

Titel:

Kinderzuschlag - Antragsberechtigung - Ermessen bei der Überprüfung der Ablehnung von Kinderzuschlag für die Vergangenheit

Normenketten:

BKGG § 11 Abs. 4

BKGG § 9 Abs. 1 S. 3

Leitsätze:

1. § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG begründet das Recht Dritter (hier: des Ehemanns der kindergeldberechtigten Mutter) auf die Beantragung von Kinderzuschlag, soweit diese ein berechtigtes Interesse an der Leistung des Kinderzuschlags haben.

2. Das der Familienkasse in § 11 Abs. 4 BKGG eingeräumte Ermessen bei der Rücknahme von ablehnenden Entscheidungen über Kinderzuschlag für die Vergangenheit nach § 44 SGB X ist durch Ziff 131.2 Abs. 4 der Durchführungsanweisung zum SGB I und X der Familienkasse Direktion RV II-7543 nach dem aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung auf eine Rücknahme gebunden, soweit die Rechtswidrigkeit der Ablehnung auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht. Beruht die Rechtswidrigkeit der Ablehnung dagegen auf fehlenden oder fehlerhaften Angaben des Antragstellers, ist die Ermessensausübung der Familienkasse durch die Dienstanweisung nicht gebunden.

Schlagworte:

Antragsberechtigung, Kinderzuschlag, Selbstbindung der Verwaltung, Kindergeld

Vorinstanz:

SG Bayreuth, Endurteil vom 15.11.2017 – S 9 BK 4/15

Fundstellen:

FamRZ 2020, 331

BeckRS 2019, 27030

LSK 2019, 27030

Tenor

I. Auf die Berufung werden das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 15. November 2017 sowie der Bescheid der Beklagten vom 5. April 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. Januar 2015 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, den Bescheid vom 7. November 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Januar 2008 abzuändern und der Beigeladenen Kinderzuschlag für August 2007 iHv 350 €, für September 2007 iHv 363 €, für Oktober 2007 iHv 168 € und für November und Dezember 2007 iHv 318 € monatlich zu gewähren.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Klägers in beiden Instanzen zu 1/10.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Streitig ist in der Überprüfungssituation die Höhe des Kinderzuschlags für die Zeit von August 2007 bis Januar 2008.

2

Der 1968 geborene Kläger und Berufungskläger (in der Folge: Kläger) und seine mit Beschluss des Senats vom 10.9.2019 zum Verfahren beigeladene, 1969 geborene Ehefrau (in der Folge: Beigeladene) sind Eltern von drei 2003, 2005 und 2007 geborenen Kindern. Ihre Unterkunftskosten betrugen im August 2007 665 €

bzw ab September 2007 685 € monatlich. Aufgrund der Schwerbehinderung des Klägers (GdB von 50 ohne Merkzeichen) wurde ein Mehrbedarf wegen kostenaufwändiger Ernährung geltend gemacht; das hierauf von der Beklagten übermittelte Formular zum Vorliegen eines ernährungsbedingten Mehrbedarfs sandte der Kläger durchgestrichen zurück (BI 27 der Beklagtenakte). Als Einkommen war neben dem Arbeitslosengeld des Klägers bis 21.1.2008 iHv 1.123,80 € monatlich der Bezug des Kindergeldes sowie von Elterngeld durch die Beigeladene in Höhe von 375 € monatlich für die Zeit von Juli 2007 bis September 2008 angegeben, wobei die Auszahlung des Elterngeldes für Juli bis Oktober 2007 erst am 3.10.2007 erfolgte. Aufwendungen für Versicherungen und das Vorhandensein von Vermögen wurden verneint.

3

Am 30.8.2007 beantragte die Beigeladene bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (in der Folge: Beklagte) Kinderzuschlag. Die Beklagte bewilligte der Beigeladenen unter dem Vorbehalt der Prüfung der Rückforderung Kinderzuschlag für August iHv 349 €, für September iHv 362 €, für Oktober iHv 137 € und für November und Dezember 2007 iHv 287 € monatlich; dabei berücksichtigte sie die Nachzahlung des Elterngeldes im Oktober 2007 iHv 225 € (3 x 75 €) und bereinigte die Kosten für Unterkunft und Heizung um die in den Betriebskosten enthaltenen Kosten für die Warmwasserbereitung iHv 24,42 € monatlich (Bescheid vom 7.11.2007, BI 63 der Beklagtenakte). Die unterschiedliche Höhe des bewilligten Kinderzuschlags beruhe auf dem Anstieg der Unterkunfts-kosten von August nach September 2007 sowie auf der Nachzahlung des Elterngeldes für August und September 2007 im Oktober 2007 bzw der laufenden Zahlung ab November 2007. Im November und Dezember 2007 seien die Beträge gleich (Schreiben der Beklagten vom 15.11.2007). Mit ihrem Widerspruch wandte sich die Beigeladene gegen die Anrechnung des Erziehungsgeldes als Einkommen. Die Rechtsbehelfsstelle der Beklagten wies den Widerspruch zurück (Widerspruchsbescheid vom 4.1.2008, BI 78 der Beklagtenakte). Hiergegen wurde Klage nicht erhoben.

