

B 4 AS 41/15 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

4
1. Instanz
SG Osnabrück (NSB)
Aktenzeichen
S 16 AS 1081/08

Datum
03.05.2011
2. Instanz
LSG Niedersachsen-Bremen
Aktenzeichen
L 15 AS 301/11

Datum
19.03.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 4 AS 41/15 R

Datum
15.06.2016
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Glückspielgewinne sind als einmalige Einnahmen auf die Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts anzurechnen, ohne dass hiervon vergebliche Spieleinsätze abzuziehen sind.
2. Lassen sich solche einmaligen Einnahmen der Höhe nach nicht mehr sicher feststellen oder auf einer realistischen Grundlage schätzen, kann dies auch im Fall einer Aufhebungsentscheidung zu einer Beweislastentscheidung zu Lasten des Leistungsberechtigten führen. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 19. März 2015 insgesamt aufgehoben. Das Urteil des Sozialgerichts Osnabrück vom 3. Mai 2011 und der angefochtene Bescheid des Beklagten vom 10. Juli 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13. November 2008 werden aufgehoben, soweit ein Betrag von 584,58 Euro für den Monat Juli 2006 zurückgefordert worden ist. Im Übrigen wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Im Streit steht die Aufhebung und Erstattung von Leistungen nach dem SGB II für die Zeit von November 2005 bis Juli 2006 und September 2006 bis März 2008 in Höhe von insgesamt 9678,30 Euro gegenüber dem Kläger.

2

Der 1976 geborene Kläger lebte im streitigen Zeitraum mit seiner Ehefrau und den 2004 und 2006 geborenen gemeinsamen Kindern in einer Bedarfsgemeinschaft. Für die Kinder wurde Kindergeld bezogen. Die Ehefrau des Klägers erzielte Einkommen aus einem in der Zeit von November 2005 bis Juli 2006 ausgeübten geringfügigen Beschäftigungsverhältnis. Der Kläger erhielt bis 29.10.2005 Alg und aufgrund einer seit Dezember 2006 ausgeübten geringfügigen Beschäftigung Entgelt in Höhe von monatlich nicht mehr als 100 Euro.

3

Auf den Leistungsantrag vom 8.9.2005, in welchem er nur das Einkommen seiner Ehefrau aufgrund geringfügiger Beschäftigung angab, bewilligte der Beklagte dem Kläger und seiner Familie Leistungen nach dem SGB II für den Zeitraum November 2005 bis April 2006 (Bescheid vom 21.10.2005). Auch für die Folgezeiträume beschied der Beklagte die Bedarfsgemeinschaft antragsgemäß.

4

Der Beklagte ließ sich im Jahr 2008 Kontoauszüge des Klägers vorlegen. Aus diesen waren von November 2005 bis April 2008 neben Abhebungen auch mehrere Bareinzahlungen in unterschiedlicher Höhe ersichtlich. Sie stammten laut Erklärung des Klägers aus größeren Spielgewinnen beim Glücksspiel. Der Beklagte teilte dem Kläger nach Anhörung (Schreiben des Beklagten vom 12.6.2008) mit, "die für den Zeitraum vom 1.11.2005 bis 30.6.2006 und 1.9.2006 bis 30.4.2008 geleisteten Zahlungen in Höhe von 11 503,41 Euro" seien überzahlt und zu erstatten. Er hob "die der Leistung zugrunde liegenden Bewilligungsbescheide für den genannten Zeitraum" auf, weil die nun erst bekannt gewordenen Bareinzahlungen als Einkommen anzurechnen seien (Aufhebungs- und Erstattungsbescheid vom 10.7.2008).

5

Auf den Widerspruch des Klägers übersandte der Beklagte ihm nach Monaten und Personen differenzierende Berechnungsübersichten (Schreiben des Beklagten vom 15.10.2008), hob die Rückforderung insoweit auf als mehr "als 10.482,74 Euro zurückgefordert werden" und wies den Widerspruch im Übrigen zurück (Widerspruchsbescheid vom 13.11.2008). Hinsichtlich der Zusammensetzung des Rückforderungsbetrags nahm er auf die Berechnungsübersichten Bezug. Zudem führte er aus, der Bescheid vom 10.7.2008 enthalte einen offensichtlichen Schreibfehler, soweit nach dem Tenor der erste Aufhebungs- und Rückforderungszeitraum mit dem 30.6.2006 ende. Aus der Begründung des Bescheids und den Übersichten gehe aber hervor, "dass sich der strittige Zeitraum auf die Zeit von November 2005 bis Juli 2006 erstrecke".

