

**Atefeh Shariatmadari - Quartalsblatt der Migration und
des Sozialen im Recht - Zeitschrift für Migrations- und
Sozialrecht - Heft 3 - 31.07.2011 - ISSN 2191-8554**

Aufsatz in diesem Heft:

Die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 44 SGB X – Mit Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 44 SGB X im Rahmen des SGB II und SGB XII und zu § 40 Absatz 1 SGB II und § 116a SGB XII

Die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes nach § 44 SGB X – Mit Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 44 SGB X im Rahmen des SGB II und SGB XII und zu § 40 Absatz 1 SGB II und § 116a SGB XII

In § 44 SGB X ist die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes geregelt. Hierbei handelt es sich um eine sehr praxisrelevante Regelung. Denn sie eröffnet die Möglichkeit der Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist. Diese Möglichkeit besteht selbst dann, wenn der Verwaltungsakt auf einem rechtskräftigen Urteil beruht.¹ Zurückgenommen werden kann der Verwaltungsakt unter den Voraussetzungen des § 44 SGB X jedoch auch, wenn ein Urteil ergangen, dieses jedoch nicht rechtskräftig ist.² Nach Auffassung des BSG ist § 44 SGB X auch in den Fällen anwendbar, die auf einem Vergleichsvertrag beruhen, falls nicht ein Verzicht auf einen weitergehenden Anspruch (§ 46 SGB I) in diesem zum Ausdruck gekommen ist.³ Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich nicht mit der ebenfalls sehr wichtigen Abgrenzung des § 44 SGB X zu den §§ 45 ff. SGB X und behandeln auch nicht die Sonderregelungen in anderen Gesetzen, die § 44 SGB X oder einzelne Regelungen des § 44 SGB X verdrängen. Eine Ausnahme bilden die Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 44 SGB X im Rahmen des SGB II und SGB XII und zu § 40 Absatz 1 SGB II und § 116a SGB XII. Vielmehr ist die folgende Darstellung allein auf die Voraussetzungen des § 44 SGB X begrenzt. Konkurrenzen wurden ebenfalls nicht berücksichtigt.

¹ Heilemann, Die Korrektur aus einem Rechtsbehelfsverfahren hervorgegangener Verwaltungsakte, SGB 1995, S. 240, 241.

² Heilemann, Die Korrektur aus einem Rechtsbehelfsverfahren hervorgegangener Verwaltungsakte, SGB 1995, S. 240, 242.

³ Heilemann, Die Korrektur aus einem Rechtsbehelfsverfahren hervorgegangener Verwaltungsakte, SGB 1995, S. 240, 242 mit Verweis auf BSG, SozR 2200 Nr. 115 zu 1251 RVO, wobei Heilemann dieser Auffassung des BSG entgegentritt.

Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch wurde am 28.08.1980 im Bundesgesetzblatt, BGBl (1980) I, S. 1469, veröffentlicht. Bis dahin galten für die einzelnen Zweige der Sozialversicherung unterschiedliche Regelungen für die Aufhebung von Verwaltungsakten.⁴ In § 40 KOVfG war zum Beispiel übereinstimmend mit § 44 SGB X die Rücknahme eines nichtbegünstigenden Verwaltungsaktes geregelt.⁵ Überwiegend wurden die unterschiedlichen Regelungen für die Aufhebung von Verwaltungsakten für den Bereich des Sozialrechts durch das SGB X aufgehoben, jedoch galten sie als Sondervorschriften zum Teil weiter.⁶ Die häufig anzutreffenden Sondervorschriften im Sozialrecht im Verhältnis zum Verwaltungsverfahrensrecht berücksichtigten das Erfordernis der Gründlichkeit der Verwaltungsentscheidung und der Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Bestand des Verwaltungsaktes; Besonderheiten, die der Gesetzgeber berücksichtigen musste, als er eine einheitliche Regelung im SGB X traf.⁷ Bei seiner Regelung hatte der Gesetzgeber zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit eine Abwägung durchzuführen und er entschied sich gegen eine absolute Aufhebungssperre bei Gewährung von Vertrauensschutz.⁸

Im Gesetzentwurf hatte die dort noch mit § 42 überschriebene Regelung folgende Fassung:

⁴ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 357.

⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 358; hierauf weist auch das BSG in BSG, Urteil v. 03.02.1988 – Az: 9/9a RV 18/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 33 S. 90 hin.

⁶ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 357.

⁷ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 352/1.

⁸ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 354.

„§ 42

Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakt

(1) Ergibt sich im Einzelfall, daß bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und sind insoweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Dies gilt nicht, wenn die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 oder 3 gegeben sind oder der Betroffene den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, deren Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit er erkannt hat oder hätte erkennen müssen.

(2) Im übrigen kann ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.

(3) Über die Rücknahme entscheidet nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes die zuständige Behörde; dies gilt auch dann, wenn der zurückzunehmende Verwaltungsakt von einer anderen Behörde erlassen worden ist.

(4) Ist ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden, werden Sozialleistungen nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuches längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme erbracht.“

Sowohl die Nummer des Paragraphen als auch der Regelungsinhalt wurden im

weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geändert. Die im Bundesgesetzblatt (BGBl (1980) I, S. 1469, 1479) verkündete Fassung lautete schließlich (die Änderungen im Vergleich zum oben dargestellten Gesetzentwurf sind von der Autorin gemäß der Zusammenstellung des Entwurfs eines Sozialgesetzbuchs (SGB) –
Verwaltungsverfahren – Drucksache 8/2034 – mit den Beschlüssen des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß) zu § 42 unterstrichen worden):

„§ 44

Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes

(1) Soweit sich im Einzelfall ergibt, daß bei Erlaß eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind, ist der Verwaltungsakt auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Dies gilt nicht, wenn der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Betroffene vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat.

(2) Im übrigen ist ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen. Er kann auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden.

(3) Über die Rücknahme entscheidet nach Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes die zuständige Behörde; dies gilt auch dann, wenn der zurückzunehmende

Verwaltungsakt von einer anderen Behörde erlassen worden ist.

(4) Ist ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden, werden Sozialleistungen nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuchs längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme erbracht. Dabei wird der Zeitpunkt der Rücknahme von Beginn des Jahres an gerechnet, in dem der Verwaltungsakt zurückgenommen wird. Erfolgt die Rücknahme auf Antrag, tritt bei der Berechnung des Zeitraumes, für den rückwirkend Leistungen zu erbringen sind, anstelle der Rücknahme der Antrag.“

Aufgrund des Art. 66 des 4. Euro-Einführungsgesetzes vom 21.12.2000 (BGBl (2000) I, S. 1983 ff) konnte das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung den Wortlaut des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch in der vom 01.01.2001 an geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen. Von dieser Befugnis hat das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung Gebrauch gemacht und den Wortlaut des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch in der seit dem 01.01.2001 geltenden Fassung bekannt gemacht. Der Gesetzeswortlaut entspricht (außer der Anpassung an neue Regelungen der Rechtschreibung) dem Gesetzeswortlaut des § 44 SGB X in der Fassung des BGBl (1980) I, S. 1469 ff. Eine Änderung des § 44 SGB X seit der Neufassung des SGB X (BGBl (2001) I, S. 130 ff) ist bis zum 08.07.2011 ebenfalls nicht erfolgt.

Nach § 37 SGB I gehen die Regelungen der besonderen Teile des Sozialgesetzbuches § 44 SGB X vor.⁹

⁹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44 Vorbemerkung, S. 368.

Zu § 44 Absatz 1 SGB X

In der Gesetzesbegründung heißt es zu § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X: „Absatz 1 Satz 1 verallgemeinert einen Grundsatz, der in den §§ 627, 1300 RVO, § 79 des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG) und § 93 des Reichsknappschaftsgesetzes (RKG) niedergelegt und für das gesamte Sozialrecht geboten ist. [...]“¹⁰ § 44 Absatz 1 SGB X erfuhr im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vor allem sprachliche Änderungen.¹¹ § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X wurde geändert, um klarzustellen, dass der Verwaltungsakt nur **soweit** die Behörde falsch gehandelt hat aufgehoben wird und ansonsten bestehen bleibt.¹² Die Änderung des § 44 Absatz 1 Satz 2 diente der Vereinfachung und erfasst nur noch den wichtigsten Fall, dass vorsätzlich in wesentlichen Beziehungen unrichtige oder unvollständige Angaben von dem Betroffenen gemacht werden.¹³

Erforderlich ist nach § 44 Absatz 1 SGB X ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X, zu denen auch Zusicherungen im Sinne des § 34 SGB X zählen.¹⁴ Auch ein nichtiger Verwaltungsakt ist hiervon erfasst; dies aus denselben Gründen, wie bei einer Anfechtungsklage.¹⁵ Außerdem muss das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden sein, der sich als unrichtig erweist. Nach Auffassung Schnapps handelt es sich bei dieser gesetzlichen Formulierung um die Legaldefinition des rechtswidrigen

Verwaltungsaktes.¹⁶ Rechtswidrig kann der Verwaltungsakt wegen der Verletzung formellen oder materiellen Rechts sein.¹⁷ Unter den Begriff Recht wird jede Rechtsnorm und auch Satzungsrecht gefasst, nicht jedoch Verwaltungsvorschriften¹⁸ und Weisungen.¹⁹ Auch die Rechtssätze des ungeschriebenen Rechts gehören hierzu.²⁰ Auch der Verstoß gegen Verfahrensvorschriften stellt eine unrichtige Anwendung des Rechts dar.²¹ Allerdings vertritt das BSG die Auffassung, dass Verstöße gegen nicht dem materiellen Recht zuzurechnende Vorschriften wegen der Maßgeblichkeit der jeweiligen materiellen Rechtslage im Rahmen des § 44 SGB X außer Betracht bleiben müssen.²² Dem ist nicht zuzustimmen. Auch Verstöße gegen formelles Recht können zur unrichtigen

¹⁶ Schnapp, Rücknahme von Verwaltungsakten, SGB 1993, S. 1, 3.

¹⁷ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 6; Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 23; Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, NVwZ 1987, S. 455.

¹⁸ Allerdings gibt Schnapp zu bedenken, dass Verwaltungsvorschriften ein Indiz für eine entsprechende Verwaltungspraxis darstelle, die über Art. 3 Abs. 1 GG zu einer Selbstbindung der Verwaltung führt, die „mittelbare Außenwirkung“ entfalte. Jedoch liegt die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in dem Verstoß gegen Art. 3 Absatz 1 GG im Einzelfall.

¹⁹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/12.

²⁰ Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 245 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 11.04.1985, Az.: 4b/9a RV 5/84 in SozR 1300 § 44 Nr. 17 [hier: S. 38]; Bedenken hiergegen äußert Schnapp in Schnapp, Rücknahme von Verwaltungsakten, SGB 1993, S. 1, 3.

²¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/12-398/13.

²² BSG, Urteil v. 28.05.1997 – Az: 14/10 RKG 25/95 in SozR 3-1300 § 44 Nr. 21 S. 45; so auch BSG, Urteil v. 04.02.1998 – Az: B 9 V 16/96 R – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 24 S. 58.

¹⁰ BT-Drs. 8/2034, S. 34.

¹¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/2.

¹² BT-Drs. 8/4022, S. 82.

¹³ BT-Drs. 8/4022, S. 82; Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/2.

¹⁴ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/11.

¹⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/12.

Anwendung des Rechts führen, sofern sie nicht geheilt werden oder geheilt werden können. Eine andere Frage und nicht hier, sondern bei der Frage, ob eine Leistung zu Unrecht erbracht oder ein Beitrag zu Unrecht erhoben worden ist, zu verorten, ist die Frage, ob diese unrichtige Anwendung des Rechts auch dazu geführt hat, dass Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind und mithin ein Rücknahmeanspruch mit Wirkung für die Vergangenheit nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X besteht.²³ Hier ist tatsächlich das materielle Recht maßgeblich. Bei Verstößen gegen das Verfahrensrecht verbleibt jedoch – auch wenn ein Rücknahmeanspruch nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X ausscheidet, weil die Leistung nicht zu Unrecht nicht erbracht oder der Beitrag nicht zu Unrecht erhoben worden ist, da dem Betroffenen die Leistung nach materiellem Recht nicht zusteht – die Rücknahmemöglichkeit des § 44 Absatz 2 SGB X. Denn, auch wenn Leistungen, die dem Betroffenen nach materiellem Recht nicht zustehen, ihm auch nicht im Wege einer Aufhebungsentscheidung nach § 44 SGB X zu gewähren sind, ist der Verstoß gegen Verfahrensvorschriften schon deshalb als unrichtige Anwendung des Rechts zu sehen und auch als solche zu behandeln – und dies mit den hieran zu knüpfenden Konsequenzen –, weil sich die Rechtsstaatlichkeit gerade im rechtsstaatlichen Verfahren zeigt und ein Verstoß gegen das Verfahrensrecht – also das rechtsstaatliche Verfahren – nicht aus pragmatischen, aber aus rechtsstaatlichen Gründen von Erheblichkeit bleiben muss. Es spielt keine Rolle, ob die Behörde die unrichtige Rechtsanwendung zu vertreten hat; ausreichend ist vielmehr die objektive Rechtswidrigkeit.²⁴ Das Ausgehen von

²³ So auch Schnapp, Rücknahme von Verwaltungsakten, SGB 1993, S. 1, 3.

²⁴ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/13; Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44,

einem Sachverhalt, der sich als unrichtig erweist, knüpft an die Unterscheidung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten in der Rechtsprechung an²⁵ und bezieht sich hier auf die Tatsachenebene. In beiden Fällen ist der Verwaltungsakt rechtswidrig.²⁶ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ist „bei Erlass“ des Verwaltungsaktes. Das heißt, dass die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ihm von Anfang an anhaften muss und der Verwaltungsakt also bei Erlass schon rechtswidrig sein muss.²⁷ In Bezug auf den Sachverhalt bedeutet dies, dass maßgeblich der Sachverhalt, so wie er bei Erlass des Verwaltungsaktes vorlag, ist und spätere Änderungen des Sachverhaltes nicht dazu führen, dass beim Erlass von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden ist.²⁸ Auch im Hinblick auf die Rechtslage ist auf den Zeitpunkt bei Erlass des Verwaltungsaktes abzustellen.²⁹ Anders verhält es sich mit

Rn. 6; Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 8; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gem. § 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 245; BSG. Urteil v. 25.10.1984 – Az: 11 RAz 3/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 13 S. 22; Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 639.

²⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/12.

²⁶ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 6.

²⁷ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 5; Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 22.

²⁸ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/10; Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, NVwZ 1987, S. 455.

²⁹ Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis

dem Stand der Erkenntnisse; im Hinblick hierauf kommt es maßgeblich auf den Zeitpunkt der Überprüfung an.³⁰ Auch im Hinblick auf neue Rechtserkenntnisse, zum Beispiel im Falle einer Rechtsprechungsänderung,³¹ die allerdings für sich genommen keine Rechtsänderung

von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 510.

