

## L 16 AS 403/09

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

16

1. Instanz

SG Landshut (FSB)

Aktenzeichen

S 13 AS 325/06 FdV

Datum

20.11.2008

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 16 AS 403/09

Datum

10.08.2011

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 14 AS 233/11 B

Datum

19.03.2012

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zur Gewährung von Krankenkostzulagen in der Sozialhilfe in der dritten, völlig neu bearbeiteten Auflage vom 01.10.2008 als antizipiertes Sachverständigengutachten.

Die Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zur Gewährung von Krankenkostzulagen in der Sozialhilfe in der dritten, völlig neu bearbeiteten Auflage vom 01.10.2008 sind als antizipiertes Sachverständigengutachten für die Bestimmung des Mehrbedarfs für kostenaufwändige Ernährung im Sinne des [§ 21 Abs. 5 SGB II](#) zu berücksichtigen. Dies gilt auch für Zeiträume vor dem 01.10.2008, da sich die wissenschaftlichen Erkenntnisse für diese Zeiträume rückblickend geändert haben (Anschluss an BayLSG, Urteil vom 23.04.2009 Az. [L 11 AS 124/08](#)).

I. Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 20.11.2008 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Höhe der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 30.06.2005.

Die 1947 und 1949 geborenen Kläger bewohnten im streitgegenständlichen Zeitraum zusammen mit ihren Töchtern S. (geboren 1980) und A. (geboren 1983) eine Wohnung mit 104 m<sup>2</sup> Wohnfläche bei einer Kaltmiete von 409,03 EUR und einer Nebenkostenpauschale einschließlich Heizung und Warmwasser in Höhe von 110 EUR monatlich.

Die Tochter S. erhielt monatlich 377 EUR BAföG. Das für sie gezahlte Kindergeld in Höhe von 154 EUR monatlich wurde auf Antrag des Klägers zu 1 als Kindergeldberechtigtem (Schreiben vom 21.01.2003, Kindergeldbescheid vom 08.04.2003) von der Kindergeldkasse direkt auf das Konto der Tochter S. Nr. 514870 bei der Raiffeisenbank H. eG ausbezahlt.

Die Tochter A. bezog ein Verdienst von monatlich 1.300 EUR brutto und 973,34 EUR netto aus einer Beschäftigung bei der Firma S. GmbH.

Laut der ärztlichen Bescheinigung von Dr. W. vom 20.10.2004 benötigt der Kläger zu 1 wegen Hyperlipidämie lipidsenkende Kost, wegen Hyperurikämie/ Gicht purinreduzierte Kost, wegen Colitis ulcerosa/ Morbus Crohn Vollkost und wegen einer Krebserkrankung ebenfalls Vollkost. Weiter wird Morphintherapie bei Schmerzsyndrom als sonstige Erkrankung angegeben, hierfür jedoch keine besondere Kostform eingetragen.

Die Klägerin zu 2 benötigt nach der ärztlichen Bescheinigung von Dr. W. vom 20.10.2004 ebenfalls lipidsenkende Kost aufgrund Hyperlipidämie und natriumdefinierte Kost wegen Hypertonie/ kardialen oder renalen Ödemen.

Mit Bescheid vom 10.12.2004 wurden den Klägern für die Zeit vom 01.01.2005 bis zum 30.06.2005 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in einer Höhe von 755,64 EUR monatlich bewilligt. Der Beklagte hat bei seiner Berechnung sowohl beim Kläger als auch bei seiner Ehefrau neben der Regelleistung in Höhe von 311 EUR einen medizinisch bedingten Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung von 35,79 EUR sowie als Kosten der Unterkunft und Heizung insgesamt 256,09 EUR anerkannt. Als Einkommen

rechnete der Beklagte außerdem 154 EUR Kindergeld für die volljährige Tochter S. an sowie 40,03 EUR als Einkommen der im Haushalt lebenden Tochter A ...

Gegen diesen Bescheid legten die Kläger am 14.12.2004 Widerspruch ein.

Der Beklagte wies mit Widerspruchsbescheid vom 31.01.2005 den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurück. Er führte darin aus, dass die Anrechnung des Einkommens der Tochter A. nach [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) nicht zu beanstanden sei, weil insoweit eine Haushaltsgemeinschaft bestehe. Auch das Kindergeld für die Tochter S. sei dem Kläger zu 1 als Einkommen zuzurechnen. Es sei keine zweckbestimmte Leistung. Vielmehr sei es als Einkommen im Sinne des [§ 11 SGB II](#) zu berücksichtigen und bei der Berechnung des Bedarfs an Leistungen nach dem SGB II als Einkommen des Kindergeldberechtigten anzurechnen. Bei den Kosten für Unterkunft und Heizung sei die Höhe der Heizkosten von 40,90 EUR um 1/6, also um 6,82 EUR, vermindert worden, da ein Betrag in dieser Höhe für Warmwasseraufbereitung bereits in der Regelleistung enthalten sei. Insgesamt ergebe sich damit eine Gesamtsumme der Kosten der Unterkunft in Höhe von 512,21 EUR, die anteilig auf die im Haushalt des Klägers zu 1 lebenden vier Personen zu verteilen sei.

