 20.02.2014 – B 14 AS 53/12 R Rn. 27.

<sup>260</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 32 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2011 – B 4 AS 200/10 R Rn. 13.

<sup>261</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 33 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 30.07.2008 – B 14 AS 26/07 R Rn. 25; BSG, Urteil vom 30.07.2008 – B 14 AS 43/07 R Rn. 28. Vgl. auch BSG, Urteil vom 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R Rn. 19 – juris m.w.N.

<sup>262</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 33 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 132/11 R Rn. 21.

grundsicherungsrechtlich hierauf verwiesen werden könnte, ist für die Frage nach der Berücksichtigung von 8.000,00 € oder nur von 5.014,11 € als zugeflossenes Einkommen nicht relevant.<sup>263</sup>

Auch **gepfändete bzw. verrechnete Einkommensteile** sind bei einer Pfändung und bei einer „Verrechnung seitens der Bank“ grundsätzlich als Einkommen zu berücksichtigen; nur ausnahmsweise ist eine Ausnahme zu machen, wenn die Rückgängigmachung der Pfändung aus Rechtsgründen überhaupt nicht oder nicht ohne Weiteres realisiert werden kann.<sup>264</sup>

Dies gilt auch für die **Verwendung im Zeitraum zwischen dem Zufluss und der Verteilung**:

„Wird die einmalige Einnahme zwischen dem Tag ihres tatsächlichen Zuflusses und dem ersten Tag des Verteilzeitraums im laufenden Bewilligungszeitraum (teilweise) verwendet [...], führt dies nicht zu einer Minderung der aufzuteilenden einmaligen Einnahme im Aufhebungszeitraum.<sup>265</sup> Dass nach § 11 Abs. 3 S. 2 und 3 SGB II die Einnahme ab dem Zuflussfolgemonat zu berücksichtigen und auf sechs Monate aufzuteilen ist, bewirkt nicht, dass es nach dem Tag des tatsächlichen Zuflusses mit dem Monatsersten des Zuflussfolgemonats einen zweiten Tag gibt, an dem rechtlich nach der Höhe der im Verteilzeitraum aufzuteilenden einmaligen Einnahme zu fragen ist.“<sup>266</sup>

Wehrt sich ein Betroffener gegen eine Aufhebungsentscheidung auf 0,00 €, hat die Behörde und das Gericht auch zu prüfen, ob auch ein **Anspruch auf Zuschuss gem. § 26 SGB II** zu leisten ist; das Begehren auf Zuschuss **ist vom Anfechtungsbegehren umfasst**.<sup>267</sup>

Allerdings muss bis zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung geprüft werden, ob eine tatsächlich zugeflossene einmalige Einnahme im Verteilzeitraum noch zur Verfügung steht. „Denn bei der Berücksichtigung einer einmaligen Einnahme als Einkommen kommt es auch darauf an, ob zugeflossenes Einkommen im Verteilzeitraum **als bereites Mittel geeignet** ist, den konkreten Bedarf im jeweiligen Monat zu decken.“<sup>268</sup>

Das Verhältnis von Pflicht (zur Vermeidung der Hilfebedürftigkeit) und Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflicht umschreibt das BSG:

„Zwar muss der Hilfebedürftige sein Einkommen auch dann zur Behebung einer gegenwärtigen Notlage für sich verwenden, wenn er sich dadurch außerstande setzt, anderweitig bestehende Verpflichtungen zu erfüllen ... Dementsprechend ist er bei Zufluss einer einmaligen Einnahme gehalten, das Geld nicht zur Schuldendeckung zu verwenden, sondern über den Verteilzeitraum hinweg zur Sicherung des Lebensunterhalts einzusetzen. Wenn die einmalige Einnahme, deren Berücksichtigung als Einkommen in Rede steht, tatsächlich aber nicht (mehr) uneingeschränkt zur Verfügung steht, ist ein Leistungsanspruch nicht ausgeschlossen. Die Verweigerung existenzsichernder Leistungen aufgrund einer unwiderleglichen Annahme, dass die Hilfebedürftigkeit bei bestimmtem wirtschaftlichen Verhalten - hier dem Verbrauch der einmaligen Einnahme in bestimmten monatlichen Teilbeträgen - (teilweise) abzuwenden gewesen wäre, ist mit Art. 1 GG i.V.m. Art. 20 GG nicht vereinbar (Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 12.05.2005 – 1 BvR 569/05).

---

<sup>263</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 34.

<sup>264</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 34 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 KG 1/10 R Rn. 18, 19.

<sup>265</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 25.

<sup>266</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 39.

<sup>267</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 43.

<sup>268</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 45 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R Rn. 13.

Diesem Gedanken folgt das gesetzgeberische Grundprinzip, dass Einkommen nicht „fiktiv“ berücksichtigt werden darf, sondern tatsächlich geeignet sein muss, Hilfebedürftigkeit zu beseitigen. Hierauf hat der 4. Senat am Beispiel der Berücksichtigung schwankender Einnahmen bereits hingewiesen (Verweis auf BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 210/10 R). Damit ist auch bei der Berücksichtigung einmaliger Einnahmen über einen Verteilzeitraum hinweg auf entsprechenden Vortrag des Leistungsberechtigten hin zu überprüfen, ob die auf diesen Zeitraum bezogene Durchschnittsbetrachtung die tatsächliche Einnahmesituation im Bedarfszeitraum zutreffend widerspiegelt.<sup>269</sup>

Unter Umständen kann das Verhalten gem. § 34 SGB II sanktioniert werden:

„Verwenden Leistungsberechtigte einmalige Einnahmen nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts im Verteilzeitraum und führen sie so Hilfebedürftigkeit (ggf teilweise) herbei, kann solches Verhalten einen Ersatzanspruch nach § 34 SGB II auslösen. Insbesondere wenn dem Leistungsberechtigten aus vorangegangenen Bezugszeiträumen oder nach entsprechender Aufklärung durch den Träger der Grundsicherung, die insbesondere bei sog Aufstockern mit laufendem und einmaligen Erwerbseinkommen angezeigt erscheint, bekannt ist oder bekannt sein müsste, in welcher Weise der Einsatz einer einmaligen Einnahme von ihm erwartet wird, kann bei entgegenstehendem Verhalten ein solcher Anspruch entstehen ... Der Anspruch nach § 34 SGB II [...] sichert das Bedürfnis der Allgemeinheit ausreichend, Steuermittel nicht dort aufzuwenden, wo die Abwendung von Hilfebedürftigkeit dem Hilfebedürftigen auch aus eigener Kraft möglich gewesen wäre und die Notlage also schuldhaft herbeigeführt wird. Zutreffend verweisen die Kläger darauf, dass auch insoweit das Gesetz mit Sanktionsmöglichkeiten einerseits und dem Ersatzanspruch nach § 34 SGB II andererseits (...) abschließend aufzeigt, inwieweit Leistungen trotz Bedürftigkeit nicht oder nur eingeschränkt oder mit einem Gegenanspruch des Trägers belastet gewährt werden sollen.“<sup>270</sup>

## (2) Nachverteilzeitraum

**Materiell-rechtlich** beachtlich sind dagegen Verwendungen im **Folgebewilligungszeitraum**.<sup>271</sup> Ist das Einmaleinkommen tatsächlich und unwiederbringlich verbraucht, stehen „bereite Mittel“ bei der erneuten Bewilligung tatsächlich – auch nicht als Restbeträge – zur Verfügung, kann darauf nicht verwiesen werden.<sup>272</sup> Das BSG räumt den tatsächlichen Verhältnissen gegenüber der nur normativen und als Berechnungsgrundlage zu verstehenden Regelung des § 2 Abs. 3 Alg II-VO a.F. = § 11 Abs. 3 SGB II den Vorrang ein.<sup>273</sup>

Allerdings stellt sich hier eine **verfahrensrechtliche Einschränkung**: Geht es um die Aufhebung von Leistungen, dürfen die Gerichte die Rechtmäßigkeit nur bis zum **Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung** treffen (hier: Widerspruchsbescheid vom 16.09.2011).

Hier waren bis zum 16.09.2011 noch genügend bereite Mittel vorhanden, um im Aufhebungszeitraum den Alg II-Bedarf der Kläger zu decken und ihre Beiträge zur Kranken- und

<sup>269</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R Rn. 14 – juris.

<sup>270</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R Rn. 17 f. – juris.

<sup>271</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 Rn. 26; BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 35, 39 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 12.06.2013 – B 14 AS 73/12 R; Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R. BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 31. Vgl. auch BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 21/10 R Rn. 29; zum möglichen Ersatzanspruch nach § 34 SGB II BSG, Urteil vom 12.12.2013 – B 14 AS 76/12 R Rn. 13.

<sup>272</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 31: Ein ursprünglich erlassener Bewilligungsbescheid ist dann nicht anfänglich rechtswidrig im Sinne des § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X.

<sup>273</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 31 m.w.N.

Pflegeversicherung zu zahlen. Denn nach den Feststellungen des LSG überstieg am 30.09.2011 das Kontoguthaben des Klägers von 1.819,35 € die Summe aus Alg II-Bedarf und Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung.<sup>274</sup>

Für die Zeit ab Oktober 2011 durfte das BSG dagegen nicht prüfen, ob noch genügend Mittel vorhanden waren. Zwar haben die Kläger am 01.10.2011 nur noch 1.005,85 € gehabt. Damit konnten sie zwar ihren Alg II-Bedarf von 968,36 € decken, nicht jedoch die vollen monatlichen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung von insgesamt 291,28 € zahlen konnten.

Dies führt aber nicht zur Rechtswidrigkeit der vollständigen Aufhebung der Alg II-Bewilligung auch für Oktober 2011.<sup>275</sup> Denn die nach der letzten Verwaltungsentscheidung vom 16.09.2011 entstandene tatsächliche Lücke zwischen den zu zahlenden Beiträgen und den noch freien bereiten Mitteln im Oktober 2011 hätte **nur auf einen neuen Leistungsantrag der Kläger** im und für den Oktober 2011 durch einen Zuschuss nach § 26 SGB II geschlossen werden können, an dem es indes fehlt.<sup>276</sup>

#### e) Rückforderung vorrangiger Sozialleistungen

Werder vorrangige Sozialleistungen aufgehoben, die auf den Anspruch nach dem SGB II angerechnet wurden, liegt keine wesentliche Änderung vor. Das BSG begründet dies damit, dass allein die rechtswidrige Bewilligung einer Sozialleistung noch nicht zum Wegfall dieser Sozialleistung führt; vielmehr stellt auch der rechtswidrige Bescheid einen Grund für den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten dar, die Leistung behalten zu dürfen (Bindungswirkung).<sup>277</sup> Erst die spätere Aufhebungsentscheidung führt zu einer Änderung der Verhältnisse, die jedoch nicht auf den Monat der Anrechnung vorwirkt.<sup>278</sup> Härten kann dadurch begegnet werden, dass bei dem vorrangigen Leistungsträger ein Antrag auf Entscheidung über den Erlass der Erstattungsforderung gestellt wird (hier gem. § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV).<sup>279</sup> Dies gilt auch für die Aufhebung und Erstattung von Kindergeld mit der Folge, einen Erlass gem. § 227 AO prüfen zu können.<sup>280</sup>

#### f) Leistungsausschlüsse

Eine wesentliche Änderung ist auch das Entstehen eines Leistungsausschlusses, der dazu führt, dass ein Anspruch auf Leistungen nicht mehr besteht. Dies gilt für den Leistungsausschluss

- wegen Ortsabwesenheit § 7 Abs. 4a SGB II (Bescheid 17.06.2018 Zeitraum 01.07.2008 bis 30.06.2009; Mitteilung der Ortsabwesenheit am 27.10.2008 und 04.11.2008; Aufhebungsbescheid 06.11.2008, zugestellt am 14.11.2008); wesentliche Änderung für die Zeit ab 14.11.2008: „Zwar war der Kläger auch nach dem 01.11.2008 leistungsberechtigt iSv § 7 Abs. 1

<sup>274</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 41.

<sup>275</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 45.

<sup>276</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 46 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R Rn. 14: Überprüfung der Einkommensberücksichtigung im Verteilzeitraum auf entsprechenden Vortrag des Leistungsberechtigten.

<sup>277</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R Rn. 24 – juris (Arbeitslosengeld).

<sup>278</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R Rn. 25 – juris (Arbeitslosengeld).

<sup>279</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R Rn. 26 – juris (Arbeitslosengeld).

<sup>280</sup> Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.03.2012 – L 2 AS 5392/11 Rn. 33 ff. – juris; SG Saarland, Gerichtsbescheid vom 22.03.2012 – S 12 AS 362/11 Rn. 17 ff. – juris mit Anmerkung Bildsdorfer, NJW 2012, 3706.

SGB II, da er dessen Voraussetzungen unverändert erfüllt hat. Der Leistungsanspruch ist aber durch den Aufenthalt in K. nach § 7 Abs. 4a SGB II entfallen.“ (mit Zugang des Aufhebungsbescheids)<sup>281</sup>

- wegen Ausbildung § 7 Abs. 5 SGB II a.F. (Bescheid 08.03.2012 Zeitraum 01.04.2012 bis 30.09.2012; 23.08.2012 Aufnahme einer Ausbildung zur staatlich anerkannten Erzieherin; wesentliche Änderung ab 01.08.2012 wegen § 15b Abs. 1 BAföG;<sup>282283</sup> dabei führt aber nicht eine beabsichtigte bzw. später durchgeführte tatsächlichen BAföG-Antragstellung, sondern erst der tatsächliche Beginn der Ausbildung zum Leistungsausschluss<sup>284</sup>
- wegen eines Ausschlussgrunds gem. § 7 Abs. 5 SGB II (Bescheid 17.07.2014 Zeitraum 01.08.2014 bis 31.01.2015 13.10.2014 Antritt einer Freiheitsstrafe; wesentliche Änderung ab 13.10.2014<sup>285</sup>

### g) Änderung von Ermessens Gesichtspunkten

Das BSG erwägt noch, ob in der Änderung von Umständen, die allein Ermessenserwägungen bei einer (hier: Beschäftigungszuschuss gem. § 16a SGB II a.F. = § 16e SGB II n.F.) betreffen, eine wesentliche Änderung im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X liegen kann. Das LSG Hessen<sup>286</sup> lehnt dies wohl ab. Das BSG lässt diese Frage unentschieden: „Jedenfalls genügt bei Ermessensentscheidungen als wesentliche Änderung nur diejenige von Umständen, die der Behörde eine abweichende Ermessensausübung ermöglicht hätten, allerdings nur in dem Umfang, in dem sie tatsächlich gehandhabt werden (...). Bereits bei der Bewilligung des Beschäftigungszuschusses vom 20.06.2008 erkennbare und auch nach der Begründung in den angefochtenen Bescheiden geänderte wesentliche Ermessensgesichtspunkte, die einen nachfolgenden Eingriff in die Bestandskraft der Leistungsbewilligung begründen könnten, sind diesen Bescheiden aber schon nicht zu entnehmen.“<sup>287</sup>

### h) Untervermietung

#### Fall (BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R):

Bescheid 05.03.2007 Leistungen 05.02.2007 bis 31.07.2007 (davon Unterkunftskosten 02/2007 367,60 €, 03/2007 bis 05/2007 458,82 €, 06/2007 bis 07/2007 403,83 €) + Kostensenkungsaufforderung bis 31.05.2007 angemessen nur 367,00 €

19.04.2007 Abschluss Untermietvertrag 211,00 € (Untermieter zahlt nicht und zieht später aus)

Bescheid 23.07.2007 Aufhebung Leistungen 19.04.2007 bis 15.07.2007 Rückforderung 543,59 €

Nach BSG liegt eine wesentliche Änderung der Verhältnisse **nicht allein** in der **Nutzung der Wohnung durch zwei Personen**; das **Kopfteilprinzip** wird aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sowie wegen der Überlegung angewendet, dass die gemeinsame Nutzung einer Wohnung durch mehrere Personen (regelmäßig Familienangehörige) deren Unterkunftsbedarf dem Grunde nach abdeckt und

<sup>281</sup> LSG Bayern, Urteil vom 16.01.2013 – L 11 AS 583/10 Rn. 23 – juris.

<sup>282</sup> § 15b Abs. 1 BAföG lautet: „Die Ausbildung gilt im Sinne dieses Gesetzes als mit dem Anfang des Monats aufgenommen, in dem Unterricht oder Vorlesungen tatsächlich begonnen werden.“

<sup>283</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.11.2013 – L 12 AS 1317/13 B Rn. 17 – juris.

<sup>284</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 23.

<sup>285</sup> SG Duisburg, Urteil vom 12.12.2017 – S 49 AS 3784/15 Rn. 29 – juris.

<sup>286</sup> LSG Hessen, Urteil vom 20.06.2011 – L 7 AL 202/08 Rn. 50 ff. – juris.

<sup>287</sup> BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 36 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 08.12.1998 B 2 U 5/98 R.

in aller Regel eine an der unterschiedlichen Intensität der Nutzung ausgerichtete Aufteilung der Aufwendungen für die Erfüllung des Grundbedürfnisses Wohnen nicht zulässt. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Nutzung durch mehrere Personen **bindende vertragliche Regelungen** zugrunde liegen.<sup>288</sup>

Auch die rechtliche Verpflichtung eines Untermieters zur Zahlung des Mietzinses an den Hauptmieter allein ist keine wesentliche Änderung der Verhältnisse. Gegenüber dem **Vermieter** bleibt es bei der **Pflicht zur Zahlung der vollen Miete**.<sup>289</sup> Eine Änderung der Verhältnisse träte allein durch tatsächlich zufließende Einnahmen im Sinne eines „**bereiten Mittels**“ ein.<sup>290</sup> Dagegen ist die Anrechnung einer **fiktiven Einnahme** zur Bedarfsminderung nach dem System des SGB II dagegen ausgeschlossen.<sup>291</sup>

Da tatsächliche Zahlungen nicht feststellbar waren, war eine wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen nicht eingetreten. Die Aufhebung von Leistungen war – entgegen der Rechtsprechung des Sozialgerichts und des Landessozialgerichts – rechtswidrig. Deshalb musste das BSG die weiteren im Zusammenhang mit Untervermietung sich stellenden Fragen nicht entscheiden:<sup>292</sup>

- Sind Einnahmen aus Untervermietung auf den Bedarf für Unterkunft und Heizung<sup>293</sup> oder wie „normales“ Einkommen gem. § 19 Abs. 3 SGB II<sup>294</sup> anzurechnen?
- Ist eine Ausnahme von der Übernahme der tatsächlichen gegenüber dem Vermieter geschuldeten Aufwendungen zu machen, wenn der Anspruch gegen den Untermieter **ohne Weiteres realisierbar war bzw. ist**,<sup>295</sup> wobei der Leistungsträger den Hilfebedürftigen in einem solchen Fall aber bei der Geltendmachung berechtigter Ansprüche unterstützen und ihn dahingehend instruieren müsste, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um einen Anspruch geltend machen zu können<sup>296</sup>

## i) Prognoseentscheidungen

---

<sup>288</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 18.06.2008 – B 14/11b AS 61/06 R Rn. 19 – juris; BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 36/12 R Rn. 28.

