

# Aktuelle Entwicklungen bei den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende.

Bedarfsgemeinschaften, Familien, Paare

*Udo Geiger*

## I. Einleitung

Die Bedarfsgemeinschaft (BG) ist eine Neuschöpfung des SGB II, die unter bestimmten Voraussetzungen Paare und Familien umfasst. Sie steuert die Höhe der Regelleistung<sup>1</sup>, verschafft nicht erwerbsfähigen Mitgliedern der BG akzessorische Ansprüche auf Sozialgeld und macht auch BG-Mitglieder mit bedarfsdeckendem Einkommen zu Leistungsbeziehern (§ 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II)<sup>2</sup>.

Das Konstrukt der BG war von Beginn an heftiger Kritik ausgesetzt, die horizontale Einkommensverteilung nach § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II wurde gar als verfassungswidrig eingestuft. Ob ein Entschließungsantrag der Länder Niedersachsen und Sachsen-Anhalt auf Einführung einer vertikalen Einkommensanrechnung in der BG<sup>3</sup> Chancen auf Durchsetzung hat, scheint nach den Änderungen, die im Zusammenhang mit der Neuregelung der SGB II-Trägerschaft diskutiert werden und wegen der den Bund gegenüber den Kommunen begünstigenden Rechenregel des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II<sup>4</sup> eher zweifelhaft. Das BSG hat gegen die horizontale Einkommensverteilung in der BG keine durchgreifenden Einwände<sup>5</sup>. Die SGB II-Träger und die Gerichte werden sich daher wohl noch geraume Zeit mit kniffligen Rechtsfragen zur BG herumschlagen müssen.

---

1 Bis längstens zum 31.12.2010 nach Prozentsätzen des vollen Regelsatzes.

2 Sofern sie keinem Leistungsausschluss nach § 7 Abs. 4, Abs. 5 SGB II unterliegen.

3 BR-Drs. 750/09 vom 6.10.2009.

4 S. dazu *Rosenow*, SGB 2009, S. 554 ff.

5 S. z. B. Urteil vom 28.10.2009 – B 14 AS 55/08 R.

## II. Ehepaare und eingetragene Lebenspartnerschaften

Ehepaare und eingetragene Lebenspartner sind kraft Gesetzes zum gegenseitigen Beistand verpflichtet. Leben sie im gemeinsamen Haushalt zusammen und reicht das Einkommen nicht zur Deckung des Existenzminimums, verschärft sich die gegenseitige Unterstützungsverpflichtung bis auf die Grenze des SGB II – oder SGB XII – definierten Hilfebedarfs; die unterhaltsrechtlichen Selbstbehalte gelten in der BG nach § 7 Abs. 3 SGB II oder der Einsatzgemeinschaft nach § 19 SGB XII nicht.

Sie kommen erst ins Spiel, wenn die Gemeinschaft zerbricht. Dann bestimmt das „größzügigere“ Unterhaltsrecht darüber, ob und wie viel Einkommen des getrennt lebenden, nicht hilfebedürftigen Partners angerechnet oder eingefordert (§ 33 SGB II) werden kann.

Von daher verwundert es nicht, dass die Frage, wann Ehepaare oder Lebenspartner getrennt leben, schon bald Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen war und kontroverse Entscheidungen hervorgebracht hat. So war umstritten, ob das „dauernd Getrenntleben“ im Sinne des § 7 Abs. 3 Nr. 3 a) SGB II eigenständig nach Sinn und Zweck der BG und des normativen Zusammenhangs mit § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB II so zu verstehen ist, dass zur Annahme einer Trennung schon eine Aufhebung der Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft von nicht nur vorübergehender Dauer genügt<sup>6</sup> oder ob – wie im Familienrecht – auch ein Trennungswille eines der Partner unabdingbar ist.

Nachdem das BSG letzteres in einem Rentenverfahren angenommen hatte<sup>7</sup>, ist jüngst auch für die Trennung der Ehepaar-BG gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 3a) SGB II die Feststellung eines Trennungswilles i. S. von § 1567 Abs. 1 BGB verlangt worden<sup>8</sup>. Da es hieran fehlte, hat das BSG trotz getrennter Wohnungen und eigenständigen Wirtschaftens der Eheleute auf eine BG erkannt.

Die Entscheidung überrascht und kollidiert zumindest mit der horizontalen Einkommensverteilung in der BG, die eine gemeinsame Verwendung der Mittel, das Wirtschaften aus einem Topf, unterstellt. Mag dieses Problem mit einer Abweichung von der horizontalen Einkommensverteilung noch zu lösen sein, für die Praxis wirft die BSG-Entscheidung die weitaus schwierigere Frage auf, wie zu ermitteln und ggfs. nachzuweisen ist, dass der gegen eine Einkommens- und Vermögensanrechnung behauptete Trennungswille eines getrennt lebenden Paares

6 LSG Niedersachsen-Bremen vom 24.3.2009 - L 7 AS 682/06.

7 B 10 LW 3/07 R vom 19.2.2009. Umstritten war, ob die seit Jahren im Pflegeheim lebende Ehefrau überhaupt noch einen Willen zur Führung der Ehe entwickeln konnte.

8 BSG vom 18.2.2010 – B 4 AS 49/09 R.

nur vorgetäuscht ist; und – wenn ein solcher Nachweis gelingt – wie der Bedarf im Modell einer getrennt gelebten Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft zu bestimmen ist: Erhält jeder die volle Regelleistung? Werden Unterkunftskosten für beide Wohnungen gewährt?

Kaum lösbare Wertungswidersprüche entstehen, wenn im Fall eines gescheiterten Versöhnungsversuchs zu klären ist, ob kraft Aufgabe des Trennungswillens eine zeitweilige BG entstanden war mit der Folge, dass die in dieser Phase gezahlten Leistungen (teilweise) zurückgefordert werden müssen; § 1567 Abs. 2 BGB spräche dagegen, die sozialrechtliche Logik des gemeinsamen Wirtschaftens legt eine zeitweilige Einkommensanrechnung nach § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II nahe.