Dagegen haben die Kläger am 02.03.2005 beim Sozialgericht Landshut (SG) Klage erhoben. Das SG hat mit Urteil vom 20.11.2008 (Az. [S 13 AS 325/06](#) FdV) die Klage abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen. Das Urteil ist den Klägern am 14.02.2009 zugestellt worden. Auf die dagegen am 26.02.2009 eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger hin hat das Bayerische Landessozialgericht (LSG) mit Beschluss vom 28.05.2009 (Az. L 16 AS 119/09 NZB) die Nichtzulassung der Berufung im Urteil des SG vom 20.11.2008 aufgehoben. In den Gründen des Beschlusses wird ausgeführt, dass die Berufung statthaft sei, weil die Berufungssumme von 750 EUR nach [§ 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG](#) überschritten werde. Das Beschwerdeverfahren werde als Berufungsverfahren fortgesetzt, einer Einlegung der Berufung bedürfe es nicht mehr ([§ 145 Abs. 5 S. 1 SGG](#)).

Das ursprüngliche Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde ist dann unter dem neuen Az. [L 16 AS 403/09](#) als Berufungsverfahren fortgesetzt worden.

Das Gericht hat die Kläger mit Schreiben vom 28.06.2010 aufgefordert, Angaben bezüglich des behaupteten Mehrbedarfs wegen kostenaufwändiger Ernährung zu machen und ihnen hierzu eine Frist bis zum 23.07.2010 gesetzt, wobei sie darüber belehrt worden sind, dass Erklärungen und Beweismittel, die erst nach Ablauf dieser Frist vorgetragen würden, gemäß [§ 106a Abs. 3 SGG](#) zurückgewiesen werden könnten. Diese Anfragen sind von den Klägern nicht beantwortet worden.

Am 12.04.2011 hat das Gericht einen Erörterungstermin abgehalten, in dem es versucht hat, eine Gesamtlösung bezüglich aller seit 2005 bis heute streitigen Verfahren zu verhandeln. Die Parteien haben auf Vorschlag des Gerichts einen widerruflichen Vergleich abgeschlossen, den jedoch der Beklagte innerhalb der bis zum 06.05.2011 laufenden Widerrufsfrist am 05.05.2011 widerrufen hat. In dem Erörterungstermin ist die Problematik des Mehrbedarfzuschlags für kostenaufwändige Ernährung besprochen und den Klägern für die Beantwortung der in den Schreiben vom 28.06.2010 diesbezüglich gestellten Fragen eine neue Frist bis zum 31.05.2011 gesetzt worden. Mit Schreiben vom 13.04.2011 hat das Gericht den Klägern das Schreiben vom 28.06.2011 in Abschrift erneut übermittelt und ihnen auch mit diesem Schreiben zur Beantwortung der darin gestellten Fragen eine Frist bis zum 31.05.2011 gesetzt, verbunden mit dem erneuten Hinweis, dass Erklärungen und Beweismittel, die erst nach Ablauf dieser Frist vorgebracht würden, gemäß [§ 106a Abs. 3 SGG](#) zurückgewiesen werden könnten.

Auch einen weiteren schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts vom 19.05.2011 hat der Beklagte mit Schreiben vom 31.06.2011 abgelehnt.

Die Kläger beantragen sinngemäß, das Urteil des SG vom 20.11.2008 aufzuheben und den Beklagten unter Änderung seines Bescheides vom 10.12.2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.01.2005 zu verpflichten, ihnen vom 01.01.2005 bis zum 30.06.2005 insoweit höheres Arbeitslosengeld II zu bewilligen, als

- Mehrbedarfe für kostenaufwändige Ernährung in Höhe von 75,20 EUR monatlich pro Person berücksichtigt werden,
- die Anrechnung von Einkommen der Tochter A. in Höhe von 40,03 EUR monatlich unterbleibt,
- das für die Tochter S. gezahlte Kindergeld in Höhe von 154 EUR monatlich nicht angerechnet wird und
- bei den Kosten für Unterkunft und Heizung ein Abzug für die Kosten der Warmwasseraufbereitung nicht erfolgt.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Es sei streitig, ob die volljährigen Töchter mit ihren Eltern im streitgegenständlichen Zeitraum einen gemeinsamen Haushalt führten. Die Kläger hätten mit Schreiben vom 23.02.2005 die Trennung der Haushalte dargelegt und Fotos von getrennten Kühlschränken beigelegt. Jede Tochter habe ihren Mietanteil zu tragen. Mit der Tochter S. bestehe eine entsprechende Vereinbarung seit Beginn ihres Studiums mit BAföG-Bezug im Jahr 2000, mit der Tochter A. seit Beendigung ihrer Ausbildung im Juli 2004. Hausbesuche seitens des Beklagten hätten nicht stattgefunden. Das SG habe eine getrennte Haushaltsführung mit der Begründung verneint, eine solche sei schon aufgrund des Zuschnitts der Wohnung nicht möglich.

