



Roland Rosenow

*Das SGB II normiert eine Fiktion der Bedürftigkeit für alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft. Aus dieser Regelung werden weit reichende Konsequenzen für die Verteilung des Einkommens einzelner Mitglieder der „Bedarfsgemeinschaft“ gezogen. Die für die Verteilung des Einkommens in der Einsatzgemeinschaft – nicht der Bedarfsgemeinschaft – bislang vorherrschende Theorie wurde zugunsten einer gleichmäßigen Verteilung aller Einkünfte auf alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aufgegeben. In diesem Beitrag wird gezeigt, dass die neue Methode der Einkommensverteilung bereits mit einfachgesetzlichen Normen unvereinbar ist und darüber hinaus bei genauer Untersuchung der Bedürftigkeitsfiktion sich aus dieser gerade nicht ergibt.*

# Bedürftigkeitsfiktion und Verteilung von Einkommen innerhalb der Bedarfsgemeinschaft im SGB II

Roland Rosenow

## I. Einsatzgemeinschaft und Bedarfsgemeinschaft

Seit Einführung des BSHG besteht eine öffentlich-rechtliche Einstandspflicht für Angehörige, die den bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflichten nur teilweise entspricht. Die Literatur hat dafür den Begriff der „Einsatzgemeinschaft“ geprägt.<sup>1</sup> Der Begriff „Bedarfsgemeinschaft“ wurde und wird noch häufig neben dem der Einsatzgemeinschaft gebraucht. Er wurde geprägt vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge und steht „für eine Zusammenfassung aller Bedarfe und Einkommen in einer gemeinsamen Bedarfsberechnung ohne Aufteilung auf die einzelnen Personen“.<sup>2</sup> Dieser Sprachgebrauch ist nun obsolet, weil der Begriff jetzt in § 7 III SGB II legal definiert ist und damit eine neue und von der bisherigen erheblich abweichende Bedeutung erhalten hat. Da das SGB XII (wie zuvor das BSHG) weder eine Bedarfsgemeinschaft im Sinne von § 7 III SGB II, noch eine Zusammenfassung aller Bedarfe und Einkommen kennt, erscheint es sachgerecht, von „Bedarfsgemeinschaft“ nur noch im Sinne der Legaldefinition des SGB II zu sprechen.<sup>3</sup> Aus der Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft i. S. d. des SGB II erwächst, wie im Folgenden gezeigt wird, keine wirtschaftliche Einstandspflicht für andere Personen. Der Begriff wird in der öffentlichen Debatte fast durchgängig falsch verstanden

### 1. Einsatzgemeinschaft

Die Einsatzgemeinschaft im SGB II findet ihre Rechtsgrundlage in § 9 II 1 und 2 SGB II. Einsatzgemeinschaft heißt: Derjenige, der mit einem Bedürftigen eine Einsatzgemeinschaft bildet, muss diesem von seinem eigenen (bereinigten) Einkommen und Vermögen alles abgeben, was seinen Bedarf übersteigt<sup>4</sup> – ggf. bis der Bedarf des anderen gedeckt ist. „Abgeben“ ist hier abstrakt zu verstehen: Im Ergebnis heißt das, dass die „abzugebenden“ Beträge in voller Höhe die Ansprüche des Bedürftigen mindern.<sup>5</sup> Ein zivilrechtlicher Anspruch des Bedürftigen gegen denjenigen, der über seinen individuellen Bedarf übersteigendes Einkommen und Vermögen verfügt, erwächst daraus nicht. Allerdings korrespondieren diese Einstandspflichten im Wesentlichen mit einer gesteigerten Unterhaltspflicht nach bürgerlichem Recht bzw. der Einstandspflicht

<sup>4</sup> Dabei stellte sich nach altem Recht die Frage, ob dieser Bedarf sich nur auf die laufenden Leistungen erstreckt, oder ob und ggf. in welcher Höhe einmalige Hilfen zu berücksichtigen sind. vgl. dazu VG Hamburg, Urteil vom 17.2.2003 – 2 VG 3412/99, info also 2003, 160–162: Der Bedarf des Einkommensbeziehers innerhalb der Einsatzgemeinschaft ist um 15% des Regelsatzes für den Haushaltsvorstand aufzustocken zur pauschalen Abgeltung einmaliger Bedarfe; vgl. dazu Dietrich Schoch, Selbstbehalt in der Einsatzgemeinschaft, info also 2003, 147–148. Nach neuem Sozialhilferecht ist die Frage, inwieweit im Selbstbehalt innerhalb der Einsatzgemeinschaft einmalige Bedarfe zu berücksichtigen sind, wohl noch ungeklärt. Klärungsbedarf besteht allerdings, denn neben den einmaligen Hilfen gem § 31 SGB XII dürften vor allem einmalige Bedarfe im Rahmen der Kosten der Unterkunft zu berücksichtigen sein – die nach neuem Recht nicht mehr nur die laufenden (§ 3 RegelsatzVO a.F.), sondern auch die einmaligen Kosten der Unterkunft umfassen; vgl. Berlitz, Wohnung und Hartz IV, NDV 2006, 5–28 (15).

<sup>5</sup> Wenn der den eigenen Bedarf bzw. Freibetrag übersteigende Teil des Einkommens tatsächlich nicht an den Bedürftigen abgegeben bzw. zur Deckung von dessen Bedarf aufgewandt wird, ergeben sich Probleme, die hier nicht Thema sind; vgl. dazu: Dietrich Schoch in Rothkegel (Hg.), Sozialhilferecht, 2005, S. 309.

<sup>1</sup> Vgl. dazu Dietrich Schoch, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1999, S. 172 ff.; Dietrich Schoch in Ralf Rothkegel (Hg.), Sozialhilferecht, 2005, S. 311 ff.

<sup>2</sup> Dietrich Schoch in Rothkegel (Hg.), Sozialhilferecht, 2005, S. 309.

<sup>3</sup> Rothkegel und Schoch verwenden den Begriff im Kontext des SGB XII weiterhin in einem von der Bedeutung im SGB II abweichenden Sinn: „Der Begriff mag dann noch verwendet werden, wenn alle Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft nach § 19 SGB XII sozialhilfebedürftig sind.“ Dietrich Schoch in Rothkegel (Hg.), Sozialhilferecht, 2005, S. 309; vgl. Ralf Rothkegel, Sozialhilferecht, 2005, S. 82.

innerhalb der Ehe. Einzige Ausnahme war bislang die eheähnliche Gemeinschaft.<sup>6</sup>

Die Einstandspflicht in diesem Sinne ist im SGB II wie im SGB XII eindeutig geregelt<sup>7</sup>: Aus § 19 SGB XII und § 9 II 1 und 2 SGB II ergibt sich im Einzelnen, wer für wen bis zur Grenze der eigenen Bedürftigkeit einstehen muss. Erstaunlich ist dabei, dass die Einstandspflichten in SGB II und SGB XII einander keineswegs vollständig entsprechen. Für die folgenden Ausführungen ist jedoch besonders von Bedeutung, dass die Einstandspflicht nicht immer reziprok ist. Daher ist der Begriff der Einsatzgemeinschaft insofern verwirrend, als z.B. der Vater im Verhältnis zu seinem in seinem Haushalt lebenden 14-jährigen Sohn eine Einsatzgemeinschaft bildet, *nicht jedoch umgekehrt*.

Es ist also zu unterscheiden zwischen wechselseitigen und einseitigen Einstandspflichten.<sup>8</sup> Eine wechselseitige Einstandspflicht besteht zwischen nicht getrennt lebenden Ehepartnern und nicht getrennt lebenden Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Für informelle Partnerschaften gilt i.W. das-

selbe mit der Einschränkung, dass eine Einsatzgemeinschaft im Fall informeller Partnerschaft im Rahmen des SGB II nur dann besteht, wenn die Partner *in einem Haushalt* zusammenleben.<sup>9</sup>

Eine einseitige Einstandspflicht besteht im SGB II und im SGB XII für Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern, die mit ihnen in einem Haushalt leben.<sup>10</sup> Im SGB II besteht eine solche darüber hinaus für die im Haushalt lebenden volljährigen Kinder bis zum Alter von 24 Jahren und – jedenfalls bei semantischer Auslegung – für Kinder einer Person, mit der der Einstandspflichtige in formeller oder informeller Bindung lebt, sofern Einstandspflichtiger, Partner und dessen Kind in einem Haushalt zusammenleben.

## 2. Bedarfsgemeinschaft

Der Gesetzgeber des SGB II hat den Begriff der Bedarfsgemeinschaft aufgegriffen und erstmals legal definiert. Die Regierungsbegründung des 4. Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt lässt vermuten, dass der Begriff zunächst wohl so verstanden worden ist, wie der Deutsche Verein ihn geprägt hat, denn hier wird die Bedarfsgemeinschaft als Subjekt des Anspruchs auf Grundsicherungsleistungen genannt.<sup>11</sup> Dies ist insofern ungenau, als der Gesetzgeber einen Anspruch „der Bedarfsgemeinschaft“ gerade nicht geschaffen hat.<sup>12</sup> Ansprüche nach dem SGB II haben nur „Personen“.<sup>13</sup>

§ 38 SGB II des Entwurfes entspricht der heute noch gültigen Fassung der hier normierten Vertretungsvermutung, die sich nicht nur auf die Beantragung, sondern auch auf die Entgegennahme von Leistungen bezieht. Mehr als die Vertretungsvermutung folgt aus § 38 SGB II jedoch nicht. Aus der Definition der Bedarfsgemeinschaft in § 7 III SGB II ergibt sich ebenso wenig wie aus § 38 SGB II die „Zusammenfassung aller Bedarfe und Einkommen“ aller Mitglieder „ohne Zuordnung von individuellem Bedarf und persönlichem Einkommen“.<sup>14</sup> Das BSG hat das mittlerweile bestätigt und klargestellt, dass zum ersten die Bedarfsgemein-

6 Mit dem Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.7.2007 ist – jedenfalls bei wörtlicher Auslegung – die Einstandspflicht für Kinder des Partners hinzugekommen, § 9 II 2 SGB II n.F., dazu s.u.