<sup>289</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 17.

<sup>290</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 18.02.2010 – B 14 AS 32/08 R Rn. 20 (Unterstützungsleistungen durch Verwandte); Urteil vom 18.06.2008 – B 14 AS 22/07 R (Krankenhausverpflegung); Urteil vom 18.06.2008 – B 14 AS 46/07 R (Verpflegung durch Angehörige).

<sup>291</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 18.02.2010 – B 14 AS 32/08 R Rn. 20; Urteil vom 10.05.2011 – B 4 KG 1/10 R Rn. 21; Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 21/10 R Rn. 29; Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R.

<sup>292</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 19.

<sup>293</sup> So jetzt BSG, Urteil vom 06.08.2014 – B 4 AS 37/13 R Rn. 31; Berlit in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 22 Rn. 28 m.w.N.; Luik in Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 22 Rn. 50.

<sup>294</sup> So noch Luik in: Eicher, SGB II, 3. Auflage, § 22 Rn. 50.

<sup>295</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 20 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 22.09.2009 – B 4 AS 8/09 R Rn. 16, 21 – juris für den Fall der Absenkung der Unterkunfts-kosten bei unwirksam vereinbarten Teilen der Miete.

<sup>296</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 161/11 R Rn. 20 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 22.09.2009 – B 4 AS 8/09 R Rn. 23; BSG, Urteil vom 24.11.2011 – B 14 AS 15/11 R Rn. 16; BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 132/11 R Rn. 22.

Ist eine Prognose ursprünglich korrekt und kommt es zu einem von einer korrekten Prognose abweichenden, nicht vorhersehbaren Verlauf, kann eine wesentliche Änderung vorliegen (z.B. Änderung der Prognose des § 7 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB II (Krankenhausaufenthalt weniger oder mehr als sechs Monate)).<sup>297</sup>

## II. Sonderfall Sanktion

Die Sanktionsentscheidungen stellen eine Minderung für bestimmte Monate fest. Es kann aber auch sein, dass ein Bewilligungsbescheid für diese Monate noch ungekürzte Leistungen vorsieht. Die Frage ist damit, ob der Bewilligungsbescheid abgeändert werden muss. Gegen die Notwendigkeit der Änderung könnte sprechen, dass der Sanktionsbescheid auch den Bewilligungsbescheid ändert.

Das BSG betont demgegenüber, dass auch die Bewilligungsentscheidung durch einen **Aufhebungsbescheid** betreffend die (bis dahin bewilligten) Leistungen gem. § 48 Abs. 1 SGB X ergänzt werden muss.<sup>298</sup> Ist der Aufhebungsbescheid noch nicht erlassen, darf der erwerbsfähige Leistungsberechtigte hiergegen eine isolierte Anfechtungsklage erheben.<sup>299</sup> Das BSG gibt weitere Hinweise dazu, wie zu verfahren ist, wenn nur der Feststellungsbescheid bzw. nur der Aufhebungsbescheid angefochten wird.<sup>300</sup>

- Ist der Feststellungsbescheid bestandskräftig geworden und wehrt sich der erwerbsfähige Leistungsberechtigte gegen den Aufhebungsbescheid, kann er gleichzeitig die Überprüfung des Feststellungsbescheids gem. § 44 SGB X beantragen, gilt die Vierjahresfrist des § 44 Abs. 4 SGB X nicht, weil es nicht um die rückwirkende Erbringung von Sozialleistungen geht.
- Greift der erwerbsfähige Leistungsberechtigte nur den Feststellungsbescheid erfolgreich an, wird aber der Aufhebungsbescheid nicht angegriffen, steht im Überprüfungsverfahren die Zeitgrenze des § 48 Abs. 4 S. 1 SGB X, § 44 Abs. 4 SGB X, § 40 Abs. 1 S. 2 SGB II nicht entgegen. „Denn die Feststellung der Obliegenheitsverletzung und die Änderung der Leistungsbewilligung sind materiell so aufeinander bezogen, dass die rechtzeitige Anfechtung des Minderungsbescheides ein Aufhebungsbegehren im Hinblick auf den Umsetzungsverwaltungsakt einschließt, um einer effektiven Rechtsschutzgewährung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung zu tragen.“<sup>301</sup>

## III. Rechtsfolge I: Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft

Bei einer wesentlichen Änderung hat der Leistungsträger einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung gem. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben („ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben“). Die Aufhebungswirkung tritt vom **Tag der Bekanntgabe des Bescheids** an.<sup>302</sup>

## IV. Rechtsfolge II: Aufhebung mit Wirkung ab Änderung der Verhältnisse

---

<sup>297</sup> Geiger info also 2014, 147 (148 f.) – dort Prognose § 145 SGB III.

<sup>298</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R Rn. 16 m.w.N.

<sup>299</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R Rn. 17.

<sup>300</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R Rn. 20.

<sup>301</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R Rn. 20.

<sup>302</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 34 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 24.02.1987 – 11b RAr 53/86.

In den Fällen der Aufhebung mit Wirkung **vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse** – also für die Vergangenheit – gem. § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X gelten die folgenden Besonderheiten:

- Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X „soll“ der Verwaltungsakt vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden; allerdings wird diese Bestimmung, die in der Regel eine gebundene Entscheidung, aber in atypischen Fällen nach Ermessen ein Absehen von der Entscheidung bedeuten kann,<sup>303</sup> für das SGB II gem. §§ 40 Abs. 2 Nr. 3 SGB II, 330 Abs. 3 S. 1 SGB III<sup>304</sup> wieder aufgehoben worden
- Die Aufhebung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse ist nur statthaft, soweit einer der weiteren vier besonderen Gründe vorliegt

Die Aufhebung für die Vergangenheit und für die Zukunft unterscheidet sich auch materiell-rechtlich: Geht es um die Rückforderung von Leistungen wegen erzielten Einkommens, ist nach der Rechtsprechung des BSG ein späterer Verbrauch als weiteres Ausgabeverhalten des Leistungsberechtigten ohne Bedeutung. Von der Aufhebung für die Zukunft unterscheidet sich die Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit dadurch, dass **nicht eine aktuelle Bedarfslage ungedeckt** bleibt, also eine Hilfebedürftigkeit tatsächlich bestand, sondern erst nach Aufhebung der Bewilligung bezogen auf die Vergangenheit und Rückforderung und daher regelmäßig und auch hier erst künftig eine Verbindlichkeit gegenüber dem Leistungsträger entsteht.<sup>305</sup>

### **1. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB X (Änderung zugunsten des Betroffenen)**

Ein Dauer-Verwaltungsakt soll rückwirkend geändert werden, soweit die Änderung zugunsten des Betroffenen erfolgt. Die Wirkung ist durch die Verjährungsvorschriften des § 45 SGB I und durch die (gem. § 48 Abs. 4 S. 1 SGB X geltende) **vierjährige Ausschlussfrist** des § 44 Abs. 4 SGB X,<sup>306</sup> die allerdings gem. § 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II auf eine **einjährige Ausschlussfrist** reduziert wird. Zusätzlich dazu gilt die Jahresfrist gem. §§ 48 Abs. 4 S. 1, 45 Abs. 4 S. 2 SGB X wohl auch für die Änderung zugunsten des Betroffenen.

### **2. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X (Verletzung einer Mitteilungspflicht)**

Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X ist eine Aufhebung mit Rückwirkung statthaft, wenn der Betroffene einer gesetzlichen Mitteilungspflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist. Durch diese Vorschrift wird die Verletzung von Mitwirkungspflichten „sanktioniert“, die sich aus dem Sozialleistungsverhältnis ergeben und bei deren Einhaltung zu einem früheren Zeitpunkt niedrigere Leistungsansprüche festgesetzt worden wären.<sup>307</sup> Allerdings steht dies häufig in einem Spannungsverhältnis zu Beratungs- und Hinweispflichten der Träger, die sich ebenfalls aus diesem

---

<sup>303</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 36 m.w.N.

<sup>304</sup> § 330 Abs. 3 S. 1 SGB III lautet: „Liegen die in § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X genannten Voraussetzungen für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vor, ist dieser mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben.“

<sup>305</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 25 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R Rn. 15.

<sup>306</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 42.

<sup>307</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 23.

Verhältnis ergeben und deren Verletzung Auswirkungen haben kann für die Beurteilung des fraglichen Sorgfaltspflichtverstoßes.<sup>308</sup> Dies geschieht häufig mit Hilfe von Belehrungen.<sup>309</sup>

### a) Gesetzliche Mitteilungspflicht

Eine gesetzliche Mitteilungspflicht begründet besonders § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB I.<sup>310</sup> Das BSG hat zum Anwendungsbereich des § 60 SGB I im SGB II entschieden, dass diese Vorschrift anwendbar ist, soweit keine bereichsspezifischen Mitwirkungsobliegenheiten Anwendung finden.<sup>311</sup>

Dabei müssen etwa Einkünfte im Bewilligungszeitraum angegeben werden (bei Selbständigen); sie sind **Tatsachen im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB I**; dazu gehören nicht nur konkrete Umstände in der Vergangenheit und Gegenwart; vielmehr ist der Begriff der Tatsache „**bereichsspezifisch**“ zu konkretisieren.<sup>312</sup> § 60 Abs. 1 S. 1 SGB I umschreibt eine „**Obliegenheit**“, die nach dem Zweck darauf gerichtet ist, dem Sozialleistungsträger Kenntnis von denjenigen Tatsachen zu vermitteln, welche die Grundlage für eine Entscheidung über die Bewilligung, Änderung, Entziehung oder Erstattung einer Sozialleistung bilden. Damit kommt der „**Verpflichtung**“ zur Angabe von entscheidungserheblichen Tatsachen die Funktion zu, den Leistungsträger überhaupt erst in die Lage zu versetzen, seiner Amtsermittlungspflicht nach § 20 SGB X nachzukommen. Daraus folgt, dass Tatsachen dann „erheblich“ sind, die die **tatbestandlichen Voraussetzungen einer anspruchsbegründenden Norm erfüllen**.<sup>313</sup> Dazu gehört im SGB II auch das im Bewilligungszeitraum **voraussichtlich zufließende Einkommen**, da die Erzielung von Einkommen gegebenenfalls zum teilweisen oder vollständigen Wegfall der Anspruchsvoraussetzung der Hilfebedürftigkeit führt (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II).<sup>314</sup>

Dies gilt nicht nur für die Angabe von Tatsachen im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB I, sondern auch für die Angabe von **Änderungen in den für die Leistung erheblichen Verhältnissen** im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB I. Diese „**Obliegenheit**“ dient in erster Linie dazu, die Grundlage für die Aufhebung von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung durch den Sozialleistungsträger nach § 48 SGB X zu schaffen. Danach ist Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen **jede Änderung des für die getroffene Regelung relevanten Sachverhalts**.<sup>315</sup>

### b) Vorsatz

Vorsatz liegt vor, wenn der Betroffene wissentlich und gewollt unrichtige Angaben gemacht hat.<sup>316</sup>

### c) Grobe Fahrlässigkeit

---

<sup>308</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 23.

<sup>309</sup> Vgl. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 23.

<sup>310</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 44.

<sup>311</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 42/12 R Rn. 14 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 19.09.2008 – B 14 AS 45/07 R Rn. 13.

<sup>312</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 42/12 R Rn. 15.

<sup>313</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 42/12 R Rn. 16.

<sup>314</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 42/12 R Rn. 17.

<sup>315</sup> BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 42/12 R Rn. 18 unter Verweis auf Merten in: Hauck/Noftz, SGB X, § 48 Rn. 18, Stand 12/12.

<sup>316</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 23.

Im Rahmen der groben Fahrlässigkeit ist auf die persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit, das Einsichtsvermögen und das Verhalten des Betroffenen sowie auf die besonderen Umstände des Falls.<sup>317</sup>

### 3. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X

Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X ist die Aufhebung rückwirkend – ohne Verschulden des Betroffenen – auch bei Erzielung von Einkommen oder Vermögen statthaft. Was Einkommen oder Vermögen im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X ist, ergibt sich aus dem **jeweils anwendbaren materiellen Recht**.<sup>318</sup> Das BSG setzt das „Erzielen“ von Einkommen oder Vermögen mit dem **Zufluss** gleich.<sup>319</sup>

### 4. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X

Gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X ist eine rückwirkende Aufhebung statthaft, wenn der Betroffene wusste oder grob fahrlässig nicht wusste, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen kommt oder ganz oder teilweise weggefallen ist. Hier wird darauf hingewiesen, dass ein Anspruch nicht „kraft Gesetzes“ zum Ruhen kommt, weil es keinen Selbstvollzug des Gesetzes gibt und es zur Aufhebung eines Verwaltungsakts bedarf.<sup>320</sup> Daher kann § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X nur entsprechend dahin angewendet werden, dass der Begünstigte weiß oder grob fahrlässig nicht weiß, dass der ihm erteilte Verwaltungsakt im **Widerspruch zur materiellen Rechtslage** steht, was aber nur in besonderen Einzelfällen angenommen werden kann.<sup>321</sup>

## V. Die Aufhebung bei mehreren Leistungsempfängern

Bei mehreren Leistungsempfängern – Bedarfsgemeinschaften – erfolgt die Aufhebung genau so, wie die Bewilligung erfolgte.<sup>322</sup> Das Rückabwicklungs- bzw. Erstattungsverhältnis ist das „Spiegelbild“ des Leistungsverhältnisses.<sup>323</sup> Daher ist konkret zu prüfen, welchem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft in welcher Höhe Leistungen zu Unrecht bewilligt wurden und wer entsprechende Leistungen zu Unrecht erhalten hat. Anspruchsberechtigt ist nicht die Bedarfsgemeinschaft als solche, sondern sind jeweils alle einzelnen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft.<sup>324</sup>

---

<sup>317</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 48 Rn. 23.

<sup>318</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 46a.

<sup>319</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 25 m.w.N.

<sup>320</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 53a m.w.N.

<sup>321</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 48 SGB X Rn. 53a.

<sup>322</sup> Vgl. zu den Kosten bei erfolgreichem Widerspruch BSG, Urteil vom 02.04.2014 – B 4 AS 27/13 Rn. 14 ff.: Es kann in diesen Fällen eine Tätigkeit in „derselben Angelegenheit“ im Sinne der §§ 7 Abs. 1, 15 Abs. 2 S. 1 RVG vorliegen mit der Folge, dass nur die Gebühr gem. Nr. 2302 Nr. 1 RVG und eine Erhöhungsgebühr gem. Nr. 1008 RVG berechnet werden kann. Mehrere Angelegenheiten können dagegen vorliegen, wenn es bei den Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft jeweils um besondere Gründe geht wie z.B. die Prüfung subjektiver Aufhebungsvoraussetzungen.

<sup>323</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (514).

<sup>324</sup> BSG, Urt. vom 07.11.2006 – B 7 b AS 8/06 R – NDV-RD 2007, 3 (4).

## 1. Technik der Berücksichtigung

Bei der Bedürftigkeitsprüfung sind die folgenden Schritte zu berücksichtigen.<sup>325</sup>

- Es muss der persönliche Bedarf jedes einzelnen Angehörigen der Haushaltsgemeinschaft ermittelt werden.
- Es muss das persönliche Einkommen jedes einzelnen Angehörigen der Haushaltsgemeinschaft ermittelt werden.
- Es muss geprüft werden, ob einzelne Personen oder einzelnes Einkommen oder Vermögen nicht zu berücksichtigen ist.
  - Einzelne Personen stehen zwar zu den anderen Personen in Haushaltsgemeinschaft, nicht aber in Bedarfsgemeinschaft, § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II (Beispiel 3)
  - Einkommen oder Vermögen der Eltern ist gem. § 9 Abs. 2 S. 2 SGB II bei unverheirateten Kindern zu berücksichtigen (vgl. aber § 9 Abs. 3 SGB II)
- Es muss ermittelt werden, ob der persönliche Bedarf aller Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft das persönliche Einkommen aller Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft übersteigt; in diesem Falle ist jeder in der Bedarfsgemeinschaft hilfebedürftig.
- Die Verteilung des Einkommens oder Vermögens erfolgt nach § 9 Abs. 2 S. 1, 3 SGB II, indem jedem Mitglied der Bedarfsgemeinschaft anteilig nach dem jeweiligen Bedarf das Einkommen zugerechnet wird.
- Der sich daraus ergebende Saldo (bei Bedürftigkeit) ist zunächst von dem kommunalen Träger zu übernehmen, § 19 Abs. 3 S. 2 SGB II. Erst wenn der Bedarf höher ist als die Leistung des kommunalen Trägers, muss auch die Agentur für Arbeit Leistungen erbringen. Umgekehrt bedeutet dies, dass Einkommen und Vermögen zunächst auf die Bedarfe nach §§ 20, 21, 23 SGB II und erst dann auf den Bedarf nach § 22 SGB II anzurechnen sind.

### a) Individuelle Berechnung des Bedarfs (Schritte 1 – 4)

Zunächst ist individuell zu ermitteln, welchen Bedarf jedes einzelne Mitglied der Bedarfsgemeinschaft hat. Es gilt das Prinzip des Einzelanspruchs jedes Mitglieds.<sup>326</sup>

### b) Berechnung der Einkommens- und Vermögensanteile § 9 Abs. 2 S. 1, 3 SGB II (Schritt 5)

Es gilt der modifizierte Leistungsanspruch. Das Einkommen und Vermögen eines Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft wird so aufgeteilt, dass jeder als hilfebedürftig gilt, wenn es nicht ausreicht, den Bedarf aller zu decken. Damit gilt auch derjenige als hilfebedürftig, der aufgrund seines eigenen Einkommens und Vermögens an sich nicht hilfebedürftig ist. Dies bedeutet eine Abkehr von dem bisherigen Recht, wonach solche Personen nicht als hilfebedürftig galten und aus der Berechnung herausgenommen wurden.

### c) Verteilung gem. § 19 Abs. 3 S. 2 SGB II (Schritt 6)

---

<sup>325</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 29.03.2007 – B 7b AS 12/06 R – NZS 2008, 100 (102 Rn. 4); Mecke in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 9 Rn. 48.

<sup>326</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 07.11.2006 – B 7b AS 8/06 R Rn. 12.