Die besseren Argumente sprechen für eine eigenständige, sozialrechtliche Definition des dauerhaften Getrenntlebens von Ehe- oder Lebenspartnern, die SGB II-Leistungen beziehen. Vor allem die an eine BG mit SGB II-Anspruchsberechtigten gekoppelte Rechenregel des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II verlangt eine restriktive Auslegung des Begriffs der BG<sup>9</sup>. Anders als im Familienrecht ist die Ehe-BG von zwei Merkmalen geprägt: der gegenseitigen Unterhaltsverpflichtung *und* der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung ein Grund dafür, bei der Unterstützungserwartung über die zivilrechtlichen Selbstbehalte hinausgehen zu können und den Partnern nur je 90% der Regelleistung zuzugestehen.

Die ernsthafte Entscheidung für eine auf Distanz geführte Ehe/Lebenspartnerschaft ist daher als persönliche Lebensentscheidung hinzunehmen, solange ihr keine missbräuchliche Gestaltung (Aufrechterhaltung einer Scheinwohnung, Ausschluss von Unterhaltsansprüchen zu Lasten der Allgemeinheit etc.) zugrunde liegt. Die Nachrangigkeit des Alg II ist über eine Anrechnung etwaiger Unterhaltsansprüche sicherzustellen.

### III. Einstandsgemeinschaften

Das Rechtskonstrukt der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, vom BVerfG 1992 normprägend definiert als „Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in ei-

<sup>9</sup> So zutreffend *Spellbrink*, NZS 2007, S. 125 f.

ner reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen“<sup>10</sup>, ist mit der Einführung der Einstandsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 c) SGB II im Fortentwicklungsgesetz vom 1.8.2006 lediglich um die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft erweitert worden. Die Vermutungstatbestände des § 7 Abs. 3a SGB II dienen der leichteren Feststellung des eheähnlichen Bindungswillens, ohne von den Definitionsmerkmalen des BVerfG abzurücken oder diese abschwächen zu wollen<sup>11</sup>.

Neben fiskalischen Interessen bei der Gewährung von Fürsorgeleistungen soll die Einstandspartner-BG eine nach Art. 6 GG unzulässige Benachteiligung von Ehepaaren bei der Gewährleistung von Sozialleistungen vermeiden.

Wenn man also mit der BSG-Entscheidung vom 18.2.2010 eine BG zwischen Ehepaaren und Lebenspartnern mit getrennten Wohnungen und getrennt geführter Wirtschaft für möglich hält, drängt sich im Kontext von § 7 Abs. 3 SGB II die Frage auf, ob auch getrennt lebende Paare ohne Trauschein oder Eintragung nach § 1 LPartG eine BG als Einstandspartner i. S. von § 7 Abs. 3 Nr. 3 c) SGB II bilden können.

Im Familienrecht ist eine solche Begriffserweiterung vollzogen worden. Trotz getrennter Wohnungen und getrennter Wirtschaft hat das OLG Karlsruhe eine verfestigte Lebensgemeinschaft angenommen, die nach § 1579 Nr. 2 BGB zum Wegfall eines Unterhaltsanspruchs führen kann<sup>12</sup>. Das OLG Zweibrücken ist dem gefolgt, wenn die mit Aufrechterhaltung eigener Wohnungen gelebte Partnerschaft einer Wochenendehe gleicht<sup>13</sup>.

Maßgebend für die Beschränkung oder Versagung des Unterhalts in § 1579 BGB ist jedoch die Bewertung der Unterhaltsbelastung als „grobe Unbilligkeit“, ein Gesichtspunkt, der in § 7 Abs. 3 SGB II keine Rolle spielt. Ein Beleg mehr, dass das Familienrecht für die Beurteilung, wann eine BG vorliegt oder beendet ist, nur ein bedingt tauglicher Maßstab ist.

Soweit der Einstandsgemeinschaft auch einmal Vergünstigungen im Sozialrecht oder in anderen Rechtsgebieten zugestanden werden, ist immer das Merkmal des gemeinsamen Zusammenlebens und -wirtschaftens von entscheidender Bedeutung. Im Sperrzeitrecht

10 BVerfG vom 17.11.1992 – 1 BvL 8/87; vom 5.5.2009 – 1 BvR 255/09.

11 Gegen eine zuweilen nivellierende Subsumtionspraxis beispielhaft LSG Sachsen vom 10.9.2009 – L 7 AS 414/09 B ER.

12 2 UF 21/08 vom 30.9.2009.

13 2 UF 140/09 vom 5.2.2010.

des § 144 SGB III wird die Aufgabe eines Arbeitsplatzes, um an den Wohnort des Partners zu ziehen, erst dann als wichtiger Grund anerkannt, wenn damit das frühere Zusammenleben *wiederhergestellt* wird.

Eine Verfassungsbeschwerde aus November 2004 führte zu einer Erweiterung der staatlichen Einstandspflicht für den Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, weil dieser unter Verzicht auf eine eigene Erwerbstätigkeit die gemeinsamen Kinder in einer wilden Ehe versorgt hatte. Nach dem gewaltsamen Tod seiner Partnerin war sein Antrag auf eine Hinterbliebenenrente nach dem Opferentschädigungsgesetz mit der Begründung abgelehnt worden, dass solche Ansprüche nur für Ehepaare vorgesehen sind. Das BVerfG beurteilte den Ausschluss einer Versorgung des nichtehelichen Partners als willkürlich (Art. 3 GG) und nahm dabei ausdrücklich auf die erbrachten Haushalts- und Erziehungsleistungen Bezug<sup>14</sup>.

Im April 2009 hat der BGH unter Aufgabe früherer Rechtsprechung den Ausschluss des gesetzlichen Forderungsübergangs im Privatversicherungsrecht<sup>15</sup> auch nichtehelichen Partnern zu gute kommen lassen, weil sie wegen der gemeinsamen Mittelaufbringung und -verwendung, des Wirtschaftens aus einem Topf, in gleicher Weise wie Ehepaare von einer Inanspruchnahme des Versicherers betroffen wären<sup>16</sup>.

