

## (Anwaltliche) Steuerungsmöglichkeiten bei der abschließenden Leistungsbewilligung im SGB II – zugleich Anmerkung zum Urteil des BSG vom 11.7.2019 – B 14 AS 44/18 – NZS 2019, 957

Jens-Torsten Lehmann\*

### I. Zum Problem

Die vorläufige Entscheidung über die Erbringung von Leistungen gem. § 41a SGB II wirft in der Praxis eine Vielzahl von tatsächlichen wie rechtlichen Problemen auf. Mit seiner Entscheidung vom 11.7.2019 hat sich das BSG mit Fragen befasst, die die abschließende Feststellung des Leistungsanspruchs betreffen. Im Zentrum der Entscheidung stand dabei die Regelung des § 41a Abs. 4 Satz 3:

*„Als monatliches Durchschnittseinkommen ist für jeden Kalendermonat im Bewilligungszeitraum der Teil des Einkommens zu berücksichtigen, der sich bei der Teilung des Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum durch die Anzahl der Monate im Bewilligungszeitraum ergibt.“*

### II. Sachverhalt und Skizzierung der tragenden Erwägungen

#### 1. Sachverhalt

Gegenstand des Rechtsstreits war der Anspruch der Klägerin auf höhere Leistungen nach dem SGB II für den Monat Mai 2016, insbesondere ihr bei der abschließenden Entscheidung zu Grunde zu legendes Einkommen.

Die Klägerin bezog Kindergeld in einer Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter, wobei ihr zunächst lediglich vorläufig Leistungen i.H.v. monatlich 285,36 EUR für die Zeit von Mai 2016 bis Oktober 2016 bewilligt wurden. Ab Juli 2016 erzielte sie geringfügiges Erwerbseinkommen. Die Kindergeldzahlung wurde ab Juli 2016 eingestellt. Im November 2016 wurden die laufenden Kindergeldzahlungen wieder aufgenommen und eine Nachzahlung für Juli 2016 bis Oktober 2016 geleistet.

Im Rahmen der abschließenden Entscheidung wurden der Klägerin für die Monate Mai bis Oktober 2016 monatlich 285,36 EUR zugesprochen. Hiergegen legte sie begrenzt auf den Monat Mai 2016 Widerspruch ein. Sie machte geltend, dass die Bildung eines Durchschnittseinkommens versäumt worden sei. Der Widerspruch wurde zurückgewiesen.

Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin nunmehr höhere Leistungen für Mai 2016 und Juni 2016. Das SG verurteilte das beklagte Jobcenter zu weiteren Leistungen für Mai und Juni 2016 i.H.v. 126,67 EUR. Das LSG hob das Urteil nach der zugelassenen Berufung des SG für Juni 2016 wegen der bereits im Widerspruchsverfahren erfolgten Begrenzung des Streitgegenstandes auf den Monat Mai 2016 auf. Für Mai 2016 wurde die Berufung des Jobcenters als unbegründet zurückgewiesen. Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt das Jobcenter eine Verletzung von § 41a Abs. 4 SGB II, da ein Durchschnittseinkommen bei der abschließenden Entscheidung nur in den Fällen zu Grunde zu legen sei, in denen schwankendes Einkommen für die vorläufige Entscheidung ursächlich gewesen sei.

\* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Sozialrecht in Cottbus.

## 2. Skizzierung der tragenden Erwägungen

Das BSG hat auf die Revision die Urteile des LSG und des SG geändert, soweit das Jobcenter verurteilt worden ist, der Klägerin für Mai 2016 weitere Leistungen nach dem SGB II von mehr als 96,67 EUR zu zahlen. Im Übrigen hat es die Revision zurückgewiesen.

Verfahrensrechtliche Hindernisse<sup>1</sup> würden nach Ansicht des BSG einer Sachentscheidung nicht entgegenstehen. Insbesondere könne – wie im streitgegenständlichen Fall geschehen – das Begehren der Klägerin gezielt auf höhere Leistungen nur für sich und nur (noch) für einen Monat beschränkt werden, obwohl der angefochtene Bescheid weitere Bedarfsgemeinschaftsmitglieder und weitere Monate regeln würde. Dies folge aus dem Individualanspruch<sup>2</sup> jedes Mitglieds einer Bedarfsgemeinschaft und dem Monatsprinzip<sup>3</sup> im SGB II.

Materiell-rechtlich<sup>4</sup> stützt das BSG seine Entscheidung maßgeblich auf den Wortlaut<sup>5</sup> des § 41a Abs. 4 SGB II. Danach sei bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruchs als Einkommen ein monatliches Durchschnittseinkommen zu Grunde zu legen. Dies gelte unabhängig vom Grund der Vorläufigkeit, erfasse alle Einkommensarten und alle Monate des Bewilligungszeitraums.<sup>6</sup> Aus Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck sowie aus systematischen Gründen würden sich keine Anhaltspunkte für eine abweichende Auslegung ergeben.