7 Eine Ausnahme ist das Problem des Einkommenseinsatzes für „Stiefkinder“, also Kinder des Partners. Zum einen ist umstritten, ob eine solche Einstandspflicht überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist; Wenner, SozSich 2006, 146 (156). Zum zweiten erklärt der Gesetzgeber diese überraschende Neuerung damit, dass die Ungleichbehandlung von formellen und nicht-formellen Paaren in Bezug auf § 9 V beendet werden solle; BT-Drucks. 16/1410, S.20: „Der bisherige Wortlaut des § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II macht nicht hinreichend deutlich, dass Einkommen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft auch auf den Bedarf nicht leiblicher Kinder anzurechnen ist. Dies hat zur Folge, dass bei nicht miteinander verheirateten Partnern das Einkommen des nicht leiblichen Elternteils nicht auf den Bedarf eines nicht leiblichen Kindes angerechnet wird. Bei verheirateten Partnern entsteht dagegen zum nicht leiblichen Kind eine Schwägerschaft, so dass entsprechend der Regelung des § 9 Abs. 5 vermutet wird, dass das nicht leibliche Kind vom Stiefelternteil Leistungen erhält. Nach derzeitigem Rechtsstand werden daher verheiratete Partner gegenüber unverheirateten Partnern schlechter gestellt. Mit der Änderung wird daher klargestellt, dass – auch entsprechend der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers – Einkommen innerhalb einer Bedarfsgemeinschaft in beiden Fallgestaltungen auf den Bedarf eines nicht leiblichen Kindes anzurechnen ist und damit die Schlechterstellung von Ehen gegenüber nichtehelichen Partnerschaften aufgelöst.“ Diese Passage ist mehr als erstaunlich und erweckt den Eindruck, dass die Ministerialbürokratie dem Parlament verschleiern wollte, was hier eigentlich geändert wurde. Das ist umso interessanter, als die Bundesagentur für Arbeit bereits am 20.9.2005 in der Durchführungshinweisen zu § 9 SGB II ausgeführt hat: „Nach den fachlichen Hinweisen der BA zu § 9 SGB II (Rz. 9.43) sind das Einkommen und Vermögen von Partnern auf den Bedarf aller zur Bedarfsgemeinschaft zählenden minderjährigen unverheirateten Kinder anzurechnen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt. Die Einkommensanrechnung auf den Bedarf der nicht leiblichen Kinder wird in Petitionen und Eingaben, die an das BMWA und den Ombudsrat gerichtet sind, vielfach kritisiert. Inzwischen liegen auch mehrere Gerichtsbeschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz vor. Da keiner der bisherigen Beschlüsse die Rechtsauffassung des BMWA stützt, wird hieran nicht mehr festgehalten. Deshalb ist ab sofort eine Einkommensanrechnung auf den Bedarf der nicht leiblichen Kinder nach § 9 Abs. 1 SGB II bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nicht mehr vorzunehmen.“ (zitiert nach dem auf der Website [www.tachelesozialhilfe.de](http://www.tachelesozialhilfe.de) am 12.10.2007 zur Verfügung stehenden Download) Die Rechtsprechung hat das Problem bislang i.W. so gelöst, dass § 9 II 2 SGB II in Bezug auf die Partnerkinder so ausgelegt wird, dass eigentlich nur eine Gleichstellung formeller und nicht formeller Partnerschaften vor § 9 V SGB II gemeint sei: SG Berlin, 8.1.2007 – S 103 AS 10869/06 ER; SG Düsseldorf, 1.3.2007 – S 24 AS 27/07 ER; SG Duisburg, 7.3.2007 – S 17 AS 60/07; SG Schleswig, 26.3.2007 – S 3 AS 143/07 ER; LSG Baden-Württemberg, 19.4.2007 – L 3 AS 1740/07 ER-B; LSG Nordrhein-Westfalen, 12.5.2005 – L 9 B 12/05 AS ER (alle juris); vgl. a. Helga Spindler, Anmerkung zu SG Berlin, 8.1.2007 – S 103 AS 10869/06 ER, info also 2007, 125.

8 Schoch spricht von einer „Zweibahnstraße“ zwischen Ehegatten und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft und einer „Einbahnstraße“ zwischen Eltern und Kindern. Dietrich Schoch, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1999, S. 171.

9 Im SGB XII ist die Gleichstellung informeller Partnerschaften wie zuvor im BSHG durch das Besserstellungsverbot in § 20 SGB XII gelöst. Dadurch besteht eine rechtliche Gleichstellung, die z.B. auch für den Fall gilt, dass ein Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft Leistungen der stationären Pflege benötigt, während der andere im eigenen Haushalt lebt – der wahrscheinlich häufigste Fall einer Einsatzgemeinschaft zwischen nicht getrennt lebenden Ehepartnern, die nicht in Haushaltsgemeinschaft leben. Im SGB II hingegen besteht zwischen Ehepartnern und Lebenspartnern eine Einsatzgemeinschaft wie im SGB XII immer dann, wenn sie nicht getrennt leben. Für Angehörige informeller Partnerschaften gilt dies darüber hinaus nur dann, wenn sie auch in Haushaltsgemeinschaft leben; § 7 III Nr. 3 c SGB II.

10 Ausnahme: Wenn der/die junge Erwachsene schwanger ist oder ein leibliches Kind zuhause betreut, das nicht älter als sechs Jahre ist, werden Einkommen und Vermögen der Eltern nicht berücksichtigt (§ 9 III SGB II, § 19 IV SGB XII). Die Beschränkung des Alters des Kindes auf 6 Jahre ist im SGB II sinnlos und dürfte auf einem redaktionellen Versehen beruhen. Es wurde offensichtlich übersehen, die Altersgrenze anzuheben oder besser abzuschaffen, als die Einsatzgemeinschaft mit den Eltern zum 1.7.2006 auf 18- bis 24-Jährige erweitert wurde.

11 „Der Anspruch der Bedarfsgemeinschaft auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts wird grundsätzlich nach der Vermutungsregelung des § 38 realisiert.“ BT-Drucks. 15/1516, S.52.

12 Vgl. Albrecht Brühl, SGB II: Zurück zur Arbeitsfürsorge, info also 2004, 104-110 (108).

13 § 7 I und II SGB II; dies hat die Rechtsprechung zwischenzeitlich einhellig bestätigt, vgl. nur BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R, NDV-RD 2007, 3-8 = FamRZ 2007, 724-728 = SGB 2007, 308-314 = FEVS 58, 259-271. Die Arbeitsgemeinschaften haben ihre Praxis der Rechtslage im Sommer 2007 insoweit angepasst, als die Bescheide jetzt neben der Summe der Einzelansprüche die Individualansprüche beziffern – allerdings i.d.R. nicht in ihrer jeweiligen Summe, sondern in mindestens zwei Teilbeträgen für Kosten der Unterkunft und Regelleistung.

14 Dietrich Schoch, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1999 S. 172.

schaft kein Rechtssubjekt *sui generis* ist und dass zum zweiten Ansprüche nach dem SGB II wie solche nach altem und neuem Sozialhilferecht Individualansprüche sind.<sup>15</sup> Unabhängig davon, was der Gesetzgeber mit dem Begriff der Bedarfsgemeinschaft bezweckt hat, ist also festzustellen, dass er eine Bedarfsgemeinschaft im alten Verständnis des Deutschen Vereins im SGB II jedenfalls nicht geschaffen hat. Statt dessen hat er den Begriff *legal neu definiert*.

Diese neue Bedeutung des Begriffs erschließt sich allerdings nicht auf den ersten Blick. § 7 III SGB II regelt nur, wer mit wem eine Bedarfsgemeinschaft bildet, ohne dass daraus bereits Rechtsfolgen erwachsen. Es handelt sich um eine „nackte“ Legaldefinition, die normiert, dass Personen, die hier genannt werden, einer „Gemeinschaft“ zugeordnet werden. Eine Gemeinschaft zwischen zwei Personen ist grundsätzlich reziprok: Wenn Person A im Verhältnis zu Person B mit dieser eine Bedarfsgemeinschaft bildet, dann gilt das auch umgekehrt. Eine Differenzierung wie diejenige zwischen wechselseitigen und einseitigen Einstandspflichten („Zweibahnstraße“ und „Einbahnstraße“) enthält die Legaldefinition der Bedarfsgemeinschaft nicht.

Eine Bedarfsgemeinschaft kann nicht nur zwischen Mitgliedern einer Einsatzgemeinschaft bestehen, sondern auch zwischen Geschwistern – die auch im SGB II nicht füreinander einstandspflichtig sind. Die denkbaren Konstellationen sind ausgesprochen vielfältig. So kann z.B. eine Bedarfsgemeinschaft eine 22-jährige erwerbsfähige Frau, ihren 1-jährigen Sohn, ihre 50-jährige erwerbsunfähige Mutter und auch deren Partner umfassen, wenn diese Personen in einem Haushalt zusammenleben und nur die 22-jährige hilfebedürftig ist. Keines der anderen Mitglieder dieser Bedarfsgemeinschaft ist für sie einstandspflichtig.

