

L 19 AS 2316/17 B ER

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung

19
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 7 AS 4308/17 ER

Datum
01.12.2017
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 19 AS 2316/17 B ER

Datum
07.05.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Sozialgerichts Köln vom 01.12.2017 - [S 7 AS 4308/17 ER](#) wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsteller wenden sich gegen die Ablehnung ihres Antrags auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Gewährung von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II ergänzend zu Einkünften des Antragstellers zu 1) aus dem Betrieb eines Kiosks, der Antragstellerin zu 2) aus dem Bezug von Kindergeld sowie der Antragstellerinnen zu 2) und 3) aus abhängiger Beschäftigung.

Der 1969 geborene Antragsteller zu 1) und die 1977 geborene Antragstellerin zu 2) sind Eltern der im Dezember 2000 geborenen Antragstellerin zu 3), der im Dezember 2004 geborenen Antragstellerin zu 4) und der im Februar 2009 geborenen Antragstellerin zu 5). Sie leben mit diesen in einer gemeinsamen Wohnung, für die nach dem Stand der letzten belegten Abbuchung 701,60 Euro monatlich an die Vermietergesellschaft zu überweisen waren. Die Antragstellerin zu 2) bezieht Kindergeld für 3 Kinder in Höhe von 582,00 Euro monatlich nach dem Stand Dezember 2017, rechnerisch 588,00 Euro ab 2018. Die Antragstellerin zu 3) erzielt Einkommen im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses von 547,16 Euro brutto monatlich, die Antragstellerin zu 2) einen Monatslohn von 157,25 Euro aus ihrer Tätigkeit im Kiosk des Antragstellers zu 1). In der Vergangenheit bezogen die Antragsteller ergänzende Grundsicherungsleistungen im Rahmen zunächst vorläufiger, dann endgültiger Festsetzung. Die Höhe der endgültigen Festsetzung sowie die sich hieraus ergebende Erstattungsforderung für den Zeitraum von 01.06.2016 bis 28.02.2017 ist Gegenstand des mit der Klage vom 23.10.2017 aufgenommenen Verfahrens S 7 AS 4188/17, SG Köln, die Ablehnung wegen bedarfsübersteigender Einkünfte Gegenstand des weiteren Klageverfahrens S 7 AS 4243/17, anhängig seit dem 26.10.2017.

Am 03.11.2017 haben die Antragsteller im vorliegenden Verfahren die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung ergänzender Leistung nach dem SGB II beantragt. Die insgesamt erzielten Einkünfte reichten nicht zur Bedarfsdeckung, die Antragsteller lebten "vom Dispo" und ihre Krankenversicherung sei gefährdet.

Dem ist der Antragsgegner entgegengetreten mit der Feststellung, nach seiner Berechnung des Einkommens aus selbständiger Tätigkeit sei dies in Verbindung mit den weiteren Einkünften der Bedarfsgemeinschaft bedarfsdeckend. Aus der bislang vorgelegten Jahresübersicht ergebe sich für den Zeitraum ab dem 01.03.2017 eine Summe der Betriebseinnahmen von 156.188,22 Euro ohne Berücksichtigung von Privatentnahmen, die deshalb entsprechend der Einordnung des Gewerbes in den Bereich Nahrung und Genussmittel nach den Pauschbeträgen des Bundesministeriums für Finanzen auf Betriebseinnahmen in Höhe von 158.180,84 Euro für ein Jahr zu erhöhen sei. Zu korrigieren seien ebenfalls die Wareneinsätze wegen Entnahmen zur Deckung des Eigenbedarfs. Nach der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums für Finanzen Stand 2015 sei im Bereich Nahrungs- und Genussmittel von einem maximalen Wareneinsatz von 46 % auszugehen. Zugunsten der Antragsteller sei ein Wert von 70 % nach einem Branchenbrief der Vereinsbank zugrunde gelegt worden. Selbst bei Berücksichtigung des höheren fiktiven Wareneinsatzes ergäben sich notwendige Betriebsausgaben von 127.813,56 Euro, daher ein Gewinn von 30.367,28 Euro jährlich bzw. 4.338,18 Euro monatlich. Dies sei bedarfsdeckend.