Zwar nehme die Gesetzesbegründung ausdrücklich auf § 2 Abs. 3 Alg II-V in der bis 31.7.2016 geltenden Fassung Bezug. Eine Beschränkung der Bildung des Durchschnittseinkommens nur auf Einkommen aus nichtselbständiger Arbeit sei hieraus aber angesichts des Wortlauts des § 41a Abs. 4 Satz 3 SGB II nicht ableitbar,<sup>7</sup> der eine solche Beschränkung nicht abbilde.

Auch sei kein Raum für eine einschränkende Auslegung der Norm im Wege einer teleologischen Reduktion. Der mit der Gesetzesänderung verfolgte Zweck der Verwaltungsvereinfachung rechtfertige es auch nicht, vom ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift für Fallkonstellationen abzusehen, in denen die Bildung von Durchschnittseinkommen keine Verwaltungsvereinfachung mit sich bringen würde. Auch eine faktische Besserstellung von Leistungsberechtigten mit abschließender nach vorläufiger Entscheidung im Vergleich zu Leistungsberechtigten mit sogleich endgültiger Entscheidung genüge dafür nicht.<sup>8</sup>

## III. Kernaussagen

Der Entscheidung des BSG sind drei für die Praxis wichtige Kernaussagen zu entnehmen: zum materiellen Recht, zum Verfahrensrecht und zur Saldierungsregelung.

1 Rn. 10.

2 Rn. 10 unter Verweis auf BSG 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R.

3 Rn. 10 unter Verweis auf BSG 30.3.2017 – B 14 AS 18/16 R.

4 Die materiell-rechtlichen Ausführungen finden sich in BSG 11.7.2019 – B 14 AS 44/18 R, Rn. 18 ff.

5 Insgesamt zehnmal wird in der Entscheidung auf dieses Auslegungskriterium Bezug genommen.

6 Rn. 18.

7 Rn. 24 ff.

8 Rn. 34 ff.

1. Die Bildung eines monatlichen Durchschnittseinkommens bei der abschließenden Entscheidung erfolgt unabhängig vom Grund der Vorläufigkeit, erfasst alle Einkommensarten und alle Monate des Bewilligungszeitraums.<sup>9</sup>
2. Widersprüche, Klagen und Überprüfungsanträge können gezielt auf einzelne Leistungsmonate beschränkt werden, auch wenn dies insgesamt zu einer Besserstellung der Leistungsberechtigten gegenüber einer ursprünglich rechtmäßigen Leistungsbewilligung führt.<sup>10</sup>
3. Die Saldierung nach § 41a Abs. 6 SGB II erfolgt nicht automatisch, sondern aufgrund eines Verwaltungsaktes (VA) des Jobcenters,<sup>11</sup> dessen Erlass von den Leistungsberechtigten gem. § 41a Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 SGB II beantragt werden muss, so er vom Jobcenter nicht in Jahresfrist nach dem Ablauf des Bewilligungszeitraums erlassen wird.

## IV. Unterschiedliche Berechnung des anrechenbaren Einkommens

Für die Praxis folgt aus dieser Rechtsprechung, dass bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruches – unabhängig vom Zuflusszeitpunkt und der Einkommensart – eine Verteilung sämtlicher Einkünfte über den Bewilligungsabschnitt hinweg zu erfolgen hat. Das Einkommen ist auf alle Monate des Bewilligungszeitraums zu verteilen, auch wenn es nur in einzelnen Monaten zugeflossen ist. Verfügen mehrere Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft über Einkommen, ist für jedes einzelne Mitglied ein Durchschnittseinkommen zu bilden. Da für unterschiedliche Einkommensarten unterschiedliche Freibeträge zu berücksichtigen sind, ist es zudem notwendig, bei verschiedenen Einkommensarten mehrere Durchschnittseinkommen zu bilden und diese je nach Einkommensart zu bereinigen.<sup>12</sup>

Die Differenz zu der bis dahin bestehenden Verwaltungspraxis und die daraus folgenden Konsequenzen sollen nachfolgend noch einmal anhand des streitbefangenen Falles genauer beleuchtet werden:

Die Klägerin war Teil einer mehrköpfigen Bedarfsgemeinschaft. Das Jobcenter bewilligte ihr für den Zeitraum Mai 2016 bis Oktober 2016 vorläufig Leistungen nach dem SGB II i.H.v. insgesamt monatlich 285,36 EUR. Bei der Klägerin wurden hierbei in jedem Monat des Bewilligungszeitraumes 160,00 EUR (= 190,00 EUR Kindergeld – 30,00 EUR Versicherungspauschale) angerechnet.

Tatsächlich erhielt die Klägerin Kindergeld i.H.v. 190,00 EUR indes nur für zwei Monate im Bewilligungszeitraum (Mai 2016 und Juni 2016). Die Klägerin ging im Bewilligungszeitraum zudem einer Beschäftigung nach, für welche ihr ein monatliches Entgelt ausgezahlt wurde, und zwar im August 2016 i.H.v. 42,50 EUR brutto = netto sowie in den Monaten September 2016 und Oktober 2016 i.H.v. jeweils 85,00 EUR brutto = netto.

