

## Rechtsprechung

## Grundsicherungsrecht

## Stimmt so! – Anrechnung von geringen Trinkgeldern beim Alg II ausgeschlossen

SGB II §§ 11, 11 a, 11 b

1. Bei Trinkgeld handelt es sich um als Einkommen zu berücksichtigende Einnahmen in Geld. (Rn. 17)

2. Wenn die Trinkgeldgabe 10 % des maßgebenden Regelbedarfs nicht übersteigt, beeinflusst sie die Lage der Leistungsberechtigten nicht so günstig, dass daneben die Erbringung von Alg II nicht mehr gerechtfertigt wäre. Etwas anderes gilt nur dann, wenn besondere Umstände des Einzelfalls eine abweichende Beurteilung erforderlich machen. (Rn. 37 – 38) (Redaktionelle Leitsätze)

BSG, Urteil vom 13.7.2022 – B 7/14 AS 75/20 R

Trinkgeld ist nicht als Erwerbseinkommen, sondern als Zuwendung iSd § 11 Abs. 5 SGB II zu qualifizieren. Für die Hingabe eines Trinkgeldes besteht keine rechtliche oder sittliche Pflicht. 18

Es handelt sich um eine freiwillige und ohne Rechtspflicht erfolgte Zahlung, die nicht aus einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis der Leistung von Arbeit gegen Entgelt resultiert. Es besteht auch keine sittliche Pflicht für die Gabe von Trinkgeld. Allgemeine Gesichtspunkte der Sittlichkeit, also was zB von einem Gast in einem Wirtshaus „zu erwarten“ ist, scheiden als Anknüpfungspunkt für eine solche Pflicht aus. 20, 23

§ 11a Abs. 5 Nr. 2 SGB II stellt maßgeblich auf die Höhe der Zuwendung ab. Zu prüfen ist mithin, ob sich Zuwendung und Alg II gegenseitig – im Sinne einer Überkompensation der bestehenden Notlage – so verstärken, dass nach der Lebenssituation zumindest ein Teil des Alg II nicht mehr benötigt wird, Leistungen nach dem SGB II also neben der Zuwendung zumindest zum Teil „nicht gerechtfertigt sind“ (sogenannte Gerechtfertigungsprüfung). 30

**Zum Sachverhalt:** I. Im Streit steht – im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens – höheres Alg II für die Zeit von Dezember 2014 bis Mai 2015.

Die Kl. ist 1977 geboren und war in einem Gasthaus im Service tätig. Aus dieser Tätigkeit erzielte sie bis 31.12.2014 monatlich 50 EUR und ab 1.1.2015-30.4.2015 monatlich 147,31 EUR, brutto gleich netto, das jeweils im Folgemonat ausgezahlt wurde. Von den Gästen erhielt sie Trinkgelder von 25 EUR monatlich. Die Kl. bezog bis 10.5.2015 zudem Alg nach dem SGB III, bis April 2015 iHv monatlich 290,10 EUR und im Mai 2015 von 96,70 EUR. Die Fahrkosten zur Arbeit beliefen sich auf monatlich 33,48 EUR. Der monatliche Beitrag zur Kfz-Haftpflichtversicherung betrug 48,54 EUR. Daneben fielen Kosten für einen sogenannten Riester-Vertrag von 5 EUR monatlich an.

Das beklagte Jobcenter bewilligte der Kl. zuletzt (neben im vorliegenden Verfahren nicht mehr streitbefangenen Kosten für Unterkunft und Heizung) Leistungen für den Lebensunterhalt jeweils unter Berücksichtigung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit, des Alg nach dem SGB III und der Trinkgelder als sonstiges Einkommen (letzte Bescheide vom 5.2.2015 für April und Mai 2015, vom 8.4.2015 für Dezember 2014, Januar und März 2015 sowie vom 26.6.2015 für Februar 2015).

Auf den Überprüfungsantrag der Kl. (vom 7.9.2015) änderte der Bekl. die genannten Bescheide ab (zwei Bescheide vom 7.12.2015; Wider-

spruchsbescheid vom 11.4.2016). Dabei stellte er in seine Berechnung als Erwerbseinkommen das Einkommen aus der Tätigkeit als Servicekraft sowie die Trinkgelder ein. Als weiteres Einkommen berücksichtigte der Bekl. das Alg nach dem SGB III. Das Alg nach dem SGB III bereinigte er um die Beiträge zur Kfz-Haftpflichtversicherung, den Riester-Vertrag und die Versicherungspauschale, soweit noch nicht als (rechnerischer) Bestandteil des Grundfreibetrags vom Erwerbseinkommen abgesetzt.

Die Kl. ist mit ihrem Begehren, gerichtet auf höheres Alg II ua wegen der Nichtberücksichtigung der Trinkgelder als Einkommen, vor dem SG ohne Erfolg geblieben (Urt. v. 27.9.2017). Das LSG hat den Bekl. verurteilt, der Kl. wegen höherer anzuerkennender Kosten für die Unterkunft und Heizung sowie eines im Januar 2015 zu berücksichtigenden geringeren Erwerbseinkommens aus Dezember 2014 höheres Alg II für Dezember 2014 und Januar 2015 zu bewilligen. Im Übrigen hat es die Berufung der Kl. zurückgewiesen (Urt. v. 12.12.2019). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ua ausgeführt, Trinkgeld sei Erwerbseinkommen, das nicht nach § 11a V SGB II von der Berücksichtigung als Einkommen ausgenommen sei. Insbesondere fehle es an der von § 11a V Nr. 2 SGB II geforderten Nähebeziehung zwischen Gebendem und Nehmender. Trinkgelder seien als Einkommen aus abhängiger Beschäftigung zu qualifizieren und davon der nach § 11b SGB II vorgesehene Grundfreibetrag in Abzug zu bringen. Da der Kl. im Dezember 2014 und im Januar 2015 nur 50 EUR Erwerbseinkommen aus dem jeweiligen Vormonat zugeflossen sei, übersteige in diesen Monaten das Erwerbseinkommen auch unter Einbeziehung der Trinkgelder von monatlich 25 EUR den Grundfreibetrag von 100 EUR nicht. Soweit der Bekl. in seine Berechnung für Januar 2015 ein Erwerbseinkommen iHv 147,31 EUR eingestellt habe, sei dies unzutreffend. Das Einkommen sei erst im Februar 2015 zugeflossen, im Januar 2015 hingegen das Einkommen iHv 50 EUR aus Dezember 2014. Für Mai 2015 sei abweichend von der Berechnung des Bekl. das erst in diesem Monat zugeflossene Einkommen aus April 2015 zu berücksichtigen und nicht allein das Alg nach dem SGB III iHv 96,70 EUR. Dies stehe einem höheren Anspruch der Kl. in diesem Monat entgegen. Der vom Bekl. vorgenommene Abzug der nicht verbrauchten Versicherungspauschale beim Alg nach dem SGB III sei nicht zulässig.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision macht die Kl. eine Verletzung des § 11a V SGB II geltend. Für die Gabe von Trinkgeldern bestehe weder eine rechtliche noch sittliche Pflicht. Ihre Berücksichtigung als Einkommen wäre bereits iSd § 11a V Nr. 1 SGB II grob unbillig, da die mit der Gabe von Trinkgeldern verbundene Motivation und der Dank für die geleistete Tätigkeit ins Leere liefen, wenn es als Einkommen berücksichtigt würde. Im Übrigen verbesserten Trinkgelder die Lage der leistungsberechtigten Person iSd § 11a V Nr. 2 SGB II nicht so günstig, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht gerechtfertigt wären. Das vom LSG geforderte Näheverhältnis von Gebendem und Nehmendem sei weder nach dem Wortlaut noch Sinn und Zweck der Norm erforderlich. [...]

