

Bundessozialgericht
Urt. v. 05.08.2021, Az.: B 4 AS 83/20 R

**Anspruch auf ergänzende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II;
Anforderungen an die Berücksichtigung vom Arbeitgeber als Sachbezug abgerechneter Verpflegung
als Einkommen**

Gericht: BSG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 05.08.2021

Referenz: JurionRS 2021, 69422

Aktenzeichen: B 4 AS 83/20 R

ECLI: ECLI:DE:BSG:2021:050821UB4AS8320R0

Verfahrensgang:

vorgehend:

LSG Berlin-Brandenburg - 21.11.2019 - AZ: L 34 AS 801/19

SG Berlin - 29.03.2019 - AZ: S 37 AS 10338/17

Rechtsgrundlagen:

§ 11 Abs. 1 S. 1-2 SGB II

§ 11b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 und Nr. 6 SGB II

§ 11b Abs. 2 S. 1 SGB II

§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SGB II

§ 20 Abs. 1 S. 4 SGB II

aF § 41a Abs. 4 S. 1-3 SGB II

§ 2 Abs. 5 Alg II-V

§ 107 Abs. 1 GewO

§ 107 Abs. 2 GewO

Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 20 Abs. 1 GG

BSG, 05.08.2021 - B 4 AS 83/20 R

Redaktioneller Leitsatz:

Vom Arbeitgeber als Sachbezug zur Verfügung gestellte und abgerechnete Verpflegung ist als Einkommen nach § 11 Abs. 1 SGB II zu berücksichtigen.

in dem Rechtsstreit
BSG Az.: B 4 AS 83/20 R
LSG Berlin-Brandenburg 21.11.2019 - L 34 AS 801/19
SG Berlin 29.03.2019 - S 37 AS 10338/17

1.,
2.

3.,

4.,

5.,

Kläger und Revisionskläger,
Prozessbevollmächtigter zu 1. bis 5.:,
gegen

Jobcenter Berlin Friedrichshain-Kreuzberg,
Rudi-Dutschke-Straße 3, 10969 Berlin,
Beklagter und Revisionsbeklagter.

Der 4. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. August 2021 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. V o e l z k e , die Richterin B e h r e n d und den Richter S ö h n g e n sowie die ehrenamtlichen Richter N a z a r e k und M e l z e r für Recht erkannt:

Tenor:

Die Revisionen der Kläger gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. November 2019 werden zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind im Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

Gründe

I

- 1 Die Kläger begehren höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II für den Zeitraum vom 1.6. bis 30.11.2017. Umstritten ist die Berücksichtigung von Sachbezügen in Form von Verpflegung als Einkommen.
- 2 Der 1962 geborene Kläger zu 1 bewohnte mit seiner 1978 geborenen Ehefrau, der Klägerin zu 2, und den im Juli 2008, Februar 2010 und Juli 2012 geborenen gemeinsamen Kindern - den Klägern zu 3 bis 5 - eine etwa 86 m² große Dreizimmerwohnung in B. Für diese war 2017 eine monatliche Gesamtmiete iHv 969,14 Euro (539,14 Euro Grundmiete; 208 Euro Vorauszahlungen für Betriebskosten; 222 Euro Vorauszahlungen für Heizkosten) zu zahlen. Der Kläger zu 1 war seit längerem als Kellner in Vollzeit beschäftigt und erhielt monatlich (leicht schwankende) Geldbezüge, die auf ein Konto überwiesen wurden. Arbeitsvertraglich vereinbart war zudem, dass dem Kläger zu 1 von seinem Arbeitgeber neben den Geldbezügen während der Arbeitszeit als Sachbezug abzurechnende Verpflegung zur Verfügung gestellt wird. Für die Kläger zu 3 und 4 ist im streitbefangenen Zeitraum Kindergeld iHv jeweils 192 Euro monatlich und für den Kläger zu 5 iHv 198 Euro monatlich gezahlt worden.
- 3 Die Kläger erhielten daneben Leistungen nach dem SGB II. Auf einen Weiterbewilligungsantrag vom April 2017 gewährte der Beklagte für die Zeit vom 1.6. bis 30.11.2017 vorläufig Alg-II und Sozialgeld iHv monatlich insgesamt 958,05 Euro (Summe der Einzelansprüche) unter Berücksichtigung eines vorläufigen Durchschnittseinkommens des Klägers zu 1 von 1642,94 Euro brutto/1314,09 Euro netto sowie Kindergeld iHv insgesamt 582 Euro (Bescheid vom 2.5.2017). Der Widerspruch der Kläger, die geltend machten, das Einkommen des Klägers zu 1 sei niedriger, weil dieser kein Essen des Arbeitgebers in Anspruch nehme, blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 27.7.2017).
- 4 Im Klageverfahren hat der Beklagte den Klägern nach Vorlage der monatlichen Bezügeabrechnungen des Klägers zu 1 für die Zeit vom 1.6. bis 30.11.2017 endgültige Leistungen iHv monatlich insgesamt 989,28 Euro (Summe der Einzelansprüche) bewilligt (Bescheid vom 27.2.2018; im Urteil des LSG ist irrtümlich der 27.1.2018 genannt). Dem Gesamtbedarf aller Kläger iHv 2524,15 Euro (Regelbedarf 1555 Euro; Bedarf für Unterkunft und Heizung 969,15 Euro) hat er neben dem Kindergeld ein nachgewiesenes Einkommen des Klägers zu 1 iHv 1614,18 Euro brutto bzw 1282,89 Euro netto gegenübergestellt und dabei den vom Arbeitgeber dem Bruttoeinkommen zugerechneten Wert für Sachbezüge Verpflegung (3,17 Euro pro Arbeitstag) ersetzt durch einen