9 Amtlicher Leitsatz.

10 Rn. 10

11 Vgl. hierzu auch die Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen 30.1.2019 – L 19 AS 1810/19, wonach die bestandskräftige abschließende Entscheidung nach § 41a Abs. 3 SGB II Tatbestandswirkung entfaltet für die Berechnung des Erstattungsanspruchs nach § 41a Abs. 6 Satz 3 SGB II.

12 Rn. 18, 41.

## 1. Abschließende Entscheidung des Jobcenters

Nach den Fachlichen Weisungen der BA zu § 41a SGB II<sup>13</sup> ist ein Durchschnittseinkommen nur dann der abschließenden Bewilligung zu Grunde zu legen, wenn schwankendes Einkommen der Grund für die vorläufige Bewilligung war. Andere Einkommen (Arbeitslosengeld, Krankengeld, Kindergeld, Unterhaltsvorschuss) fließen nach Weisungslage nicht in die Bildung des Durchschnittseinkommens ein.<sup>14</sup>

Dementsprechend wurden bei der Klägerin in den Monaten Mai 2016 und Juni 2016 Einkommen aus Kindergeld i.H.v. jeweils 160,00 EUR = (190,00 EUR – 30,00 EUR Versicherungspauschale), im Monat Juli 2016 gar kein Einkommen und in den Monaten August 2016 bis Oktober 2016 Einkommen aus Erwerbstätigkeit nach Abzug der Freibeträge i.H.v. 0,00 EUR berücksichtigt. Bei der abschließenden Entscheidung sind der Klägerin daher für Mai 2016 und Juni 2016 – wie zuvor – Leistungen nach dem SGB II i.H.v. monatlich 285,36 EUR bewilligt worden. Für die Monate Juli 2016 bis Oktober 2016 wurden monatlich jeweils insgesamt 445,36 EUR endgültig bewilligt.<sup>15</sup>

Leistungszeitraum	individuelle Leistungsbewilligung des Jobcenters zu Gunsten der Klägerin		
	vorläufig	endgültig	Nachzahlung
Mai 2016	285,36 EUR	285,36 EUR	0,00 EUR
Juni 2016	285,36 EUR	285,36 EUR	0,00 EUR
Juli 2016	285,36 EUR	445,36 EUR	+160,00 EUR
August 2016	285,36 EUR	445,36 EUR	+160,00 EUR
September 2016	285,36 EUR	445,36 EUR	+160,00 EUR
Oktober 2016	285,36 EUR	445,36 EUR	+160,00 EUR

## 2. Ergebnis nach dem LSG: weitere Leistungen für Mai 2016 i.H.v. 126,67 EUR

Nach Ansicht des LSG<sup>16</sup> erfolgt zunächst die Bildung eines Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum, welches dann durch die Anzahl der Monate im Bewilligungszeitraum geteilt werden müsse. Anschließend seien die Absetzbeträge<sup>17</sup> vom Einkommen zu berücksichtigen. Da bei unterschiedlichen Einkommensarten (hier: Erwerbseinkommen und Kindergeld) unterschiedliche Freibeträge (hier: Grundfreibetrag und Versicherungspauschale) in Ansatz zu bringen seien, müssten zwei Durchschnittseinkommen gebildet und diese je nach Einkommensart bereinigt werden.

Dies bedeutete, dass sich hinsichtlich des Erwerbseinkommens der Klägerin kein zu berücksichtigendes Einkommen ergab, da dies unter dem Grundfreibetrag von 100,00 EUR

monatlich<sup>18</sup> lag. Hinsichtlich des Kindergeldes ergab sich indes ein zu berücksichtigendes Einkommen i.H.v. 33,33 EUR monatlich. Das Gesamteinkommen aus Kindergeld im streitigen Zeitraum betrug insgesamt 380,00 EUR (= 190,00 EUR + 190,00 EUR). Hierbei ergab sich – geteilt durch die Monate im Bewilligungszeitraum – monatlich ein Betrag i.H.v. 63,33 EUR (= 380,00 EUR : 6 Monate). Das monatlich anzurechnende Durchschnittseinkommen wurde im nächsten Schritt noch um die Versicherungspauschale i.H.v. 30,00 EUR bereinigt,<sup>19</sup> sodass sich ein anzurechnendes Einkommen von monatlich 33,33 EUR = (63,33 EUR – 30,00 EUR) ergab. Da vom Jobcenter in den Monaten Mai 2016 und Juni 2016 Einkommen bei der Klägerin i.H.v. jeweils 160,00 EUR angerechnet worden war, standen ihr noch weitere Leistungen i.H.v. monatlich 126,67 EUR (= 160,00 EUR – 33,33 EUR) zu.

Gleichwohl wurde vom LSG der Streitgegenstand aufgrund der unglücklichen Formulierung im Widerspruchsverfahren<sup>20</sup> – im Gegensatz zur Auffassung des SG – allein auf die Bewilligung höherer endgültiger Leistungen für den Monat Mai 2016 beschränkt, so dass nur weitere Leistungen für den Monat Mai 2016 zugesprochen werden konnten.<sup>21</sup>

## 3. Ergebnis nach dem BSG: weitere Leistungen für Mai 2016 i.H.v. 96,67 EUR

Nach Auffassung des BSG<sup>22</sup> ist das Erwerbseinkommen der Klägerin im Bewilligungszeitraum auf die Monate des Bewilligungszeitraums zu verteilen (42,50 EUR + 85,00 EUR + 85,00 EUR = 212,50 EUR : 6 Monate = 35,42 EUR im Monat). Von diesem monatlichen Durchschnittseinkommen ist der Grundfreibetrag i.H.v. 100,00 EUR für Erwerbstätige abzusetzen (35,42 EUR – 100,00 EUR). Ein zu berücksichtigendes Erwerbseinkommen verbleibt insoweit nicht.