6

Das SG Osnabrück hat die hiergegen erhobene Klage abgewiesen (Urteil des SG Osnabrück vom 3.5.2011). Auf die Berufung des Klägers hat das LSG das erstinstanzliche Urteil dahingehend geändert, dass "der Kläger lediglich 9.678,30 Euro zu erstatten" habe (Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 19.3.2015). Ausgehend von einem sich aus den angefochtenen Bescheiden ergebenden streitgegenständlichen Aufhebungs- und Erstattungszeitraum von November 2005 bis Juli 2006 und September 2006 bis April 2008 hat das LSG die den Monat April 2008 betreffende Rückforderung aufgehoben, weil der Beklagte den diesbezüglich ergangenen Änderungsbescheid nicht aufgehoben habe. Daneben hat es die Aufhebungs- und Erstattungsverfügung unter Berücksichtigung einer aufgrund abweichender Bedarfe durchgeführten Neuberechnung teilweise ab September 2006 geändert. Die Entscheidung des Beklagten, gestützt auf [§ 45 Abs 2 S 3 Nr 2, Nr 3 SGB X](#), sei, so das LSG, im Übrigen rechtmäßig. Als notwendige, mit der Einkommenserzielung verbundene Ausgaben könnten nur die unmittelbar zum Spielgewinn führenden Spieleinsätze abgesetzt werden; solche seien jedoch im konkreten Fall nicht feststellbar. Spieleinsätze, die nicht zum Gewinn führten, seien nicht als vom Einkommen vor dessen Berücksichtigung bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts abzugsfähig. Die Absetzung sämtlicher vom Konto abgehobener Beträge komme nicht in Betracht, weil die tatsächlich erzielten Gewinne nur zu einem Bruchteil durch Kontoeinzahlungen dokumentiert seien.

7

Mit der vom Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung von [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF. Die vom LSG vorgenommene Auslegung, dass allenfalls mit dem einzelnen Gewinn verbundene Ausgaben im Sinne einer unmittelbaren Kausalität zwischen Einsatz und Gewinn vom Einkommen in Abzug zu bringen seien, verstoße gegen den Wortlaut der Vorschrift, der nur die "Verbundenheit" zwischen der Erzielung des Einkommens und der notwendigen Ausgaben fordere. Der Kläger habe überwiegend in Spielhallen an Spielautomaten gespielt, Geld für Spieleinsätze regelmäßig von seinem Konto am Terminal in der Spielhalle abgehoben und größere Gewinne wieder auf sein Konto eingezahlt. Aus den Kontoauszügen sei ersichtlich, dass die Abbuchungen die Einzahlungen deutlich überstiegen. Es sei erfahrungsgemäß nicht möglich, über einen längeren Zeitraum höhere Gewinne an Geldspielautomaten zu erzielen. Auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten seien bei einem spielsüchtigen Spieler wie ihm sämtliche Einsätze von den Gewinnen abzuziehen.

8

Der Kläger beantragt, das Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 19.3.2015 und das Urteil des SG Osnabrück vom 3.5.2011 sowie den Bescheid des Beklagten vom 10.7.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.11.2008 aufzuheben.

9

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

II

10

Die zulässige Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung des Berufungsurteils insgesamt sowie der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und der angefochtenen Bescheide des Beklagten insoweit begründet, als der Beklagte Leistungen in Höhe von 584,58 Euro für den Monat Juli 2006 zurückfordert (1.). Im Übrigen ist der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 S 2 SGG](#)), weil der Senat die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide mangels hinreichender Feststellungen zur Hilfebedürftigkeit des Klägers nicht abschließend beurteilen kann (2.).

11

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind das Berufungsurteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 19.3.2015 und das Urteil des SG Osnabrück vom 3.5.2011 sowie der Aufhebungs- und Erstattungsbescheid des Beklagten vom 10.7.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.11.2008, mit dem der Beklagte die im Widerspruchsbescheid benannten Bescheide gegenüber dem Kläger ursprünglich für den Zeitraum von November 2005 bis Juni 2006 und September 2006 bis April 2008 teilweise aufgehoben und Leistungen in Höhe von insgesamt 10 482,74 Euro zurückgefordert hat. Nachdem nur der Kläger Revision eingelegt hat, ist der Gegenstand des Revisionsverfahrens der Höhe nach auf den durch das Berufungsurteil reduzierten Gesamterstattungsbetrag von 9678,30 Euro sowie in zeitlicher Hinsicht auf die Monate November 2005 bis Juli 2006 und September 2006 bis März 2008 beschränkt.

12

1. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig, soweit die dem Kläger für den Monat Juli 2006 erbrachten Leistungen zurückfordert werden.

13

Der Erstattungsbetrag von zuletzt 9678,30 Euro ist um den darin für Juli 2006 enthaltenen Betrag von 584,58 Euro auf nun noch 9093,72 Euro zu reduzieren. Die Erstattungsregelung des angefochtenen Bescheids für den Monat Juli 2006 ist rechtswidrig ([§ 50 Abs 1 SGB X](#)). Es mangelt insoweit an einer Aufhebungsverfügung. Bei der im Verfügungssatz des Bescheids vom 10.7.2008 bezeichneten Begrenzung des Aufhebungszeitraums bis zum 30.6.2006 handelt es sich - entgegen der Auffassung des Beklagten - nicht um eine offenbare Unrichtigkeit ([§ 38 SGB X](#)). Es fehlt an der Offensichtlichkeit der Unrichtigkeit, das heißt einer für einen verständigen objektiven Betrachter unschwer erkennbaren Fehlbezeichnung (Engelmann in von Wulffen/ Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, [§ 38 SGB X](#) RdNr 6; vgl zur offensichtlichen Unrichtigkeit eines Datums BSG vom 29.11.2012 - [B 14 AS 196/11 R](#) - SozR 4-1300 § 33 Nr 2 RdNr 18), denn auch der ausdrücklich genannte Zeitraum ist ein denkbarer und nicht offenbar als Fehler erkennbarer Aufhebungszeitraum (zur falschen Angabe von Kalenderdaten: Leopold in Schlegel/ Voelzke, JurisPK-SGB X, Online-Ausgabe Stand 30.3.2015, § 38 RdNr 37.1). Auch den weiteren Umständen lässt sich eine Verfügung der Aufhebung für Juli 2006 nicht eindeutig entnehmen. Weder das Anhörungsschreiben vom 12.6.2008 noch die Begründung des Bescheids vom 10.7.2008 beziehen sich auf eine Aufhebung wegen Einkommens des Klägers im Juli 2006. Dies gilt auch für den Verfügungssatz des Widerspruchsbescheids, der nur eine Teilabhilfe im Sinne einer Reduzierung der Rückforderung enthält. Verbleibende Unklarheiten gehen insoweit zu Lasten des Beklagten.

