S 29 AS 173/15

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung	-
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Grundsicherung für Arbeitsuchende - Verpflichtung zur vorläufigen oder endgültigen Entscheidung - Sozialgeldanspruch des Kindes bei Aufenthalt in temporärer Bedarfsgemeinschaft mit dem getrennt lebenden umgangsberechtigten Elternteil - erhöhter Bedarf aufgrund des wechselnden Aufenthalts bei den Elternteilen - Mehrbedarf wegen einem unabweisbaren laufenden besonderen Bedarf - sozialrechtliches Verwaltungsverfahren - Aufhebung von Verwaltungsakten - Anwendungsbereich von § 45 SGB X und § 48 SGB X - sozialgerichtliches Verfahren - Zulassung der Berufung allein in den Entscheidungsgründen
Leitsätze	<ol style="list-style-type: none">1. Die Verpflichtung zur vorläufigen Entscheidung über Arbeitslosengeld II bzw Sozialgeld ist nicht auf schwankendes Einkommen beschränkt.2. Das Jobcenter ist nicht zur nur vorläufigen Entscheidung berechtigt, wenn lediglich die vage Möglichkeit besteht, dass leistungsrelevante Änderungen eintreten können.3. Wechselt ein Kind im Rahmen der Wahrnehmung seines Umgangsrechts die Zugehörigkeit zu elterlichen Haushalten und entstehen ihm dadurch als Mitglied einer Bedarfsgemeinschaft nachgewiesenermaßen laufend höhere Bedarfe, kommen für das Kind in dieser

Normenkette

Bedarfsgemeinschaft weitere Leistungen über den Härtefallmehrbedarf in Betracht. [SGB II § 7 Abs 2 S 1](#); [SGB II § 7 Abs 3 Nr 4](#); [SGB II § 19 Abs 1 S 2](#); [SGB II § 19 Abs 1 S 3](#); [SGB II § 21 Abs 6 S 1](#); [SGB II § 21 Abs 6 S 2](#); [SGB II § 41 Abs 1 S 1](#); [SGB II § 41a Abs 1](#); [SGB II § 40 Abs 2 Nr 1](#); [SGB III § 328 Abs 1 S 1 Nr 3](#); [SGB II § 40 Abs 1 S 1](#); [SGB X § 45 Abs 1](#); [SGB X § 45 Abs 2](#); [SGB X § 48 Abs 1 S 1](#); [SGB X § 48 Abs 1 S 2](#); [SGG § 144 Abs 2 Nr 1](#)

1. Instanz

Aktenzeichen
Datum

S 29 AS 173/15
23.01.2019

2. Instanz

Aktenzeichen
Datum

L 7 AS 535/19
13.08.2020

3. Instanz

Datum

14.12.2021

Â

Auf die Revisionen der KlÃ¤ger wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. August 2020 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÃ¼ckverwiesen.

Â

G r Ã¼ n d e :

I

Â

1

Im Streit steht die Aufhebung von Sozialgeld wegen der Deckung des Regelbedarfs in einer anderen â temporÃ¤ren â Bedarfsgemeinschaft.

Â

2

Die in den Jahren 2000 bzw 2003 geborenen KIÄxger sind Geschwister. Ihre Eltern sind seit 2012 geschieden und Ä¼bten das Sorgerecht gemeinsam aus. Die KIÄxger lebten Ä¼berwiegend im Haushalt der Mutter. Wegen des Umgangs mit dem Vater war der Aufenthalt bei ihm an jedem zweiten Wochenende von Freitag bis Sonntag und zusätzlich wÄxhrend der HÄxlfte der Ferien vereinbart. Beide Eltern bezogen AlgÄ II vom beklagten Jobcenter. FÄ¼r die KIÄxger wurde Kindergeld gezahlt und der KIÄxger erhielt Unterhaltsvorschuss.

Ä

3

Der Beklagte bewilligte den KIÄxgern Sozialgeld als in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen ua fÄ¼r August bis Oktober 2014 (*Bescheid vom 7.4.2014*). Nachdem er vom regelmÄxÄigen Aufenthalt der KIÄxger bei ihrem Vater erfahren hatte, teilten die Eltern die Daten der Umgangstage mit. Der Beklagte hob daraufhin seinen Bescheid vom 7.4.2014 fÄ¼r August bis Oktober 2014 teilweise sowie gestÄ¼tzt auf [Ä§Ä 48 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ X](#) auf (*Bescheid vom 1.8.2014*). Die KIÄxger seien wÄxhrend des Aufenthalts bei ihrem Vater nicht berechtigt, Sozialgeld in der Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter zu erhalten. Ihre AnsprÄ¼che dort seien geringer. Wegen des Aufenthalts bei ihrem Vater bewilligte der Beklagte den KIÄxgern anteiliges Sozialgeld als mit diesem in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen, ua fÄ¼r September und Oktober 2014.