Zum anderen ist das der Klägerin zuzurechnende Einkommen aus Kindergeld im Bewilligungszeitraum auf die Monate des Bewilligungszeitraums zu verteilen (190,00 EUR + 190,00 EUR = 380,00 EUR : 6 Monate = 63,33 EUR im Monat). Von diesem monatlichen Durchschnittseinkommen kann – so das BSG im Unterschied zum LSG – die sogenannte Versicherungspauschale i.H.v. 30,00 EUR nicht noch einmal gesondert abgesetzt werden, weil sie schon im Grundfreibetrag beim Erwerbseinkommen vollständig enthalten ist.<sup>23</sup>

13 Nr. 41a.27 – Stand 20.3.2018.

14 Diese Verwaltungspraxis hat das BSG nunmehr für rechtswidrig erklärt. Begründet wird dies – wie oben bereits dargestellt – mit einer strikt am Wortlaut des Gesetzes orientierten Auslegung.

15 In diesem Zeitraum (Juli 2016 bis Oktober 2016) erfolgte nach der Berechnung des Jobcenters eine monatliche Besserstellung der Klägerin im Vergleich zur vorläufigen Bewilligung i.H.v. 160,00 EUR = (445,36 EUR – 285,36 EUR). Der Nachzahlungsanspruch der Klägerin in diesem Zeitraum belief sich auf insgesamt 640,00 EUR = (4 x 160,00 EUR).

16 LSG Berlin-Brandenburg, 20.9.2018, L 34 AS 2310/17, Rn. 37.

17 In § 11b SGB II werden die vom Einkommen abzusetzenden Beträge zusammengefasst.

18 § 11b Abs. 2 Satz 1 SGB II sieht einen Grundfreibetrag vor, der an die Stelle der Absetzbeträge nach Abs. 1 Nr. 3-5 tritt.

19 § 6 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-VO.

20 Mit Schreiben ihres Rechtsanwalts legte die Klägerin Widerspruch gegen den Bewilligungsbescheid vom 16.2.2017 ein „betreffend den Zeitraum vom 1.5.2016 bis 31.10.2016 (...), insoweit der Monat Mai 2016 geregelt wird“.

21 LSG Berlin-Brandenburg 20.9.2018 – L 34 AS 2310/17, Rn. 27.

22 Die Berechnung findet sich in Rn. 41 ff.

23 Das BSG knüpft hierbei an seine Entscheidung vom 5.6.2014 – B 4 AS 49/13 R – an, wonach eine Übertragung des nicht verbrauchten Teils des Grundfreibetrages auf eine andere Einkommensart (hier: Kindergeld) ausgeschlossen ist. Klargestellt wird in der neuen Entscheidung zudem, dass die Grundsätze aus der alten Entscheidung auch bei der Bereinigung der monatlichen Durchschnittseinkommen zu berücksichtigen sind. Sie führen beim Zusammentreffen von monatlichen Durchschnittseinkommen aus Erwerbseinkommen und Kindergeld dazu, dass mit der Berücksichtigung des pauschalen Grundfreibetrags i.H.v. 100,00 EUR auch die Versicherungspauschale i.H.v. 30,00 EUR abgegolten ist, Rn. 42.

Es verbleibt demnach ein zu berücksichtigendes monatliches Durchschnittseinkommen i.H.v. 63,33 EUR. Berücksichtigt wurden vom Jobcenter im Monat Mai 2016 hingegen 160,00 EUR (= 190,00 EUR – 30,00 EUR Versicherungspauschale), weshalb der Klägerin weitere Leistungen i.H.v. 96,67 EUR (= 160,00 EUR – 63,33 EUR) zustehen.

**4. Synopse der vorstehend beschriebenen Ergebnisse**

Zusammengefasst lassen sich die aus den unterschiedlichen Rechtsauffassungen resultierenden Festsetzungen wie folgt darstellen:

Monat	Mai	Juni	Juli	August	September	Oktober
Leistungen						
vorläufig	285,36 EUR	285,36 EUR	285,36 EUR	285,36 EUR	285,36 EUR	285,36 EUR
Einkommen						
bereinigt	160,00 EUR	160,00 EUR	160,00 EUR	160,00 EUR	160,00 EUR	160,00 EUR
Zufluss						
tatsächlich	190,00 EUR	190,00 EUR	0,00 EUR	42,50 EUR	85,00 EUR	85,00 EUR
Berechnung						
Jobcenter						
bereinigt	160,00 EUR	160,00 EUR	0,00 EUR	0,00 EUR	0,00 EUR	0,00 EUR
Saldo	0,00 EUR	0,00 EUR	+160,00 EUR	+160,00 EUR	+160,00 EUR	+160,00 EUR
LSG						
bereinigt	33,33 EUR					
Saldo	+126,67 EUR					
BSG						
bereinigt	63,33 EUR					
Saldo	+96,67 EUR					
optimal						
bereinigt	63,33 EUR	63,33 EUR				
Saldo	+96,67 EUR	+96,67 EUR				