14

2. Ob und inwieweit der angefochtene Bescheid im Übrigen rechtswidrig ist, kann der Senat mangels hinreichender Feststellungen im Urteil des LSG nicht abschließend entscheiden.

15

Der Senat kann allerdings dahinstehen lassen, ob zutreffende Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Bewilligung [§ 45 SGB X](#) oder [§ 48 SGB X](#) ist. Zwar kann diese Frage mangels tatsächlicher Feststellungen zum Zeitpunkt des Zuflusses der Spielgewinne nicht abschließend beurteilt werden. Dies ist hier jedoch zunächst auch nicht erforderlich. Sind - hierauf hat der Beklagte seine Entscheidung gestützt - auch die subjektiven Voraussetzungen des [§ 45 Abs 1, Abs 2 S 3 Nr 2 SGB X](#) (iVm [§ 330 Abs 2 SGB III](#) idF vom 24.3.1997, [BGBl I 594](#) und iVm [§ 40 Abs 1 S 1](#) und 2 Nr 1 SGB II idF des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) erfüllt, ist der "Austausch" der Rechtsgrundlage unschädlich (BSG vom 10.9.2013 - [B 4 AS 89/12 R](#) - [BSGE 114, 188](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 62, RdNr 29; BSG vom 29.6.2000 - [B 11 AL 85/99 R](#) - [BSGE 87, 8, 10](#) = SozR 3-4100 § 152 Nr 9 S 28 f). Denn [§ 48 SGB X](#) (iVm [§ 330 Abs 3 S 1 SGB III](#) idF vom 24.3.1997, [BGBl I 594](#) und iVm [§ 40 Abs 1 S 1](#) und 2 Nr 1 SGB II idF des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) verlangt nur den Einkommenszufluss und den dadurch bedingten Wegfall des Anspruchs. Dies ist nach den Feststellungen des LSG jedenfalls der Fall gewesen. Insoweit wäre hier der Verfügungssatz nicht zu ändern. Die Rücknahme wird nur mit einer anderen Rechtsgrundlage begründet. Dies ist zulässig, soweit der Verwaltungsakt dadurch nicht in seinem Regelungsumfang oder seinem Wesensgehalt verändert oder die Rechtsverteidigung des Betroffenen in unzulässiger Weise beeinträchtigt oder erschwert wird (BSG vom 21.6.2011 - [B 4 AS 22/10 R](#) - juris RdNr 26; BSG vom 15.8.2002 - [B 7 AL 38/01 R](#) - SozR 3-1300 § 24 Nr 21 S 61 f). Eine dieser Einschränkungen für den Austausch der Rechtsgrundlage ist hier nicht gegeben. Der dem Kläger nach Maßgabe des [§ 19 S 1 SGB II](#) (in der ab dem 1.1.2005 geltenden Fassung des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) iVm [§ 7 Abs 1 S 1 SGB II](#) (idF des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) und [§ 24 Abs 1 SGB II](#) (idF des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)) bewilligte Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II ist rechtswidrig gewesen oder geworden.

16

In welchem Umfang der Beklagte ermächtigt gewesen ist, die Leistungsbewilligung in dem streitigen Zeitraum zurückzunehmen oder aufzuheben, weil diese rechtswidrig (geworden) war, ist von den durch das LSG nachzuholenden tatsächlichen Feststellungen abhängig. Zwar haben nach den Feststellungen des LSG beim Kläger die Voraussetzungen des [§ 7 Abs 1 S 1 Nr 1, Nr 2 und Nr 4 SGB II](#) vorgelegen. In welchem Umfang er in dem streitigen Zeitraum hilfebedürftig gewesen ist, kann auf Grundlage dieser Feststellungen jedoch nicht beurteilt werden.

17

Hilfebedürftig ist, wer seinen Lebensunterhalt und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann ([§ 9 Abs 1 SGB II](#) idF des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#)). Bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben, ist auch das Einkommen und Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Dabei ist das erzielte und um die Freibeträge und Absetzungen ([§ 11 Abs 2 SGB II](#), auch iVm [§ 30 SGB II](#) idF des Gesetzes zur Neufassung der Freibetragsregelungen für erwerbsfähige Hilfebedürftige vom 14.8.2005, [BGBl I 2407](#) mit Wirkung vom 1.10.2005) bereinigte Einkommen dem Bedarf der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft, bestehend aus dem Kläger und der mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Ehefrau und Kinder ([§ 7 Abs 3 Nr 1, Nr 3 Buchst a, Nr 4 SGB II](#)), gegenüberzustellen.