Neben dem Willen, sich emotional füreinander zu entscheiden, wird also stets auch das gemeinsame Wirtschaften als unabdingbar zur Rechtfertigung einer sonst nur Ehepaaren zugestandenen Vergünstigung angesehen. Solange der Gesetzgeber keine Möglichkeit gibt, sich ausdrücklich und rechtsverbindlich zu einer Einstandsgemeinschaft erklären zu können<sup>17</sup>, sollte im Interesse einer Akzeptanz der Einstandspartnerschaft sowie einer in sich stimmigen Rechtsanwendung an die Auferlegung von Belastungen kein geringerer Maßstab als an den für eine Begünstigung angelegt werden.

In den Grenzen der Missbrauchsabwehr ist eine distanziert gelebte Partnerschaft keine Einstands-BG nach § 7 Abs. 3 Nr. 3c) SGB II.

14 Beschluss vom 9.11.2004 – 1 BvR 684/98.

15 Jetzt in § 86 Abs. 3 VVG geregelt.

16 Urteil vom 22.4.2009 – IV ZR 160/07.

17 Der in diese Richtung weisende Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften vom 14.3.1997 (BT-Drs. 13/7228) fand keine Mehrheit.

#### IV. Die nicht funktionierende Bedarfsgemeinschaft

In der BG wird über die Verteilungsregel des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II nicht nur das vorhandene Einkommen, sondern auch die Hilfebedürftigkeit verteilt: Jedes BG-Mitglied bekommt ein Stück des Einkommens und auch ein Stück vom Alg II-Kuchen. Hierdurch wird die BG zu einer echten Notgemeinschaft verklammert, die nur dann funktioniert, wenn im wörtlichen Sinne aus einem Topf, in den sowohl das Einkommen als auch die Sozialleistungen fließen, gewirtschaftet wird.

Ob der Gesetzgeber bei Einführung des SGB II zum 1. Januar 2005 in den Grenzen, die das BVerfG an eine zulässige Typisierung stellt<sup>18</sup>, davon ausgehen durfte, dass Mittelzuwendungen innerhalb der BG gemeistert werden<sup>19</sup>, war von Anfang an zweifelhaft, mit der Erweiterung der BG auf erwachsene Stief- und Partnerkinder bis zum 25. Geburtstag und der zunehmenden Verschärfung der Sanktionsregeln, gerade für diese Personengruppe, dürfte sich die Annahme eines im Regelfall reibungslosen gegenseitigen Beistands nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II aber am äußersten Rand einer zulässigen Typisierung bewegen.

Das BSG hat in einer Entscheidung aus November 2006 das verfassungsrechtliche Problem der horizontalen Einkommenszuordnung zwar zutreffend in der Verkürzung der Leistungsansprüche der „wirklich“ hilfebedürftigen BG-Mitglieder erkannt, durchgreifende Einwände aber unter Verweis auf *zivilrechtliche* Ausgleichsansprüche in der BG zurückgestellt<sup>20</sup>. In der nachfolgenden Rechtsprechung ist das bislang nicht wieder aufgegriffen worden<sup>21</sup>.

Es ist auch nicht erkennbar, wie und welche Ausgleichsansprüche die horizontale Einkommens- und Armutsverteilung legitimieren könnten; denn solche Ansprüche gibt es nicht.

18 Danach dürfen Gesetze, die Massenvorgänge betreffen, um praktikabel zu sein, typisieren und damit in gewissem Umfang die Besonderheiten des einzelnen Falles vernachlässigen. Um aber verfassungsgemäß zu sein, dürfen die durch die Typisierung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen, der Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG darf nicht intensiv sein und außerdem darf die durch die Typisierung erfolgte Benachteiligung einzelner Personen oder Gruppen nur unter besonderen Schwierigkeiten für den Gesetzgeber vermeidbar sein, z. B. BVerfG vom 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06.

19 So nach BSG vom 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R zumindest bei familiären Beziehungen zwischen den BG-Mitgliedern.

20 Urteil vom 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R.

21 *Spellbrink* hat in einem Aufsatz aus 2008 den zivilrechtlichen Charakter der Ausgleichsansprüche aber mit einem Fragezeichen versehen (Sozialrecht aktuell Heft 1 2008, S. 12.)

In einer bestehenden Ehe sind die Ehegatten kraft Gesetzes einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§ 1360 Satz 1 BGB). Der angemessene Unterhalt der Familie umfasst nach § 1360 a Abs. 1 BGB alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Kosten des Haushalts zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensunterhalt der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder zu befriedigen. Die Verteilungsregelung nach § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II ist in der funktionierenden Ehegatten-BG also nur für die Aufteilung in Bundesmittel und kommunale Leistungen von Bedeutung. Die aktuelle Bedarfsdeckung ist dadurch gewährleistet, dass der verdienende Ehegatte das für den Lebensunterhalt notwendige Haushaltsgeld ohne vorherige Aufforderung des haushaltsführenden Ehegatten für einen angemessenen Zeitraum im Voraus zu entrichten hat (§ 1360 a Abs. 2 Satz 2 BGB). Der haushaltsführende Ehegatte muss das ihm treuhänderisch überlassene Geld für den Familienunterhalt verwenden. Wird der Anspruch auf Entrichtung des Haushaltsgeldes nicht erfüllt, kann der Anspruch im Wege der Leistungsklage und ggf. durch einstweilige Verfügung beim Familiengericht geltend gemacht werden<sup>22</sup>. Der Verteilungsmaßstab nach § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II spielt dann ebenfalls keine Rolle.

Verletzt der Einkommen beziehende Ehe/Lebenspartner seine Unterstützungspflicht nachhaltig und wiederholt, deutet dies auf eine Auflösung der Wirtschaftsgemeinschaft hin. In der Logik des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II läge es, dann auch eine Auflösung der BG anzunehmen, d. h. gegen die BSG-Entscheidung zur Versorgungsehe (Fn. 8) einen SGB II-Spezifischen Begriff des Getrenntlebens ins Spiel zu bringen.

In der Einstandsgemeinschaft nach § 7 Abs. 3 Nr. 3 c) SGB II soll eine eheähnliche Beistandspflicht bestehen, diese ist Grundlage für die Einkommensanrechnung nach § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II. Gerade bei Menschen mit geringem Einkommen ist ohne anderslautende Abrede von einer gleichmäßigen Verteilung der zur Verfügung stehenden Mittel zwischen dem verdienenden und dem bedürftigen Partner auszugehen<sup>23</sup>. Auch in der BG von Einstandspartnern spielt der Verteilungsmaßstab des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II somit keine Rolle. Die Annahme, die Partner würden kraft Alg II-Bezug vereinbaren, die zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Mittel gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II verteilen, ist lebensfremd.