Ä

4

Dem auch von der Mutter eingelegten Widerspruch half der Beklagte wegen der vorgenommenen KÄ¼rzung des Mehrbedarfs fÄ¼r Alleinerziehende ab (*Bescheid vom 21.11.2014*), im Ä¼brigen wies er den Widerspruch zurÄ¼ck (*Widerspruchsbescheid vom 18.12.2014*). Mit ihren Klagen haben die KIÄxger geltend gemacht, ihr Existenzminimum sei wegen der KÄ¼rzung des Sozialgelds fÄ¼r die Zeit des Aufenthalts bei ihrer Mutter gefÄxhrtet. In deren Haushalt fielen auch wÄxhrend ihres Aufenthalts beim Vater weiterhin Kosten fÄ¼r Strom, Hausrat, Bekleidung und Lebensmittel an. Aus dem Verbot der anteiligen Reduzierung der Kosten fÄ¼r Unterkunft wÄxhrend ihrer Abwesenheit im Rahmen der Umgangskontakte folge auch das Verbot einer Aufteilung des Regelbedarfs. Das SG hat die Klagen abgewiesen (*Urteil vom 23.1.2019*) und im Tenor des abgefassten Urteils sowie in den EntscheidungsgrÄ¼nden die Berufung zugelassen, die Zulassungsentscheidung nach der Sitzungsniederschrift aber nicht verkÄ¼ndet. Nach Aufhebung des angefochtenen Bescheids fÄ¼r August 2014 durch den Beklagten hat das LSG die Berufungen zurÄ¼ckgewiesen (*Urteil vom 13.8.2020*). Der Beklagte habe den Bewilligungsbescheid zu Recht mit Wirkung fÄ¼r die Zukunft aufgehoben. Durch die AnsprÄ¼che auf Sozialgeld in der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Vater sei eine wesentliche Ä¼nderung eingetreten. An diesen Tagen sei spiegelbildlich von einem verringerten Regelbedarf in der Bedarfsgemeinschaft mit der Mutter auszugehen. Bei regelmÄxÄigen Aufenthalten

in zwei Bedarfsgemeinschaften stehe monatlich insgesamt nur ein Anspruch auf den Regelbedarf für 30 Tage zu.

Â

5

Mit ihren vom LSG zugelassenen Revisionen rufen die Kläger die Verletzung von [§ 7 Abs 2 Satz 1 SGB II](#).

Â

6

Die Kläger beantragen,
die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. August 2020 und des Sozialgerichts Dortmund vom 23. Januar 2019 sowie den Bescheid des Beklagten vom 1. August 2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Dezember 2014 betreffend die Monate September und Oktober 2014 aufzuheben.

Â

7

Der Beklagte beantragt,
die Revisionen zurückzuweisen.

Â

II

Â

8

Die zulässigen Revisionen der Kläger sind im Sinne der Aufhebung des Urteils des LSG und der Zurückverweisung der Sache an dieses Gericht begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Dessen bisherige Feststellungen lassen keine abschließende Entscheidung darüber zu, ob der streitgegenständliche Bescheid rechtmäßig ist.

Â

9

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Urteilen der Bescheid des Beklagten vom 1.8.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids

vom 18.12.2014, soweit er September und Oktober 2014 betrifft (vgl zur Auslegung von Verwaltungsakten durch das Revisionsgericht BSG vom 25.10.2017

â□□Â [BÂ 14Â AS 9/17Â RÂ](#) â□□ SozR 4-1300 Â§Â 45 NrÂ 19 RdNrÂ 24; zuletzt BSG vom 19.5.2021 â□□Â [BÂ 14Â AS 19/20Â RÂ](#) â□□ SozR 4-4200 Â§Â 22 NrÂ 114 RdNrÂ 11). Der Bescheid vom 21.11.2014 hat fÃ¼r die AnsprÃ¼che der KlÃ¤ger keine Regelungswirkung, weil er den Bescheid vom 1.8.2014 nur wegen des Alleinerziehendenmehrbedarfs abgeÃ¤ndert hat. Damit war keine Regelung der AnsprÃ¼che der KlÃ¤ger verbunden. Nicht mehr Streitgegenstand ist der Monat August 2014, weil der Beklagte den Bescheid vom 1.8.2014 insoweit im Berufungsverfahren aufgehoben hat. Die KlÃ¤ger sind in diesem Umfang nicht mehr beschwert.

Â

10

Gegen den noch streitbefangenen Bescheid wenden sich die KlÃ¤ger zutreffend mit der isolierten Anfechtungsklage ([Â§Â 54 AbsÂ 1 SGG](#)), weil sie ihr Klageziel â□□ die GewÃ¤hrung von Sozialgeld an sie als in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen fÃ¼r einen vollen Monat â□□ erreichen, wenn ihnen die mit Bescheid vom 7.4.2014 bewilligten Leistungen gezahlt werden.

Â

11

2. Im Revisionsverfahren von Amts wegen zu berÃ¼cksichtigende Verfahrensfehler liegen nicht vor. Insbesondere ist das LSG zu Recht von der Zulassung der Berufung durch das SG ausgegangen. Die Zulassung der Berufung allein in den GrÃ¼nden genÃ¼gt, wenn sie eindeutig ausgesprochen worden ist (vgl BSG vom 5.9.1958 â□□Â [9Â RV 892/56Â](#) â□□ [BSGE 8, 147](#), juris RdNrÂ 14; BSG vom 2.6.2004 â□□Â [BÂ 7Â AL 10/04Â BÂ](#) â□□ RdNrÂ 8; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 13.Â Aufl 2020, Â§Â 144 RdNrÂ 39; Knittel in Hennig, SGG, Â§Â 144 RdNrÂ 70, Stand Oktober 2017). Die eindeutige Zulassung durch das SG ist belegt durch dessen fallbezogene AusfÃ¼hrungen zur grundsÃ¤tzlichen Bedeutung ([Â§Â 144 AbsÂ 2 NrÂ 1 SGG](#)) der Frage, ob im Fall einer temporÃ¤ren Bedarfsgemeinschaft der Leistungsanspruch in der Hauptbedarfsgemeinschaft entfÃ¤llt.