**Aus den Gründen:** II. Die Revision der Kl. ist überwiegend begründet. Sie hat dem Grunde nach Anspruch auf höheres Alg II für Dezember 2014 bis April 2015; für Mai 2015 steht ihr ein höherer Anspruch nicht zu. 10

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den vorinstanzlichen Entscheidungen die Bescheide vom 7.12.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.4.2016, mit dem es der Bekl. abgelehnt hat, die Bescheide vom 5.2., 8.4. und 26.6.2015 auch insoweit zu ändern, als Trinkgeld nicht bedarfsmindernd als Einkommen berücksichtigt wird und der Kl. deshalb höheres Alg II zu zahlen ist. Dabei sind die Bescheide vom 7.12.2015 bereits nach ihrem Wortlaut und vom objektiven Empfängerhorizont als rechtliche Einheit in Bezug auf den Überprüfungsantrag nach § 44 SGB X anzusehen, auch wenn nur ein Bescheid vom 7.12.2015 („Zugunstenbescheid“) erkennbar auf den Überprüfungs- 11

- antrag vom 7.9.2015 Bezug nimmt. Allerdings verweist dieser (erste) Bescheid vom 7.12.2015 auf den beigefügten weiteren Bescheid ebenfalls vom 7.12.2015 („Änderungsbescheid“). Darin hat der Bekl. die Änderungen umgesetzt, die im Ergebnis der Überprüfung nach § 44 SGB X aus seiner Sicht vorzunehmen waren. Gegenstand des Überprüfungsverfahrens waren dabei jeweils die letzten Entscheidungen des Bekl. über die Leistungsansprüche der Kl. für Dezember 2014 bis Mai 2015, die die zeitlich vorhergehenden Bescheide vollständig ersetzt haben (§ 39 II SGB X).
- 12 2. Verfahrenshindernisse stehen einer Sachentscheidung des Senats nicht entgegen. Den geltend gemachten Anspruch, ihr im Rahmen eines Überprüfungsverfahrens (§ 44 SGB X) höhere Leistungen zu gewähren, verfolgt die Kl. zutreffend im Wege der kombinierten Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage (§ 54 I 1 und IV iVm § 56 SGG), gerichtet auf die teilweise Änderung der Bescheide vom 7.12.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.4.2016, auf die Erteilung entsprechender Änderungsbescheide und auf höhere existenzsichernde Leistungen. Dabei hat die Kl. ihr Begehren im Revisionsverfahren zulässigerweise in der Sache auf höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beschränkt. Die als eigenständiger Streitgegenstand abtrennbaren Leistungen für Unterkunft und Heizung (vgl. dazu nur BSG v. 26.5.2011 – B 14 AS 146/10 R, BSGE 108, 235 = SozR 4-4200 § 20 Nr. 13 = BeckRS 2011, 77195) stehen nicht mehr im Streit. Die Revision ist zudem zulässigerweise gerichtet auf den Erlass eines Grundurteils (BSG v. 16.4.2013 – B 14 AS 81/12 R, NZS 2013, 713 = SozR 4-4225 § 1 Nr. 2 Rn. 10 mwN).
- 13 3. Der leistungsberechtigten Kl. (5.) steht dem Grunde nach für Dezember 2014 bis April 2015 höheres Alg II zu. Die Trinkgelder sind zwar Einkommen (6.), aber als Zuwendung (7.) nach § 11a V Nr. 2 SGB II nicht bedarfsmindernd zu berücksichtigen (8.). Für die Berechnung im Einzelnen, insbesondere die Ermittlung von Absatzpositionen vom Erwerbseinkommen und dem Einkommen aus Alg nach dem SGB III, ist das Vorgehen des Bekl. – anders als das LSG meint – im Übrigen nicht zu beanstanden; für Mai 2015 steht der Kl. ein höherer Anspruch auf Alg II jedoch schon wegen des ihr tatsächlich zugeflossenen Erwerbseinkommens nicht zu (9.).
- 14 4. Rechtsgrundlage für den von der Kl. geltend gemachten Anspruch auf höheres Alg II unter teilweiser Rücknahme der zur Überprüfung gestellten Bescheide sind § 40 I 1 SGB II iVm § 44 I 1 SGB X und §§ 19 ff. iVm §§ 7 ff. SGB II idF, die das SGB II insoweit vor dem streitbefangenen Zeitraum zuletzt durch das Achte Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Ergänzung personalrechtlicher Bestimmungen vom 28.7.2014 (BGBl. 2014 I 1306) erhalten hat (vgl. zum Geltungszeitraumprinzip BSG v. 19.10.2016 – B 14 AS 53/15 R, NJOZ 2017, 966 Rn. 14 = NZS 2017, 315 = SozR 4-4200 § 11 Nr. 78).
- 15 Auch nach Unanfechtbarkeit ist hiernach ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Leistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind (§ 40 I SGB II iVm § 44 I 1 SGB X). Diese Voraussetzungen sind hier (mit Ausnahme des Monats Mai 2015) gegeben.
- 16 5. Die alleinlebende und erwerbsfähige Kl., die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hat, erfüllte die Grundvoraussetzungen für einen Anspruch auf Alg II (§ 7 I 1 SGB II). Sie war insbesondere hilfebedürftig (§ 7 I 1 Nr. 3, § 9 I SGB II), denn auch unter Berücksichtigung ihres Einkommens war sie nicht in der Lage, ihren Lebensunterhalt in jedem der streitbefangenen Monate vollständig aus eigenen Mitteln zu sichern; über einzusetzendes Vermögen verfügte die Kl. nicht. Ausschlusstatbestände nach § 7 IV, 4a oder 5 SGB II lagen nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG nicht vor.
6. Der Bedarf der Kl. zur Sicherung des Lebensunterhalts mindert sich in den streitbefangenen Monaten um zu berücksichtigendes Einkommen. Nach § 11 I 1 Hs. 1 SGB II sind als Einkommen zu berücksichtigen Einnahmen in Geld (oder Geldeswert). Das von der Kl. bezogene Alg nach dem SGB III, das Entgelt aus ihrer Erwerbstätigkeit und das Trinkgeld sind jeweils im Monat des Zuflusses Einkommen in diesem Sinne.
7. a) Gleichwohl ist das Trinkgeld im vorliegenden Fall nicht als Einkommen bei der Berechnung des Alg II zu berücksichtigen. § 11 I 1 letzter Halbsatz SGB II nimmt Einnahmen iSd § 11a SGB II hiervon aus. Nach dessen Abs. 5 bleibt Einkommen unter den dort benannten weiteren Voraussetzungen unberücksichtigt, soweit es als Zuwendung zu qualifizieren ist. Um eine Zuwendung handelt es sich, wenn ein anderer sie erbringt, ohne hierzu eine rechtliche oder sittliche Pflicht zu haben. Damit ist bereits nach dem Wortlaut der Norm Kernelement einer Zuwendung die Freiwilligkeit ihrer Gabe.
- Umgekehrt lässt die rechtliche Verpflichtung zur Zahlung von vornherein eine Qualifizierung dieser als mögliche berücksichtigungsfreie „Zuwendung“ entfallen. Damit scheiden Geldleistungen als Zuwendung aus, die auf vertraglicher Grundlage erbracht werden, zB im Zusammenhang mit einem Austauschvertrag im Sinne einer synallagmatischen Verknüpfung gegenseitiger Verpflichtungen wie etwa aus einem Arbeitsvertrag (vgl. BSG v. 28.2.2013 – B 8 SO 12/11 R, BSGE 113, 86 Rn. 17 = SozR 4-3500 § 84 Nr. 1 = BeckRS 2013, 66912; vgl. zu diesem Verständnis des Zuwendungsbegriffs im Rahmen des § 78 BSHG BVerwG v. 14.12.1972 – V C 65.72, BeckRS 1972, 31313198).
- Das Trinkgeld ist im vorliegenden Fall eine freiwillige und ohne Rechtspflicht erfolgte Zahlung. Sie ist kein Erwerbseinkommen. Denn sie resultiert nicht aus einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis der Leistung von fremdnütziger Arbeit gegen Entgelt. Wenn das Trinkgeld – wie hier – von Gästen an die Servicekraft gezahlt wird, fehlt es bereits an dem Austausch als Grundlage synallagmatisch zueinander in Beziehung stehender Leistungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Auch kann nach den Feststellungen des LSG nicht angenommen werden, das Trinkgeld beruhe auf einer Verpflichtung durch einen Vertrag zwischen den Gästen und der Kl. und / oder dem Arbeitgeber, etwa weil es als zusätzlicher Zahlungsposten zum Preis für die angebotenen Speisen und Getränke ausgewiesen wird oder insoweit eingepreist ist, als es den Arbeitgeber zumindest teilweise von der Entgeltzahlung freistellt. Der Umstand, dass Trinkgeld im Zusammenhang bzw. aus Anlass der Verrichtung der Erwerbstätigkeit von Gästen gegeben wird, ersetzt das für die Qualifikation als Erwerbseinkommen bzw. Arbeitsentgelt erforderliche synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht. Angesichts des fehlenden Vertragsverhältnisses als Grundlage für die Zahlung der Trinkgelder kommt es hier für die Qualifikation als Zuwendung nicht auf die Höhe der Geldleistung als gegebenenfalls weiteren Gesichtspunkt der Abgrenzung einer Zuwendung von Erwerbseinkommen an