22 Palandt/Brudermüller, § 1360a Rdnr. 5.

23 So auch die Rechtsprechung zu § 33a EStG (BFH vom 17.12.2009 – VI R 64/08).

Endet die Bereitschaft des einkommensbeziehenden Partners zur BG-nützigen Verwendung des Einkommens, ist damit auch die Einstandspartnerschaft beendet<sup>24</sup>. Auszugleichen gibt es nichts mehr. Sind noch Sozialleistungen auf das Konto des Ex-Partners geflossen, die ihm nicht zustehen, muss er diese herausgeben.

Interne, zivilrechtliche Ausgleichsansprüche können allenfalls nach Trennung der Partner für die Frage von Bedeutung sein, in welchem Umfang der SGB II-Träger für Nachforderungen oder Schulden aus dem Mietverhältnis oder einem Energieliefervertrag aufkommen muss<sup>25</sup>.

Probleme einer Bedarfsunterdeckung in einer bestehenden Paar-BG als Folge einer eigenmächtigen Mittelverwendung sind ganz regulär über das Sozialrecht zu lösen: Der SGB II-Träger muss im Notfall erneut helfen, Nachzahlungen und Überzahlungen sind über die §§ 45, 48 SGB X i. V. m. § 330 SGB III abzuwickeln. Beruht die Bedarfsunterdeckung auf Gewalt und Verwahrlosung, kann das neben einer Haftung nach § 34 SGB II sogar strafrechtliche Konsequenzen haben (§ 171 StGB)<sup>26</sup>. Die Diskussion über Ausgleichsansprüche geht hier an der Lebenswirklichkeit vorbei.

Anders ist das bei Störungen im Mittelfluss zwischen den BG-Mitgliedern, die auf Sanktionen nach § 31 SGB II beruhen. Die Sanktionsvorschriften sind so ausgestaltet, dass personenübergreifende Auswirkungen der Sanktion auf die übrigen BG-Mitglieder nur unzureichende abgewendet werden<sup>27</sup>. Verwendet der Sanktionierte sein Einkommen zum Ausgleich der Leistungskürzung, muss die Einkommensanrechnung bei den übrigen BG-Mitgliedern geändert werden<sup>28</sup>.

Interessant und noch ungeklärt ist die vom BSG aufgeworfene Frage aber unter dem Aspekt, ob die mit der Verteilungsregel des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II verbundene Rechtsfolge einer „Verkürzung“ der Alg II-Ansprüche auch dann hinzunehmen ist, wenn ein SGB II-Antragsteller, der in einer Einstandsgemeinschaft lebt, ausdrücklich nur für sich SGB II-Leistungen beansprucht. Zwar muss der Einkommen beziehende Partner nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SGB II dennoch Hilfe leisten, aber nur mit dem Einkommen, das seinen eigenen, fiktiven SGB II-Bedarf übersteigt.

24 BVerfG vom 17.11.1992 – 1 BvL 8/87.

25 Vgl. dazu BGH vom 3.2.2010 – XII ZR 53/08.

26 BGH vom 20.10.1993 – 2 StR 109/93.

27 Genauer dazu Geiger info also 2010, S. 3 ff.

28 LSG Schleswig-Holstein vom 2.1.2009 – L 11 B 541/08.



*Geht das oder stünde § 46 Abs. 2 SGB I dem entgegen?*

Hier zeigt sich die verfassungsrechtliche Problematik der Verteilungsregelung des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II von ihrer Kehrseite: Der „Zwangsbeglückung“ des eigentlich nicht hilfebedürftigen BG-Partners. Da niemand gezwungen werden kann, hilfebedürftig zu werden<sup>29</sup>, muss der Verzicht auf einen eigentlich nicht benötigten Anteil an der Sozialleistung als zulässig erachtet werden. Die Konsequenz einer „Sanktionsimmunität“ des BG-Partners, der kein Alg II bezieht, ist keine Umgehung von Rechtsvorschriften im Sinne von § 46 Abs. 2 SGB I, da sehr in Frage steht, ob der nur über die horizontale Einkommensverteilung bedürftig gemachte BG-Partner überhaupt nach § 31 SGB II sanktioniert werden kann<sup>30</sup>.

## V. Die vom Kind gebildete Bedarfsgemeinschaft

Das Konstrukt der vom erwerbsfähigen Kind gebildeten BG (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II) ist höchst problematisch, weil es Menschen, die ihrer Lebenssituation nach ins Renten- oder Sozialhilferecht gehören (längere Krankheit oder befristete Erwerbsminderung), akzessorisch dem SGB II zuordnet. Sie werden damit einer auf Arbeitsmarktintegration zugeschnittenen Verwaltung unterworfen und von mangelhaften Arbeitsbemühungen des erwerbsfähigen Kindes in Mitleidenschaft gezogen. Die Vorstellung, dass z. B. der Alg II-Antrag eines 19jährigen, der mit seiner erwerbsunfähigen Mutter zusammenlebt, dazu führt, dass seine Mutter ihn mit einem Teil ihrer befristeten Erwerbsminderungsrente unterstützen muss und dafür als Ausgleich aufstockend Sozialgeld nach § 28 SGB II erhält, ist zumindest gewöhnungsbedürftig.

Verschärft wird die Problematik durch die Regelung des § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II, wonach erwerbsfähige Kinder, die ihren SGB II-Bedarf mit eigenen Mitteln decken können, nicht mehr zur BG gehören. Dadurch kann es zu einem oszillierenden Wechsel der erwerbsunfähigen Eltern zwischen dem SGB II und SGB XII kommen, wenn das erwerbsfähige Kind schwankendes Einkommen erzielt. Eine Durchschnittsberechnung nach § 2 Abs. 3 Alg II-VO ist unzulässig, wenn damit vorrangige Ansprüche verloren gehen. Es ist dann Monat für Monat

<sup>29</sup> BVerwG vom 26.11.1998 – 5 C 37/97.