4

Den Antrag auf Kinderzuschlag vom 26.12.2007 lehnte die Beklagte gegenüber der Beigeladenen ab, da das Einkommen und/oder Vermögen für die Zeit ab Januar 2008 die Mindesteinkommensgrenze nicht erreiche (Bescheid vom 19.5.2008, BI 109 der Beklagtenakte). Den Widerspruch, der darauf gestützt war, dass Einkommen nicht nur in Form von Arbeitslosengeld, sondern auch in Form von Arbeitslosengeld II bezogen werde, wies die Rechtsbehelfsstelle der Beklagten zurück (Widerspruchsbescheid vom 4.6.2008, BI 114 der Beklagtenakte). Auch hiergegen wurde Klage nicht erhoben. Für die Zeit ab 9.1.2008 bezogen der Kläger und seine Familie Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II (vgl Bescheid des Arge Arbeitsagentur - A-Stadt vom 26.3.2008 für die Zeit vom 9.1. - 31.7.2008).

5

Am 11.10.2011 beantragte der Kläger (im Namen seiner Familie) die Überprüfung der Entscheidungen für den Zeitraum ab August 2007. Es bestehe Anspruch auf Kinderzuschlag iHv 420 € monatlich (vgl BI 1257 der Beklagtenakte). Die Beklagte lehnte eine Rücknahme der Bescheide vom 7.11.2007 und vom 19.5.2008 ab (Bescheide vom 5.4.2012, BI 1 671 f der Beklagtenakte). Es bestünden keine Anhaltspunkte, aufgrund derer die ursprünglichen Verwaltungsentscheidungen fehlerhaft sein könnten. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Rechtsbehelfsstelle der Beklagten zurück. Die Bescheide vom 7.11.2007 und vom 19.5.2008 jeweils in der Gestalt der Widerspruchsbescheide seien bindend, da nicht fristgerecht Klage erhoben worden sei. Sie dürften damit lediglich unter den Voraussetzungen des § 44 SGB X überprüft werden. Der Kläger habe in seinen Anträgen vom 29.8.2007 und vom 28.12.2007 bestätigt, alle Angaben vollständig und richtig gemacht zu haben und Änderungen unaufgefordert und unverzüglich mitzuteilen. Angaben insbesondere zu Kinderbetreuungskosten, Riesterrente und Haftpflicht habe der Kläger nicht gemacht. Die Aufwendungen seien auch im Rahmen der Widersprüche gegen die Bescheide vom 7.11.2007 bzw 19.5.2008 nicht geltend gemacht worden. Dasselbe gelte für den Überprüfungsantrag vom 29.11.2011. Vor diesem Hintergrund seien die Überprüfungsanträge abgelehnt worden. Erstmals im Widerspruchsverfahren gehe der Kläger auf die Kosten der Kinderbetreuung, die Beiträge zur Riesterrente und seine Aufwendungen für die Kfz-Haftpflichtversicherung ein. Der Kläger habe damit die ohne Berücksichtigung dieser Kosten ergangenen Entscheidung selbst verursacht bzw verschuldet. Unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens und unter Würdigung der privaten Interessen des Klägers und des öffentlichen Interesses an der Bestandskraft von einmal getroffenen Entscheidungen und einer funktionierenden Verwaltung könne daher keine andere Entscheidung ergehen. Der Antrag auf Überprüfung sei deshalb zu Recht abgelehnt worden (Widerspruchsbescheid vom 30.1.2015, BI 42 der Akte zum Verfahren S 9 BK 4/15).