Die Kläger behaupten, von ihrer Tochter A. niemals finanziell unterstützt worden zu sein. Vielmehr habe diese Schwierigkeiten, aus ihrem Gehalt ihren eigenen Lebensunterhalt zu decken.

Die Beteiligten haben im Erörterungstermin vom 12.04.2011 erklärt, dass sie mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden seien.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie auf die beigezogenen Akten des Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Aufgrund des von den Beteiligten erklärten Einverständnisses kann das Gericht gemäß [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entscheiden.

Die Kläger haben Berufung eingelegt. Es kann dahinstehen, ob der in dem Beschluss des Senats vom 28.09.2008 (Az. L 16 AS 119/09 NZB) gegebene Hinweis, dass es der Einlegung einer Berufung durch den Beschwerdeführer nicht mehr bedürfe, zutreffend war. [§ 145 Abs. 5 SGG](#) sieht diese Rechtsfolge für den Fall vor, dass das Landessozialgericht die Berufung zulässt. Auf den vorliegenden Fall, dass die Nichtzulassungsbedürftigkeit der Berufung festgestellt wird, ist diese Vorschrift nicht unmittelbar, sondern allenfalls analog anwendbar. Selbst wenn man jedoch der Auffassung folgt, dass [§ 145 Abs. 5 S. 1 SGG](#) auf solche Fälle nicht einmal analog anwendbar ist (so LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.05.2007 Az. [L 9 KR 205/04 NZB](#) bei juris), war spätestens im Schriftsatz der Kläger vom 29.03.2011 konkludent die Einlegung der Berufung enthalten, weil beide Kläger darin zum Ausdruck gebracht haben, dass sie das Berufungsverfahren betreiben wollten, das das Gericht bereits von Amts wegen als Fortsetzung des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet hatte.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG). Sieht man die Berufung als erst durch den Schriftsatz vom 29.03.2011 eingelegt an, scheidet die Zulässigkeit ebenfalls nicht an der Monatsfrist des [§ 151 SGG](#), da das SG über ein unzutreffendes Rechtsmittel belehrt hatte (Nichtzulassungsbeschwerde statt Berufung). Dies ist dem in [§ 66 Abs. 2 S. 1 SGG](#) geregelten Fall einer schriftlichen Belehrung, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei, gleichzusetzen (Meyer-Ladewig/ Keller/ Leitherer, SGG, 9. Aufl., 2008, § 66 Rdnr. 13b), mit der Folge, dass die Rechtsmitteleinlegung ohne zeitliche Begrenzung zulässig war. Die Berufung bedarf nicht der Zulassung (siehe den Beschluss des Senats vom 28.09.2009 Az. L 16 AS 119/09 NZB).

Die Berufung der Kläger ist unbegründet. Im Ergebnis hat das SG die Klage auf höhere Leistungen zu Recht abgewiesen.

1. Die Kläger haben keinen höheren Anspruch auf Regelleistung und Mehrbedarf. Das für die Tochter S. gezahlte Kindergeld wurde zu Recht als Einkommen berücksichtigt, allerdings hätte die Versicherungspauschale von 30 EUR in Abzug gebracht werden müssen. Ob Einkommen der Tochter A. in Höhe von 40,03 EUR zu Recht bedarfsmindernd berücksichtigt worden ist, kann dahinstehen, weil der Beklagte in seiner Berechnung den Bedarf der Kläger um den - nicht bestehenden - Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung von 35,79 EUR pro Person, also insgesamt 71,58 EUR, zu hoch angesetzt hat, und dieser zu hoch angesetzte Rechnungsposten die Summe aus der Versicherungspauschale und dem angerechneten Einkommen der Tochter A. von 30 EUR + 40,03 EUR = 70,03 EUR übersteigt, so dass den Klägern im Ergebnis nicht zu wenig bewilligt wurde.

a) Ein Mehrbedarf für eine aus medizinischen Gründen notwendige kostenaufwändige Ernährung nach [§ 21 Abs. 5 SGB II](#) stand den Klägern nicht zu.