<sup>30</sup> S. auch dazu BSG vom 7.11.2006 – B 7b AS 8/06 R.

auszurechnen, ob bedarfsdeckendes Einkommen erzielt wurde mit der Folge, dass die Eltern/der Elternteil in diesem Monat Anspruch auf Sozialhilfe statt Sozialgeld haben.

Im Zuge der Neuregelung des Wohngeldgesetzes 2009 und der höheren Kindergeldbeträge seit 1.1.2010 tritt häufig die Situation auf, dass wegen eines Hinzuverdienstes oder der Zahlung von Unterhalt der SGB II-Bedarf des Kindes mit Wohngeld gedeckt werden könnte. In der Übergangsphase, d. h. bis zur Entscheidung des Wohngeldamtes, wird dann Alg II mit Anmeldung eines Erstattungsanspruchs nach § 104 SGB X und Aufforderung der Eltern zur Beantragung von Wohngeld weiter gezahlt (§ 7 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 b WoGG). Für die Eltern ist bis zur Entscheidung über den Wohngeldanspruch ungewiss, nach welchem Leistungssystem sie Ansprüche haben. Erweisen sich SGB XII-Ansprüche als einschlägig, weil das Kind zusammen mit dem Wohngeld seinen Lebensunterhalt sichern kann und scheitert ein Anspruch der Eltern auf Sozialhilfe an Vermögen, das nur im SGB II geschützt war, könnten die Eltern einem kompensationslosen Erstattungsanspruch des SGB II-Trägers ausgesetzt sein.

Probleme könnte es künftig wegen der starren Regelleistungen im SGB II geben, wenn ein Sozialhilfebezieher nach dem 3. Kapitel SGB XII, dem ein Sonderbedarf nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII zuerkannt worden war, über eine vom erwerbsfähigen Kind gebildete BG in das SGB II wechseln muss. Zwar erhält er als Sozialgeldbezieher dann ggfs. den vom BVerfG im Urteil vom 9.2.2010 vorgezeichneten Härtefall-Mehrbedarf, dieser muss aber nicht zwingend dieselbe Höhe wie die abweichende Regelsatzbemessung im SGB XII haben<sup>31</sup>.

Es spricht somit viel dafür, eine BG nur über erwerbsfähige Eltern zum Kind begründen zu lassen, nicht umgekehrt.

## VI. Stiefkinder in der Bedarfsgemeinschaft

Nach § 9 Abs. 2 SGB II müssen Ehe/Lebens- und Einstandspartner gleichermaßen für die in der BG lebenden Kinder aufkommen. Die Familienbeziehung zum Kind (echtes oder faktisches Stiefkind) spielt dabei keine Rolle. Das BSG hat diese erweiterte Einstandspflicht als verfassungsrechtlich zulässige Typisierung beurteilt<sup>32</sup>.

31 S. dazu BT-DRS 17/1070 vom 17.3.2010.

32 Urteil vom 13.11.2008 – B 14 AS 2/08 R, kritisch dazu *Münder/Geiger* NZS 2009, S. 593 ff.

Dies verwundert, weil im Sozialhilferecht höchstrichterlich geklärt war (Fn. 30) und im SGB XII weiter geregelt ist, dass eine Unterstützung der Stiefkinder in der Einsatzgemeinschaft nach § 11 BSHG bzw. § 19 SGB XII nur – *widerlegbar* – vermutet werden darf. Außerdem gibt es in der Rechtsordnung eklatante Unterschiede zwischen echten Stief- und bloßen Partnerkindern<sup>33</sup>, die sich auch in der Lebenswirklichkeit dieser Kinder widerspiegeln. Gänzlich abwegig ist die Annahme, der Partner einer BG sei typischerweise bereit, auch den jungen Erwachsenen bis zum 25. Geburtstag zu unterhalten.

Da sich die Einstandsverpflichtung zwischen Partnern im SGB II einerseits und im SGB XII andererseits nicht unterscheidet, stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage der Partner einer BG verpflichtet sein soll, für das Stief- oder Partnerkind aufzukommen, wenn er diese Verpflichtung ablehnt und dies auch Bedingung für das Zusammenziehen der Partner war.

Es gibt dann keinen Ansatzpunkt für eine Einkommensheranziehung, weder in der Ehepaar-BG über die Annahme einer Unterhalts-Mehrleistung, damit der bedürftige Ehegatte seine leiblichen Kinder unterstützen kann<sup>34</sup>, noch in der Einstands-BG über den Umweg einer Einkommens-Einsatzkette: Der hilfebedürftige Partner verwendet das ihm gewährte Einkommen für den Unterhalt seines leiblichen Kindes, für die hierdurch eingetretene Notlage muss dann wiederum der Einstandspartner aufkommen.

Wenn das BSG dennoch auf eine solche Einsatzkette abstellt, muss es konsequenterweise die Schlussfolgerung zulassen, dass die gesamte Einstandsgemeinschaft beendet ist, wenn die wiederholte Unterstützung ausbleibt. Zumindest bestünde aus Sicht des BSG bei einem Bruch der Einsatzkette eine nicht funktionierende BG, d. h. der SGB II-Träger muss die Stiefkinder einstweilen versorgen und mag dann prüfen, wie er beim Einkommen beziehenden Partner Regress nehmen kann. Sollte er § 34 SGB II heranziehen, darf man auf die Begründung gespannt sein.

Das Verdienst der BSG-Entscheidung vom 13.11.2008 liegt darin, die Einstandspflichten in der BG so auf die Spitze getrieben zu haben, dass eine Auflösung der BG als eine geradezu adäquate Reaktion auf die für die gesamte BG nachteilige sozialrechtliche Regelung in § 9 Abs. 2 SGB II angesehen werden kann<sup>35</sup>.

33 Vgl. dazu etwa BVerfG vom 10.12.2004 – 1 BvR 2320/98.

34 Eine solche Verpflichtung gibt es nach einhelliger Auffassung der Zivilgerichte nicht, s. z. B. OLG Köln vom 20.3.2009 – 16 W 2/09.