(dazu BSG v. 17.9.2020 – B 4 AS 3/20 R, NZS 2021, 196 Rn. 17 = SozR 4-4200 § 11a Nr. 5).

- 21 Dies bestätigt der Blick in die arbeits- und steuerrechtliche Rechtsprechung. Arbeitsrechtlich werden als Trinkgeld Leistungen verstanden, die ohne rechtliche Verpflichtung als persönliche Zuwendung aus einer bestimmten Motivationslage von Dritten freiwillig erbracht werden (BAG Urt. v. 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94, BAGE 80, 230 (232) = BAGE 80, 230 = NJW 1996, 1012 = NZA 1996, 252). Zwar könnte gegebenenfalls im Einzelfall die Verschaffung einer Verdienstmöglichkeit – hier also der Möglichkeit, Trinkgelder in Empfang zu nehmen – als Naturalbezug eines Arbeitnehmers die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers (teilweise) ersetzen und insoweit auch als Teil eines synallagmatischen Austauschverhältnisses angesehen werden (vgl. dazu nur BAG Urt. v. 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94, BAGE 80, 230 = BAGE 80, 230 = NJW 1996, 1012 = NZA 1996, 252 aaO). Dies setzt aber zumindest eine entsprechende – zumindest konkludente – Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien voraus.
- 22 Nach § 3 Nr. 51 EStG in der seit 2002 maßgeblichen Normfassung handelt es sich bei Trinkgeldern, die lediglich anlässlich einer Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer von Dritten freiwillig und ohne dass ein Rechtsanspruch auf sie besteht, zusätzlich zu dem Betrag gegeben werden, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist, um steuerfreie Einnahmen (zur Steuerfreiheit von Trinkgeld an Kellner vgl. BFH v. 18.6.2015 – VI R 37/14, BFHE 250, 159 = BStBl. II 2016, 751 = DStR 2015, 2226 = NZA-RR 2016, 155 = DStRE 2015, 1274 Ls., insbes. Rn. 19, 22 ff.) auch zu Trinkgeldern, die in eine gemeinsame Kasse eingezahlt und anschließend aufgeteilt werden; zur fehlenden Trinkgeldqualität von aus dem Spielbanktronic finanzierten Aufwendungen an Arbeitnehmer BFH v. 18.12.2008 – VI R 49/06, BFHE 224, 103 = BStBl. II 2009, 820 = DStRE 2009, 210). Der BFH umschreibt in stRSpr Trinkgeld iSv § 3 Nr. 51 EStG als freiwillige und typischerweise persönliche Zuwendung an den Bedachten, als eine Art honorierende Anerkennung seiner dem Leistenden gegenüber erbrachten Leistung in Form eines kleineren Geldgeschenkes (stRSpr; vgl. nur BFH v. 18.6.2015 – VI R 37/14, BFHE 250, 159 = BStBl. II 2016, 751 = DStR 2015, 2226 = NZA-RR 2016, 155 = DStRE 2015, 1274 Ls. Rn. 16 mwN).
- 23 b) Auch besteht keine „sittliche Pflicht“ für die Gabe von Trinkgeld. Eine sittliche Verpflichtung kann nur dann bejaht werden, wenn innerhalb der Beziehung des Zuwendenden zum Zuwendungsempfänger selbst besondere Umstände gegeben sind, die die Zuwendung oder Unterstützung als zwingend geboten erscheinen lassen (so zu § 194 III Nr. 3 SGB III aF bei der Alhi unter Berücksichtigung sozial- und zivilrechtlicher Wertungen BSG v. 17.3.2005 – B 7 a/7 AL 4/04 R, SozR 4-4300 § 194 Nr. 7 = NZS 2005, 661 Ls. = BeckRS 2005, 41494 Rn. 7 ff. mwN). Dies ist typisierend im Verhältnis eines Gastes zu einer Servicekraft auszuschließen. Allgemeine Gesichtspunkte der Sittlichkeit, also was zB von einem Gast in einem Wirtshaus „zu erwarten“ ist, scheiden von vornherein als Anknüpfungspunkt für eine sittliche Pflicht iSd § 11a V SGB II aus.
- 24 c) Ob Trinkgelder sozialversicherungsrechtlich beitragspflichtige Einnahmen darstellen, ist für ihre rechtliche Bewertung als Zuwendung nicht von entscheidender Bedeutung. Nicht abschließend geklärt werden muss daher, ob die vom Gesetzgeber mit § 14 SGB IV gewollte Anknüpfung an das steuerrechtliche Begriffsverständnis der Einnahme (vgl. BT-Drs. 7/4122, S. 32 zu § 14) vor dem Hintergrund der

zum 1.1.2002 erfolgten Herausnahme von Trinkgeldern aus dem Arbeitsentgeltbegriff nicht ohnehin eine Bewertung von Trinkgeldern als nicht beitragspflichtige Einnahme rechtfertigen würde (vgl. dazu § 1 I 1 Nr. 1 SvEV).