6

Hiergegen wandte sich der Kläger mit seiner am 12.2.2015 zum Sozialgericht Bayreuth erhobenen Klage. Der Überprüfungsantrag sei sowohl auf der Grundlage des § 44 als auch auf der des § 48 SGB X gestellt worden. Ungeachtet dessen gehe auch der Widerspruchsbescheid lediglich auf § 44 SGB X ein. Eine Berücksichtigung der Kinderbetreuungskosten sei von Anfang an beantragt gewesen. Weiter wiederholte und vertiefte der Kläger seinen Vortrag zur Berücksichtigung der Kosten der Kinderbetreuung, der Anrechnung des Elterngeldes sowie der Berücksichtigung des Beitrags zur einer Riesterversicherung. Es bestehe Anspruch auf Kinderzuschlag für August 2007 iHv 374 € sowie von September bis Dezember 2007 iHv 389 € monatlich. Die Differenzbeträge seien nachzuzahlen. Weiter nahm der Kläger Bezug auf seinen Vortrag in anderen Verfahren zur Absetzung der Versicherungspauschale vom Kindergeld, zum Abzug der im Regelbedarf enthaltenen Kosten der Warmwasserbereitung von den Kosten der Unterkunft, die Berücksichtigung der Kosten der Kfz-Haftpflichtversicherung sowie der Kontoführung. Schließlich legte der Kläger verschiedene ärztliche Bescheinigungen vom 27.10.2015 über seine seit 27.10.2011 bestehende chronische Laktoseintoleranz, die Notwendigkeit einer Krankenkost für die Zeit vom 21.4.2009 bis ständig wegen einer nicht namentlich genannten chronischen Krankheit sowie ein ärztliches Attest vom 2.11.2011 darüber, dass der Kläger der Einnahme von Arthro-Inform 1 - 3 bedarf, vor.

7

Das Sozialgericht hat die Klage nach mündlicher Verhandlung, an der der Kläger nicht teilgenommen hat, abgewiesen. Eine Rücknahme der Bewilligung für die Vergangenheit sei nicht geboten, da der Kläger in den Anträgen entsprechende Angaben nicht gemacht habe. Die Beklagte habe das ihr zustehende Ermessen zutreffend ausgeübt und im Widerspruchsbescheid Ermessensgesichtspunkte nachgeholt. Eine anderweitige Bewilligung von Kinderzuschlag ergebe sich auch nicht nach § 48 SGB X. Der Kläger mache eine Änderung in diesem Sinn nicht geltend (Urteil vom 15.11.2017).

8

Unter dem 29. und 30.11. sowie dem 7.12.2017 wandte sich der Kläger an das Sozialgericht. Von einer mündlichen Verhandlung, geschweige denn von bereits ergangenen Urteilen wisse er nichts. Er habe lediglich die Abladung zum Termin am 19.10.2017 erhalten und keine Gelegenheit gehabt seine Argumente vorzutragen. Das Sozialgericht hat diese Schreiben als Berufung ausgelegt und an das Landessozialgericht weitergeleitet. Der Kläger hat nach entsprechender Erklärung und Mitteilung, dass die Berufung, sollte sie nicht gewollt sein, jederzeit kostenfrei für erledigt erklärt werden könne, lediglich nachgefragt, worum es in den einzelnen Verfahren gehe. Auch auf den Hinweis, dass es sich als problematisch erweisen könne, dass der Kinderzuschlag für den streitigen Zeitraum zunächst der Beigeladenen bewilligt worden sei, die streitigen (Verwaltungs-) Entscheidungen hingegen sämtlichst an den Kläger adressiert seien, erfolgte keine Stellungnahme.

9

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 15.11.2017 und die Bescheide der Beklagten vom 5.4.2012 idG des Widerspruchsbescheides vom 30.1.2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Bescheide vom 7.11.2007 idG des Widerspruchsbescheides vom 4.1.2008 bzw vom 19.5.2008 idG des Widerspruchsbescheides vom 4.6.2008 aufzuheben sowie Kinderzuschlag für die Zeit vom 1.8.2007 bis 31.1.2008 in gesetzlicher Höhe zu gewähren,

hilfsweise das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 15.11.2017 und die Bescheide der Beklagten vom 5.4.2012 idG des Widerspruchsbescheides vom 30.1.2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Überprüfungsanträge den Zeitraum August 2007 bis Januar 2008 (Bescheide vom 7.11.2007 und vom 19.5.2008) betreffend unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden.

10

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die vorliegenden Akten verwiesen, auch soweit diese von der Beklagten und dem Sozialgericht Bayreuth beigezogen wurden.