## II. Rechtsfolgen der Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft

Die Rechtsfolgen der Zuordnung zu einer Bedarfsgemeinschaft sind im Wesentlichen überraschend unspektakulär: Sie ist konstitutiv für den Anspruch auf Sozialgeld und einige weitere Leistungen für Personen, die keinen Anspruch auf ALG II haben.<sup>16</sup> Innerhalb der Bedarfsgemeinschaft gilt die Vertretungsvermutung aus § 38 SGB II, die insofern asymmetrisch ist, als nur vermutet wird, dass erwerbsfähige Hilfebedürftige die übrigen Mitglieder vertreten – nicht hingegen wird vermutet, dass nicht erwerbsfähige Hilfebedürftige andere Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft vertreten.

In § 9 II 1 und 2 SGB II findet der Begriff der Bedarfsgemeinschaft zwar Verwendung, hat aber *keinen normativen Gehalt*: In § 9 II 1 SGB II wird bereits der Begriff des Partners, der in § 7 III SGB II definiert ist, aufgegriffen. Der Begriff der Bedarfsgemeinschaft ist damit überflüssig: Würde der Relativsatz „die in einer Bedarfsgemeinschaft leben“ weggelassen, wäre der Regelungsinhalt derselbe. In § 9 II 2 SGB II könnte der Begriff „Bedarfsgemeinschaft“ durch den Begriff „Haushaltsgemeinschaft“ oder die Formulierung „die in einem Haushalt zusammenleben“ ersetzt werden, ohne dass sich etwas änderte. Dem Begriff der Bedarfsgemeinschaft kommt also auch hier keine eigenständige Funktion und damit kein normativer Gehalt zu. Aus der Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft alleine ergibt sich also keine Einstandspflicht. Darauf hinzuweisen ist deshalb wichtig, weil der Begriff

der Bedarfsgemeinschaft von der Verwaltung<sup>17</sup> und ganz offensichtlich auch von Teilen der Ministerialbürokratie dahin gehend missverstanden worden ist, dass sich bereits aus der Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft eine Einstandspflicht für alle übrigen Mitglieder ergebe: Die Einstandspflicht für Kinder des Partners wurde erst durch die Änderung von § 9 II 2 SGB II durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.7.2007 eingeführt. Die Bundesregierung hat zu dieser bemerkenswerten Neuerung schlicht erklärt, dass klargestellt werden solle, was schon seit 1.1.2005 so geregelt sei. Tatsächlich bestand eine Einstandspflicht für Partnerkinder aber bis zum 31.7.2006 nicht.<sup>18</sup> Inwieweit eine solche seit 1.8.2006 besteht, ist derzeit wohl unklar.

Dieser Änderung ungeachtet sind auch nach aktueller Rechtslage nicht alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft füreinander wechselseitig einstandspflichtig: Geschwister wechselseitig nicht und Kinder nicht für Eltern. Zwar gehören Kinder, die ihren Lebensunterhalt aus eigenem Einkommen oder Vermögen bestreiten können, nicht zur Bedarfsgemeinschaft ihrer Eltern – und damit ggf. auch nicht zu derjenigen ihrer Geschwister.<sup>19</sup> Da aber die Auffassung vertreten wird, dass auch dasjenige Einkommen, das zur Deckung des eigenen Bedarfes benötigt wird, z.T. vorrangig zur Deckung der Bedarfe anderer aufzuwenden sei (s.u.), kommt es auf die Frage nach einer Einstandspflicht von Kindern innerhalb der Bedarfsgemeinschaft gegenüber ihren Eltern und Geschwistern entscheidend an.

Einstandspflichten erwachsen aus der bloßen Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft also nicht. Sie ist lediglich konstitutiv für Ansprüche auf Sozialgeld und auf Leistungen nach § 7 II 2 SGB II. Außerdem begründet sie die gesetzliche Vermutung, dass ihre Mitglieder durch einen erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, der ihr angehört, in Bezug auf die Beantragung und die Entgegennahme von Leistungen vertreten werden.<sup>20</sup> Bleibt die Bedürftigkeitsfiktion aus § 9 II 3 SGB II, die von Albrecht Brühl im Jahr 2004 mit dem Satz kommentiert wurde: „Deutschland sucht den Superstar, der dieses Rätsel löst.“<sup>21</sup> Der Autor macht sich nicht

15 BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R, SGB 2007, 308-314 = NDV-RD 2007, 3-8 = FamRZ 2007, 724-728 = FEVS 58, 259-271.

16 § 7 II SGB II.

17 SG Hamburg, 10.3.2005 – S 52 AS 40/05 ER, NDV 2005, 319: „Das Gericht folgt demgegenüber nicht den Durchführungshinweisen der Bundesagentur für Arbeit zum SGB II (Stand: 7.3.2005) auf die sich die Antragsgegnerin stützt. Das Gericht ist an diese Hinweise nicht gebunden und die hier einschlägige Regelung in Nr. 9.43 der Durchführungshinweise dürfte mit dem SGB II nur bedingt vereinbar sein. In Nr. 9.43 der Durchführungshinweise ist bestimmt, dass auch das Einkommen von Partnern auf den Bedarf aller zur Bedarfsgemeinschaft zählenden minderjährigen unverheirateten Kindern anzurechnen ist, unabhängig davon, ob es sich um gemeinsame Kinder handelt. Dabei sollen unterhaltsrechtliche Bestimmungen nach dem BGB insoweit unbeachtlich sein.“

18 § 9 II 2 SGB II a.F. war insofern eindeutig, was von Rechtsprechung durchgängig bestätigt wurde: SG Aurich, 8.2.2005 – S 25 AS 2/05 ER, NDV-RD 2005, 35-36 = info also 2005, 127-129; SG Lüneburg, 10.2.2005 – S 25 AS 17/05 ER, info also 2005, 129-130; SG Oldenburg, 22.2.2005 – S 47 AS 29/05 ER = NdsRpfl 2005, 169-172; SG Schleswig, 2.3.2005 – S 1 AS 51/05 ER, juris; SG Düsseldorf, 8.3.2005 – S 23 AS 54/05 ER, NDV 2005, 319; LSG Thüringen, 8.3.2005 – L 7 AS 112/05 ER, NZS 2005, 662-665; SG Hamburg, 10.3.2005 – S 52 AS 40/05 ER, NDV 2005, 319; LSG Nordrhein-Westfalen, 4.5.2005 – L 9 B 4/05 AS ER, SozSich 2005, 316; LSG Berlin-Brandenburg, 14.7.2005 – L 14 B 48/05 AS ER, ZFSH/SGB 2006, 94-98 = FEVS 57, 298-303; LSG Hamburg, 2.8.2005 – L 5 B 186/05 ER AS, FEVS 57, 62-64 = ZFSH/SGB 2006, 156-157 = NZS 2006, 383-384; LSG Sachsen, 15.9.2005 – L 3 B 44/05 AS-ER, juris.

19 § 7 III Nr. 4 SGB II

20 Daneben hat die Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft Auswirkungen auf die Höhe der Regelleistung (§ 20 SGB II). Außerdem ist auf §§ 20 I 3 und 22 IIa SGB II hinzuweisen, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden muss.

21 Albrecht Brühl, SGB II: Zurück zur Arbeitsfürsorge, info also 2004, 104-110 (109).

anheischig, dieses Rätsel zu lösen, sondern möchte lediglich zeigen, dass die von Mecke<sup>22</sup> vertretene und dem LSG Hessen<sup>23</sup> bestätigte Auffassung, die aus der Bedürftigkeitsfiktion weit reichende Folgen für die Bezifferung der Einzelansprüche ableitet, nicht haltbar ist.

### III. Einkommensverteilung in der Einsatzgemeinschaft

Ansprüche der wirtschaftlichen Grundsicherung werden berechnet nach der Formel: Bedarf – bereinigtes Einkommen = Anspruch. Daher kann der individuelle Anspruch im Fall einer Einsatzgemeinschaft mit einer Person, die selbst nicht bedürftig ist, nur ermittelt werden, wenn festgestellt wird, in welcher Höhe diese Person Einkommen für den Hilfebedürftigen einzusetzen hat. In der sozialhilferechtlichen Literatur wurden dazu drei Theorien entwickelt: Kopfteilslösung, Kaskadenlösung und Verhältnis- oder Prozentlösung.<sup>24</sup> Jeder dieser Wege belässt demjenigen, der über eigenes Einkommen verfügt, denjenigen Teil dieses Einkommens, den er zur Deckung des eigenen Bedarfes benötigt. Das diesen Betrag übersteigende Einkommen – im Folgenden „überschießendes Einkommen“ genannt – wird auf diejenigen, für die der Einkommensbezieher einstandspflichtig ist, verteilt.

#### 1. Kaskadenlösung

Nach der Kaskadenlösung wird das überschießende Einkommen zunächst in voller Höhe einem zweiten Mitglied der Einsatzgemeinschaft zugeordnet. Ob dies der Partner oder ein Kind ist, wird dabei offen gelassen. Wenn nach diesem Rechenschritt die Bedürftigkeit der zweiten Person wegfällt, wird das überschießende Einkommen der dritten Person zugeordnet usw. Diesen Weg hat das OVG Schleswig-Holstein in einem Urteil vom 16.2.2002 zugunsten der Kopfteilslösung verworfen.<sup>25</sup> Ansonsten hat sich die Rechtsprechung – jedenfalls soweit sie veröffentlicht ist – mit der Frage nach der Methode, nach der überschießendes Einkommen auf mehrere Personen zu verteilen ist, offenbar kaum befasst.