8. Die weiteren Voraussetzungen für die Nichtberücksichtigung einer Zuwendung liegen vor. Zwar ist ihre Berücksichtigung nicht grob unbillig iSd § 11a V Nr. 1 SGB II, doch beeinflusst sie nach dessen Nr. 2 die Lage der Leistungsberechtigten nicht so günstig, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht gerechtfertigt wären.

a) Die grobe Unbilligkeit iSd § 11a V Nr. 1 SGB II verlangt, dass gegen die Berücksichtigung der Zuwendung als Einnahme bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vom Typischen abweichende Umstände bzw. Zwecke der Zuwendung sprechen. Maßstab für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „grobe Unbilligkeit“ ist das oben bereits dargelegte Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen § 11 I SGB II einerseits und § 11a SGB II. Grundsätzlich ist danach die Einnahme dem Bedarf gegenüberzustellen. Es besteht die Obliegenheit, im Rahmen der Selbsthilfe nach § 2 SGB II jegliche Einnahmen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu verwenden (Hauck/Noftz/Hengelhaupt, SGB II, § 11a Rn. 401, Stand: Mai 2020). Diese Obliegenheit entfällt im Fall des § 11a V Nr. 1 SGB II – von hier nicht gegebenen, mit der Höhe der Zuwendung zusammenhängenden Besonderheiten abgesehen – bei Zweckverfehlung, wenn also die Zuwendung mit einem objektivierbaren Zweck verknüpft ist, dessen Verwirklichung durch die Berücksichtigung bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vereitelt würde.

aa) Dies entspricht auch dem in den Materialien zu § 11a V Nr. 1 SGB II dokumentierten Verständnis (vgl. Entwurf der Faktionen der CDU/CSU und FDP zum Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 94), wonach § 11a V Nr. 1 SGB II solche Zuwendungen erfasst, bei denen eine Berücksichtigung des zugewendeten Betrags – ohne Rücksicht auf die Höhe der Zuwendung – nicht akzeptabel wäre und die Zuwendung erkennbar nicht auch zur Deckung des physischen Existenzminimums verwendet werden soll. Als Beispiele werden im Gesetzentwurf aufgeführt Soforthilfen bei Katastrophen, gesellschaftliche Preise zur Ehrung von Zivilcourage, Ehrengaben aus öffentlichen Mitteln, zB bei Alters- oder Ehejubiläum, Lebensrettung und Spenden aus Tombolas für bedürftige Menschen, insbesondere in der Vorweihnachtszeit. Obergrenze für die Nichtberücksichtigung derartiger Zuwendungen seien die geltenden Vermögensfreibeträge, da die Zuwendung im Monat nach dem Zufluss Vermögen darstelle.

bb) Bestätigt wird dieses Normverständnis systematisch durch die vom Gesetzgeber gewollte Anknüpfung des § 11 V Nr. 1 SGB II an § 84 II SGB XII, der ebenfalls für die Nichtberücksichtigung auf der Einnahmenseite („gesetzliche Härtefälle“) an die Anlässe oder Zwecke einer Einnahme anknüpft. Insbesondere die Berücksichtigung von Zuwendungen, die denselben Zweck verfolgen wie die Sozialhilfe, bedeutet danach im Regelfall keine besondere Härte (vgl. dazu zuletzt BSG v. 3.7.2020 – B 8 SO 27/18 R, BSGE 130, 250 = NZS 2021, 302 = SozR 4-3500 § 84 Nr. 2 Rn. 22 mwN), wäre demnach im System des § 11a V Nr. 1 SGB II nicht grob unbillig.

cc) An einer solchen objektivierbaren Zweckbestimmung des Trinkgelds, die einer Verwendung zur Sicherung des Lebensunterhalts entgegensteht, fehlt es. Aus welchem Grund und