Entscheidungsgründe

12

Die zulässige Berufung ist im tenorierten Umfang begründet. Insoweit kann der Kläger eine Korrektur der Bewilligung des Kinderzuschlags für den Zeitraum August bis Dezember 2007 verlangen. Da die Beklagte Kinderzuschlag in der von ihr bewilligten Höhe bereits ausgezahlt hat, beschränkt sich der Auszahlungsanspruch auf den Differenzbetrag zu den tenorierten Beträgen.

13

1. Der Senat konnte in Abwesenheit des Klägers verhandeln und entscheiden, da dieser in der Terminsmitteilung auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde.

14

2. Streitig ist das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 15.11.2017, mit dem die Klage gegen die Ablehnung der Überprüfung der Bewilligungsentscheidungen den Zeitraum August 2007 bis Januar 2008 betreffend sowie die Gewährung von (höherem) Kinderzuschlag durch die Beklagte mit Bescheiden vom 5.4.2012 idG des Widerspruchsbescheides vom 30.1.2015 abgewiesen wurde.

15

3. Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere auch dann statthaft, wenn man ggf die Reduzierung der geforderten Beträge auf Bl 10 der Akte des Sozialgerichts (Kinderzuschlag für August 2007 iHv 374 € und für September bis Dezember 2008 auf 389 € statt Kinderzuschlag iHv 420 € monatlich) berücksichtigt, da auch hier der Beschwerdegegenstand von mehr als 750 € ohne Weiteres erreicht wird ($374 € + 4 \times 389 € + 420 €$ abzgl der bereits bewilligten 1.422 €; vgl § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG). Das angefochtene Urteil ist - mag es im Hinblick darauf, dass der Kläger keine Mitteilung über die mündliche Verhandlung erhalten haben will, ggf auch fehlerhaft sein - wirksam und kann mit der Berufung angefochten werden, insbesondere handelt es sich weder um ein Nicht- noch um ein nichtiges Urteil (vgl dazu Keller in Meyer-Ladewig ua, SGG, 12. Aufl 2017, § 125 RdNr. 5a f mwN). Es kann weiter dahinstehen, ob das Sozialgericht mit der Durchführung der mündlichen Verhandlung am 15.11.2017 das rechtliche Gehör des Klägers verletzte. Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, dass eine solche Verletzung eingetreten ist, wurde diese durch die Durchführung des Berufungsverfahrens geheilt, in dessen Rahmen der Kläger die Möglichkeit hatte, sich umfassend zu äußern (§ 202 S. 1 SGG iVm § 295 Abs. 1 ZPO).

16

4. Die Berufung ist im tenorierten Umfang begründet. Denn die zulässige Klage ist im tenorierten Umfang auch in der Sache erfolgreich.

17

a) Die Klage ist - soweit sie auf die gebundene Entscheidung der nach § 44 Abs. 1 SGB X iVm § 11 Abs. 4 BKGg angestrebten Korrektur der Bescheide vom 7.11.2007 und vom 19.5.2008 abstellt - statthaft als kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage (vgl zur statthaften Klage im Rahmen eines Zugunstenverfahrens bei Überprüfung einer rechtswidrigen Leistungsablehnung BSG, Urteil vom 13.2.2014 - B 4 AS 19/13 R - RdNr. 11; Urteil vom 28.2.2013 - B 8 SO 4/12 R sowie Urteil vom 12.10.2016 - B 4 AS 37/15 R - RdNr. 11). Soweit nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz davon auszugehen ist, dass hilfsweise auch eine erneute Ermessensausübung angestrebt wird, ist die Klage statthaft als kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage.

18

b) Die vom Kläger im eigenen Namen erhobene Klage ist zulässig. Der Kläger ist insbesondere befugt, den Anspruch der Beigeladenen auf (höheren) Kinderzuschlag im streitigen Zeitraum im eigenen Namen einzuklagen.

19

aa) Nach § 9 Abs. 1 S. 3 kann außer dem Berechtigten selbst (dies war als kindergeldberechtigte Person im streitigen Zeitraum die Beigeladene, vgl § 6a Abs. 1 Nr. 1 BKGg) den erforderlichen Antrag auf Kinderzuschlag (vgl § 9 Abs. 1 S. 1 BKGg) auch stellen, wer ein berechtigtes Interesse an der Leistung des Kindergeldes hat.