monatlichen Durchschnittswert von 30,18 Euro, ermittelt nach § 2 Abs 5 Alg II-V (Partnerregelsatz von 368 Euro x 1 % x 40 % für Mittag- bzw Abendessen = 1,472 Euro pro Arbeitstag). Im Ergebnis ist ein monatliches bereinigtes Durchschnittseinkommen des Klägers zu 1 von 952,89 Euro angerechnet worden.

- 5 Das SG hat den Beklagten - unter Zulassung der Berufung - antragsgemäß verurteilt, den Klägern für den Zeitraum vom 1.6. bis 30.11.2017 Leistungen nach dem SGB II ohne Berücksichtigung von Sachbezügen für Verpflegung bei dem Einkommen des Klägers zu 1 zu gewähren (Urteil vom 29.3.2019). Zur Begründung hat es unter Hinweis auf eine Entscheidung des SG Berlin vom 23.3.2015 (S 175 AS 15482/14) ausgeführt, § 2 Abs 5 Alg II-V sei unanwendbar, weil diese Regelung gegen höherrangiges Recht verstoße und möglicherweise auch von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt sei.
 - 6 Das LSG hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil des SG aufgehoben und die Klage(n) abgewiesen (Urteil vom 21.11.2019). Zutreffend habe der Beklagte nicht nur das dem Kläger zu 1 unbar ausgezahlte Arbeitsentgelt, sondern auch die diesem von seinem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte kostenlose Verpflegung als Einkommen (in Geldeswert) berücksichtigt. Diese Berücksichtigung sei zutreffend nach Maßgabe von § 2 Abs 5 Alg II-V erfolgt, der von der Ermächtigungsgrundlage des § 13 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB II gedeckt sei und auch nicht gegen höherrangiges Recht verstoße. Ob der Kläger zu 1 die angebotene Verpflegung tatsächlich in Anspruch genommen habe, sei ohne Bedeutung. Es reiche aus, wenn die Möglichkeit dazu bestanden habe.
 - 7 Mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen rügen die Kläger eine Verletzung von § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II . Der Sachbezug Verpflegung sei nicht unentgeltlich erfolgt, sondern durch die Schmälerung des Nettolohns iHv monatlich 14,88 Euro erkauft worden. Der Verpflegung fehle es zudem an einem Marktwert, was deren Qualifizierung als Einkommen entgegenstehe. Im Übrigen sei sie auch nicht zugeflossen, wenn sie, wie hier, nicht tatsächlich eingenommen worden sei. Andernfalls läge eine nicht zulässige fiktive Einkommensberücksichtigung vor. Zudem verstoße § 2 Abs 5 Alg II-V gegen § 20 Abs 1 Satz 4 SGB II und das Verbot, Grundbestandteile der Regelleistung individuell bedarfsmindernd zu berücksichtigen.
 - 8 Die Kläger beantragen,