- zu welchen beim Empfänger zu verwirklichenden Zwecken Trinkgeld gegeben wird, entzieht sich einer Typisierung und Objektivierung. Es sind höchst unterschiedliche Motive und Vorstellungen des Gebenden denkbar, die zur Trinkgeldgabe führen. In diesem Zusammenhang ist auch nicht von Belang, ob Trinkgeld im Tatsächlichen eine „regelmäßig berufstypische Zusatzeinnahme“ darstellt oder nicht (so Gagel/Schwabe, SGB II/SGB III, § 11a SGB II Rn. 34, Stand: Aug. 2021; Geiger in LPK, SGB II, 7. Aufl. 2021, § 11a Rn. 21). Denn diese Überlegung knüpft ebenfalls an die tatsächliche Verwendung des Trinkgelds und nicht an einen (objektivierbaren) Zweck der Trinkgeldzahlung an.
- 30 b) § 11a V Nr. 2 SGB II verlangt hingegen schon vom Wortlaut her keine derartige „Zweckbestimmung“, sondern stellt maßgeblich für die Frage, ob die Zuwendung als Einnahme bei der Berechnung der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu berücksichtigen ist, auf die Höhe der Zuwendung ab. Zu prüfen ist mithin, ob sich Zuwendung und Alg II gegenseitig – im Sinne einer Überkompensation der bestehenden Notlage – so verstärken, dass nach der Lebenssituation zumindest ein Teil des Alg II nicht mehr benötigt wird, Leistungen nach dem SGB II also neben der Zuwendung zumindest zum Teil „nicht gerechtfertigt sind“.
- 31 aa) Mit § 11a V Nr. 2 SGB II soll gesichert werden, dass gelegentliche oder regelmäßige Zuwendungen Anderer, die üblich und auch gesellschaftlich akzeptiert sind, ohne Berücksichtigung bei der Feststellung des bedarfsmindernden Einkommens bleiben. Die Berücksichtigung soll danach bereits dann entfallen, wenn die Zuwendung die Lage der oder des Leistungsberechtigten nur unmaßgeblich beeinflusst. Als Beispiel ist in der Begründung des Gesetzentwurfs ein geringfügiges monatliches Taschengeld von Großeltern aufgeführt (vgl. Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch, BT-Drs. 17/3404, S. 95). Erforderlich für die Beurteilung, ob eine Zuwendung die Lage des Berechtigten so günstig beeinflusst, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht mehr gerechtfertigt sind, ist also eine wertende Entscheidung, ausgehend von der Höhe der Zuwendung und der für die Sicherung des Lebensunterhalts im Übrigen zur Verfügung stehenden Mitteln. Diese hat sich daran zu orientieren, ob die Nichtberücksichtigung der Zuwendung angesichts ihrer Höhe dem Nachranggrundsatz der SGB II-Leistungen (§ 2 II SGB II) zuwiderlaufen würde.
- 32 Anders als vom LSG vorausgesetzt, ist damit weder nach dem Wortlaut des § 11a V Nr. 2 SGB II noch nach dem Sinn und Zweck der Regelung und der systematischen Abgrenzung zum Anwendungsbereich des § 11a V Nr. 1 SGB II eine „besondere Nähebeziehung“ zwischen Gebendem und Nehmendem erforderlich, um geringfügige Zuwendungen Dritter von der Berücksichtigung als Einkommen auszunehmen. Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Norm scheidet insoweit aus. Das in der Gesetzesbegründung verwendete Beispiel des großelterlichen Taschengelds ist nur als solches und keineswegs als Beleg dafür zu verstehen, dass allein Zuwendungen, denen eine familiäre oder sonstige Nähebeziehung zugrunde liegt, von Nr. 2 erfasst werden.
- 33 bb) Das der Kl. monatlich gezahlte Trinkgeld iHv 25 EUR beeinflusst ihre Lage nicht so günstig, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht gerechtfertigt wären. Die gebotene wertende Entscheidung im Sinne einer Gerechtfertigkeitsprüfung, die vergleichbar § 11a IV SGB II zu erfolgen hat (zu Zuwendungen in Form von regelmäßigen, nicht unerheblichen monatlichen Geldbeträgen aus einem Zuverdienstprojekt der freien Wohlfahrtspflege BSG v. 17.9.2020 – B 4 AS 3/20 R, NZS 2021, 196 Rn. 19 = SozR 4-4200 § 11a Nr. 5), hat im Grundsatz unter Berücksichtigung der individuellen Umstände in jedem Einzelfall zu erfolgen (zu § 84 SGB XII Schmidt in jurisPK-SGB XII, 3. Aufl. 2020, § 84 Rn. 15 Stand 1.2.2020) und strukturell die drei im Gesetz bzw. der Alg II-V enthaltenen Anknüpfungspunkte zu berücksichtigen, die deutlich machen, wann nach der Vorstellung des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers der Zufluss einer Einnahme die Lage der Leistungsberechtigten nicht derart günstig beeinflusst, dass daneben ungeminderte Leistungen zur Existenzsicherung nicht mehr gerechtfertigt sind.
- cc) Neben der Nichtberücksichtigung bestimmter Einkommensarten wegen des dem Einkommen jeweils zukommenden Zwecks bzw. der damit verfolgten Ziele (vgl. § 11a I bis III SGB II; vgl. zB zur Entschädigung nach § 198 GVG BSG v. 11.11.2021 – B 14 AS 15/20 R, BSGE 133, 149 = NZS 2022, 664 – für BSGE 133, 149 = NJW 2022, 1124 = NZS 2022, 664 und SozR 4-4200 § 11a Nr. 6 vorgesehen) hat der Gesetzgeber beim Erwerbseinkommen typisierend durch die Anerkennung eines Erwerbstätigengrundfreibetrags iHv 100 EUR nach § 11b II 1 SGB II eine Freistellung von der Berücksichtigung als bedarfsminderndes Einkommen normiert. Nach § 1 I Nr. 1 Alg II-V werden Einnahmen, wenn sie innerhalb eines Monats 10 EUR nicht übersteigen, nicht als Einkommen berücksichtigt. Schließlich ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung zur Leistungsminde rung durch die Tilgung eines Darlehens nach § 42a II 1 SGB II, dass – umgekehrt – eine Einbuße des monatlichen Zahlbetrags iHv 10 % des maßgebenden Regelbedarfs als hinnehmbar angesehen wird.
- (1) Die „100-EUR-Grenze“ der Freibetragsregelung des § 11b II 1 SGB II scheidet als Maßstab für die Bestimmung der Höhe der fehlenden „Überkompensation“ aus. Der Grundfreibetrag verfolgt insbesondere das in § 1 II 2 SGB II normierte Ziel der Integration erwerbsfähiger Hilfebedürftiger in den Arbeitsmarkt, indem er Arbeitsanreize auch in unteren Einkommensbereichen („Mini-Jobs“) verstärkt und dadurch den Boden bereitet für eine gestufte Integration in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse (vgl. BT-Drs. 15/5446 (neu), S. 1, 4; vgl. BSG v. 27.9.2011 – B 4 AS 180/10 R, NJOZ 2012, 504 Rn. 19 = SozR 4-4200 § 11 Nr. 40 = NJW 2012, 1470 Ls.; s auch BSG v. 25.4.2018 – B 8 SO 24/16 R, NZS 2018, 787 Rn. 24 = SozR 4-3500 § 82 Nr. 12). Der Gesetzgeber hat damit den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum genutzt, Anreize zur Rückkehr in den Arbeitsmarkt zu schaffen. Eine Übertragung dieser Überlegung auf die Berücksichtigung von Zuwendungen bei der Leistungsberechnung im Rahmen der §§ 11 ff. SGB II kommt nicht in Betracht. Es handelt sich bei den Zuwendungen iSd § 11a V SGB II – wie dargelegt – gerade nicht um Erwerbseinkommen, das zur Sicherung des Lebensunterhalts eingesetzt werden muss. Zuwendungen können vielfältiger Natur sein. Allein die Nähe der Zuwendung „Trinkgeld“ zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit im vorliegenden Fall rechtfertigt weder – wie oben dargelegt – eine Qualifizierung als Erwerbseinkommen, noch kann sie maßstabsbildend für die Höhe der Freistellung wirken. Anders als Erwerbseinkommen besteht zudem kein Anspruch auf die Zuwendung, denn ihre Gabe unterliegt gerade keiner rechtlichen oder sittlichen Verpflichtung. Sie kann mithin nicht eingefordert werden und steht daher auch nicht berechenbar zur Lebensunterhaltssicherung zur Verfügung.