Zunächst ist Einkommen und Vermögen auf die Leistungen der Agentur für Arbeit anzurechnen (Regelleistung etc.). Erst wenn das Einkommen und Vermögen höher ist als die Leistungen der Agentur für Arbeit, werden sie auf die Leistungen der kommunalen Träger angerechnet.

## VI. Sonderfälle (u.U. Anwendung des § 45 SGB X und des § 48 SGB X nebeneinander)

### 1. Berücksichtigung von Einkommen in einem längeren Verteilzeitraum und über den Bewilligungszeitraum

Ist Einkommen über einen längeren Verteilzeitraum und über den ursprünglichen Bewilligungszeitraum hinaus anzurechnen, gilt die folgende Regel:<sup>327</sup>

- Soweit es um die Anrechnung von Einkommen **im ursprünglichen Bewilligungszeitraum** geht, erfolgt die Aufhebung nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X, wenn und weil nach Erlass des Bewilligungsbescheides und während des laufenden Bewilligungszeitraums Einkommen **tatsächlich zugeflossen** war, **zur Bedarfsdeckung zur Verfügung** stand und daher im Verteilzeitraum zu berücksichtigen war; ein späterer Verbrauch als weiteres Ausgabeverhalten während des Verteilzeitraums ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.<sup>328</sup>
- Soweit der Verteilzeitraum auch in einen anschließenden Bewilligungszeitraum reicht, führt der nicht mitgeteilte Zufluss einer einmaligen Einnahme zur rückwirkenden Aufhebung nach § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X, wenn der Bewilligungsbescheid **anfänglich rechtswidrig** war; hieran fehlt es, wenn die **Mittel aus der einmaligen Einnahme bei Erlass des Bewilligungsbescheides tatsächlich und unwiederbringlich verbraucht** waren und **als bereite Mittel nicht zur Verfügung** standen.<sup>329</sup>

### 2. Anwendung des § 48 Abs. 3 SGB X

Kann ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung nicht gem. § 45 SGB X zurückgenommen werden – etwa weil die Fristen des § 45 Abs. 3, Abs. 4 S. 2 SGB X abgelaufen ist und wird eine rechtswidrige Leistung weiter gewährt, ist es gem. § 48 Abs. 3 SGB X möglich, die Leistung „einzufrieren“, d.h. so lange von Leistungssteigerungen auszunehmen, bis die rechtswidrige Begünstigung „aufgezehrt“ ist.<sup>330</sup> Dies setzt aber eine gesonderte Entscheidung des Leistungsträgers voraus.<sup>331</sup>

Ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung liegt dann vor, wenn sich der Verwaltungsakt nicht in einem einmaligen Ge- oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpft, sondern ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis

<sup>327</sup> BSG, Beschluss vom 01.04.2016 – B 14 AS 286/15 B Rn. 6.

<sup>328</sup> BSG, Beschluss vom 01.04.2016 – B 14 AS 286/15 B Rn. 6 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 25.

<sup>329</sup> BSG, Beschluss vom 01.04.2016 – B 14 AS 286/15 B Rn. 6 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 29 bis 31.

<sup>330</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 13.

<sup>331</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 13 m.w.N.

begründet oder inhaltlich verändert; dazu gehört etwa ein Verwaltungsakt, der den dauernden regelmäßigen Bezug von Sozialleistungen zum Gegenstand oder zur Folge hat.<sup>332</sup>

## D. Vorläufige Entscheidungen

Sonderregelungen gelten für vorläufige Entscheidungen. Eine allgemeine Vorschrift ist § 42 Abs. 2 S. 1 SGB I, für das SGB III gilt § 328 SGB III. Für das SGB II galt bis zum 31.07.2016 über § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II a.F. der Verweis auf § 328 SGB III. Die Rechtsprechung des BSG zur alten Rechtslage kann aber durchaus noch angewendet werden.

Unterschiede zur bisherigen Rechtslage bestehen u.a. wie folgt:

- Gem. § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II a.F. i.V. mit § 328 Abs. 1 S. 1 SGB III konnte nur über die Erbringung von **Geldleistungen** vorläufig entschieden werden; gem. § 41a Abs. 1 Nr. 1 SGB II ist Gegenstand der vorläufigen Entscheidung die Erbringung von **Geld- und Sachleistungen**
- Gem. § 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II a.F. i.V. mit § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III stand die Entscheidung des Leistungsträgers in seinem **Ermessen**,<sup>333</sup> wobei in den Fällen des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III bei einem **Antrag** eine gebundene Entscheidung zu ergehen hat; gem. § 41a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 SGB II ist jetzt eine **gebundene Entscheidung** vorgesehen,<sup>334</sup> wobei hierzu auch immer ein Antrag gem. § 37 SGB II gestellt werden muss

## I. Ursprungs-Verwaltungsakt

### 1. Statthaftigkeit einer vorläufigen Entscheidung

Nach alter Rechtslage galt das Monatsprinzip auch für eine Entscheidung beim Streit über die Bewilligung von vorläufigen Leistungen nach Ablauf des Bewilligungszeitraums; eine monatsübergreifende Saldierung innerhalb des Bewilligungszeitraums war unstatthaft.<sup>335</sup>

Die vorläufige Leistung ergeht auf Grundlage eines nicht vollständig ermittelten Sachverhalts und einer hierauf beruhenden Prognose.<sup>336</sup>

Die vorläufige Leistung ist eine **Leistung sui generis** und ein **aliud** gegenüber der endgültigen Leistung.<sup>337</sup> Hinsichtlich der zu erwartenden Einkünfte ist eine Prognose anzustellen, wobei (nur) die **bis zum Abschluss des Verfahrens bekannten und erkennbaren Umstände** und die **Angaben des Antragstellers im Leistungsantrag** maßgeblich sind.<sup>338</sup> In § 41a Abs. 2 SGB II wird nunmehr – in Übernahme dieser Rechtsprechung des BSG - klargestellt, dass im Rahmen der

---

<sup>332</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 18 m.w.N.

<sup>333</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 139/10 R Rn. 16.

<sup>334</sup> Der Grund des § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 SGB III = § 41a Abs. 7 SGB II ist weiterhin als Ermessensentscheidung ausgestaltet.

<sup>335</sup> BSG, Urteil vom 19.08.2015 – B 14 AS 13/14 R Rn. 25 f.

<sup>336</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 42 m.w.N.

<sup>337</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 20 m.w.N.; BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 139/10 R Rn. 15 m.w.N.

<sup>338</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 41.

vorläufigen Entscheidung eine Prognoseentscheidung zu treffen ist (§ 41a Abs. 2 S. 3 SGB II) und die Prognoseentscheidung so zu erfolgen hat, dass der monatliche Bedarf gedeckt ist (§ 41a Abs. 2 S. 2 SGB II).<sup>339</sup> Gem. § 41a Abs. 2 S. 3 SGB II sind die im Zeitpunkt der Entscheidung bekannten und prognostizierten Verhältnisse zugrunde zu legen.

Ausgehend von diesen Vorgaben ist der Erlass eines **endgültigen Bescheids nicht statthaft** in Fällen, in denen objektiv nur die Möglichkeit einer prospektiven Schätzung insbesondere der Einkommenssituation besteht. Dies ist Folge der grundsätzlichen Verpflichtung der Verwaltung, vor Erlass eines Bescheids die Sachlage vollständig aufzuklären, um die objektiven Verhältnisse festzustellen.<sup>340</sup> Erlässt der Leistungsträger auf der Grundlage eines nicht endgültig aufgeklärten Sachverhalts einen endgültigen Bescheid, ist dieser von Anfang an rechtswidrig, soweit objektiv erst später ermittelbare Umstände (z.B. ein künftiges Einkommen) lediglich eine vorläufige Bewilligung gerechtfertigt hätten. Damit ist ein Fall des § 45 SGB X und nicht des § 48 Abs. 1 SGB X gegeben.<sup>341</sup>

## 2. Inhalt der vorläufigen Entscheidung

Gem. § 41a Abs. 2 S. 2 SGB II ist die vorläufige Leistungen so zu bemessen, dass der monatliche Bedarf der Leistungsberechtigten zur Sicherung des Lebensunterhalts gedeckt ist; dabei kann der Absetzbetrag nach § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 SGB II (Erwerbstätigenfreibetrag) ganz oder teilweise unberücksichtigt bleiben. Nach der Begründung im Gesetzentwurf haben die Erwerbstätigenfreibeträge lediglich den Zweck, einen Erwerbsanreiz zu schaffen; im Rahmen der Festlegung des Bedarfs sollen sie aber keinen Einfluss im Sinne einer Gefährdung der Bedarfsdeckung haben.<sup>342</sup> Diese Möglichkeit eines vorsorglichen Abschlags war nach der alten Rechtsprechung des BSG nicht möglich.<sup>343</sup> Damit war befürchtet worden, dass im Rahmen der vorläufigen Bewilligung von Leistungen zunächst von zu hohen Einkünften und entsprechend von zu niedrigen Leistungen nach dem SGB II ausgegangen wird.<sup>344</sup> Die endgültige Festlegung bleibt dann der abschließenden Entscheidung gem. § 41a Abs. 3 S. 1 SGB II vorbehalten.

Im Rahmen der Festlegung des vorläufigen Einkommens ist zu beachten, dass die vollständige oder teilweise Nichtberücksichtigung gem. § 41a Abs. 2 S. 2 Hs. 2 SGB II im Ermessen des Leistungsträgers steht („kann ... unberücksichtigt bleiben“)<sup>345</sup> und dass die Leistungsträger den erwerbsfähigen Leistungsberechtigten vor einer beabsichtigten Weglassung des Freibetrags anhören müssen, um zu ermitteln, welche Einzelfallumstände für die Festlegung des vorläufigen Anrechnungsbetrags zu beachten sind.<sup>346</sup>

---

<sup>339</sup> Formann, SGB 2016, 615 (616); vgl. auch SG Leipzig, Beschluss vom 18.11.2016 – S 22 AS 2885/16 ER Rn. 18 ff. – juris (auch zu Prognosefehlern).

<sup>340</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 19.

<sup>341</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, SGB X, § 48 Rn. 8a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 17 ff.; BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 19 m.w.N.

<sup>342</sup> BT-Drucks. 18/8041 S. 52 f.

<sup>343</sup> Vgl. Formann, SGB 2016, 615 (616) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 34 – juris.

<sup>344</sup> Staiger, info also 2016, 208 (209).

<sup>345</sup> SG Freiburg, Beschluss vom 28.11.2016 – S 19 AS 4524/16 ER Rn. 25 ff. – juris (ZFSH/SGB 2017, 235) unter Verweis auf Groth/Siebel-Huffmann, NJW 2016, 3404 (3409).

<sup>346</sup> Vgl. Geiger, NZS 2017, 139 (141).

### 3. Angabe der Vorläufigkeit

Umfang und Grund der Vorläufigkeit waren gem. § 328 Abs. 1 S. 2 SGB III anzugeben. Der **Schutzzweck der Begründungspflicht** liegt darin, dass für den Empfänger eindeutig sein muss, dass die Leistung nur vorläufig festgestellt ist, dass er sie nicht sicher behalten darf und dass die endgültige Feststellung noch Zeit benötigt.<sup>347</sup> Das BSG hält für notwendig – ohne auf § 328 Abs. 1 S. 2 SGB III hinzuweisen –, dass der Leistungsträger „klar und deutlich zum Ausdruck [bringt], dass und aus welchem Grund und in welchem Umfang Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nur vorläufig bewilligt wurden“.<sup>348</sup> Die Regelung der Vorläufigkeit hat für sich Verfügungscharakter, und die „**Typus prägenden Merkmale**“ der vorläufigen Entscheidung müssen **unzweifelhaft** erkennbar sein.<sup>349</sup> Dies kann sich auch aus dem Zusammenhang – etwa durch ein dem Bescheid beigefügtes Erläuterungsschreiben – ergeben.<sup>350</sup>

Gem. § 41a Abs. 2 S. 1 SGB II ist der Grund der Vorläufigkeit anzugeben. Eine Begründungspflicht für den Umfang der Vorläufigkeit besteht anders als in der Vorgängervorschrift des § 328 Abs. 1 S. 2 SGB III nicht.<sup>351</sup> Fehlt die Bezeichnung als vorläufig, gilt der Verwaltungsakt als rechtswidrige endgültige Leistungsbewilligung mit der Folge, dass dann bei Änderungen nicht § 41a SGB II, sondern § 45 SGB X anzuwenden ist.<sup>352</sup>

### 4. Bindungswirkung der vorläufigen Entscheidung

Die Bindungswirkung der vorläufigen Entscheidung ist unter zwei Aspekten zu diskutieren: Zum ersten besteht die Frage, ob und welche Teile im **Verhältnis zur endgültigen Entscheidung** Bindungswirkung haben. Zum zweiten besteht die Frage, ob und wie **Änderungen während des Vorläufigkeitszeitraums** zu berücksichtigen sind.

#### a) Bindungswirkung im Verhältnis zur endgültigen Entscheidung

Die Bindungswirkung erstreckt sich nach der Rechtsprechung allein auf die **zeitliche Dimension bis zur endgültigen Entscheidung**. Die vorläufige Bewilligung ist nur eine **Zwischenlösung**, die auf eine Ersetzung durch eine endgültige Entscheidung nach dem Wegfall der Voraussetzungen für die Vorläufigkeit angelegt ist.<sup>353</sup> Hier sind mehrere Fälle zu unterscheiden:

- Die vorläufige Entscheidung wird mit dem endgültigen Abschluss des Verfahrens oder der Endgültigerklärung bestandskräftig<sup>354</sup>

---

<sup>347</sup> DÜ in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 20.

<sup>348</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 R Rn. 13.

<sup>349</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 18 m.w.N.

<sup>350</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 19.

<sup>351</sup> Formann, SGB 2016, 615 (616).

<sup>352</sup> LSG Hessen, Beschluss vom 23.04.2018 – L 6 AS 109/18 B ER Rn. 18 – juris unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 18.

<sup>353</sup> BSG, Urteil vom 19.08.2015 – B 14 AS 13/14 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.05.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 21 ff.

<sup>354</sup> DÜ in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 11, 23.

- Bei Erlass einer endgültigen Entscheidung erledigt sich die vorläufige Entscheidung gem. § 39 Abs. 2 SGB X, ohne dass eine gesonderte Aufhebung erforderlich ist;<sup>355</sup> der endgültige Bescheid wird gem. § 86 SGG Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens<sup>356</sup> bzw. gem. § 96 SGG Gegenstand des Verfahrens über den Bescheid wegen der vorläufigen Leistungen<sup>357</sup>

Dagegen wird gefordert, dass der endgültige Bescheid vom vorläufigen Bescheid nur aus Gründen abweichen dürfe, auf denen der Vorläufigkeitsvorbehalt beruht.<sup>358</sup>

## b) Änderungen während des Vorläufigkeitszeitraums

Zu § 328 SGB III ist vertreten worden, dass auch vorläufige Bescheide eine Bindungswirkung im Sinne des § 77 SGG entfalten, sodass sie unter den Voraussetzungen der §§ 44 ff. SGB X abänderbar sind.<sup>359</sup>

Diese Regelung hat § 41a Abs. 2 S. 4, 5 SGB II konkretisiert: Stellt sich während des Vorläufigkeitszeitraums heraus, dass die vorläufige Entscheidung rechtswidrig war, kann der Leistungsträger die Bewilligung nur für die Zukunft abändern, dagegen für die Vergangenheit nur im Rahmen einer abschließenden Entscheidung<sup>360</sup> (mit den besonderen Voraussetzungen des § 41a Abs. 3 S. 1, Abs. 5 SGB II) und ohne Vertrauensschutzregelungen gem. § 45 Abs. 2 SGB X (Ausschluss gem. § 41a Abs. 2 S. 5 SGB II).

## 5. Rechtsschutz

Eine Klage gegen den vorläufigen Bescheid mit dem Ziel, eine endgültige Bewilligung zu erlangen, kann statthaft mit der isolierten Anfechtungsklage verfolgt werden.<sup>361</sup> Im Einzelfall kann auch eine allgemeine Leistungsklage statthaft sein.<sup>362</sup> Ist dagegen die vorläufige Bewilligung bestandskräftig geworden soll sie auch im Rahmen eines Erstattungsbescheids hinsichtlich der Vorläufigkeit nicht mehr überprüfbar sein.<sup>363</sup>

## II. Abschließende Entscheidung

<sup>355</sup> Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 11 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 139/10 Rn. 13; BSG, Urteil vom 05.07.2017 – B 14 AS 36/16 R Rn. 15.

<sup>356</sup> Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 11 unter Verweis auf LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.06.2014 – L 4 AS 55/12 Rn. 19 f. Vgl. auch BSG, Urteil vom 05.07.2017 – B 14 AS 36/16 R Rn. 17 ff.: Auslegung wie § 96 SGG.

<sup>357</sup> BSG, Urteil vom 19.08.2015 – B 14 AS 13/14 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 139/10 R Rn. 13.

<sup>358</sup> Vgl. die Nachweise bei Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 8 m.w.N.

<sup>359</sup> Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 10.

<sup>360</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 69 unter Verweis auf Formann, SGB 2016, 615 (619).

<sup>361</sup> BSG, Urteil vom 12.10.2016 – B 4 AS 60/15 R Rn. 13 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 20.

<sup>362</sup> BSG, Urteil vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/10 R Rn. 21.

<sup>363</sup> BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 139/10 R Rn. 15 m.w.N.

## 1. Vorbemerkung

Ist eine vorläufige Entscheidung ergangen, hat der Leistungsträger nach Vorlage der anfangs noch fehlenden Unterlagen eine abschließende Entscheidung zu treffen. Sinn und Zweck des § 328 SGB III gebieten, jedenfalls in den Fällen des § 328 Abs. 3 SGB III die vorläufige Leistungsbewilligung nach Wegfall der Gründe für die nur vorläufige Bescheidung des Leistungsbegehrens durch eine endgültige Entscheidung zu ersetzen.<sup>364</sup> Gem. § 328 Abs. 2 SGB III sind drei Fälle der abschließenden Entscheidung vorgesehen:

- Aufhebung der vorläufigen Entscheidung
- Änderung der vorläufigen Entscheidung
- Erklärung der vorläufigen Entscheidung auf Antrag der berechtigten Person für endgültig

Die endgültige Entscheidung kann auch durch eine **endgültige ablehnende Entscheidung** ersetzt werden, ohne dass es einer Aufhebung der vorläufigen Entscheidungen (und damit ggf. einer Vertrauensschutzprüfung) bedarf; die Vorläufigkeit erstreckt sich nicht auf die Höhe, sondern auch auf den Grund der Leistung.<sup>365</sup>

Die abschließende Entscheidung und Erstattung ist in § 41a Abs. 3, Abs. 5 SGB II völlig neu geregelt worden.