20

bb) § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG ist nicht nur auf Anträge für Kindergeld, sondern auch auf solche für Kinderzuschlag anzuwenden. Zwar stellt die Norm ausschließlich auf „ein berechtigtes Interesse an der Leistung des Kindergeldes“ ab. Hierbei dürfte es sich allerdings um ein redaktionelles Missgeschick im Rahmen des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt handeln, da insoweit lediglich eine redaktionelle Anpassung des § 9 BKGG in dessen Abs. 1 S. 1 erfolgte (vgl. Art. 46 Nr. 4 Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen). Dabei ist aber gerade nicht nachzuvollziehen, dass § 9 BKGG lediglich in seinem Abs. 1 S. 1 auf den in § 6a BKGG eingeführten Kinderzuschlag angepasst werden sollte (vgl. BT-Drs 15/1516 S. 84 zu Nr. 4 (§ 9)). Vielmehr sprechen Wortlaut und Systematik dafür, dass der jeweils in § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 BKGG genannte Antrag sich vollumfänglich auf die in S. 1 genannten Anträge auf Kindergeld und Kinderzuschlag bezieht. Dies wird schließlich durch den zum 24.3.2011 eingefügten § 9 Abs. 3 S. 2 BKGG bestätigt. Diese sich auf die zum 1.1.2011 in § 6b BKGG eingeführten Leistungen für Bildung und Teilhabe beziehende Regelung verweist ausdrücklich auf § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG. Es wäre nicht nachzuvollziehen, dass ein berechtigtes Interesse zwar zu einer Antragstellung Dritter für Leistungen für Bildung und Teilhabe nach § 6b BKGG bestehen soll, nicht hingegen für den - solche Leistungen voraussetzenden - Kinderzuschlag.

21

cc) Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an dem der Beigeladenen für den streitigen Zeitraum zustehenden (höheren) Kinderzuschlag. Ein berechtigtes Interesse setzt mehr als ein allgemeines Interesse voraus, geht aber gleichzeitig weiter als ein „rechtliches“ Interesse (vgl. Seewald/Felix, Kindergeldrecht, Kommentar, Stand 12/18, § 9 BKGG RdNr. 26). Berechtigt zur Antragstellung sind daher insbesondere natürliche oder juristische Personen, die unterhaltsverpflichtet sind oder zu deren Gunsten eine Auszahlung, Übertragung oder Verpfändung möglich ist (zum Kindergeld BSG, Urteil vom 5.5.2015 - B 10 KG 1/14 R - RdNr. 10). Das berechtigte Interesse des Klägers an der Zahlung von (höherem) Kinderzuschlag an die Beigeladene resultiert aus seiner Unterhaltspflicht gegenüber den mit ihm im Haushalt lebenden Kinder, für die der Kinderzuschlag gewährt werden soll. Die streitige Nachzahlung des Kinderzuschlags betrifft damit nicht nur das finanzielle, sondern auch das persönliche Interesse des Klägers, nachdem es letztlich um die Bestreitung des Lebensunterhalts seiner Kinder geht (vgl. zu § 67 Abs. 1 S. 2 EStG Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 6.7.2000 - 14 K 349/98 Ki - RdNr. 20 zitiert nach juris).

22

dd) Aus dem berechtigten Interesse des Klägers iS des § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG resultiert nicht nur sein Recht, einen Antrag auf Kinderzuschlag für die Beigeladene im Verwaltungsverfahren zu stellen, sondern auch zur nachfolgenden Klage. Die Vorschrift ermöglicht eine gesetzliche Prozessstandschaft (vgl. BSG, Urteil vom 5.5.2015 - B 10 KG 1/14 R - RdNr. 11). Berechtigt § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG aber zur Antragstellung im Verwaltungsverfahren sowie zu anschließenden Rechtsbehelfen, ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hiervon nicht auch eine Befugnis zur Antragstellung nach §§ 44 ff SGB X sowie zur anschließenden Rechtsverfolgung umfasst sein sollte, nachdem die Zielsetzung des Überprüfungsverfahrens wie die Antragstellung nach § 9 Abs. 1 S. 3 BKGG der Durchsetzung der berechtigten Interessen des Dritten dient.

