
S 49 (32,38) AS 494/08

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	19
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 49 (32,38) AS 494/08
Datum	10.12.2012

2. Instanz

Aktenzeichen	L 19 AS 149/13
Datum	22.04.2013

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die vorläufige Bewilligung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für die Zeit vom 02.04. bis zum 30.10.2008 rechtswidrig gewesen ist.

Seit 2005 übt der Kläger eine selbständige Tätigkeit als Buchführungshelfer aus. In der Zeit vom 01.04. bis zum 30.10.2008 erzielte er zusätzlich ein Erwerbseinkommen aus abhängiger Beschäftigung bei der Firma T GmbH in Höhe von 200,00 EUR mtl. bzw. ab August 2008 in Höhe von 250,00 EUR mtl. sowie bei der Firma Z für April 2008 in Höhe von 41,07 EUR, für Mai 2008 in Höhe von 56,00 EUR und für Juni 2008 in Höhe von 11,20 EUR.

Am 02.04.2008 sprach der Kläger bei der Rechtsvorgängerin des Beklagten (nachfolgend einheitlich: Beklagter) vor. Er gab an, dass er bis ca. September 2007 eine Förderung für seine Selbständigkeit erhalten habe. Die Einkünfte für Oktober

2007 bis Januar 2008 seien ausreichend gewesen. Ab Februar 2008 seien die Zahlungen der Kunden nicht mehr ausreichend gewesen. Daher beantrage er nunmehr ALG II. Er rechne mit ein bis zwei Monaten ALG II-Bezug. Unter den am 24.04.2008 eingereichten Unterlagen findet sich die Anlage EKS "Erklärung zum Einkommen aus selbständiger Tätigkeit, Gewerbebetrieb oder Land-/Forstwirtschaft im Bewilligungszeitraum". Dann prognostiziert der Kläger für den voraussichtlichen Bewilligungszeitraum von April bis September 2008 Einkommen von 7.700,00 EUR, dem voraussichtlich Betriebsausgaben von 3.580,00 EUR gegenüberstünden. Seinen voraussichtlichen Gewinn schätzte der Kläger für April auf 550,00 EUR, für Mai auf 600,00 EUR, für Juni auf 760,00 EUR, für Juli auf 1.020,00 EUR, für August auf 630,00 EUR und für September auf 560,00 EUR. Den Antragsunterlagen waren monatliche Einnahmeüberschussrechnungen für die Monate Oktober 2007 bis März 2008 beigelegt. Danach variierte der monatliche Einnahmeüberschuss von 436,69 EUR bis zu 1.270,91 EUR.

Durch Bescheid vom 24.04.2008 lehnte der Beklagte den Antrag ab. Der Kläger habe um die Erteilung eines ablehnenden Bescheides gebeten, da er nicht bereit sei, den Abschluss der erforderlichen Ermittlungen abzuwarten. Eine Bescheiderteilung zu einem späteren Zeitpunkt sei aus Sicht des Klägers nicht möglich, da er Leistungen für den Monat April beantragt habe. Auf Wunsch des Klägers werde der Ablehnungsbescheid erlassen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Kläger Widerspruch. Mit Schreiben vom 01.05.2008 beantragte der Kläger – abweichend von seinem Antrag auf Leistungen nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) vom 02.04.2008 und im Widerspruch vom 24.04.2008 – den angefochtenen Bescheid vom 24.04.2008 in einen Bewilligungsbescheid abzuändern und die Leistungen nach [§ 1 Abs. 2 S. 2 SGB II](#) abschließend zu berechnen und auszuzahlen. Mit weiterem Schreiben vom 02.05.2008 beantragte er die Gewährung eines Darlehens nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) für Mai 2008. Er legte eine Einnahmeüberschussrechnung für April 2008 vor, wonach er einen Einnahmeüberschuss von 315,05 EUR erzielt hatte und fügte eine Anlage EKS bei, in der er die voraussichtlichen Einnahmen für Mai 2008 auf 973,00 EUR sowie die voraussichtlichen Betriebsausgaben auf 658,00 EUR schätzte. Mit Schreiben vom 14.05.2008 beantragte der Kläger die Gewährung von darlehensweisen Leistungen nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) in Höhe von 126,42 EUR für Mai 2008. Der Kläger legte mit Schreiben vom 01.06.2008 eine Einnahmeüberschussrechnung für Mai 2008 sowie Einkommensbescheinigungen seiner beiden Arbeitgeber über das im Mai 2008 erzielte Einkommen aus abhängiger Beschäftigung vor. Er gab an, dass er im Mai 2008 einen Einnahmeüberschuss von 556,39 EUR erzielt habe.