## 2. Voraussetzung der abschließenden Entscheidung

Durch die endgültige Entscheidung wird die vorläufige Entscheidung weder aufgehoben noch geändert; es ist auch nicht erforderlich, dass die vorläufige Entscheidung aufgehoben, zurückgenommen oder geändert wird.<sup>366</sup>

Der Gesetzgeber nennt mehrere Voraussetzungen für eine abschließende Entscheidung:

- Die vorläufig bewilligte Leistung entspricht nicht der abschließend festzustellenden Leistung, § 41a Abs. 3 S. 1 1. Fall SGB II
- Die leistungsberechtigte Person beantragt eine abschließende Entscheidung, § 41a Abs. 3 S. 1 2. Fall SGB II
- Ergeht innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraums keine abschließende Entscheidung nach § 41a Abs. 3 SGB II, gelten die vorläufig bewilligten Leistungen gem. § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II als abschließend festgesetzt, wenn kein Fall des § 41a Abs. 5 S. 2 SGB II gilt (sog. fiktive Festsetzung)

Das Verhältnis von § 41a Abs. 3 SGB II und § 41a Abs. 5 SGB II ist unklar:

- Nach einer Auffassung sind die Fälle der abschließenden Entscheidung vornehmlich in § 41a Abs. 3 SGB II geregelt, wobei § 41a Abs. 5 SGB II die Fälle des § 41a Abs. 3 SGB II modifiziert; so soll §

---

<sup>364</sup> BSG, Urteil vom 12.10.2016 – B 4 AS 60/15 R Rn. 20 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 21.

<sup>365</sup> BSG, Urteil vom 22.08.2013 – B 14 AS 1/13 R Rn. 15.

<sup>366</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 38 m.w.N.

41a Abs. 3 S. 1 2. Fall SGB II (Antrag der leistungsberechtigten Person) auch bei „richtiger“ vorläufiger Entscheidung anwendbar sein<sup>367</sup>

- Hiergegen spricht aber, dass es bei einer „richtigen“ vorläufigen Entscheidung einer abschließenden Entscheidung nicht bedarf; das Antragsrecht der leistungsberechtigten Person würde sich dann in erster Linie auf eine – sinnlose, weil deklaratorische – Entscheidung richten

#### a) Abschließende Entscheidung gem. § 41a Abs. 3 S. 1 1. Fall SGB II

Vorläufigen Entscheidungen kommt nach Zweck und Bindungswirkung allein die Funktion zu, eine (Zwischen-)Regelung bis zur endgültigen Klärung der Sach- und Rechtslage zu treffen. Vorläufig bewilligte Leistungen sind daher als **aliud** gegenüber endgültigen Leistungen anzusehen, deren Bewilligung keine Bindungswirkung für die endgültige Leistung entfaltet.<sup>368</sup> Leistungsbezieher nach § 328 Abs. 2 SGB III a.F. können nicht darauf verwiesen werden, „auf eine endgültige Entscheidung über den erhobenen Anspruch zu verzichten, wenn keine Änderung gegenüber den ursprünglichen Annahmen eingetreten ist. Umso mehr muss dies gelten für Adressaten vorläufiger Bescheide, bei denen abschließend neue Umstände zu berücksichtigen sind. Zur Beseitigung der Unklarheit über die Höhe der ihnen endgültig zustehenden Leistungen ist deshalb von Amts wegen notwendig eine das Verwaltungsverfahren auf den ursprünglichen Leistungsantrag abschließende Entscheidung (vgl. § 8 SGB X) nach Maßgabe von § 328 Abs. 3 S. 1 sowie ggfs. S. 2 Hs. 1 SGB III zu treffen.“<sup>369</sup>

Damit haben die Leistungsberechtigten grundsätzlich einen Anspruch auf eine endgültige Entscheidung.<sup>370</sup> Die leistungsberechtigte Person ist hierzu unter den Voraussetzungen des § 41a Abs. 3 S. 2 SGB II umfassend zur Mitwirkung verpflichtet, wobei die Rechtsfolgen bei unterlassener Mitwirkung gem. § 41a Abs. 3 S. 3, 4 SGB II nach dem Wortlaut dieser Vorschriften gravierend sind.

Von diesem grundsätzlich bestehenden Anspruch auf eine endgültige Entscheidung scheint aber § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II eine Ausnahme zu machen. Es sind die folgenden Unterfälle zu unterscheiden:

##### aa) Unterfall I: Die vorläufige Entscheidung entspricht der abschließenden Entscheidung

Stellt sich heraus, dass die vorläufige Entscheidung der abschließenden Entscheidung entspricht, ist kein Raum für eine abschließende Entscheidung. Voraussetzung einer endgültigen Entscheidung ist die **Unrichtigkeit** der vorläufigen Bewilligung.<sup>371</sup> Es fehlen dann die Voraussetzungen für eine (konstitutive) abschließende Entscheidung. Es soll aber möglich sein, dass der Leistungsträger den vorläufigen Bescheid nur auf Antrag des Leistungsempfängers für endgültig erklärt.<sup>372</sup> Die Endgültigerklärung verändert den vorläufigen Bescheid in seinem Wesen; er wird zum endgültigen Bescheid.<sup>373</sup> In diesem Fall kann jedoch die abschließende fiktive Entscheidung gem. § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II auch ohne einen Antrag des Leistungsberechtigten eintreten.<sup>374</sup>

<sup>367</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 39.

<sup>368</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 23 m.w.N.

<sup>369</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 24 m.w.N.

<sup>370</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 34.

<sup>371</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 R Rn. 14 (zu § 328 Abs. 3 S. 1 SGB III).

<sup>372</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 34.

<sup>373</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 39.

<sup>374</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 35.

bb) Unterfall II: Der Leistungsanspruch aufgrund der vorläufigen Entscheidung ist höher als aufgrund einer endgültigen Entscheidung mit der Folge eines Erstattungsanspruchs des Leistungsträgers

Ist die vorläufige Entscheidung unrichtig, ist sie generell in eine abschließende Entscheidung umzuwandeln. Hier geht es zunächst um den Fall, dass sich aus der vorläufigen Entscheidung ein höherer Leistungsanspruch als aus der abschließenden Entscheidung ergibt mit der Folge, dass sich ein **Erstattungsanspruch des Leistungsträgers gegen den Leistungsberechtigten** ergäbe.

#### *(1) Initiative des Leistungsträgers*

Der Leistungsträger hat das **Recht und die Pflicht**, die abschließende Entscheidung vorzubereiten und zu treffen. Das Verwaltungsverfahren, das auf die Beseitigung der Unklarheit über die Höhe der endgültig zustehenden Leistungen gerichtet ist, ist von Amts wegen einzuleiten.<sup>375</sup>

Dazu sieht § 41a Abs. 3 S. 2 SGB II vor, dass der **Leistungsträger** von der leistungsberechtigten Person den **Nachweis der leistungserheblichen Tatsachen fordert**; die **leistungsberechtigte Person** ist verpflichtet, die **geforderten leistungserheblichen Tatsachen nachzuweisen**. Wegen dieses Mechanismus kann es eigentlich nicht zu einer fiktiven abschließenden Entscheidung kommen: Entweder ist die vorläufige Entscheidung „richtig“, oder der Leistungsträger erlässt die abschließende Entscheidung unter den Voraussetzungen des § 41a Abs. 3 SGB II.

Zur abschließenden fiktiven Entscheidung kann es daher nur kommen, wenn der Leistungsträger seine Pflicht zur abschließenden Entscheidung nicht beachtet. Gem. § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II bleibt es bei der vorläufigen Entscheidung, wenn eine abschließende Entscheidung innerhalb eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraums nicht ergeht.

Diese Regel gilt aber gem. § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II in Form der **Rückausnahme** nicht, wenn der Leistungsanspruch aus einem anderen als dem nach § 41a Abs. 2 S. 1 SGB II anzugebenden Grund der Vorläufigkeit nicht oder nur in geringerer Höhe als die vorläufigen Leistungen besteht und der Leistungsträger innerhalb eines Jahres seit Kenntnis von diesen Tatsachen erfährt; in diesem Fall kann der vorläufige Bescheid erst nach Ablauf von zehn Jahren nach der Bekanntgabe der vorläufigen Entscheidung als abschließend angesehen werden. Der andere Grund als der der Vorläufigkeit ist in dem Sinne zu verstehen, dass es hierbei – als Spezialfall zur Rücknahme eines anfänglich rechtswidrigen Verwaltungsakts gem. § 45 SGB X – nur um Gründe gehen kann, die zur anfänglichen Rechtswidrigkeit der vorläufigen Entscheidung führen.<sup>376</sup> So liegt der Fall etwa, wenn aufgrund von schwankendem Einkommen vorläufig Leistungen nach dem SGB II bewilligt worden sind, sich dann aber herausstellt, dass die leistungsberechtigte Person schon zu Beginn der vorläufigen Leistungen über bedarfsdeckendes Vermögen verfügte.<sup>377</sup> Hierfür wird vertreten, die Vertrauensschutzregelungen des § 45 Abs. 2 SGB X ergänzend anzuwenden, weil Gegenstand des § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II nicht der vorläufige Verwaltungsakt, sondern die fingierte abschließende Entscheidung ist; hierfür soll es wieder auf den Vertrauensschutz ankommen, zumal in der Begründung nur der Fall des pflichtwidrigen Unterlassens von Angaben durch die leistungsberechtigte Person genannt wird.<sup>378</sup>

---

<sup>375</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 24 m.w.N. (zu § 328 SGB III).

<sup>376</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 68.

<sup>377</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 68 unter Verweis auf BT-Drucks. 18/8041 S. 54.

<sup>378</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 70; vgl. auch Groth/Siebel-Huffmann, NJW 2016, 3404 (3409).

In den übrigen Fällen bleibt es bei der „unrichtigen“ vorläufigen Entscheidung. Dazu gehört insbesondere der „Normalfall“, dass sich die Tatsachen für die vorläufige Entscheidung geändert haben.

#### *(2) Initiativrecht der leistungsberechtigten Person*

Gem. § 41a Abs. 3 S. 1 2. Fall SGB II kann aber auch die leistungsberechtigte Person den **Antrag auf Endgültigerklärung** stellen. Dieser – rechtzeitig in der Frist des § 41a Abs. 1 S. 1 SGB II gestellte – Antrag verhindert gem. § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 1 SGB II die fiktive abschließende Entscheidung.

Stellt die leistungsberechtigte Person – etwa weil sie dies nicht weiß – den Antrag nicht, bleibt es bei der vorläufigen Entscheidung. Solange dies zu Ungunsten des Leistungsträgers ist, ist dies **hinzunehmen**, weil es der Leistungsträger selbst in der Hand hat, den **Eintritt dieser Rechtsfolge durch seine eigene Initiative zu verhindern**.

cc) Unterfall III: Der Leistungsanspruch aufgrund der vorläufigen Entscheidung ist niedriger als aufgrund einer endgültigen Entscheidung (abschließende Entscheidung zugunsten des Leistungsempfängers)

Im nächsten Fall ergibt sich aus der vorläufigen Entscheidung ein niedrigerer Leistungsanspruch als aus der abschließenden Entscheidung mit der Folge, dass sich ein **Erstattungsanspruch des Leistungsberechtigten gegen den Leistungsträger** ergäbe.

#### *(1) Initiativrecht des Leistungsträgers*

Auch hier hat der Leistungsträger das Recht und die Pflicht zur Feststellung des endgültigen Leistungsanspruchs. Verletzt er seine Pflicht, gelten die vorläufigen bewilligten Leistungen gem. § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II als abschließend festgesetzt. Hier gilt die Ausnahme des § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 2 SGB II gar nicht, weil sie nur anwendbar ist, wenn die Leistungen bei endgültiger Festsetzung nicht oder in geringerer Höhe bestehen würden, nicht dagegen, wenn sich höhere Leistungen ergeben würden.

Dieses Ergebnis wird kritisiert, weil es für den Leistungsausträger ausreicht, wenn er untätig bleibt, während der Leistungsempfänger aktiv werden und einen fristgemäßen Antrag stellen muss.<sup>379</sup> Diese Kritik wird dadurch verstärkt, dass der Leistungsträger an sich die Pflicht hat, auch in diesem Fall der für ihn ungünstigen Entscheidung aktiv werden muss.

#### *(2) Initiativrecht des Leistungsempfängers*

In diesen Fällen bleibt gem. § 41a Abs. 5 S. 2 Nr. 1 SGB II das Antragsrecht des Leistungsempfängers. Kennt er aber sein Recht nicht, verwirkt er sein Recht nach Ablauf der Frist des § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II.

Um dieses Ergebnis zu mildern wird vorgeschlagen, dass der Leistungsträger verpflichtet ist, den Leistungsberechtigten über die Berechtigung über die Berechnung der abschließend festzustellenden Leistungen, seine Antragsmöglichkeit und deren Auswirkungen **gem. § 14 Abs. 2 SGB II zu beraten** mit der Folge, dass der Leistungsberechtigte im Wege des **sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs**

---

<sup>379</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 36; Formann, SGB 2016, 615 (619).

so zu stellen sein soll, wie er stünde, wenn er den erforderlichen Antrag rechtzeitig gestellt hätte.<sup>380</sup> Dies setzt aber voraus, dass eine fiktive Festsetzung über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch überhaupt beseitigt werden könnte; wie dies zu begründen sein soll, ist aber unklar.

## 2. Form der abschließenden Entscheidung

Die abschließende Entscheidung muss als abschließende Entscheidung gekennzeichnet sein.

§ 45 SGB X kann nicht angewendet werden; die Korrektur vorläufiger Entscheidungen lösen keinen Vertrauensschutz aus.<sup>381</sup> Ist dagegen ein endgültiger Bescheid anstelle eines vorläufigen Bescheids ergangen, ist dieser rechtswidrig und kann nur unter den Voraussetzungen des § 45 SGB X aufgehoben werden.<sup>382</sup> Auch ein bloßer Änderungsbescheid gem. § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X reicht nicht aus.<sup>383</sup> Das BSG lässt die Frage offen,<sup>384</sup> ob § 328 SGB III die §§ 44 ff. SGB X generell verdrängt<sup>385</sup> oder ob die Korrektur vorläufiger Bewilligungen partiell auch auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 44 ff. SGB X zu stützen und im Hinblick auf Vertrauensschutz an ihnen zu messen sein kann.<sup>386</sup>

Den Anforderungen an eine im Sinne von § 328 Abs. 3 SGB III „abschließende Entscheidung“ genügt nur ein Bescheid, der den **ursprünglichen Vorläufigkeitsvorbehalt aufhebt** und die begehrte Leistung als die **„zustehende Leistung“ endgültig** zuerkennt; dazu genügt ein Bescheid nach § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X nicht, weil diese Regelung mit einem solchen Bescheid „regelmäßig nicht zum Ausdruck gebracht wird. Nicht entscheidend für die hier maßgebende Rechtsgrundlage ist deshalb, ob der vorläufigen Entscheidung ein (noch) geringeres Maß an Vertrauensschutz zukommt als er durch § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X vermittelt wird [...]. Maßgebend für die vorliegend zu treffende Entscheidung ist vielmehr, ob auch für jeden Außenstehenden kein Zweifel über die nunmehr endgültige Bindungswirkung der abschließenden Entscheidung bestehen kann; andernfalls wäre dem Schutzzweck der endgültigen Bewilligung im Hinblick auf ihre Funktion für den Vertrauensschutz insbesondere nach den §§ 45 und 48 SGB X nicht genügt.“<sup>387</sup> Im konkreten Fall konnte der Bescheid auch nicht im Wege der Auslegung als Bescheid über die endgültige Festsetzung verstanden werden.<sup>388</sup>

## III. Rechtsfolge der abschließenden Entscheidung

Rechtsfolge der abschließenden Entscheidung ist entweder die Erstattung einer Überzahlung oder die Nachzahlung bisher nicht erbrachter Leistungen. Ist dagegen eine abschließende Entscheidung

---

<sup>380</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 36.

<sup>381</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 5a unter Verweis auf LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.09.2017 – L 7 AS 374/15 Rn. 71 m.w.N. – juris. Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 13 zu § 42 Abs. 2 S. 2 SGB I.

<sup>382</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 18 f.

<sup>383</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 25.

<sup>384</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 25.

<sup>385</sup> So Schaumberg in: jurisPK-SGB III, 1. Auflage, § 335 Rn. 67; Hengelhaupt in: Hauck/Noftz, SGB III, K § 328 Rn. 37 (Stand Mai 2012). Skeptisch Düe in: Brand, SGB III, 6. Auflage, § 328 Rn. 8 ff.

<sup>386</sup> Greiser in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 328 Rn. 60, 47 ff., Stand Februar 2013; Kallert in: Gagel, SGB II/SGB III, § 328 Rn. 73 f., Stand März 2015.

<sup>387</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 26.

<sup>388</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 28 Bewilligung teilweise „aufgehoben.“

über den Leistungsanspruch nicht ergangen, fehlt es an einer hinreichenden Grundlage für die festgesetzte Erstattungsforderung.<sup>389</sup>

Hierzu ist zunächst eine Anrechnung der vorläufigen Leistungen vorzunehmen.

## 1. Anrechnung

Die aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen sind gem. § 328 Abs. 3 S. 1 SGB III = § 41a Abs. 6 S. 1 SGB II auf die abschließend festgestellten Leistungen anzurechnen. Es handelt sich um eine Parallelvorschrift zu § 42 Abs. 2 S. 1 SGB I, die gegenüber § 51 SGB I lex specialis darstellt.<sup>390</sup> Gem. § 41a Abs. 6 S. 2 SGB II ist geregelt, wie die Anrechnung zu erfolgen hat.

## 2. Erstattung einer Überzahlung

Gem. § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II sind Überzahlungen, die nach der Anrechnung fortbestehen, zu erstatten. Die Regelung ist gegenüber § 50 SGB X lex specialis.<sup>391</sup>

Die Erstattung ist in Höhe der Differenz zwischen der vorläufigen Entscheidung und der endgültigen Entscheidung vorzunehmen. Eine Einschränkung der Erstattung ist nicht vorgesehen.<sup>392</sup> Genausowenig sind Abzüge zugunsten des Betroffenen sind vorzunehmen.<sup>393</sup> Ein Ermessen hat der Leistungsträger nicht auszuüben.<sup>394</sup>

## E. Ausschluss der Aufhebungs- und Rücknahmenvorschriften

Eine Rücknahme ist durch die Leistung eines letztlich nicht verpflichteten Leistungsträgers ausgelöstes Ausgleichsverhältnis nach den §§ 102 ff. SGB X der Leistungsträger untereinander ausgeschlossen. In diesem Fall müssen die betroffenen Leistungsträger die Korrektur nur im Verhältnis zueinander suchen; dann ist die Rücknahme gegenüber dem Leistungsberechtigten nach § 45 SGB X ausgeschlossen, soweit die Erfüllungsfiktion des § 107 Abs. 1 SGB X greift.<sup>395</sup>

## F. Austausch der Ermächtigungsgrundlage/Umdeutung

---

<sup>389</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 31 (hier: gem. § 328 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 SGB III a.F.).