Die Antragsteller haben darauf hingewiesen, dass wesentliche Teile des Umsatzes mit nicht sehr gewinnträchtigen Verkäufen von Tabakwaren erzielt würden. Der Antragsgegner hat es für wenig glaubhaft gehalten, dass ein Gewerbe mit einem Jahresumsatz von fast 200.000,00 Euro, das nach eigenen Angaben über Jahre keinerlei Gewinne abwerfe, immer weiter betrieben werde. Mit Beschluss vom

01.12.2012, auf dessen Begründung Bezug genommen wird, hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt und ist der Argumentation sowie Berechnung des Antragsgegners gefolgt.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsteller vom 05.12.2017, mit der sie sich auf eine nach Beschlussfassung im erstinstanzlichen Verfahren eingereichte Bescheinigung der für den Antragsteller zu 1) tätigen Steuerberatungsgesellschaft vom 29.11.2017 beziehen. Hierin wird hinsichtlich der vom Antragsgegner angesetzten Pauschalwerte angegeben, ein wesentlicher Teil des Umsatzes ergebe sich aus Tabakwaren mit geringer Umsatzrendite und die Ertragslage sei beeinträchtigt durch die Eröffnung dreier weiterer Kioske in unmittelbarer Nähe des Standortes des vom Antragsteller zu 1) betriebenen.

Auf Aufforderung des Senats haben die Antragsteller Auszüge des Privatkontos und des geschäftlich genutzten Girokontos bis Ende 2017 vorgelegt und sind darauf hingewiesen worden, dass nach den belegten Einkäufen entgegen der Auskunft der Steuerberatungsgesellschaft nicht Tabakwaren, sondern Telefonkarten (mit Abstand) wichtigster Umsatzträger seien. Auf dem Privatkonto fänden sich keine Abbuchungen für Geschäfte des täglichen Bedarfs, zum Beispiel Einkäufe bei Discountern. Um Aktualisierung der EKS - Unterlagen werde gebeten.

Die Antragsteller haben mitgeteilt, ihren Bedarf an Barmitteln aus der Kasse des Kiosks gedeckt zu haben. Mit Schriftsatz vom 23.03.2018 haben die Antragsteller eine Jahresauswertung für den bis einschließlich Dezember 2017, mit Schreiben vom 04.04.2018 eine Jahresauswertung für den Zeitraum April 2017 bis März 2018 vorgelegt, in der Betriebseinnahmen von 272.870,87 Euro Betriebsausgaben von 309.173,64 Euro gegenübergestellt und ein vorläufiges Monatsergebnis von 1.740,07 Euro für den genannten Zeitraum ausgewiesen wird.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet, denn der angefochtene Beschluss ist nicht zu beanstanden. Auch weiterhin sind die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten Regulationsanordnung nach [§ 86 b Abs. 2 SGG](#) nicht glaubhaft gemacht.

Nach [§ 86b Abs. 2 S. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile notwendig erscheint. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt das Bestehen eines Anordnungsanspruchs (d.h. eines materiellen Anspruchs, für den vorläufiger Rechtsschutz begehrt wird) sowie eines Anordnungsgrundes (d.h. der Unzumutbarkeit, bei Abwägung aller betroffenen Interessen die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten) voraus. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund bzw. die besondere Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 S. 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2 ZPO](#)). Glaubhaftmachung bedeutet das Darguthalten der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, d.h. der guten Möglichkeit, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung BSG, Beschlüsse vom 07.04.2011 - [B 9 VG 15/10 B](#) - und vom 08.08.2001 - [B 9 V 23/01 B](#) - [SozR 3-3900 § 15 Nr. 4](#); Urteil vom 17.04.2013 - [B 9 V 3/12 R](#)).