Am 02.06.2008 beantragte der Kläger die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) für Juni 2008. Er schätzte seinen voraussichtlichen Einnahmeüberschuss für diesen Monat auf 587,00 EUR.

Durch Bescheid vom 18.06.2008 bewilligte der Beklagte dem Kläger vorläufig Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 02.04. bis 31.10.2008 nach [§ 40 Abs. 1 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und zwar für die Zeit vom 02.04.2008 bis zum 30.04.2008 in Höhe von 338,57 EUR,

für Mai 2008 in Höhe von 143,98 EUR, für Juni 2008 in Höhe von 116,80 EUR sowie für die Zeit vom 01.07. bis 31.10.2008 in Höhe von 120,80 EUR mtl. Die Bewilligung könne aufgrund der bestehenden Selbständigkeit des Klägers und der daraus resultierenden Einkommensanrechnung nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 SGB II](#) nur vorläufig erfolgen. Die aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen seien nach vollständiger Klärung der Sach- und Rechtslage auf die dem Kläger zustehenden Leistungen anzurechnen ([§ 328 Abs. 3 S. 1 SGB III](#)). Soweit mit der abschließenden Entscheidung ein Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkannt werde, seien die Leistungen zu erstatten ([§ 328 Abs. 3 S. 2 SGB III](#)). Werde diese vorläufige Entscheidung nicht aufgehoben oder geändert, erfolge die endgültige Festsetzung nur auf Antrag des Betroffenen ([§ 328 Abs. 2 SGB III](#)).

Mit Schreiben vom 01.07.2008 zog der Kläger seinen Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid vom 24.04.2008 zurück. Am 17.07.2008 legte der Kläger gegen den Bescheid vom 18.06.2008 Widerspruch ein, soweit dieser über den oder die Bewilligungsabschnitte ab dem 01.07.2008 eine Entscheidung treffe. Er erhebe diesen Widerspruch, da in der Begründung zur Vorläufigkeit des Bewilligungsbescheides der Beklagte ausschließlich auf die Möglichkeit einer Überzahlung abstelle. Die Berechnung des zu berücksichtigenden Einkommens sei fehlerhaft. Durch Widerspruchsbescheid vom 05.12.2008 wies der Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück.

Am 06.11.2008 beantragte der Kläger die endgültige Festsetzung der Leistungen für die Zeit von April bis Oktober 2008. Durch Bescheid vom 28.08.2009 bewilligte der Beklagte dem Kläger für die Zeit vom 02.04. bis zum 31.10.2008 Leistungen nach dem SGB II. Gegen die Höhe der bewilligten Leistungen legte der Kläger Widerspruch ein, den der Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 22.03.2010 zurückwies.

Am 12.12.2008 hat der Kläger Klage, S 49 (32) AS 494/08, gegen den Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 erhoben.

Er hat für die Monate Juli bis November 2008 die Gewährung von höheren Leistungen begehrt für Juli 2008 von 568,00 EUR, für August 2008 von 150,00 EUR, für September 2008 von 420,00 EUR und für Oktober 2008 von 382,00 EUR.

Am 29.10.2010 hat der Kläger Klage, S 38 AS 1311/10, gegen den Bescheid vom 28.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.03.2010 erhoben.

Durch Beschluss vom 31.03.2011 hat das Sozialgericht Duisburg die Verfahren S 38 (32) AS 494/08, S 38 (32) AS 15/09 und S 38 AS 1311/10 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden. In der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2012 hat der Kläger das Verfahren S 38 (32) AS 15/09 für erledigt erklärt.