<sup>390</sup> Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 26.

<sup>391</sup> Düe in: Brand, SGB III, 8. Auflage, § 328 Rn. 27.

<sup>392</sup> Vgl. BSG, Beschluss vom 21.06.2016 – B 14 AS 1/16 B Rn. 5 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 R Rn. 16 ff.: Kein Abzug hinsichtlich der berücksichtigten Kosten für Unterkunft und Heizung (anders als § 40 SGB II a.F. i.V. mit § 50 SGB X).

<sup>393</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 R Rn. 16 ff. zu § 40 Abs. 2 S. 1 SGB II a.F.: Keine Anwendung der Regel, dass 56 % der Unterkunftskosten nicht zu erstatten sind.

<sup>394</sup> BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 R Rn. 15 (zu § 328 Abs. 3 S. 2 2. Halbsatz SGB III).

<sup>395</sup> Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rn. 8 m.w.N.

Hat die Verwaltung einen Bescheid auf § 45 SGB X gestützt, ist aber richtigerweise § 48 Abs. 1 SGB X einschlägig (und umgekehrt), bedarf es keiner Umdeutung; es liegt lediglich ein Austausch der Begründung vor.<sup>396</sup> Ein Austausch der Rechtsgrundlage ist möglich, soweit der Verwaltungsakt dadurch nicht in seinem Regelungsumfang oder seinem Wesensgehalt verändert oder die Rechtsverteidigung des Betroffenen in unzulässiger Weise beeinträchtigt oder erschwert wird.<sup>397</sup>

Dies ist in den folgenden Fällen angenommen worden:

- Ursprünglich § 48 SGB X, dann § 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X wegen Nichtmitteilung von Einkommen/Vermögen, weil auch bei § 45 SGB X wegen § 330 Abs. 2 SGB III kein Ermessen auszuüben ist<sup>398</sup>
- Unbeachtlichkeit der Ermächtigungsgrundlage, wenn beide Voraussetzungen gegeben sind: sowohl die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X (vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige oder unvollständige Angaben) als auch des § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X (verschuldensunabhängige Erzielung von Einkommen bzw. Vermögen)<sup>399</sup>

## G. Die Rückforderung von Leistungen

### I. Regel: § 50 SGB X

Die Rückforderung von Leistungen erfolgt nach § 50 SGB X. Sie soll bei einer Rücknahmeentscheidung für die Vergangenheit gem. § 50 Abs. 3 S. 2 SGB X mit der Aufhebungsentscheidung verbunden werden. Der Erstattungsbescheid ist gem. § 50 Abs. 3 S. 1 SGB X schriftlich zu erlassen. Eine Erstattung ist gem. § 50 Abs. 1 S. 1 SGB X nur statthaft, „soweit ein Verwaltungsaufgehoben worden ist.“ Ist eine Aufhebung dagegen rechtmäßig, fehlt es an einer hinreichenden Grundlage für eine Erstattungsforderung.<sup>400</sup>

Hat ein Leistungsträger einer leistungsberechtigten Person Leistungen nur tatsächlich **ohne Erlass eines Verwaltungsakts** gewährt, ist die Rückforderung gem. § 50 Abs. 2 SGB X statthaft;<sup>401</sup> er hat dabei kein Ermessen auszuüben.<sup>402</sup>

### II. Erstattung von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung

---

<sup>396</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, SGB X, § 48 Rn. 8 m.w.N.

<sup>397</sup> BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 15 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 29; BSG, Urteil vom 29.06.2000 – B 11 AL 85/99 R Rn. 28 f. – juris. Vgl. auch BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 17: Keine Änderung im Verfügungssatz, Begründung nur mit einer anderen Rechtsgrundlage. BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R Rn. 14 m.w.N.: Austausch von § 48 SGB X und § 45 SGB X.

<sup>398</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 29.

<sup>399</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 29; BSG, Urteil vom 15.06.2016 – B 4 AS 41/15 R Rn. 15.

<sup>400</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 37.

<sup>401</sup> BSG, Urteil vom 22.08.2012 – B 14 AS 165/11 R Rn. 20 ff.

<sup>402</sup> BSG, Urteil vom 22.08.2012 – B 14 AS 165/11 R Rn. 28.

Gem. § 40 Abs. 2 Nr. 5 SGB II, der auf § 335 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 SGB III verweist, erstreckt sich die Erstattung auch auf Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung,<sup>403</sup> dagegen nicht auf – bis zum 31.12.2010 noch gewährte – Beiträge zur Rentenversicherung.<sup>404</sup>

## H. Formelle Voraussetzungen

### I. Anhörung

Gem. § 24 Abs. 1 SGB X muss ein Betroffener angehört werden, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Sinn des Anhörungserfordernisses ist es, den Betroffenen vor Überraschungsentscheidungen zu schützen (Vorwarnfunktion).<sup>405</sup>

Das Anhörungserfordernis bietet zahlreiche Probleme. Der Aufhebungsanspruch ergibt sich aus § 42 Abs. 1 S. 1, S. 2 SGB X, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsaktes allein deshalb beansprucht werden kann, weil die erforderliche Anhörung unterblieben oder nicht wirksam nachgeholt worden ist.<sup>406</sup>

Das BSG handhabt das Anhörungserfordernis nach den Gründen in den Entscheidungen nicht immer einheitlich, ohne dass es für die unterschiedliche Handhabung eine Begründung gibt.

#### 1. Anhörungserfordernis

Eine Anhörung ist nur notwendig, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, „der in Rechte eines Beteiligten eingreift“. Deshalb ist eine Anhörung nicht erforderlich, wenn die betroffene Person bis zur Anhörung keine Rechtsposition erlangt hat, in die der Leistungsträger eingreifen kann.<sup>407</sup> Eine Anhörung ist daher vor dem Erlass einer Aufhebungs- bzw. Rücknahmeentscheidung durchzuführen; dies gilt auch bei Erlass eines endgültigen Bescheids durch einen ungünstigeren abschließenden Bescheid.<sup>408</sup>

Daneben „kann“ von der Anhörung in den Fällen des § 24 Abs. 2 SGB X abgesehen werden. Im Zusammenhang mit der Aufhebung von Verwaltungsakten sind insbesondere die folgenden Unterfälle des § 24 Abs. 2 SGB X von Bedeutung:

- Es „soll“ von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die dieser in einem Antrag oder einer Erklärung gemacht hat, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden, § 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X; dies dient der Verwaltungsökonomie, wobei die Regelung nur greift, wenn tatsächlich allein aufgrund der Angaben des Beteiligten eine Entscheidung getroffen werden kann und nicht davon auszugehen ist, dass durch eine Anhörung andere, für den Beteiligten gegebenenfalls günstigere

---

<sup>403</sup> BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 38 ff.

<sup>404</sup> BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 44 ff.

<sup>405</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 24 Rn. 2 m.w.N.

<sup>406</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 12.

<sup>407</sup> BSG, Urteil vom 12.10.2016 – B 4 AS 60/15 R Rn. 17: zunächst vorläufige Bewilligung, dann endgültige Entscheidung.

<sup>408</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 41a Rn. 37.

Tatsachen bekannt werden.<sup>409</sup> Die Vorschrift ist aber nur anwendbar, wenn die tatsächliche Angabe wirklich von dem Betroffenen kommt<sup>410</sup> oder sie dem Betroffenen zuzurechnen ist, weil sie mit dessen ausdrücklichen Willen und Wissen gemacht worden ist.<sup>411</sup> Damit ist ein Absehen von der Anhörung nicht möglich, wenn die Angabe von einer dritten Person, z.B. einem anderen Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, kommt. Ein Absehen von der Anhörung ist dagegen möglich bei

- Angabe des Betroffenen selbst, auf seinem Konto sei ein Betrag in Höhe von 8.000,00 € eingezahlt worden, Stützung des Leistungsträgers auf diese Angabe<sup>412</sup>
- Es „sollen“ einkommensabhängige Leistungen den geänderten Verhältnissen angepasst werden, § 24 Abs. 2 Nr. 5 SGB X; um den Schutz der Beteiligten vor Überraschungsentscheidungen sicher zu stellen, ist diese Norm nur anwendbar, wenn die Einkommensänderung der einzige entscheidungserhebliche Gesichtspunkt ist, also nicht zusätzlich noch andere Berechnungsparameter geändert worden.<sup>413</sup> Zusätzlich muss es sich noch um Einkommen des Betroffenen handeln.<sup>414</sup> Angesichts der im SGB II geltenden Horizontalberechnung soll es der Zweck des § 24 SGB X gebieten, nicht auf die Anhörung der Beteiligten zu verzichten und die maßgeblichen Tatsachen, die der Berechnung zugrunde gelegt werden sollen, vorab mitzuteilen.<sup>415</sup>
- Bedarfsmindernde Berücksichtigung von Einkommen für die Zukunft gem. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X<sup>416</sup>

Nicht geklärt ist die Frage, ob andere Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft in diesem Fall noch anzuhören wären.<sup>417</sup>

## 2. Adressaten der Anhörung

Die Anhörungspflicht bezieht sich auf alle Personen, die von einer Aufhebungsentscheidung betroffen sein sollen. Ist nur eine Person betroffen, ist dies nicht problematisch. Fragen ergeben sich aber, wenn etwa mehrere Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft betroffen sind. Es ist jedes Mitglied anzuhören, das von der Aufhebung der Leistungsbewilligung nach dem SGB II betroffen ist.<sup>418</sup> Es ist aber auch möglich, dass sich der nicht angehörte Betroffene die Ausführungen des angehörten Betroffenen „ausdrücklich zu eigen und deutlich gemacht [... hat], dass das Vorbringen [... der angehörten Person] auch in seinem Sinne umfassend und abschließend war und aus seiner Sicht Ergänzungen nicht notwendig waren.“<sup>419</sup>

---

<sup>409</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 28.

<sup>410</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 17.

<sup>411</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 18.

<sup>412</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 21.

<sup>413</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 34.

<sup>414</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 19.

<sup>415</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 34.

<sup>416</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 21.

<sup>417</sup> Offengelassen durch BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 21 (Heilung der fehlenden Anhörung) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 20 (zu den Anforderungen an eine Heilung).

<sup>418</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 12.

<sup>419</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 21 zur Heilung eines Anhörungsmangels.

Das BSG hat bislang nicht entschieden, ob eine minderjährige Person selbst angehört werden kann.<sup>420</sup> Das dies statthaft wäre, kann sich aus § 36 Abs. 1 SGB I ergeben, wonach Personen, die das 15. Lebensjahr vollendet haben, Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen können (sog. sozialrechtliche Handlungsfähigkeit). Hierfür spricht auch, dass Personen gem. § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II von der Vollendung des 15. Lebensjahrs (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II) als erwerbsfähige Leistungsberechtigte gelten. Gleichwohl sind die gesetzlichen Vertreter gem. § 36 Abs. 2 S. 2 SGB I selbst dann anzuhören, wenn die minderjährigen Hilfebedürftigen das 15. Lebensjahr vollendet haben.<sup>421</sup> Eine Anhörung der minderjährigen Person soll nicht statthaft sein, wenn sie sozialrechtliche nicht handlungsfähig ist, § 11 Abs. 1 S. 1 SGB I,<sup>422</sup> wobei dies bereits im Fall der fehlenden Geschäftsfähigkeit anzunehmen ist.

Es ist aber auch eine Vertretung bei der Anhörung möglich. Das BSG hält eine Vertretung auf der allgemeinen Vertretungsregelung in § 13 SGB X im Verwaltungsverfahren und gem. § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB durch die Eltern für möglich,<sup>423</sup> wobei gem. § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB die Anhörung eines Elternteils ausreichend ist.<sup>424</sup> Entscheidend kommt es für die wirksame Anhörung darauf an, dass sich der Wille ergibt, für eine andere Person handeln zu wollen (§ 164 Abs. 1 BGB). Dazu muss der Leistungsträger deutlich machen, dass er nicht nur die vertretende Person, sondern auch die vertretene Person anhören will.<sup>425</sup>

Dagegen ist eine Zurechnung über § 38 SGB II nicht statthaft, da diese Norm keine über die Vermutung einer Bevollmächtigung hinausgehende „Zurechnung“ von Handlungen einer Person zu anderen Personen erlaubt.<sup>426</sup> Sie berechtigt zwar zur Einlegung eines Widerspruchs, bezieht sich aber im Übrigen nur auf die „Vornahme im Grundsatz begünstigender Handlungen“.<sup>427</sup>

### **3. Inhalt der Anhörung**

#### **a) Regel: Sicht des Leistungsträgers**

---

<sup>420</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 144/10 R Rn. 13: „Der Revisionskläger persönlich ist vor dem angefochtenen Verwaltungsakt (...) nicht angehört worden.“ Der Revisionskläger war zu dieser Zeit 17 Jahre alt.

<sup>421</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (515) unter Verweis auf OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 28.03.1990 – 16 A 2103/88 – FEVS 41, 202.

<sup>422</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 12.

<sup>423</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 144/10 R Rn. 15.

<sup>424</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 23 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 02.07.2009 – B 14 AS 54/08 R Rn. 21 – juris: Wenn ein Elternteil die elterliche Sorge allein ausübt oder ihm die Entscheidung nach § 1628 BGB übertragen ist. Vgl. auch BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 Rn. 15.

<sup>425</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 144/10 R Rn. 17.

<sup>426</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 144/10 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 02.07.2009 – B 14 AS 54/08 R Rn. 22 m.w.N.

<sup>427</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 21.

Die Anhörung muss sich auf alle Tatsachen beziehen, die zum Ergebnis der Verwaltungsentscheidung beigetragen haben, d.h. auf die sich die Verwaltung auch gestützt hat,<sup>428</sup> d.h. auf welche die Behörde den Verfügungssatz des Verwaltungsakts zumindest stützen will.<sup>429</sup> Der Leistungsträger hat dem Betroffenen die entscheidungserheblichen Tatsachen in einer Weise zu unterbreiten, dass dieser sie als solche erkennen und sich zu ihnen – ggf. nach ergänzenden Anfragen bei dem Leistungsträger – sachgerecht äußern kann.<sup>430</sup>

Der Inhalt der Anhörung richtet sich nach der materiell-rechtlichen Rechtsansicht der Behörde, auch wenn sie falsch ist.<sup>431</sup> Daher war eine Anhörung in den folgenden Fällen ausreichend:

- Der Leistungsträger hört zu einer Aufhebung des (vorläufigen) Ausgangs-Verwaltungsakts wegen Erzielung von Einkommen gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X an, obwohl er eine abschließende Entscheidung gem. §§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II a.F., § 328 Abs. 3 S. 2 Halbs. 1 SGB III hätte treffen müssen<sup>432</sup>
- Der Leistungsträger hört zu einer Aufhebung des Ausgangs-Verwaltungsakts gem. § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X wegen der nachträglichen Erzielung von Einkommen an, obwohl nur eine Rücknahme gem. § 45 SGB X in Betracht kam, weil der Leistungsträger den Ausgangs-Verwaltungsakt rechtswidrig nicht als vorläufigen Bescheid, sondern als endgültigen Bescheid erlassen hatte<sup>433</sup>

Allerdings verlangt das BSG auch, dass sich die betroffene Person zu allen Tatsachen äußern kann, die für die Entscheidung erheblich sind. Kann die Aufhebung nur nach einer Norm erfolgen, zu der die Anhörung noch nicht vollständig erfolgt ist, muss die Anhörung nachgeholt werden.<sup>434</sup>

#### **b) Ausnahme: Der Leistungsträger hält sich selbst nicht an seine Sicht**

Dies gilt aber nur dann, wenn die Entscheidung dann (nur) auf der Grundlage der Tatsachen ergeht, zu denen der Leistungsträger angehört hatte. Deshalb ist eine Anhörung in den folgenden Fällen nicht als ausreichend angesehen worden:

- Der der Leistungsträger stützt die Anhörung auf § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X (Aufhebung wegen Erzielung von Einkommen oder Vermögen nach Antragstellung oder Erlass des Verwaltungsakts), den Widerspruchsbescheid aber auf § 45 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X (Kenntnis oder grob fahrlässige Nichtkenntnis der Rechtswidrigkeit des Ursprungs-Verwaltungsakts); damit hat er den Widerspruchsbescheid auf eine innere Tatsache gestützt, zu dem die betroffene Person noch

---

<sup>428</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 14; BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 Rn. 15;.

<sup>429</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 24 Rn. 12 m.w.N.

<sup>430</sup> BSG, Urteil vom 26.09.1991 – 4 RK 4/91 Rn. 26 – juris.

<sup>431</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 12 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 26.09.1991 – 4 RK 4/91 Rn. 27 f. - juris; BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 21.

<sup>432</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 12, 17.

<sup>433</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 16, 18, 21.