³⁰ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 10.

³¹ Hofe, Das System der Bescheidkorrektur bei rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten (SGB X), SGB 1986, SGB 1986, S. 14 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 30.01.1985 – Az.: 1 RJ 2/84 –; Knipping, Rücknahme oder Aufhebung oder Mißachtung überholter Verwaltungsakte – Defizite bei der Anwendung und Probleme bei der Auswahl der Korrekturvorschriften, dargestellt an Beispielen aus dem Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung -, NZS 1994, S 109, 114f; a. A. Dr. Pickel (Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, NVwZ 1987, S. 455), der für den Fall, dass sich die Behörde auf eine zum Zeitpunkt der Entscheidung durchaus vertretbare Gesetzesauslegung berufen hat, eine unrichtige Rechtsanwendung nicht in Betracht ziehen will und für den Fall, dass sich die Behörde auf eine auf einer höchstrichterlichen Rechtsprechung beruhenden Gesetzesauslegung berufen könne, die sich nachträglich geändert habe, § 48 Absatz 2 SGB X zur Anwendung kommen lassen will; Siebert (Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 245) hingegen will nur diejenige Auslegung als rechtmäßig anerkennen, die einer höchstrichterlichen Rechtsprechung Rechnung trägt. Hierbei möchte er den Begriff höchstrichterliche Rechtsprechung auf die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes begrenzt wissen, da diese aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen die Rechtsprechung der unteren Gerichte und die Praxis stärker beeinflussen würden, als es die Rechtsprechung der Instanzgerichte täte. Siebert vertritt die Auffassung, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig sei, der gegen eine bestehende Rechtsprechung verstoße; aber Rechtswidrigkeit liege auch vor, wenn sich eine höchstrichterliche Rechtsprechung erst nach dem Erlass des Verwaltungsaktes bilde. Vgl. auch bereits BSG, Urteil v. 20.04.1983 – Az: 5a RKnU 2/81 in SozR § 1300 § 44 Nr. 4 S. 12-13; BSG. Urteil v. 25.10.1984 – Az: 11 RAz 3/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 13 S. 22.

darstellen,³² ist auf den Zeitpunkt der Überprüfung abzustellen.³³ Dies besagen die Worte „ergibt und „erweist“ in § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X.³⁴ Die Rechtswidrigkeit beurteilt sich demnach nach der zum Zeitpunkt des Erlasses geltenden Sach- und Rechtslage aus der heutigen Sicht.³⁵ Allerdings hat das BSG in einer Entscheidung aus dem Jahre 2003 ausdrücklich offen gelassen, ob „im Übrigen die „bei Erlass“ des VA bestehende Sach- und Rechtslage aus damaliger, aus heutiger („geläuterter“) Sicht [...] oder aber differenziert zu beurteilen ist [...]“.³⁶ Im Hinblick auf eine Rechtsprechungsänderung ist zu berücksichtigen, dass in dem Fall, dass der zuständige oberste Gerichtshof des

³² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/10; BSG, Urteil v. 24.02.1987 – Az: 11b RAR 25/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 26 S. 72-73; Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 639.

³³ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/11; Hofe, Das System der Bescheidkorrektur bei rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten (SGB X), SGB 1986, S. 12; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 245; auch bereits BSG. Urteil v. 25.10.1984 – Az: 11 RAz 3/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 13 S. 21; Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 639.

³⁴ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/10; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 245; BSG. Urteil v. 25.10.1984 – Az: 11 RAz 3/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 13 S. 21.

³⁵ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 11; Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 8; BSG, Urteil v. 26.01.1988 – Az: 2 RU 5/87 – im SozR 1300 § 44 Nr. 31 S. 84.

³⁶ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 8.

Bundes in ständiger Rechtsprechung nachträglich das Recht anders auslegt als die Behörde bei Erlass des Verwaltungsaktes und sich dieses zugunsten des Berechtigten auswirkt, eine Rücknahme ex tunc nur dann in Betracht kommt, wenn die Rechtsprechungsänderung auf einer anderen Rechtsauslegung wegen einer geläuterten Rechtserkenntnis beruht und nicht darauf, dass die Rechtsprechung sich gewandelten sozialen, soziologischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung trägt.³⁷ Im letzteren Fall könnte an eine Aufhebung ex nunc zu denken sein (ggf. §§ 48 Absatz 2, 44 Absatz 2 SGB X).³⁸ Streitig ist der Fall, dass sich eine Rechtsnorm nach Erlass eines Verwaltungsaktes als verfassungswidrig erweist. Hierzu werden unterschiedliche Auffassungen vertreten: Schneider-Danwitz vertritt die Meinung, dass sich auch die Aufhebung eines auf

³⁷ Hofe, Das System der Bescheidkorrektur bei rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten (SGB X), SGB 1986, S. 15 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 30.01.1985 – Az.: 1 RJ 2/84 –; Knipping, Rücknahme oder Aufhebung oder Mißachtung überholter Verwaltungsakte – Defizite bei der Anwendung und Probleme bei der Auswahl der Korrekturvorschriften, dargestellt an Beispielen aus dem Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung -, NZS 1994, S. 109, 115; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 246 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 30.01.1985 – Az.: 1 RJ 2/84 in SozR 1300 § 44 Nr. 16 – hier S. 33 - -, und zusätzlicher Benennung der Änderung der rechtlichen Grundlagen; aA BSG, Urteil v. 24.02.1987 – Az.: 11b RAR 25/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 26 S. 73-74, das sich ausdrücklich von dem BSG, Urteil vom 30.01.1985 – Az.: 1 RJ 2/84 in SozR 1300 § 44 Nr. 16 distanziert und sich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des 7. Senats beruft.

³⁸ Hofe, Das System der Bescheidkorrektur bei rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten (SGB X), SGB 1986, S. 15 mit Verweis auf BSG, Urteil vom 30.01.1985 – Az.: 1 RJ 2/84 –; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 246, der § 48 SGB X zur Anwendung kommen lassen will.

der Grundlage eines verfassungswidrigen Gesetzes erlassenen Verwaltungsaktes nach den § 44 ff. SGB X richte und begründet dies damit, dass § 79 Absatz 2 BVerfGG, der regelt, dass Rechtsanwendungsakte – ausgenommen Strafurteile – die auf einer Norm beruhen, die vom BVerfG für nichtig erklärt worden sei, unberührt bleiben, aber vorbehaltlich einer besonderen gesetzlichen Regelung nicht mehr vollstreckt werden dürften, derartigen Verwaltungsakten, wie sie von § 79 Absatz 2 BVerfGG erfasst seien, in keinem Fall eine gesteigerte Bestandskraft verschaffe, indem er die normalen Aufhebungsmöglichkeiten verdränge. Denn § 79 Absatz 2 BVerfGG regelt schon seinem Wortlaut nach nicht die Aufhebbarkeit eines Verwaltungsaktes. Er räumt ein, dass die historische Entwicklung eine Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes des § 79 Absatz 2 BVerfGG auf spezielle Sondergesetze zwar nahelege, aber der Gesetzesvorbehalt auch auf Regelungen wie das SGB X bezogen werden könne.³⁹ Siebert verweist auf eine Entscheidung des BSG aus dem Jahre 1988 und führt aus: „Umstritten war die Frage der Normkonkurrenz zwischen § 44 SGB X und § 79 Abs. 2 BVerfGG. Das BSG hat mit Urteil vom 8. September 1988 – 11/7 RAR 61/87 – entschieden, daß § 44 SGB X Vorrang habe. Rechtswidrig im Sinne der Vorschriften über die Rücknahme eines Verwaltungsaktes sei auch ein Verwaltungsakt, der auf einer (später) vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Gesetzesvorschrift

³⁹ Zum Ganzen: Schneider-Danwitz in: Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44 Vorbemerkung, S. 370-371, Schneider-Danwitz führt außerdem an, dass auch das BVerfG anerkannt habe, dass „eine allgemeine Verpflichtung der Behörde, rechtswidrige Verwaltungsakte zu beseitigen, gerade dann zum Zuge kommen müßte, wenn das BVerfG eine Norm für nichtig erklärt habe; eine solche Verpflichtung gebe es aber nicht (BVerfGE 20, 230, 236).“

beruhe. § 79 Abs. 2 BVerfGG schränkt die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 44 SGB X nicht ein. Das BSG folgt damit der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung, es hat mit dem Urteil zur Vereinheitlichung und Fortentwicklung des Rechts beigetragen.⁴⁰ Nach Auffassung Spellbrinks und Hellmichs verdränge § 44 Abs. 1 SGB X als Spezialregelung den § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Sie stellen hierzu anhand des Gesetzgebungsverfahrens auch dar, dass und weshalb es für sie kaum denkbar erscheine, dass der Gesetzgeber § 79 Absatz 2 BVerfGG im Gesetzgebungsverfahren (auch) zu § 44 SGB X übersehen habe und erklären, dass es für sie unverständlich sei, weshalb sonst der Gesetzgeber in § 152 Abs. 1 AFG die Rechtsfolge des § 44 Absatz 1 SGB X im Falle einer Unvereinbarerklärung einer Norm durch das BVerfG explizit und mit konstitutiver Wirkung ausgeschlossen habe. In dem Fall, dass das BVerfG oder der Gesetzgeber keine ausdrückliche Übergangsregelung oder Rechtsfolgenanordnung ausgesprochen hätten, solle der Bürger im Falle der Rechtswidrigkeit der Norm wegen Verfassungswidrigkeit nicht schlechter stehen, als in dem Fall, in dem der Verwaltungsakt aus anderen Gründen rechtswidrig sei. Eine hinreichende Transparenz und Zuordnung von Verantwortungen sehen Spellbrink und Hellmich, durch die jeweiligen Möglichkeiten des BVerfG und des Gesetzgebers Rechtsfolgenmanagement zu betreiben, gewahrt.⁴¹ Das BSG hat in

⁴⁰ Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 246.

⁴¹ Zum Ganzen: Spellbrink/Hellmich, Zum Verhältnis von § 44 Abs. 1 SGB X zu § 79 Abs. 2 BVerfGG, SGB 2001, S. 605, 610, Spellbrink und Hellmich differenzieren jedoch nicht nach Nichtigerklärung einer Norm durch das BVerfG und Unvereinbarerklärung einer Norm durch das BVerfG und auch nicht danach, ob das BVerfG in

einer Entscheidung im Jahre 1988 zunächst folgende Meinung vertreten: „1. Rechtswidrig ist der Vorschriften über die Rücknahme eines Verwaltungsaktes ist auch ein Verwaltungsakt, der auf einer (später) vom BVerfG für nichtig erklärten Gesetzesvorschrift beruht. 2. § 79 Abs 2 BVerfGG schränkt die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach § 152 AFG, § 44 SGB 10 oder ähnlicher Vorschriften nicht ein.“⁴² In einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 2003 hat es für den Fall, dass das BVerfG eine bisherige Regelung nicht für nichtig, sondern lediglich für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt hat, entschieden, dass eine Änderung bindender Bescheide auch nach § 44 SGB X nicht in Betracht komme, da „der frühere verfassungswidrige Rechtszustand nach der Rechtsprechung des BVerfG bis zum Ende der dem Gesetzgeber für eine verfassungskonforme Regelung gesetzten Frist hinzunehmen war.“⁴³ Ausdrücklich nicht entschieden hat das BSG in einem

dem Fall, in dem es eine Norm für unvereinbar mit dem GG erklärt hat, dem Gesetzgeber einer Frist gesetzt hat, bis zu deren Ablauf der frühere verfassungswidrige Zustand hinzunehmen ist; a. A. Blüggel in: Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 512 f, der die Auffassung vertritt, dass es sich bei § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X nicht um eine Spezialnorm im Verhältnis zu § 79 Absatz 2 BVerfGG handele und § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X daher § 79 Absatz 2 BVerfGG daher nicht verdränge, da beide in keinem Konkurrenzverhältnis zu einander stünden. Dies sei nur dann gegeben, wenn eine Geltungs- oder Anwendungskonkurrenz zwischen den beiden Normen bestünde. Dies sei indes nicht der Fall, da weder § 79 Absatz 2 BVerfGG gegenüber § 44 SGB X höherrangiges Recht darstelle, noch sich die sachlichen Anwendungsbereiche dieser beiden Normen überschneiden.

⁴² Leitsätze zu BSG, Urteil v. 08.09.1988 – Az: 11/7 RAr 61/87 in SozR 1300 § 44 Nr. 35.

⁴³ BSG, Urteil v. 09.04.2003 – Az: B 5 RJ 18/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 2 S. 1-2.

anderen Fall, bei dem die Entscheidung zeitlich nur einen Tag nach der soeben dargestellten Entscheidung des BSG erging, „ob der Bestand einer vom BVerfG für verfassungswidrig befundenen (parlamentarischen) Norm infolge einer (bloßen) Unvereinbarerklärung insgesamt und generell unberührt“ bleibe.⁴⁴ „Denn die Norm besteht im Falle ihrer Unvereinbarerklärung jedenfalls über den Zeitpunkt der Bekanntgabe der Entscheidung des BVerfG hinaus, wenn das BVerfG – wie hier – anordnet, dass sie (auch) zukünftig, nämlich bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, unter Anpassungsvorbehalt angewendet werden darf [...].“⁴⁵ In diesem Fall dürfe die Behörde auch nicht so behandelt werden, als sei der Verwaltungsakt bereits damals rechtswidrig gewesen.⁴⁶ Und auch durch die parlamentarische Neuregelung sei der Verwaltungsakt nicht nachträglich rechtswidrig gestellt worden.⁴⁷ Letztere Auffassung wird auch von Blüggel geteilt.⁴⁸ Blüggel ist gar der Meinung, dass ein Aufhebungsanspruch nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X im Falle einer Unvereinbarerklärung der Norm mit dem Grundgesetz durch das BVerfG nicht bestünde, da das BVerfG durch die Unvereinbarerklärung den Bestand der Norm nicht aufhebe und da diese Entscheidungsvariante nicht zur Folge habe, dass die Behörde diese Norm - rückblickend betrachtet - nicht hätte anwenden dürfen. Hierbei räumt er jedoch

⁴⁴ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 7.

⁴⁵ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 7.

⁴⁶ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 8.

⁴⁷ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 9.