das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. November 2019 aufzuheben und die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 29. März 2019 zurückzuweisen.
 - 9 Der Beklagte beantragt,

die Revisionen zurückzuweisen.
 - 10 Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.
- II
- 11 Der Senat konnte in der Sache verhandeln und entscheiden, ohne dass die Beteiligten im Termin vertreten waren, denn sowohl die Kläger als auch der Beklagte sind mit der Ladung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden. Die zulässigen Revisionen der Kläger sind unbegründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Es besteht kein Anspruch auf höhere Grundsicherungsleistungen. Das LSG hat daher ohne Verletzung von Bundesrecht das Leistungen zusprechende Urteil des SG aufgehoben und die Klagen abgewiesen.
 - 12 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den Entscheidungen der Vorinstanzen nur noch der Bescheid vom 27.2.2018, mit dem die Grundsicherungsleistungen für den Zeitraum vom 1.6.2017 bis 30.11.2017 endgültig festgesetzt worden sind. Dieser Bescheid, durch den die Höhe

der Leistungen bezogen auf den gesamten Zeitraum für alle Kläger neu geregelt wurde, ist gemäß § 96 Abs 1 SGG Gegenstand des Klageverfahrens vor dem SG geworden. Er hat den ursprünglich mit der Klage angefochtenen Bescheid über eine vorläufige Leistungsbewilligung vom 2.5.2017 vollständig ersetzt und damit iS von § 39 Abs 2 SGB X erledigt (vgl nur BSG vom 19.3.2020 - B 4 AS 1/20 R - RdNr 10 mwN). Die Kläger verfolgen ihr Begehren zutreffend mit einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage gemäß § 54 Abs 1 , 4 SGG und machen zulässigerweise weitere Geldleistungen (nur) dem Grunde nach (§ 130 Abs 1 Satz 1 SGG) geltend.