**V. Bedeutung der Entscheidung für die Praxis**

**1. (Anwaltliche) Steuerungsmöglichkeiten und Verrechnungsregeln**

**a. Gezielt monatsweiser Angriff der Berechnung**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht betont das BSG etwas versteckt in den Entscheidungsgründen, dass Hilfebedürftige ihr Begehren – gerichtet auf weitere Zahlungen über die vorläufig erbrachten Leistungen hinaus – auf bestimmte Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft und bestimmte Monate beschränken können. Dies – so das BSG – folge aus dem Individualanspruch jedes Mitglieds einer Bedarfsgemeinschaft und dem Monatsprinzip.<sup>24</sup>

Dies bedeutet im Klartext: Hilfebedürftige können den Ausgang des Verfahrens gezielt zu ihren Gunsten beeinflussen. Sie sind befugt, nur die Berechnung für einzelne Monate „anzugreifen“, auch wenn sie dabei auf eine Berechnungsweise

Bezug nehmen, der eine monatsübergreifende Saldierung inhärent ist.<sup>25</sup>

**b. Keine monatsübergreifende Verrechnung möglich**

Nach § 41 Abs. 6 Satz 2 SGB II sind zwar die für den Bewilligungszeitraum resultierenden monatlichen Salden zu verrechnen, indem etwaige Überzahlungen in einzelnen Monaten auf zu errechnende Nachzahlungsansprüche in anderen Monaten angerechnet werden. Verbleibt nach der Verrechnung ein Nachzahlungsanspruch, wird dieser mit der abschließenden Entscheidung zur Auszahlung an den Hilfebedürftigen

fällig.<sup>26</sup> Umgekehrt ist eine nach der Verrechnung fortbestehende Überzahlung vom Hilfebedürftigen zu erstatten.<sup>27</sup> Gleichwohl gilt diese Saldierungsregelung nach Lesart der aktuellen Entscheidung des BSG vom 11.7.2019 weder für den Regelfall<sup>28</sup> der abschließenden Entscheidung auf der Grundlage eines Durchschnittseinkommens noch für die Fälle, in denen ausnahmsweise<sup>29</sup> eine monatsweise abschließende Leistungsberechnung zu erfolgen hat.<sup>30</sup> Anderenfalls hätte das BSG hier eine monatsübergreifende Verrechnung von geringeren Leistungen für die Monate Mai 2016 und Juni 2016 mit Überzahlungen für die Monate Juli 2016 bis Oktober 2016 vornehmen können und müssen. Dies ist konsequent aus zwei Gründen nicht geschehen. Zum einen ist hier bereits zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die Jahresfrist<sup>31</sup> für eine korrigierende monatsübergreifende Verrechnung abgelaufen gewesen. Diese Verrechnung erfolgt nicht automatisch, sondern kann nur durch einen Verwaltungsakt des Jobcenters vorgenommen

werden.

25 So bereits SG Berlin 7.9.2018 – S 37 AS 6994/18.  
 26 Diese Rechtsfolge (Anspruch des Hilfebedürftigen auf Nachzahlung) ergibt sich mittelbar aus einem Umkehrschluss zu § 41a Abs. 6 Satz 3 SGB II.  
 27 Diese Rechtsfolge (Anspruch des Jobcenters auf Erstattung) ergibt sich unmittelbar aus § 41a Abs. 6 Satz 3 SGB II.  
 28 § 41a Abs. 4 Satz 1 SGB II.  
 29 § 41a Abs. 4 Satz 2 SGB II.  
 30 A.A. SG Altenburg 28.11.2019 – S 42 AS 2020/17, wonach die Verrechnungsregelung eine Abweichung vom Monatsprinzip und eine Saldierung von Nach- und Überzahlungen innerhalb eines Bewilligungszeitraumes erlauben sollen.  
 31 Jahresfrist meint hier die Frist in § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X. Von § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X zu unterscheiden ist die Jahresfrist in § 41a Abs. 5 Satz 1 SGB II. Die Fiktionswirkung dieser Vorschrift greift nur dann, wenn das Jobcenter untätig bleibt und nicht binnen eines Jahres nach Ablauf des Bewilligungszeitraumes eine abschließende Entscheidung erlässt. Dann gelten die vorläufig bewilligten Leistungen als abschließend festgesetzt. Trifft das Jobcenter indes innerhalb der Jahresfrist eine abschließende Entscheidung, geht die Fiktionswirkung endgültig unter, und zwar unabhängig davon, ob die abschließende Entscheidung Bestand hat oder im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung geändert wird, Grote-Seifert in jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 41a (Stand: 17.4.2020), Rn. 64.