Â

12

3. Ob und ggf in welchem Umfang der Beklagte den Bewilligungsbescheid vom 7.4.2014 aufheben durfte, kann der Senat nicht abschlieÃ¼end entscheiden. Es ist schon offen, ob dessen Aufhebung mit Wirkung fÃ¼r die Zukunft gemÃ¤Ã¤ [Â§Â 48 AbsÂ 1 SatzÂ 1 SGBÂ X](#) rechtmÃ¤Ã¼ig ist. Die Rechtsgrundlage fÃ¼r die Aufhebungsentscheidung richtet sich grundsÃ¤tzlich danach, wann die

Vereinbarung zum Aufenthalt der KlÄ¼ger bei ihrem Vater getroffen wurde (*dazu a*). Der Bescheid vom 1.8.2014 ist nicht bereits wegen der unterbliebenen AnhÄ¼rung formell rechtswidrig (*dazu b*). Ob die RÄ¼cknahmeentscheidung in der Sache Bestand haben kann, ist anhand der bisherigen Feststellungen nicht zu beurteilen. Im Ausgangspunkt haben die KlÄ¼ger fÄ¼r die Zeit ihres Aufenthalts bei ihrem Vater keinen Anspruch auf Regelbedarf als in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen (*dazu c*). Ob eine dem Grunde nach berechnete Aufhebung der HÄ¼he nach Bestand haben kann, ist eine Frage der LeistungsansprÄ¼che auf Sozialgeld insgesamt, deren PrÄ¼fung nachzuholen sein wird (*dazu d*).

Ä

13

a) Der Beklagte und das LSG sind davon ausgegangen, dass die gebundene (Teil-)Aufhebung des Bewilligungsbescheids vom 7.4.2014 auf [Ä§Ä 48 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ X](#) gestÄ¼tzt werden konnte. Ob das zutrifft, kann nach dem vom LSG festgestellten Sachverhalt nicht beurteilt werden. In Betracht kommt auch ä¼ ebenso Ä¼ber [Ä§Ä 40 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ II](#) ä¼ die RÄ¼cknahme des Bescheids vom 1.8.2014 als von Anfang an rechtswidrig nach [Ä§Ä 45 AbsÄ 1, AbsÄ 2 SGBÄ X](#) mit Wirkung fÄ¼r die Zukunft. Dabei ist offen, ob Ä¼ber [Ä§Ä 40 AbsÄ 2 NrÄ 3 SGBÄ II, Ä§Ä 330 AbsÄ 2 SGBÄ III](#) iVm [Ä§Ä 45 AbsÄ 2 SatzÄ 3 SGBÄ X](#) eine gebundene Entscheidung zu treffen gewesen wÄ¼re.

Ä

14

Nach [Ä§Ä 48 SGBÄ X](#) ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung aufzuheben, soweit in den tatsÄ¼chlichen oder rechtlichen VerhÄ¼ltnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Ä¼nderung eintritt. [Ä§Ä 45 SGBÄ X](#) regelt demgegenÄ¼ber, dass ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begrÄ¼ndet oder bestÄ¼tigt hat, soweit er rechtswidrig ist, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter weiteren EinschrÄ¼nkungen zurÄ¼ckgenommen werden darf. Der Anwendungsbereich der Vorschriften grenzt sich nach den objektiven VerhÄ¼ltnissen im Zeitpunkt des Erlasses des aufzuhebenden Verwaltungsakts voneinander ab (*BSG vom 29.11.2012 ä¼Ä BÄ 14Ä AS 6/12Ä RÄ ä¼ BSGE 112, 221 =Ä SozR 4-1300 Ä§Ä 45 NrÄ 12, RdNrÄ 17*). Dabei ist die Verwaltung grundsÄ¼tzlich verpflichtet, vor Erlass eines Bescheids die Sachlage vollstÄ¼ndig aufzuklÄ¼ren, um die objektiven VerhÄ¼ltnisse festzustellen (*BSG vom 2.6.2004 ä¼Ä BÄ 7Ä AL 58/03Ä RÄ ä¼ BSGE 93, 51 = SozR 4-4100 Ä§Ä 115 NrÄ 1, juris RdNrÄ 14; BSG vom 29.11.2012 ä¼Ä BÄ 14Ä AS 6/12Ä RÄ ä¼ BSGE 112, 221 = SozR 4-1300 Ä§Ä 45 NrÄ 12, RdNrÄ 17*). ErlÄ¼sst die Verwaltung einen endgÄ¼ltigen Bescheid auf Grundlage eines nicht endgÄ¼ltig aufgeklÄ¼rten Sachverhalts und stellt sich spÄ¼ter heraus, dass der Bescheid bereits im Zeitpunkt des Erlasses objektiv rechtswidrig war, ist ein Fall des [Ä§Ä 45 SGBÄ X](#) gegeben. Dies gilt unabhÄ¼ngig davon, zu welchen Ermittlungen sich die Verwaltung aufgrund der Angaben des Antragstellers vor Erlass des

Ausgangsverwaltungsakts gedrängt sehen musste (vgl bereits BSG vom 21.6.2011 [âĀĀĀ BĀ 4Ā AS 21/10Ā RĀ](#) [âĀĀĀ BSGE 108, 258](#) =Ā SozR 4-4200 [ĀĖĀ 11 NrĀ 39](#), RdNrĀ 16; BSG vom 29.11.2012 [âĀĀĀ BĀ 14Ā AS 6/12Ā RĀ](#) [âĀĀĀ BSGE 112, 221](#) =Ā SozR 4-1300 [ĀĖĀ 45 NrĀ 12](#), RdNrĀ 17).