- 13** 2. Der Bescheid vom 27.2.2018 ist rechtmäßig. Ein Anspruch der Kläger auf höhere Grundsicherungsleistungen - insbesondere ohne Berücksichtigung der dem Kläger zu 1 von seinem Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung gestellten Verpflegung als Einkommen - besteht nicht.
- 14** Rechtsgrundlage für die endgültige Leistungsbewilligung ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht § 41a Abs 3 Satz 1 SGB II , denn die zunächst vorläufig bewilligte Leistung entsprach nicht dem abschließend festzustellenden monatlichen Leistungsanspruch. Bei der abschließenden Feststellung des Leistungsanspruchs ist nach § 41a Abs 4 Satz 1 SGB II in der hier noch anwendbaren ab 1.8.2016 bis 31.3.2021 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) des Neunten Gesetzes zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Rechtsvereinfachung - sowie zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht vom 26.7.2016 (Rechtsvereinfachungsgesetz, BGBl I 1824) als Einkommen ein monatliches Durchschnittseinkommen zugrunde zu legen. Ausnahmetatbestände nach § 41a Abs 4 Satz 2 SGB II aF lagen nicht vor. Als monatliches Durchschnittseinkommen ist nach § 41a Abs 4 Satz 3 SGB II aF für jeden Kalendermonat im Bewilligungszeitraum der Teil des Einkommens zu berücksichtigen, der sich bei der Teilung des Gesamteinkommens im Bewilligungszeitraum durch die Anzahl der Monate im Bewilligungszeitraum ergibt. Dabei erfasst § 41a Abs 4 SGB II aF alle Arten von Einkommen im Bewilligungszeitraum und bezieht alle Monate des Bewilligungszeitraums in die Bildung des Durchschnittseinkommens ein (vgl BSG vom 11.7.2019 - B 14 AS 44/18 R - SozR 4-4200 § 41a Nr 2 RdNr 18 ff).
- 15** 3. Materiell-rechtliche Grundlage des Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II sind §§ 19 ff und §§ 7 ff SGB II in der ab dem 1.1.2017 geltenden Fassung des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen sowie zur Änderung des Zweiten und des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016 (BGBl I 3159; Geltungszeitraumprinzip, vgl nur BSG vom 19.10.2016 - B 14 AS 53/15 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 78 RdNr 14 f). Die Kläger zu 1 und 2, die die Altersgrenzen nach § 7a SGB II noch nicht erreicht haben, lebten im Zeitraum vom 1.6.2017 bis 30.11.2017 zusammen in einer Bedarfsgemeinschaft (§ 7 Abs 3 Nr 1, 3a, 4 SGB II) mit ihren minderjährigen Kindern, den 2008, 2010 und 2012 geborenen Klägern zu 3 bis 5, waren erwerbsfähig und hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland (§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 2 und 4 SGB II). Ausschlussstatbestände nach § 7 Abs 4 , 4a oder 5 SGB II lagen nicht vor. Die Kläger waren hilfebedürftig (§ 7 Abs 1 Satz 1 Nr 3 , § 9 Abs 1 und 2 SGB II), denn sie waren nicht in der Lage, ihren Bedarf (Regelbedarf gemäß § 20 SGB II sowie Bedarfe für Unterkunft und Heizung gemäß § 22 SGB II) aus eigenem zu berücksichtigendem Einkommen oder Vermögen vollständig zu decken. Der Gesamtbedarf der Kläger belief sich im streitbefangenen Zeitraum auf monatlich 2542,14 Euro (2 x 368 Euro Regelbedarf der Stufe 2 gemäß § 20 Abs 4 SGB II ; 2 x 291 Euro Sozialgeld nach Regelbedarfsstufe 5; 1 x 237 Euro Sozialgeld nach Regelbedarfsstufe 6, jeweils nach § 20 Abs 1a SGB II iVm der Anlage zu § 28 SGB XII ; 969,14 Euro Gesamtbedarf für Unterkunft und Heizung in Höhe der tatsächlichen Kosten). Die Einkommen des Klägers zu 1 aus abhängiger Beschäftigung und der Kläger zu 3 bis 5 aus Kindergeld waren nicht ausreichend, diesen Bedarf zu decken (dazu im Einzelnen unter 4.). Anhaltspunkte für einsetzbares Vermögen bestehen nicht.
- 16** 4. Nach § 11 Abs 1 Satz 1 SGB II in der ab dem 1.8.2016 geltenden Fassung des Rechtsvereinfachungsgesetzes sind als Einkommen zu berücksichtigen Einnahmen in Geld abzüglich der nach § 11b SGB II abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a SGB II genannten Einnahmen. Dies gilt nach § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II auch für Einnahmen in Geldeswert, die im Rahmen einer Erwerbstätigkeit, des Bundesfreiwilligendienstes oder eines Jugendfreiwilligendienstes zufließen.