Der Kläger hat u.a. vorgetragen, dass im Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 die Bewilligungszeiträume in

unzulässiger Weise zusammengefasst worden seien. Er habe jeweils für einen Monat die Bewilligung von Leistungen beim Beklagten beantragt. Dieser sei nicht berechtigt gewesen, ihm aufgrund seiner zeitlich begrenzten Anträge Leistungen nach dem SGB II für die Dauer von sechs Monaten vorläufig zu bewilligen. Er habe jeweils umgehend nach Ablauf des Monats sein erzieltes Einkommen aus Erwerbstätigkeit belegt. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides vom 18.06.2008 sei dem Beklagten das in den Monaten April und Mai 2008 erzielte Einkommen schon bekannt gewesen, so dass eine vorläufige Bewilligung nach [§ 328 SGB III](#) für diese Monate nicht zulässig gewesen sei. Des Weiteren habe der Beklagte fehlerhaft das laufende Einkommen aus Selbständigkeit für den Zeitraum von Juli bis Oktober 2008 auf 586,59 EUR geschätzt, obwohl ihm bekannt gewesen sei, dass sich dieses monatlich ändere.

Der Kläger hat beantragt,

1. es wird festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, abweichend von seinen Anträgen auf monatliche vorschuss- bzw. darlehensweise Leistungen die Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch vorläufig gemäß [§ 40 Abs. 1 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 Abs. 1 SGB III](#) zu bewilligen,

2. die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 28.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.03.2010 verurteilt, ihm weitere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in gesetzmäßiger Höhe zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Durch Urteil vom 10.12.2012 hat das Sozialgericht Duisburg den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 28.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.03.2010 verurteilt, dem Kläger weitere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von insgesamt 388,35 EUR für den Zeitraum vom 01.05.2008 bis 31.10.2008 zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und dem Beklagten 30 % der außergerichtlichen Kosten des Klägers auferlegt. Es hat u. a. ausgeführt, dass der Klageantrag zu 1) als Fortsetzungsfeststellungsklage nach [§ 131 Abs. 1 S. 3](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig, aber unbegründet sei. Der Beklagte sei berechtigt gewesen, dem Kläger wegen dessen schwankenden Einkommens aus selbständiger Tätigkeit die Leistungen vorläufig nach [§ 40 Abs. 1 Nr. 1a SGB II](#) a. F. i.V.m. [§ 328 SGB III](#) zu bewilligen und als Bewilligungszeitraum einen Zeitraum von knapp sechs Monaten nach [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) zu Grunde zu legen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Gewährung eines Darlehens nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) gehabt. Die Voraussetzungen für die Gewährung eines Vorschusses nach [§ 42](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) seien nicht gegeben gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe Bezug genommen.

Gegen das ihm am 03.01.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.01.2013 Berufung eingelegt.

Er begehrt die Feststellung, der Beklagte habe mit der vorläufigen Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 02.04. bis zum 31.10.2008 gegen geltendes Recht verstoßen. Er habe spätestens am 24.04.2008 einen Antrag auf Vorschusszahlungen nach [§ 42 SGB I](#) gestellt. Dieser Antrag sei am 24.04.2008 (sinngemäß) abgelehnt worden. Hiergegen habe er Widerspruch eingelegt. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens sei der Bescheid vom 18.06.2008 erlassen worden. Dieser verstoße nach [§ 1 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Nr. 2 SGB II](#) gegen Aufgabe und Ziel der Grundsicherung, weil durch diese Verfahrensweise mindestens im ersten Monat des zusammengefassten Bewilligungszeitraumes das Existenzminimum des Hilfesuchenden nicht gewährleistet sei.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 10.12.2012 zu ändern und festzustellen, dass die vorläufige Bewilligung von Leistungen nach [§ 40 Abs. 1 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 Abs. 1 SGB III](#) durch Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 für die Zeit vom 02.04 bis 31.10.2008 rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakten des Beklagten sowie der beigezogenen Akten des Sozialgerichts Duisburg S 38 AS 1311/10 und S 38 (32) AS 15/09 sowie der Akten des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen [L 11 SF 369/12 VE AS](#) und [L 11 SF 318/12 VE AS](#) Bezug genommen, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig (A), aber unbegründet (B).