23

c) Die Klage ist im tenorierten Umfang begründet. Der Kläger hat Anspruch auf Korrektur des Bescheids vom 7.11.2007, soweit dort die im Regelbedarf berücksichtigten Kosten der Warmwasserbereitung im Umfang von mehr als 22,54 € monatlich von den Kosten für Unterkunft und Heizung abgesetzt wurden (Zeitraum August bis Dezember 2007) bzw. soweit vom Elterngeld keine Versicherungspauschale abgesetzt wurde (Zeitraum Oktober bis Dezember 2007). Diese Korrektur steht insbesondere nicht im Ermessen der Beklagten, da es sich insoweit eine fehlerhafte Rechtsanwendung handelt, so dass das Ermessen der Beklagten auf die Vornahme der Rücknahme der Bewilligung gebunden ist.

24

aa) Soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht (...) worden sind, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Dies gilt nicht, wenn der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Betroffene vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat (§ 44 Abs. 1 SGB X). Nach § 11 Abs. 4 BKGG ist ein rechtswidriger nicht

begünstigender Verwaltungsakt abweichend von § 44 Abs. 1 SGB X für die Zukunft zurückzunehmen; er kann ganz oder teilweise auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden.

25

bb) Die Bewilligung vom 7.11.2007 beruht (allein) auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung iSv § 44 SGB X, soweit die Beklagte hinsichtlich der von den Kosten der Unterkunft abzusetzenden Beträge aufgrund der im Regelbedarf bereits berücksichtigten Kosten der Warmwasserbereitung (vgl BSG, Urteil vom 27.2.2008 - B 14/11b AS 15/07 R - RdNr. 25 zitiert nach juris: Abzug für den Kläger und die Beigeladene je 5,63 € monatlich, für die Kinder jeweils 3,76 € monatlich => 2 x 5,26 € + 3 x 3,76 €) statt 22,54 € 24,42 € (vgl die der streitigen Berechnung zugrundeliegenden Berechnungen Bl 38 ff der Beklagtenakte) abzog. Für die Zeit von Oktober bis Dezember 2007 wurde schließlich im Rahmen der Anrechnung des - grds zu Recht als Einkommen berücksichtigten, nach § 10 Abs. 3 BEEG in der Fassung vom 5.12.2006 nicht anrechnungsfrei zu bleibenden - Elterngeldes die Absetzung der von jedem Einkommen abzuziehenden Versicherungspauschale (vgl § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-VO in der Fassung vom 22.8.2005) unterlassen.

26

cc) Durch diese unrichtige Rechtsanwendung wurde im Zeitraum August bis Dezember 2007 Kinderzuschlag anteilig zu Unrecht nicht erbracht. Insoweit ist damit die Bewilligungsentscheidung vom 7.11.2007 nach § 44 Abs. 1 SGB X zurückzunehmen.

27

dd) Dem steht insoweit § 11 Abs. 4 BKGG nicht entgegen. Zwar handelt es sich bei der Bewilligungsentscheidung vom 7.11.2007 um eine nicht begünstigende Entscheidung iS des § 11 Abs. 4 BKGG, weil der Anspruch auf Kinderzuschlag teilweise abgelehnt wurde, so dass die vorliegend streitige Rücknahme für die Vergangenheit (zunächst) im Ermessen der Beklagten steht. Dieses ist vorliegend allerdings durch die Durchführungsanweisung zum SGB I und X der Familienkasse Direktion RV 11-7543 (DA-SGB XI/2011) gebunden.

28

(1.) Nach DA 131.2 Abs. 4 der genannten Dienstanweisung hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob und in welchem Umfang die belastende Entscheidung gem § 11 Abs. 4 BKGG (...) für die Vergangenheit zurückzunehmen ist. Soweit der Betroffene die fehlerhafte Entscheidung selbst verursacht hat oder er die Rechtswidrigkeit hätte erkennen können und müssen, komme eine Rücknahme für die Vergangenheit nicht in Betracht. Die belastende Entscheidung sei allerdings ganz zurückzunehmen, wenn ihre Rechtswidrigkeit auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht.

29

(2.) Der Senat ist zwar an die genannte Dienstanweisung nicht gebunden, weil er nur dem Gesetz unterworfen ist (§ 20 Abs. 3 und Art. 97 GG) und Verwaltungsvorschriften nur nachgeordnete Verwaltungsdienststellen binden (vgl BFH, Urteil vom 4.2.2010 - II R 1/09 R - RdNr. 11 mwN; vgl für sog ermessensleitende Verwaltungsvorschriften BSG, Urteil vom 30.9.2009 - B 9 VS 3/09 R - RdNr. 36). Allerdings besteht eine von den Gerichten zu beachtende Selbstbindung der Verwaltung als Ausfluss von Art. 3 Abs. 1 GG ausnahmsweise in dem Bereich der der Verwaltung vom Gesetz eingeräumten Entscheidungsfreiheit, also unter anderem im Bereich des Ermessens (vgl BFH, aaO). Der aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitende Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung gilt dabei für solche Verwaltungsvorschriften, die die Ermessensausübung regeln, weil die Verwaltung im Bereich der Ermessensentscheidungen einen Entscheidungsfreiraum hat, der gerichtlich nur beschränkt überprüfbar ist (BFH, Urteil vom 30.9.1997 - IX R 39/94 - RdNr. 11 zitiert nach juris).