- 17** Einkommen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BSG grundsätzlich alles, was jemand nach Antragstellung wertmäßig dazu erhält (stRspr; vgl BSG vom 30.7.2008 - B 14 AS 26/07 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 17 RdNr 23; BSG vom 30.9.2008 - B 4 AS 29/07 R - BSGE 101, 291 = SozR 4-4200 § 11 Nr 15 , RdNr 18; zuletzt etwa BSG vom 8.12.2020 - B 4 AS 30/20 R - zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4-4200 § 11 Nr 89 vorgesehen, RdNr 15). Ein "wertmäßiger Zuwachs" liegt dann vor, wenn die Einnahme eine Änderung des Vermögensstandes bewirkt. Außerdem muss das Einkommen als "bereites Mittel" geeignet sein, den konkreten Bedarf im jeweiligen Monat zu decken (grundlegend BSG vom 29.11.2012 - B 14 AS 33/12 R - BSGE 112, 229 = SozR 4-4200 § 11 Nr 57, RdNr 13 ff; zuletzt BSG vom 24.6.2020 - B 4 AS 9/20 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 88 RdNr 28).
- 18** Danach war neben dem - nur auf die Bedarfe der Kläger zu 3 bis 5 anrechenbaren - Kindergeld ein durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen des Klägers zu 1 iHv 952,89 Euro zu berücksichtigen, das sich errechnet aus einem Bruttoeinkommen (inklusive des Wertes für einen Sachbezug Verpflegung, näher dazu 5.) iHv monatlich durchschnittlich 1614,18 Euro abzüglich der zu entrichtenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (§ 11b Abs 1 Satz 1 Nr 1 und 2 SGB II ; Nettoeinkommen danach durchschnittlich 1282,89 Euro) und einem Freibetrag wegen Erwerbstätigkeit von 330 Euro (100 Euro Grundfreibetrag nach § 11b Abs 2 Satz 1 SGB II ; 230 Euro weiterer Erwerbstätigenfreibetrag nach § 11b Abs 1 Satz 1 Nr 6 iVm Abs 3 SGB II).
- 19** 5. Zutreffend hat der Beklagte, ausgehend von den vorgelegten Bezügeabrechnungen, auch die dem Kläger zu 1 von seinem Arbeitgeber als Sachbezug zur Verfügung gestellte und abgerechnete Verpflegung als Einkommen nach § 11 Abs 1 SGB II berücksichtigt. Dass der Arbeitgeber Verpflegung tatsächlich und für den Kläger zu 1 kostenfrei zur Verfügung gestellt hat, ergibt sich aus den für den Senat bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG), die die Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen haben. Zwar sind Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auf diesen Sachbezug erhoben worden, weil es sich um Arbeitsentgelt gehandelt hat. Entgegen der Auffassung der Kläger führen diese gesetzlichen Abzüge aber nicht dazu, dass die Verpflegung dadurch "erkauft" wurde.
- 20** Der arbeitsvertraglich vereinbarte Anspruch auf Verpflegung stellt eine als Einkommen zu berücksichtigende Einnahme in Geldeswert nach § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II dar. Einnahmen "in Geldeswert" sind im Allgemeinen solche, die nicht unmittelbar in Bar- oder Buchgeld bestehen, aber einen in Geld zu bemessenden wirtschaftlichen Wert haben (vgl nur Hengelhaupt in Hauck/Noftz, SGB II, K § 11 RdNr 160, Stand XII/19; Schmidt in Eicher/Luik, SGB II, 4. Aufl 2017, § 11 RdNr 20; Söhngen in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl 2020, § 11 RdNr 45, Stand 29.7.2021). Die Schwierigkeiten, im Einzelnen zu bestimmen, welcher konkrete Wert einer solchen Einnahme zukommt und wann sie "bereit" ist, also tatsächlich und aktuell für den Lebensunterhalt eingesetzt werden kann (vgl dazu allgemein Hengelhaupt in Hauck/Noftz, SGB II, K § 11 RdNr 160 ff, Stand XII/19; zum Sachbezug Verpflegung im Besonderen K § 13 RdNr 299 ff, Stand VII/21), hatten den Gesetzgeber veranlasst, zur Entlastung der Verwaltung Einnahmen in Geldeswert grundsätzlich aus dem Einkommensbegriff herauszunehmen (vgl BT-Drucks 18/8041 S 32 zu § 11 Abs 1 Satz 1). Verwiesen wurde darüber hinaus auf systematische Widersprüche im Hinblick auf die nicht statthafte Aufschlüsselung des pauschalierten Regelbedarfs in seine Bestandteile (BT-Drucks 18/8041 S 32). Allerdings sind von der grundsätzlichen Anrechnungsfreiheit von geldwerten Einnahmen nach § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II ausdrücklich die Fälle ausgenommen worden, in denen diese Einnahmen ua im Rahmen einer Erwerbstätigkeit zufließen. Im Gesetzentwurf wird das mit der Praxis begründet, Arbeitsentgelte ganz oder teilweise durch Sachleistungen zu erbringen; eine Rechtfertigung für eine ungleiche Behandlung von Arbeitsentgelten je nach der Erbringungsform (als Geldbetrag oder als Sachleistung) sei nicht ersichtlich und gleichzeitig werde erreicht, dass die Berücksichtigung von Einnahmen nicht dadurch umgangen werden könne, dass Erwerbseinkommen in Form von Sachleistungen erbracht werde (vgl BT-Drucks 18/8041 S 32 zu § 11 Abs 1 Satz 2).
- 21** Eine Bewertung, die sich auch in Geld ausdrücken lässt, ist diesen Fällen der gesetzlich weiterhin vorgesehenen Berücksichtigung von Sachbezügen als Einkommen in Bezug auf das Arbeits- bzw Dienstverhältnis vorzunehmen, denn der Sachbezug wird als Gegenleistung für eine Arbeits- bzw Dienstleistung erbracht (vgl Geiger in LPK-SGB II, 7. Aufl 2021, § 11 RdNr 49). Zwar ist