A. Die Berufung ist zulässig.

Der Kläger hat Berufung gegen die Abweisung seines Klageantrags zu 1) eingelegt. Gegen die teilweise Abweisung seines Klageantrags zu 2) hat er kein Rechtsmittel eingelegt.

Die Berufung des Klägers gegen die Abweisung seines Feststellungsantrags ist statthaft. Das Sozialgericht hat die Berufung gegen die Abweisung des Feststellungsantrags in den Entscheidungsgründen des Urteils nach [§ 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen. Der Senat ist an die Zulassung gebunden ([§ 144 Abs. 3 SGG](#)).

Das beklagte Jobcenter ist gemäß [§ 70 Nr. 1 SGG](#) beteiligtenfähig (vgl. BSG Urteil

vom 18.01.2011 – [B 4 AS 99/10 R](#), Rn 11). Nach [§ 76 Abs. 3 Satz 1 SGB II](#) ist die gemeinsame Einrichtung als Rechtsnachfolger an die Stelle der bisherigen beklagten Arbeitsgemeinschaft getreten

B.

Die Berufung ist unbegründet.

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist das Begehren des Klägers festzustellen, dass der Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 rechtswidrig ist, soweit der Beklagte ihm abweichend von seinen Anträgen auf monatliche Bewilligung der Leistungen nach dem SGB II als Vorschuss nach § 42 SGB I oder als Darlehen nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) vorläufig Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 02.04. bis zum 31.10.2008 nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) (Gesetz vom 14.08.2005, [BGBl I 2407](#); mit Wirkung zum 01.10.2005 – a. F.) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) bewilligt hat.

Das Sozialgericht hat zu Recht den Feststellungsantrag des Klägers abgewiesen.

Bei dem erstinstanzlichen Feststellungsantrag des Klägers handelt es sich um eine Fortsetzungsfeststellungsklage i.S.v. [§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG](#). Diese Klage ist zulässig (1), aber unbegründet (2).

1) Nach [§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG](#) kann mit der Klage die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines zurückgenommenen oder auf andere Weise erledigten Verwaltungsaktes begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat.

Streitgegenstand des Klageverfahrens ist nach dem Antrag in der Klageschrift der Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 gewesen, soweit in ihm vorläufig Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II an den Kläger für die Zeit vom 01.07 bis zum 31.10.2008 nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 SGB III](#) bewilligt worden waren. Der Kläger hat sich gegen die vorläufige Bewilligung der Leistungen nach dem SGB II gewandt und die endgültige Festsetzung der für die Monate Juli bis Oktober 2008 bewilligten Leistungen und zwar für Juli 2008 in Höhe von 568,00 EUR, für August 2008 in Höhe von 150,00 EUR, für September 2008 in Höhe von 420,00 EUR und für Oktober 2008 in Höhe von 382,00 EUR begehrt. Die vom Kläger erhobene Anfechtungs- und Leistungsklage nach [§ 54 Abs. 2, 4 SGG](#) ist statthaft gewesen (vgl. hierzu BSG Urteile vom 06.04.2011 – B 4 AS 119/11 R, Rn 21 und 10.05.2011 – [B 4 AS 139/10 R](#), Rn 15 zur Statthaftigkeit einer Anfechtungs- und Leistungsklage im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Bewilligung selbst wie auch hinsichtlich der Höhe der zu bewilligenden Leistungen im Fall der Ermessenreduzierung auf Null). Der angefochtene Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 hat sich im erstinstanzlichen Verfahren durch den Erlass des Bescheides vom 28.08.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.03.2010, durch den der Beklagte die an den Kläger für die Zeit vom 02.04. bis zum 31.10.2008 zu gewährenden Leistungen

endgültig festgesetzt hat, in sonstiger Weise i.S.v. [§ 39](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) erledigt (vgl. BSG Urteil 10.05.2011 - [B 4 AS 139/10 R](#), Rn 13). Nach Eintritt der Erledigung hat der Kläger seine Klage auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage i.S.v. [§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG](#) umgestellt.