30

(3.) Bei der DA-SGB - 11/2011 handelt es sich um eine ermessensleitende Verwaltungsvorschrift. Sie bestimmt, dass, ob und in welchem Umfang die belastende Entscheidung gemäß § 11 Abs. 4 BKGG (...) zurückzunehmen ist, von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Soweit der Betroffene die fehlerhafte Entscheidung selbst verursacht hat oder er die Rechtswidrigkeit hätte erkennen können und müssen, soll eine Rücknahme für die Vergangenheit nicht in Betracht kommen. Die belastende Entscheidung ist allerdings ganz zurückzunehmen, wenn ihre Rechtswidrigkeit auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht. Danach ist das Ermessen der Beklagten bei Entscheidungen nach § 44 Abs. 1 SGB X iVm § 11 Abs. 4 BKGG insoweit auf die Vornahme einer Rücknahme gebunden, als eine belastende Entscheidung - hier also die Ablehnung von (höherem) Kinderzuschlag - auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht.

Denn es ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass die Dienststellen der Beklagten diese Dienstanweisung in der Verwaltungspraxis nicht berücksichtigen. Der Kläger hat damit aus Art. 3 Abs. 1 GG einen Anspruch darauf, entsprechend der Dienstanweisung verbeschieden zu werden.

31

ee) Der streitigen Nachzahlung steht - auch soweit man den von der Beklagten angenommenen Antragszeitpunkt in 2011 berücksichtigt - nicht § 44 Abs. 4 SGB X entgegen. Damit kann dahinstehen, ob der Kläger ggf eine Überprüfung bereits zu einem früheren Zeitpunkt beantragt hatte.

32

ff) Die dargelegte Rücknahme bzw die auf ihrer Grundlage zu korrigierende Bewilligung für die Zeit von August bis Dezember 2007 ergibt für August 2007 einen Anspruch auf Kinderzuschlag iHv 350 €, für September 2007 iHv 363 €, für Oktober 2007 iHv 168 € und für November und Dezember 2007 iHv 318 € monatlich. Der gegenüber der Bewilligung vom 7.11.2007 erhöhte Betrag resultiert zum einen auf der aufgrund der gegenüber der aktenskundigen Berechnung reduzierten Warmwasserspachale, die zu einem höheren Bedarf und damit zu einer höheren Mindesteinkommengrenze führt. Damit vermindert sich die Differenz aus dem anzurechnenden Einkommen und der Mindesteinkommengrenze, so dass ein höherer Anspruch auf Kinderzuschlag entsteht. Entsprechendes folgt im Ergebnis aus der Berücksichtigung der Versicherungspachale bei der Berücksichtigung des Elterngeldes der Beigeladenen als Einkommen, nur dass sich hier das anzurechnenden Einkommen vermindert.

33

d) Im Übrigen hingegen ist die Klageabweisung durch das Sozialgericht nicht zu beanstanden.

34

aa) Weitere fehlerhafte Rechtsanwendungen beim Erlass des Bescheides vom 7.11.2007 sind nicht zu erkennen. Die Anrechnung des Elterngeldes im Zuflussmonat ist, soweit seine Anrechnung nicht nach § 10 Abs. 3 BEEG in der Fassung vom 5.12.2006 ausgeschlossen und nachdem die Versicherungspachale abgesetzt worden ist, nicht zu beanstanden. Das Sozialgericht hat bereits Bezug nehmend auf die einschlägige bundesobergerichtliche Rechtsprechung (vgl BSG, Urteil vom 9.11.2010 - B 4 AS 7/10 R - RdNr. 17) darauf hingewiesen, dass die Kosten der Kinderbetreuung aus Rechtsgründen bei der Leistungsberechnung unberücksichtigt bleiben müssen. Soweit der Kläger meint, dass die Mindesteinkommengrenze erreicht sei, weil neben dem Arbeitslosengeld auch das vom Jobcenter bewilligte Arbeitslosengeld II zu berücksichtigen sei, übersieht er, dass Arbeitslosengeld II nach § 6a Abs. 1 Nr. 2 BKGG in der Fassung vom 17.7.2007 iVm § 11 Abs. 1 S. 1 SGB II in der Fassung vom 5.12.2006 nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist und damit keine Grundlage für das Erreichen der Mindesteinkommengrenze bilden kann. Auch im Übrigen ist nicht ersichtlich, woraus sich ein Anspruch des Klägers bzw der Beigeladenen auf Kinderzuschlag im Januar 2008 ergeben könnte.