Der Beklagte hatte bei seiner Berechnung noch die alten Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge zur Gewährung von Krankenkostzulagen in der Sozialhilfe aus dem Jahre 1997 berücksichtigt, die für die bei Hyperlipidämie, Hypertonie und Hyperurikämie erforderliche lipidsenkende, natriumdefinierte und purinreduzierte Kost sowie für Vollkost Mehrbedarfszuschläge vorsahen. Maßgeblich sind jedoch inzwischen die genannten Empfehlungen des Deutschen Vereins in der dritten, völlig neu bearbeiteten Auflage vom 01.10.2008. Nach deren Nr. II.2 4.1 ist sowohl bei Hyperlipidämie als auch bei Hyperurikämie, Gicht, Hypertonie sowie kardinalen und renalen Ödemen regelmäßig eine "Vollkost" angezeigt. In der Regel sei für diese Erkrankung ein krankheitsbedingt erhöhter Ernährungsaufwand zu verneinen. Es sei davon auszugehen, dass der auf der Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe 2003 bemessene Regelsatz den notwendigen Aufwand für eine Vollkost decke.

Arbeitsgrundlage dieser Empfehlungen waren insbesondere das "Rationalisierungsschema 2004" des Bundesverbandes Deutscher Ernährungsmediziner, der Deutschen Adipositas Gesellschaft e. V., der Deutschen Akademie für Ernährungsmedizin (DAEM) e. V., der Deutschen Gesellschaft für Ernährung (DGE)

e. V., des Verbandes der Diätassistenten - Deutscher Bundesverband (VDD)

e. V. und des Verbandes der Diplom-Oecotrophologen (VDOe) e. V. sowie eine wissenschaftliche Ausarbeitung der Deutschen Gesellschaft für Ernährung zu den Lebensmittelkosten bei einer vollwertigen Ernährung vom April 2008 (Nr. II.1 Buchst. a der Empfehlungen). Die letztgenannte Ausarbeitung stellte die erste wissenschaftlich abgesicherte Studie zur Ermittlung des notwendigen Aufwands für Vollkost in Deutschland dar und kam zu dem Ergebnis, dass der den Bedarf eines Erwachsenen deckende durchschnittliche Aufwand für Vollkost 6,21 EUR täglich betrage (Nr. III.2 der Empfehlungen des Deutschen Vereins). Dieser Wert ging jedoch von einem durchschnittlichen Lebensstandard und nicht vom soziokulturellen Existenzminimum aus. Bei einer "preisbewussten Einkaufsweise" sei eine Vollkost mit einem Aufwand von ca. vier Euro täglich zu finanzieren, soweit die Preise der eingekauften Lebensmittel im unteren Viertel der Preisstreuung lägen. Daraus zog der Deutsche Verein unter Nr. III.2 seiner Empfehlungen den Schluss, dass der Regelsatz für Haushaltsvorstände und allein Lebende auf der Grundlage der Einkommens- und Verbraucherstichprobe 2003 mit einem Ansatz von 4,52 EUR für Nahrungsmittel und Getränke (einschließlich Tabakwaren) den Mindestaufwand für eine Vollkost decke.

Das Bundessozialgericht hat in seinen Urteilen vom 27.02.2008 (Az. B [14/7b AS 64/06](#) R, [SozR 4-4200 § 21 Nr. 2](#), Rdnrn. 26 ff. und Az. B [14/7b AS 32/06](#) R = [BSGE 100, 83](#), Rdnr. 39) sowie vom 15.04.2008 (Az. B [14/7b AS 58/06](#) R, [SozR 4-4200 § 9 Nr. 5](#), Rdnr. 41) die Möglichkeit, die Empfehlungen des Deutschen Vereins als antizipierte Sachverständigengutachten anzusehen, grundsätzlich anerkannt, aber dann für die Empfehlungen aus dem Jahr 1997, die einen Mehrbedarf bei bestimmten Formen der Diabetes noch anerkannten, abgelehnt, weil diese Empfehlungen offensichtlich nicht mehr dem Stand der Wissenschaft entsprochen hätten und durch neuere Veröffentlichungen überholt worden seien. Diese Bedenken liegen bezüglich der Empfehlungen vom 01.10.2008 jedoch nicht vor. Vielmehr werden die sich seit den Empfehlungen 1997 ergebenden neueren wissenschaftlichen Erkenntnisse in den Empfehlungen vom 01.10.2008 gerade berücksichtigt. Soweit ersichtlich, geben sie den derzeit allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft wieder.

Auch das Bundesverfassungsgericht ist im Beschluss vom 20.06.2006 (Az. [1 BvR 2673/05](#), info also 2006, S. 279, Rdnr. 19) davon ausgegangen, dass die Empfehlungen des Deutschen Vereins, auf die sowohl die Gesetzesbegründung als auch die Literatur zurückgriffen, im Regelfall der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden könnten, da es eine Abweichung von diesen Empfehlungen für begründungsbedürftig und nur aufgrund entsprechender Fachkompetenz für möglich hielt, woraus zu schließen ist, dass das Bundesverfassungsgericht im Regelfall die Empfehlungen als maßgeblich ansah.