#### 2. Kopfteilslösung

Nach der Kopfteilslösung wird das überschießende Einkommen durch die Zahl der übrigen Mitglieder der Einsatzgemeinschaft geteilt. Jedem weiteren Mitglied wird also ein gleich hoher Betrag zugeordnet. Das kann dazu führen, dass nach diesem ersten Rechenschritt ein anderes Mitglied der Einsatzgemeinschaft über überschießendes Einkommen verfügt. In diesem Fall ist der Rechenschritt so oft zu wiederholen, bis kein überschießendes Einkommen mehr vorhanden ist. Dies ist der größte Nachteil der Kopfteilslösung. Nur die Verhältnislösung kommt mit einem Rechenschritt aus.

#### 3. Verhältnis- oder Prozentlösung

In der Literatur wird die Verhältnislösung für die schlüssigste gehalten.<sup>26</sup> Danach ist das zu verteilende Einkommen im Verhältnis zum jeweils ungedeckten Bedarf zu verteilen. Dies hat gegenüber der Kopfteilslösung den Vorteil, dass nur ein Rechenschritt erforder-

lich ist. Die Formel zur Ermittlung des auf den Anspruch einer bedürftigen Person anzurechnenden Einkommens lautet:

*Anzurechnendes Einkommen = ungedeckter Individualbedarf : Summe der ungedeckten Individualbedarfe x (bereinigtes Einkommen des Einstandspflichtigen – Bedarf des Einstandspflichtigen)*

Der ungedeckte Individualbedarf ist dabei der individuelle Bedarf abzüglich des eigenen bereinigten Einkommens.

Die Verhältnislösung erscheint auch im Rahmen des SGB II sachgerecht<sup>27</sup>, wird aber nicht praktiziert. Seit die Arbeitsgemeinschaften in ihren in dem Programm A2LL erstellten Bescheiden Einzelansprüche ausweisen, ist auch aus einem Bewilligungsbescheid (und nicht erst aus einem Rückforderungsbescheid) ohne weiteres ersichtlich, dass die Bundesagentur alle Einkünfte innerhalb der Bedarfsgemeinschaft nach der „Bedarfsanteilmethode“ verteilt.

#### 4. Bedarfsanteilmethode

Die Bundesagentur für Arbeit hat für den Anwendungsbereich des SGB II die Bedarfsanteilmethode entwickelt.<sup>28</sup> Nach dieser Methode soll das Einkommen jedes Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft – nicht der Einsatzgemeinschaft – gleichmäßig auf alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft verteilt werden. Mecke hat diese Methode in folgende Formel gefasst:

*Persönlicher Leistungsanspruch = persönlicher Bedarf : Summe aller Bedarfe in der Bedarfsgemeinschaft x (Summe aller Bedarfe abz. Summe der bereinigten Einkünfte aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft)*<sup>29</sup>

Die Praxis der Arbeitsgemeinschaften ist allerdings differenzierter: Das Kindergeld und i.d.R. auch den Kindesunterhalt ordnen die Arbeitsgemeinschaften zumeist exklusiv dem Kind zu, das den Anspruch auslöst bzw. innehat.<sup>30</sup> Das gilt nur, insoweit das Kind nicht über Einkommen verfügt, das seinen Bedarf übersteigt. Dieser Fall spielt indes hier keine Rolle, da das Kind dann nicht mehr zur Bedarfsgemeinschaft gehört.<sup>31</sup>

#### 5. Positionen zur Bedarfsanteilmethode

Die Quelle der Bedarfsanteilmethode liegt im Dunkeln. Die Gesetzesmaterialien enthalten keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber des SGB II von der früheren Praxis der Einkommensverteilung im BSHG abweichen wollte. Die Bundesagentur für Arbeit

<sup>27</sup> So auch Brühl in LPK-SGB II, 2. Aufl. § 9 Rz 43 und Kiesel, Die Bedeutung des § 9 II 3 SGB II und die Frage, ob das Berechnungsprogramm der BA das Gesetz richtig umsetzt, ZfR 2005, 217-227.

<sup>28</sup> Bundesagentur für Arbeit (BA), Durchführungshinweise zum SGB II i.d.F. vom 1.6.2007 Rz. 9.48.

<sup>29</sup> Mecke in Eicher/Spellbrink (Hg.), Komm. zum SGB II 2005, § 9 Rz. 39.

<sup>30</sup> Die Praxis der BA ist hier insofern schlüssig, als man wohl auch im Rahmen der Bedarfsanteilmethode § 11 I 3 SGB II als *lex specialis* im Verhältnis zu § 9 II 3 SGB lesen muss. Sie ist insofern un schlüssig, als die Zuordnung etwa von Unterhaltsvorschuss oder Unterhalt wie die Zuordnung von Kindergeld erfolgt – Unterhalt wird nur dem Kind zugeordnet, zu dessen Gunsten Unterhalt geleistet wird. Das widerspricht der von der BA vertretenen Theorie. Sonstiges Einkommen eines Kindes, insbesondere Erwerbseinkommen, verteilt die BA wiederum nach der Bedarfsanteilmethode.

<sup>31</sup> § 7 III Nr. 4 SGB II; die Bescheide der Arbeitsgemeinschaften behandeln nicht bedürftige Kinder iÜ zumeist gleichwohl insofern als Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, als sie als solche aufgeführt und in der Berechnung des Gesamtbedarfs berücksichtigt werden. Dadurch wird ihnen das Kindergeld, das sie etwa zur Deckung ihrer unangemessenen Unterkunftskosten oder anderer Bedarfe, die das SGB II nicht vorsieht (z.B. Kosten für die Fahrt zur Schule) benötigen, nicht belassen, sondern wirkt sich anspruchsmindernd bei den Eltern aus.

<sup>22</sup> Mecke in Eicher/Spellbrink (Hg.), Komm. zum SGB II 2005, § 9 Rz. 32-39 SGB II.

<sup>23</sup> LSG Hessen, 12.3.2007 – L 9 AS 33/06, *lexisnexis*.

<sup>24</sup> Dietrich Schoch in Rothkegel (Hg.), Sozialhilferecht, 2005, S. 313; ausführlich: Schoch, Sozialhilfe, 2. Aufl. 1999, S. 169-193.

<sup>25</sup> OVG Schleswig-Holstein, 16.2.2002 – 2 L 137/01 = *info also* 2002, 129-130.

<sup>26</sup> Albrecht Brühl in LPK-SGB II, 2. Aufl. § 9 Rz. 43 m.w.N.

hat die Bedarfsanteilmethode durchgesetzt, indem sie die Software, mit der die Ansprüche nach dem SGB II berechnet werden, nach ihr hat programmieren lassen.<sup>32</sup>

Kievel hat das bereits im ersten Jahr der Geltung des SGB II gezeigt und kritisiert.<sup>33</sup> Die bereits zitierte Kommentierung von Mecke ist der Methode der Bundesagentur für Arbeit unter Bedenken gefolgt. Hengelhaupt unternimmt gar nicht erst den Versuch, zu erklären, wie sich die Bedarfsanteilmethode aus dem Gesetz ergeben soll. Er bezieht sich einfach auf die Durchführungshinweise der Bundesagentur für Arbeit.<sup>34</sup> Hänlein nimmt Bezug auf die Debatte und trifft seine Entscheidung zugunsten der Bedarfsanteilmethode, ohne allerdings erklären zu können oder auch nur zu wollen, wie denn diese Methode aus dem Gesetz herauszulesen sein soll.<sup>35</sup> Er zäumt das Pferd von hinten auf, indem er seine Position damit begründet, dass die Bedarfsanteilmethode auch „einen guten Sinn“ habe. Sie knüpfe nämlich an die Lebenswirklichkeit an, dass „in einer Familie in aller Regel keineswegs zuerst der Bedarf des ‚breadwinners‘ gedeckt, [sondern] dass vielmehr ‚aus einem Topf‘ gewirtschaftet werde.“ Bevor eine Rechtsposition durch allgemeine Überlegungen legitimiert wird, müsste jedoch erst einmal ein nachvollziehbarer Zusammenhang zwischen dieser Position und der Norm, auf die sich stützt, dargelegt werden.

Die Position derjenigen Autoren, die sich der Bundesagentur für Arbeit angeschlossen haben, ist besonders hinsichtlich folgender Punkte unzureichend:

- Mit Ausnahme Meckes, der immerhin einen (nicht überzeugenden) Versuch unternimmt, erklärt niemand, wie denn die Bedarfsanteilmethode aus der Bedürftigkeitsfiktion überhaupt entspringen soll.
- Niemand äußert sich zu der Frage, wie es mit der vorrangigen Regelung der Einsatzgemeinschaft zu vereinbaren sein soll, dass die Bedarfsanteilmethode Geschwister untereinander und Kinder gegenüber ihren Eltern einsatzpflichtig macht, sofern sie selbst bedürftig sind.
- Der offenkundige Widerspruch zwischen der Bedarfsanteilmethode und § 9 III SGB II wird nicht thematisiert.
- Es wird nicht problematisiert, dass die Bedarfsanteilmethode dazu führt, dass Rückforderungsbescheide an Personen ergehen, für die derjenige, der Einkommen erzielt hat, nicht einstandspflichtig ist.