Ā

15

Ist der Erlass eines endgĀltigen Bewilligungsbescheids kein taugliches Mittel zur Regelung von AnsprĀchen auf Geldleistungen, weil von vornherein mit hinreichender Deutlichkeit abzusehen ist, dass erst im weiteren Verlauf der leistungsrelevante Sachverhalt geklĀrt werden kann, muss das Jobcenter vorlĀufig bewilligen (so schon BSG vom 29.11.2012 [âĀĀĀ BĀ 14Ā AS 6/12Ā RĀ](#) [âĀĀĀ BSGE 112, 221](#) = SozR 4-1300 [ĀĖĀ 45 NrĀ 12](#), RdNrĀ 18). Im verfahrensgegenstĀndlichen Zeitraum richtete sich diese Entscheidung nach [ĀĖĀ 40 AbsĀ 2 NrĀ 1 SGBĀ II](#) iVm [ĀĖĀ 328 AbsĀ 1 SatzĀ 1 NrĀ 3 SGBĀ III](#). In der Zusammenschau setzten diese Vorschriften ua voraus, dass zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruchs eines Leistungsberechtigten auf Geldleistungen voraussichtlich lĀngere Zeit erforderlich war, die Voraussetzungen fĀr den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorlagen und die Leistungsberechtigten die UmstĀnde, die einer sofortigen abschlieĀenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hatten. Wie bei [ĀĖĀ 41a AbsĀ 1 SGBĀ II](#) (idF durch das Neunte Gesetz zur Ānderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch [âĀĀ Rechtsvereinfachung](#) [âĀĀ](#) sowie zur vorlĀufiger Aussetzung der Insolvenzantragspflicht vom 26.7.2016, [BGBI I 1824](#)) hĀngt die Entscheidung fĀr eine vorlĀufige Bewilligung nicht davon ab, dass es um die Anspruchsvoraussetzung [âĀĀ HilfebedĀrftigkeit](#) [âĀĀ](#) geht. Diese EinschrĀnkung gibt die Vorschrift nicht her. Die Verpflichtung zur vorlĀufigen Entscheidung gilt daher nicht nur bei schwankendem Einkommen (vgl BSG vom 29.11.2012 [âĀĀĀ BĀ 14Ā AS 6/12Ā RĀ](#) [âĀĀĀ BSGE 112, 221](#) = SozR 4 [âĀĀ 1300](#) [ĀĖĀ 45 NrĀ 12](#), RdNrĀ 18; BSG vom 24.6.2020 [âĀĀĀ BĀ 4Ā AS 10/20Ā RĀ](#) [âĀĀĀ SozR 4-1300](#) [ĀĖĀ 45 NrĀ 23](#) RdNrĀ 22: [âĀĀ insbesondere der Einkommenssituation](#) [âĀĀ](#)).

Ā

16

Ob der Beklagte Leistungen vorlĀufig bewilligen musste und seine Entscheidung vom 7.4.2014 schon deshalb rechtswidrig ist, weil er endgĀltig Āber die AnsprĀche der KlĀger entschieden hat, ist offen.

Ā

17

Die vorlĀufige Bewilligung setzt voraus, dass der Sachverhalt als nicht vollstĀndig aufgeklĀrt gelten kann. Das ist der Fall, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses der

Entscheidung die rechtlich maßgebliche tatsächliche Lage nicht von vornherein mit hinreichender Deutlichkeit abzusehen ist. Dagegen ist die Behörde nicht zur nur vorläufigen Entscheidung berechtigt, wenn lediglich die vage Möglichkeit besteht, dass leistungsrelevante Änderungen eintreten können. So verstanden führte die Pflicht zum Erlass vorläufiger Verwaltungsakte zu einer Aushaltung der vertrauensschützenden Vorschriften der [§§ 45 ff SGB X](#), insbesondere von [§ 48 Abs 1 Satz 2 SGB X](#). Denn angesichts der im verfahrensgegenständlichen Zeitraum geregelten Länge eines Bewilligungsabschnitts von regelmäßig sechs Monaten ([§ 41 Abs 1 Satz 4 SGB II idF der Bekanntmachung vom 13.5.2011, BGBl I 850](#)) kann nie vollständig ausgeschlossen werden, dass sich die anspruchsherrliche beeinflussende Faktoren bis zum Ablauf des Bewilligungszeitraums ändern werden.

Ä

18

Bestand mithin die Umgangsvereinbarung mit konkret festgelegten Umgangszeiten schon vor Erlass des Bescheids vom 7.4.2014, gab es grundsätzlich keinen Anlass, den Klägern Sozialgeld als in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen nur vorläufig zu gewähren. Vielmehr war Sozialgeld von vornherein endgültig in einem Umfang zu bewilligen, der die Abwesenheit der Kläger vom Haushalt ihrer Mutter und zugleich die Anwesenheit im Haushalt ihres Vaters berücksichtigt. Auf nicht vorhersehbare Abweichungen von verabredeten Umgangskontakten wäre mit einer Änderung der endgültigen Bewilligung nach [§ 48 Abs 1 SGB X](#) auch mit Wirkung für die Vergangenheit zu reagieren gewesen. Allenfalls bei bereits vor Erlass der Bewilligungsentscheidung bestehenden hinreichenden Anhaltspunkten für eine von der Umgangsvereinbarung leistungsrelevant (vgl. [§ 41 Abs 1 Satz 1 und 3 SGB II](#)) abweichenden Handhabung der Umgangskontakte bestand ein hinreichender Anlass, Leistungen lediglich vorläufig zu bewilligen.

Ä

19

Anhand der bisherigen Feststellungen des LSG ebenfalls nicht entscheiden kann der Senat, ob der Bescheid vom 7.4.2014 zwar nicht vorläufig erlassen werden, sondern endgültig ergehen musste, aber die endgültige Entscheidung aus anderen Gründen rechtswidrig ist. Das ist der Fall, wenn zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids vom 7.4.2014 bereits eine Umgangsvereinbarung bestand, die zu einer endgültigen Bewilligung hätte führen müssen, diese Vereinbarung aber dem Beklagten nicht mitgeteilt worden ist. Insofern kommt eine gebundene Rücknahmeentscheidung in Betracht, wenn Vertrauensschutz ausscheidet ([§ 40 Abs 2 Nr 3 SGB II iVm § 330 Abs 2 SGB III und § 45 Abs 2 Satz 3 SGB X](#)) und sich die Kläger die unterlassene elterliche Mitteilung zurechnen lassen müssen (vgl. BSG vom 24.6.2020 [Az: B 4 AS 10/20 R](#) [SozR 4-1300 § 45 Nr 23 RdNr 32](#)). Auch hierzu wird das LSG weitere

Feststellungen zu treffen haben.