18

Der Kläger hat in dem streitigen Zeitraum Einnahmen erzielt. Diese stammen nach den Feststellungen des LSG aus Glücksspielgewinnen. An diese Feststellung ist der Senat gebunden, weil die Beteiligten insoweit keine durchgreifende Verfahrensrügen erhoben haben ([§ 163 SGG](#)). Gewinne aus Glücksspiel sind Einnahmen in Geld und somit zu berücksichtigendes Einkommen ([§ 11 Abs 1 SGB II](#)). Die Berechnung der Höhe der Einnahmen richtet sich nach den Vorschriften über die Einkommensanrechnung "in sonstigen Fällen" (§ 2b Alg II-V idF vom 17.8.2005 bzw § 4 Alg II-V idF vom 17.12.2007).

19

Im Gegensatz zum Vorbringen des Klägers handelt es sich bei den Glücksspieleinnahmen nicht um Einkommen aus Gewerbebetrieb, sodass § 2a Alg II-V (idF vom 22.8.2005, [BGBl I 2499](#) mit Wirkung vom 1.10.2005 bzw § 3 Alg II-V idF vom 17.12.2007, gültig ab 1.1.2008) zur Anwendung käme. Zur näheren Bestimmung dieser Einkommensart im SGB II ist von den Begriffen des Steuerrechts auszugehen (vgl BSG vom 22.8.2013 - [B 14 AS 1/13 R](#) - [BSGE 114, 136](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 64, RdNr 20). Danach ist "Gewerbebetrieb" eine selbständige und

nachhaltige Betätigung mit Gewinnerzielungsabsicht, die sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und weder als Ausübung einer selbständigen Tätigkeit noch als private Vermögensverwaltung anzusehen ist (BFH vom 16.9.2015 - [X R 43/12](#) - [BStBl II 2016, 48](#) - [BFHE 251, 37](#) RdNr 15 unter Bezugnahme auf die Legaldefinition in [§ 15 Abs 2 S 1 EStG](#)). Das reine Glücksspiel ist kein Betrieb eines Gewerbes. Insoweit fehlt es sowohl an einer Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr als auch an einer Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung. Weder die Spieltätigkeit noch der Spieleinsatz stellen Tätigkeiten dar, die durch den Spielgewinn vergütet werden (vgl BFH vom 16.9.2015 - [X R 43/12](#) - [BStBl II 2016, 48](#) - [BFHE 251, 37](#) RdNr 19 mwN; zur Abgrenzung eines Berufsspielers von einem Freizeitspieler vgl FG Münster vom 15.7.2014 - [15 K 798/11](#) U - Revision anhängig beim BFH unter [XI R 37/14](#); zur Abgrenzung von Berufskartenspielern und Freizeitspielern vgl BFH vom 26.8.1993 - [V R 20/91](#) - [BFHE 172, 227](#), 229 f - [BStBl II 1994, 54](#), 55 f; zum privaten Spielbedürfnis bei Glücksspiel: BFH vom 11.11.1993 - [XI R 48/91](#) - juris RdNr 16; vgl zur Definition von "Glücksspiel" in Abgrenzung zum Geschicklichkeitsspiel anhand der Abhängigkeit des Gewinns überwiegend vom Zufall oder aber den Fähigkeiten: Sprau in Palandt, BGB, 75. Aufl 2016, § 762 RdNr 2).

20

Ohne Rechtsfehler hat das LSG von den Spielgewinnen neben der Versicherungspauschale keine weiteren Beträge abgesetzt. In Zeiträumen, in denen der Kläger auch Erwerbseinkommen hatte, ist die Pauschale allerdings mit dem Grundfreibetrag abgegolten und nicht zusätzlich in Abzug zu bringen (vgl [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 3 SGB II](#) aF iVm § 3 Abs 1 Nr 1 Alg II-V idF vom 22.8.2005 bzw § 6 Abs 1 Nr 1 Alg II-V idF vom 17.12.2007; vgl BSG vom 5.6.2014 - [B 4 AS 49/13 R](#) - SozR 4-4200 § 11 Nr 66; BSG vom 17.2.2015 - [B 14 AS 1/14 R](#) - juris RdNr 16).

21

Ob als iS des [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF notwendige Ausgabe, die mit der Erzielung des Einkommens verbunden ist, vom Spielgewinn der Spieleinsatz absetzbar ist, der in dem zum Spielgewinn führenden Spiel aufgewendet worden ist, kann hier dahinstehen. Derartige Spieleinsätze lassen sich nach den vom LSG getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht mehr beziffern.

22

Jedenfalls weitere im Rahmen der Teilnahme am Glücksspiel aufgewendete sog vergebliche Spieleinsätze sind nicht von den Spielgewinnen absetzbar. Ausgaben sind nach [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF nur dann absetzbar, wenn es sich um mit der Erzielung des Einkommens verbundene notwendige Aufwendungen handelt. Insoweit verlangt bereits der Wortlaut der Vorschrift eine kausale Verknüpfung zwischen der Erzielung des Einkommens und den Ausgaben (vgl zur kausalen Verknüpfung zwischen Aufwendungen und Einkommenserzielung BSG vom 19.6.2012 - [B 4 AS 163/11 R](#) - [BSGE 111, 89](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 53, RdNr 19; vgl auch BSG vom 27.9.2011 - [B 4 AS 180/10 R](#) - SozR 4-4200 § 11 Nr 40 RdNr 29). Inwieweit eine solche bei vergeblichen Spieleinsätzen gegeben ist, kann hier jedoch ebenfalls dahinstehen, denn zumindest handelt es sich bei diesen nicht um notwendige Ausgaben iS des [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF.