Wissenschaftliche Erkenntnisse, die den Empfehlungen des Deutschen Vereins vom 01.10.2008 widersprechen würden, sind weder vom Kläger vorgebracht, noch in sonstiger Weise ersichtlich. Damit bestehen keine Bedenken, die Empfehlungen des Deutschen Vereins vom 01.10.2008 als antizipiertes Sachverständigengutachten zugrunde zu legen (im Anschluss an den 11. Senat des Bayerischen Landessozialgerichts, Urteil vom 23.04.2009 Az. [L 11 AS 124/08](#)).

Die Empfehlungen des Deutschen Vereins sind rückblickend auch für Zeiträume vor dem 01.10.2008 maßgeblich, da sie gerade nicht wie eine Rechtsnorm die Rechtslage mit Wirkung ab einem Stichtag neu regeln, sondern die Erkenntnisse über das tatsächliche Vorhandensein eines Bedarfs beschreiben, deren Geltung zeitlich nicht beschränkt ist, auch wenn diese Erkenntnisse früher noch nicht vorgelegen haben sollten (ebenso Bayerisches Landessozialgericht, aaO., Ls. 2). Neue Erkenntnisse sind bis zum Abschluss der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz zu berücksichtigen. Damit ist ein Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung zu verneinen für die Klägerin zu 2, für die lediglich ein Attest über die Notwendigkeit lipidsenkender und natriumdefinierter Kost bei Hyperlipidämie und Hypertonie bzw. kardialen oder renalen Ödemen vorliegt.

Ein finanzieller Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung kann jedoch auch nach den Empfehlungen des Deutschen Vereins von 2008 nicht ausgeschlossen werden bezüglich der im ärztlichen Attest von Dr. W. vom 20.10.2004 für den Kläger zu 1 bescheinigten Erkrankungen der Colitis ulcerosa, einer Krebserkrankung und einer Morphintherapie bei Schmerzsyndrom. Colitis ulcerosa und Krebs können zu den so genannten verzehrenden (konsumierenden) Erkrankungen gehören, bei denen gemäß Nummer II.2. 4.2 der Empfehlungen des Deutschen Vereins im Einzelfall ein erhöhter Ernährungsbedarf vorliegen kann. Entsprechende Feststellungen hierzu sind dem Senat jedoch aus Gründen, die der Kläger zu 1 zu verantworten hat, nicht möglich. Das Gericht hat ihn am 28.06.2010 aufgefordert, mitzuteilen, welche konkreten Mehraufwendungen für die Ernährung ihm im streitgegenständlichen Zeitraum krankheitsbedingt entstanden sind. Sofern er diese Aufwendungen nicht konkret beziffern könnte, wurde er gebeten, zumindest allgemein zu beschreiben, inwieweit er aus gesundheitlichen Gründen auf eine von einer normalen Vollkost abweichende Ernährung angewiesen war. Weiter wurde er aufgefordert, alle Umstände vorzutragen, insbesondere mögliche ärztliche Atteste vorzulegen oder Ärzte zu benennen, von denen vom Gericht Befundberichte eingeholt werden sollten, um seinen Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung zu begründen. Ihm wurde hierzu ein Fragebogen, verbunden mit einer Schweigepflichtentbindungserklärung für die behandelnden Ärzte, mit der Aufforderung zugesandt, diesen ausgefüllt und unterschrieben zurückzuschicken. Weiter wurde der Kläger aufgefordert, mitzuteilen, unter welcher Art von Krebserkrankung er litt und wie sich diese auf seine Ernährung auswirkte. Dieselben Angaben wurden für die Auswirkungen der Morphintherapie und der Colitis ulcerosa erbeten. Schließlich wurde er gebeten, nähere Angaben zu seiner Körpergröße und zur Entwicklung seines Körpergewichts im Zeitraum vom 01.01.2005 bis zum 30.06.2005 zu machen, weil im Falle von Untergewicht oder eines schnellen krankheitsbedingten Gewichtsverlusts von 5 % in drei Monaten bei den sogenannten verzehrenden Erkrankungen nach Nr. II.2 4.2 der Empfehlungen des Deutschen Vereins regelmäßig von einem erhöhten Ernährungsbedarf ausgegangen werden kann. Diese Anfragen hat der Kläger trotz Fristsetzung nicht beantwortet. Im Erörterungstermin vom 12.04.2011 wurde ihm die Notwendigkeit der Beantwortung dieser Fragen sowie der Übersendung einer Schweigepflichtentbindungserklärung nochmals erläutert. Eine Abschrift der Fragen verbunden mit einer erneuten Fristsetzung bis zum 31.05.2011 hat das Gericht ihm mit Schreiben vom 13.04.2011 erneut übersandt. Der Kläger hat weder die Schreiben beantwortet noch eine Schweigepflichtentbindungserklärung übermittelt. Damit sind dem Gericht weitere Ermittlungen, insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens, aus Gründen, die der Kläger zu verantworten hat, nicht möglich, und die Feststellung eines Mehrbedarfs für kostenaufwändige Ernährung muss verneint werden.