Â

20

b) Der Bescheid des Beklagten vom 1.8.2014 ist nicht schon wegen der unterlassenen Anhrung rechtswidrig und deshalb aufzuheben. Dieser Verfahrensfehler ist nach [41 Abs 1 Nr 3 und Abs 2 SGB X](#) durch Nachholung der unterbliebenen Anhrung im Widerspruchsverfahren geheilt worden (*hierzu BSG vom 19.10.2011 B 13 R 9/11 R SozR 4-2600 77 Nr 10 RdNr 14*). Aus dem Bescheid vom 1.8.2014 waren die entscheidungserheblichen Tatsachen fr die Rcknahme des Bescheids vom 7.4.2014 erkennbar. Ihm ist zu entnehmen, dass aus Sicht des Beklagten Grundlage der Aufhebung eine wesentliche nderung der tatschlichen Verhltnisse aufgrund des Besuchs der Klger bei ihrem Vater war. Die Klger hatten somit im Rahmen des Widerspruchsverfahrens Gelegenheit, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu uern. Dabei ist nach der Rechtsprechung des BSG fr die formelle Rechtmigkeit eines Verwaltungsakts bezogen auf die Anhrung allein die Rechtsauffassung der Behrde mageblich (*vgl BSG vom 29.11.2012 B 14 AS 6/12 R BSGE 112, 221 = SozR 4-1300 45 Nr 12, RdNr 21; BSG vom 8.12.2020 B 4 AS 46/20 R RdNr 20, vorgesehen fr BSGE 131, 128 und SozR 4-1300 45 Nr 24*).

Â

21

c) Ob die angegriffene Aufhebungsentscheidung im Hinblick auf die Hhe der Leistungsansprche der Klger rechtmig ist, kann der Senat aufgrund fehlender Feststellungen des LSG nicht abschlieend entscheiden.

Â

22

Ansprche auf hhere Leistungen als mit Bescheid vom 1.8.2014 bewilligt haben die Klger bei entsprechend der Umgangsvereinbarung durchgefhrten Besuchen im September und Oktober 2014 jedenfalls nicht wegen im Vergleich zum Bescheid vom 7.4.2014 unvernderter Regelbedarfe. Sie hatten an Tagen, an denen sie in Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Vater lebende Personen waren, keinen Anspruch auf Regelbedarfe in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter und umgekehrt. Ihr jeweiliger Anspruch auf Sozialgeld konnte nicht ber die Mitgliedschaft in der anderen Bedarfsgemeinschaft vermittelt werden.

Â

Die KIÄxger hatten im verfahrensgegenstÄndlichen Zeitraum das 15.Ä Lebensjahr noch nicht vollendet und waren daher keine erwerbsfÄhigen Leistungsberechtigten iS von [Ä§Ä 7 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ II](#). Sie hatten damit Anspruch auf Sozialgeld stets nur als in einer Bedarfsgemeinschaft mit einem erwerbsfÄhigen Leistungsberechtigten lebenden Personen ([Ä§Ä 19 AbsÄ 1 SatzÄ 2 SGBÄ II](#)). Die ZugehÄrlichkeit zu dieser Bedarfsgemeinschaft vermittelte ihnen LeistungsansprÄche nach dem SGBÄ II.

Ä

Nach [Ä§Ä 7 AbsÄ 3 NrÄ 4 SGBÄ II](#) gehÄren zur Bedarfsgemeinschaft die dem Haushalt angehÄrenden unverheirateten Kinder ua des erwerbsfÄhigen Leistungsberechtigten, wenn sie das 25.Ä Lebensjahr noch nicht vollendet haben, soweit sie die Leistungen zur Sicherung ihres Lebensunterhalts nicht aus eigenem Einkommen oder VermÄgen beschaffen kÄnnen. Die Regelung verlangt schon nach ihrem Wortlaut (Ädem Haushalt angehÄrendÄ) kein dauerhaftes Leben im Haushalt (so schon BSG vom 7.11.2006 ÄÄÄ [BÄ 7bÄ AS 14/06Ä RÄ](#) ÄÄÄ [BSGE 97, 242](#) = [SozR 4ÄÄÄ200 Ä§Ä 20 NrÄ 1](#), RdNrÄ 27; BSG vom 2.7.2009 ÄÄÄÄ [BÄ 14Ä AS 54/08Ä RÄ](#) ÄÄÄ [BSGE 104, 48](#) = [SozR 4ÄÄÄ1500 Ä§Ä 71 NrÄ 2](#), RdNrÄ 31; BSG vom 28.10.2014 ÄÄÄÄ [BÄ 14Ä AS 65/13Ä RÄ](#) ÄÄÄ [BSGE 117, 186](#) = [SozR 4-4200 Ä§Ä 7 NrÄ 39](#)). Sie setzt aber voraus, dass das Kind einem Haushalt der in [Ä§Ä 7 AbsÄ 3 NrÄ 1 bis 3 SGBÄ II](#) genannten Personen angehÄrt. Das ist in der ÄHauptbedarfsgemeinschaftÄ, die hier von den KIÄxgern und ihrer Mutter gebildet wird, nicht der Fall in Zeiten, in denen sich die KIÄxger unter weiteren Voraussetzungen bei ihrem Vater aufhielten.