35

bb) Soweit der Kläger darüber hinaus die Berücksichtigung von Versicherungsbeiträgen und eines ernährungsbedingten Mehrbedarfs bei der Leistungsberechnung fordert, beruht eine evtl Fehlerhaftigkeit des Bescheides vom 7.11.2007 zuvörderst darauf, dass der Kläger bzw die Beigeladene bei der Antragstellung entsprechende Angaben nicht nur nicht gemacht, sondern zum Teil sogar ausdrücklich verneint bzw entsprechende Ermittlungen der Beklagten (vgl zB Formular zur Feststellung eines ernährungsbedingten Mehrbedarfs, das der Kläger durchgestrichen an die Beklagte zurücksandte) vereitelt hat. Insoweit kann letztlich dahinstehen, ob die Entscheidung vom 7.11.2007 objektiv rechtswidrig ist. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, steht eine Rücknahme des Bescheides vom 7.11.2007 im Ermessen der Beklagten. Insoweit ist die Ermessensausübung der Beklagten durch die Dienstanweisung DA-SGB - 11/2011 nicht gebunden.

36

cc) Die Ermessensausübung durch die Beklagte ist gerichtlich (zum Prüfungsumfang vgl § 39 Abs. 1 SGB I, § 54 Abs. 2 S. 2 SGG) nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat erkannt, dass die Rücknahme in ihrem Ermessen steht und geht im Rahmen ihrer Ermessensausübung auf den konkreten Einzelfall ein. Sie hat mit der Ablehnung der Rücknahme eine Rechtsfolge gewählt, die in § 44 Abs. 1 SGB X iVm § 11 Abs. 4 BKGG vorgesehen ist. Auch ein Ermessensfehlgebrauch ist nicht zu erkennen, nachdem das Interesse des Klägers bzw der Beigeladenen an der Korrektur der Bewilligung gegen das an der Bestandskraft einmal getroffener Entscheidungen und einer funktionsfähigen Verwaltung abgewogen wird. Insoweit hat die

Beklagte von ihrem Ermessen in einer dem Zweck des § 44 SGB X iVm § 11 Abs. 4 BKGG entsprechenden Weise Gebrauch gemacht.

37

dd) Der Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 5.4.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.1.2015 steht nicht entgegen, dass eine Ermessensausübung sich erstmals aus dem Widerspruchsbescheid ergibt. Insoweit geht es nicht um die Heilung iS des § 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X eines lediglich formalen Begründungsmangels des Ausgangsbescheides im Widerspruchsbescheid, sondern um die Beseitigung des Fehlens der Ermessensbetätigung im Ausgangsbescheid im und durch das Widerspruchsverfahren auf der Grundlage des § 78 Abs. 1 Satz 1 SGG, wonach auch die Zweckmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen ist. Die Widerspruchsbehörde - hier die aufgrund von § 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGG benannte Rechtsbehelfsstelle - ist im Widerspruchsverfahren befugt und bei einem Ermessensausfall oder -fehlgebrauch im Ausgangsbescheid auch gehalten, selbst Ermessenserwägungen anzustellen und sie ggf an die Stelle der Ausgangsbehörde zu setzen (vgl zu § 85 Abs. 2 S. 2 SGG BSG, Urteil vom 19.8.2015 - B 14 AS 1/15 R - RdNr. 38 Bezug nehmend auf Schütze in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 41 RdNr. 11).

38

Ist aber die Ermessensausübung durch die Beklagte nicht zu beanstanden, muss auch die hilfsweise angenommene kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage im Ergebnis ohne Erfolg bleiben, soweit ein gebundener Anspruch (vgl oben unter c) nicht bejaht werden kann.

39

Soweit die Klage aber ohne Erfolg bleibt, muss die Berufung als unbegründet zurückgewiesen werden.

40

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Gründe für eine Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.