24 Rn. 10 unter Verweis auf BSG 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R (zum Individualanspruch) und BSG 30.3.2017, B 14 AS 18/16 R (zum Monatsprinzip).

werden.<sup>32</sup> Zum anderen kann eine unterlassene Verrechnung nicht nachträglich durch das Gericht geheilt werden.<sup>33</sup>

Bereits in der Entscheidung vom 30.3.2017<sup>34</sup> stellt das BSG fest, dass sich eine Klage auch gegen die Leistungsbewilligung nur einzelner Monate richten könne, wenn das Jobcenter monatsgenau abgerechnet habe. In der Entscheidung vom 7.12.2017<sup>35</sup> bestätigt das BSG diese Rechtsprechungslinie auch für Überprüfungsverfahren und die zum 1.8.2016 in Kraft getretenen Änderungen zur vorläufigen Leistungsbewilligung.

### c. Konsequenz für die Beratung

Wenn Hilfebedürftige dies wollen, muss vom Jobcenter eine monatsgenaue abschließende Entscheidung unter Berücksichtigung des im jeweiligen Kalendermonat tatsächlich erhaltenen Einkommens vorgenommen werden (sogenannte Spitzabrechnung). Mit einem Antrag können Hilfebedürftige eine solche monatsgenaue Abrechnung durchsetzen.<sup>36</sup> Der Antrag kann jeweils nach Ablauf eines jeden Kalendermonats gestellt werden. Die Bildung eines Durchschnittseinkommens ist dann unzulässig.<sup>37</sup>

### Wann ist eine monatsgenaue Abrechnung günstig?

Vorteilhaft kann eine solche monatsgenaue Abrechnung z.B. für Hilfebedürftige mit unerwartet hohen Einkünften sein, die etwaige überzahlte Leistungen dem Jobcenter zeitnah zurückerstatten wollen.<sup>38</sup> Umgedreht kann durch eine monatsgenaue Abrechnung auch gewährleistet werden, dass in Folgemonaten mit geringen Einkünften das Existenzminimum sichergestellt ist.<sup>39</sup> Vorteilhaft kann die Antragsbefugnis zur monatsgenauen Abrechnung auch dann sein, wenn z.B. zusammen mit Einmaleinkommen oder sonstigem Einkommen

in einem Monat der Bedarf gedeckt wird<sup>40</sup> und dadurch eine Mietdeckung wegfällt, ein sonstiger Geldzufluss in diesem Monat Vermögen ist oder die Anrechnung von Einmaleinkommen endet.<sup>41</sup>

### Wann ist eine Durchschnittsberechnung günstig?

Demgegenüber kann für den Hilfebedürftigen die Bildung eines Durchschnittseinkommens günstiger sein, wenn Einkommen in Bedarfsgemeinschaften ohne minderjährige Kinder um die 1.200,00 EUR-Freibetragsgrenze erzielt wird und der unter 1.200,00 EUR liegende Durchschnittsbetrag die Freibeträge voll ausschöpft, Einkommen mit hohen Aufwendungen (z.B. Fahrkosten) um die 400,00 EUR (mit dem auf 100,00 EUR begrenzten Grundfreibetrag) erzielt wird und der Durchschnittsbetrag durchgehend über 400,00 EUR mit dann voller Absetzung der Aufwendungen (Aufstockung des 100,00 EUR-Grundfreibetrages) liegt, geringe Einkommen um 100,00 EUR erzielt werden und der Durchschnittsbetrag in Höhe des anrechnungsfreien 100,00 EUR-Grundfreibetrages liegt<sup>42</sup> oder – wie im streitgegenständlichen Fall des BSG – schwankende Einkünfte nur in einzelnen Monaten erzielt werden und der Durchschnittsbetrag zu einer optimalen Nutzung der Absetzbeträge (Grundfreibetrag, Versicherungspauschale) führt.

### d. Fallbeispiel

Im Einzelfall kann es daher aus Sicht des Hilfebedürftigen und seines Anwaltes klug sein, Überprüfungsanträge gezielt für einzelne Monate erst dann zu stellen, wenn die Jahresfrist für die Rücknahme der ursprünglichen Entscheidung (schon) abgelaufen ist, eine Überprüfung aber (noch) möglich ist. Dies betrifft insbesondere Fallkonstellationen, in denen der Hilfebedürftige in bestimmten Monaten einen Nachzahlungsanspruch hat und sich in anderen Monaten einem Erstattungsanspruch ausgesetzt sieht. Zur Verdeutlichung der vereinfachten Fall des BSG (abgewandelt von den Daten und ohne Zufluss von Erwerbseinkommen):

Das Jobcenter hat für den Zeitraum Mai 2016 bis Oktober 2016 – den Weisungen der BA folgend – bei der abschließenden Entscheidung mit Bescheid vom 15.11.2016<sup>43</sup> monatsgenau abgerechnet, weil Kindergeld i.H.v. 190,00 EUR nur in zwei Monaten (Mai 2016 im Juni 2016) zugeflossen ist. In einem Überprüfungsantrag<sup>44</sup> wird nunmehr lediglich die Korrektur für diese beiden Monate beantragt. Das Jobcenter lehnt den Antrag unter Bezugnahme auf die Weisungslage zu Unrecht

32 Die Verrechnung nach § 41a Abs. 6 Satz 2 SGB II ist ein VA, keine schlichte öffentlich-rechtliche Willenserklärung. Denn ähnlich wie die Anrechnung hat sie regelnden Charakter, vgl. nur zur VA-Qualität der Anrechnung in § 42 Abs. 2 Satz 1 SGB I: BSG 31.5.1989 – 4 RA 19/88.