Diese Umstellung des Klageantrags ist zulässig. [§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG](#) gilt nicht nur für reine Anfechtungsklagen, sondern auch bei anderen Klagearten, z.B. bei kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklagen (BSG Urteil vom 12.09.2012 - [B 3 KR 17/11 R](#), Rn 18 m.w.N).

Das erforderliche Interesse des Klägers an der Feststellung, dass der zwischenzeitlich erledigte Verwaltungsakt vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 rechtswidrig gewesen ist, liegt ebenfalls vor. Der Kläger kann – wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat – das Bestehen einer Wiederholungsgefahr geltend machen. Eine solche ist gegeben, wenn die nicht entfernt liegende Möglichkeit eines wiederholten Auftretens der Rechtsfrage zwischen den Beteiligten besteht, etwa, wenn sich konkret abzeichnet, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen ein gleichartiges Leistungsbegehren wieder auftreten kann (vgl. zur Wiederholungsgefahr: BSG Urteil vom 25.10.2012 - [B 9 SB 1/12 R](#), Rn 22 m.w.N). Der Senat nimmt hinsichtlich des Bestehens einer Wiederholungsgefahr im vorliegenden Fall auf die erstinstanzlichen Gründe Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

2) Der Feststellungsantrag ist unbegründet.

Der angefochtene Bescheid vom 18.06.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.12.2008 ist rechtmäßig gewesen. Der Beklagte hat zutreffend dem Kläger die Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 02.04. bis zum 31.10.2008 nicht endgültig, sondern nur vorläufig bewilligt.

Nach [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) kann der Leistungsträger über die Erbringung von Geldleistungen vorläufig entscheiden, wenn zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruches eines Hilfebedürftigen auf Geldleistungen voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist, die Voraussetzungen für den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen und der Hilfebedürftige die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hat. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben gewesen.

Zum Entscheidungszeitpunkt am 18.06.2008 ist nicht eindeutig festzustellen gewesen, in welcher Höhe bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den in [§ 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II](#) als Regelfall vorgesehenen Bewilligungszeitraum von sechs Monaten Einkommen des Klägers aus selbständiger Tätigkeit zu berücksichtigen sein wird. Da die Höhe des Einkommens nach [§ 9 SGB II](#) wiederum Einfluss sowohl auf das "Ob" des Bestehens eines Leistungsanspruchs, nämlich das Bestehen einer Hilfebedürftigkeit i.S.v. [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3](#), 9 SGB II, als auch auf die endgültige Leistungshöhe hat, entspricht in der Regel die Ausfüllung des dem Leistungsträger in [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#)

eingräumten Ermessens durch die Bewilligung vorläufiger Leistungen pflichtgemäßer Ermessensbetätigung (vgl. BSG Urteil vom 06.04.2011 – [B 4 AS 119/10 R](#), Rn 23 m.w.N. zum grundsätzlichen Verbot, einen Geldleistungsanspruch durch "endgültigen" Verwaltungsakt – von Sonderfällen und speziellen gesetzlichen Regelungen abgesehen – anzuerkennen, bevor die Sach- und Rechtslage vollständig geklärt ist).

Der Kläger hat schon im Rahmen seiner erstmaligen Antragstellung im April 2008 in der Anlage EKS angegeben, dass er im voraussichtlichen Bewilligungszeitraum von April bis Oktober 2008 neben abhängigen Beschäftigungen eine selbständige Tätigkeit als Buchführungshelfer ausüben werde. Er werde voraussichtlich ein Einkommen von 7.700,00 EUR erzielen, dem voraussichtlich Betriebsausgaben von 3.580,00 EUR gegenüberständen.