23

Sämtliche - auch vergebliche - Spieleinsätze als notwendige Ausgaben zur Erzielung des Spielgewinns zu werten, steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut des [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF, dessen Sinn und Zweck sowie systematischen Erwägungen. Bereits dem Wortlaut nach sind vom Einkommen nicht sämtliche, sondern nur die mit der Erzielung des Einkommens verbundenen notwendigen Ausgaben abzusetzen (zur Absetzung von notwendigen Ausgaben vom Krankengeld vgl BSG vom 27.9.2011 - [B 4 AS 180/10 R](#) - SozR 4-4200 § 11 Nr 40 RdNr 26, 28). Es kommt mithin auch nicht nur auf die Veranlassung der Ausgaben an (Abzug von Werbungskosten im Steuerrecht - [§ 9 EStG](#) - BSG vom 19.6.2012 - [B 4 AS 163/11 R](#) - [BSGE 111, 89](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 53, RdNr 19), sondern sie müssen der Erzielung des Einkommens jedenfalls nutzen (vgl Schmidt in Eicher SGB II, 3. Aufl 2013, [§ 11b SGB II](#) RdNr 24; zur Notwendigkeit von Aufwendungen im Zusammenhang mit einer Entgeltersatzleistung: BSG vom 27.9.2011 - [B 4 AS 180/10 R](#) - SozR 4-4200 § 11 Nr 40 RdNr 30; zur Absetzbarkeit von Kinderbetreuungsaufwendungen nur bei finaler Verknüpfung mit der Ausübung einer Erwerbstätigkeit: BSG vom 9.11.2010 - [B 4 AS 7/10 R](#) - [BSGE 107, 97](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 34, RdNr 17). Aus der Wortverbindung der Notwendigkeit der Ausgaben mit dem Kausalitätserfordernis folgt, dass die Ausgaben durch die Erzielung des Einkommens bedingt sein müssen. Hiervon kann jedoch bei vergeblichen Spieleinsätzen nicht ausgegangen werden. Weder nutzen sie dem Gewinn unmittelbar, noch sind sie durch den Spielgewinn bedingt. Soweit der Kläger geltend macht, dass vergebliche Spieleinsätze in der Natur des Glücksspiels lägen, Betreiber von Glücksspielautomaten erzielten nur durch diese Gewinn, lässt dies den vergeblichen Spieleinsatz nicht zu einer notwendigen Ausgabe des erzielten Spielgewinns werden. Denn notwendig im Sinne des Grundsicherungsrechts sind Ausgaben nur, soweit sie im Rahmen einer vernünftigen Wirtschaftsführung anfallen, das heißt nicht außer Verhältnis zu den Einnahmen stehen (vgl Sauer in Sauer SGB II, 2011, § 11b RdNr 38; zu extrem hohen und damit per se nicht notwendigen Aufwendungen vgl BSG vom 11.12.2012 - [B 4 AS 27/12 R](#) - SozR 4-4225 § 6 Nr 2 RdNr 33). Genau dies ist jedoch bereits nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht der Fall.

24

Auch Sinn und Zweck des [§ 11 SGB II](#) stehen der Bewertung der vergeblichen Glücksspieleinsätze als notwendige Ausgaben entgegen. Die in [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF geregelte Absetzungsmöglichkeit soll zwar sicherstellen, dass nur dasjenige Einkommen bei der Berechnung der Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts berücksichtigt wird, das dem Hilfebedürftigen tatsächlich zur Deckung dessen zur Verfügung steht, um die tatsächliche Hilfebedürftigkeit zu bestimmen (vgl BSG vom 21.6.2011 - [B 4 AS 21/10 R](#) - [BSGE 108, 258](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 39, RdNr 29; Mues in Estelmann, SGB II, 51. EL 6/14, § 11b SGB II RdNr 3, 38; Löns in Löns/Herold-Tews, SGB II, 3. Aufl 2011, [§ 11b SGB II](#) RdNr 3; Sauer in Sauer, SGB II, 2011, § 11b RdNr 2, 40; vgl auch [BT-Drucks 15/1516 S 53](#)). Der im Einkommensbegriff des [§ 11 SGB II](#) konkretisierte Nachranggrundsatz ([§ 2 Abs 2 SGB II](#)), nach dem von der Hilfebedürftigen Person erwartet wird, dass sie das ihr zur Verfügung stehende Einkommen zunächst zur Bedarfsdeckung verwendet, bevor sie es anderweitig einsetzt und nach dem ihr eine vernünftige Wirtschaftsführung und ein sparsames Wirtschaften obliegt, gebietet eine enge Auslegung des [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 5 SGB II](#) aF (Striebinger in Gagel, SGB II/SGB III, Dezember 2015, [§ 11b SGB II](#) RdNr 27; Schmidt in Eicher, SGB II, 3. Aufl 2013, [§ 11b SGB II](#) RdNr 23; Schmidt in Oestreicher, SGB II/SGB XII, [§ 11b SGB II](#), Stand der Einzelkommentierung 10/2013 RdNr 65; Löns in Löns/Herold-Tews, SGB II, 3. Aufl 2011, [§ 11b SGB II](#) RdNr 10). Hieraus folgt: Vorhandenes Einkommen, auch aus Spielgewinn, ist nicht als Spieleinsatz zur weiteren Gewinnerzielung zu verwenden, sondern zur Lebensunterhaltssicherung. Dies gilt umso mehr für vergeblichen Spieleinsatz, der zudem auch

"unwirtschaftlich" ist, weil er außer Verhältnis zu dem Spielgewinn steht, und zu keinem Gewinn führt.