Im Folgenden wird zunächst gezeigt, dass die Bedarfsanteilmethode im systematischen Zusammenhang des SGB II nur dann vertreten werden kann, wenn sie mit einem umfangreichen Ausnahmekatalog versehen wird. Im Anschluss geht es um die Frage, ob es überhaupt eine Rechtsquelle für die Bedarfsanteilmethode gibt.

#### IV. Anwendungsprobleme der Bedarfsanteilmethode

Der Bedarfsanteilmethode ist bislang i. W. entgegengehalten worden, sie sei verfassungswidrig, weil eine Person, die tatsächlich

nicht bedürftig ist, damit zum Hilfeempfänger werde.<sup>36</sup> Unabhängig davon, ob die Verfassung das verbietet oder nicht, ergeben sich bereits auf einfach-gesetzlicher Ebene erhebliche Probleme und Widersprüche.

Leistungen nach dem SGB II werden durch Verwaltungsakt mit Dauerwirkung bewilligt. Damit besteht – anders als im Rahmen des BSHG – die Möglichkeit der verschuldensunabhängigen rückwirkenden Änderung zu Lasten des Hilfeempfängers bei nach Erlass des Verwaltungsaktes hinzugekommenen Einkünften.<sup>37</sup> Vor allem wegen der Anrechnung von Erwerbseinkommen im Zuflussmonat<sup>38</sup> und zum Teil aufgrund der erheblichen Bearbeitungszeiten bei den Leistungsträgern<sup>39</sup> hat diese Vorschrift große Bedeutung. Da Rückforderungen aus § 50 SGB X nur zu Lasten desjenigen Leistungsempfängers ergehen können, dem eine Leistung zu Unrecht bewilligt worden ist, ist die Bezifferung der Einzelansprüche der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft spätestens im Fall einer Rückforderung notwendig.<sup>40</sup> Daraus ergibt sich eine hohe praktische Relevanz der Bezifferung der Individualansprüche der Mitglieder von Bedarfsgemeinschaften. Wenn dabei die Bedarfsanteilmethode zugrunde gelegt wird, führt das zu Konsequenzen, die mit anderen Regelungen des SGB II und des SGB XII unvereinbar sind:

##### 1. Einsatz des Einkommens unter dem Existenzminimum für Leistungsbezieher nach dem SGB II ohne eigenen Leistungsanspruch

Die Mitgliedschaft in einer Bedarfsgemeinschaft bedeutet nicht, dass der betroffenen Person Ansprüche nach dem SGB II erwachsen. Keine Ansprüche trotz Mitgliedschaft haben u. a.

- Personen, die Anspruch auf Leistungen nach dem 4. Kap. des SGB XII haben<sup>41</sup>
- Personen, die vom Leistungsausschluss für Auszubildende erfasst sind,<sup>42</sup> und
- Personen, die von einem der Leistungsausschlüsse aus § 7 IV SGB II erfasst sind.

Die Bedarfsanteilmethode führt dazu, dass dasjenige Mitglied, das selbst keinen Anspruch nach dem SGB II hat, von seinem Einkommen so viel zur Bedarfsdeckung der Leistungsbezieher nach dem SGB II einsetzen muss, dass es selbst seinen Bedarf nicht mehr decken kann. Denn § 11 I 1 SGB II sieht zwar vor, dass Leistungen nach dem SGB II nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind. Das gilt aber nicht für Leistungen nach anderen Gesetzen und noch weniger für sonstige Einkünfte, die ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft, das selbst keinen Anspruch nach dem SGB II hat, zur Deckung seines eigenen Bedarfs benötigt.

Das heißt: Ein 66-jähriger Bezieher von Grundsicherung nach dem 4. Kap. des SGB XII, dessen 64-jährige Ehefrau noch Arbeitslosengeld II erhält, müsste die Hälfte seiner Grundsicherung zur Bedarfsdeckung seiner Frau einsetzen. Die Ehefrau bekäme nur die halbe Leistung. Der Ehemann erhielte trotzdem keine

32 Das Programm heißt A2LL und findet – soweit dem Autor bekannt – bei allen Arbeitsgemeinschaften Anwendung. Die Optionskommunen verwenden überwiegend andere Programme.

33 Kievel, Die Bedeutung des § 9 II 3 SGB II und die Frage, ob das Berechnungsprogramm der BA das Gesetz richtig umsetzt, ZfF 2005, 217–227.

34 Hengelhaupt in Hauck/Noftz (Hg.), Komm. zum SGB II, 10. EL, § 9 Rz. 100 ff. ohne Hinweis auf a. A.; Dauber in Mergler/Zink, Handbuch der Grundsicherung und Sozialhilfe, 7. EL, § 9 Rz. 30 hält sich bedeckt und verweist darauf, dass die Frage streitig ist.

35 Hänlein in Gagel, Komm. zum SGB III, 29. EL, § 9 Rz 37 ff. (Rz. 42).

36 Brühl/Schoch in LPK-SGB II 2. Aufl. § 9 Rz 24; Kievel, Die Bedeutung des § 9 II 3 SGB II und die Frage, ob das Berechnungsprogramm der BA das Gesetz richtig umsetzt, ZfF 2005, 217–227.

37 § 48 I 2 Nr. 3 SGB X.

38 § 2 II 1 ALG II-VO.

39 Wenn Hilfeempfänger der Behörde die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit mitteilen, dauert es mitunter 6 Monate und länger, bis auf diese Mitteilung mit einer Anpassung oder Aufhebung des Bewilligungsbescheides reagiert wird.

40 Udsching/Link, Aufhebung von Leistungsbescheiden im SGB II, SGB 2007, 513–521.

41 § 5 II 2 SGB II.

42 § 7 V SGB II.

Leistungen nach dem SGB II, da er von diesen ausgeschlossen ist.<sup>43</sup> Die Unvereinbarkeit dieses Ergebnisses mit dem System des Grundsicherungsrechts ist evident.<sup>44</sup>

## 2. Indirekte Leistungen für Personen ohne Leistungsanspruch

Umgekehrt hat die Bedarfsanteilmethode zur Folge, dass Personen ohne eigenen Leistungsanspruch ein Teil des nicht bedarfsdeckenden Einkommens eines Leistungsberechtigten zuerkannt wird. Das mag für den Betroffenen ein attraktives Ergebnis sein, ist aber mit dem Grundsatz der Nachrangigkeit von Grundsicherungsleistungen nicht zu vereinbaren.

Beispiel: Bedarfsgemeinschaft, bestehend aus einem Mann und einer Frau in eheähnlicher Lebensgemeinschaft, Kosten der Unterkunft gesamt 500 Euro. Sie studiert, hat jedoch keinen Anspruch (mehr) auf Ausbildungsförderung, erhält aber von ihren Eltern monatlich 280 Euro Unterhalt. Er ist geringfügig beschäftigt und verdient bereinigt 300 Euro monatlich. Die Bedarfe beider betragen jeweils 312 Euro + 250 Euro KdU (Kosten der Unterkunft) = 562 Euro. Die Summe der Bedarfe beträgt 1.124 Euro. Der insgesamt ungedeckte Bedarf beträgt 544 Euro. Nach der Bedarfsanteilmethode beträgt der Leistungsanspruch des leistungsberechtigten Mannes 272 Euro. Richtig wäre 262 Euro (Bedarf 562 – bereinigtes Einkommen 300 = Anspruch 262). Stellen die Eltern der Partnerin ihre Unterhaltszahlungen ein, führt dies dazu, dass der Anspruch 412 Euro beträgt, denn der ungedeckte Gesamtbedarf beträgt dann  $(562 * 2) - 300 \text{ Euro} = 824 \text{ Euro}$ , daraus  $\frac{1}{2} = 412 \text{ Euro}$ . Denn das Einkommen des Hilfeempfängers muss nach der Formel Meckes zur Hälfte seiner Partnerin zuerkannt werden. Niemand wird sich auf den Standpunkt stellen, dass dieses Ergebnis vom Gesetzgeber gewollt ist.<sup>45</sup>

## 3. Einstandspflicht bei Bedürftigkeit gegen § 9 II 1, 2 SGB II

Die Bedarfsanteilmethode führt in einer großen Zahl von Fällen dazu, dass bestimmte Personen erst dadurch für andere einstandspflichtig werden, dass sie selbst bedürftig sind: nämlich Geschwister füreinander und Kinder für ihre Eltern. Beide Einstandspflichten fallen weg, sobald die Hilfebedürftigkeit entfällt. Das widerspricht ganz offenkundig dem Sinn der Einstandspflicht:

Beispiel 1: Bedarfsgemeinschaft, bestehend aus einem Ehepaar, einem 18-jährigen (1) und einem 19-jährigen (2) Kind, beide gehen zur Schule. Das Kindergeld wird den Kindern jeweils voll zugerechnet. Beide Kinder haben einen Bedarf von 278 Euro Regelleistung + 150 Euro KdU = 428 Euro und einen ungedeckten Bedarf von 428 Euro – KG (Kindergeld) 154 = 274 Euro. In den Sommerferien verdient Kind 1 im Rahmen eines Ferienjobs 650 Euro brutto, 580 Euro netto, bereinigt 370 Euro.

Folge: Kind 1 zählt nicht mehr zur Bedarfsgemeinschaft und erhält gem. §§ 48 I 2 Nr. 3, 50 SGB X einen Aufhebungs- und Erstattungsbescheid über 274 Euro abz. eines Anteils von 56% seiner Unterkunfts-kosten ohne Heizkosten.<sup>46</sup> Wenn die Unterkunfts-kosten ohne Heizkosten pro Person 135 Euro betragen, ergibt sich ein Erstattungsbetrag von 214,60 Euro zu Lasten von Kind 1.