insbesondere Verpflegung als Sachbezug nicht frei (auf einem "Markt"), sondern nur eingeschränkt verwertbar, in der Regel allein dadurch, dass sie verbraucht wird. Doch ist jedenfalls der Anspruch auf eine solche Leistung in der Weise verfügbar, dass er - jedenfalls im Rahmen einer Erwerbstätigkeit - vom Arbeitnehmer anstelle von (höheren) Geldbezügen als Arbeitsentgelt zuvor akzeptiert werden muss. § 107 Abs 1 Gewerbeordnung (GewO) schreibt vor, dass Arbeitsentgelt grundsätzlich in Euro zu berechnen und auszuzahlen ist. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 107 Abs 2 GewO - Interesse des Arbeitnehmers oder Eigenart des Arbeitsverhältnisses - kann darauf zugunsten von Sachbezügen teilweise verzichtet werden (vgl zu den arbeitsrechtlichen Aspekten nur Griese in Küttner, Personalbuch 2021, Stichwort Sachbezug RdNr 61; Jüngst, Betrieb und Personal 2021, 163 ff). Dies rechtfertigt es, auf den Wert des Anspruchs abzustellen, wenn Sachbezüge als Einnahmen zu berücksichtigen sind.

- 22** Durch diese Auslegung wird auch den Motiven des Gesetzgebers für die Neuregelung des Einkommensbegriffs durch das Rechtsvereinfachungsgesetz angemessen Rechnung getragen. Denn sie vermeidet, dass die durch die Neuregelung ohnehin nur noch sehr begrenzte Berücksichtigung von Sachbezügen als Einkommen auch in dem noch vorgesehenen Anwendungsrahmen in vielen Fällen leerlaufen kann. Zudem begegnet sie, wie beabsichtigt, der Gefahr einer Umgehung der Einkommensberücksichtigung durch die Vereinbarung von Sachbezügen.
- 23** 6. Ein Sachbezug - auch in Form von Verpflegung - ist danach gemäß § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II (weiterhin) als Einkommen zu berücksichtigen, wenn er, wie es hier zwischen dem Kläger zu 1 und seinem Arbeitgeber der Fall war, arbeitsvertraglich als Teil der Arbeitsvergütung vereinbart worden ist. Außerdem muss er zugeflossen sein. Ob ein Zufluss vorliegt, hängt entgegen der Auffassung der Kläger indessen nicht davon ab, ob eine tatsächlich bestehende Möglichkeit, den Sachbezug in Anspruch zu nehmen, realisiert wird oder nicht. Soweit es um Einnahmen in Geld geht, sind nach der Rechtsprechung des BSG Verwendungsentscheidungen bezogen auf Geldzuflüsse unbeachtlich, stehen einer Berücksichtigung als Einkommen also nicht entgegen (vgl BSG vom 29.4.2015 - B 14 AS 10/14 R - SozR 4-4200 § 11 Nr 70 [Kontokorrentabrede]; BSG vom 24.5.2017 - B 14 AS 32/16 R - BSGE 123, 199 = SozR 4-4200 § 11 Nr 80 [Arbeitgeberdarlehen für Kfz]). Die arbeitsvertragliche Vereinbarung von Sachbezügen stellt eine ebensolche Verwendungsentscheidung dar. Will der Leistungsempfänger die Einkommensanrechnung vermeiden, ist er gehalten, auf eine Änderung des Arbeitsvertrages zu drängen. Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag nach und stellt den Sachbezug - wie hier - tatsächlich zur Verfügung, ist von einem Zufluss der geldwerten Einnahme auszugehen. Unabhängig von den Schwierigkeiten, im Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren zu ermitteln, ob und ggf auch noch in welchem Umfang Verpflegung als Sachbezug wirklich in Anspruch genommen wird, wirkt sich eine Nichtinanspruchnahme ebenso wenig auf die Höhe des zu berücksichtigenden Bedarfs und damit auf die Höhe des Leistungsanspruchs aus, wie der unterbliebene Verbrauch mit Grundsicherungsleistungen gekaufter Lebensmittel - etwa, weil sie verdorben sind.
- 24** Systematisch steht dieses Ergebnis im Einklang mit der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Sachbezügen, die ebenfalls an die Bereitstellung entsprechend der arbeitsvertraglichen Vereinbarung anknüpft. Der Eintritt der Sozialversicherungspflicht setzt nicht voraus, dass der Sachbezug auch tatsächlich in Anspruch genommen wird (so zur Sozialversicherungspflicht von Verpflegung als Sachbezug Schlegel in Küttner, Personalbuch 2021, Stichwort Sachbezug RdNr 61; vgl auch BSG vom 23.2.2017 - B 11 AL 1/16 R - RdNr 28, zur Leistungsbemessung beim Erhalt von Sachbezügen). Dementsprechend hat auch der Arbeitgeber des Klägers zu 1 die bereitgestellte Verpflegung als sozial- und steuerpflichtiges Arbeitsentgelt in Form eines Sachbezuges behandelt, ohne dass der Kläger zu 1 dies beanstandet hätte.
- 25** 7. Der Beklagte hat den Sachbezug Verpflegung der Höhe nach zutreffend (nur) nach Maßgabe von § 2 Abs 5 Alg II-V berücksichtigt und nicht nach den höheren Beträgen der Sozialversicherungsentgeltverordnung, die der Arbeitgeber ausweislich der Bezügeabrechnungen zugrunde gelegt hatte. Gemäß § 2 Abs 5 Alg II-V in der ab dem 1.1.2009 geltenden Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Alg II-V vom 18.12.2008 (BGBl I 2780) ist bei der Berechnung des Einkommens der Wert der von dem Arbeitgeber bereitgestellten Vollverpflegung mit täglich 1 %