35 So LSG NRW vom 18.7.2007 – L 20 B 64/07 AS ER.

## VII. Gemischte Bedarfsgemeinschaften

Zur BG gehören die in § 7 Abs. 3 SGB II genannten Personen auch dann, wenn sie von SGB II-Leistungen ausgeschlossen sind bzw. Anspruch auf Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII haben (Rentner, dauerhaft Erwerbsgeminderte). Reichen die insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Bedarfsdeckung aus, bilden SGB II- und SGB XII-anspruchsberechtigten Personen eine gemischte BG.

Da die Einzelregelungen im SGB II einerseits und im SGB XII andererseits nicht aufeinander abgestimmt sind, geben gemischte Bedarfsgemeinschaften eine Reihe von Fragen zur Festlegung der Regelleistung und zur Bedarfsberechnung auf.

Was die Bestimmung der Regelleistungen betrifft, die im SGB XII über eine Verordnung (RSV) festgelegt werden, ist seit 1.1.2007 eine Angleichung beider Sozialleistungssysteme erfolgt, wenn volljährige Partner zusammenleben. Das im Sozialhilferecht tradierte Bild vom Haushaltsvorstand mit Anspruch auf die volle Regelleistung und dem Haushaltsangehörigen mit 80% Regelleistung ist von einer „gleichberechtigten“ 90%/90%-Aufteilung abgelöst worden<sup>36</sup>.

Nach wie vor ungeklärt ist die Bestimmung der Regelleistungshöhe, wenn ein minderjähriger SGB II-Anspruchsberechtigter mit einem Partner zusammenlebt, der Grundsicherung nach dem 4. Kapitel SGB XII bezieht. Er hat nach § 3 Abs. 3 RSV Anspruch auf 90% der Regelleistung, dem minderjährigen Erwerbsfähigen stehen nach § 20 Abs. 2 SGB II aber nur 80% der SGB II-Regelleistung zu. Hier wird man auch dem minderjährigen Partner 90% der Regelleistung zuordnen müssen, ansonsten bliebe der Bedarf der Paar-BG zum Teil ungedeckt.

In einem Urteil vom 15. April 2008<sup>37</sup> hatte das BSG die Frage zu klären, wie Renteneinkommen des in der BG lebenden Partners auf das Alg II seiner erwerbsfähigen Partnerin anzurechnen ist. Hierbei war zum einen streitig, nach welchem Leistungssystem der Bedarf des berenteten Partners zu bestimmen ist, zum anderen, nach welchen Regeln sich die Bereinigung des Renteneinkommens richtet.

Gegen die Vorinstanz hat das BSG auf eine strikt SGB II-immanente Berechnung gesetzt:

36 Nach BSG vom 16.10.2007 – B 8/9b SO 2/06 R galt dies im Wege der verfassungskonformen Auslegung auch in der Zeit vom 1.1.2005 bis zum 31.1.2006.

37 B 14/7b AS 58/06 R.

*„Der maßgebliche Bedarf des Beigeladenen ist entgegen der Auffassung des LSG grundsätzlich anhand der gesetzlich vorgesehenen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II zu bestimmen, nicht nach dem SGB XII (vgl. BSGE 97, 242 = SozR 4-4200 § 20 Nr. 3, jeweils RdNr. 24; BSG SozR 4-4200 § 7 Nr. 4). Der Wortlaut des § 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II sieht keine Differenzierung zwischen den Mitgliedern der Bedarfsgemeinschaft bei der Ermittlung des Bedarfs vor, sondern nennt allein den „Gesamtbedarf“. Mangels ausdrücklicher Bezugnahme etwa auf das SGB XII kann es sich dabei nach dem Wortsinn nur um den nach dem SGB II ermittelten Bedarf handeln [...] Vom Einkommen des Beigeladenen ist nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 SGB II iVm § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-V eine Versicherungspauschale in Höhe von 30 Euro abzuziehen. Entgegen der Auffassung des LSG ist auch insoweit nicht auf § 82 Abs. 2 Nr. 3 SGB XII zurückzugreifen. Ebenso wie der Bedarf grundsätzlich nach dem SGB II zu bemessen ist, sind für das Gesamteinkommen die Vorschriften des SGB II maßgeblich. Gründe, die ein Abweichen hiervon gebieten könnten, sind hier nicht ersichtlich.“*

Damit lässt das BSG Raum für eine alternative SGB XII-Berechnung, wenn dies im Einzelfall geboten ist. Gründe für eine vom Regelfall abweichende Berechnung können höhere SGB XII-Regelleistungen sein<sup>38</sup> oder der Anspruch auf eine erweiterte SGB XII-Regelleistung nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII. Dann ist dem SGB XII-Anspruchsberechtigten ein höherer Bedarf zuzugestehen, da er andernfalls durch Weitergabe seines Einkommens an den erwerbsfähigen Partner sozialhilfebedürftig würde.

Höchststrichterlich noch ungeklärt ist die umgekehrte Konstellation der Anrechnung von Erwerbseinkommen des Alg II-Beziehers (Aufstocker) auf die SGB XII-Leistungen des erwerbsunfähigen Partners. Dazu hat das LSG Hamburg in Anlehnung an das BSG-Urteil vom 15.4.2008 entschieden, dass eine reine, SGB XII-immanente Berechnung zu erfolgen hat<sup>39</sup>.

Wegen der ungünstigeren Einkommensbereinigung nach § 83 Abs. 3 Satz 1 SGB XII (geringerer Erwerbstätigenfreibetrag) führt das zu einer Beschneidung der Freibeträge nach §§ 11, 30 SGB II, weil diese teilweise für den Lebensunterhalt des erwerbsunfähigen Partners einsetzt werden müssen.

Die naheliegende Lösung, in der gemischten BG höhere, auf das SGB II abgestimmte, Freibeträge einzuräumen – § 82 Abs. 3 Satz 3 SGB XII gibt dazu die Befugnis – hat das LSG damit abgetan: „Auch ist nicht

38 Wie z. B. in München mit derzeit 384 € voller Regelsatz.

39 Urteil vom 15.9.2009 – L 4 SO 5/09, anhängig beim BSG – B 8 SO 20/09 R.

*erkennbar, dass eine besondere – zusätzliche – Motivation der übrigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft zu besorgen gewesen wäre“.*

Die Freibeträge nach §§ 11, 30 SGB II werden dem erwerbstätigen Alg II-Bezieher jedoch typisierend als Arbeitsanreiz gewährt, es gibt also keine Prüfung, ob er sie im Einzelfall auch wirklich zur Motivation benötigt.