43 § 5 II 2 SGB II – vgl. Sächsisches LSG 7.9.2006 – L 3 AS 11/06; im Fall eines Ehepartners, der altersbedingt Anspruch auf Grundsicherung nach dem 4. Kap. des SGB XII hat, wurde hier eine Ausnahme von der Bedarfsanteilmethode angenommen.

44 So im Ergebnis auch die Hinweise der BA: Durchführungshinweise i. d. F. vom 1.6.2007 Rz. 9.50.

45 Auch die BA nicht, vgl. BA, Durchführungshinweise i. d. F. vom 1.6.2007, Rz. 9.50 ff.

46 § 40 II SGB II.

Beispiel 2: Verdient Kind 1 im Beispiel 1 nur 400 Euro brutto wie netto – bereinigt 240 Euro – ist dieses Einkommen nach der Bedarfsanteilmethode auf die Eltern und Kind 2 aufzuteilen. Kind 2 hat einen ungedeckten Bedarf von 274 Euro, die Eltern jeweils von 312 Euro + 150 Euro = 462 Euro. Das bereinigte Einkommen von Kind 1 ist bei beiden Kindern jeweils i. H. v. 44,67 Euro und bei den Eltern jeweils i. H. v. 75,33 Euro anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Es haben also insgesamt 4 separate Aufhebungs- und Erstattungsbescheide zu ergehen.<sup>47</sup> Der insgesamt zu erstattende Betrag ist dabei um 25,40 Euro höher als im ersten Fall, in dem Kind 1 *mehr* verdient hat.

Mit der Verteilung des Einkommens von Kind 1 auf die Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft wird vorausgesetzt, dass Kind 1 seinen Verdienst aus dem Ferienjob in o. g. Höhe zur Deckung der Bedarfe seiner Angehörigen eingesetzt hat, obwohl eine Einstandspflicht weder unter Geschwistern, noch gegenüber den Eltern besteht. Wenn Kind 1 hingegen soviel verdient, dass seine Bedürftigkeit entfällt, zählt es nicht mehr zur Bedarfsgemeinschaft. Die Folge: Es wird nicht mehr unterstellt, dass es sein Einkommen zur Deckung der Bedarfe seiner Eltern und Geschwister zur Verfügung stellt.

Das Ergebnis ist vor § 9 II 1, 2 SGB II unhaltbar. Denn selbst dann, wenn man § 9 II 3 SGB II dahingehend auslegen wollte, dass hier eine Art erweiterte Einstandspflicht normiert sei, dann wäre § 9 II 1, 2 SGB II jedenfalls *lex specialis* im Verhältnis zu einem so verstandenen § 9 II 3 SGB II. Denn § 9 II 1, 2 regelt, wer für wen einstandspflichtig ist, während die Bedürftigkeitsfiktion – wenn überhaupt – nur eine unspezifische Regelung sein könnte, die alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft undifferenziert wechselseitig füreinander einstandspflichtig machte.

## 4. Anrechnung von Sachbezügen

Die Frage, ob Krankenhausverpflegung als geldwerte Leistung und damit als Einkommen i. S. v. § 11 SGB II zu werten ist, ist umstritten.<sup>48</sup> Die Arbeitsgemeinschaften behandeln die Krankenhauskosten als Einkommen, das sich mindernd nicht nur auf den Anspruch desjenigen Mitglieds der Bedarfsgemeinschaft, das stationär behandelt wird, sondern anteilig auf alle Einzelsprüche auswirkt.

47 So auch die Praxis: Die Durchführungshinweise der BA sind hier widersprüchlich: Einerseits sollen „Einkommen und Vermögen des zur Bedarfsgemeinschaft gehörenden unverheirateten Kindes nicht auf den Bedarf der Eltern anzurechnen“ sein (BA, Durchführungshinweise i d F vom 1.6.2007, Rz. 9.44). Andererseits legt die Formulierung in Rz. 9.49 mindestens nahe, dass das Einkommen des Kindes, das zur Bedarfsgemeinschaft gehört, auch nach der Bedarfsanteilmethode aufgeteilt wird. In der Praxis scheint dies überwiegend dann zu erfolgen, wenn es sich nicht um Kindergeld und Unterhalt handelt.

48 Verpflegung nicht als Einkommen anzurechnen:

LSG Niedersachsen-Bremen, 30.7.2007 – L 8 AS 186/07 ER; VG Bremen, 13.7.2007 – S 7 K 1968/06; SG Berlin, 22.6.2007 – S 37 AS 8103/06; SG Osnabrück, 20.6.2007 – S 24 AS 189/07; SG Berlin, 24.4.2007 – S 93 AS 9826/06; SG Mannheim, 28.2.2007 – S 9 AS 3882/06; SG Freiburg, 24.10.2006 – S 9 AS 1557/06 (alle juris).

Verpflegung als Einkommen anzurechnen:

SG Hamburg, 20.8.2007 – S 56 AS 1948/06; LSG Baden-Württemberg, 19.7.2007 – L 7 AS 1431/07; LSG Rheinland-Pfalz, 19.6.2007 – L 3 ER 144/07 AS; Bayerisches LSG, 19.6.2007 – L 11 AS 4/07; LSG Niedersachsen-Bremen, 29.1.2007 – L 13 AS 14/06 ER (alle juris).

Die Aufzählung ist nicht vollständig. Die Rechtsfrage ist Gegenstand eines zur Zeit beim BSG anhängigen Verfahrens, B 14 AS 22/07 R.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat durch die Neufassung der ALG II-V einen Versuch unternommen, den Streit zugunsten der BA zu entscheiden. Ob das erfolgreich sein wird, muss ich noch erweisen, denn die zugrunde liegende Verordnungsermächtigung erstreckt sich nicht auf die Erweiterung der Einkommensdefinition des § 11 SGB II, sondern lediglich darauf, weitere Einkunftsarten zu privilegieren und Freibeträge zu pauschalieren; § 13 Nrn 1, 3 SGB II.

Beispiel: Bedarfsgemeinschaft aus einer Mutter und einer 22-jährigen Tochter. Die Kosten der Unterkunft betragen insgesamt 400 Euro, Kindergeldanspruch besteht nicht. Die Mutter ist erwerbstätig und verdient monatlich brutto 750 Euro, netto 630 Euro, bereinigt 400 Euro. Der Bedarf der Mutter beträgt 347 Euro + 200 Euro KdU = 547 Euro, derjenige der Tochter 278 Euro + 200 Euro = 478 Euro. Das Erwerbseinkommen der Mutter wird nach Bedarfsanteilmethode i.H.v. 213,46 Euro (53%) ihr selbst und i.H.v. 186,54 Euro (47%) der Tochter zugerechnet. Damit ergeben sich Ansprüche i.H.v. 333,54 Euro für die Mutter und 291,46 Euro für die Tochter. Die Tochter hat der Vertretungsvermutung aus § 38 SGB II widersprochen. Beide Frauen erhalten daher ihre Leistungen separat. Die Mutter muss sich einer stationären Behandlung unterziehen, deren Dauer Einfachheit halber vom 1. bis zum 31. 5. angenommen wird. Die Krankenhausverpflegung wird als Einkommen berücksichtigt, das der Mutter wegen § 9 II 3 SGB II zu 53% und der Tochter zu 47% zugerechnet wird. Falls die Krankenhausverpflegung mit rund 120 Euro beziffert wird, erhält die Tochter einen Rückforderungsbescheid über 56,40 Euro.<sup>49</sup> Wenn sie einwendet, dass ihr aus der Krankenhausbehandlung der Mutter kein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen sei, dann ist das überzeugend. Denn Sachbezüge wie freie Kost können naturgemäß nicht zur Deckung der Bedarfe anderer aufgewandt werden. Das aber impliziert die Bedarfsanteilmethode, weil Einkünfte ungeachtet ihrer Art nach der og. Formel allen Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft zugeordnet werden.

### 5. Schutz junger Schwangerer und Mütter

§ 9 III SGB II macht für junge Mütter und Schwangere eine Ausnahme von der Einsatzgemeinschaft mit ihren Eltern.<sup>50</sup> Regelungstechnisch ist das dadurch gelöst, dass § 9 II 2 SGB II – nicht Satz 3! – von der Anwendung auf den definierten Personenkreis ausgenommen wird. Wenn § 9 II 3 SGB II iSd Bedarfsanteilmethode gelesen wird, geht § 9 III SGB II ins Leere. Denn die Eltern der jungen Schwangeren oder Mutter hätten dann ihr Einkommen nicht nur oberhalb des eigenen Bedarfs, sondern auch unterhalb desselben wie ausgeführt zur Bedarfsdeckung ihrer Tochter einzusetzen.

Beispiel: Eine 18-jährige Mutter eines 2-jährigen Kindes lebt zusammen mit ihren Eltern. Ihr Vater ist erwerbstätig. Sein bereinigtes Einkommen übersteigt den Bedarf der Eheleute um 200 Euro. Die 18-Jährige ist erwerbsfähig und hilfebedürftig und damit in der Terminologie von Brühl/Schoch „primär leistungsberechtigt“.<sup>51</sup> Ihr Kind gehört wegen § 7 III Nr. 4 SGB II und ihre Eltern gehören wegen § 7 III Nr. 2 zu ihrer Bedarfsgemeinschaft. § 9 III befreit die Eltern von der Einstandspflicht für die Tochter. Eine Einstandspflicht für das Enkelkind ergibt sich aus § 9 II 1,2 SGB II nicht. Bei Anwendung der Bedarfsanteilmethode hätte der Vater sein Erwerbseinkommen für seine Tochter *und* für sein Enkelkind einzusetzen. Es kann keinesfalls angenommen werden, dass ein solches Ergebnis vom Gesetzgeber gewollt ist, denn § 9 III SGB II wäre dann vollkommen sinnlos.