<sup>434</sup> BSG, Urteil vom 21.06.2011 – B 4 AS 21/10 R Rn. 16, 35: Vorgehen nach § 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X wegen Erzielung von Einkommen oder nach § 45 SGB X wegen eines von Anfang an rechtswidrigen Verwaltungsakts (weil endgültige statt vorläufiger Bewilligung); ebenso BSG, Urteil vom 09.11.2010 – B 4 AS 37/09 R Rn. 12 f.. Vgl. auch Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 41 Rn. 15 unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des BSG, Urteil vom 13.12.2001 – B 13 RJ 67/99; Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 24 Rn. 13 m.w.N. verlangt eine neue Anhörung, wenn die Behörde ihre Entscheidung auf neue Tatsachen stützen will.

nicht Stellung genommen hatte; ihr muss dann erneut Gelegenheit zu einer vorherigen Stellungnahme gegeben werden.<sup>435</sup>

#### **4. Frist der Anhörung**

Es muss eine angemessene Frist gesetzt werden, wobei eine Frist von zwei Wochen als Mindestzeitraum anzusehen ist.<sup>436</sup> Eine zu kurze Frist wird nicht dadurch angemessen, dass die Behörde nach deren Ablauf stillschweigend mit ihrer Entscheidung zuwartet;<sup>437</sup> vielmehr steht sie einer unterlassenen Anhörung gleich.<sup>438</sup> Dies gilt auch dann, wenn sich der Beteiligte tatsächlich nicht äußern wollte, sondern nur darauf, ob es ihm nach Maßgabe der konkreten Umstände möglich gewesen wäre, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern.<sup>439</sup> Eine angemessene Frist ist auch bei der Nachholung der Anhörung erforderlich.<sup>440</sup>

#### **5. Heilung eines Anhörungsmangels**

Ein Anhörungsmangel kann aus mehreren Gründen unbeachtlich sein:

##### **a) Selbstvornahme der Anhörung durch den Betroffenen selbst (Heilung durch Widerspruchsverfahren)**

Das BSG erwägt eine erneute Anhörung gem. § 24 SGB X oder eine nachzuholende Anhörung gem. § 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X, „wenn der Betroffene die von der Behörde (bewusst oder unbewusst) unterlassene Verfahrenshandlung der Anhörung selbst vornimmt, die im Ergebnis das bewirkt, was herbeizuführen der Behörde oblag.“<sup>441</sup> Dies setzt aber voraus, „dass der Ausgangsbescheid alle wesentlichen (Haupt-)Tatsachen [nennt], d.h. alle Tatsachen, die die Behörde ausgehend von ihrer materiell-rechtlichen Rechtsansicht berücksichtigen muss und kann.“<sup>442</sup>

##### **b) Heilung im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren**

Gem. § 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X kann ein Anhörungsmangel geheilt werden, „wenn die erforderliche Begründung nachgeholt wird.“ Dies ist gem. § 41 Abs. 2 SGB X „bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens“ möglich. Nach Abschluss der letzten

---

<sup>435</sup> BSG, Urteil vom 09.11.2010 – B 4 AS 37/09 Rn. 12, 13; BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 13.

<sup>436</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 16 m.w.N.

<sup>437</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 16.

<sup>438</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 24 Rn. 18 m.w.N.

<sup>439</sup> Siefert in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 24 Rn. 16.

<sup>440</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 15.

<sup>441</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 15 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 26.09.1991 – 4 RK 4/91 Rn. 32, 35 – juris (dort offengelassen).

<sup>442</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 15 (hier verneint) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2012 – B 10 LW 2/11 R Rn. 35; BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 21 m.w.N.

Tatsacheninstanz ist § 41 Abs. 2 SGB X nicht mehr anwendbar, also z.B. nicht mehr, wenn ein Revisionsverfahren zur Zurückverweisung des Rechtsstreits führt.<sup>443</sup>

Die Nachholung hat nur dann „heilende“ Wirkung im Sinne des § 41 Abs. 1 SGB X, wenn sie dieselbe rechtliche Qualität hat wie die Handlung, die der Leistungsträger bei Anhörung vor Erlass des Bescheids gem. § 24 Abs. 1 SGB X hätte durchführen müssen.<sup>444</sup> Damit muss der Leistungsträger die betroffene Person auch hier über die entscheidungserheblichen Tatsachen in Kenntnis setzen und ihr eine Gelegenheit zur Äußerung einräumen.

Eine Heilung eines Verfahrensfehlers zieht die die Kostenfolge des § 63 Abs. 1 S. 2 SGB X nach sich.<sup>445</sup> Danach sind die zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten, wenn der Widerspruch nur deshalb keinen Erfolg hat, weil die Verletzung einer Verfahrens- oder Formvorschrift nach § 41 SGB X unbeachtlich ist.

### c) Heilung im gerichtlichen Verfahren

Eine Heilung während des Gerichtsverfahrens setzt die Durchführung eines **mehr oder minder förmlichen Verwaltungsverfahrens** voraus; die Behörde muss der betroffenen Person **Gelegenheit zur Stellungnahme** zu den entscheidungserheblichen Tatsachen geben; anschließend muss sie zu erkennen geben, ob sie nach erneuter Prüfung dieser Tatsachen am bisher erlassenen Verwaltungsakt festhält.<sup>446</sup> Ein solches formalisiertes Verfahren erfordert regelmäßig:<sup>447</sup>

- Abfassung eines gesonderten Anhörungsschreibens; ist für das Verfahren ein Prozessbevollmächtigter bestellt, muss sich die Behörde gem. § 13 Abs. 3 S. 1 SGB X an ihn wenden („Kommunikationsverpflichtung“). Ist dies nicht geschehen, kann dadurch eine Heilung nicht bewirkt werden.<sup>448</sup>
- Einräumung einer angemessenen Äußerungsfrist
  - die Regelanhörungszeit beläuft sich auf zwei Wochen<sup>449</sup>
  - eine unangemessen kurze Frist steht einer unterlassenen Anhörung gleich,<sup>450</sup> ohne dass zu prüfen ist, ob der Betroffene sich auch tatsächlich zu dem Verwaltungsakt geäußert hatte oder hätte äußern wollen.<sup>451</sup>
- Kenntnisnahme des Vorbringens durch die Behörde

---

<sup>443</sup> BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 4 AS 153/10 R Rn. 28

<sup>444</sup> BSG, Urteil vom 26.09.1991 – 4 RK 4/91 Rn. 26 – juris.

<sup>445</sup> Vgl. Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 41 Rn. 9 (Stand 09/2018).

<sup>446</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 09.11.2010 – B 4 AS 37/09 R Rn. 15; BSG, Urteil vom 20.12.2012 – B 10 LW 2/11 R Rn. 39.

<sup>447</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 09.11.2010 – B 4 AS 37/09 R Rn. 15; BSG, Urteil vom 20.12.2012 – B 10 LW 2/11 R Rn. 39.

<sup>448</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 21.

<sup>449</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 23.08.2005 – B 4 RA 29/04 R Rn. 25 – juris.

<sup>450</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 14.11.1984 – 1 RA 3/84 Rn. 14 – juris.

<sup>451</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf Mutschler in: Kasseler Kommentar, § 24 SGB X Rn. 18 m.w.N. (jetzt Stand 09/2018): ein Ursachenzusammenhang zwischen einer unangemessenen Frist und dem Unterlassen einer Äußerung muss nicht bestehen.

- Abschließende Äußerung zum Ergebnis der Überprüfung; erforderlich ist eine Stellungnahme gegenüber dem Betroffenen, eine Äußerung gegenüber dem Gericht, eine Klageerwiderung oder der Austausch von Schriftsätzen reicht nicht aus<sup>452</sup>

Im gerichtlichen Verfahren ist dazu eine Aussetzung notwendig, über die das Gericht gem. § 114 Abs. 2 S. 2 SGG entscheiden muss.<sup>453</sup> Danach kann das Gericht die Verhandlung zur Heilung von Verfahrens- und Formfehlern aussetzen, soweit dies im Sinne der Verfahrenskonzentration sachdienlich ist. Dazu sind die folgenden Voraussetzungen erforderlich:

- Die Behörde muss einen Aussetzungsantrag stellen
- Die Aussetzung muss sachdienlich sein. Dies ist nur dann der Fall, „wenn durch eine Heilung von Verfahrens- und Formmängeln im Gerichtsverfahren eine Verkürzung der Dauer des gesamten Verfahrens unter Berücksichtigung eines zu erwartenden neuen Verwaltungs- und anschließenden Gerichtsverfahrens zur erneuten Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit erreicht werden kann.“<sup>454</sup> Dies ist schon dann nicht der Fall, wenn etwa die Jahresfrist des § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X bereits abgelaufen ist.<sup>455</sup>
- Das Gericht übt sein Ermessen aus (erst nach Feststellung der Sachdienlichkeit)

Wird dann die Klage wegen der Heilung des Anhörungsmangels abgewiesen, hat das Gericht die Kosten des Klägers gem. § 193 Abs. 1 S. 1 SGG in der Regel der beklagten Behörde aufzuerlegen.<sup>456</sup>

## II. Bekanntgabe

Gem. § 37 Abs. 1 S. 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Ist ein Bevollmächtigter bestellt, kann die Bekanntgabe gem. § 37 Abs. 1 S. 2 SGB X ihm gegenüber vorgenommen werden.

§ 37 SGB X enthält die formellen Voraussetzungen für das Wirksamwerden von Verwaltungsakten. Der Beteiligte, dessen Rechte berührt werden, muss die Möglichkeit haben, von dem Inhalt des Verwaltungsakts Kenntnis zu nehmen. Demgegenüber betrifft § 39 SGB X die materielle Wirksamkeit des Verwaltungsakts; sie tritt mit der Bekanntgabe ein und setzt den Lauf von Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelfristen in Gang.<sup>457</sup>

### 1. Begriff der Bekanntgabe

Bekanntgabe setzt den Erlass des Verwaltungsakts und den Zugang bei dem Adressaten voraus;<sup>458</sup> dazu gehört auch, dass der Leistungsträger dem Adressaten willentlich bzw. zielgerichtet<sup>459</sup> vom Inhalt des Verwaltungsakts Kenntnis verschafft.<sup>460</sup> Damit ist für die Bekanntgabe nicht ausreichend:

<sup>452</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 19 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 20.12.2012 – B 10 LW 2/11 R Rn. 39; BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 144/10 R Rn. 21; BSG, Urteil vom 06.04.2006 – B 7a AL 64/05 R Rn. 15 – juris.

<sup>453</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 09.11.2010 – B 4 AS 37/09 R Rn. 15.

<sup>454</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 25.

<sup>455</sup> BSG, Urteil vom 26.07.2016 – B 4 AS 47/15 R Rn. 31.

<sup>456</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, SGB X, § 41 Rn. 9 (Stand 09/2018).

<sup>457</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 2 m.w.N.

<sup>458</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 3 m.w.N.

- Übersendung eines bereits ergangenen Bescheids<sup>461</sup>
- Kenntnisnahme durch eine spätere Akteneinsicht im Gerichtsverfahren<sup>462</sup>
- Zufällige Kenntnisnahme der Beteiligten vom Inhalt des Verwaltungsakts; Mitteilung des Inhalts durch einen dazu nicht befugten Behördenbediensteten oder einen Dritten<sup>463</sup>

Die Bekanntgabe ist mit Zugang des Verwaltungsakts in den Machtbereich des Empfängers analog § 130 BGB vollzogen, so dass es darauf ankommt, wann bei gewöhnlichem Verlauf und normaler Gestaltung der Verhältnisse mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist.<sup>464</sup>

## 2. Adressat

Adressat ist derjenige, für den der Verwaltungsakt bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. **Bestimmt (= wohl gleich Adressat??)** ist der Verwaltungsakt für denjenigen an den ihn die Behörde gerichtet hat. **Betroffen** ist derjenige, in dessen Rechte oder rechtlich geschützte Interessen der Verwaltungsakt eingreift.<sup>465</sup> Dies ist in der Regel der Adressat des Ausgangs-Verwaltungsakts.<sup>466</sup>

Wird der Verwaltungsakt einem Beteiligten, der durch ihn betroffen wird, nicht bekanntgegeben, wird er diesem gegenüber nicht wirksam.<sup>467</sup>

### a) Alleinstehender erwerbsfähiger Leistungsberechtigter

Keine Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Bekanntgabe an einen alleinstehenden erwerbsfähigen Leistungsberechtigten.

### b) Partner des erwerbsfähigen Leistungsberechtigten

In der Regel muss der Verwaltungsakt jedem einzelnen bekanntgegeben werden, der von ihm betroffen ist.<sup>468</sup> Bei Bekanntgabe an Eheleute oder Lebenspartner ist der Verwaltungsakt an beide zu

---

<sup>459</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 22; BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 18.

<sup>460</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 3a.

<sup>461</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.08.2011 – L 19 AS 100/11 B PKH Rn. 13 – juris.

<sup>462</sup> BSG, Urteil vom 14.04.2011 – B 8 SO 12/09 R Rn. 12; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 22; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.02.2011 – L 19 AS 2270/11 B Rn. 16 – juris.

<sup>463</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 3 unter Verweis auf LSG Sachsen, Urteil vom 03.07.2008 – L 3 AS 152/08 Rn. 20 – juris. Dagegen Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 37 SGB X Rn. 5 m.w.N.: nur bei „offenbar“ (§ 38 SGB X) unbefugten Bediensteten, nicht bei „grundsätzlich Berechtigten“

<sup>464</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 4 m.w.N.

<sup>465</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 7.

<sup>466</sup> Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 8 (dort auch zum Problem des Todes des Adressaten).

<sup>467</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 7a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 21.07.1988 – 7 RAr 51/86.

adressieren; es genügt nicht, dass der eine Ehepartner den Verwaltungsakt erhält und der andere daraus ersehen kann, dass er oder sie betroffen ist.<sup>469</sup>

#### aa) § 38 SGB II

Gem. § 38 Abs. 1 S. 1 SGB II wird vermutet, dass der Leistungsberechtigte bevollmächtigt ist, Leistungen nach dem SGB II auch für die mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu beantragen und entgegenzunehmen. Es handelt sich um die Vermutung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.<sup>470</sup> Für Leistungsbescheide gilt daher, dass ein Verwaltungsakt mit dem Zugang an den vermuteten Vertreter auch gegenüber allen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft wirksam wird.<sup>471</sup> Dagegen wird eingewandt, dass sich die Vermutung des § 38 Abs. 1 SGB II nicht auf die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts bezieht.<sup>472</sup> In diesen Fällen kann aber der Mangel dann geheilt, wenn die anderen Mitglieder tatsächlich vom Verwaltungsakt Kenntnis genommen haben.<sup>473</sup> In jedem Fall gilt § 38 Abs. 1 SGB II nicht bei belastenden Verwaltungsakten, insbesondere bei Aufhebungs- und Erstattungsbescheiden.<sup>474</sup>

#### bb) Bekanntgabe nach allgemeinen Grundsätzen

Es ist jedoch eine Bekanntgabe nach allgemeinen Grundsätzen möglich.<sup>475</sup> Die Bekanntgabe auch an das andere Mitglied der Bedarfsgemeinschaft bzw. den Partner liegt dann vor, wenn der Leistungsträger auch einen Bekanntgabewillen ihm gegenüber hatte und der Partner zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme von dem Verwaltungsakt hatte. Ein **Bekanntgabewille** ist anzunehmen, wenn die Behörde zielgerichtet den Bescheid dem Regelungsadressaten über den vermuteten Vertreter nach § 38 SGB II als (vermeintlichen) Empfangsbevollmächtigten bekanntgibt und sich aus dem Inhalt des Bescheids eindeutig schließen lässt, wer Adressat und von der Entscheidung betroffen sein soll.<sup>476</sup> Der Partner hat die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** dadurch erlangt, dass der Verwaltungsakt so in seinen Machtbereich gelangt ist, dass er von dem Schriftstück Kenntnis nehmen und diese Kenntnisnahme nach den allgemeinen Gepflogenheiten auch von ihm

---

<sup>468</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 22 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 21.07.1988 – 7 RAr 51/86 – BSGE 64, 17 (22).

<sup>469</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 37 SGB X Rn. 12 unter Verweis auf BVerwG, Urteil vom 22.10.1992 – 5 C 65/88.

<sup>470</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 9b.

<sup>471</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 9b unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.11.2016 – B 7b AS 8/06 R Rn. 29 – juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 25.01.2012 – L 12 AS 2046/10 B Rn. 13 – juris.

<sup>472</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 37 SGB X Rn. 11.

<sup>473</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 37 SGB X Rn. 11 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 25; LSG Thüringen, Urteil vom 26.04.2012 – L 9 AS 169/09 (aufgehoben durch BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R).

<sup>474</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 26 m.w.N.; BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 22 m.w.N.; Udsching/Link, SGB 2007, 513 (516).

<sup>475</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 22.

<sup>476</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 28; hier: im Verfügungssatz waren alle Adressaten mit Namen und Geburtsdatum aufgeführt, BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 29. Vgl. auch BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 22: Bekanntgabewille ergibt sich daraus, dass das beiden Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft bewilligte Arbeitslosengeld II ab 01.08.2011 ganz aufgehoben worden ist, „sodass auch der Kläger von der Aufhebung betroffen sein sollte“.

erwartet werden kann.<sup>477</sup> Der tatsächliche Zugang bei dem Inhaltsadressaten führt zu einer Heilung eines eventuellen Zustellungsmangels, § 8 VwZG.<sup>478</sup>

### c) Nicht geschäftsfähige Beteiligte

Ist ein Beteiligter nicht geschäftsfähig im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 1 SGB I, muss der Verwaltungsakt gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter oder – bei einem Betreuungsverhältnis – seinem Betreuer bekanntgegeben werden.<sup>479</sup> Für die Bekanntgabe an einen Insolvenzverwalter reicht es, wenn der Verwaltungsakt an den Schuldner adressiert ist und dem Insolvenzverwalter tatsächlich zugeht.<sup>480</sup>

Ist ein minderjähriges Kind beteiligt, das von seinen Eltern gemeinschaftlich vertreten wird, genügt für die wirksame Bekanntgabe die Bekanntgabe an einen Elternteil.<sup>481</sup> Hinsichtlich der sozialrechtlichen Handlungsfähigkeit gem. § 36 Abs. 1 SGB I ist zu unterscheiden: Eine Bekanntgabe sollte nur dann an die minderjährige Person erfolgen, wenn sie selbst den Antrag gestellt oder Anträge verfolgt hat, wobei dann der gesetzliche Vertreter darüber gem. § 36 Abs. 1 S. 2 SGB I zu informieren ist.<sup>482</sup>

### III. Bestimmtheitsgebot

Der Verwaltungsakt muss gem. § 33 Abs. 1 SGB X im Zeitpunkt seines Zugangs<sup>483</sup> inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Aus dem Verwaltungsakt soll klar hervorgehen, was die Behörde verfügt hat und was dem Empfänger des Verwaltungsakts zugebilligt bzw. was ihm auferlegt wird.<sup>484</sup> Die inhaltliche Bestimmtheit ist Ausprägung des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips und dient der Rechtssicherheit und –klarheit; damit steht das Erfordernis in engem Zusammenhang mit dem Begründungszwang gem. § 35 SGB X und wird durch die Verpflichtung zur Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 36 SGB X ergänzt.<sup>485</sup>

Bei der inhaltlichen Bestimmtheit handelt es sich um eine Voraussetzung seiner materiellen Rechtmäßigkeit.<sup>486</sup> Ein Verstoß führt zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts.<sup>487</sup> Eine Heilung soll

---

<sup>477</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 28; hier: Kenntnisnahme durch Konsultation seines Rechtsanwalts und Gespräch über den angefochtenen Bescheid sowie Einleitung des Klageverfahrens, BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 29. BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 22: Kenntnisnahme spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem er seinem Rechtsanwalt den Auftrag zur Einlegung des Widerspruchs erteilte.

<sup>478</sup> So Udsching/Link, SGB 2007, 513 (516).

<sup>479</sup> Vgl. Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rn. 8 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 02.07.1997 – 9 RV 14/96.