Zum Problem des Vermögensschutzes in der gemischten BG hat das BSG den Grundsatz entwickelt, dass der Einsatz im SGB II geschützten Vermögens vor der Gewährung von Sozialhilfe eine besondere Härte i. S. von § 90 Abs. 3 SGB XII darstellen kann<sup>40</sup>. Im Urteil ging es um die Verwertung eines im SGB XII nicht geschützten PKW. Hierbei hat das BSG klargestellt, dass die typisierende Annahme in § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB II, das Auto diene der Erhaltung der Mobilität und Flexibilität des Arbeitssuchenden zur besseren Arbeitsmarktintegration, auch für die Prüfung des Vermögenseinsatzes im SGB XII gelte: *„Dabei ist es wegen der Typisierung des SGB II nicht entscheidend, ob der Ehemann der Klägerin das Fahrzeug für eine zukünftige Erwerbstätigkeit überhaupt benötigt“.*

Der Berechnung des LSG Hamburg kann daher nicht gefolgt werden.

## VIII. Die zeitweise Bedarfsgemeinschaft

Im Sozialhilferecht unter Geltung des BSHG waren die aus der Ausübung des Umgangsrechts nach § 1684 BGB entstehenden Kosten dem umgangsberechtigten Elternteil zugeordnet und bei nur sporadischen Besuchskontakten als einmalige Sonderleistung nach § 21 Abs. 1a BSHG übernommen worden; regelmäßig anfallenden Kosten für die Ausübung des Umgangsrechts wurde über eine abweichende Bemessung der laufenden, monatlichen Regelleistung des hilfebedürftigen Elternteils Rechnung getragen (§ 22 Abs. 1 Satz 2 BSHG), d. h. über einen individuellen Sonderbedarf des Elternteils. Eine Differenzierung nach Fahr- und Verpflegungskosten erfolgte nicht.

Im starren Regelleistungssystem des SGB II mit enumerativ aufgezählten Sonderleistungen war dieser – praktikable – Weg versperrt. Im Bemühen um eine möglichst systemimmanente Lösung hat das BSG die „zeitweisen BG“ erfunden und die damit verbundenen, erheblichen Umsetzungsprobleme – zu Unrecht – der „problematischen Rechtsfigur der Bedarfsgemeinschaft“<sup>41</sup> zugeschrieben.

40 Urteil vom 18.3.2008 – B 8/9b SO 11/06 R.

41 BSG vom 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R

Denn nicht die Rechtsfigur der BG macht den Lösungsweg des BSG zu einem praxisuntauglichen Gedankengebilde, sondern die Aufspaltung der mit der Ausübung des Umgangsrechts verbundenen Kosten in

- Bedarfe der Kinder hinsichtlich der regulären, dem Lebensunterhalt zugehörigen Aufwendungen während des Aufenthalts beim umgangsberechtigten, hilfebedürftigen Elternteil;
- Bedarfe des umgangsberechtigten Elternteils hinsichtlich der Fahr- und ggf. Übernachtungskosten anlässlich der Abholung oder der Besuche bei dem Kind;
- Bedarfe des Kindes für Fahrkosten zum umgangsberechtigten Elternteil und schließlich
- Bedarfe des Kindes in Form zusätzlicher Unterkunftskosten.

Dem Vorteil, die Lebenshaltungskosten während des Besuchs des Kindes als Regelleistungsbedarf einer „zeitweisen BG“ dem Besuchskind als eigenen SGB II-Anspruch zuordnen zu können, steht der Nachteil einer Aufspaltung der Trägerschaft – Fahrkosten gibt es vom SGB XII-Träger am Wegfahrort, Lebenshaltungskosten vom SGB II-Träger am Besuchsort – und einer Deformierung der Zuständigkeitsregelungen im SGB II (§ 36) und im Sozialgerichtsgesetz (§ 57 SGG) entgegen.

Die Vervielfältigung der Ansprüche und Ämterzuständigkeiten fordert außerdem eine Kooperationsbereitschaft der beteiligten Eltern und Leistungsträger, die die Anspruchsdurchsetzung nicht nur im Konfliktfall extrem erschwert<sup>42</sup>.

*Überdies hat das BSG die zeitweise BG nicht nur als Notbehelf für die Sondersituation getrennt lebender Eltern entwickelt, sondern diesem Konstrukt über eine anfechtbare Auslegung des § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II<sup>43</sup> einen allgemeineren Charakter beigemessen: „Die Regelung des § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II verlangt schon nach ihrem Wortlaut („dem Haushalt angehörend“) kein dauerhaftes „Leben“ der unverheirateten Kinder im Haushalt des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, wie es etwa für andere Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft in den Tatbeständen des § 7 Abs. 3 Nr. 2 und 3 SGB II vorausgesetzt wird. Es genügt vielmehr ein dauerhafter Zustand in der Form, dass die Kinder mit einer gewissen Regelmäßigkeit länger als einen Tag bei einem Elternteil wohnen, also nicht nur sporadische Besuche vorliegen“<sup>44</sup>.*

42 Beispielhaft seien hierfür die Entscheidungen des BSG vom 2.7.2009 B 14 AS 54/08 R und B 14 AS 75/08 R angeführt.

43 Überzeugend dargelegt von *Münder*, NZS 2008, S. 621 ff.

44 B 14 AS 54/08 R vom 2.7.2009.

Dieser Rechtssatz trägt auch die Annahme einer zeitweisen BG zwischen Eltern und Kindern für die Wochenenden, die das werktags in einem Internat oder Jugendheim untergebrachte Kind im Elternhaus verbringt<sup>45</sup>.

Bei einem nicht erwerbsfähigen Kind, das an seinem gewöhnlichen Aufenthaltsort von Sozialhilfe nach dem 3. Kapitel SGB XII lebt, ist die zeitweise BG mit einem zeitweisen Systemwechsel verbunden: Über die vom erwerbsfähigen Umgangs-Elternteil gebildete BG entsteht für das Kind ein Anspruch auf Sozialgeld nach § 28 SGB II, der Hilfe zum Lebensunterhalt ausschließt (§ 21 SGB XII).