Nach diesen Maßstäben fehlt es hinsichtlich der begehrten Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Leistungen zur Deckung von Kosten der Unterkunft und Heizung im Sinne von [§ 22 SGB II](#) bereits an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes (1.); unabhängig hiervon ist auch bei günstigster Schätzung kein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, denn die Gesamteinkünfte der Bedarfsgemeinschaft übersteigen - deutlich - die Summe ihrer Ansprüche auf Regelbedarfe und Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung (2.)

1. Für eine Verpflichtung des Antragsgegners zur Erbringung von Leistungen zur Deckung von Kosten der Unterkunft und Heizung im Sinne von [§ 22 SGB II](#) ist ein Anordnungsgrund nicht ansatzweise ersichtlich. Ein solcher liegt nur vor, wenn schwere und unzumutbare Nachteile drohen, die nicht anders als durch Erlass der einstweiligen Anordnung abgewendet und durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr revidiert werden können (BVerfG, Beschluss vom 22.11.2002 - [1 BvR 1586/02](#) - , [NJW 2003, 1236](#) m.w.N.). Es fehlt an jedem nachvollziehbaren und substantiierten Vortrag der anwaltlich vertretenen Antragsteller betreffend die Gefährdung ihrer Unterkunft.

Der Umstand, dass Grundleistungen der sozialen Sicherung betroffen sind, ersetzt nicht die Glaubhaftmachung, dass ein nicht anders als durch Erlass der begehrten Regulationsanordnung abwendbarer Nachteil droht. Ein solcher ist nur gegeben, wenn bei einer Verweisung auf das Hauptsacheverfahren nicht mehr korrigierbare, irreparable Schäden drohen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 19.09.2017 - [1 BvR 1719/17](#) zu den Voraussetzungen für eine Entscheidung nach [§ 90 Abs. 2 S.2 BVerfGG](#)).

Hierzu ist in Bezug auf Bedarfe der Unterkunft und Heizung nichts vorgetragen worden und aus den vorgelegten Unterlagen auch nichts zu erkennen.

2. Ein Anordnungsanspruch ist weder hinsichtlich der als Anordnungsgegenstand danach verbleibenden Regelbedarfe noch hinsichtlich ihrer Summe mit den Bedarfen nach [§ 22 SGB II](#) glaubhaft gemacht, denn die Einkünfte der Antragsteller übersteigen ihren in Höhe von 2.357,60 Euro zu beziffernden Gesamtbedarf nach dem SGB II. Dieser setzt sich zusammen aus zwei Monatsansprüchen der Antragsteller zu 1) und 2) auf den Regelbedarf für nicht dauerhaft getrennt lebende Ehegatten in Höhe von 374,00 Euro je Person, des Regelbedarfes der Antragstellerin zu 2) von 316,00 Euro, der Antragstellerin zu 3) von 296,00 Euro und der Antragstellerin zu 4) von gleichfalls 296,00 Euro (Werte ab 01.01. 2018), schließlich des Unterkunftsbedarfes von 701,60 Euro. Dem Gesamtbedarf von sonach 2357,60 Euro stehen Einkünfte an Kindergeld in Höhe von 588,00 Euro, in Gestalt des (im Eilverfahren nicht durch Freibeträge bereinigten) Einkommens der Antragstellerin zu 2) in Höhe von 157,25 Euro und der Antragstellerin zu 3) in Höhe von 547,16 Euro (Summe 1292,41 Euro) gegenüber, zu denen ein geschätztes Einkommen des Antragstellers zu 1) aus selbständiger Tätigkeit als Betreiber eines Kiosk in Höhe von 2.268,51 Euro monatlich hinzutritt. Die Summe der Einkünfte beträgt 3.560,92 Euro und übersteigt den Bedarf bei weitem.

Die Ermittlung der Einkünfte des Antragstellers zu 1) aus selbständiger Tätigkeit in Höhe von 2.268,51 Euro beruht auf einer Schätzung. Die vorhergehende und zur Ablehnung des Leistungsantrages führende Schätzung des Beklagten ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden, denn sie ist evident erforderlich, um offensichtlichen Defiziten der Antragsteller bei der Darlegung ihrer wirklichen Lebensverhältnisse zu

entsprechen.