⁴⁸ Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 510.

ein, dass das BVerfG sich zu den Rechtsfolgen einer Unvereinbarerklärung einer Norm für deren Bestand noch nicht geäußert habe. Im Hinblick auf die Anwendungssperre und Aussetzungspflicht geht Blüggel über das Urteil des BSG⁴⁹ hinaus, das dieses nur für den Fall entschieden hatte, dass das BVerfG bei einer Norm „anordnet, dass sie (auch) zukünftig, nämlich bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, unter Anpassungsvorbehalt angewendet werden darf [...]“.⁵⁰ Blüggel ist hierzu der Auffassung, dass das Ergebnis im Falle der Anordnung und Nichtanordnung dasselbe sei. Denn im Falle der Unvereinbarerklärung der Norm durch das BVerfG sei es Aufgabe des Gesetzgebers, den verfassungsmäßigen Zustand (wieder)herzustellen. Es liefe dieser Funktionsverteilung zwischen Legislative und BVerfG jedoch zuwider, falls „die Verwaltung dem durch Nichtanwendung der Norm vorgreifen würde, und dies zudem bereits vor der bindenden bundesverfassungsgerichtlichen Beanstandung der Regelung“⁵¹.⁵² Nach Blüggel soll § 44 SGB X nicht anwendbar sein, wenn der Gesetzgeber in der Folge einer Unvereinbarerklärung der Norm mit dem Grundgesetz durch das BVerfG die Rechtslage rückwirkend ändert⁵³ oder das

⁴⁹ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 7.

⁵⁰ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 7.

⁵¹ Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 510.

⁵² Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 509 ff.

⁵³ Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis

BVerfG eine Norm für nichtig erklärt; in beiden Fällen liege nachträgliche und nicht anfängliche Rechtswidrigkeit vor.⁵⁴ Anderer Ansicht ist Hochheim, nach dem der Verwaltungsakt auch dann rechtswidrig sei, wenn dieser auf einer Norm beruhe, die das BVerfG für nichtig erklärt oder für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt habe.⁵⁵ Er führt weiter aus, dass § 79 Absatz 2 BVerfGG weder dazu führe, dass die Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte erweitert werde, noch dazu, dass der Anwendungsbereich des § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X eingeschränkt werde.⁵⁶ Auch werde § 44 SGB X nicht durch § 79 Absatz 2 BVerfGG verdrängt, da § 44 SGB X im Verhältnis zu § 79 Absatz 2 BVerfGG *lex specialis* sei.⁵⁷ Obwohl die Meinungen in dieser Frage, wie dargestellt auseinandergehen, wird der Meinungsstreit nicht entschieden werden, da es sich hierbei nicht um den Schwerpunkt dieses Aufsatzes handelt. Bei Erlass meint in dem Zeitraum zwischen Erlass des Ausgangsbescheides und des

von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 510.

⁵⁴ Blüggel, Normkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und bestandskräftige Verwaltungsakte im Sozialrecht – Zum Verhältnis von § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zu § 44 ff SGB X -, SGB 2003, S. 507, 512.

⁵⁵ Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 639.

⁵⁶ Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 639.

⁵⁷ Hochheim, § 100 IV SGB VI: Die rückwirkende Leistungserbringung im Zugunstenverfahren nach § 44 I 1, IV 1 SGB X in der gesetzlichen Rentenversicherung – Ist eine abweichende Regelung im SGB VI zulässig und notwendig?, NZS 2007, S. 638, 641.

Widerspruchsbescheides die Bekanntgabe des Ausgangsbescheides.⁵⁸ Nach Erlass des Widerspruchsbescheides ist der maßgebliche Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes der Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides, denn Gegenstand der Überprüfung ist nunmehr in der Regel der Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides.⁵⁹ Ferner müssen Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sein. Eine Leistung ist dann zu Unrecht nicht erbracht worden, wenn sie dem Betroffenen für den fraglichen Zeitraum nach materiellem Recht tatsächlich zustand.⁶⁰ Das Gesetz fordert, dass Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind und stellt damit klar, dass die bloße Rechtswidrigkeit sowie die Nichterbringung der Sozialleistung nicht ausreicht, sondern vielmehr die Leistungen materiell zu Unrecht nicht erbracht sein müssen.⁶¹ Dies ist der Fall, wenn ein Rechtsanspruch auf die Leistung **bestand** oder, im Falle einer Ermessensleistung, wenn sie rechtswidrig **abgelehnt worden** ist, das Ermessen nach den gesetzlichen Vorschriften auszuüben ist und nunmehr das Ermessen im Sinne einer Gewährung der Leistung ausgeübt wird oder auszuüben ist.⁶² Demgegenüber vertritt das BSG die Auffassung, dass bei

⁵⁸ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/10.

⁵⁹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/10-398/11.

⁶⁰ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 15.

⁶¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/17; so auch das BSG in BSG, Urteil v. 22.03.1989 – Az: 7 RAr 122/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 38 S. 108, das jedoch dieses im Zusammenhang mit der Formulierung des Gesetzes „und soweit deshalb“ ausführt. Ebenfalls so: BSG in BSG, Urteil v. 28.05.1997 – Az: 14/10 RKG 25/95 – in SozR 1300 § 44 Nr. 21 S. 43-44.

⁶² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/17.

einem mit der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage verfolgten Aufhebungsanspruch nach § 44 SGB X nichts anderes gelte „als für eine sonstige kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, bei der **maßgeblicher Zeitpunkt** für die Frage, nach welchem Recht die Begründetheit des Anspruchs zu prüfen ist, grundsätzlich die mündliche Verhandlung ist und daher Rechtsänderungen, die nach Erlass der angefochtenen Entscheidungen während des anhängigen Rechtsstreits eintreten, zu beachten sind, wenn das neue Recht nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis erfasst [...]“⁶³ Hat der Verwaltungsakt jedoch allein die Rücknahme leistungsgewährender früherer Verwaltungsakte zum Inhalt, handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt, mit dem Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind.⁶⁴ Die Erhebung eines Beitrags erfolgt dann zu Unrecht, wenn ein Beitragsanspruch materiell-rechtlich nicht bestand.⁶⁵ Außerdem ist, wie aus der Verwendung des Begriffs „deshalb“ ersichtlich, Kausalität zwischen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und der Leistungsablehnung erforderlich.⁶⁶ Allerdings ist in der Literatur umstritten, welche Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind. Ausreichend sei nach der Auffassung Schützes, dass der Verwaltungsakt ursächlich für die Verweigerung sei, ohne diese Verweigerung unmittelbar zum

Regelungsgegenstand haben zu müssen.⁶⁷ Anderer Auffassung ist Waschull, der die Meinung vertritt, dass Bescheide, mit denen Sozialleistungen nicht unmittelbar abgelehnt werden, von § 44 Absatz 1 nicht erfasst würden.⁶⁸ Nach Meinung Waschulls richte sich die Aufhebung solcher Verwaltungsakte nach § 44 Absatz 2 SGB X.⁶⁹ Auch wenn Waschull zur Frage der Kausalität die Auffassung vertritt, dass die Rechtswidrigkeit für die Belastung des Betroffenen ursächlich gewesen sein muss und bei materiellen Rechtsverstößen Mitursächlichkeit genügen lassen will, können seine Äußerungen an anderer Stelle nicht anders verstanden werden, als dass er damit die Auffassung vertritt, dass der Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verwaltungsakt und der Leistungsablehnung derart eng sein müsse, dass gerade durch den rechtswidrigen Bescheid die Leistung abgelehnt worden sei.⁷⁰ Vogelgesang hingegen fordert, dass zwischen der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes und der Leistungsablehnung eine Kausalität derart bestehen müsse, dass die Benachteiligung des Leistungsberechtigten ihre Ursache gerade in der Fehlerhaftigkeit des Verwaltungsaktes hat.⁷¹ Aus dem Wort „soweit“ in § 44 Absatz 1 Satz 1 HS 2 SGB X ergibt sich, dass der Verwaltungsakt nur zum Teil aufgehoben wird, falls er teilbar ist, wenn er im Übrigen noch Bestand haben kann.⁷² Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung: „Die Verwendung des Wortes „soweit“ in X § 42, 43 und 46 SGB soll sicherstellen, daß

⁶³ BSG, Urteil v. 21.06.2005 – Az: B 8 KN 9/04 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 5 S. 16.

⁶⁴ BSG, Urteil v. 16.01.1986 – Az: 4b/9a RV 9/85 – in SozR 1300 § 44 S. 48.

⁶⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/18; Dr. Pickel (Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, NVwZ 1987, S. 456) macht auf die Einschränkung nach § 26 Absatz 2 SGB IV aufmerksam.

⁶⁶ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/14.

⁶⁷ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 16.

⁶⁸ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 18.

⁶⁹ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 18.

⁷⁰ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 28.

⁷¹ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 13.

⁷² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/4.

eine Aufhebung des Verwaltungsaktes nur in bestimmtem Umfang erfolgt, wenn er im übrigen noch Bestand haben kann. In der Praxis erfolgt dann entweder die teilweise Aufhebung des Verwaltungsaktes oder – sofern gesetzlich vorgesehen eine Umwandlung durch die die ursprüngliche Leistung entzogen und gleichzeitig der neue Leistungsumfang festgestellt wird. Eine neue Feststellung kann im letzteren Fall nur unterbleiben, wenn der Anspruch auch dem Grunde nach entfallen ist.⁷³ Für bestimmte Bewilligungsbescheide soll eine Teilbarkeit in Grundlagenbescheid und Höhenbescheid nicht möglich sein, so dass der Antrag auf Aufhebung des Bewilligungsbescheides den Bescheid in seiner Gesamtheit erfasse.⁷⁴ Dies folgerte das BSG daraus, dass ein Verfügungswille zum Erlass eines feststellenden Verfügungssatzes im vorliegenden Fall nicht erkennbar war, der dahin ginge, eine gesonderte Verfügung über das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen für die Alhi-Gewährung zu erlassen; der Antrag auf Aufhebung konnte demnach nicht die Verfügung über die Höhe gesondert erfassen, sondern verpflichtete auch zur Prüfung über die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs.⁷⁵ Im Hinblick auf die Bindungswirkung ist auch darauf hinzuweisen, dass diese grundsätzlich nur die Verfügungssätze des Verwaltungsaktes erfasst, das heißt die Regelung des Einzelfalls, nicht jedoch auch die Gründe der Entscheidung.⁷⁶ Etwas anderes gilt

⁷³ BT.Drs. 8/2034, S. 33-34.

⁷⁴ BSG, Urteil v. 22.03.1989 – Az: 7 RAr 122/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 38 S. 110.

⁷⁵ BSG, Urteil v. 22.03.1989 – Az: 7 RAr 122/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 38 S. 110.

⁷⁶ BSG, Urteil v. 22.03.1989 – Az: 7 RAr 122/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 38 S. 109, mit Ausführungen dazu, dass bei leistungsgewährenden Verwaltungsakten grundsätzlich die Entscheidungen über Art, Dauer und Höhe der Leistung von der Bindungswirkung erfasst sind, nicht jedoch die Berechnungsfaktoren.

jedoch für feststellende Aussagen, wenn diese auch für sich einen Verwaltungsakt mit Bindungswirkung darstellen könnten.⁷⁷ Der Behörde muss die Rechtswidrigkeit im Einzelfall bekannt werden.⁷⁸ Das heißt, dass sich im Einzelfall ein Anlass zur Rücknahme ergeben muss und nicht alle Bescheide in regelmäßigen Abständen von Amts wegen überprüft werden müssen.⁷⁹ Aber das heißt auch, dass ein Antrag nicht Voraussetzung für die Rücknahme ist.⁸⁰ Befasst sich die Behörde aus einem anderen Anlass mit dem Verwaltungsakt, ist das Verfahren der Überprüfung von Amts wegen aufzugreifen, wenn Zweifel an der Rechtmäßigkeit erkennbar sind.⁸¹ Hierbei kommt es bei der Überprüfung von Amts wegen nur auf diejenigen Gründe an, die der Behörde bekannt geworden sind, und nicht auch auf diejenigen Gründe, die sie bei gründlichem Aktenstudium hätte erkennen können.⁸² Bei den Fällen jedoch, bei denen wegen des Eintritts einer weiteren Sperrzeit das Erlöschen des Leistungsanspruchs streitig ist, ist der erste Sperrzeitbescheid von Amts wegen zu prüfen, wenn die Rechtswidrigkeit dieses Bescheides bereits geltend gemacht worden ist.⁸³ Rechtsfolge ist der Anspruch auf Aufhebung des

⁷⁷ BSG, Urteil v. 22.03.1989 – Az: 7 RAr 122/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 38 S. 110.

⁷⁸ BT.Drs. 8/2034, S. 34.

⁷⁹ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 14; Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/6; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 247; BSG, Urteil v. 26.01.1988 – Az: 2 RU 5/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 31 S. 84.

⁸⁰ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/6; Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 247.

⁸¹ Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 247.

⁸² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/7.

⁸³ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 39.

Verwaltungsaktes und Neufeststellung, sowie grundsätzlich ein Anspruch auf die anfänglich zu gewährende Leistung unter den Voraussetzungen des § 44 Absatz 4 SGB X.⁸⁴ Der Rechtsanspruch erstreckt sich auf einen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes auch für die Vergangenheit.⁸⁵ In den Bemerkungen vor §§ 42 ff. heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034, S. 33 f): „Ist nach X §§ 42 ff. SGB ein Verwaltungsakt aufgehoben worden, entscheidet sich nach dem materiellen Recht, ob und in welchem Umfang ein neuer Verwaltungsakt zu erlassen ist. Liegen die Voraussetzungen hierfür im Einzelfall vor, hat die Behörde dies zu tun.“ Dieser Rechtsanspruch besteht auch nachdem der Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist. Teilweise wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass ein dreigliedriger Entscheidungsaufbau – statt eines zweigliedrigen Entscheidungsaufbaus – maßgeblich sei, bei dessen Prüfung nur dann ohne Rücksicht auf die Bindungswirkung erneut zu entscheiden sei, wenn ursprünglich nicht beachtete Tatsachen und Erkenntnisse vorliegen, die für die Entscheidung wesentlich seien.⁸⁶ Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, da sich dies aus dem Wortlaut des § 44 SGB X nicht ergibt.⁸⁷ Das BSG hat für den Fall der

⁸⁴ Wulffen, Schütze, SGB X Kommentar, 6. Auflage, Stand: 2008, § 44, Rn. 27; vgl. auch Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 30; nur zur Aufhebung: Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 17; Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/23.

⁸⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/22.

⁸⁶ BSG, Urteil v. 02.03.1988 – Az: 9/9a RV 18/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 33 S. 89-90, wobei das Gericht einräumt, dass einen solchen Prüfungsaufbau der § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X nicht ausdrücklich verlangt.