Das Problem wird auch nicht durch den Vorrang der spezielleren Vorschrift gelöst. Denn daraus ergäbe sich zunächst der Vorrang von § 9 II 1,2 SGB II vor § 9 II 3 SGB II. § 9 III SGB II schließt die Anwendung von § 9 II 2 SGB II für bestimmte Personen aus. Damit wäre § 9 II 3 SGB II erst recht anzuwenden. Denn ein Anwendungsausschluss für § 9 II 3 SGB II ergibt sich aus § 9 III SGB II nicht.

An diesem Fall wird aus der Perspektive der Ausnahme noch einmal deutlich, dass der Gesetzgeber den Begriff der Bedarfsgemeinschaft nicht in dem Sinne verwendet, in dem er zuvor in der wissenschaftlichen Diskussion gebraucht worden war. Wäre nämlich unter „Bedarfsgemeinschaft“ zu verstehen, was der Wortsinn nahe legt, müsste § 9 III SGB II den hier privilegierten Personenkreis aus der *Bedarfsgemeinschaft* ausschließen. Tatsächlich ist die Anwendbarkeit von § 9 II 2 SGB II – und nicht etwa von § 7 III SGB II – beschränkt und damit wie im SGB XII eine Ausnahme von *Einsatzgemeinschaft* normiert.

Hier wird besonders deutlich, dass „Bedarfsgemeinschaft“ ein Begriff ist, der nur streng im Sinne der Legaldefinition verwendet werden darf, wenn man zu einem im systematischen Kontext des SGB II vertretbaren Ergebnis gelangen will.

### V. Auslegung von § 9 II 3 SGB II als Verteilungsregel?

Das Ziel dieser Untersuchung liegt – wie gesagt – nicht darin, zu erklären, was § 9 II 3 SGB II regelt, sondern lediglich darin, zu zeigen, was § 9 II 3 SGB II jedenfalls nicht regelt: nämlich die Einkommensverteilung innerhalb der Einsatzgemeinschaft. Das ergibt sich zuerst daraus, dass die Bedürftigkeitsfiktion sich auf die Bedarfsgemeinschaft bezieht – nicht auf die Einsatzgemeinschaft. Das Problem der Einkommensverteilung stellt sich jedoch in der Bedarfsgemeinschaft nicht, da die Mitgliedschaft in einer solchen keine Einsatzpflichten begründet – weder zu Lasten, noch zu Gunsten eines Mitglieds.

Unter IV. wurde ersichtlich, dass die Bedarfsanteilmethode, die § 9 II 3 als Verteilungsregel auslegt, in einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen dergestalt in Widerspruch zu einfachgesetzlichen Normen gerät, dass sie nur haltbar wäre, wenn man sie mit einem ganzen Katalog von Ausnahmen ausstattete.<sup>52</sup> Der Auslegung von § 9 II 3 SGB II, die die Bundesagentur für Arbeit und die oben zitierten Autoren vornehmen, könnte deshalb nur dann gefolgt werden, wenn man unter Anwendung der Auslegungsregeln überzeugend zu diesem Ergebnis gelangen könnte. Das kann man jedoch nicht, wie nun noch zu zeigen ist.

§ 9 II 3 SGB II enthält nach dem Wortsinn keine Regelung, die die Verteilung von Einkommen beträfe. Die gegenteilige Auffassung wird daher maßgeblich darauf gestützt, dass die Bedürftigkeitsfiktion nicht abstrakt bleibt, sondern durch die Formulierung „im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf“ den Anschein erweckt, die fingierte Bedürftigkeit könne beziffert werden.

Eine Bezifferung der Bedürftigkeit im Sinne des SGB II ist jedoch ebenso wenig sinnvoll wie etwa die Bezifferung des gewöhnlichen Aufenthaltes. Hilfebedürftigkeit ist in § 9 I SGB II legal definiert. Sie kann gegeben sein oder nicht gegeben sein. Eine „Abstufung“ oder Quantifizierung der Hilfebedürftigkeit ist mit der Legaldefinition unvereinbar: Wer seinen Lebensunterhalt „nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln“ sichern kann, der ist hilfebedürftig. Die Frage nach der Hilfebedürftigkeit kann also sinnvoll nur mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden – und nicht mit einer Zahl. Man kann im Sinne der Legaldefinition nicht in einem bestimmten Maß hilfebedürftig sein. Wenn Hilfebedürftigkeit – neben den übrigen Anspruchsvoraussetzungen – vorliegt, besteht Anspruch auf Leistungen, der

<sup>49</sup> So auch die aktuelle Praxis.

<sup>50</sup> Ebenso § 19 IV SGB XII.

<sup>51</sup> LPK-SGB II 2. Aufl. § 7 Rz. 46.

<sup>52</sup> Der Deutsche Verein weist in seinem gerade erschienenen „Ersten Positionspapier des DV zur Neuausrichtung der Bedarfsgemeinschaft im SGB II“ auf die unter 4. ausgeführten Probleme hin, stellt aber nicht in Frage, dass die derzeitige Praxis der BA der geltenden Rechtslage entspricht, und regt daher gesetzgeberische Maßnahmen an; NDV 2007, 431-436.

sich nach der Formel Anspruch = Bedarf – bereinigtes Einkommen errechnet. Hilfebedürftigkeit ist also konstitutiv für den Anspruch, entfaltet jedoch keinen Einfluss auf dessen Höhe. Dies wird durch § 19 Satz 3 SGB II bestätigt.

Die Leistung nach §§ 20, 28 SGB II ist eine bedarfsunabhängige Fixleistung. Das hat der Gesetzgeber mit § 3 III 2 SGB II noch einmal ausdrücklich bekräftigt. Der Begriff „Regelleistung“ ist daher irreführend und wurde entweder unreflektiert oder zum Zwecke der Publikumstäuschung dem Begriff des Regelsatzes nachgebildet. Das Teilwort „Regel-“ bedeutet hier nichts und ist vollständig entbehrlich.

Die Bundesagentur hat den Begriff der Bedürftigkeit lange Zeit dahin gehend ausgeweitet, dass nicht nur gem. § 11 zu berücksichtigendes Einkommen, sondern auch so etwas wie „abweichende Bedürftigkeit“ anspruchsmindernd zu berücksichtigen sei. Deshalb wurde die Krankenhausverpflegung nicht als geldwerter Sachbezug i. S. v. § 11 SGB II gewertet, sondern unter Bezugnahme auf § 9 I SGB II wegen „verminderter Bedürftigkeit“ von der in der Regelleistung enthaltenen Position für Ernährung von der Leistung in Abzug gebracht. Dies war unhaltbar und wurde von der Rechtsprechung einhellig verworfen.<sup>53</sup>

Im Unterschied zur Bedürftigkeit ist der Bedarf zu beziffern. „Gesamtbedarf“ ist zu lesen als „Summe aller Bedarfe in der Bedarfsgemeinschaft“.<sup>54</sup> Das „Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf“ kann also gebildet werden. Aber: Die Hilfebedürftigkeit ist im unmittelbaren Kontext der Bedürftigkeitsfiktion legal definiert als eine nicht quantifizierbare Qualität. Man hat in der Scholastik des Hochmittelalters die Frage diskutiert, ob die Allmacht Gottes auch die Möglichkeit umfasst, dass zwei und zwei fünf ist, wenn Gott das will. Aber auch damals war man davon überzeugt, dass mathematische Gesetze auch für den Kaiser gelten. Mit anderen Worten: Wenn der Gesetzgeber eine nicht quantifizierbare Qualität durch Bezugnahme auf den Quotienten zweier quantifizierbarer Qualitäten quantifizieren will, ändert das nichts daran, dass das nicht möglich ist. Im Ergebnis: Die Formulierung „im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf [...] hilfebedürftig“ ergibt keinen Sinn.<sup>55</sup>

Das BSG hat sich ähnlich geäußert, dabei aber darauf hingewiesen, dass auch Normen, deren Sinn sich nicht ohne weiteres erschließt, zu beachten sind. Zur Frage der Einkommensverteilung hat sich das oberste Sozialgericht aber nicht geäußert, sondern aus der Bedürftigkeitsfiktion zunächst nur verfahrensrechtliche Folgen abgeleitet.<sup>56</sup> Dabei hat sich das BSG zu der hier

entscheidenden Frage, was es zu bedeuten habe, dass Hilfebedürftigkeit der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft nur eingeschränkt – eben im „im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf“ – fingiert wird, nicht geäußert.

Inwieweit die Bedürftigkeitsfiktion aus § 9 II 3 SGB II überhaupt Rechtsfolgen entfalten kann, die über die Aktivlegitimation aller Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft in einem streitigen Verfahren, das SGB II-Leistungen betrifft, hinausgehen, ist hier nicht zu beantworten. Eine Verteilungsregel, betreffend Einkünfte innerhalb der Bedarfsgemeinschaft, kann jedenfalls nicht abgeleitet werden.

Mit semantischer Auslegung kommt man § 9 II 3 SGB II kaum bei. Jedenfalls führt sie nicht zur Bedarfsanteilmethode. Auf dem Wege systematischer Auslegung erweist sich die Bedarfsanteilmethode als unhaltbar, da sie mit §§ 3 III 2, 5 II, 7 IV-VI, 9 I, 9 II 1, 2, 9 III, 11 I 3 und 19 3 SGB II unvereinbar ist. Teleologische und historische Auslegung stehen angesichts der kaum aussagekräftigen Materialien auf schwachen Füßen.<sup>57</sup> Außerdem ergibt sich daraus rein gar nichts, was für die Bedarfsanteilmethode spräche.