- 36 (2) Die Bagatellgrenze des § 1 I Nr. 1 Alg II-V ist gleichermaßen nicht als Höhenbegrenzung für die in § 11a V Nr. 2 SGB II vorzunehmende Gerechtfertigkeitsprüfung geeignet. Es handelt sich dabei lediglich um eine aus verwaltungspraktischen Gründen eingeführte Bagatellgrenze für jede Art von Einkommen (vgl. BT-Drs. 17/3404, S. 136 zu Nr. 1 Doppelbuchst bb). Für geringfügige Einnahmen soll insoweit Verwaltungsaufwand vermieden werden, der im Vergleich zur Höhe der zu berücksichtigenden Einnahme unwirtschaftlich wäre. Ziele der Verwaltungsökonomie werden von § 11a V Nr. 2 SGB II aber nicht verfolgt. Würde man im Übrigen die Grenze von 10 EUR auf § 11a V Nr. 2 SGB II übertragen, entfielen im Ergebnis der Anwendungsbereich dieser Vorschrift, was nicht gewollt sein kann (so auch BeckOK SGB/Neumann II, § 11a Rn. 39, Stand 1.3.2022).
- 37 (3) Bei einer Zuwendung, die 10 % des jeweils maßgebenden Regelbedarfs nicht übersteigt, ist hingegen typisierend davon auszugehen, dass die Subsidiarität existenzsichernder SGB II-Leistungen gewahrt bleibt, eine Überkompensation mithin nicht eintritt. Mit diesem Ansatzpunkt wird zum einen der notwendige Abstand zu den Freibeträgen nach § 11b II SGB II gewahrt und die damit verbundene Erwerbsanreizfunktion nicht unterlaufen; sie hält sich zudem in dem Rahmen, in dem (umgekehrt) belastende Minderungen des Regelbedarfs von Leistungsberechtigten hinzunehmen sein können (vgl. zB § 42a II 1 SGB II). Eine solche Grenzziehung trägt auch der Vorstellung des Gesetzgebers vom Anwendungsbereich des § 11a V Nr. 2 SGB II Rechnung. Dieser hat – anders als in § 11a V Nr. 1 SGB II – gerade die Höhe der Zuwendung als maßgeblichen Faktor für ihre (zumindest teilweise, vgl. Eicher/Luik/Harich/Schmidt, SGB II, 5. Aufl. 2021, § 11a Rn. 39; Geiger in info also 2011, 106, 110; BeckOK SGB/Neumann II, § 11a Rn. 36, Stand 1.3.2022; ebenso zu § 84 II SGB XII Schmidt in jurisPK-SGB XII, § 84 Rn. 23; zweifelnd Hauck/Noftz/Hengelhaupt, SGB II, § 11a Rn. 419, Stand: Mai 2020) Nichtberücksichtigung aufgegriffen und, ausgehend vom gewählten Beispiel des Taschengelds von Großeltern, erkennbar eher der Höhe nach geringfügige Zuwendungen von der Berücksichtigung ausnehmen wollen, die aber regelmäßig die Grenze von monatlich 10 EUR (vgl. § 1 I Nr. 1 Alg II-V) übersteigen.
- 38 (4) Systematisch lässt sich diese Grenze aus einem Vergleich mit anderen Leistungsberechtigten nach dem SGB II in ähnlicher Situation ableiten (zu diesem Gedanken bei einem Zuverdienstprojekt BSG v. 17.9.2020 – B 4 AS 3/20 R, NZS 2021, 196 Rn. 20 = SozR 4-4200 § 11a Nr. 5). Denn dem System pauschalierter Leistungen im SGB II ist es nicht fremd, dass abhängig von den Umständen des Einzelfalls Leistungen Dritter nicht bedarfsmindernd berücksichtigt werden, Leistungsberechtigte durch die Nichtberücksichtigung von Einkommen beim Alg II also wirtschaftlich besser stehen als andere Leistungsberechtigte. Insoweit wird mit der Freilassung von 10 % des Regelbedarfs gesichert, dass der Effekt der Zuwendung, den Begünstigten zumindest geringfügig wirtschaftlich besser zu stellen, nicht verloren geht. Angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Zuwendungen, die nicht § 11a V Nr. 2 SGB II unterfallen, gilt die Grenze von 10 % des maßgebenden Regelbedarfs allerdings nur, soweit nicht besondere Umstände des Einzelfalls eine abweichende Beurteilung erforderlich machen.
- 39 Der monatliche Zufluss an Trinkgeld im vorliegenden Fall iHv 25 EUR übersteigt die Grenze von 10 % des für die Kl. maßgebenden Regelbedarfs nicht. Besondere Umstände des Einzelfalls, die eine abweichende Bewertung erforderten, sind nach den Gesamtfeststellungen des LSG nicht erkennbar.
9. a) Für die abschließende Berechnung der Ansprüche der Kl. im streitgegenständlichen Zeitraum ist abweichend von der Rechtsauffassung des LSG auch die Versicherungspauschale als Absetzposition beim Alg nach dem SGB III zu berücksichtigen. Die konkreten Absetzpositionen übersteigen im vorliegenden Fall sowohl das tatsächlich erzielte Einkommen (im Dezember) als auch den Erwerbstätigengrundfreibetrag nach § 11b II 1 SGB II (im Januar bis Mai) und daneben wird noch ein anderes Einkommen erzielt. Nach § 11b I 1 Nrn. 3 und 4 SGB II zulässige Absetzungen können aber bei dem weiteren Einkommen berücksichtigt werden, Absetzungen nach § 11b I 1 Nr. 5 SGB II nur bei dem, bei dessen Erzielung die Ausgaben angefallen sind (vgl. auch Fachliche Weisungen der BA zu §§ 11 – 11b SGB II Nr. 11160, Stand 7.2.2020). Das gilt in Monaten, in denen das Erwerbseinkommen unter dem Grundfreibetrag von 100 EUR liegt in gleicher Weise wie in Monaten, in denen § 11b II 2 SGB II einer Bereinigung des Einkommens aus Erwerbstätigkeit um mehr als 100 EUR entgegensteht, weil dieses den Betrag von 400 EUR nicht übersteigt.
- b) Die vom Bkl. folglich zutreffend vorgenommene Übertragung der jeweils übersteigenden Absetzbeträge vom Erwerbseinkommen auf das Alg nach dem SGB III steht nicht in Widerspruch zum gesetzgeberischen Konzept des § 11b II 1 und 2 SGB II, das für Erwerbseinkommen bis 100 EUR von einer pauschalen Freistellung ausgeht und erst ab einem Einkommen von mehr als 400 EUR die Berücksichtigung konkreter, höherer Absetzbeträge erlaubt. Diese gesetzgeberische Entscheidung bezieht sich allein auf Absetzungen von Erwerbseinkommen und lässt keine Rückschlüsse auf das Zusammentreffen von geringem Erwerbseinkommen und Einkommen aus einer anderen Einkommensart zu. Die Vorgehensweise des Bkl. trägt vielmehr einerseits dem Umstand Rechnung, dass für Einkommen, das kein Erwerbseinkommen ist, in § 11b SGB II keine Beschränkung der Höhe der Absetzungen vorgesehen ist und verhindert andererseits eine doppelte Berücksichtigung von Absetzpositionen beim Zusammentreffen von Erwerbs- und sonstigem Einkommen (vgl. dazu im Zusammenhang mit der Versicherungspauschale BSG v. 5.6.2014 – B 4 AS 49/13 R, NZS 2014, 791 = SozR 4-4200 § 11 Nr. 66).
- Es kommt deshalb nicht auf die vom LSG aufgeworfene Rechtsfrage an, ob eine anteilige, beim Erwerbseinkommen nicht vollständig in Ansatz zu bringende Versicherungspauschale auf eine andere Einkommensart übertragen werden darf. Der Entscheidung im Verfahren B 4 AS 49/13 R (BSG v. 5.6.2014 – B 4 AS 49/13 R, NZS 2014, 791 = SozR 4-4200 § 11 Nr. 66), die zu dem hier nicht gegebenen Fall eines seiner Höhe nach nicht mit – konkreten – Absetzbeträgen aus § 11b I SGB II „hinterlegten“ Grundfreibetrags nach § 11b II 1 SGB II und der Frage der Übertragbarkeit des „Rests“ dieses Freibetrags auf Einkommen aus Kindergeld ergangen ist, lässt sich auf die hier vorliegende Situation nicht übertragen.
- c) Für Mai 2015 kommt jedoch ein Anspruch auf höheres Alg II nicht in Betracht, weil der Bkl. von einem niedrigeren Einkommen ausgegangen ist (lediglich Alg nach dem SGB III iHv 96,70 EUR), als der Kl. tatsächlich zugeflossen ist. Die Revision war insoweit zurückzuweisen. [...]
- Anmerkung:** Trinkgeld mindert den Anspruch auf Alg II grundsätzlich nur, wenn es 10 % des maßgebenden Regelbedarfs übersteigt. So lautet die Pressemitteilung des BSG vom 13.7.2022. Bei alleinstehenden Alg II-Aufstockern entspricht das im Jahr 2022 pro Monat 44,90 EUR (449 EUR \* 10 %

= 44,90 EUR). Ab dem 1.1.2023 sind es dann mit der Erhöhung des Regelbedarfs und der Einführung des Bürgergeldes 50,20 EUR pro Monat (502 EUR \* 10 % = 50,20 EUR).

Geklagt hatte hier eine Aufstockerin aus dem bayerischen Deggendorf, die in einem Gasthaus arbeitete. Sie wehrte sich, weil das Jobcenter bei ihr neben dem eigentlichen Lohn auch das Trinkgeld mit als Erwerbseinkommen anrechnete. Nachdem die Vorinstanzen der Rechtsauffassung des Jobcenters gefolgt waren, entschied das BSG nun, das Geld sei eine Zuwendung, die Dritte erbringen, ohne dass hierfür eine rechtliche oder sittliche Verpflichtung bestehe. Daraus folge, dass es erst dann als Einkommen bei der Berechnung der Leistung zu berücksichtigen sei, wenn es die Lage der Leistungsberechtigten so günstig beeinflusse, dass daneben Leistungen nach dem SGB II nicht gerechtfertigt wären. Das aber – so das BSG – sei hier nicht der Fall.