33 Das Gericht ist lediglich verpflichtet, den VA in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend nachzuprüfen. Die Aufrechterhaltung eines VA mit einer möglicherweise völlig neuen tatsächlichen Begründung würde dem Erlass eines neuen VA gleichkommen. Solche Maßnahmen durch das Gericht würden dem Grundsatz der Gewaltentrennung zuwiderlaufen. Hierdurch würde das Gericht aktiv in ein Verwaltungsgeschehen eingreifen, vgl. zu diesem Problem bei Anfechtungsklagen nur BSG 25.6.2015 – B 14 AS 30/14 R.

34 BSG 30.3.2017 – B 14 AS 18/16 R – Auf diese Entscheidung wird in der aktuellen Entscheidung ausdrücklich Bezug genommen, BSG 11.7.2019 – B 14 AS 44/18 R, Rn. 10.

35 BSG 7.12.2017 – B 14 AS 8/17 R.

36 § 41a Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 SGB II

37 Grote-Seifert in jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 41a (Stand: 17.4.2020), Rn. 61.

38 Die Bildung eines Durchschnittseinkommens würde hier dazu führen, dass ein größerer „aufgestauter“ Betrag nach Ablauf des vorläufigen Bewilligungszeitraumes zurückzuerstatten wäre, für den möglicherweise keine oder nur unzureichende Rücklagen gebildet worden sind, weil z.B. das verdiente Geld bereits verbraucht ist.

39 Hierzu BT-Drs. 18/8041, 54.

40 In diesem Fall ist das Jobcenter zwar ohnehin nach § 41a Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 SGB II dazu verpflichtet, eine monatsgenaue Zuordnung des Einkommens vorzunehmen.

41 Geiger, NZS 2017, 139 (144).

42 Geiger, NZS 2017, 139 (144); Klerks, ASR 2019, 47 (52).

43 Die Jahresfrist für eine korrigierende Entscheidung des Jobcenters dürfte hier am 15.11.2017 ablaufen bzw. am 18.11.2017, soweit auf das Datum der Bekanntgabe abgestellt wird.

44 Der Überprüfungsantrag sollte hier sinnvollerweise erst nach dem 18.11.2017 gestellt werden.

ab. Ein hiergegen eingelegter Widerspruch<sup>45</sup> bleibt erfolglos. Die anschließende Klage ist ausschließlich beschränkt auf die Gewährung von höheren Leistungen für die beiden Monate des Kindergeldzuflusses (Mai 2016 im Juni 2016). Da im jeweiligen Monat nur der Durchschnitt des Kindergeldeinkommens im Bewilligungszeitraum berücksichtigt werden kann, also 63,33 EUR im Monat (= 190,00 EUR + 190,00 EUR = 380,00 EUR : 6 Monate), sind Leistungen an den Hilfebedürftigen nachzuzahlen. Nach einer Bereinigung des monatlich anzurechnenden Durchschnittseinkommens um die Versicherungspauschale i.H.v. 30,00 EUR ergibt sich ein Betrag von monatlich 33,33 EUR (= 63,33 EUR – 30,00 EUR). Da vom Jobcenter in den Monaten Mai 2016 und Juni 2016 Kindergeld i.H.v. jeweils 160,00 EUR (= 190,00 EUR – 30,00 EUR) angerechnet worden ist, stehen dem Hilfebedürftigen noch weitere Leistungen i.H.v. monatlich 126,67 EUR (= 160,00 EUR – 33,33 EUR) zu.

Die Nachzahlung für die Monate Mai 2016 und Juni 2016 kann das Jobcenter nicht mit Überzahlungen in den Monaten Juli 2016 bis Oktober 2016 verrechnen, die nunmehr durch die korrekte Zuordnung des Kindergeldeinkommens entstehen würden. Denn eine Verrechnung bzw. Saldierung läuft auf eine nachträgliche Aufhebung der ursprünglichen Leistungsberechnung für die Monate Juli 2016 bis Oktober 2016 hinaus. Eine solche Korrektur kann das Jobcenter nicht (mehr) vornehmen, weil die Jahresfrist zur Änderung der ursprünglichen Bewilligung abgelaufen ist. Auch dem Gericht ist eine Verrechnung bzw. Saldierung wegen der Begrenzung des Streitgegenstandes auf die Monate Mai 2016 und Juni 2016 untersagt.