Ä

Wechselt ein Kind umgangsbedingt in einen anderen Haushalt, lebt es in diesem Zeitraum nicht in der Bedarfsgemeinschaft des Obhutselternteils. Voraussetzung ist, dass sich das Kind mit gewisser RegelmÄÄigkeit bei einem umgangsberechtigten Elternteil aufhÄlt (vgl BSG vom 7.11.2006 ÄÄÄÄ [BÄ 7bÄ AS 14/06Ä RÄ](#) ÄÄÄ [BSGE 97, 242](#) = [SozR 4-4200 Ä§Ä 20 NrÄ 1](#), RdNrÄ 27). Dem seine Umgangsrechte mit einem Elternteil wahrnehmenden Kind stehen auch bei regelmÄÄigen Aufenthalten in zwei elterlichen Haushalten monatlich insgesamt AnsprÄche fÄr nur 30 Tage zu (so schon BSG vom 12.6.2013 ÄÄÄÄ [BÄ 14Ä AS 50/12Ä RÄ](#) ÄÄÄ [SozR 4-4200 Ä§Ä 7 NrÄ 35 RdNrÄ 20](#)). Die jeweils mÄglichen AnsprÄche schlieÄen sich in zeitlicher Hinsicht gerade aus (BSG vom 12.6.2013 ÄÄÄÄ [BÄ 14Ä AS 50/12Ä RÄ](#) ÄÄÄ [SozR 4-4200 Ä§Ä 7 NrÄ 35 RdNrÄ 21](#)). Auch die Zuordnung von AnsprÄchen auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts als Mitglied von zwei Bedarfsgemeinschaften fÄhrt damit nicht zu einer ErhÄhung des pauschalierten Regelbedarfs ([Ä§Ä 20 AbsÄ 1 SatzÄ 3 SGBÄ II](#)). Im Äbrigen ist es nicht Aufgabe des

SGB II, bis in jede Einzelheit für eine Verteilung der für das Existenzminimum der einzelnen Personen notwendigen Gelder zwischen allen Beteiligten zu sorgen. Der Gesetzgeber darf vielmehr typisierend davon ausgehen, dass Zuordnungsprobleme innerhalb familienhafter Beziehungen gemeistert werden. Das gilt insbesondere bei fortbestehenden Sorgerechtsbeziehungen zwischen geschiedenen Ehegatten (vgl. BSG vom 7.11.2006 – BÄ 7b AS 14/06 R – BSGE 97, 242 = SozR 4-4200 ÄSÄ 20 NrÄ 1, RdNrÄ 29).

Ä

26

Abzugrenzen ist die Zugehörigkeit zu einer von beiden Bedarfsgemeinschaften nach dem zeitlichen Umfang des Aufenthalts. Normativer Anhaltspunkt hierfür ist [ÄSÄ 41 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ II](#), wonach der Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts für jeden Kalendertag besteht. Ein Kalendertag ist damit die kleinste im Gesetz vorgesehene zeitliche Einheit, für die Ansprüche auf Leistungen den Lebensunterhalt bestehen und entsprechende Leistungen bemessen werden können (BSG vom 2.7.2009 – BÄ 14 AS 75/08 R – SozR 4-4200 ÄSÄ 7 NrÄ 13 RdNrÄ 16). Findet an einem Tag ein umgangsbedingter Wechsel der Haushaltszugehörigkeit statt, ist nach der zeitlich überwiegender Zugehörigkeit zu entscheiden. Wegen der möglichen Gesamtaufenthaltsdauer von 24 Stunden ist in der Regel ausschlaggebend, wo sich das Kind länger als 12 Stunden bezogen auf den Kalendertag aufhält (vgl. BSG vom 2.7.2009 – BÄ 14 AS 75/08 R – SozR 4-4200 ÄSÄ 7 NrÄ 13 RdNrÄ 16; BSG vom 12.6.2013 – BÄ 14 AS 50/12 R – SozR 4-4200 ÄSÄ 7 NrÄ 35 RdNrÄ 18).

Ä

27

Erfallen Aufenthalte beim anderen umgangsberechtigten Elternteil die vorgenannten Voraussetzungen nicht, bleiben sie für die Ansprüche der Kinder als Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft mit dem Obhutselternteil unbeachtlich. Nur insoweit gilt nichts anderes als bei anderen kürzeren Abwesenheiten von der Wohnung des Obhutselternteils (vgl. *Leopold in jurisPK-SGB II*, ÄSÄ 7 RdNrÄ 256, Stand 29.11.2021). Im Übrigen bleibt es bei dem Grundsatz, dass das sein Umgangsrecht ausübende Kind seinen Regelbedarf in einer potentiellen zweiten Bedarfsgemeinschaft decken können muss (so schon BSG vom 12.6.2013 – BÄ 14 AS 50/12 R – SozR 4-4200 ÄSÄ 7 NrÄ 35 RdNrÄ 18). Anders als vom LSG angenommen ist eine regelmäßige tageweise Abwesenheit der Kinder vom Haushalt der Hauptbedarfsgemeinschaft bei gleichzeitiger Zugehörigkeit zum Haushalt des umgangsberechtigten Elternteils daher gerade nicht anderen vorübergehenden Abwesenheiten, wie Urlaubs- oder Klassenfahrten, Besuchen bei Großeltern oder Freunden, Krankenhausaufhalten und ähnlichem gleichzusetzen.