<sup>480</sup> BSG, Urteil vom 17.03.2016 – B 4 AS 18/15 R Rn. 18 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.12.2003 – B 5 RJ 18/03 R Rn. 7 – juris.

<sup>481</sup> BSG, Urteil vom 13.11.2008 – B 14 AS 2/08 R Rn. 21 – juris; BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 Rn. 25; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 23.

<sup>482</sup> Mutschler in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 37 SGB X Rn. 9.

<sup>483</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 10.

<sup>484</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 2.

<sup>485</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 2a.

<sup>486</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 2 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R Rn. 13 – juris.

<sup>487</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 16.

nicht möglich sein,<sup>488</sup> allerdings soll eine Ersetzung durch einen klarstellenden Verwaltungsakt mit Rückwirkung möglich sein.<sup>489</sup> Das Erfordernis der inhaltlichen Bestimmtheit wird in den folgenden Geboten konkretisiert.

## 1. Erkennbarkeit des Gewollten

Der Adressat muss in der Lage sein, das von ihm Geforderte zu erkennen.<sup>490</sup> Dies richtet sich nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden materiellen Rechts.<sup>491</sup>

### a) Adressat des Verwaltungsakts

Es muss erkennbar sein, wer Adressat des Verwaltungsakts ist,<sup>492</sup> wobei sich dies durch den Text im Verfügungssatz oder durch die Begründung des angefochtenen Bescheids ergeben kann.<sup>493</sup> Geht es um eine Mehrheit von Personen, muss sich dem Verwaltungsakt hinreichend klar entnehmen lassen, an welche Mitglieder der Korrekturbescheid adressiert und wer Verpflichteter der entsprechenden Erstattungsforderung ist.<sup>494</sup>

Bei Bedarfsgemeinschaften, bei denen jeweils alle Mitglieder der Gemeinschaft individuelle Ansprüche haben, muss einem Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid zu entnehmen sein, wer betroffener Adressat ist.<sup>495</sup> Es muss sich auch ergeben, ob diese Personen als Gesamtschuldner oder nach Bruchteilen in Anspruch genommen werden.<sup>496</sup>

Nach Auffassung des BSG reicht es für die Bestimmtheit hinsichtlich der Adressaten, wenn sie sich im Text im Verfügungssatz oder in der Begründung des Verwaltungsakts erfolgen.<sup>497</sup>

Es reicht aus, wenn ein eine Bedarfsgemeinschaft zwischen Elternteil und minderjährigem Kind betreffender Änderungsbescheid zwar nur gegenüber dem Elternteil ergeht, jedoch zum einen mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen ist, dass der zurückzuzahlende Gesamtbetrag das Ergebnis einer Addition von insgesamt mehreren, an die einzelnen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft gerichteten Korrekturentscheidungen ist, und dass zum anderen auch durch den Hinweis auf die

---

<sup>488</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 16.

<sup>489</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 16a.

<sup>490</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 3.

<sup>491</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 4 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 16.

<sup>492</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 6 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 16, 21; BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 24; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 30.

<sup>493</sup> BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 31 m.w.N.

<sup>494</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 15 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 31 ff.; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 30 m.w.N.

<sup>495</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 5a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 16.

<sup>496</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 12 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 17, 21.

<sup>497</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 24 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 17.

gesetzliche Vertretung des Kindes ersichtlich wird, dass der Elternteil nicht (Gesamt-)Schuldner der Rückforderungssumme ist.<sup>498</sup>

Deshalb ist die Adressierung des angefochtenen Bescheids allein an die Klägerin unschädlich, weil sich auch hier einleitend der Hinweis findet, dass die Leistungen in dem geänderten Ausgangsbescheid für die Klägerin und ihre Söhne bewilligt worden sind, die im Einzelnen aufgeführten Korrekturbeträge zwischen den drei Klägern unterscheiden und schließlich ebenfalls die Wendung gebraucht ist „Soweit der Bescheid Ihre Kinder betrifft, ergeht er an Sie als gesetzlichen Vertreter.“<sup>499</sup>

## b) Bestimmtheit des Verfügungssatzes

Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit bezieht sich auf den **Verfügungssatz des Verwaltungsakts**<sup>500</sup> und nicht auf die Gründe.<sup>501</sup> Es ist stets zu prüfen, was Verfügungssatz des Verwaltungsakts ist und was lediglich Begründungselement des Verwaltungsakts.<sup>502</sup> Daraus ergeben sich die folgenden Gebote:<sup>503</sup>

- Aus dem Verfügungssatz muss für die Beteiligten vollständig, klar und unzweideutig erkennbar sein, was die Behörde will; sie muss ihr Verhalten danach ausrichten können (Klarstellungsfunktion des Verwaltungsakts)<sup>504</sup>
- Der Verwaltungsakt muss in seinem Regelungsgehalt in sich widerspruchsfrei sein<sup>505</sup>

Maßgeblich ist die **Erkenntnismöglichkeit eines verständigen, objektiven Erklärungsempfängers**; ein Verwaltungsakt ist hinreichend bestimmt, wenn der Wille der Behörde für den verständigen Beteiligten unzweideutig erkennbar und eine unterschiedliche Bewertung nicht möglich ist.<sup>506</sup> Dagegen ist er unbestimmt, wenn sein Verfügungssatz nach seinem Inhalt in sich nicht widerspruchsfrei ist und der Betroffene bei Zugrundelegung der Verständnismöglichkeiten eines

---

<sup>498</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 15 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 31 ff.

<sup>499</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 16.

<sup>500</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 24; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 30.

<sup>501</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 6 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 06.02.2007 – B 8 KN 3/06 R Rn. 38 – juris.

<sup>502</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 6.

<sup>503</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 7. Vgl. BSG, Beschluss vom 16.04.2013 – B 14 AS 206/12 B Rn. 8 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 33 sowie auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R.

<sup>504</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 07.02.2012 – B 13 R 85/09 R Rn. 47; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 15; BSG, Urteil vom 28.03.2013 – B 4 AS 59/12 R Rn. 16.

<sup>505</sup> Verweis auf BSG, Urteil vom 15.12.2010 – B 14 AS 92/09 R Rn. 18; BSG, Urteil vom 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R Rn. 13 – juris; BSG, Urteil vom 17.12.2009 – B 4 AS 30/09 R Rn. 16 – juris; BSG, Urteil vom 15.05.2002 – B 6 KA 25/01 R; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 30.

<sup>506</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 7 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 19.01.1997 – 11 RA 43/96.

verständigen Empfängers nicht in der Lage ist, sein Verhalten danach auszurichten.<sup>507</sup> Dabei reicht es, wenn der Inhalt durch einfache Rechenoperationen ermittelt werden kann.<sup>508</sup>

Dabei reicht es, wenn der Inhalt durch **Auslegung** ermittelt werden kann.<sup>509</sup> Für die Auslegung ist nicht allein auf den Wortlaut der Verfügungssätze abzustellen, sondern auch auf alle weiteren Umstände, die nach dem Empfängerhorizont für dessen Verständnis maßgebend sind. Ausreichend ist danach, wenn aus dem gesamten Inhalt eines Bescheids einschließlich der von der Behörde gegebenen Begründung hinreichende Klarheit über die Regelung gewonnen werden kann, auch wenn dazu auf früher zwischen den Beteiligten ergangene Verwaltungsakte oder auf allgemein zugängliche Unterlagen zurückgegriffen werden muss.<sup>510</sup> Zur Auslegung können die folgenden Elemente verwendet werden, wobei auch das Revisionsgericht auslegen kann:<sup>511</sup>

- Begründung des Verwaltungsakts<sup>512</sup>
- Anlagen des Verwaltungsakts<sup>513</sup>
- Rückgriff auf früher zwischen den Beteiligten ergangene Verwaltungsakte, auf allgemein zugängliche Unterlagen<sup>514</sup>
- Anhörungsschreiben, vorherige Bewilligungsbescheide<sup>515</sup>

Die Möglichkeit der Auslegung findet allerdings ihre Grenze dort, wo es dem Adressaten überlassen bleibt, Gegenstand, Inhalt, Zeitpunkt und Umfang der Aufhebung zu bestimmen, weil der in eine begünstigende Rechtsposition eingreifende Leistungsträger verpflichtet ist, diese Entscheidung selbst zu treffen und dem Adressaten bekannt zu geben.<sup>516</sup>

Für Aufhebungsbescheide folgt daraus:

- Es muss der Zeitraum der Aufhebung erkennbar sein;<sup>517</sup> unschädlich ist dabei, wenn einzelne Bescheide nicht genannt sind, wenn sich durch Auslegung ergibt, dass auch die betreffenden Zeiträume betroffen sind<sup>518</sup>

---

<sup>507</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 7 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 15.12.2010 – B 14 AS 92/09 R Rn. 18; BSG, Urteil vom 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R Rn. 13 – juris; BSG, Urteil vom 17.12.2009 – B 4 AS 30/09 R Rn. 16 – juris.

<sup>508</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 8a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 15.12.2010 – B 14 AS 92/09 R Rn. 18 – juris.

<sup>509</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 9; BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 17 m.w.N.

<sup>510</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 31/14 R Rn. 28 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 6/12 R Rn. 26; BSG, Urteil vom 04.06.2014 – B 14 AS 2/13 R Rn. 30.

<sup>511</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 9a unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.02.2012 – B 12 KR 19/09 R Rn. 21; dagegen BVerfG, Beschluss vom 31.03.2005 – 3 B 92/04 Rn. 3 – juris: Auslegung ist Tatsachenfeststellung (den Tatsacheninstanzen vorbehalten).

<sup>512</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 9 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.01.1997 – 11 RAr 43/96; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 15.

<sup>513</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 9 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 15.05.2002 – B 6 KA 25/01 R; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 15.

<sup>514</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 9 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.02.2012 – B 13 R 85/09 R Rn. 47; BSG, Urteil vom 15.12.2010 – B 14 AS 92/09 R Rn. 18; BSG, Urteil vom 06.02.2007 – B 8 KN 3/06 R; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 15.

<sup>515</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 17.

<sup>516</sup> BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R Rn. 16 m.w.N.

<sup>517</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 8.

- Es muss der konkrete Umfang der Aufhebung erkennbar sein,<sup>519</sup> wobei sich der Wegfall der Hilfebedürftigkeit durch Anrechnung von Einkommen auf mehrere Mitglieder auch aus der Begründung ergeben kann<sup>520</sup>
  - Offen ist, ob die Rechtsprechung zum Arbeitsförderungsrecht<sup>521</sup> übernommen werden muss, wonach die Höhe des Aufhebungsbetrag nach den einzelnen Wochen erfolgen muss<sup>522</sup>
  - Es ist nicht erforderlich, dass die Rückforderung nach Leistungsarten (Regelleistung, Leistungen für Unterkunft und Heizung) aufgeschlüsselt sein muss,<sup>523</sup> jedenfalls dann nicht, wenn es um die vollständige Aufhebung von Leistungen geht<sup>524</sup>
- Ein Aufhebungsbescheid, in dem das Datum des aufgehobenen Bewilligungsbescheids nicht genannt ist, ist hinreichend bestimmt, wenn dem Verfügungssatz ohne weiteres zu entnehmen ist, dass und in welcher Höhe die Bewilligungsentscheidung aufgehoben wird<sup>525</sup>
- Ein Aufhebungsbescheid, in dem bestimmte aufzuhebende Bewilligungsbescheide nicht genannt werden, ist gleichwohl hinreichend bestimmt, wenn sich durch Auslegung ergibt, dass die Aufhebung auch diese Bescheide betrifft<sup>526</sup>

## 2. Grundlage für die zwangsweise Durchsetzung

Der Verwaltungsakt muss eine geeignete Grundlage für seine zwangsweise Durchsetzung bilden.<sup>527</sup>

### I. Rechtsschutz

Gem. § 39 Nr. 1 SGB II haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, der über Leistungen nach dem SGB II entscheidet, **keine aufschiebende Wirkung**. Bei Aufhebungs- oder Rücknahmeentscheidungen gem. §§ 45, 48 SGB X ist § 39 Nr. 1 SGB II anwendbar.<sup>528</sup>

Die Rückforderungsentscheidung gem. § 50 SGB X ist dagegen keine Entscheidung über eine Leistung, so dass der Widerspruch dagegen **aufschiebende Wirkung** hat.<sup>529</sup> Aufschiebende Wirkung hat auch ein Widerspruch gegen eine abschließende Entscheidung gem. § 41a Abs. 3 bis 6 SGB II.<sup>530</sup>

---

<sup>518</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 16. Vgl. auch Steinwedel in: Kasseler Kommentar, Stand 05/2018, § 45 Rn. 24b unter Verweis auf BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 32.

<sup>519</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 8.

<sup>520</sup> BSG, Urteil vom 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R Rn. 24.

<sup>521</sup> BSG, Urteil vom 15.08.2002 – B 7 AL 66/01 R; BSG, Urteil vom 02.06.2004 – B 7 AL 58/03 R Rn. 18 – juris.

<sup>522</sup> Offengelassen durch BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 35.

<sup>523</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 5b unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 37. So auch BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R Rn. 17 m.w.N.; offengelassen durch BSG, Urteil vom 16.05.2012 – B 4 AS 154/11 R Rn. 21.

<sup>524</sup> BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 16 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.11.2012 – B 14 AS 196/11 R Rn. 16.

<sup>525</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 8a unter Verweis auf LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.06.2012 – L 7 AS 4111/11 Rn. 18 – juris.

<sup>526</sup> BSG, Urteil vom 25.10.2017 – B 14 AS 9/17 R Rn. 18 ff., 26; BSG, Urteil vom 10.09.2013 – B 4 AS 89/12 R Rn. 16.

<sup>527</sup> Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 33 Rn. 3 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 07.07.2011 – B 14 AS 153/10 R Rn. 31.

<sup>528</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (518); Greiser in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 39 Rn. 18 m.w.N.

In den Fällen des Widerspruchs gegen Bescheide gem. §§ 45, 48 SGB X kann ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gem. § 86a Abs. 3 SGG gestellt werden. Dabei muss zwischen den öffentlichen Interessen an der sofortigen Vollziehung mit den privaten Interessen des Betroffenen an der Aussetzung abgewogen werden. Auch bei dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gem. § 86a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei es vor allem auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ankommt. Ist der Bescheid offensichtlich rechtmäßig, bleibt es bei der aufschiebenden Wirkung. Bei offenen Erfolgsaussichten müssen die gegen den Sofortvollzug sprechenden Umstände höher zu bewerten sein als die sonstigen, für ihn sprechenden Umstände; andernfalls bleibt es bei der gesetzlich angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit.<sup>531</sup>

## J. Erlass

Die Erlassvorschriften sind im Rahmen des Rechtsschutzes gegen eine Aufhebung bzw. Rückforderung zu beachten.<sup>532</sup> Auch das BSG verweist auf die Erlassmöglichkeit, wobei dies allerdings bisher nur den Erlass von Darlehen betraf.<sup>533</sup> Jetzt hat es die Erlassmöglichkeit auch bei Erstattungsansprüchen vorgeschlagen.<sup>534</sup>

Erlassvorschriften finden sich im Sozialversicherungsrecht in § 76 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB IV und im SGB II in § 44 SGB II. Daneben finden sich Erlassvorschriften u.a. in § 227 AO, § 31 Abs. 2 Nr. 3 HGrG und in § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BHO. Neben dem Erlass werden in diesen Vorschriften teilweise auch Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Stundung bzw. der Niederschlagung geregelt.

Geht es um die Aufhebung einer nach dem SGB II angerechneten, ursprünglich bewilligten, dann aber zurückgeforderten anderen Sozialleistung, bleibt es bei der Entscheidung nach dem SGB II. Die „Doppelbelastung“ (einerseits keine weiteren Leistungen nach dem SGB II, andererseits Pflicht zur Erstattung einer als Einkommen angerechneten Leistung) ist dadurch zu vermeiden, dass gegenüber dem vorrangigen Leistungsträger ein Antrag auf Erlass zu stellen ist.<sup>535</sup>

In § 44 SGB II geht es allein um den Erlass von Ansprüchen. Im Folgenden sollen Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 44 SGB II näher dargestellt werden. Gem. § 44 SGB II dürften Träger von Leistungen nach dem SGB II Ansprüche erlassen, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen

---

<sup>529</sup> Udsching/Link, SGB 2007, 513 (518); Greiser in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 39 Rn. 18 m.w.N.

<sup>530</sup> Greiser in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 39 Rn. 20 m.w.N.

<sup>531</sup> Aubel in: jurisPK-SGB II, 3. Auflage, § 39 Rdn. 32.

<sup>532</sup> Grundlegend zu diesen Fragen Kemmler, Geldschulden im öffentlichen Recht, 2015 S. 332 ff. Vgl. auch Conradis in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 40 Rn. 32.

<sup>533</sup> BSG, Urteil vom 07.11.2006 – B 7b AS 14/06 R Rn. 20 – juris (Darlehen); BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 11/10 R Rn. 19 (Darlehen – Erlass kann erst nachträglich erfolgen; ebenso ist eine Verwaltungsentscheidung des Trägers erforderlich, bevor eine gerichtliche Entscheidung ergeht); BSG, Urteil vom 19.10.2016 – B 14 AS 40/14 R Rn. 38 (Darlehen an Minderjährige).

<sup>534</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 14 AS 29/17 R Rn. 26 ff.

<sup>535</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R Rn. 26 unter Verweis auf BSG, Urteil vom 28.11.1996 – 7 RAr 56/96 Rn. 24 – juris (SozR 3-4100 § 117 Nr. 13 S. 94: Stundung, Niederschlagung von Rückforderungen, Einstellung des Einziehungsverfahrens): Erlass gem. § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV – Arbeitslosengeld; SG Saarland, Gerichtsbescheid vom 22.03.2012 – S 12 AS 362/11 Rn. 20 unter Verweis auf BFH, Urteil vom 22.09.2011 – III R 78/08 – Kindergeld; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.03.2012 – L 2 AS 5392/11 Rn. 36 – juris.