25

Außerdem ist es notwendig, unter systematischen Erwägungen die Einkommenserzielung klar von der bloßen Einkommensverwendung abzugrenzen, um diejenigen Ausgaben als unbeachtlich bestimmen zu können, die nicht der Einkommenserzielung, sondern dem privaten Bereich zuzuordnen sind. So verhält es sich auch mit den zur Befriedigung des Spielbedürfnisses aufgewendeten Spieleinsätzen (zur Abgrenzung der Einkommensverwendung vgl Mues in Estelmann, SGB II, 51. EL 6/14, § 11b SGB II RdNr 39; Hengelhaupt in Hauck/Noftz SGB II, Stand 2/15, § 11b SGB II RdNr 240a; zur Abgrenzung von das Einkommen mindernden, notwendigen und mit der Erzielung des Einkommens verbundenen Ausgaben von der Einkommensverwendung vgl auch BSG vom 17.2.2016 - [B 4 AS 17/15 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen - juris RdNr 32). Bei ihnen handelt es sich lediglich um eine Form der Einkommensverwendung, nicht jedoch - zumindest bei vergeblichen Spieleinsätzen - um einen gezielten Einsatz zur Einkommensgewinnung.

26

Die vom Kläger geltend gemachte Spielsucht kann ebenfalls nicht zu einer Absetzung der Spieleinsätze führen. Zum einen sind im Hinblick auf die Bestimmung vom Einkommen absehbarer Ausgaben individuelle Momente wie Verschulden oder eine suchthafte Erkrankung unbeachtlich. Zum zweiten besteht hierfür auch aus Gründen des Erfordernisses der Gewährleistung der Existenzsicherung kein Anlass. Es gilt der Grundsatz der tatsächlichen Bedarfsdeckung. Danach wären nicht mehr vorhandene Mittel, etwa bei vorzeitigem Verbrauch - auch infolge unwirtschaftlichen Verhaltens - jedenfalls für Folgebewilligungszeiträume nicht mehr zu berücksichtigen (vgl BSG vom 10.9.2013 - [B 4 AS 89/12 R](#) - [BSGE 114, 188](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 62, RdNr 31; vgl zur Berücksichtigung bereiter Mittel BSG vom 21.6.2011 - [B 4 AS 21/10 R](#) - [BSGE 108, 258](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 39, RdNr 29; zum möglichen Ersatzanspruch nach [§ 34 SGB II](#) vgl BSG vom 12.12.2013 - [B 14 AS 76/12 R](#) - juris RdNr 13).

27

3. Zur Bestimmung des Umfangs der Hilfebedürftigkeit sind jedoch noch Feststellungen zum Zeitpunkt und der Höhe des Zuflusses der Spielgewinne erforderlich. Insoweit ist ungeklärt, wann genau sie zugeflossen sind, denn der Zeitpunkt der Bareinzahlung - und nur dieser ist festgestellt - kann vom Gewinnzeitpunkt und der Höhe des Gewinns im Einzelfall abweichen. Das Fehlen dieser Feststellungen steht einer Sachentscheidung des Senats entgegen und führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits.

28

Der Senat verkennt dabei nicht, dass eine Sachaufklärung zu den weiteren Einnahmen des Klägers im wiedereröffneten Berufungsverfahren schwierig oder kaum durchführbar sein dürfte. Vor einer abschließenden Entscheidung sind jedoch sämtliche verfügbaren Möglichkeiten der Aufklärung zu nutzen. Je nach den Erkenntnissen aus den weiteren Sachverhaltsermittlungen käme auch die Schätzung der Einnahmen ([§ 287 ZPO](#)) in Betracht. Sie ist im sozialgerichtlichen Verfahren zulässig, wenn geeignete Anknüpfungstatsachen vorliegen (vgl BSG vom 3.12.2015 - [B 4 AS 47/14 R](#) - SozR 4-4200 § 22 Nr 87).

29

Erst wenn die Einkommensverhältnisse des Klägers im streitgegenständlichen Zeitraum nach Ausschöpfung sämtlicher verfügbarer Erkenntnisquellen durch das LSG nicht mehr aufgeklärt werden können und keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine realistische Schätzung vorhanden sind, darf dieses eine Beweislastentscheidung treffen. Sollte sich die Feststellung des LSG bestätigen, dass der Kläger durch Indizien begründet höhere Einnahmen als die von dem Beklagten ermittelten hatte, so kann der Kläger so zu behandeln sein, als ob seine Hilfebedürftigkeit durchgehend nicht vorgelegen hätte.