b) Das für die Tochter S. gezahlte Kindergeld in Höhe von 154 EUR wurde zu Recht als Einkommen bedarfsmindernd berücksichtigt. Allerdings ist davon noch die Versicherungspauschale von 30 EUR nach § 3 Nr. 1 Arbeitslosengeld II/ Sozialgeld-Verordnung (Alg II-V) in der im streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassung abzusetzen, so dass sich ein monatlich zu berücksichtigendes Einkommen von 124 EUR ergibt.

Gemäß [§ 11 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) sind grundsätzlich alle Einnahmen in Geld oder Geldeswert als Einkommen zu berücksichtigen. Kindergeld für minderjährige Kinder war nach der bis zum 30.06.2006 geltenden Fassung des [§ 11 Abs. 1 Satz 3 SGB II](#) als Einkommen dem jeweiligen Kind zuzurechnen, soweit es bei dem jeweiligen Kind zur Sicherung des Lebensunterhalts benötigt wurde. Für volljährige Kinder - wie hier die Tochter S. - sahen weder das Gesetz noch die AlgII-V eine Regelung vor. Die Regelung, wonach Kindergeld für volljährige Kinder, soweit es nachweislich an das nicht im Haushalt des Hilfebedürftigen lebende volljährige Kind weitergeleitet wird, nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist, wurde durch Änderungsverordnung vom 22.08.2005 erst mit Wirkung vom 01.10.2005 als Nr. 8 in § 1 Abs. 1 Alg II-V eingefügt. Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass es sich dabei um keine Klarstellung, sondern eine Neuregelung für die Zukunft handelte, die dem Charakter der Vorschrift als Ausnahmeregelung entspricht (BSG, Urteil vom 27.01.2009 Az. B [14/7b AS 14/07 R](#), [SGB 2009, 154](#), Rdnr. 25 bei juris). Es verbleibt deshalb für den streitgegenständlichen Zeitraum bei dem Grundsatz, dass jede geldwerte Einnahme als Einkommen zu berücksichtigen ist. Die Zahlung des Kindergeldes für die Tochter S. stellte eine Einnahme des Klägers zu 1 dar, weil dieser der Kindergeldberechtigte war. Daran änderte auch die Auszahlung des Kindergeldes auf das Konto der Tochter S. nichts. Wirtschaftlich gesehen ist das Geld zunächst dem Kläger zu 1 im Sinne des [§ 11 SGB II](#) zugeflossen und dann an die Tochter S. "weitergeleitet" worden im Sinne des zum 01.10.2005 eingefügten § 1 Abs. 1 Nr. 8 Alg II-V. Die Direktauszahlung durch die Kindergeldkasse beruhte ausschließlich auf dem ausdrücklichen Antrag des Klägers zu 1 aufgrund dessen Schreibens vom 21.01.2003. Der Kläger zu 1 hatte jeden Monat die Möglichkeit, diese Auszahlungsregelung zu widerrufen und die Auszahlung an sich selbst zu veranlassen. Damit lag Monat für Monat eine Verfügung des Klägers über einen ihm zustehenden Geldbetrag vor.

c) Ob das Einkommen der Tochter A. zu Recht im Umfang von 40,03 EUR berücksichtigt wurde, ist zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Leben Hilfebedürftige in Haushaltsgemeinschaft mit Verwandten oder Verschwägerten, so wird gemäß [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) vermutet, dass sie von ihnen Leistungen erhalten, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann. Gemäß § 1 Abs. 2 Alg II-V in der vom 01.01.2005 bis zum 30.09.2005 geltenden Fassung sind bei der Vermutung im Sinne des [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) die um die Absetzbeträge nach [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) bereinigten Einnahmen in der Regel nicht als Einkommen zu berücksichtigen, soweit sie einen Freibetrag in Höhe des doppelten Satzes der nach [§ 20 Abs. 2 SGB II](#) maßgebenden Regelleistung zuzüglich der anteiligen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie darüber hinausgehend 50 % der diesen Freibetrag übersteigenden bereinigten Einnahmen nicht übersteigen; [§ 11 Abs. 1](#) und [3 SGB II](#) gilt entsprechend.