⁸⁷ Ebenfalls dieser Auffassung Jung, §§ 44, 45, 48 SGB X: Schwierigkeiten bei der Aufhebung bindender Verwaltungsakte, insbesondere im

Klage gegen einen Bescheid, mit dem die Behörde einen Antrag auf einen Zugunstenbescheid gem. § 44 SGB X nach erneuter Prüfung unter Wiederholung der Begründung ihres früheren unanfechtbaren Bescheides abgelehnt hat, entschieden, dass die Klage gegen den neuen Ablehnungsbescheid nicht schon aus dem Grund unbegründet ist, dass im Verwaltungsverfahren keine neuen Gesichtspunkte geltend gemacht worden sind.⁸⁸ Ferner hat das BSG das von zwei Senaten des BSG vertretene oben angesprochene Prüfungsverfahren jedenfalls für die Fälle für nicht anwendbar erklärt, in denen der zu überprüfende Verwaltungsakt schon aus rechtlichen Gründen keinen Bestand haben könne.⁸⁹ Als Ausnahme zu der Rechtsfolge des Anspruchs auf Rücknahme auch für die Vergangenheit nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X sieht das Gesetz den Fall vor, dass der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Betroffene vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034, S. 34) heißt es hierzu: „Eine Pflicht zur Rücknahme von Amts wegen besteht in Fällen, in denen von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, nach Absatz 1 Satz 2 nur dann, wenn der Betroffene die falsche Tatsachengrundlage nicht zu vertreten hat.“ Hat der Betroffene vorsätzlich falsche Angaben gemacht, greift § 44 Absatz 2 SGB X ein.⁹⁰ Ausreichend, aber auch erforderlich ist mindestens ein bedingter Vorsatz.⁹¹ Die

Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB 2002, S. 1, 3f, mit Überblick über den Meinungsstand hierzu in der Literatur.

⁸⁸ BSG, Urteil v. 16.05.2001 – Az: B 5 RJ 26/00 R – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 32 S. 68.

⁸⁹ BSG, Urteil v. 05.09.2006 – Az: B 2 U 24/05 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 7 S. 34-35.

⁹⁰ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/24.

⁹¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/24.

Rechtsprechung fordert ein positives Tun des Betroffenen, dem ein schuldhaftes Unterlassen nicht gleichzustellen sei.⁹² Der Verwaltungsakt beruht nur dann auf solchen Angaben, wenn sie rechtserheblich waren, wenn sie also dazu geführt haben, dass bei der Rechtsanwendung ein unrichtiger Sachverhalt dem Verwaltungsakt zu Grunde gelegt wurde.⁹³

Zu § 44 Absatz 2 SGB X

§ 44 Absatz 2 Satz 1 SGB X erfüllt eine Auffangfunktion⁹⁴ – wie aus der Verwendung der Begriffe „im Übrigen“ ersichtlich ist - und greift in den Fällen, in denen ein rechtswidriger belastender Verwaltungsakt, der nicht erst nachträglich rechtswidrig geworden ist, nicht bereits nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X aufzuheben ist oder, in denen nach § 44 Absatz 1 Satz 2 die Anwendung des § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X ausgeschlossen ist.^{95,96} In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034, S. 34) heißt es zu § 44 Absatz 2 SGB X: „Absatz 2 betrifft vor allem Fälle, in denen von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, der Betroffene aber die falsche Tatsachengrundlage zu vertreten hat. Daneben erfaßt er auch feststellende Verwaltungsakte. Der Inhalt der Regelung entspricht § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.“ Unter § 44 Absatz 2 SGB X fallen auch diejenigen Fälle, in denen der

Verwaltungsakt zwar formell rechtswidrig ist, die Nichterbringung der Leistung oder die Beitragserhebung jedoch der materiellen Rechtslage entspricht.⁹⁷ Auch diejenigen Fälle sind hier erfasst, bei denen eine Ermessensleistung ermessensfehlerhaft abgelehnt worden ist, jedoch auch ermessensfehlerfrei hätte in Ausübung des Ermessens abgelehnt werden können.⁹⁸ Die Verwendung des Begriffs „rechtswidrig“ in § 44 Absatz 2 Satz 1 SGB X meint dasselbe, wie die Umschreibung, dass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist in § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X.⁹⁹ Der Verwaltungsakt müsste auch nicht begünstigend sein. Wann ein Verwaltungsakt nicht begünstigend ist, ist umstritten. Schneider-Danwitz problematisiert hier die Verwaltungsakte, bei denen eine unteilbare Regelung sowohl begünstigende als auch belastende Folgen auslöse. Nach Schneider-Danwitz soll in diesen Fällen nur auf die im Verwaltungsakt unmittelbar ausgesprochene Rechtsfolge abgestellt werden.¹⁰⁰ Hierbei kommt es nicht auf die Formulierung sondern den Inhalt der Regelung an.¹⁰¹ Unberücksichtigt bleiben würden mittelbare gesetzliche Nebenfolgen.¹⁰² Bei einem Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, also einem solchen, bei dem Rechte und Pflichten aus derselben Regelung ein und dieselbe Person betreffen, soll nach Schneider-Danwitz entscheidend sein, ob die

⁹² BSG, Urteil v. 31.05.1988 – Az: 2/9b RU 8/87 – in SozR 1300 § 44 Nr. 34 S. 93.

⁹³ Vgl. hierzu auch mit einer abweichenden Begründung: Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/24.

⁹⁴ So auch BSG in BSG, Urteil v. 18.03.1998 – AZ: B 6 KA 16/97 R – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 23 S. 50.

⁹⁵ BSG, Urteil v. 24.02.1987 – Az: 11b RAr 25/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 26 S. 70; BSG, Urteil 24.02.1987 – Az: 11b RAr 60/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 28 S. 75.

⁹⁶ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/24.

⁹⁷ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/25.

⁹⁸ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/25.

⁹⁹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/25.

¹⁰⁰ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/25.

¹⁰¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/26.

¹⁰² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/25.

Nachteile so überwiegen, dass der Rücknahmeanspruch der Interessenlage gerecht wird.¹⁰³ Maßgeblich soll nicht sein, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Überprüfung den Verwaltungsakt als belastend empfindet oder bei Erlass als belastend empfunden hat, sondern eine objektive Wertung des Gesamtcharakters.¹⁰⁴ Das subjektive Empfinden des Betroffenen soll im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden und zwar im Hinblick auf die Handlungsfreiheit nach Art. 2 GG.¹⁰⁵ Das subjektive Empfinden soll dann in Zweifelsfällen den Ausschlag geben können.¹⁰⁶ Prüfstein solle sein, ob der Betroffene bei Erlass des Verwaltungsaktes für den Fall seiner Rechtswidrigkeit objektiv eher am Ausschluss der freien Rücknehmbarkeit gemäß § 45 SGB X oder eher an einem Rücknahmeantrag nach § 44 SGB X interessiert gewesen sei.¹⁰⁷ Hier soll aber nicht allzu streng auf den Zeitpunkt des Erlass abzustellen sein.¹⁰⁸ Der Begriff des nicht begünstigenden Verwaltungsaktes wird anders als der Begriff des begünstigenden Verwaltungsaktes nicht legaldefiniert. Der Begriff des nicht begünstigenden Verwaltungsaktes ergibt sich nach Vogelgesang vielmehr aus dem Gegenschluss aus der Legaldefinition des begünstigenden Verwaltungsakt als ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt) und umfasst auch alle

¹⁰³ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/28.

¹⁰⁴ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/28.

¹⁰⁵ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/28.

¹⁰⁶ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/29.

¹⁰⁷ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/29.

¹⁰⁸ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/29.

wertneutralen Verwaltungsakte, sowie feststellende Verwaltungsakte.¹⁰⁹ Maßgebend sei hierbei der Verfügungssatz; nicht die mittelbaren Folgen des Verwaltungsaktes.¹¹⁰ Ob eine belastende oder begünstigende hoheitliche Maßnahme vorliege, richte sich regelmäßig nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung der Grundsätze der Rechtsordnung, insbesondere der Wertentscheidungen des Grundgesetzes.¹¹¹ Die Interessen des Betroffenen sollen aus der Sicht eines objektiven und verständigen Dritten zu würdigen sein.¹¹² Bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung, bei denen ein und dieselbe Person Rechte und Pflichten treffen, ohne dass der Verfügungssatz teilbar wäre, erfolge die Rücknahme im Interesse des Betroffenen nach Maßgabe der im jeweiligen Fall strengeren Rücknahmeanforderungen, außer der Betroffene beantragt die Rücknahme selbst.¹¹³ Nach Waschull sei jeder Verwaltungsakt belastend, der nicht begünstigend im Sinne des § 45 Absatz 1 SGB X sei.¹¹⁴ Abzustellen sei bei der Entscheidung, ob eine Regelung belastend wirke auf die Interessen des Aufhebenden oder des die Aufhebung Begehrenden an der Rücknahme aus der Sicht eines verständigen Dritten.¹¹⁵ Maßgeblich sei eine unmittelbare Belastung; bloß mittelbare Belastungen würden nicht ausreichen.¹¹⁶ Problematisch seien nach Auffassung Waschulls Verwaltungsakte mit Doppelwirkung – also solche, die für

¹⁰⁹ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 23.

¹¹⁰ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 24.

¹¹¹ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 25.

¹¹² Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 25.

¹¹³ Hauck/Noftz, Vogelgesang, SGB X, § 44, Rn. 24a.

¹¹⁴ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 40.

¹¹⁵ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 40.

¹¹⁶ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 42.

eine Person sowohl belastende als auch begünstigende Wirkung hätten -, ohne dass sich die Regelung teilen ließe.¹¹⁷ In diesen Fällen solle für den Fall, dass der Betroffene den Rücknahmeantrag stelle § 44 SGB X gelten, und für den Fall, dass die Behörde die Rücknahme betreibe, solle § 45 SGB X gelten.¹¹⁸ Allerdings könne der Betroffene auf den weitergehenden Bestandsschutz des § 45 SGB X verzichten, wenn er über die Rechtsfolgen belehrt worden sei.¹¹⁹ Allerdings stellt Waschull auch klar, dass es seiner Auffassung nach keine neutralen Verwaltungsakte neben belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten gebe – auch nicht in Gestalt von feststellenden Verwaltungsakten -, da eine belastende oder begünstigende Rechtswirkung mit dem Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes notwendig verbunden sei.¹²⁰ Ein solcher Verwaltungsakt sei jedenfalls den nicht begünstigenden Verwaltungsakten zuzurechnen.¹²¹ Nach einer Meinung solle diejenige Regelung – also § 45 SGB X oder § 44 SGB X – angewandt werden, die für die Verwaltung jeweils strengere Anforderungen an die Rücknehmbarkeit stellt.¹²² Nach anderer Auffassung solle das für die Verwaltung jeweils mildere Recht Anwendung finden.¹²³ Nach einer weiteren Ansicht soll alleine das subjektive Interesse des

¹¹⁷ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 41-41a.

¹¹⁸ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 41a.

¹¹⁹ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 41a.

¹²⁰ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 43.

¹²¹ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, Vor §§ 44-51, Rn. 4 und § 44, Rn. 43.

¹²² Darstellung dieser Auffassung bei: Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/27, mit weiteren Nachweisen.

¹²³ Darstellung dieser Auffassung bei: Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/27, mit weiteren Nachweisen.

Betroffenen maßgeblich sein.¹²⁴ Zurücknehmbar ist ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt auch nachdem unanfechtbar geworden ist. Auch § 44 Absatz 2 Satz 1 SGB X stellt einen Rechtsanspruch für die Aufhebung von Verwaltungsakten unter den dort genannten Voraussetzung dar. Dieser besteht jedoch nur für die Zukunft. Die Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit steht im Ermessen der Behörde. Im Hinblick auf die Rechtsfolge, die nach § 44 Absatz 2 Satz 1 SGB X einen Rechtsanspruch für die Zukunft, aber nach § 44 Absatz 2 Satz 2 SGB X lediglich eine Ermessensentscheidung für die Vergangenheit einräumt, heißt es in dem Bericht/II. Zu den einzelnen Vorschriften (BT-Drs. 8/4022, S. 82): „Die Änderung von Absatz 2 bringt eine Klarstellung“. Ein entsprechender Verwaltungsakt ist ganz oder teilweise zurückzunehmen. Die Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit steht im Ermessen der Behörde. Bei seiner Ermessensausübung hat die Behörde im Falle des § 44 Absatz 2 Satz 2 die Ziele und Zwecke derjenigen Rechtsvorschrift zu beachten, die in dem jeweiligen Sozialrechtsbuch die Rücknahme eines Verwaltungsaktes unter teilweiser Verdrängung des § 44 SGB X regeln, wenn § 44 SGB X in dem jeweiligen Fall gerade nicht durch diese Vorschrift verdrängt wird.¹²⁵ Auch Billigkeitsgründe des Einzelfalls können bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sein.¹²⁶ Es ist auch nicht ermessensfehlerhaft, den Anwendungsbereich des § 44 Absatz 2 SGB X nicht weiter zu verstehen, als den des § 44 Absatz 1 SGB X und daher den

¹²⁴ Diering/Timme/Waschull, Waschull, LPK-SGB X, 2. Auflage, Stand: 2007, § 44, Rn. 40.

¹²⁵ BSG, Urteil v. 24.02.1987 – Az: 11b RAr 60/ 86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 28 S. 76 in Bezug auf den dort in Rede stehenden § 152 AFG.

¹²⁶ BSG, Urteil v. 24.02.1987 – Az: 11b RAr 60/ 86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 28 S. 77.

Verwaltungsakt längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahre rückwirkend zurückzunehmen.¹²⁷ Ermessensfehlerhaft ist es ebenfalls nicht die finanziellen Auswirkungen für die Gesamtheit der Mitglieder - hier im Hinblick auf die Kassenärztliche Vereinigung – im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen, wenn es sich nicht um singuläre Fehler bei der Rechtsanwendung im Einzelfall handelt, sondern die Ermächtigungsgrundlage für unwirksam erklärt worden ist.¹²⁸ Nach Auffassung des BSG ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Behörde von ihrem Ermessen bei unanfechtbaren Bescheiden dahingehend Gebrauch macht, dass sie die rückwirkende Korrektur in den Fällen, in denen ein Verwaltungsakt wegen der Unwirksamkeit der maßgeblichen Vorschrift rechtswidrig ist, auf noch nicht bestandskräftige Fälle beschränkt.¹²⁹ In den Fällen, in denen eine Sozialleistung zunächst bindend bewilligt und erbracht worden ist, aber anschließend durch einen Aufhebungs- und Erstattungsbescheid wieder entzogen und die Leistung zurückgefordert wird, bei denen es um das Behaltendürfen der Leistung und nicht um ihre Erbringung geht, stellt der Vertrauensschutz, der auch bei anderen Sachverhalten, die nicht dem Risiko- und Verantwortungsbereich des Begünstigten zuzurechnen sind, einen eigenständigen, materiellen Rechtsgrund für das Behaltendürfen dar.¹³⁰

¹²⁷ BSG, Urteil v. 29.05.1991 – Az: 9a/9 RVs 11/89 – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 3 S. 12; so auch BSG, Urteil v. 17.09.2008 – Az: B 6 KA 28/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 17 S. 106.

¹²⁸ BSG, Urteil v. 18.03.1998 – Az: B 6 KA 16/97 R – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 23 S. 52.