des nach § 20 SGB II maßgebenden monatlichen Regelbedarfs anzusetzen. Wird Teilverpflegung bereitgestellt, entfallen auf das Frühstück ein Anteil von 20 % und auf das Mittag- und Abendessen Anteile von je 40 % des sich ergebenden Betrages.

- 26** Mit dieser Bestimmung wird die nach § 11 Abs 1 Satz 2 SGB II grundsätzlich statthafte Einkommensanrechnung bei bereitgestellter Verpflegung pauschalisierend konkretisiert. Von der Verordnungsermächtigung in § 13 Abs 1 Nr 1 SGB II ist § 2 Abs 5 Alg II-V gedeckt. § 13 Abs 1 Nr 1 SGB II ermächtigt das BMAS durch Rechtsverordnung zu bestimmen, welche weiteren Einnahmen nicht als Einkommen zu berücksichtigen sind und wie das Einkommen im Einzelnen zu berechnen ist. Bei § 2 Abs 5 Alg II-V handelt es sich um eine Regelung dazu, wie das Einkommen im Einzelnen zu berechnen ist. Der Einkommensbegriff, der sich aus § 11 Abs 1 Satz 1 und 2 SGB II ergibt, wird gerade nicht erweitert, sondern vorausgesetzt.
- 27** Der Ordnungsgeber hat auch bezogen auf die pauschalierend zu ermittelnde Höhe des als Einkommen zu berücksichtigenden Gestaltungsspielraums nicht überschritten. Es ist realitätsgerecht (vgl zu dieser Anforderung BSG vom 11.12.2019 - SozR 4-4225 § 6 Nr 2 RdNr 28 mwN), (arbeits-)täglich 1 % des nach § 20 SGB II konkret maßgebenden Regelsatzes für eine Hauptmahlzeit zu berücksichtigen, anknüpfend an einen Gesamtanteil von etwa 39 %, der der Bemessung der Verpflegungsmittel, Getränke und Tabakwaren sowie Verpflegungsdienstleistungen zugrunde gelegt wurde (vgl Begründung des Referentenentwurfs zur Ersten Verordnung zur Änderung der Arbeitslosengeld II/Sozialgeld-Verordnung S 8, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/erste-verordnung-zur-aenderungsgbII-sozialgeld.pdf?__blob=publicationFile - abgedruckt bei Hannes, Alg II-V, 2020, S 182 ff; zu den ab 2017 berücksichtigten Verbrauchsausgaben für Nahrungsmittel, Getränke und Tabakwaren vgl Behrend in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl, § 20 RdNr 106 ff, Stand 8.2.2020).
- 28** Entgegen der Auffassung der Kläger verstößt § 2 Abs 5 Alg II-V nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere nicht gegen § 20 Abs 1 Satz 4 SGB II. Danach entscheidet der Leistungsberechtigte über die Verwendung der zur Deckung des Regelbedarfs erbrachten Leistungen grundsätzlich eigenverantwortlich. Dies schließt auch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung als Verwendungsentscheidung ein, die darauf gerichtet ist - wie hier - Arbeitsentgelt zum Teil (nur) in Form einer Naturalvergütung Verpflegung beanspruchen zu können.