## VI. Verfassungsmäßigkeit von § 9 II 3 SGB II?

Die aus der Bedürftigkeitsfiktion abgeleitete Bedarfsanteilmethode wurde als verfassungswidrig kritisiert, weil sie denjenigen, der selbst für sich sorgen kann, bedürftig mache.<sup>58</sup> Dieser Kritik sind die Gerichte bislang nicht gefolgt.<sup>59</sup> Ob das Grundgesetz es zuließe, Personen, die ihren Lebensunterhalt selbst erwirtschaften, auf dem Wege einer öffentlich-rechtlichen Einstandspflicht von Grundsicherungsleistungen abhängig zu machen, muss jedoch anhand von § 9 II 3 SGB II nicht entschieden werden. Denn diese Vorschrift müsste jedenfalls dann, wenn aus ihr die Bedarfsanteilmethode abgeleitet werden sollte, schon viel früher scheitern – nämlich am Gebot der Normenklarheit.<sup>60</sup>

57 Vgl. Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 2. Aufl., § 9 Rz. 40: „Zu Sinn und Zweck äußern sich die Gesetzesmaterialien nicht, sondern wiederholen lediglich den ersten Halbsatz des Gesetzestextes wörtlich und geben den zweiten so wieder: ‚ist jede Person der Bedarfsgemeinschaft im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf an der Hilfebedürftigkeit beteiligt.‘“ vgl. BT-Drucks. 15/1616, S. 53.

58 Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 2. Aufl., § 9 Rz. 24.

59 LSG Thüringen, 31.1.2006 – L 7 AS 770/05 ER, juris: „Insbesondere werden verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, wenn ein solches Familienmitglied verpflichtet ist, seine Mittel für andere einzusetzen mit der Folge, dass er dadurch selbst auf staatliche Hilfe angewiesen ist. Diese verfassungsrechtlichen Bedenken sollen nach einer Auffassung in der Literatur dadurch gelöst werden, dass § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II verfassungskonform ausgelegt wird und nur bei den Personen von (anteiliger) Hilfebedürftigkeit ausgegangen werden soll, deren Mittel zur Deckung ihres eigenen Bedarfs nicht ausreichen (Radüge in Schlegel/Voelzke/Radüge, juris Praxiskommentar, SGB II, 2005, § 9 Rn. 49; Schoch, ZfF 2004, S. 169, 171). Verfassungsrechtliche Bedenken hat der Senat bei der Anwendung von § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II aber nicht. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass bei zusammenlebenden Familienangehörigen „aus einem Topf“ gewirtschaftet wird und innerhalb der Bedarfsgemeinschaft die vorhandenen Mittel daher – jedenfalls bis zu einem gewissen Umfang – zusammengefasst werden. In einem solchen Fall ist es schon aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität zur Ordnung und Abwicklung von Massenverfahren zwingend, gewisse Typisierungen zu ermöglichen. Auch zeigt der Wortlaut der Vorschrift („gilt jede Person ... als hilfebedürftig“), dass der Gesetzgeber die Hilfebedürftigkeit aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung lediglich fingiert.“ Auch das LSG Hessen nimmt Bezug auf die Argumentation von Brühl/Schoch, ohne jedoch substantiiert darzulegen, wie aus § 9 II 3 SGB II die Bedarfsanteilmethode, die mit dieser Entscheidung bestätigt wird, abzuleiten sein soll; LSG Hessen, 12.3.2007 – L 9 AS 33/06, juris.

60 BVerfG, 12.1.1967 – 1 BvR 169/63; BVerfG, 11.5.2007 – 2 BvR 543/06 www.bundesverfassungsgericht.de

53 Insofern kommen alle dem Autor bekannten Entscheidungen zu demselben Ergebnis.

54 Vgl. Brühl/Schoch in LPK-SGB II, 2. Aufl. § 9 Rz. 42 SGB II.

55 Kiesel schlägt vor, § 9 II 3 SGB II so auszulegen, dass die Verhältnislösung – von ihm Proportionallösung genannt – gesetzlich vorgeschrieben sei; Kiesel, Die Bedeutung des § 9 II 3 SGB II und die Frage, ob das Berechnungsprogramm der BA das Gesetz richtig umsetzt, ZfF 2005, 217-227; so im Ergebnis auch Brühl in LPK-SGB II, 2. Aufl., § 9 Rz. 23 ff.

56 „Dies mag wenig sinnvoll erscheinen, entspricht jedoch dem Willen des Gesetzgebers, der nicht einfach übergangen werden kann. Deshalb ist sogar in den Fällen, in denen das Einkommen einzelner Personen innerhalb der Bedarfsgemeinschaft zur Deckung ihrer eigenen Bedarfe, nicht jedoch zur Deckung des Gesamtbedarfs der Bedarfsgemeinschaft genügt, ein – von den Ausnahmen (unter 2) abgesehen – Vorgehen aller Bedarfsgemeinschaftsmitglieder erforderlich, um die ‚für die Bedarfsgemeinschaft insgesamt höchstmögliche Leistung‘ zu erlangen. Bei Widerspruch oder Klage nur eines einzigen Bedarfsgemeinschaftsmitglieds würde sich sonst die missliche und nicht erwünschte Konsequenz ergeben, dass diesem einzelnen Mitglied möglicherweise kein oder nur ein geringfügig höherer Anspruch zuzugestehen wäre, obwohl der Bedarfsgemeinschaft in der Sache insgesamt höhere Leistungen zustehen.“ BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R, SGB 2007, 308-314 = NDV-RD 2007, 3-8 = FamRZ 2007, 724-728 = FEVS 58, 259-271.



Das BSG hat sich darauf beschränkt, aus der Bedürftigkeitsfiktion Folgerungen für die Aktivlegitimation in Verfahren, die Leistungen nach dem SGB II betreffen, abzuleiten.<sup>61</sup> Ob § 9 II 3 SGB II darüber hinaus etwas normiert, erscheint zweifelhaft, muss hier aber nicht entschieden werden. Denn auf dem Wege der Auslegungsregeln lässt sich der Bedürftigkeitsfiktion jedenfalls nicht entnehmen, dass hier eine die Regelungen der Einsatzgemeinschaft aus § 9 II 1, 2 SGB II sprengende Verteilungsregel für Einkommen innerhalb Bedarfsgemeinschaft vorläge.

## VII. Fazit

Die Bedarfsanteilmethode, nach der die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen der Leistungen nach dem SGB II überschießendes Einkommen verteilt, entbehrt einer Rechtsgrundlage. Eine Einkommensverteilung findet im SGB II nicht in der Bedarfsgemeinschaft, sondern ausschließlich in der Einsatzgemeinschaft statt. Sie erfolgt richtigerweise wie im SGB XII nach der Verhältnismethode.

Die derzeitige Literaturlage erweckt zumindest den Eindruck, dass zu großen Teilen die Position der Bundesagentur für Arbeit ungeprüft nachgezeichnet wurde, ohne dass dafür tragfähige Gründe vorlägen. Größtenteils werden solche gar nicht erst geltend gemacht. Das ist äußerst bedenklich. Denn Aufgabe der Verwaltung ist es, Recht anzuwenden. Normsetzende Kompetenz kommt ausschließlich der Legislative zu. Im vorliegenden Fall hat der Gesetzgeber eine Norm erlassen, die unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit mindestens unzureichend ist. Die Bundesagentur für Arbeit hat daraus Schlüsse gezogen, die sich aus dem Wortlaut der Norm nicht ergeben, im systematischen Kontext des SGB II unvertretbar sind, und für die die Gesetzesmaterialien nicht den geringsten Anhaltspunkt bieten. Auch ein Normzweck lässt sich nicht erkennen.

Diese Schlüsse werden von Teilen der Kommentarliteratur – der man Verzweiflung angesichts einer kryptischen Vorschrift zugute halten mag – *ex post* für rechtmäßig erklärt. Dabei wird offenbar weitgehend übersehen, dass die Bedarfsanteilmethode zu einer erheblichen Entlastung der Bundesagentur für Arbeit auf Kosten der Kommunen führt<sup>62</sup> – ein Problem, das nach Kenntnis des Autors bei weitem nicht allen Kommunen bekannt ist.

Die Frage der Einkommensverteilung wird hauptsächlich in Verfahren justiziabel, die Aufhebungs- und Erstattungsbescheide zum Gegenstand haben. Die Rechtsprechung wird sich in diesem Zusammenhang mit der Frage auseinanderzusetzen haben, nach welcher Methode Einkommen in der Einsatzgemeinschaft nach § 9 II 1, 2 SGB II zu verteilen ist.

<sup>61</sup> BSG, 7. 11. 2006 – B 7b AS 8/06 R, SGB 2007, 308-314 = NDV-RD 2007, 3-8 = FamRZ 2007, 724-728 = FEVS 58, 259-271.

<sup>62</sup> § 19 Satz 3 SGB II; Kievel hat das bereits im Jahr 2005 gesehen und detailliert gezeigt – Kievel, Die Bedeutung des § 9 II 3 SGB II und die Frage, ob das Berechnungsprogramm der BA das Gesetz richtig umsetzt, ZfF 2005, 217-227. Hier kann nur auf diesen Aufsatz verwiesen und das Problem nicht vertieft werden.