Ä

d) Dennoch ist der Bescheid vom 7.4.2014 nicht ohne Weiteres in dem Umfang aufzuheben, wie durch den Beklagten in den angefochtenen Bescheiden verfährt. Sowohl [Â§ 45 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) als auch [Â§ 48 Abs 1 Satz 1 oder Satz 2 SGB X](#) ermächtigen nur zur Aufhebung im Umfang der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, was durch den Begriff "soweit" zum Ausdruck kommt. Sie setzen im SGB II also den Vergleich der rechtmäßigen Anspruchshöhe mit den durch den aufzuhebenden Verwaltungsakt bewilligten Leistungen voraus.

Â

Leistungsansprüche auf Sozialgeld nach [Â§ 19 Abs 1 Satz 2, Satz 3 SGB II](#) umfassen den Regelbedarf, Mehrbedarfe und den Bedarf für Unterkunft und Heizung. Nach den Feststellungen des LSG ist offen, in welcher Höhe die Regelbedarfe zu berücksichtigenden (*dazu aa*) und ob bei den Klägerinnen Mehrbedarfe zu decken (*dazu bb*) waren. Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind mit einem vollen Drittel in die Berechnung der Ansprüche der Kläger als in einer Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen einzustellen (*dazu cc*). Das zu berücksichtigende Einkommen kann die Hilfebedürftigkeit in einer oder in beiden Bedarfsgemeinschaften teilweise verringern oder ganz beseitigen (*dazu dd*).

Â

aa) Welche konkreten Ansprüche der Kläger auf Regelbedarf bestehen, richtet sich danach, an welchen Tagen sich die Kläger jeweils den Hauptteil des Tages (abhängig von Wegezeiten in der Regel 12 Stunden) bei ihrer Mutter aufgehalten haben. Nur für diese Zeiten sind der Regelbedarf der Klägerin iHv 296 Euro und des Klägers iHv 261 Euro ([Â§ 20 Abs 5 Satz 1 SGB II](#) iF des RBEG vom 24.3.2011, [BGBl I 453](#), [Â§ 23 Nr 1](#) iVm [Â§ 20 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB II](#), [Â§ 28a SGB XII](#) und [Â§ 2 RBSFV 2016](#)) wegen der alternativen Zugehörigkeit zu zwei Bedarfsgemeinschaften nach Tagen aufzuteilen. Die dem Bescheid vom 1.8.2014 zugrunde liegenden prognostizierten Aufenthaltstage sind nicht geeignet, die erforderlichen Feststellungen zu ersetzen.

Â

bb) Ob bei den Klägerinnen Mehrbedarfe zu decken waren, die deren Leistungsansprüche als in Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter lebenden Personen erhöhen, kann der Senat anhand der Feststellungen des LSG nicht beurteilen.

Der Regelbedarf deckt nur den Bedarf für den regelmäßigen Lebensunterhalt ab. Für den Fall, dass bei der (potentiellen) Zugehörigkeit eines Kindes zu zwei Bedarfsgemeinschaften in einem der Haushalte nachgewiesenermaßen laufend höhere Bedarfe wegen der wechselnden Aufenthalte des Kindes entstehen, die nicht durch vorrangige Unterhaltsleistungen gedeckt sind, kommt im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Mehrbedarf nach [Â§ 21 Abs 6 SGB II](#) in seiner ab dem 3.6.2010 geltenden Fassung in Betracht (zu [Â§ 21 Abs 6 SGB II idF ab dem 3.6.2010 durch das Gesetz zur Abschaffung des Finanzplanungsrates und zur Übertragung der fortzuführenden Aufgaben auf den Stabilitätsrat sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 27.5.2010, BGBl I 671: BSG vom 12.6.2013 â€‹ BÄ 14 AS 50/12 Râ€‹ SozR 4-4200 Â§ 7 Nr 35](#)). Ein mit der Ausübung von Umgangsrechten verbundener Mehrbedarf kann grundsätzlich bei allen Mitgliedern einer Bedarfsgemeinschaft anfallen und zu decken sein. Der Senat hat bereits entschieden, dass der Mehrbedarf nach [Â§ 21 Abs 6 SGB II](#) in Betracht kommt, wenn bei der Zugehörigkeit eines Kindes zu zwei Bedarfsgemeinschaften nachgewiesenermaßen in einem der Haushalte laufend höhere Bedarfe wegen der wechselnden Aufenthalte des Kindes, die nicht durch vorrangige Unterhaltsleistungen gedeckt sind, anfallen (BSG vom 12.6.2013 â€‹ BÄ 14 AS 50/12 Râ€‹ SozR 4-4200 Â§ 7 Nr 35 RdNr 20). Die Bezugnahme auf die Aufenthalte des Kindes und die vorrangige Deckung von umgangsbedingten Bedarfen durch Unterhaltsleistungen (vgl zur eingeschränkten Berücksichtigung von Kindereinkommen [Â§ 9 Abs 2 Satz 2 SGB II](#)) verdeutlicht die Verknüpfung eines Mehrbedarfs vorrangig mit der Person des umgangsberechtigten Kindes.

Welche besonderen, umgangsbedingten Bedarfe bei den Klägern angefallen sein könnten, hat das LSG nicht festgestellt. Es hat lediglich für Kinder allgemein ausgeführt, dass diese in einer Stammbedarfsgemeinschaft eine Vielzahl der aus einer Regelleistung zu finanzierenden Bedarfe behalten (Kleidung, Haushaltsgeräte, Möbel, Grundgebühren für Kommunikationseinrichtungen usw). Feststellungen zu den konkreten Positionen wird es nachzuholen haben. Wegen der Besonderheiten der durch das Leben in zwei Bedarfsgemeinschaften ausgelagerten Bedarfslagen ist nicht ausgeschlossen, dass der konkrete finanzielle Aufwand über das hinausgeht, was als kindspezifischer regelmäßiger Bedarf mit dem Regelbedarf abzudecken ist (vgl zur Kleidung BSG vom 23.3.2010 â€‹ BÄ 14 AS 81/08 Râ€‹ SozR 4-4200 Â§ 20 Nr 8 RdNr 16; allgemein zu Kosten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Umgangsrechten BSG vom 4.6.2014 â€‹ BÄ 14 AS 30/13 Râ€‹ BSGE 116, 86 = SozR 4-4200 Â§ 21 Nr 18, RdNr 20 ff; BSG vom 18.11.2014 â€‹ BÄ 4 AS 4/14 Râ€‹ BSGE 117, 240 = SozR 4-4200 Â§ 21 Nr 19, RdNr 15 ff; BSG vom 11.2.2015