¹²⁹ BSG, Urteil v. 22.06.2005 – Az: B 6 KA 21/04 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 6 S. 32.

¹³⁰ BSG, Urteil v. 28.05.1997 – Az: 14/10 RKg 25/95 in SozR 3-1300 § 44 Nr. 21 S. 44.

Zu § 44 Absatz 3 SGB X

Laut dem Bericht/II. Zu den einzelnen Vorschriften (BT-Drs. 8/4022, S. 82) blieb Absatz 3 im Gesetzgebungsverfahren unverändert. Durch die Regelung des § 44 Absatz 3 SGB X ist, die früher streitige Frage, ob das Überprüfungsverfahren Teil des alten Verfahrens ist oder ein neues, eigenständiges Verfahren gegeben ist, in dem Sinne geklärt worden, dass es sich nicht um eine Fortsetzung des alten Verfahrens handelt, sondern um ein neues, eigenständiges Verfahren.¹³¹ Zu § 44 Absatz 3 SGB X heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034, S. 34): Zuständig bleibt die erlassende Behörde, unabhängig davon, ob diese Behörde originär zuständig zum Erlass des nunmehr rechtswidrigen Verwaltungsaktes war; jedoch ist diese Behörde nicht auch für die Neuregelung zuständig.¹³² Zuständig für die Aufhebung bleibt die erlassende Behörde.¹³³

Zu § 44 Absatz 4 SGB X

In der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034, S. 34) heißt es zu Absatz 4 SGB X: „Absatz 4 legt fest, daß längstens bis zu vier Jahren in die Vergangenheit nachträglich Leistungen erbracht werden dürfen (hinsichtlich zu Unrecht entrichteter Beträge vgl. IV §§ 26 und 27 SGB). Der Vierjahreszeitraum, der der Verjährungsfrist von Sozialleistungen nach I § 45 SGB entspricht, ist im Gesetz

¹³¹ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/34; Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach dem SGB X, NVwZ 1987, 460.

¹³² Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/34; Siebert (Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 248) stellt dar, dass streitig sei, ob dies für die örtliche und die sachliche Zuständigkeit gelte.

¹³³ Bereits BSG, Urteil v. 22.03.1984 – Az: 11 RA 22/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 9 S. 19.

festgelegt, um sicherzustellen, daß nicht über diesen Zeitraum hinaus rückwirkend Leistungen zu erbringen sind (vgl. BSG Urt. V. 21. April 1974 – SozR 2200 § 29 Nr. 2, wonach bei rückwirkender Aufhebung eines Verwaltungsaktes auch eine schon eingetretene Verjährung wieder entfällt).“ In dem Bericht/II. Zu den einzelnen Vorschriften (BT-Drs. 8/4022, S. 82) wird zu den Änderungen des Absatz 4 ausgeführt: „Die Anfügung von Satz 2 in Absatz 4 vereinfacht das Verfahren. Der neue Satz 3 von Absatz 4 bewirkt, daß sich bei einer Rücknahme aufgrund eines Antrag Verzögerungen nicht zum Nachteil des Leistungsberechtigten auswirken.“

Voraussetzung ist zunächst, dass ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen worden ist. Dies kann nach § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X oder nach § 44 Absatz 2 Satz 2 SGB X geschehen. In diesem Fall werden Sozialleistungen nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuches längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme erbracht. Auch wenn die Frage der in § 44 Absatz 4 SGB X geregelten Frist hier erst weiter unten angesprochen werden soll, ist auf diese in diesem Zusammenhang allerdings nur kurz hier bereits einzugehen. Die Frist gilt nur für Sozialleistungen, aber nicht für Beiträge.¹³⁴ Zu einmaligen Leistungen führt Schneider-Danwitz aus: „Die Frist gilt auch für Sozialleistungen in der Form der **einmaligen Leistung**, obgleich diese in aller Regel anders als laufende Leistungen nicht „für eine bestimmte Zeit“ zu erbringen sind, wie dies an sich die Fristbestimmung voraussetzt (zweifelhaft). Der Gesetzgeber wollte im Hinblick auf ein Urteil des BSG [...] sicherstellen, daß Sozialleistungen entsprechend der Verjährungsvorschrift längstens für vier

¹³⁴ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

Jahre zurück zu erbringen sind. Er wollte damit die Frage, ob der wiederaufgelebte erste Antrag die Verjährung unterbricht, die bis zuletzt umstritten war [...], im verneinenden Sinne erledigen, die sich sonst bei einmaligen Leistungen erneut stellen würde. Es fehlt jeder Anhalt, daß der Gesetzgeber die Rückwirkung der Korrektur für einmalige Leistungen günstiger als für laufende Leistungen regeln wollte. Sieht man die Einschränkung auf laufende Leistungen als durch den Wortlaut zwingend geboten an, dann muß zumindest eine Unterbrechung der Verjährung verneint werden, da insoweit der Wortlaut nicht eindeutig ist.“

¹³⁵ Sozialleistungen werden ferner nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuches längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme erbracht. Hierauf soll in dem unten gesondert behandelten Teil, der die Regelung des § 40 Absatz 1 SGB II und § 116a SGB XII thematisiert näher eingegangen werden. Die nachträgliche Leistungserbringung erfolgt längstens für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme. Frohn ist darin zu folgen, dass das in § 44 Absatz 4 Satz 1 SGB X geregelte Verbot rückwirkender Leistungserbringung über den dort genannten Zeitraum hinaus nicht auch eine Verbot „rückwirkender Bescheidkorrektur“ ist, da dies mit dem Wortlaut des § 44 Absatz 4 Satz 1 SGB X unvereinbar ist.¹³⁶ Welche Rechtsnatur die in § 44 Absatz 4 SGB X geregelte Frist hat, ist umstritten:

Das BSG hat im Jahre 1985 aus einer der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 8/2034) ähnlichen Formulierung in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs (dort

¹³⁵ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

¹³⁶ Frohn, Zur Eigentumsgrundrechtskonformität der §§ 66 Abs. 1 und 2 SGB I sowie § 44 Abs. 1 S. 2, 44 Abs. 4 und 48 Abs. 4 S. 1 SGB X, SGB 2006, S. 253, 259.

noch zu § 42 Absatz 4 SGB X, der dann zu § 44 Absatz 4 SGB X wurde) in einer Bundesratsdrucksache gefolgert, dass es sich bei § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X um eine materiell-rechtliche Einschränkung der nachträglichen Leistung handelt, die einer Ausschlussfrist entspricht und über die Verjährungsvorschrift des § 45 SGB X hinausgeht.¹³⁷ Daraus schließt das BSG dann, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die Behörde an der Nichterbringung der Sozialleistung ein Verschulden trifft.¹³⁸ Schneider-Danwitz vertrat (Stand der Kommentierung ist Dezember 1985) die mit der Auffassung des BSG in Einklang stehende Auffassung, dass die Frist den Charakter einer Ausschlussfrist habe und der Verjährungszeitraum der Verjährungsfrist entspreche.¹³⁹ Hierdurch werde im Hinblick auf die Rechtsprechung des BSG vor Inkrafttreten des SGB X, nach der im Falle einer rückwirkenden Aufhebung

¹³⁷ BSG, Urteil v. .04.11.1985 – Az: 4b/9a RV 5/84 – in SozR 1300 § 44 Nr. 17 S. 36-37 mit Anführung der BR-Drs. 170/78 S. 34 und Hinweis darauf, dass der Große Senat des BSG in der Entscheidung vom 15.12.1982 – BSGE 54, 223, 231 – von einer „Leistungseinschränkung wegen Verjährung“ spricht, und dem Hinweis, dass dieser möglicherweise jedoch wegen Zeitablaufs meint und sich daher lediglich missverständlich ausgedrückt hat. Frohn vertritt in: Frohn, Zur Eigentumsgrundrechtskonformität der §§ 66 Abs. 1 und 2 SGB I sowie § 44 Abs. 1 S. 2, 44 Abs. 4 und 48 Abs. 4 S. 1 SGB X, SGB 2006, S. 253, 260, in Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung des GS die Auffassung, dass auch eine Verjährungsanaloge Auslegung des § 44 Absatz 4 SGB X nicht möglich sei, da § 44 Absatz 4 SGB X nicht einredeweise geltend zu machen sei und der Verwaltung auch kein Ermessen zustünde. Beides stehe, jedenfalls was das normative Funktionieren des § 44 Absatz 4 SGB X betreffe – „in diametralem Gegensatz zu den Verjährungsvorschriften“. Ob Verjährungsfrist oder Ausschlussfrist war jedoch noch unklar bei BSG, Urteil v. 29.11.1984 – Az: 5b RJ 56/84 – in SozR 1300 § 44 Nr. 15 S. 26.

¹³⁸ BSG, Urteil v. .04.11.1985 – Az: 4b/9a RV 5/84 – in SozR 1300 § 44 Nr. 17 S. 37.

¹³⁹ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

eines Verwaltungsaktes auch eine bereits eingetretene Verjährung wieder entfiel, sichergestellt, dass nicht über den in § 44 Absatz 4 SGB X geregelten Zeitraum hinaus rückwirkend Leistungen zu erbringen seien.¹⁴⁰ Schneider-Danwitz führt außerdem an, dass auch schon die Verwaltungsvorschriften zu § 40 KOVfG in Nr. 8 Satz 6 eine Begrenzung auf vier Jahre enthielten.¹⁴¹ Schneider-Danwitz vertritt ferner die Auffassung, dass die Fristbestimmung weit auszulegen sei.¹⁴² Zur Geltung der Frist des § 44 Absatz 4 SGB X im Zusammenhang mit etwaigen konkurrierenden Anspruchsgrundlagen vertritt Schneider-Danwitz die Auffassung: „Die **Frist** gilt auch für einen konkurrierenden **Herstellungsanspruch** [...], so daß nach überwiegender Meinung ein Vertretenmüssen des Leistungsträgers nach § 44 Abs. 4 bedeutungslos ist [...]. Die Behörde ist generell gegenüber dem Betroffenen verpflichtet nur einen rechtmäßigen Verwaltungsakt zu erlassen; der § 44 ist gleichsam ein gesetzlich geregelter Herstellungsanspruch [...]. Die Frist würde bedeutungslos, wenn bei allen Fehlern, die der Verwaltungsbehörde zuzurechnen sind, ein unbegrenzter Anspruch auf zeitlich vollständige Nachzahlung angenommen würde [...]. Das wiegt schwerer als das Gegenargument, der Gesetzgeber habe bei der Fristbestimmung nur die Rechtsprechung zur Verjährungsunterbrechung durch den wiederaufgelebten Erstantrag korrigieren wollen und nicht die Rechtsprechung, daß nach altem Recht in solchen Fällen die Verjährungseinrede rechtsmißbräuchlich sei [...], zumal zu Abs. 4 im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens der Vorschlag

¹⁴⁰ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

¹⁴¹ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

¹⁴² Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35.

gemacht worden ist, durch Einfügung der Worte „in der Regel“ in Ausnahmefällen eine längere Rückwirkung zu ermöglichen.“¹⁴³ Schneider-Danwitz führt jedoch auch an, dass das BSG offengelassen habe, ob hierüber hinaus die Frist des § 44 Absatz 4 SGB X für alle Fälle gelte, in denen die Verwaltung zu rückwirkenden Korrekturen nach Treu und Glauben verpflichtet sei.¹⁴⁴ Er meint jedoch, dies sei anzunehmen, um zu vermeiden, dass die Fristbestimmung unterlaufen werde.¹⁴⁵ Ausnahmen für Sonderfälle des Vertretenmüssens der Verwaltung hält Schneider-Danwitz für nur schwer zu begrenzen.¹⁴⁶ Die Frist des § 44 Absatz 4 SGB X gelte jedoch nicht für Amtshaftungsansprüche.¹⁴⁷ Allerdings gelte die Frist für Nebenforderungen; insbesondere gelte sie für Zinsansprüche.¹⁴⁸ Auch andere vertraten die mit der Rechtsprechung des BSG in Einklang stehende Meinung, dass es sich bei § 44 Absatz 4 SGB X nicht um eine Verjährungsvorschrift, sondern um eine materiell-rechtliche Anspruchseinschränkung handele, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 44 Absatz 4 SGB X ergebe, der mit Blick auf eine frühere Rechtsprechung des BSG sicherstellen sollte, dass nicht rückwirkend über einen Zeitraum über vier Jahre hinaus nachgezahlt werden muss.¹⁴⁹ Im

¹⁴³ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/35-398/36.

¹⁴⁴ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36.

¹⁴⁵ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36.

¹⁴⁶ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36.

¹⁴⁷ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36.

¹⁴⁸ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36.

¹⁴⁹ Hofe, Das System der Bescheidkorrektur bei rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakten (SGB X), SGB 1986, S. 16.; Dr. Pickel, Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach

Jahre 1986 hat der 11a. Senat des BSG im Rahmen einer Entscheidung, die Rentenleistungen zum Gegenstand hatte, entschieden, dass es in der Frist des § 44 Absatz 4 SGB X einen allgemeinen Rechtsgedanken sehe und hat hierzu ausgeführt: „In dieser zeitlichen Gleichschaltung einerseits, aber auch der Verstärkung gegenüber der nur auf Einrede hin greifenden Verjährung in eine von Amts wegen zu beachtende materiell-rechtliche Leistungseinschränkung andererseits verkörpert sich ein allgemeiner Rechtsgedanke. Er hat zum Inhalt, Leistungen nicht über vier Jahre hinaus rückwirkend zu gewähren. Einleuchtende Gründe hierfür sind die Aktualität der Sozialleistungen, die im wesentlichen dem laufenden Unterhalt des Berechtigten dienen sollen, und das Interesse des Leistungsträgers an einer Überschaubarkeit seiner Leistungsverpflichtung [...].“¹⁵⁰ Auch der Grundsatz von Treu und Glauben sollte keinen Anlass dazu geben können, über die Leistungsgrenze von vier Jahren hinauszugehen.¹⁵¹ Dieser Auffassung des 11a. Senats des BSG hat sich der 1. Senat in einer Entscheidung im Jahre 1987 angeschlossen.¹⁵²

Der 5a. Senat entschieden in einem Urteil ebenfalls im Jahre 1987 hingegen anders und stellte nicht auf einen allgemeinen Grundgedanken bei rückwärtiger Leistungserbringung ab (es ging damals um eine Aufhebung nach § 48 SGB X), sondern hielt in Fällen der Aufhebung nach § 48 SGB X die Verjährungsvorschrift

dem SGB X, NVwZ 1987, 456 (Ausschlussfrist); Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, S. 248 (Ausschlussfrist).

¹⁵⁰ BSG, Urteil v. 09.09.1986 – Az: 11a RA 28/85 – in SozR 1300 § 44 Nr. 24 S. 64.