Während also das an seinem regulären Wohnsitz SGB II-anspruchsberechtigte Kind auch als Besuchskind Alg II oder Sozialgeld erhält, müsste das sozialhilfebedürftige Kind die während seines Besuchs beim Umgangs-Elternteil gezahlten SGB XII-Leistungen zurückzahlen oder für diese Zeit eine Leistungseinstellung hinnehmen.

Lebt der umgangsberechtigte Elternteil von Sozialhilfe nach dem SGB XII, geht das SGB II-anspruchsberechtigte Kind leer aus, es sei denn, der SGB XII-Träger gewährt dem Elternteil einen Sonderbedarf nach § 28 Abs. 1 Satz 2 SGB XII für die Aufwendungen während des Besuchs des Kindes. Zur Begründung einer vom Kind gebildeten BG nach § 7 Abs. 3 Nr. 2 SGB II fehlt es an der Voraussetzung eines *dauerhaften* Lebens im Haushalt des nicht erwerbsfähigen Elternteils.

Diese kuriosen Ergebnisse sollten die Forderung bekräftigen, die „zeitweise BG“ als einen mit dem BVerfG-Urteil vom 9.2.2010 überholten Notbehelf zu überwinden. Die im Nachgang der BVerfG-Entscheidung erwogene Erweiterung der Mehrbedarfe um einen Zuschlag zur Regelleistung, „soweit im Einzelfall ein unabweisbarer, laufender, nicht nur einmaliger besonderer Bedarf besteht“<sup>46</sup> lässt für den Sonderbedarf „Umgangsrecht“ eine Rückkehr zur bewährten BSHG-Praxis zu.

Einmalige Bedarfe bei nur sporadischen Besuchskontakten müssen ggf. vom Sozialhilfeträger über § 73 SGB XII aufgefangen werden.

45 SG Karlsruhe vom 27.7.2009 – S 16 AS 1115/08 und SG Koblenz vom 2.11.2009 – S 16 AS 1190/09 ER.

46 „Der Mehrbedarf ist unabweisbar, wenn er insbesondere nicht durch die Zuwendungen Dritter sowie unter Berücksichtigung von Einsparmöglichkeiten der Hilfebedürftigen gedeckt ist und seiner Höhe nach erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht“ - Änderungsvorschlag zum Entwurf eines Sozialversicherungs-Stabilisierungsgesetzes (Drucksache 17/507) vom 24.2.2010, Ausschussdrucksache 17(11)62neu.



## IX. Haushaltsgemeinschaften

Die Bedarfsgemeinschaft ist in § 7 Abs. 3 SGB II abschließend definiert. Sie endet daher mit Wegfall einer der notwendigen Definitionsmerkmale, auch wenn die bisherigen BG-Mitglieder weiter zusammen bleiben und auch zusammen wirtschaften<sup>47</sup>.

Zugleich verliert damit die unterschiedliche Bemessung der Regelleistungen ihre Grundlage: Der weiter hilfebedürftige Haushaltsangehörige hat Anspruch auf die volle Regelleistung, auch wenn tatsächlich Einsparungen mittels der gemeinsamen Wirtschaft erzielt werden.

Im Sozialhilferecht schreibt die gegenwärtig geltende RSV auch nach Ende der Einsatzgemeinschaft die unterschiedliche Festsetzung der Regelleistungen nach Haushaltsvorstand (volle Regelleistung) und Haushaltsangehörigen (anteilige Regelleistung) fort.

Diese unterschiedliche Betrachtungsweise hat das BSG als willkürlich beurteilt und aus dem Regelungskonzept des SGB II Rechtsansprüche auf Höherbemessung der Sozialhilfe-Regelleistung abgeleitet, wenn die Hilfebedürftigen weder in einer Einsatzgemeinschaft nach § 19 SGB XII leben, noch eine BG bilden, falls sie Alg II oder Sozialgeld nach § 28 SGB II beanspruchen könnten<sup>48</sup>. Die Instanzgerichte sind dem gefolgt<sup>49</sup>.

Jüngst hat das BSG sogar die Übergangsvorschrift des § 68 SGB II herangezogen, um einem 1987 geborenen, erwerbsunfähigen Kind, das im Jahr 2006 im Haushalt seiner Eltern lebte, einen Anspruch auf die volle Regelleistung, statt der gewährten 80% zuzusprechen<sup>50</sup>.

Bei der Prüfung des Einkommenseinsatzes in einer Gemeinschaft, die keine Einsatz- oder Bedarfsgemeinschaft ist, gelten allerdings unterschiedliche Maßstäbe. Während im SGB XII eine Unterstützung seitens anderen Mitglieder des Haushalts schon dann vermutet wird, wenn die Beteiligten in einer Wohnung zusammen leben (§ 36 SGB XII), knüpft § 9 Abs. 5 SGB II die Vermutung einer Unterstützung an den Nachweis eines gemeinsamen Wirtschaftens, der im Zweifel zu Lasten des SGB II-Trägers geht<sup>51</sup>.

47 BSG vom 7.11.2006 – B 7b AS 6/06 R.

48 Urteil vom 19.5.2009 – B 8 SO 8/08 R.

49 LSG Sachsen-Anhalt vom 28.8.2008 – L 8 SO 10/08; LSG Niedersachsen-Bremen vom 26.11.2009 – L 8 SO 169/07.

50 B 8 SO 15/08 R vom 23.3.2010.

51 BSG vom 27.1.2009 – B 14 AS 6/08 R.

Sinnvoll wäre auch hier eine Harmonisierung zwischen SGB II und SGB XII, wobei eine Angleichung in Richtung § 36 SGB XII sachgerecht ist, allerdings auch der unwiderlegbare Einstand in der BG an die Regelung in § 19 SGB XII angepasst werden sollte (Einsatz nur für die leiblichen, minderjährigen Kinder).

Der Autor *RISG Udo Geiger* ist Richter am Sozialgericht Berlin mit Dezernaten im Versorgungsrecht, Recht der Krankenversicherung, für SGB III und SGB II.