Auf dem - nach Angaben der Antragsteller einzigen - Privatgirokonto finden sich keinerlei Abbuchungen für Ausgaben zur Deckung des täglichen Bedarfs wie zum Beispiel Einkäufe bei Discountern und auch keine Barabhebungen, aus denen derlei Bedarfe hätten gedeckt werden können. Die Antragsteller räumen hierzu ein, ihre Bedarfe allesamt aus Kassenbeständen des Kiosks gedeckt zu haben, sodass die monatlich wahrscheinlich deutlich vierstellige Privatentnahme zwar dem Grunde nach feststeht, ohne jedoch anhand einer glaubhaften Aufstellung der Einzelentnahmen überprüfbar zu sein. Die vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen weisen dagegen keinerlei Privatentnahmen aus, die angesichts des Warenangebotes in einem Kiosk der betriebenen Art teils in bar, teils in Naturalien getätigt worden sein dürften bzw. getätigt worden sein müssen, solange nicht einmal die anderweitige Deckung des Nahrungsbedarfes dargelegt ist.

Für den deshalb hier vorliegenden Fall, dass keine verlässliche Buchführung zu Privatentnahmen und privaten Warenverbräuchen existiert, gibt das Bundesministerium der Finanzen jährlich aktualisierte Pauschbeträge für "Unentgeltliche Wertabgaben (Sachentnahmen)" bekannt, deren Vorbemerkungen (u.a.) zu entnehmen ist, sie böten dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit, die Warenentnahmen monatlich pauschal zu verbuchen und so der Aufzeichnungspflicht zu entgehen. Die Regelung diene der Vereinfachung und lasse keine Zu- und Abschläge zur Anpassung an die individuellen Verhältnisse zu. Der jeweilige Pauschbetrag sei auf eine Person bezogen, für Kinder bis zum 2. Lebensjahr nicht anwendbar und bis zum vollendeten 12. Lebensjahr zu halbieren. Bei gemischten Betrieben sei nur der jeweils höhere Pauschbetrag der entsprechenden Gewerbeklasse anzusetzen.

Die Veröffentlichung vom 15.12.2016 weist insoweit für das Jahr 2017 einen Jahresbetrag von 1.708,00 Euro, entsprechend 142,33 Euro monatlich für den Einzelhandel mit Nahrungs- und Genussmitteln aus, die Veröffentlichung vom 13.12.2017 für das Jahr 2018 einen Jahresbetrag von 1.754,00 Euro jährlich bzw. 146,17 Euro monatlich.

Auf dieser Grundlage ist der Rohwert für die Betriebseinnahmen des vom Antragsteller betriebenen Kiosks im Zeitraum von April 2017 bis einschließlich März 2018 von 272.870,87 Euro auf 279.331,86 Euro zu korrigieren.

Im Einzelnen:

Innerhalb der betriebswirtschaftlichen Auswertung für den genannten Zeitraum entfallen Betriebseinnahmen von 210.125,16 Euro auf die in 2017 liegenden neun Monate, zu denen fiktive Entnahmen von 4 x 142,33 Euro für die über 12 jährigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft und 1 x 71,65 Euro für die unter 12 jährige Z, insgesamt daher 640,97 Euro monatlich hinzuzurechnen sind, was korrigierte Betriebseinnahmen von 215.893,89 Euro in 2017 ergibt.

Zum Rohbetrag der für die drei in 2018 liegenden Monate ausgewiesenen 62.745,71 Euro sind 4 x 146,17 Euro = 584,66 Euro für die über 12 jährigen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft und 1 x 73,08 Euro für Z bzw. monatlich insgesamt 657,00 Euro hinzuzurechnen. Die Summe von 64.718,94 Euro und der korrigierten Betriebseinnahmen für die in 2017 liegenden Monate beträgt 280.612,83 Euro, dem Ausgangswert für die weitere Ermittlung des Betriebsergebnisses:

In die Ermittlung des Betriebsergebnisses hat die für die Antragsteller tätige Steuerberatungsgesellschaft einen Jahresbetrag von 253.556,91 Euro eingestellt, der branchenabhängig der Korrektur anhand von Werten aus sogenannten Richtsatzsammlungen unterliegt, mit deren Hilfe Pauschbeträge für unentgeltliche Wertabgaben in die steuerliche Veranlagung einzustellen sind.