1. Nach Ansicht des BSG handelt es sich bei Trinkgeld – anders als vom Jobcenter und LSG angenommen – nicht um Erwerbseinkommen, sondern um eine anrechnungsfreie Zuwendung nach § 11a Abs. 5 SGB II. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist eine Zumutung. Die darin enthaltenen Verneinungen zwingen den Leser fortwährend, um die Ecke zu denken. Dies ist schwierig, da Menschen (auch Juristen) strukturell gesehen nicht negativ denken können. Sie sind es gewohnt, gradlinig und positiv zu denken. Je mehr Verneinungen, umso gefährlicher wird es (*Schmuck*, Deutsch für Juristen, 5. Aufl. 2021, Seite 64). Insgesamt fünf (!) klassische Verneinungen enthält § 11a Abs. 5 SGB II – mit den getarnten Verneinungen („ein anderer“, „soweit“, „daneben“) sind es sogar acht (!). Die fünf „Klassiker“ sind nachfolgend durch Unterstreichungen kenntlich gemacht:

„(5) Zuwendungen, die ein anderer erbringt, ohne hierzu eine rechtliche oder sittliche Pflicht zu haben, sind nicht als Einkommen zu berücksichtigen, soweit

1. ihre Berücksichtigung für die Leistungsberechtigten grob unbillig wäre oder

2. sie die Lage der Leistungsberechtigten nicht so günstig beeinflussen, dass daneben Leistungen nach diesem Buch nicht gerechtfertigt wären.“

Um hier die Übersicht zu behalten, ist es hilfreich, den Wortlaut zunächst in positive Begriffe zu „übersetzen“. Denn die Erfassung des juristischen Gehaltes der Vorschrift ist schon kompliziert genug. Dass es auch weitaus besser geht, beweist Geiger. In seiner Kommentierung zum SGB II fasst er den Gehalt von § 11a Abs. 5 SGB II nahezu durchgängig positiv formuliert wie folgt zusammen (*Münder/Geiger/Geiger*, SGB II, 7. Aufl. 2021, § 11a Rn. 17):

„Zuwendungen Dritter sind somit nur noch dann vor einer Anrechnung geschützt, wenn

sie weder rechtlich noch sittlich geschuldet sind und soweit

eine Anrechnung für den Leistungsberechtigten grob unbillig wäre oder

die freiwillige Zuwendung neben dem Bezug von SGB II-Leistungen gerechtfertigt ist.“

Sofort wird klar: Der Blick auf den Inhalt schärft sich, wenn der Text lesbar ist. Es wird auch deutlich, dass die beiden Tatbestände in Nr. 1 und Nr. 2 von § 11a Abs. 5 SGB II nicht kumulativ, sondern nur alternativ erfüllt sein müssen. Im „Original“ der Vorschrift geht die „oder“-Verknüpfung durch die zahllosen Verneinungen fast unter.

2. Für die Hingabe eines Trinkgeldes besteht nach Ansicht des BSG keine rechtliche oder sittliche Pflicht (Rn. 18-23 der Entscheidung). Folglich ist der Anwendungsbereich des Befreiungstatbestandes eröffnet. Das Ergebnis ist überzeugend, obwohl die Überlegung des BSG, wonach das Trinkgeld eine freiwillige und ohne Rechtspflicht erfolgte Zahlung sei, die nicht aus einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis der Leistung von fremdnütziger Arbeit gegen Entgelt resultiere, etwas „holprig“ anmutet. Zudem betont auch gerade die vom Senat bemühte steuerrechtliche Rechtsprechung den Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und dem honorierenden Trinkgeld, ist also eher als Argument für ein Erwerbseinkommen zu werten (so auch *Meißner*, jurisPR-SozR 5/2023 Anm. 1).

a.) Der Befreiungstatbestand in § 11a Abs. 5 Nr. 1 SGB II wird vom BSG indes verneint (Rn. 26-29 der Entscheidung). Maßstab für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „groben Unbilligkeit“ sei nach Ansicht des Senats das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen § 11 Abs. 1 SGB II einerseits und § 11a SGB II andererseits. Die grundsätzliche Obliegenheit, jegliches Einkommen zur Sicherung des Lebensunterhaltes zu verwenden, könne nur ausnahmsweise bei einer anders gelagerten objektivierbaren Zweckbestimmung entfallen. Aus welchem Grund Trinkgeld gegeben werde, entziehe sich indes einer Typisierung und Objektivierung. Es seien – so das BSG – höchst unterschiedliche Motive und Vorstellungen des Gebenden denkbar, die zur Trinkgeldgabe führen würden. Das SG Karlsruhe argumentiert hier näher an der Lebenswirklichkeit und stellt fest, dass wohl kaum noch Kunden Trinkgeld geben würden, wenn sie wüssten, dass das Geld vollständig auf das Jobcenter umgeleitet werde (*SG Karlsruhe*, 30.3.2016, S 4 AS 2297/15, BeckRS 2016, 69152 Rn. 33).

b.) Jedenfalls aber gelangt das BSG über § 11a Abs. 5 Nr. 2 SGB II sodann zu einer Anrechnungsfreiheit (Rn. 30-38 der Entscheidung). Bei dieser zweiten Tatbestandsvariante ist – mit positiven Begriffen formuliert – zu prüfen, ob über die finanzielle Besserstellung durch die Zuwendung hinaus die (Weiter-)Gewährung von Alg II (seit 1.1.2023: Bürgergeld) noch gerechtfertigt wäre. Das BSG formuliert hier dicht am Gesetzeswortlaut teilweise mit negativen Begriffen. Danach sei zu untersuchen, ob sich Zuwendung und Alg II – im Sinne einer Überkompensation – so verstärken würden, dass zumindest ein Teil des Alg II nicht mehr benötigt werde, Leistungen nach dem SGB II also neben der Zuwendung zumindest zum Teil nicht (mehr) gerechtfertigt seien.

Doch wo genau liegt betragsmäßig diese Grenze der Überkompensation? Es bietet sich an, nach Anknüpfungspunkten im Gesetz selbst zu suchen. Nach Ansicht des BSG kann weder die 100-EUR-Grenze der Freibetragsregelung des § 11b Abs. 2 Satz 1 SGB II noch die 10-EUR-Bagatellgrenze des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alg II-V zur Höhenbegrenzung herangezogen werden. Die Lösung liegt – wie so oft – in der Mitte. Danach ist bei einer Zuwendung, die 10 % des jeweils maßgebenden Regelbedarfs nicht übersteigt, typisierend davon auszugehen, dass die Subsidiarität existenzsichernder SGB II-Leistungen gewahrt bleibt, eine Überkompensation mithin nicht eintritt.

In Anlehnung an die Thematik kann hier nur verkündet werden: „Stimmt so!“ Denn mit diesem flexiblen Ansatz wird zum einen der notwendige Abstand zur starren 100-EUR-Freibetragsgrenze nach oben gewahrt. Zum anderen berücksichtigt die Grenzziehung des BSG auch nach unten hin die Erwerbsanreizfunktion. Denn bei dem Gedanken, dass von dem sauer verdienten Trinkgeld nur 10 EUR im eigenen

Portemonnaie bleiben, könnten „unglückliche“ Anreize zur Rückkehr in den (ersten) Arbeitsmarkt geschaffen werden. Für eine Orientierung an der Höhe des gesetzlichen Regelbedarfs spricht zudem der Gedanke der Dynamisierung. Anders ausgedrückt: Das berücksichtigungsfreie Trinkgeld steigt so flexibel und analog zu einer inflationsbedingten Erhöhung der Regelleistung (so auch *Kellner*, NJW 2023, 102, 108, der gleichwohl anmerkt, dass das Ergebnis für verschiedene Personengruppen im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelbedarfsstufen ungerecht anmutet.).