Ob der Beklagte auf dieser Grundlage zu Recht Einkommen der Tochter A. in Höhe von 40,03 EUR bei den Klägern bedarfsmindernd berücksichtigt hat, ist unter folgenden Gesichtspunkten zweifelhaft:

- Unklar ist bereits, ob überhaupt eine Haushaltsgemeinschaft zwischen der Tochter A. und ihren Eltern vorlag. Anders als nach der Regelung im Sozialhilferecht ([§ 36 SGB XII](#)) wird nach [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) aufgrund des Zusammenlebens in ein und derselben Wohnung das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft noch nicht vermutet, sondern muss positiv festgestellt werden. Haushaltsgemeinschaft meint das Wirtschaften "aus einem Topf" (BSG, Urteil vom 18.02.2010 Az. [B 14 AS 32/08 R](#), FEVS 62, 168, Rdnr. 16 bei Juris). Die Kläger haben mit Schreiben vom 23.02.2005 dargelegt, dass ihre 22-jährige, selbst verdienende Tochter A. einen eigenen Haushalt führe, dass also nicht aus einem Topf gewirtschaftet werde und dies näher erläutert (Aufteilung der Mietkosten, getrennte Kühlschränke, von denen Fotos beigefügt wurden etc.). Weitere Feststellungen des Beklagten hierzu fehlen vollständig, ein Hausbesuch wurde nicht durchgeführt. Das SG hat sich im angefochtenen Urteil insoweit darauf beschränkt festzustellen, dass in der von der Familie bewohnten Wohnung eine Trennung der Wohnbereiche nicht ersichtlich sei. Diese Feststellung begründet jedoch nur das gemeinsame Wohnen, nicht das gemeinsame Wirtschaften.

- Zweifelhaft ist weiter die vom Beklagten durchgeführte Berechnung des die Freibeträge nach § 1 Abs. 2 Alg II-V a. F. übersteigenden Einkommens. Er hat es dabei unterlassen, vor Anwendung der in § 1 Abs. 2 Alg II-V a. F. genannten Freibeträge den Freibetrag für Erwerbstätige nach [§ 30 SGB II](#) in der vom 01.01.2005 bis zum 30.09.2005 geltenden Fassung vom Einkommen der Tochter A. abzuziehen. Mit Abzug dieses Freibetrags hätte sich kein anrechenbares Einkommen der Tochter A. mehr ergeben. Auch wenn weder das Gesetz noch die Verordnung klar regeln, ob dieser Freibetrag zu berücksichtigen ist, spricht doch vieles dafür, aus Gründen der Gerechtigkeit diesen Freibetrag auch bei der Berechnung des nach [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) anzusetzenden Einkommens zu berücksichtigen, da ansonsten einem erwerbsfähigen Angehörigen im Sinne des [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) kaum mehr von seinem Einkommen aus Erwerbstätigkeit verbleiben könnte, als wenn er mit einem Hilfebedürftigen in Bedarfsgemeinschaft leben würde.

- Schließlich ist zu berücksichtigen, dass [§ 9 Abs. 5 SGB II](#) nicht mehr als eine gesetzliche Vermutung dafür regelt, dass die Hilfebedürftigen von den mit ihnen in Haushaltsgemeinschaft lebenden Verwandten die nach § 1 Abs. 2 Alg II-V a. F. berechneten Zuwendungen aus deren Einkommen erhalten. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar. Im vorliegenden Fall haben die Kläger geltend gemacht, niemals Geld von ihrer Tochter erhalten zu haben, da diese aufgrund der Höhe ihres Einkommens und ihrer nicht unbeträchtlichen Fahrtkosten selbst genug Probleme gehabt habe, mit dem Einkommen auszukommen. Diese Behauptung der Eltern ist glaubwürdig. Aus den Schriftsätzen sowie dem Erscheinungsbild des Klägers zu 1) im Erörterungstermin konnte der Eindruck gewonnen werden, dass es sich um Familienverhältnisse handelt, in denen die Eltern eher dazu zu neigen, ihren Kindern, sofern diese wie die Tochter A. wenig verdienen, noch zu helfen, als von diesen finanzielle Unterstützung anzunehmen. Es sei auch darauf hingewiesen, dass dieses Familienverständnis auch dazu beigetragen hat, die vom Beklagten für die Kläger zu tragenden Kosten für Unterkunft und Heizung weit unterhalb dessen zu halten, was diesen bei Ausnutzung der Angemessenheitsgrenze zugestanden hätte, da nach der Kopfteilmethode nur die Hälfte der Kosten der Gesamtwohnung für die Kläger - also eine Nettokaltmiete von knapp über 200 EUR für 2 Personen - zu übernehmen war.

Obwohl also die Berücksichtigung des Einkommens der Tochter A. in Höhe von 40,03 EUR in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft ist, braucht der Senat die Frage nicht zu entscheiden, weil der Beklagte auch ohne Berücksichtigung dieses Einkommens den Klägern im Ergebnis immer noch zuviel und nicht zu wenig bewilligt hat, wenn man berücksichtigt, dass den Klägern ein Mehrbedarf für kostenaufwändige Ernährung nicht zusteht.