Bei der Erzielung eines Einkommens aus selbständiger Tätigkeit ist nach § 3 Abs. 4 S. 1 Arbeitslosengeld II-Verordnung vom 17.12.2007 ([BGBl I 2942](#) – AlgII-V 2008 -) als monatliches Einkommen i.S.v. [§ 11 Abs. 1 SGB II](#) für jeden Monat der Teil des Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum, der sich bei der Teilung des Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum durch die Anzahl der Monate im Bewilligungszeitraum ergibt, anzusetzen. Das Gesamteinkommen wird nach § 3 Abs. 1 S. 1, 2 AlgII-V 2008 dadurch ermittelt, dass von den aus der selbständigen Tätigkeit erzielten Einnahmen, die im Bewilligungszeitraum ([§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)) dem Hilfebedürftigen tatsächlich zufließen, die im Bewilligungszeitraum tatsächlich geleisteten notwendigen Ausgaben mit Ausnahme der nach [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) (Gesetz vom 14.08.2005, [BGBl I 2407](#) mit Wirkung zum 01.10.2005 – a.F. -) abzusetzenden Beträge ohne Rücksicht auf steuerrechtliche Vorschriften abgezogen werden. Das vom Verordnungsgeber in der Begründung des Verordnungsentwurfs ([www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/verordnung-zur-Berechnung-einkommen-algII-Sozialgeld.pdf? blob=publikationFile](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/verordnung-zur-Berechnung-einkommen-algII-Sozialgeld.pdf?blob=publikationFile); abgedruckt in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., S. 1270 ff) als monatliches Bruttoeinkommen des Selbständigen bezeichnete Einkommen nach § 3 Abs. 4 AlgII-V ist nach Abzug der Freibeträge nach [§ 30 SGB II](#) (Gesetz vom 14.08.2005, BGBl I , 2407 mit Wirkung zum 01.10.2005- a.F. -) und den in [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) a.F. genannten Freibeträgen als monatliches Einkommen des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen anzusetzen. Die Regelung, dass das Gesamteinkommen im Bewilligungszeitraum nach [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) der Ermittlung des anrechenbaren Einkommens zugrundegelegt wird, bedingt, dass die Entscheidung über die Erbringung der Leistungen zum Lebensunterhalt – wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt hat – in aller Regel vorläufig nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) a.F. erbracht wird (siehe Begründung des Verordnungsgebers zu § 3 Abs. 1 AlgII-V 2008, a.a.O. S. 1276). Die Höhe des im maßgeblichen Bewilligungszeitraum tatsächlich zugeflossenen Einkommens kann erst nach Ablauf des Bewilligungszeitraums festgestellt werden.

Die Regelungen des § 3 AlgII-V 2008 sind nicht rechtswidrig. Sie sind ermächtigungskonform. In [§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SGB II](#) (Gesetz vom 20.07.2006, [BGBl I 1706](#) – a.F. -) wird das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, welche weiteren Einnahmen nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind und wie das Einkommen im Einzelnen zu berechnen ist. Der

mit dem Abstellen auf ein Durchschnittseinkommen aus selbständiger Tätigkeit verfolgte Zweck, die Sicherstellung der wirtschaftlichen Grundlage für hilfebedürftige Selbstständige und der Ermöglichung eines möglichst effizienten Verwaltungsverfahrens, verstößt nicht gegen die in [§ 1 SGB II](#) normierten Aufgaben und Ziele der Leistungen nach dem SGB II. Dem hilfebedürftigen Selbstständigen wird insbesondere dadurch die Möglichkeit eingeräumt, Einnahmen und Ausgaben für die selbstständige Tätigkeit innerhalb des Bewilligungszeitraumes miteinander auszugleichen. Ebenfalls sieht § 2 Abs. 3 AlgII-V 2008 bei schwankenden laufenden Einkommen aus abhängiger Tätigkeit die Möglichkeit vor, dass ein Durchschnittseinkommen zu Grunde gelegt wird und die Leistungen vorläufig nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) bewilligt werden können.