¹⁵¹ BSG, Urteil v. 09.09.1986 – Az: 11a RA 28/85 – in SozR 1300 § 44 Nr. 24 S. 64.

¹⁵² BSG, Urteil v. 21.01.1987 – Az: 1 RA 27/86 – in SozR 1300 § 44 Nr. 25 S. 66 ff.

des § 45 SGB I für anwendbar.¹⁵³ Der 4a. Senat hat in einem Urteil aus dem Jahre 1987, in dem es ebenfalls um eine Aufhebung nach § 48 SGB X ging, entschieden, dass ein allgemeiner Grundgedanke die Verjährungsvorschrift des § 45 SGB I nicht verdrängen könne.¹⁵⁴

Seither gehen die Meinungen zu dieser Frage auseinander:

In der Literatur wird von Siebert 1990 die Auffassung vertreten, dass § 44 Absatz 4 SGB X dann, wenn ein Konkurrenzverhältnis zu Anspruchsgrundlagen, die neben § 44 Absatz 4 SGB X zur Anwendung kämen, nicht gegeben sei, keinen allgemeinen, die Verjährungsvorschriften des § 45 Absatz 1 SGB I verdrängenden Grundgedanken enthalte, der dahin gehe, dass die rückwirkende Erbringung von Leistungen durchweg auf vier Jahre zu begrenzen sei.¹⁵⁵ Auch Kreßel ist der Auffassung, dass dem § 44 Abs. 4 SGB X kein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen sei, dass rückwirkende Leistungen grundsätzlich nur für vier Jahre erbracht werden.¹⁵⁶

Die Rechtsprechung ist uneinheitliche:

Der 10. Senat des BSG, der es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 für

¹⁵³ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 59 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 04.02.1987 – Az: 5a RKn 8/86 – in BSGE 61, 154 = SozR 1300 § 48 Nr. 32.

¹⁵⁴ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 59 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 26.05.1987 – Az: 4a RJ 49/86 – in BSGE 62, 10 = SozR 2200 § 1254 Nr. 7.

¹⁵⁵ Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 248 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 26.05.1987 – Az: 4a RJ 49/86 – in: BSGE 62, 10 = SozR 2200 § 1254 Nr. 7.

¹⁵⁶ Kreßel, Der Herstellungsanspruch in Versorgungssystemen, NZS 1994, 395, 401 mit Begründung seiner Auffassung im Hinblick auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch.

gerechtfertigt hielt, in Fällen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs die Ausschlussfrist des § 44 Absatz 4 SGB X auch auf diese Fälle anzuwenden, sah jedoch für den Fall, dass eine Leistung ohne Nachricht an den Berechtigten von der Behörde eingestellt werde, als gerechtfertigt an, im Ermessenswege die Möglichkeit zu eröffnen, weitergehende Rückzahlungsleistungen als nach § 44 Absatz 4 SGB X erbringen zu müssen, und hielt § 45 SGB I für anwendbar.¹⁵⁷ Der 13. Senat des BSG nimmt im Jahre 1996 eine Abgrenzung vor, als es die Auffassung vertritt: „Aus § 44 Abs 4 SGB X ist kein allgemeiner Rechtsgrundsatz abzuleiten, daß auch im Falle der Verjährung (§ 45 SGB I) keine rückwirkende Gewährung von Leistungen für über vier Jahre zurückliegende Zeiträume möglich ist (Abgrenzung zu BSGE 60, 245 = SozR 1300 § 44 Nr 24 und BSG SozR 1300 § 44 Nr 25).“¹⁵⁸ Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass nachträgliche Leistungen „im Sinne einer Ausschlussfrist generell auf die nicht von der Verjährung erfaßten vier Jahre vor dem Jahr der Geltendmachung beschränkt sind“ bestehe nicht.¹⁵⁹ Dieser Auffassung schloss sich der 5. Senat in einem Urteil aus dem Jahre 1997 an.¹⁶⁰ Der 14. Senat greift im Jahre 1999 im Zusammenhang mit der Rechtsfolge eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs dann jedoch wieder auf einen sich aus § 44 Absatz 4 SGB X ergebenden allgemeinen Rechtsgedanken zurück, nach dem eine

¹⁵⁷ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 65 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 22.06.1994 – Az: 10 RKg 32/93 – in BSGE 74, 267 = SozR 3-1200 § 45 Nr. 4.

¹⁵⁸ BSG, Urteil v. 22.10.1996 – Az: 13 RJ 17/96 – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 18.

¹⁵⁹ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 60 mit Verweis auf BSG, Urteil v. BSG, Urteil v. 22.10.1996 – Az: 13 RJ 17/96 – in BSGE 79, 177 = SozR 3-1200 § 45 Nr. 6.

¹⁶⁰ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 61 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 30.07.1997 – Az: 5 RJ 64/95 -.

mehr als vier Jahre zurückreichende Leistungserbringung ausgeschlossen sei.¹⁶¹ Der 4. Senat des BSG urteilte in einer Entscheidung aus dem Jahre 2000, in der es um einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ging, dass § 44 Absatz 4 keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz begründe und vertrat die Auffassung, dass § 44 Absatz 4 SGB X auch nicht analogiefähig sei.¹⁶² Der 9. Senat des BSG wandte in einem Verfahren im Jahre 2001, in dem ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch die Anspruchsgrundlage bildete, § 44 Absatz 4 SGB X analog an und meinte, dass er damit nicht von der Entscheidung des 4. Senats abweiche und dass sich die analoge Anwendung der Ausschlussfrist rechtfertige, weil die Verletzung einer Nebenpflicht nicht weiter reichen könne als die Verletzung einer Hauptpflicht.¹⁶³ Unter Berufung auf die Entscheidungen des 13. Senats und des 5. Senats hat der 4. Senat des BSG in einer Entscheidung aus dem Jahre 2003, bei der es ebenfalls um einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ging, entschieden, dass die Ausschlussfrist in allen Erstfeststellungsverfahren nicht gelte, zu denen auch Erstfeststellungen gehörten, die wegen eines rentenversicherungsrechtlichen Herstellungsanspruchs getroffen werden müssten.¹⁶⁴ Der 9. Senat wandte in einer

Entscheidung aus dem Jahre 2004 hingegen die Ausschlussfrist des § 44 SGB X erneut wie einen allgemeinen Rechtsgrundsatz an.¹⁶⁵ Der 13. Senat hat hingegen im Jahre 2005 erneut entschieden, dass aus § 44 SGB X ein allgemeiner den § 45 SGB I verdrängender Rechtsgedanke nicht abzuleiten sei.¹⁶⁶ Der 13. Senat hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2007 dann entschieden: „materiell neige er der Auffassung zu, die der Vorschrift des § 44 Abs 4 SGB X keinen allgemeinen Rechtsgedanken oder –grundsatz entnimmt [...].“¹⁶⁷ In dieser Entscheidung hielt er jedoch eine analoge Anwendung des § 44 Absatz 4 SGB X für möglich.¹⁶⁸ Der 4. Senat hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2007 die Auffassung vertreten, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz aus § 44 Absatz 4 SGB X gebe, der die rückwirkende Erfüllung aller Ansprüche untersage, die länger als vier Jahre vor dem Jahr bestand hätten, in dem die Nachzahlungsfrist beantragt worden sei oder von Amts wegen eine Nachzahlungspflicht anerkannt worden sei.¹⁶⁹ Ein solcher allgemeiner Rechtsgrundsatz gelte auch nicht dort, wo Anspruchsgrundlage für einen nachträglich zu erfüllenden Zahlungsanspruch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch sei.¹⁷⁰ Ein solcher „genereller“ allgemeiner Rechtsgrundsatz

¹⁶¹ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 62 mit Verweis auf BSG – Az: B 14 EG 6/98 B – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 25.

¹⁶² BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 62 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 02.08.2000 – Az: B 4 RA 54/99 R – in SozR 3-2600 § 99 Nr 5.

¹⁶³ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 62 f mit Verweis auf BSG, Urteil v. 14.02.2001 – Az: B 9 V 9/00 R – in BSGE 87, 280 = SozR 3-1200 § 14 Nr. 31.

¹⁶⁴ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 63 f mit Verweis auf BSG, Urteil v. 06.03.2003 – Az: B 4 RA 38/02 R – in BSGE 91, 1 = SozR 4-2600 § 115 Nr. 1.

¹⁶⁵ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 64 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 16.12.2004 – Az: B 9 VJ 2/03 R.

¹⁶⁶ BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 64 mit Verweis auf BSG, Urteil v. 08.12.2005 – Az: B 13 RJ 41/04 R – in BSGE 95, 300 = SozR 4-2200 § 1290 Nr. 1.

¹⁶⁷ BSG, Urteil v. 27.03.2007 – Az: B 13 58/06 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 9 S. 40; siehe auch BSG, Urteil v. 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 65.

¹⁶⁸ BSG, Urteil v. 27.03.2007 – Az: B 13 58/06 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 9 S. 40.

¹⁶⁹ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 65.

¹⁷⁰ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 65.

würde nach Auffassung des 4. Senats gegen den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Absatz 3 GG verstoßen, weil es sich hierbei um eine richterliche Rechtsschöpfung handle, die die Verjährungsregelung des § 45 SGB I unwirksam mache.¹⁷¹ Auch eine Ausschlussfrist, die für alle in Bezug auf Ansprüche aus § 44 SGB X konkurrierenden Ansprüche gelten sollte, würde nach Auffassung des 4. Senats des BSG den Anwendungsbereich des § 45 SGB I gesetzwidrig einengen.¹⁷² Eine analoge Anwendung des § 44 Absatz 4 SGB X in Erstfeststellungsverfahren hält der 4. Senat des BSG ebenfalls für ausgeschlossen.¹⁷³ Trotz alledem hielt sich der 4. Senat nicht für befugt den Großen Senat des BSG anzurufen.¹⁷⁴ Denn § 44 SGB X war hier unmittelbar anwendbar.¹⁷⁵ Die Autorin wird es im Rahmen dieses Aufsatzes dabei bewenden lassen müssen, die unterschiedlichen Auffassungen - insbesondere der verschiedenen Senate des BSG - darzustellen. Eine Entscheidung des Großen Senats des BSG zu dieser Frage ist der Autorin nicht bekannt.

Die Regelung des § 44 Absatz 4 SGB X ist nach Auffassung des BSG nicht verfassungswidrig.¹⁷⁶ Siebert führt hierzu

¹⁷¹ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 65 f.

¹⁷² BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 66.

¹⁷³ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 68 ff.

¹⁷⁴ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 71.

¹⁷⁵ BSG, Urteil vom 26.06.2007 – Az: B 4 R 19/07 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 12 S. 71.

¹⁷⁶ BSG, Urteil v. .04.11.1985 – Az: 4b/9a RV 5/84 – in SozR 1300 § 44 Nr. 17 S. 38 mit Verweis auf die Entscheidung des Großen Senats des BSG in der Entscheidung vom 15.12.1982 – BSGE 54, 223, 231 –, der jedoch noch von Verjährung gesprochen haben soll; auch BSG, Urteil v. 23.07.1986 – Az: 1 RA 31/85 – in SozR 1300 § 44 Nr. 23 S. 54 ff, ebenfalls mit Verweis auf die bereits genannte Entscheidung des BSG und Ausführungen zur

aus: „Das Bundessozialgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des § 44 Abs. 4 SGB X wiederholt ohne nähere Ausführungen durch bloße Bejahung seiner Anwendbarkeit unterstellt. In dem Urteil vom 23. Juli 1986 hat der 1. Senat des BSG expressis verbis festgestellt, daß er § 44 Abs. 4 SGB X für mit dem Grundgesetz vereinbar halte. Die Vorschrift stehe insbesondere nicht im Widerspruch zu Art. 14 GG. Die Festlegung einer 4jährigen Ausschußfrist für nachträglich zu erbringende Sozialleistungen müsse als zulässig angesehen werden. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung einen Konflikt zwischen dem Interesse des Versicherten an einer vollständigen Erbringung der ihm zu Unrecht vorenthaltenen Sozialleistungen und andererseits der Solidargemeinschaft aller Versicherten an einer Erhaltung der Leistungsfähigkeit des in Anspruch genommenen Versicherungsträgers und damit einhergehend an einer möglichst geringen Belastung mit Ausgaben für Leistungen für zurückliegende Zeiträumen lösen müssen.“¹⁷⁷

Im Hinblick auf die Berechnung des Zeitpunktes der Rücknahme regelt § 44 Absatz 4 Satz 2 SGB X, dass dabei der Zeitpunkt der Rücknahme von Beginn des Jahres an gerechnet wird, in dem der Verwaltungsakt zurückgenommen wird. Wird der Verwaltungsakt also im Dezember eines Jahres (z. B. 01.12.2010) zurückgenommen, wird der Zeitpunkt der Rücknahme von Beginn dieses Jahres (01.01.2010) an gerechnet. Etwas Anderes gilt in den Fällen, in denen die Rücknahme auf Antrag erfolgt. Hier regelt § 44 Absatz 4 Satz 3 SGB X: Erfolgt die Rücknahme auf Antrag, tritt bei der Berechnung des

Verfassungsmäßigkeit insbesondere auch im Kontext des Art. 14 GG.

¹⁷⁷ Siebert, Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte gemäß §§ 44 und 45 SGB X, SGB 1990, 248.

Zeitraumes, für den rückwirkend Leistungen zu erbringen sind, anstelle der Rücknahme der Antrag. Wird also der Antrag auf Rücknahme am 01.11.2009 gestellt. Erfolgt die Rücknahme dann am 01.02.2010. Dann wird nach § 44 Absatz 4 Satz 3 SGB X der Zeitpunkt der Rücknahme im Sinne des § 44 Absatz 4 Satz 2 SGB X von Beginn des Jahres gerechnet, in dem der Antrag gestellt worden ist und damit in unserem Beispiel vom 01.01.2009 (statt vom 01.01.2010, wie es bei Anwendung des § 44 Absatz 4 Satz 2 SGB X wäre). Diese Berechnung im Falle der Antragstellung erfolgt, um Nachteile durch eine zu lange Verfahrensdauer auszuschließen, wie es verfassungsrechtlich geboten ist.¹⁷⁸ Ein Antrag ist jedoch nicht Voraussetzung für die Aufhebung nach § 44 SGB X und kann sich nur im Rahmen des § 44 Absatz 4 SGB X auswirken.¹⁷⁹ Der Aufhebungsantrag ist kein Rechtsbehelf.¹⁸⁰ Für die Beantragung der Rücknahme nach § 44 SGB X genügt jedes Begehren über höhere Leistungen, wenn nicht nachträgliche Änderungen der Verhältnisse geltend gemacht werden.¹⁸¹ Auch wenn ein Sachverhalt vorgetragen wird, der weitgehende Ansprüche rechtfertigt, genügt dies hierfür.¹⁸² Eine Antragsbegründung ist nicht erforderlich und das Fehlen einer solchen führt nicht zur Unzulässigkeit des Antrags, so dass der Antrag auch in diesem Fall nicht ohne Sachprüfung verworfen werden darf.¹⁸³

¹⁷⁸ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/36-398/37; BSG, Urteil v. 25.06.1985 – Az: 9a RV 61/83 – in SozR 1300 § 44 Nr. 19 S. 45.