â□□Â [BÂ 4Â AS 27/14Â RÂ](#) â□□ [BSGE 118, 82](#) =Â SozR 4-4200 Â§Â 21 NrÂ 21, RdNrÂ 17 ff; BSG vom 28.11.2018 â□□Â [BÂ 14Â AS 48/17Â RÂ](#) â□□ [BSGE 127, 78](#) = SozR 4-4200 Â§Â 21 NrÂ 30, RdNrÂ 17). Maßgeblich ist insoweit, dass es sich um eine durch die Wahrnehmung des Umgangsrechts entstehende, weitergehende Bedarfslage als bei typischen Empfãngern von Grundsicherungsleistungen handelt. Zwischen diesen besonderen, aus der Wahrnehmung des Umgangsrechts spezifisch entstehenden Kosten, und den sonstigen Lebenshaltungskosten des Kindes wãhrend des Besuchs beim Elternteil, die durch die Gewãhrung von Sozialgeld bei diesem bereits gedeckt sind, ist zu unterscheiden (vgl hierzu *Knickrehm in Eicher/Luik/Harich, SGBÂ II, 5.Â Aufl 2021, Â§Â 21 RdNrÂ 74*). Mit der Wahrnehmung des Umgangsrechts verbundene Bedarfe kãnnen Ã¼ber [Â§Â 21 AbsÂ 6 SGBÂ II](#) aber nur berÃ¼cksichtigt werden, soweit Vorschriften des SGBÂ II nicht anderweitige Deckungsmãglichkeiten bereithalten (vgl zum Jugendbett als *Erstausstattung BSG vom 23.5.2013 â□□Â [BÂ 4Â AS 79/12Â RÂ](#) â□□ SozR 4-4200 Â§Â 24 NrÂ 5*).

Â

34

cc) Bezogen auf die Bedarfe fÃ¼r Unterkunft und Heizung ist der jeweils volle Kopfteil der monatlichen Aufwendungen fÃ¼r die Wohnung zu berÃ¼cksichtigen, die die Klãger mit ihrer Mutter bewohnen. In der Wohnung des umgangsberechtigten Elternteils wird nicht der Unterkunftsbedarf des minderjãhrigen Kindes gedeckt, auch wenn es mit diesem Elternteil eine Bedarfsgemeinschaft bildet. Denn das Kind hat seinen Lebensmittelpunkt, der Ausgangspunkt des grundsicherungsrechtlichen Unterkunftsbedarfs Minderjãhriger ist, nicht in dieser Wohnung (*BSG vom 17.2.2016 â□□Â [BÂ 4Â AS 2/15Â RÂ](#) â□□ SozR 4-4200 Â§Â 22 NrÂ 89 RdNrÂ 16Â f; BSG vom 29.8.2019 â□□Â [BÂ 14Â AS 43/18Â R](#) Â â□□ [BSGE 129, 72](#) = SozR 4-4200 Â§Â 22 NrÂ 103, RdNrÂ 31), sondern in derjenigen des Obhutselternteils. Die monats- und nicht tageweise Zuordnung der Bedarfe fÃ¼r Unterkunft und Heizung fÃ¼r das Kind als Mitglied der Bedarfsgemeinschaft des Obhutselternteils sichert zudem die vollstãndige Deckung seiner Bedarfe fÃ¼r Unterkunft und Heizung (*zur BerÃ¼cksichtigung dieses Aspekts beim familienrechtlichen Wechselmodell BSG vom 11.7.2019 â□□Â [BÂ 14Â AS 23/18Â RÂ](#) â□□ [BSGE 128, 270](#) = SozR 4-4200 Â§Â 21 NrÂ 33, RdNrÂ 23*). Sie schlieÃt eine Deckungslãcke wegen der Wahrnehmung des Umgangsrechts aus.*

Â

35

dd) SchlieÃlich wird das LSG bei der Einkommensanrechnung nachzuvollziehen haben, dass das Kindergeld allein bei der Deckung der Bedarfe der Klãger in der Bedarfsgemeinschaft mit ihrer Mutter zu berÃ¼cksichtigen ist, sofern diese (Teil-)Betrãge hiervon nicht zur Deckung der Bedarfe der Klãger in der Bedarfsgemeinschaft mit ihrem Vater weitergeleitet hat (vgl schon BSG vom

2.7.2009 [BÄ 14 AS 75/08 RÄ](#) [SozR 4-4200 Ä&Ä 7 NrÄ 13](#) RdNrÄ 18Ä ff).
Demgegenüber ist das Einkommen des Klägers aus Unterhaltsvorschuss bei
diesem in beiden Bedarfsgemeinschaften als Einkommen nach Maßgabe des
[Ä&Ä 11 AbsÄ 1 SatzÄ 1 SGBÄ II](#) berücksichtigungsfähig (vgl BSG vom 2.7.2009
[BÄ 14 AS 54/08 RÄ](#) [BSGE 104, 48](#) = [SozR 4-1500 Ä&Ä 71 NrÄ 2](#),
RdNrÄ 34-35).

Ä

36

Das LSG wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Ä

Erstellt am: 28.04.2022

Zuletzt verändert am: 21.12.2024