30

Zwar geht die Unerweislichkeit einer Tatsache grundsätzlich zu Lasten desjenigen, der aus ihr eine ihm günstige Rechtsfolge herleitet. Deshalb trägt grundsätzlich die Behörde die objektive Beweislast für die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheids, wenn sie diesen zurücknimmt. Eine Umkehr der Beweislast ist aber unter den zuvor beschriebenen Umständen gerechtfertigt, wenn eine besondere Beweisnähe zu einem Beteiligten besteht. Das ist anzunehmen, wenn in dessen persönlicher Sphäre oder in dessen Verantwortungssphäre wurzelnde Vorgänge nicht auflösbar sind und die zeitnahe Aufklärung des Sachverhalts durch unterlassene Angaben oder unzureichende Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung erschwert oder verhindert wird (vgl zur Beweislastumkehr für den vorzeitigen Verbrauch einer Abfindungszahlung BSG vom 10.9.2013 - [B 4 AS 89/12 R](#) - [BSGE 114, 188](#) = SozR 4-4200 § 11 Nr 62, RdNr 32; zu unterlassenen Angaben von Sparbüchern: BSG vom 13.9.2006 - [B 11a AL 13/06 R](#) - juris RdNr 18; BSG vom 24.5.2006 - [B 11a AL 7/05 R](#) - [BSGE 96, 238](#) = [SozR 4-4220 § 6 Nr 4](#), RdNr 33).

31

In dem hier vorliegenden Fall könnte bei Unauflösbarkeit der Einkommenssituation des Klägers von dessen fehlender Hilfebedürftigkeit auszugehen sein. Zwar enthält weder das SGB II noch die Alg II-V eine dahingehende Vermutung, dies schließt gleichwohl nicht aus, dass die Nichtauflösbarkeit der Einkommenssituation ausnahmsweise nach den allgemeinen Grundsätzen der objektiven Beweislast zu Lasten des Leistungsberechtigten geht. In diesem Sinne hat auch der 7. Senat des BSG bei Prüfung der Erreichbarkeit eines Arbeitslosen entschieden, dass der fehlende Nachweis der hierfür maßgeblichen Tatsachen (dort: nicht mehr nachvollziehbare Dauer und Lage von Auslandsaufenthalten) zu Lasten des Leistungsempfängers gehen kann, wenn die Beweislage maßgeblich auf dessen fehlender Mitteilung beruht. Ist dem Leistungsempfänger die Beweislast für eine Tatsache aufzuerlegen, ist er bei Unauflösbarkeit so zu behandeln, als ob das entsprechende Tatbestandsmerkmal durchgehend nicht vorgelegen hat, ohne dass für eine Überprüfung noch Raum bleibt (vgl BSG vom 9.12.2003 - [B 7 AL 56/02 R](#) - [SozR 4-4300 § 119 Nr 1](#)).

32

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das LSG daher zu prüfen haben, ob die konkreten Einkommensverhältnisse des Klägers im Einzelnen noch ermittelt werden können, oder ob zumindest Grundlagen für eine realistische Schätzung vorhanden sind. Wenn dies nicht zu Ergebnissen führt, wird darüber zu befinden sein, ob die Unaufklärbarkeit maßgeblich auf der Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Kläger beruht und aufgrund dieser Umstände erhebliche Zweifel an dessen Hilfebedürftigkeit bestehen. Falls dies zu bejahen sein sollte, ist eine Beweislastentscheidung möglich mit der Folge, dass der Kläger für den streitigen Aufhebungszeitraum durchgehend als nicht hilfebedürftig anzusehen wäre.

33

Anderenfalls wird das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide Folgendes zu berücksichtigen haben:

34

Die Einnahmen aus Spielgewinnen sind als "einmalige Einnahmen" auf einen angemessenen Zeitraum aufzuteilen und monatlich mit einem Teilbetrag anzusetzen (vgl. § 2 Abs 3 Alg II-V aF, seit 1.1.2008 nach § 2 Abs 4 Alg II-V iVm § 2b Alg II-V aF bzw. ab 1.1.2008 iVm § 4 Alg II-V; vgl. zum Krankenversicherungsschutz BSG vom 30.9.2008 - [B 4 AS 29/07 R](#) - [BSGE 101, 291](#) = [SozR 4-4200 § 11 Nr 15](#), RdNr 35-36; vgl. zur vollständigen Anrechnung im Zuflussmonat bei fortbestehender Hilfebedürftigkeit: BSG vom 30.9.2008 - [B 4 AS 57/07 R](#) - [SozR 4-4200 § 11 Nr 16](#) RdNr 30; vgl. zur Verteilung einer einmaligen Einnahme aus Pokergewinn auf regelmäßig 6 Monate LSG Niedersachsen-Bremen vom 5.6.2008 - [L 13 AS 88/08 ER](#) - juris RdNr 22). Glücksspieleinnahmen sind einmalige Einnahmen, das heißt solche, bei denen sich das Geschehen in einer einzigen Leistung erschöpft, während laufende Einnahmen solche sind, die auf demselben Rechtsgrund beruhen und regelmäßig erbracht werden (zur Abgrenzung BSG vom 24.4.2015 - [B 4 AS 32/14 R](#) - [SozR 4-4200 § 11 Nr 72](#) RdNr 16 ff; so für die Einordnung von Glücksspielgewinnen auch: Hengelhaupt in Hauck/Noftz SGB II, Stand 1/15, § 11 SGB II RdNr 436, 544; zu Pokergewinnen vgl. LSG Niedersachsen-Bremen vom 5.6.2008 - [L 13 AS 88/08 ER](#) - juris RdNr 21; zu Lotteriegewinnen vgl. LSG Sachsen-Anhalt vom 23.2.2011 - [L 2 AS 187/08](#) - juris RdNr 23; SG Detmold - [S 13 AS 3/09](#) - juris RdNr 17; Schmidt in Eicher SGB II, 3. Aufl 2013, [§ 11 SGB II](#) RdNr 34).