- 29** Mit dem LSG ist im Übrigen davon auszugehen, dass diesem Ergebnis die Rechtsprechung des BSG zur Rechtslage vor dem 1.1.2009 nicht entgegensteht. Danach durfte Vollverpflegung, die im Rahmen eines Krankenhausaufenthaltes (BSG vom 18.6.2008 - B 14 AS 22/07 R - BSGE 101, 70 = SozR 4-4200 § 11 Nr 11) bzw Gefängnisaufenthaltes (BSG vom 16.12.2008 - B 4 AS 9/08 R) gewährt wurde, nicht als Einkommen des Leistungsberechtigten berücksichtigt werden, weil dies einer individuellen Bedarfsermittlung bzw abweichenden Bestimmung der Höhe der Regelleistung ohne Rechtsgrundlage gleichgekommen wäre. Anders als in diesen Fällen geht es vorliegend aber nicht um eine anderweitige Bedarfsbestimmung, sondern um die Bestimmung des Einkommens aus abhängiger Beschäftigung (dies verkennend SG Berlin vom 23.3.2015 - S 175 AS 15482/14 - RdNr 31 ff). In diesem Sinne hatte das BSG bereits 2008 ausgeführt, dass es im Kontext der Berücksichtigung von Erwerbseinkommen gemäß § 11 SGB II systemgerecht ist, vom jeweiligen Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Sachleistungen zu bewerten, um dem Grundsicherungsempfänger als Sachleistung verkappt gewährten Lohn sachgerecht bewerten zu können (BSG vom 18.6.2008 - B 14 AS 22/07 R - BSGE 101, 70 = SozR 4-4200 § 11 Nr 11 , RdNr 15 f). Hieran knüpft in der Sache die Begründung des Gesetzentwurfs zum Rechtsvereinfachungsgesetz (vgl BT-Drucks 18/8041 S 32 zu § 11 Abs 1 Satz 2) letztlich an.
- 30** 8. Die Schutzposition aus dem Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art 1 Abs 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip des Art 20 Abs 1 GG , die in dem Erfordernis der bereiten Mittel zum Ausdruck kommt, steht - entgegen der Auffassung der Kläger - der Berücksichtigung des Sachbezugs Verpflegung als Einkommen regelmäßig und auch hier schon deshalb nicht entgegen, weil der angerechnete Betrag (hier: monatlich 30,18 Euro) durch den höheren Erwerbstätigenfreibetrag (hier: 330 Euro monatlich), der in den Fällen der Berücksichtigung von Sachbezügen aus einer Erwerbstätigkeit stets einzuräumen ist, gedeckt wird (vgl dazu BSG vom 24.5.2017 - B 14 AS 32/16 R - BSGE 123, 199 = SozR 4-4200 § 11 Nr 80 [Arbeitgeberdarlehen für Kfz], RdNr 26).

Prof. Dr. Voelzke

Behrend

Söhngen

Nazarek

Melzer

Verkündet am 5. August 2021

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.