¹⁷⁹ BSG, Urteil v. 29.11.1984 – Az: 5b RJ 56/84 – in SozR 1300 § 44 Nr. 15 S. 26.

¹⁸⁰ BSG, Urteil v. 10.04.2003 – Az: B 4 RA 56/02 R – in SozR 4-1300 § 44 Nr. 3 S. 10.

¹⁸¹ Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/37.

¹⁸² Schneider-Danwitz/Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, Stand: 1985, § 44, S. 398/37.

¹⁸³ Bley, SGB-SozVers-GesKomm, SGB X, § 44, S. 398/7, siehe hierzu auch die Ausführungen zu der

Rechtsfolge einer Aufhebung nach § 44 SGB X ist auch die Neubescheidung. In einer Entscheidung, in dem es um Rentenversicherungsleistungen ging, hat das BSG mit Blick auf den Neubescheid nach den Leitsätzen dieser Entscheidung entschieden: „1. Soweit ein Zugunstenantrag (§ 44 SGB X) hinsichtlich eines noch nach dem AVG (der RVO) ergangenen Rentenbescheides Erfolg hat, ergeht die neue Entscheidung materiell-rechtlich aufgrund des ursprünglichen Rentenanspruchs. Auf dessen Datum kommt es auch für die Entscheidung über das ab Januar 1992 anzuwendende Recht (§ 300 Abs. 2 SGB VI) an. 2. Die Rente ist dann jedoch für die Zeit ab Erlass der neuen Entscheidung nach den Vorschriften des SGB VI neu zu berechnen.“¹⁸⁴

Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 44 SGB X im Rahmen des SGB II und SGB XII und zu § 40 Absatz 1 SGB II und § 116a SGB XII

Den Regelungen des § 40 Absatz 1 SGB II n. F. und des § 116a SGB XII neu waren einige Entscheidungen des Bundessozialgerichts zu § 44 SGB X und eine Diskussion in der Literatur vorangegangen, auf die in der Gesetzesbegründung nicht eingegangen wird, die jedoch nach Ansicht der Autorin in unmittelbarem Zusammenhang zu diesen Neuregelungen stehen. Daher soll historisch auf die Entwicklung der Anwendung des § 44 SGB X im Zusammenhang mit dem BSHG, dem SGB II und SGB XII eingegangen werden:

In der Gesetzesbegründung zum SGB X (BT-Drs. 8/2034, S. 33-34) heißt es zu

Frage, ob der Aufhebungsantrag nach § 44 SGB X in einem mehrstufigen Prüfungsverfahren zu prüfen ist.

¹⁸⁴ BSG, Urteil v. 30.01.1997 – AZ: 4 RA 55/95 – in SozR 3-1300 § 44 Nr. 20 S. 37.

Absatz 4 SGB X: „Hinsichtlich der Sozialhilfe ist bei den Aufhebungsvorschriften vorab auf folgende Besonderheiten aufmerksam zu machen: Für sie gilt über X § 1 Abs. 1 SGB der § 5 BSHG als Sonderrecht weiter. Daraus folgt, daß Sozialhilfe grundsätzlich nur zur Beseitigung einer gegenwärtigen Notlage und nicht für die Vergangenheit gewährt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Deckung eines sozialhilferechtlichen Bedarfs jedoch auch für die Vergangenheit insbesondere möglich, wenn der Hilfesuchende gegen die Ablehnung von Sozialhilfe mit Erfolg das vorgesehene Rechtsmittel eingelegt hat oder die rechtzeitige Bedarfsdeckung an dem säumigen Verhalten der Behörde gescheitert ist. In solchen Ausnahmefällen ist Sozialhilfe rückwirkend grundsätzlich für die Zeit zu gewähren, in der die Voraussetzungen für ihre Gewährung vorlagen. Besonderheiten des Sozialhilferechts stehen indessen nicht der Anwendung des SGB X § 42 Abs. 4 SGB entgegen, wonach Leistungen für die Vergangenheit längstens bis zu 4 Jahre vor der Rücknahme des Verwaltungsaktes erbracht werden. Sofern in der Sozialhilfe eine Leistung für die Vergangenheit ausscheidet, fehlt das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers für die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes (vgl. im übrigen zur Sozialhilfe die Begründung in X §§ 36 bis 41 BGB). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß auch eventuelle Ablehnungsbescheide der Sozialhilfeträger nur auf den jeweiligen Ablehnungstat beschränkt gelten.“

Das Bundesverwaltungsgericht, das für Rechtsstreitigkeiten aus dem BSHG bis zum 01.01.2005 zuständig war, entwickelte das sozialhilferechtliche Prinzip „keine Hilfe für die Vergangenheit“. Hiernach war § 44 SGB X

in der Sozialhilfe grundsätzlich nicht anwendbar.¹⁸⁵ Mit Urteil vom 16.10.2007 hat der 8. Senat des BSG entschieden, dass § 44 SGB X für gewisse Leistungen des SGB XII anwendbar sei.¹⁸⁶ Die oben beschriebenen, vom BVerwG entwickelten Grundsätze rechtfertigten nach Auffassung des BSG deshalb kein anderes Ergebnis, weil diese Rechtsprechung auf einer vom SGB XII abweichenden gesetzlichen Struktur aufbauen würde.¹⁸⁷ In den Gründen zu dieser Entscheidung führt der 8. Senat des BSG aus, dass das SGB XII im Gegensatz zum BSHG die Hilfe zum Lebensunterhalt und anderer in der Begründung genannter Leistungen nicht mehr in Form differenzierter einmaliger Leistungen, sondern weitgehend als Pauschalen vorsehe. Diese Pauschalierung der nicht abschließend als Einmalleistungen aufgeführten Leistungen – bei denen es sich ebenfalls um Einmalleistungen handele, die jedoch in den Pauschalen enthalten sind – entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers.¹⁸⁸ Diese Pauschalierung habe zur Folge, dass der Leistungsempfänger die in den Pauschalen enthaltenen Einmalleistungen aus den laufenden Leistungen nach dem SGB XII zu befriedigen habe und die Leistungen auch anzusparen habe, um sie im Bedarfsfall einzusetzen.¹⁸⁹ Diese Leistungen dienen daher nicht nur einem aktuellen, sondern auch einem vergangenen und zukünftigem

¹⁸⁵ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 49.

¹⁸⁶ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 24.

¹⁸⁷ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 50.

¹⁸⁸ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 50 mit Verweis auf BT-Drs. 15/1514 S 52 und 60 zu § 32.

¹⁸⁹ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 50.

Bedarfs.¹⁹⁰ Der Zeitpunkt des Eintritts dieses Bedarfs sei jedoch ungewiss.¹⁹¹ Die Beschränkung auf die Deckung eines gegenwärtigen Bedarfs sei allerdings für das BVerwG mitbestimmend für die Anerkennung des Prinzips „keine Hilfe für die Vergangenheit“.¹⁹² Das BSG hielt es für zweifelhaft, ob nach alledem der Grundsatz „Keine Hilfe für die Vergangenheit“ als Strukturprinzip der Sozialhilfe im Bereich der Sozialhilfe Anwendung finden könne.¹⁹³ Es vertrat die Auffassung, dass dies umso mehr gelte, als nach § 9 AsylbLG im Asylbewerberleistungsgesetz § 44 SGB X analog Anwendung finde, obwohl das AsylbLG im Gegensatz zum SGB XII nur eingeschränkte Leistungen unter grundsätzlichem Verzicht auf eine Pauschalierung vorsehe.¹⁹⁴

Hochheim hat diese Rechtsprechung des 8. Senats des BSG im Jahre 2009 kritisiert.¹⁹⁵ Insbesondere sollen sich nach Hochheim die Regelsätze am Bedarfsdeckungsgrundsatz zu orientieren habe und nicht andersherum.¹⁹⁶ Im Ergebnis werde auch in dem neuen Regelsatzsystem dem Bedarfsdeckungsgrundsatz Rechnung

getragen.¹⁹⁷ Aus den steuerfinanzierten Mitteln werde der elementare Lebensbedarf des Menschen gesichert, der grundsätzlich nur in dem Augenblick befriedigt werden könne, in dem er entstünde (Gegenwärtigkeitsprinzip).¹⁹⁸ Das BVerfG habe das vom BVerwG entwickelte hier vom BSG in Zweifel gezogene Strukturprinzip ausdrücklich auf weitere Leistungssystem zur Sicherung des Existenzminimums übertragen.¹⁹⁹ Das Gegenwärtigkeitsprinzip sei unmittelbar mit dem Bedarfsdeckungsprinzip verbunden.²⁰⁰ Eine Abkehr vom Gegenwärtigkeitsprinzip hält Hochheim wegen der Vorgaben des BVerfG für kaum vorstellbar.²⁰¹ Er schlug eine klarstellende Regelung im SGB II und SGB XII vor, nach der § 44 SGB X ausgeschlossen werden sollte.

Der 8. Senat des BSG hat in seinem Urteil vom 26.08.2008²⁰² seine Entscheidung vom 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 06 R – nochmals bekräftigt, indem er ausdrücklich erklärt hat, die frühere Rechtsprechung des BVerwG zur Nichtanwendung des § 44 SGB X weder für das SGB XII noch für das BSHG

¹⁹⁰ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 50.

¹⁹¹ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 50.

¹⁹² BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 51.

¹⁹³ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 51.

¹⁹⁴ BSG, Urteil v. 16.10.2007 – Az: B 8/9b SO 8/06 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 10 S. 51.

¹⁹⁵ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 27.

¹⁹⁶ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 25.

¹⁹⁷ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 25.

¹⁹⁸ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 26.

¹⁹⁹ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 26.

²⁰⁰ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 27.

²⁰¹ Hochheim, Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe? – Anmerkungen zum Urteil des BSG vom 16.10.2007 (B 8/9b SO06 R), NZS 2009, S. 24, 27.

²⁰² BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 91.

aufrechterhalten zu wollen.²⁰³ Nur im Rahmen der Anwendung des § 44 SGB X sei zu beachten, dass ein Verwaltungsakt nicht mehr zurückgenommen werden könne, wenn aktuell der Bedarf nicht mehr bestünde.²⁰⁴ Im Falle von Pauschalen, die zu einem nicht nur aktuellen, sondern auch zu einem vergangenheitsbezogenen und zukunftsorientierten Haushalten zwingen, stelle sich das Problem des Bedarfswegfalls nicht.²⁰⁵ Dem stünde auch § 5 BSHG/ § 18 SGB XII nicht entgegen.²⁰⁶ Die Besonderheiten der Sozialhilfe würden die Anwendbarkeit des § 44 SGB X nicht ausschließen, sondern wären innerhalb der Norm des § 44 SGB X zu berücksichtigen.²⁰⁷ Die Gesetzesbegründung zu § 44 SGB X weise auf die Besonderheiten der Sozialhilfe zwar hin, aber gehe trotzdem von der Anwendbarkeit des § 44 SGB X als solchem aus.²⁰⁸ Zudem weist das BSG darauf hin, dass ab 01.01.2005 § 44 SGB X für Leistungsempfänger nach dem SGB II nach § 40 SGB II über § 330 SGB III Anwendung finde.²⁰⁹

In der Literatur ist Pattar der Auffassung Hochheims entgegengetreten. Er schließt sich der Meinung des BSG an, nach der der Grundsatz „keine Hilfe für die Vergangenheit“ kein übergesetzlicher

Grundsatz („Supranorm“) sei.²¹⁰ Das Gegenwärtigkeitsprinzip folge aus dem Sozialhilferecht, aber der Gesetzgeber sei im Übrigen frei, dieses zu modifizieren oder abzuschaffen.²¹¹ Und dies habe der Gesetzgeber insbesondere auch mit der Umstellung auf Pauschalen, die nicht mehr nur zur Deckung eines gegenwärtigen Bedarfs diene, sondern auch zur Deckung eventuell zukünftig auftretender Bedarfe diene, getan.²¹² Zwar begrüßt Pattar, dass das BSG entschieden habe, dass der Bedarfswegfall im Rahmen des § 44 SGB X zu berücksichtigen sei, aber er kritisiert auch, dass das BSG entgegen dem Wortlaut des § 44 SGB X nicht nur auf die anfängliche Rechtswidrigkeit abstelle, sondern darauf, ob der Bedarf weiterhin bestünde.²¹³ Die gleichen Ergebnisse ließen sich auch über das Sachbescheidungsinteresse erzielen.²¹⁴

Nach Bogun habe das BSG in einem Beschluss vom 07.05.2009 eine Entscheidung getroffen, in deren Rahmen geklärt worden sei, dass § 44 SGB X im Rahmen der Grundsicherungsleistungen auch in den Fällen Anwendung finde, in denen es sich nicht um durch Pauschalen gewährte Leistungen handele.²¹⁵

²⁰³ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 91.

²⁰⁴ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 91.

²⁰⁵ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 93.

²⁰⁶ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 91.

²⁰⁷ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 91.

²⁰⁸ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 92.

²⁰⁹ BSG Urteil v. 26.08.2008 – Az: B 8 SO 26/07 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 15 S. 92.

²¹⁰ Pattar, Nochmals: Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe?, NZS 2010, S. 7, 9.

²¹¹ Pattar, Nochmals: Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe?, NZS 2010, S. 7, 9.

²¹² Pattar, Nochmals: Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe?, NZS 2010, S. 7, 9-10.

²¹³ Pattar, Nochmals: Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe?, NZS 2010, S. 7, 10.

²¹⁴ Pattar, Nochmals: Das Ende des Gegenwärtigkeitsprinzips in der Sozialhilfe?, NZS 2010, S. 7, 10.

²¹⁵ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 108, 111.