Mit einem Verweis auf besondere Umstände des Einzelfalls, die auch eine von der 10 %-Grenze abweichende Beurteilung ermöglicht (Rn. 38 der Entscheidung), bringt das BSG die Argumentation zur Höhenbegrenzung endgültig in die „Goldlöckchen-Zone“. Zum Hintergrund: In dem Märchen „Goldlöckchen und die drei Bären“ kocht ein Mädchen drei Schüsseln Brei. Eine ist zu heiß, die andere zu kalt. Erst die dritte hat die perfekte Temperatur. Sie ist das richtige Mittelmaß zwischen zwei Extremen. Auch das BSG hat hier die richtige Balance gefunden. Die als Trinkgeld festgestellte Einnahme bleibt danach – regelmäßig und vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls – berücksichtigungsfrei, wenn sie betragsmäßig 10 % des maßgebenden Regelbedarfs nicht übersteigt. Dabei ist „wenn“ – wie bei § 11a Abs. 5 HS 1 SGB II – iSv „soweit“ zu verstehen (so zutreffend *Kellner*, NJW 2023, 102, 108). Soll heißen: Wenn das Trinkgeld über diesem Betrag liegt, ist der privilegierte Betrag iHv 10 % des Regelbedarfs abzuziehen. Das dann noch verbleibende Trinkgeld kann sich bei der Berechnung des Alg II leistungsmindernd auswirken.

3. Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen die neuen betragsmäßigen Vorgaben in der Praxis haben werden. Leistungsberechtigte müssen jedenfalls das empfangene Trinkgeld – wie andere Einnahmen auch – gegenüber dem Jobcenter mitteilen. Meißner bemerkt hierzu mit einem Augenzwinkern, dass der alleinstehende Leistungsempfänger ja nunmehr wisse, dass er im Jahr 2023 bis zu einer Höhe von (502 EUR \* 10 % = 50,20 EUR) mit keiner Anrechnung des Trinkgelds als weiteres Einkommen rechnen müsse (*Meißner*, jurisPR-SozR 5/2023 Anm. 1.) Alle Angaben, die unterhalb dieses Schwellenwertes liegen, getreu nach dem Zitat von Mark Twain „Die Wahrheit ist das Kostbarste, was wir haben. Gehen wir sparsam damit um!“ unter Generalverdacht zu stellen, geht indes zu weit. Allein die Tatsache, dass eine objektive Überprüfung kaum möglich ist, führt weder zu einer Verschiebung der objektiven Beweislast noch zu einer Beweislastumkehr. Selbst bei begründeten Zweifeln im Hinblick auf die Höhe der Angaben oder bei einer gänzlichen Verweigerung von Angaben ist eine pauschale Hinzuschätzung von Trinkgeldern unzulässig. Denn eine solche Vorgehensweise läuft auf eine fiktive Einkommensanrechnung hinaus, die dem SGB II fremd ist (so auch Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Geiger, SGB XII, 12. Aufl. 2020, § 84 Rn. 23 zur Parallelvorschrift im SGB XII; aA *Kellner*, NJW 2023, 102, 108 mwN: „realistische Schätzung [kommt] in Betracht“; offen lassend *SG Karlsruhe*, 30.3.2016 – S 4 AS 2297/15, BeckRS 2016, 69152 Rn. 31: „Die Kammer lässt ausdrücklich offen, ob die Methode der Schätzung des Trinkgelds [...] zulässig war,“). Verweigert der Leistungsbezieher Auskünfte und sind diese auch sonst nicht zu erlangen, können SGB II-Leistungen „nur“ nach Maßgabe der Vorgaben in § 66 SGB I versagt werden (Bieritz-Harder/Conradis/Thie/Geiger, SGB XII, 12. Aufl. 2020, § 84 Rn. 23, 25 zur Parallelvorschrift im SGB XII).

Rechtsanwalt Dr. Jens-Torsten Lehmann, Cottbus

## Verfahrensrecht

### Postausgangskontrolle im elektronischen Rechtsverkehr

SGG §§ 65a III, 67, 160 a

1. Bei der elektronischen Übermittlung eines Schriftsatzes auf einem sicheren Übermittlungsweg ohne Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur, müssen Postfachinhaber und einfache Signatur unter dem Schriftsatz personenidentisch sein. (Rn. 8)

2. Für die Feststellung der Personenidentität ist stets der Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht maßgeblich. (Rn. 9)

3. Sendet ein Rechtsanwalt selbst aus seinem Postfach, kann sich ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht darauf stützen, das nicht-anwaltliches Kanzleipersonal die automatisierte Eingangsbestätigung nicht ordnungsgemäß kontrolliert habe. (Rn. 12) (Redaktionelle Leitsätze)

BSG, Beschluss vom 18.1.2023 – B 2 U 74/22 B

Ein elektronisches Dokument, das aus einem besonderen 8 elektronischen Anwaltspostfach versandt wird und nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, ist nur dann auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht worden, wenn die das Dokument signierende und somit verantwortende Person mit der des tatsächlichen Versenders übereinstimmt.

Maßgeblich für die Prüfung der elektronischen Form ist der 9 Zeitpunkt des Zugangs der Prozessklärung bei Gericht.

Sendet ein Rechtsanwalt selbst aus seinem Postfach, kann 12 sich ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht darauf stützen, das nicht-anwaltliches Kanzleipersonal die automatisierte Eingangsbestätigung nicht ordnungsgemäß kontrolliert habe.

Um den Verfahrensmangel der Verletzung der Sachaufklärungs- 16 pflicht ordnungsgemäß zu rügen, muss die Beschwerdebegründung (1.) einen für das Revisionsgericht ohne Weiteres auffindbaren, bis zuletzt aufrechterhaltenen oder im Urteil wiedergegebenen Beweisantrag bezeichnen, dem das LSG nicht gefolgt ist, (2.) die Rechtsauffassung des LSG wiedergeben, auf deren Grundlage bestimmte Tatfragen klärungsbedürftig hätten erscheinen müssen, (3.) die von dem Beweisantrag betroffenen tatsächlichen Umstände aufzeigen, die zur weiteren Sachaufklärung Anlass gegeben hätten, (4.) das voraussichtliche Ergebnis der unterbliebenen Beweisaufnahme angeben und (5.) erläutern, weshalb die Entscheidung des LSG auf der unterlassenen Beweiserhebung beruhen kann.

**Zum Sachverhalt:** I. Die Bet. streiten in dem der Beschwerde zugrunde liegenden Rechtsstreit über die Feststellung weiterer Unfallfolgen, insbesondere von Rückenbeschwerden, aus einem anerkannten Arbeitsunfall des Kl.

Die nach erfolglos durchgeführtem Verwaltungsverfahren erhobene Klage hat das SG ua nach Einholung eines Gutachtens auf orthopädischem Fachgebiet abgewiesen (Urt. v. 23.3.2021). Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen (Urt. v. 10.5.2022).

Mit seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG rügt der Kl. das Vorliegen von Verfahrensmängeln.

**Aus den Gründen:** II. Die Nichtzulassungsbeschwerde 4 des Kl. ist unzulässig. Sie ist innerhalb der Beschwerdefrist nicht in der vorgeschriebenen Form eingelegt worden. Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, ob dem Kl. wegen