35

Auch für den Fall wiederholt zufließender Spielgewinne gilt nichts anderes. Hier ist es zur Abgrenzung der einmaligen von den laufenden Einnahmen geboten, allein auf den jeweiligen Rechtsgrund der Einnahme abzustellen mit der Konsequenz, dass Glücksspielgewinne auch dann als einmalige Einnahmen anzusehen sind, wenn sie bei fortgesetztem Spiel häufig auftreten. Bei der Entscheidung über die Verteilung der einmaligen Einnahmen kann das LSG den Einwand des Klägers, er habe die zugeflossenen Spielgewinne für weitere Glücksspielteilnahmen verbraucht, unberücksichtigt lassen. Der spätere Verbrauch ist nämlich als bloßes Ausgabeverhalten während des Verteilzeitraums bei Aufhebung für die Vergangenheit ohne Bedeutung, weil keine aktuelle Bedarfslage ungedeckt bleibt (BSG vom 10.9.2013 - [B 4 AS 89/12 R](#) - [BSGE 114, 188](#) = [SozR 4-4200 § 11 Nr 62](#), RdNr 18).

36

Auch wird für das Erwerbseinkommen der Ehefrau des Klägers noch der Zuflusszeitpunkt festzustellen sein. Ist dieser ermittelt, ist die Höhe des zu berücksichtigenden Einkommens mangels Anwendbarkeit des bis 30.9.2005 geltenden Rechts (vgl. die Übergangsvorschrift in [§ 67 SGB II](#), eingefügt durch Art 1 Nr 6 des Gesetzes vom 14.8.2005, [BGBl I 2407](#) mit Wirkung vom 1.10.2005, wonach [§ 11](#) und [§ 30 SGB II](#) in der bis zum 30.9.2005 geltenden Fassung weiterhin anzuwenden sind für Bewilligungszeiträume, die vor dem 1.10.2005 beginnen, längstens jedoch bis zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit) nach dem ab 1.10.2005 geltenden Recht zu berechnen. Deshalb wird auch dieses Einkommen um den Grundfreibetrag von 100 Euro ([§ 11 Abs 2 S 2 SGB II](#) idF ab 1.10.2005) und ggf weitere Erwerbstätigenfreibeträge nach Maßgabe des [§ 30 SGB II](#) idF ab 1.10.2005 zu bereinigen sein (in Höhe von 20 % des Teils des monatlichen Einkommens zwischen 100 Euro und 800 Euro sowie 10 % von 800 Euro, aber nicht 1200 Euro bzw 1500 Euro übersteigenden Einkommensteils, [§ 11 Abs 2 S 1 Nr 6 SGB II](#) idF vom 14.8.2005 iVm § 30 SGB II idF des Gesetzes vom 14.8.2005, [BGBl I 2407](#), gültig vom 1.10.2005 bis 31.12.2010).

37

Zudem wird für die Bestimmung des Umfangs der Hilfebedürftigkeit nach [§ 9 SGB II](#) der Zuschlag nach [§ 24 SGB II](#) außer Betracht zu bleiben haben (zur entsprechenden Auslegung bereits für die Zeit vor dem 1.8.2006 vgl. BSG vom 31.10.2007 - [B 14/11b AS 59/06 R](#) - juris RdNr 26; Mecke in Eicher/Spellbrink SGB II, 2. Aufl 2008, § 9 RdNr 19b). Das LSG wird weiter festzustellen haben, wann die im Bescheid vom 15.6.2007 berücksichtigte Nebenkostennachforderung fällig war, um sie in diesem Monat kopfteilig als Unterkunftsbedarf zu berücksichtigen (vgl. [§ 22 Abs 1 S 1 SGB II](#); vgl. zum Kopfteilprinzip der Aufwendungen für Unterkunft und Heizung BSG vom 23.11.2006 - [B 11b AS 1/06 R](#) - [BSGE 97, 265](#) = [SozR 4-4200 § 20 Nr 3](#), RdNr 28).

38

Für die Berechnung des Zuschlags ([§ 24 SGB II](#) in der bis 30.6.2006 geltenden Fassung des Gesetzes aaO vom 24.12.2003, [BGBl I 2954](#), idF des Gesetzes vom 24.3.2006, [BGBl I 558](#) sowie in der mit Wirkung vom 1.8.2006 durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20.7.2006, [BGBl I 1706](#), (Fortentwicklungsgesetz) geänderten Fassung) wird das gesamte im ersten Monat des Alg II-Bezugs zugeflossene Einkommen, soweit es anzurechnen ist, zu berücksichtigen sein, das heißt neben dem Erwerbseinkommen der Ehefrau des Klägers auch die im November 2005 zugeflossenen Glücksspieleinnahmen, soweit sie in diesem Monat anzurechnen sind (vgl. zur Berechnung des Zuschlags BSG vom 31.10.2007 - [B 14 AS 5/07 R](#) - [BSGE 99, 170](#) = [SozR 4-4200 § 24 Nr 1](#), RdNr 28 ff; BSG vom 31.10.2007 - [B 14 AS 39/07 R](#) - [SozR 4-4200 § 24 Nr 2](#) RdNr 25 f).

39

Die Kostenentscheidung bleibt dem LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2016-12-22