In einer Entscheidung vom 29.09.2009 hat der 8. Senat des BSG seine Auffassung zur Anwendbarkeit des § 44 SGB X für Leistungen nach dem SGB II und SGB XII bekräftigt.²¹⁶ Im Hinblick auf die Frage, ob – außer den durch das BVerwG bereits anerkannten Ausnahmen, zum Beispiel zum Zwecke der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes – Leistungen im Rahmen des § 44 Absatz 4 SGB X noch zu erbringen seien, hat das BSG in dieser Entscheidung unterschiedliche Fallkonstellationen aufgezeigt²¹⁷:

1. Seien Leistungen für Bedarfe abgelehnt worden, die entgegen der prognostischen Sicht gar nicht angefallen seien, zum Beispiel für Einmalleistungen,²¹⁸ hier sei der Bedarf weggefallen und Sozialhilfe sei trotz rechtswidriger Leistungsablehnung nicht nachträglich zu erbringen.²¹⁹

2. Hat der Hilfebedürftige im Wege der Selbsthilfe oder Hilfe Dritter nach rechtswidriger Ablehnung der Leistung den Bedarf gedeckt, sei danach zu differenzieren, ob Bedürftigkeit aktuell noch bestehe oder zwischenzeitlich entfallen sei.²²⁰ Besteht weiterhin Bedürftigkeit ununterbrochen fort und sei an die Stelle des Bedarfs eine Belastung als Surrogat getreten, müssten Sozialhilfeleistungen im Wege des § 44 Absatz 4 SGB X nachträglich erbracht werden.²²¹ Pauschalierte Leistungen seien bei fortdauernder Bedürftigkeit über § 44

Absatz 4 SGB X nachzuzahlen.²²² Ist die Bedürftigkeit vorübergehend oder dauerhaft entfallen, sei eine Nachzahlung abzulehnen.²²³ Maßgeblicher Zeitpunkt sei die letzte Tatsacheninstanz.²²⁴ Entfalle die Bedürftigkeit erst hiernach, sei dies hinzunehmen.²²⁵

Seien Leistungen nicht mehr rückwirkend zu erbringen, bestehe auch kein Anspruch auf Rücknahme des Verwaltungsaktes, da es an dem rechtlichen Interesse hierfür fehle.²²⁶

Nach Bogun verorte das BSG die Besonderheiten des Sozialhilferechts in dem Wortlaut des § 44 Absatz 1 Satz 1 SGB X und hier bei „nach den Vorschriften der besonderen Teile dieses Gesetzbuches.“²²⁷ In der Sache sehe er keinen Meinungsstreit zwischen der Auffassung des BSG und der Meinung Pattars.²²⁸ Bogun meint, dass der Zeitpunkt der letzten Tatsacheninstanz, auf die das BSG abstelle, im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führen könne, aber verdeutliche, dass das BSG einen Entschädigungscharakter der nachträglich zu erbringenden Leistungen vermeiden wolle.²²⁹ Bogun ist der Auffassung, dass in Fällen, in denen zu wenig Leistungen

²¹⁶ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 109-110.

²¹⁷ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 110-111.

²¹⁸ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 112.

²¹⁹ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 112.

²²⁰ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 112.

²²¹ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 112.

²²² BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 112-113.

²²³ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 113.

²²⁴ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 113.

²²⁵ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 113.

²²⁶ BSG, Urteil v. 29.09.2009 – Az: B 8 SO 16/08 R – in SozR 4-1300 § 44 SGB X Nr. 20 S. 113.

²²⁷ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²²⁸ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²²⁹ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

bewilligt worden seien und der Betroffene auf sämtliche größeren Anschaffungen verzichtet, habe ein Fall der Selbsthilfe vorliege.²³⁰ Das Surrogat sei im Wegfall der Ansparrücklagen zu sehen.²³¹ Der fortbestehende Bedarf liege in den unterlassenen Anschaffungen, der mittels nachträglicher Leistungen noch gedeckt werden könne.²³² Bogun wirft das Problem auf, was bei Dritthilfe in Form von Schenkung und was bei Dritthilfe in Form von Darlehen gelte.²³³ Wie Fälle der Falschankunft von Seiten der Verwaltung zu behandeln seien.²³⁴ Schließlich kritisiert er die Annäherung der Leistungen der Grundsicherung an versicherungsähnliche Leistungen.²³⁵

Hochheim vertritt nunmehr die Auffassung, dass eine grundsätzliche Anwendung des § 44 SGB X mit der Rechtsprechung des BSG nicht verbunden sei; das BSG stelle gerade nicht auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ab, sondern auf das Fortbestehen des Bedarfs.²³⁶ Er kritisiert, dass pauschale Leistungen bei fortbestehender

Bedürftigkeit stets nachzuzahlen seien.²³⁷ Die Regelleistungen hätten schon immer auch künftiger und vergangener Bedarfe gedient, eine stärkere Berücksichtigung künftiger als gegenwärtiger Bedarfe sei nicht erwiesen, es könne nicht allein der Teil, der zukunftsorientiert sei, nachgezahlt werden, da der Regelsatz hier nicht unterscheide, aber dies zwinge nicht zu einer Nachzahlungspflicht.²³⁸ Hochheim kritisiert auch, dass der Betroffene nach der Rechtsprechung des BSG im Zweifel auf eigene Anstrengungen über den gesetzlichen Rahmen hinaus verzichten sollte und dauerhaft bedürftig bleiben müsse, um Nachteile zu vermeiden.²³⁹ Er kritisiert ferner, dass das BSG und Pattar die Verankerung des Gegenwärtigkeits- und Bedarfsdeckungsprinzip in § 9 SGB I übersehen würden.²⁴⁰ Und hält die Rechtsprechung des BSG im Verhältnis zur Rechtsprechung des BVerwG lediglich für eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.²⁴¹ Hochheim fordert eine dem § 330 Absatz 1 SGB III entsprechende gesetzliche Regelung für das SGB II.²⁴²

Mit den Regelung des § 40 Absatz 1 SGB II n. F. und des § 116a SGB XII neu hat der Gesetzgeber, ohne dies ausdrücklich zu benennen, der Rechtsprechung des BSG Rechnung getragen. Der Wille des

²³⁰ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³¹ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³² Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³³ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³⁴ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³⁵ Bogun, Grundsicherung und Sozialhilfeleistungen für vergangene Bedarfszeiträume, info also 2010, S. 112.

²³⁶ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 306.

²³⁷ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 306.

²³⁸ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 307.

²³⁹ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 307.

²⁴⁰ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 307.

²⁴¹ Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 307.

²⁴² Hochheim, § 44 SGB X und das Gegenwärtigkeitsprinzip der Sozialhilfe, NZS 2010, S. 305, 307.

Gesetzgebers kommt hierbei folgendermaßen zum Ausdruck:

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung auf BR-Drs. 661/10 sah in Artikel 2 Nr. 31 folgende Fassung des § 40 Absatz 1 SGB II vor: (1) Für das Verfahren nach diesem Buch gilt das Zehnte Buch. Abweichend von Satz 1 gilt § 44 Absatz 4 Satz 1 des Zehnten Buches mit der Maßgabe, dass an Stelle des Zeitraums von vier Jahren ein Zeitraum von einem Jahr tritt. [...]. In der Gesetzesbegründung (BR-Drs. 661/10, S. 185-186) heißt es hierzu: „**Zu § 40** Zur besseren Berücksichtigung der besonderen Leistungen nach dem SGB II sind die Verweise auf die im Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und im Zehnten Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) geregelten Verfahrensvorschriften zu modifizieren. **Zu Absatz 1** § 40 Absatz 1 Satz 1 entspricht der bisherigen Fassung. § 40 Absatz 1 Satz 2 enthält eine Sonderregelung zur Anwendung des § 44 SGB X. § 44 SGB X dient dazu, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und dem Interesse des Leistungsberechtigten an materieller Gerechtigkeit für den Fall herzustellen, dass eine Verwaltungsentscheidung zum Nachteil des Leistungsberechtigten rechtswidrig war. Diese Funktion des § 44 SGB X ist auch in der Grundsicherung für Arbeitsuchende unverzichtbar. Die Vierjahresfrist des § 44 Absatz 4 ist allerdings für die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende, die als steuerfinanzierte Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts und der Eingliederung in Arbeit dienen und dabei im besonderen Maße die Deckung gegenwärtiger Bedarfe bewirken sollen (so genannter Aktualitätsgrundsatz), zu lang. Eine kürzere Frist von einem Jahr ist sach- und interessengerecht. Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende können damit längstens bis zum Beginn des Jahres rückwirkend erbracht werden,

das dem Jahr der Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes oder der darauf gerichteten Antragstellung vorausgegangen ist. Dies trägt auch zur Entlastung der Träger der Leistungen nach dem SGB II und der Sozialgerichte bei.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung auf BR-Drs. 661/10 sah in Artikel 3 Nr. 35 die Einfügung folgenden § 116a SGB XII vor:

Nach § 116a SGB XII n. F., der neu nach § 116 SGB XII eingefügt worden ist,²⁴³ gilt: Für die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakts gilt § 44 Absatz 4 Satz 1 des Zehnten Buches mit der Maßgabe, dass anstelle des Zeitraums von vier Jahren ein Zeitraum von einem Jahr tritt. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung (BR-Drs. 661/10, S. 211): „§ 116a enthält eine Sonderregelung zur Anwendung des § 44 SGB X. § 44 SGB X dient dazu, einen Ausgleich zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und dem Interesse des Leistungsberechtigten an materieller Gerechtigkeit für den Fall herzustellen, dass eine Verwaltungsentscheidung zum Nachteil des Leistungsberechtigten rechtswidrig war. Diese Funktion des § 44 SGB X ist auch in diesem Buch unverzichtbar. Die Vierjahresfrist des § 44 Absatz 4 SGB X ist allerdings für die Leistungen dieses Buches, die als steuerfinanzierte Leistungen der Sicherung des Lebensunterhalts dienen und dabei im besonderen Maße die Deckung gegenwärtiger Bedarfe bewirken sollen (so genannter Aktualitätsgrundsatz), zu lang. Eine kürzere Frist von einem Jahr ist sach- und interessengerecht. Leistungen können damit längstens bis zum Beginn des Jahres rückwirkend erbracht werden, das dem Jahr der Rücknahme des rechtswidrigen

²⁴³ BR-Drs. 661/10, S. 61.

Verwaltungsaktes oder der darauf gerichteten Antragstellung vorausgegangen ist. Dies trägt auch zur Entlastung der Träger der Leistungen und der Sozialgerichte bei.“²⁴⁴

Die Beschlussempfehlung des federführenden Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales auf BT-Drs. 17/4032 sah eine Änderung des Artikel 2 Nr. 31 § 40 Absatz 1 und des Artikel 3 Nr. 35 § 116a nicht vor. Auch der Vermittlungsvorschlag des Vermittlungsausschusses (BT-Drs. 17/4719) vom 09.02.2011 und der Vermittlungsvorschlag des Vermittlungsausschusses (BT-Drs. 17/4830) vom 23.02.2011 enthielten keine Vorschläge zu Artikel 2 Nr. 31 § 40 Absatz 1 und Artikel 3 Nr. 35 § 116a. Die im Bundesgesetzblatt (BGBl (2011) I, 453, 473) veröffentlichte Fassung des Artikel 2 Nr. 31 § 40 Absatz 1 und des Artikel 3 Nr. 35 § 116a entspricht der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung auf BR-Drs. 661/10.

Die vom Gesetzgeber vorgesehene Jahresfrist entspricht der Rechtsprechung des BSG. Dies erhellt das Folgende:

Die vom Bundessozialgericht als ausschlaggebend benannten Pauschalen sind so berechnet, dass sie den zu deckenden aktuellen, vergangenen und zukünftigen Bedarf für einen Zeitraum von einem Jahr beinhalten. Denn: § 27a Absatz 2 SGB XII regelt: Der gesamte notwendige Lebensunterhalt nach Absatz 1 mit Ausnahme der Bedarfe nach dem Zweiten bis Vierten Abschnitt ergibt den monatlichen Regelbedarf. Dieser ist in Regelbedarfsstufen unterteilt, die bei Kindern und Jugendlichen altersbedingte Unterschiede und bei erwachsenen Personen deren Anzahl im Haushalt sowie

die Führung eines Haushalts berücksichtigen. Nach Absatz 1 gehört zum notwendigen Lebensunterhalt: [...] insbesondere Ernährung, Kleidung, Körperpflege, Hausrat, Haushaltsenergie ohne die auf Heizung und Erzeugung von Warmwasser entfallenden Anteile, persönliche Bedürfnisse des täglichen Lebens sowie Unterkunft und Heizung. Zu den persönlichen Bedürfnissen des täglichen Lebens gehört in vertretbarem Umfang eine Teilhabe am sozialen und kulturellen Leben in der Gemeinschaft; dies gilt in besonderem Maß für Kinder und Jugendliche. Für Schülerinnen und Schüler umfasst der notwendige Lebensunterhalt auch die erforderlichen Hilfen für den Schulbesuch. § 27a Absatz 3 SGB XII regelt dann: Zur Deckung der Regelbedarfe, die sich nach den Regelbedarfsstufen der Anlage zu § 28 ergeben, sind monatliche Regelsätze zu gewähren. Der Regelsatz stellt einen monatlichen Pauschalbetrag zur Bestreitung des Regelbedarfs dar, über dessen Verwendung die Leistungsberechtigten eigenverantwortlich entscheiden; dabei haben sie das Eintreten unregelmäßig anfallender Bedarfe zu berücksichtigen. In § 28 SGB XII ist die Ermittlung der Regelbedarfe geregelt. Hier heißt es insbesondere in § 28 Absatz 3 SGB XII: Für die Ermittlung der Regelbedarfsstufen beauftragt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales das Statistische Bundesamt mit Sonderauswertungen, die auf der Grundlage einer neuen Einkommens- und Verbrauchsstichprobe vorzunehmen sind. Sonderauswertungen zu den Verbrauchsausgaben von Haushalten unterer Einkommensgruppen sind zumindest für Haushalte (Referenzhaushalte) vorzunehmen, in denen nur eine erwachsene Person lebt (Einpersonenhaushalte), sowie für Haushalte, in denen Paare mit einem Kind leben (Familienhaushalte). Dabei ist

²⁴⁴ BR-Drs. 661/10, S. 211.

festzulegen, welche Haushalte, die Leistungen nach diesem Buch und dem Zweiten Buch beziehen, nicht als Referenzhaushalte zu berücksichtigen sind. Für die Bestimmung des Anteils der Referenzhaushalte an den jeweiligen Haushalten der Sonderauswertungen ist ein für statistische Zwecke hinreichend großer Stichprobenumfang zu gewährleisten. § 28 Absatz 1 SGB XII regelt: Liegen die Ergebnisse einer bundesweiten neuen Einkommens- und Verbrauchsstichprobe vor, wird die Höhe der Regelbedarfe in einem Bundesgesetz neu ermittelt. Dieses Bundesgesetz ist zur Zeit das Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG). Aus § 1 Nr. 2 Gesetz über die Statistik der Wirtschaftsrechnungen privater Haushalte (PrHaushStatG) ist ersichtlich das der Erhebungszeitraum für die Einkommens- und Verbrauchsstichprobe ein Jahr beträgt. Dies gilt auch für die Leistungsbezieher des SGB II. In diesem Regelungskreis finden die Ermittlungsregelungen des § 28 SGB XII in Verbindung mit den RBEG nämlich nach § 20 Absatz 5 Satz 2 SGB II entsprechend Anwendung.