Dies führt zwar faktisch zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Hilfebedürftigen. Eine solche Besserstellung müsse – so das BSG – unter Verweis auf das Monatsprinzip gleichwohl hingenommen werden. Etwaige Korrekturen des gesetzlichen Regelungsprogramms obliegen einzig und allein dem Gesetzgeber.<sup>46</sup>

## 2. Beratungspflichten der Jobcenter und sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

### Welche Beratung müssen die Jobcenter leisten?

Die obigen Beispiele machen deutlich, dass im Einzelfall die Auswirkungen der jeweiligen Anrechnungsart (Monat oder Durchschnitt) für den Hilfebedürftigen schwer zu überblicken sind. Es bedarf dann einer sorgfältigen Prüfung mit einer möglichst genauen Vergleichsberechnung.<sup>47</sup>

45 Spätestens im Widerspruchsverfahren sollte „Farbe bekannt“ und klargestellt werden, aus welchem Grund – Rechtsfehler und/oder falsche Sachverhaltsgrundlage – nach Auffassung des Hilfebedürftigen eine Überprüfung erfolgen soll. Ist dies nicht der Fall, ist das Jobcenter berechtigt, von einer inhaltlichen Prüfung dieses Antrags abzusehen, vgl. hierzu BSG, 13.2.2014 – B 4 AS 22/13 R.

46 Rn. 37; Meißner, jurisPR-SozR 2/2020 Anm. 1, sieht in den Ausführungen des BSG einen klaren „Arbeitsauftrag“ für den Gesetzgeber, die Regelung des § 41a SGB II einer umfänglichen Überarbeitung zu unterziehen.

47 Geiger, NZS 2017, 139 (144); ähnlich auch Klerks, ASR 2019, 47 (52), der darauf hinweist, dass noch nicht umfassend untersucht worden sei, wann eine monatsweise Berechnung von der Durchschnittsberechnung abweiche.

Jobcenter müssen hier im Rahmen ihrer Beratungspflichten,<sup>48</sup> jedenfalls auf konkrete Nachfrage<sup>49</sup> den Hilfebedürftigen die Vor- und Nachteile der monatsgenauen Abrechnung im Vergleich zur Bildung eines Durchschnittseinkommens erläutern.<sup>50</sup>

Verletzen sie diese Beratungspflicht, kann dies im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs geheilt werden,<sup>51</sup> indem ein unterlassener Antrag nachgeholt werden kann mit der Folge, dass die endgültige Durchschnittsabrechnung der monatsgenauen Abrechnung weichen muss und umgekehrt ein gestellter Antrag auf monatsgenaue Abrechnung rückgängig gemacht werden kann, um die günstigere Abrechnung nach dem Durchschnittseinkommen zu erwirken.<sup>52</sup>

Daneben kommen möglicherweise auch amtshaftungsrechtliche Ansprüche in Betracht. In diesem Sinne hat der BGH<sup>53</sup> zu § 14 SGB I bereits festgestellt, dass sich Art und Umfang der geschuldeten Beratung nach dem objektiv erkennbaren Beratungsbedarf der leistungsberechtigten Person auszurichten habe. Eine Pflicht zur Spontanberatung<sup>54</sup> könne – so der BGH – auch ohne ein entsprechendes Beratungsbegehren bestehen, z.B. wenn bei Beantragung von laufenden Leistungen der Grundsicherung wegen Erwerbsminderung ein dringender rentenversicherungsrechtlicher Beratungsbedarf erkennbar sei.

Auch vom BSG<sup>55</sup> wird betont, dass die Beratung und Aufklärung durch einen persönlichen Ansprechpartner als „Querschnittsaufgabe“ und als wesentlicher Bestandteil des dem SGB II zu Grunde liegenden Aktivierungskonzeptes gesehen werde. Dieser komme – so das BSG – grundlegende Bedeutung in der vertragsähnlichen Beziehung zum erwerbsfähigen Leistungsberechtigten zu, und zwar im Sinne einer Verpflichtung zur Spontanberatung auch über den eigentlichen Beratungsanlass hinaus.

48 § 14 Abs. 2 SGB II verpflichtet die Jobcenter, Hilfebedürftige zu beraten, wobei die Beratungspflicht je nach Beratungsbedarf umfassend zu verstehen ist und auch die Berechnung von Leistungen nach dem SGB II beinhaltet.

49 Formann, SGB 2016, 615 (618), geht in diesem Zusammenhang sogar von einer Spontanberatungspflicht der Jobcenter aus. Auch Klerks, ASR 2019, 47 (52), deutet mit den Worten „könnte sein“ vorsichtig an, dass auch ohne ausdrückliches Verlangen des Hilfebedürftigen „spontan“ eine Beratungspflicht der Jobcenter bestehen dürfte.

50 Geiger, NZS 2017, 139 (144); Klerks, ASR 2019, 47 (52); Grote-Seifert in jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 41a (Stand: 17.4.2020), Rn. 61; Eine Pflicht zur „leistungsoptimierenden“ Beratung dürfte von den Jobcentern indes regelmäßig nicht geschuldet sein, BSG 24.4.2015 – B AS 22/14 R.

51 Grote-Seifert in jurisPK-SGB II, 5. Aufl., § 41a (Stand: 17.4.2020), Rn. 95.

52 Geiger, NZS 2017, 139 (144); Klerks, ASR 2019, 47 (52).

53 BGH 2.8.2018 – III ZR 466/16.

54 Mit den entsprechenden Rechtsfolgen bei einer Verletzung: Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG.

55 BSG 31.10.2007 – B 14/11b AS 63/06 R.