Nach der hier zugrunde gelegten und bis zur Entscheidung des Senats nicht aktualisierten Richtsatzsammlung für das Kalenderjahr 2016 (https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuerthemen/Betriebspruefung/Richtsatzsammlung/001_2.p) dienen die Richtsatzwerte der Schätzung als Hilfsmittel zur Verprobung der Echtwerte und zur Schätzung bei Fehlen anderer geeigneter Unterlagen. In der Branchenübersicht als Bestandteil der Richtsatzsammlung 2016 wird zur Einstufung der Gewerbeklasse "Kioske und Verkaufsstände" "je nach überwiegendem Warensortiment" auf die Gewerbeklassen einerseits des Nahrung- und Genussmittelhandels (mit einem Zuschlag von 46 %) und andererseits des Einzelhandels mit Tabakwaren und Zeitschriften (mit einem Zuschlag von 22 %) verwiesen.

Im Hinblick auf die das gesamte Verfahren durchziehende Kritik der Antragsteller, der Antragsgegner benachteilige sie durch Ansatz einer Gewerbeklasse, die ihren hohen Umsatzanteil an Erzeugnissen mit niedrigerer Gewinnmarge nicht repräsentiere, legt der Senat - ohne jede Festlegung für ein mögliches nachfolgendes Hauptsacheverfahren - den bei weitem günstigeren Wert der Gewerbeklasse "Einzelhandel mit Tabakwaren und Zeitschriften" zugrunde. Die tatsächliche Zusammensetzung des Umsatz ausmachenden Warensortiments muss der sorgfältigen Überprüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

Für die Gewerbeklasse "Tabakwaren und Zeitschriften" sieht die o.g. Richtsatzsammlung einen Rohgewinnaufschlag auf den Wareneinsatz bzw. Waren- und Materialeinsatz von 22 v.H. vor, was ergebnisneutral entweder zu einem entsprechenden Rohgewinnaufschlag oder entsprechend der Verfahrensweise des Antragsgegners zu einer Begrenzung der als Betriebsausgaben ansetzbaren Wareneinkäufe auf 78 % des Nennwertes entspricht.

Von den angegebenen 253.556,91 Euro an Wareneinsätzen sind demnach im Rahmen der hier vorzunehmenden Schätzung und unter Zugrundelegung der für die Antragsteller - bei weitem - günstigsten Werte für den Einzelhandel mit Tabak und Zeitschriften 78 % entsprechend 197.774,08 Euro, in der Summe mit den weiteren Betriebsausgaben insgesamt 253.390,81 Euro an Ausgaben berücksichtigungsfähig und vom korrigierten Betrag der Betriebseinnahmen abzuziehen. Die Differenz zu den für 12 Monate ausgewiesenen korrigierten Betriebseinnahmen von 280.612,83 Euro beträgt 27.222,02 Euro jährlich, was einem monatlich durchschnittlichen Gewinn von 2.268,51 Euro entspricht, zusammen mit den weiteren Einkünften der Bedarfsgemeinschaft von 1292,41 Euro daher monatlichen Gesamteinkünften von 3.560,92 Euro. Angesichts der den vorangestellten Bedarf von 2.357,60 Euro bei weitem übersteigenden Einkünfte ist ein ergänzender Bedarf nicht glaubhaft gemacht und die Voraussetzungen für eine einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners liegen nicht vor.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechender Anwendung von [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Eine Beschwerde gegen diesen Beschluss an das Bundessozialgericht ist nach [§ 177 SGG](#) nicht statthaft.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2018-05-30