Es ergibt sich ohne Berücksichtigung von Einkommen der Tochter A. folgende Berechnung:

Kläger zu 1 Klägerin zu 2  
Regelleistung 311 EUR 311 EUR  
Gesamtbedarf 622 EUR

Einkommen:  
Kindergeld abzüglich Versicherungspauschale 124 EUR

Gesamtbedarf abzüglich Einkommen 498 EUR

Dagegen wies der angefochtene Bewilligungsbescheid vom 10.12.2004 einen Gesamtbedarf nach Einkommensanrechnung in Höhe von 499,55 EUR aus.

Eine Saldierung zwischen höherer Regelleistung und verringertem bzw. hier weggefallenem Mehrbedarf ist zulässig, weil Mehrbedarfe nach [§ 21 SGB II](#) im Verhältnis zur Regelleistung - anders als im Verhältnis zu den Kosten für Unterkunft und Heizung - keinen eigenständigen Streitgegenstand darstellen können (BSG, Urteil vom 18.02.2010 Az. [B 4 AS 29/09 R](#) = [BSGE 105, 279-291](#), Rdnr. 11 bei juris).

2. Die Kläger haben auch keinen höheren Anspruch auf Kosten für Unterkunft und Heizung. Zu Recht hat der Beklagte einen Abzug für die Kosten der Warmwasserbereitung vorgenommen. Dabei hat er einen zu geringen Betrag für Warmwasser in Abzug gebracht, so dass die Kläger im Ergebnis höhere Leistungen für Unterkunft und Heizung erhalten haben, als ihnen zustanden. Nach der Rechtsprechung der beiden für die Grundsicherung für Arbeitsuchende zuständigen Senate des BSG sind von den tatsächlich aufzuwendenden Kosten der Unterkunft und Heizung die darin in nicht konkret bestimmbarer Höhe enthaltenen Kosten der Warmwasserbereitung in Abzug zu bringen, weil letztere Bestandteil der Regelleistung und daher mit der Leistung nach [§ 20 SGB II](#) bereits abgegolten sind (BSG, Urteil vom 27.02.2008, Az. [B 14/11b AS 15/07 R](#) = [BSGE 100, 94](#) ff = [SozR 4-4200 § 22 Nr. 5](#) Rdnrn. 20 ff; BSG, Urteil vom 19.2.2009, Az. [B 4 AS 48/08 R](#) = [BSGE 102, 274](#) ff = [SozR 4-4200 § 22 Nr. 18](#) Rdnr. 24; BSG, Urteil vom 25.6.2008, Az. [B 11b AS 35/06 R](#) Rdnr. 22). In Höhe desjenigen Anteils, mit dem über die Regelleistung der Bedarf für Kosten der Warmwasserversorgung gedeckt wird, würde der Hilfebedürftige doppelt Leistungen erhalten, gewährte der Grundsicherungsträger ihm zusätzlich die Kosten der Heizung in vollem Umfang. Sofern in einem Haushalt keine technischen Vorrichtungen vorhanden sind, die eine isolierte Erfassung der Kosten für Warmwasserbereitung ermöglichen, sind die Kosten der Warmwasserversorgung in Höhe des dafür in der Regelleistung vorgesehenen Anteils anzusetzen, der bei der im streitgegenständlichen Zeitraum für die Kläger als Eheleute zu zahlenden Regelleistung von 311 EUR jeweils 5,60 EUR betrug.

Für die von der vierköpfigen Familie bewohnte Wohnung sind monatlich Kosten in Höhe von der Grundmiete von 409,03 EUR zuzüglich der Nebenkostenpauschale von 110 EUR, insgesamt also Gesamtkosten in Höhe von 519,03 EUR entstanden. Nach der Kopfteilmethode (BSG, [SozR 4-4200 § 21 Nr. 4](#) Rdnr. 19) betragen die jedem der vier Mitbewohner davon zuzurechnenden monatlichen Kosten 519,03 EUR / 4 =

129,76 EUR. Die darin enthaltenen Kosten für die Warmwasserbereitung sind - mangels konkreter monatlicher Erfassung durch Zähler - in Höhe des in der Regelleistung hierfür enthaltenen Anteils von 5,60 EUR pro Kläger in Abzug zu bringen, so dass sich die - sowohl für den Kläger zu 1 als auch für die Klägerin zu 2 - zu übernehmenden Kosten für Unterkunft und Heizung auf 129,76 EUR - 5,60 EUR = 124,16 EUR reduzieren. Der Beklagte hat dagegen den Klägern mit den angefochtenen Bescheiden Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von 128,03 EUR (dem Kläger zu 1) bzw. 128,06 EUR (der Klägerin zu 2) bewilligt, also mehr, als ihnen eigentlich zustand.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision ist nicht zuzulassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch das Urteil von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht ([§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2012-04-13