Falles unbillig wäre. Der Erlass ist auch nach der gesetzlichen Wertung die Ausnahme. In der Regel sind Einnahmen rechtzeitig und vollständig zu erheben, um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung zu tragen.<sup>536</sup>

In der Rechtsprechung sind die folgenden Fälle hinsichtlich eines Erlasses bei Aufhebungsentscheidungen diskutiert worden:

- Aufhebung von Leistungen wegen zu hohen Vermögens in Höhe eines Betrags, der höher ist als das verwertbare Vermögen<sup>537</sup>
- Aufhebung von Leistungen wegen Bezug von Einkommen (Krankengeld)<sup>538</sup>
- Aufhebung vorläufig bewilligter Leistungen (subsidiär)<sup>539</sup>

## I. Begriff des Erlasses

Erlass ist der Verzicht auf einen fälligen Anspruch, wodurch dieser erlischt.<sup>540</sup>

## II. Voraussetzungen des § 44 SGB II

Voraussetzung des § 44 SGB II ist die Feststellung, dass die Einziehung des Anspruchs nach Lage des einzelnen Falls unbillig wäre. Das BSG hat die Voraussetzungen eines Erlasses konkretisiert.<sup>541</sup> Der Erlass kommt in allen Fällen in Betracht, in denen eine Leistung nach dem Gesetz – wie im SGB II – zwingend vorgeschrieben ist und Ermessenserwägungen nicht angestellt werden dürfen (Ausgleichsfunktion).<sup>542</sup>

### 1. Bestandskraft der Aufhebungsentscheidung

Ein Erlass einer Forderung soll grundsätzlich erst statthaft sein, wenn die Aufhebungsentscheidung bestandskräftig ist.<sup>543</sup> Dagegen wird aber geltend gemacht, dass es für eine solche Ansicht keine Anhaltspunkte im Gesetz gibt; vielmehr kann der Leistungsträger über den Erlass schon mit der Entscheidung über die Erstattungsforderung selbst entscheiden.<sup>544</sup> Allerdings muss die

---

<sup>536</sup> Becker, SGB 2018, 129 (131) unter Verweis auf §§ 76 Abs. 1 SGB IV, 19 Abs. 1 S. 1 HGrG, 34 Abs. 1 BHO (rechtzeitige und vollständige Erhebung von Einnahmen) bzw. §§ 69 Abs. 2 SGB IV, 6 HGrG, 7 Abs. 1 S. 1 BHO (Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit).

<sup>537</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.06.2017 – L 7 AS 395/16 Rn. 84 – juris.

<sup>538</sup> SG Reutlingen, Urteil vom 31.08.2015 – S 7 AS 857/14 Rn. 27 – juris.

<sup>539</sup> LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28.09.2011 – L 18 AS 2132/10 Rn. 20 – juris; offengelassen durch BSG, Urteil vom 23.08.2012 – B 4 AS 169/11 Rn. 23. Vgl. auch SG Berlin, Urteil vom 26.11.2010 – S 37 AS 12517/10 Rn. 32 – juris (Pflicht zum Erlass bei Erstattung einer vorläufig bewilligten Leistungen hinsichtlich der Unterkunftskosten gem. § 40 Abs. 2 SGB II a.F.).

<sup>540</sup> Becker, SGB 2018, 129 (132).

<sup>541</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 31 f.

<sup>542</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 31.

<sup>543</sup> LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18.07.2011 – L 5 AS 224/09 NZB Rn. 27 – juris unter Verweis auf BSG, Urteil vom 10.05.2011 – B 4 AS 11/10 R Rn. 19 (zu einer Darlehensforderung).

<sup>544</sup> Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 44 Rn. 18; zustimmend SG Dresden, Urteil vom 24.01.2008 – S 35 AS 1065/06 Rn. 25 – juris. Vgl. jetzt BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 32.

Erstattungsentscheidung schon bekanntgegeben sein, weil ansonsten kein Anspruch vorhanden ist, der erlassen werden kann.<sup>545</sup>

## 2. Beginn des Verfahrens

Umstritten ist, wie das Verfahren beginnt. Wohl unter Verweis auf § 18 SGB X wird ausgeführt, dass der Betroffene entweder einen Antrag gestellt haben muss oder wenn die Behörde verpflichtet ist, von Amts wegen tätig zu werden.<sup>546</sup> Ein Handeln von Amts wegen soll wegen der Ausnahmenvorschrift des § 44 SGB II nur dann geboten sein, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür sprechen, dass eine (Teil-)Erlassentscheidung ergehen kann.<sup>547</sup>

Dagegen wird eingewandt, dass zwischen dem Leistungsträger und dem Schuldner ein Sozialrechtsverhältnis besteht, aus dem heraus sich u.a. Fürsorgepflichten gegenüber dem Schuldner ergeben, die dazu führen, dass der Leistungsträger bei entsprechenden Erkenntnissen auch von Amts wegen tätig werden muss.<sup>548</sup>

## 3. Unbilligkeit

Es ist umstritten, ob der Begriff der Unbilligkeit ein gerichtlich voll überprüfbarer unbestimmter Rechtsbegriff oder (gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer) Teil der Ermessensentscheidung der Behörde ist.<sup>549</sup> Nach richtiger Ansicht ist der Begriff der Unbilligkeit gerichtlich voll überprüfbar.<sup>550</sup> Eine Unbilligkeit soll sich erst dann ergeben, wenn die Einziehung einer Forderung dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widerspricht.<sup>551</sup> Üblicherweise wird der Begriff der Unbilligkeit in die Unterbegriffe persönliche Unbilligkeit und sachliche Unbilligkeit unterteilt.

### a) Persönliche Unbilligkeit

Persönliche Unbilligkeit<sup>552</sup> liegt vor, wenn die antragstellende Person erlassbedürftig und erlasswürdig ist.<sup>553</sup>

---

<sup>545</sup> Becker, SGB 2018, 129 (136).

<sup>546</sup> LSG Sachsen, Urteil vom 24.05.2012 – L 3 AS 208/11 Rn. 48 – juris. So jetzt auch BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 32.

<sup>547</sup> LSG Sachsen, Urteil vom 24.05.2012 – L 3 AS 208/11 Rn. 52 – juris.

<sup>548</sup> Becker, SGB 2018, 129 (135) unter Verweis auf Conradis in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 44 Rn. 7; Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 6. Auflage, § 44 Rn. 4.

<sup>549</sup> So Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19.10.1971 – Gms-OGB 3/70 Rn. 26 ff. – juris zu § 131 Abs. 1 S. 1 AO: unlösbare Verbindung zwischen dem Begriff „unbillig“ und der Folge „können“ (sog. Koppelungsvorschrift).

<sup>550</sup> So wohl Becker, SGB 2018, 129 (132); vgl. auch BFH, Beschluss des Großen Senats vom 28.11.2016 – GrS 1/15 Rn. 98 ff.

<sup>551</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.05.2014 – L 3 AS 2383/13 Rn. 23 – juris.

<sup>552</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 27.

<sup>553</sup> Vgl. Becker, SGB 2018, 129 (133 m.w.N.).

#### aa) Erlassbedürftigkeit

Eine Erlassbedürftigkeit liegt vor, wenn die Einziehung für den Schuldner eine existenzbedrohende Notlage darstellt und bei natürlichen Personen den notwendigen Lebensunterhalt auf nicht absehbare Zeit gefährdet bzw. wenn die Einziehung des Anspruchs beim Schuldner dauerhafte Bedürftigkeit hervorrufen oder deren Überwindung gefährden würde.<sup>554</sup> In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass Zweifel daran bestehen, dass die Regelleistungen so bemessen sind, dass ausreichender Spielraum verbleibt, um daraus noch Schulden zu bedienen. Zu Darlehen wird deshalb vertreten, dass sie eigentlich nicht mehr getilgt werden können.<sup>555</sup>

#### bb) Erlasswürdigkeit

Der Begriff der Erlasswürdigkeit wird nicht positiv beschrieben; sie kann fehlen, wenn die antragstellende Person ihre wirtschaftliche Situation schuldhaft herbeigeführt hat oder der Erstattungsanspruch auf vorsätzlichem Verhalten der antragstellenden Person beruht.<sup>556</sup>

### b) Sachliche Unbilligkeit

Eine sachliche Unbilligkeit kann vorliegen, wann zwar die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, die Einziehung des Anspruchs gleichwohl den Wertungen des Gesetzes zuwiderliefe.<sup>557</sup>

In diesem Zusammenhang wird betont, dass das in § 330 SGB III ausgeschlossene Ermessen bei Entscheidungen nach § 45 SGB X (und nach § 48 SGB X) allein der Verfahrensökonomie dient, nicht aber jeden Übermaßeinwand bei der Rücknahme anfänglich rechtswidriger begünstigender Leistungsbewilligungen ausschließen soll;<sup>558</sup> liegen atypische Besonderheiten vor, die über das Ermessen nicht erfasst werden können, ist eine sachliche Unbilligkeit denkbar.<sup>559</sup>

Dagegen rechtfertigen Umstände, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des gesetzlichen Tatbestands bewusst in Kauf genommen hat, keinen Erlass wegen sachlicher Unbilligkeit.<sup>560</sup> Außerdem darf der zugrundeliegende Anspruch nicht auf seine Richtigkeit überprüft werden; vielmehr stehen dazu andere Instrumente wie §§ 44 ff. SGB X oder der sozialrechtliche Herstellungsanspruch zur Verfügung.<sup>561</sup>

Diese Vorgaben erfordern komplizierte materiell-rechtliche Überlegungen, wobei die Grenzen der Überlegungen unklar sind; bei Zusammenfassung der einzelnen in Betracht kommenden Gründe wird aber auch die Unbilligkeit der Rechtsfolge einer – richtigen – Aufhebungsentscheidung in den Blick genommen, so in den folgenden Fällen:

<sup>554</sup> Vgl. Becker, SGB 2018, 129 (133 m.w.N.).

<sup>555</sup> Vgl. Lenze in: LPK-SGB II, 6. Auflage, Anhang § 20 § 5 RBEG Rn. 11 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 23.07.2014 – 1 BvL 10/12 u.a. Rn. 116; dies. in: LPK-SGB XII, 11. Auflage, Anhang § 28 § 5 RBEG Rn. 11.

<sup>556</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133 m.w.N.).

<sup>557</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 04.03.1999 – B 11/10 AL 5/98 R Rn. 19 - juris. Vgl. jetzt auch BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 28 m.w.N.

<sup>558</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 29.

<sup>559</sup> Vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 30.

<sup>560</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 04.03.1999 – B 11/10 AL 5/98 R Rn. 19 - juris.

<sup>561</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133 m.w.N.).

- Mitverschulden des Leistungsträgers beim Entstehen des Erstattungsanspruchs<sup>562</sup>
- Die Einziehung wäre mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie Verfassungsrecht oder Treu und Glauben nicht vereinbar<sup>563</sup>
- Zwischenzeitlich hat sich die Rechtslage oder die Verwaltungspraxis geändert, ohne dass sie auf den Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung zurückwirkt<sup>564</sup>

### III. Rechtsfolgen des § 44 SGB II

Die Leistungsträger handeln nach ihrem Ermessen. Es besteht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Forderungserlass entsprechend §§ 39 SGB I, 54 Abs. 2 S. 2 SGG.<sup>565</sup> Intern sind die Leistungsträger befugt, ohne Beteiligung einer anderen Stelle bis zu 15.000,00 € zu erlassen.<sup>566</sup>

Der Antragsteller hat gem. §§ 39 SGB I, 54 Abs. 2 S. SGG Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, bei der die gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie Art und Höhe des Anspruchs zu berücksichtigen sind. Dabei sind auch die Interessen der Steuerzahler zu beachten, weil Einnahmen grundsätzlich rechtzeitig und vollständig zu erheben sind.<sup>567</sup> Liegt ein Ermessensfehler vor, kann die Behörde im gerichtlichen Verfahren verpflichtet werden, den Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.<sup>568</sup>

Liegen die Voraussetzungen der Unbilligkeit vor, ist zu beachten, dass Ansprüche möglichst realisiert werden sollen, weshalb folgende Entscheidungen in Betracht kommen:

- Ablehnung des Erlasses und anderer Maßnahmen
- Ablehnung des Erlasses und Stundung der Forderung (= Hinausschieben der Fälligkeit des Anspruchs)<sup>569</sup>
- Ablehnung des Erlasses und Niederschlagung der Forderung (= zeitweiliges oder dauerhaftes Absehen von der Durchsetzung des fälligen Anspruchs, der als solcher bestehen bleibt und weiter durchsetzbar ist)
- Gewährung eines Teilerlasses<sup>570</sup>

<sup>562</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133) unter Verweis auf Conradis in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 44 Rn. 5.

<sup>563</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133) unter Verweis auf Kemper in: Eicher/Luik SGB II, 4. Auflage, § 44 Rn. 10.

<sup>564</sup> Becker, SGB 2018, 129 (133) unter Verweis auf Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 44 Rn. 15.

<sup>565</sup> BSG, Urteil vom 25.04.2018 – B 4 AS 29/17 R Rn. 31 m.w.N.

<sup>566</sup> Becker, SGB 2018, 129 (134) unter Verweis auf BT-Drucks. 17/8094 S. 4; § 34 Kommunalträger-Abrechnungsverwaltungsvorschrift.

<sup>567</sup> Vgl. Becker, SGB 2018, 129 (133).

<sup>568</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 28.05.2013 – L 18 KN 138/12 Rn. 16 – juris. Vgl. zum Ermessensfehler auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.07.1998 – L 12 AL 3486/97 R Rn. 10 – juris. Zum Erlass eines Darlehens SG Marburg, Beschluss vom 24.07.2015 – S 14 AS 1925/15 ER Rn. 20 – juris (info also 2015, 224).

<sup>569</sup> Vgl. Becker, SGB 2018, 129 (135): Stundung ist der Niederschlagung, Niederschlagung dem Erlass vorzuziehen. Stundung und Niederschlagung sind als „Minus“ gegenüber dem Erlass statthaft, vgl. Conradis in: LPK-SGB II, 6. Auflage, § 44 Rn. 9; Kemper in: Eicher/Luik, SGB II, 4. Auflage, § 44 Rn. 15 ff.

<sup>570</sup> Becker, SGB 2018, 129 (132 m.w.N.).

Da der Erlass zu einem Erlöschen des Anspruchs führt, beinhaltet er eine Regelung in Bezug auf den zugrundeliegenden Anspruch und ist damit ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X.<sup>571</sup>

---

<sup>571</sup> Becker, SGB 2018, 129 (132) unter Verweis auf BSG, Urteil vom 29.10.1991 – 13/5 RJ 36/90.

## K. Anhang I: Checkliste

### I. Ermächtigungsgrundlage:

1. Ursprungs-Verwaltungsakt bei Erlass rechtmäßig? → § 48 SGB X
2. Ursprungs-Verwaltungsakt bei Erlass rechtswidrig? → § 45 SGB X
3. Ursprungs-Verwaltungsakt = vorläufiger Verwaltungsakt? → § 41a SGB II

### II. Ermächtigungsgrundlage § 48 Abs. 1 SGB X

1. Liegt eine wesentliche Änderung gegenüber dem Ursprungs-Verwaltungsakt vor?
  - a) Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen?
  - b) Änderung in den rechtlichen Verhältnissen?
  - c) Ist die Änderung wesentlich, d.h. hätte der Ursprungs-Verwaltungsakt so nicht ergehen dürfen, wenn schon bei Erlass diese Änderung vorlag?
2. Einhaltung der Jahresfrist, § 48 Abs. 4 S. 2 SGB X, § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X?
3. Rechtsfolge I: Aufhebung für die Zukunft? § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X
4. Rechtsfolge II: Aufhebung ab Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse? § 48 Abs. 1 S. 2 SGB X

### III. Ermächtigungsgrundlage § 45 SGB X

1. Begünstigender Verwaltungsakt?
2. Vertrauen auf den Fortbestand des Verwaltungsakts, § 45 Abs. 2 S. 1 SGB X
  - a) Verbrauch der Leistungen?
  - b) Vermögensdisposition?
3. Vertrauen schützenswert, § 45 Abs. 2 S. 3 SGB X?
4. Einhaltung der Jahresfrist, § 45 Abs. 4 S. 2 SGB X?
5. Rechtsfolge: Aufhebung für die Zukunft/für die Zeit ab Änderung der Verhältnisse

### IV. Vorläufige Entscheidung – Ermächtigungsgrundlage § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II

1. Statthaftigkeit des Ursprungs-Verwaltungsakts in Form einer vorläufigen Entscheidung
  - a) Gründe des § 41a Abs. 1 S. 1, Abs. 7 SGB II
  - b) Angabe der Vorläufigkeit, § 41a Abs. 2 S. 1 SGB II
2. Abschließende Entscheidung
  - a) Einhaltung der Jahresfrist § 41a Abs. 5 S. 1 SGB II (ein Jahr nach Ablauf des Bewilligungszeitraums)
  - b) Unrichtigkeit der vorläufigen Entscheidung
  - c) Form der abschließenden Entscheidung
3. Rechtsfolge
  - a) Festsetzung der „richtigen“ Höhe
  - b) Anrechnung der vorläufig erbrachten Leistungen § 41a Abs. 6 S. 1 SGB II
  - c) Erstattung der Überzahlung § 41a Abs. 6 S. 3 SGB II

### V. Verfahren

1. Anhörung § 24 SGB X
2. Bekanntgabe § 37 SGB X
3. Bestimmtheit § 33 SGB X

## L. Anhang II: Anrechnung von Einmalkommen

### I. Bewilligungszeitraum § 48 SGB X

1. Wesentliche Änderung: Zufluss BSG 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R
2. Verteilzeitraum: Beginn (gilt auf bei Aufhebung, BSG 24.8.2017 – B 4 AS 9/16 R)
  - a) Regel: Zuflussmonat, § 11 Abs. 3 S. 1 SGB II
  - b) Ausnahme: Folgemonat, § 11 Abs. 3 S. 3 SGB II
3. Verteilzeitraum: Dauer
  - a) Regel: ein Monat
  - b) Ausnahme: sechs Monate (dann Prüfung § 26 SGB II, BSG 29.4.2015 – B 14 AS 10/14 R)
4. Abzüge
  - a) Zuflussmonat: § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 5, 6 SGB II
  - b) Folgemonat: § 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (BSG 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R), 3 SGB II
  - c) Andere Abzüge (-), es sei denn, es liegen keine bereiten Mittel vor (dann Darlehen § 24 Abs. 4 S. 2 SGB II?)

### II. Folgebewilligungszeitraum § 45 SGB X

1. Rechtswidrigkeit liegt nur vor, wenn tatsächlich noch bereite Mittel vorlagen BSG 10.9.2013 – B 4 AS 89/12 R (Vorrang der tatsächlichen Verhältnisse gegenüber der normativen Verteilungsregel des § 11 Abs. 3 S. 4 SGB II)
2. Aber: Eingeschränkte Prüfung der Gerichte nur bis zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Anfechtungsklage!); das BSG will fehlende bereite Mittel nur bei einem neuen Leistungsantrag beachten BSG 29.04.2015 – B 14 AS 10/14 R

### III. Unterbrechung der Anrechnung im Bewilligungszeitraum bzw. Folgebewilligungszeitraum

Nur bei „echter“ Überwindung der Hilfebedürftigkeit durch Erwerbseinkommen BSG 10.9.2013 B 4 AS 29/07 R