Die mit dem Abstellen auf ein monatliches Durchschnittseinkommen aus selbständiger Tätigkeit verbundene Konsequenz, dass die Leistungen an hilfebedürftige Selbstständige in der Regel zunächst vorläufig bewilligt werden und der Selbstständige bei der endgültigen Bestimmung der Leistungen nach Ablauf des Bewilligungszeitraums einem Erstattungsanspruch nach [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 Abs. 3 SGB III](#) ausgesetzt sein kann (vgl. BSG Urteil vom 23.08.2012 - [B 4 AS 169/11 R](#) -), ist im Hinblick auf den sehr eng begrenzten Entscheidungsfreiraum der Grundsicherungsträger hinnehmbar. [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a SGB II](#) a.F. i.V.m. [§ 328 Abs. 1 SGB III](#) räumt der Verwaltung grundsätzlich sowohl hinsichtlich des "Ob" als auch des "Wie" (Art, Höhe, Dauer) der Leistung Ermessen, also ein Entschließungs- und Auswahlermessen, ein. Im Bereich der Leistungen nach dem SGB II hat der Beklagte aber nur einen sehr eng begrenzten Entscheidungsfreiraum. Er hat zunächst die Höhe der Leistung ohne das zu berücksichtigende Einkommen auf der Grundlage der gesetzlichen Vorgaben zu ermitteln und sodann die vorläufige Höhe des Alg II unter Berücksichtigung der prognostizierten Höhe des Einkommens, das die Gesamtleistung durch Anrechnung senkt, zu bestimmen. Eine zweckentsprechende Ermessensbetätigung hat regelmäßig zur Folge, dass die Leistungen in derjenigen Höhe gewährt werden, die bei Bestätigung der wahrscheinlich vorliegenden Voraussetzungen voraussichtlich auch endgültig zu leisten sind. Für die prognostische Ermittlung des anzurechnenden Einkommens sind die bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens bekannten und erkennbaren Umstände und die Angaben des Antragstellers im Leistungsantrag maßgebend (BSG Urteil vom 06.04.2011 - [B 4 AS 119/10 R](#), Rn 34, 41). Auch ist der Leistungsträger gehalten, bei Eintritt wesentlicher Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen i.S.v. [§ 48 SGB X](#) während des Bewilligungszeitraums Änderungsbescheide zu erlassen.

Die Auffassung des Klägers, der Beklagte wäre an die zeitlich auf einen Monat begrenzten Anträge auf Gewährung eines Darlehens nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) bzw. eines Vorschusses nach [§ 42 SGB I](#) und damit nicht berechtigt gewesen, der Entscheidung über die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II einen Bewilligungszeitraum von sechs Monaten nach [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) zu Grunde zu legen, ist unzutreffend.

Zwar hat die Stellung eines Antrags für die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II nach [§ 37 SGB II](#) hinsichtlich des Beginns der Leistung konstitutive Bedeutung

(vgl. BSG Urteil vom 16.05.2012 – [B 4 AS 166/11 R](#), Rn 16 ff). Ein Antrag nach [§ 37 SGB II](#) ist aber seitens des Leistungsträgers so auszulegen, dass das Begehren eines Antragstellers möglichst weitgehend zum Tragen kommt. Als beantragt sind dementsprechend alle Leistungen anzusehen, die nach Lage des Falles ernsthaft in Betracht kommen (vgl. zur Auslegung von Anträgen nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz: BSG Urteil vom 16.05.2012 – [B 4 AS 166/11 R](#), Rn 18).

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen abweichend vom Regelfall, der durch die Gewährung von Leistungen in Form eines Zuschusses für die Dauer von sechs Monaten ([§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#)) gekennzeichnet ist, als Darlehen nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) a.F. oder als Vorschuss nach [§ 42 SGB I](#) haben im streitbefangenen Zeitraum nicht vorgelegen.

Nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) a.F. (Gesetz vom 20.07.2006, [BGBl I 1706](#) mit Wirkung zum 01.08.2006) sollen die Leistungen nach dem SGB II als Darlehen erbracht werden, soweit in dem Monat, für den die Leistungen erbracht werden, voraussichtlich Einnahmen anfallen. Diese Regelung soll die Fälle erfassen, in denen im Voraus bekannt ist, dass die Hilfebedürftigkeit wegen späteren Einkommenszuflusses oder Vermögenszuwachses für den Monat vermindert oder ausgeschlossen werden wird. Diese Regelung bezweckt insbesondere im Monat einer Arbeitsaufnahme, aber auch in dem eines Rentenbeginns, den Lebensunterhalt unabhängig von der Fälligkeit des Arbeitsentgelts bzw. der Rentenleistung sicherzustellen (vgl. [BT-Drs 15/2997 S. 24](#)). Danach ist eine abweichende Leistungsgewährung – Darlehen anstelle eines verlorenen Zuschusses – gerechtfertigt, wenn das Ende der Hilfebedürftigkeit in dem betreffenden Monat absehbar und zeitnah ist (vgl. Lang/Blüggel in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2 Aufl., § 23 Rn 119). Dies ist beim Kläger nicht der Fall gewesen. Zum Zeitpunkt der Antragstellungen im streitbefangenen Zeitraum ist nicht absehbar gewesen, dass die Hilfebedürftigkeit des Klägers dauerhaft durch die Erzielung von Einkünften aus abhängiger und selbständiger Tätigkeit zukünftig entfallen werde.

Auch die Voraussetzungen des [§ 42 SGB I](#) sind nicht gegeben gewesen. Die Vorschrift des [§ 40 Abs. 1 S. 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB II](#) ist gegenüber der Vorschrift des [§ 42 SGB I](#) vorrangig. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die erstinstanzlichen Ausführungen ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Des Weiteren haben die Voraussetzungen für eine Vorschussgewährung nach [§ 42 SGB I](#) nicht vorgelegen. Eine Vorschussgewährung setzt voraus, ist, dass ein Anspruch auf Geldleistungen dem Grunde nach besteht und zur Feststellung der Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist. Alle materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen der in Frage stehenden Norm mit Ausnahme derjenigen, die ausschließlich die Höhe betreffen, müssen im Fall einer Vorschussgewährung feststehen (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar, Stand Dezember 2011, § 42 Rn 13). Wenn die Höhe des nach [§ 11 SGB II](#) anrechenbaren Einkommens für den in Rede stehenden Bewilligungszeitraum nicht feststeht, sind die Anspruchsvoraussetzungen für einen Leistungen nach dem SGB II nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) aber nicht geklärt. Denn die Anspruchsvoraussetzung der Hilfebedürftigkeit nach [§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II](#) liegt nur dann vor, wenn der Bedarf durch das zu berücksichtigende Einkommen oder

Vermögen des Antragstellers nicht vollständig gedeckt werden kann ([§ 9 Abs. 1 SGB II](#)). Insoweit hat die Höhe eines Einkommens nach [§ 9 SGB II](#) sowohl darauf Einfluss, ob ein Leistungsanspruch besteht als auch auf dessen Höhe.

Der Beklagte hätte daher die vom Kläger im Zeitraum ab dem 02.04.2008 gestellten Anträge auf Gewährung eines Darlehens nach [§ 23 Abs. 4 SGB II](#) bzw. eines Vorschusses nach [§ 42 SGB I](#) für jeweils einen Monat ablehnen müssen. Er hat diese Anträge des Klägers zutreffend im Wege des Meistbegünstigungsgrundsatzes dahingehend ausgelegt, dass der Kläger die zuschussweise Bewilligung von Leistungen nach dem SGB II, beginnend ab dem 02.04.2008 begehrt, und bei seiner Entscheidung den in [§ 41 Abs. 1 S. 4 SGB II](#) vorgesehenen Bewilligungszeitraum von sechs Monaten zu Grunde gelegt. Das Vorliegen eines atypischen Falles, das ein Abweichen von dem im Gesetz als Regelfall vorgesehenen Bewilligungszeitraum von sechs Monaten rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar. Der Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger neben einer geringfügigen abhängigen Beschäftigung eine selbständige Tätigkeit mit schwankenden Einkommen ausgeübt hat, wobei sein Gesamteinkommen den monatlichen Hilfebedarf nicht gedeckt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Anlass, die Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) zuzulassen, besteht nicht.

Erstellt am: 11.07.2013

Zuletzt verändert am: 11.07.2013