

L 3 AS 1311/12 B ER

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

3

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 3 AS 5874/12 ER

Datum

08.10.2012

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 3 AS 1311/12 B ER

Datum

16.04.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Wenn ein Jobcenter eine vorläufige Entscheidung über die Bewilligung von Geldleistungen gemäß [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) i. V. m. [§ 328 SGB III](#) erlässt, ist eine Klage auf höhere vorläufige Regelleistungen und Übernahme der tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung zulässig. Statthafte Klageart betreffend einer Klage auf Gewährung höherer vorläufiger Leistungen ist die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in der Form der Bescheidungsklage. Richtiger Antrag im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist der nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#)

2. Wenn ein erwerbsfähiger Leistungsempfänger als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur einen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der Gesellschaft hat, kann für die Ermittlung des nach [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) bei ihm zu berücksichtigenden Einkommens nicht auf die Einnahmen und Ausgaben abgestellt werden, für die er als Mitgesellschafter innerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft verantwortlich zeichnet.

3. Grundsicherungsrechtlich kann einem Antragsteller, der an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beteiligt ist, möglicherweise vorgehalten werden, dass er trotz seiner Hilfebedürftigkeit davon absah, eine Gewinnverteilung nach Maßgabe von [§ 721 BGB](#) zu fordern und erforderlichenfalls gerichtlich durchzusetzen. Selbst wenn ihm der Vorwurf gemacht werden könnte, er habe vorsätzlich oder grob fahrlässig die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II an sich ohne wichtigen Grund herbeigeführt, ist dies für Grund und Höhe seines Anspruches auf Arbeitslosengeld II unerheblich. Denn für den Fall sozialwidrigen Verhaltens hat der Gesetzgeber in [§ 34 SGB II](#) einen Erstattungsanspruch vorgesehen.

4. Wenn ein erwerbsfähiger Leistungsempfänger nicht an einer Außengesellschaft, sondern an einer Innengesellschaft beteiligt ist, könnte er bei der Berechnung seines nach [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) zu berücksichtigenden Einkommens wie ein Einzelunternehmer zu behandeln sein.

I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichtes Dresden vom 8. Oktober 2012 wird zurückgewiesen.

II. Der Antragsgegner hat die Hälfte der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Antragstellers in beiden Instanzen zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, höheres Arbeitslosengeld II für die Zeit ab 1. Juli 2012 zu erhalten.

Der 1964 geborene, erwerbsfähige Antragsteller bezieht seit 1. Januar 2005 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – (SGB II). Er bewohnt eine 44 m² große Wohnung mit einer Gesamtmiete von 370,72 EUR. Der Antragsgegner anerkannte nur eine Miete in Höhe von 331,83 EUR als angemessen. In dem Haus befinden sich auch die Räumlichkeiten der Gesellschaft, an der der Antragsteller beteiligt ist, sowie die Wohnungen der beiden Mitgesellschafter.

Am 9. Dezember 1990 meldete der Antragsteller zum 10. Dezember 1990 ein Gewerbe für die Tätigkeit Vertrieb von Versicherungen und Bausparen an. Seit 14. Juni 2007 besitzt er die Erlaubnis der Industrie- und Handelskammer D gemäß [§ 34d Abs. 1](#) der Gewerbeordnung für

Versicherungsmakler. Der Antragsteller ist einer von drei Gesellschaftern der S & S GbR. Weitere Gesellschafter sind die 1938 geborene M S und der 1966 geborene T S. Derzeit gilt der Gesellschaftsvertrag vom 22. August 2005, der den vom 3. Oktober 1990 ersetzte. Nach Nummer 04 des Gesellschaftsvertrages ist Zweck der Gesellschaft "die Führung und Verwaltung der nachfolgend aufgeführten und durch die Inhaber der Erlaubnis betriebenen Gewerbe: 04.1 Vermittlung von Versicherungen als Versicherungsmakler 04.2 Tätigkeit nach § 34c der Gewerbeordnung als Immobilien- und Finanzierungsmakler 04.3 Verwaltung des Immobilienvermögens der Gesellschafterin M S sowohl zu deren Lebzeiten als auch zu deren Tod als Testamentsvollstrecker durch den im Testament der Frau M S t eingesetzten Testamentsvollstrecker, der Gesellschafter der GbR sein muss, persönlich 04.4 Einbau und Vertrieb von genormten Fertigteilen

04.5 Hausmeisterservice 04.6 Networkmarketing" Nach Nummer 05 des Gesellschaftsvertrages sind alle Gesellschafter "gewerblich ausschließlich im Rahmen der Gesellschaft im Tätigkeitsbereich 4.1. bis 4.6. tätig und vertreten die Gesellschaft in diesen Bereichen je einzeln." Die drei Gesellschafter sind zu gleichen Teilen Gesellschafter (Nummer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages) und entsprechend ihren Beteiligungen an Gewinn, Verlust und Auseinandersetzungsguthaben beteiligt (Nummer 10 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages). Nach Nummer 11 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages besteht die Gesellschaft im Innenverhältnis. Jeder Gesellschafter ist für das von ihm betriebene Gewerbe persönlich haftbar (Nummer 11 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages) und der Gesellschaft entstehen keine Schuldverschreibungen gegenüber Dritten aus der Tätigkeit eines Gesellschafters (Nummer 11 Satz 3 des Gesellschaftsvertrages).

Der Antragsteller gab im Weiterbewilligungsantrag vom 3. Juni 2012 in der Anlage EKS auf die Frage nach einer selbständigen Tätigkeit "S & S GbR" an. Die voraussichtlichen Einnahmen für das zweite Halbjahr 2012 bezifferte er auf 34.518,56 EUR, die voraussichtlichen Ausgaben auf 33.160,93 EUR und den voraussichtlichen Gewinn auf 357,63 EUR. Der Antragsteller machte ferner Angaben zu Aufwendungen für das betriebliche Kfz, für Werbung und Telefonkosten, zu negativen Ausgaben für Bewirtung, zu Verkaufsprovisionen sowie zur zu zahlenden Vorsteuer und Umsatzsteuer.

Der Antragsgegner bewilligte mit vorläufigem Bescheid vom 26. Juni 2012 für die Zeit vom 1. Juli 2012 bis zum 31. Dezember 2012 monatliche Leistungen in Höhe von 238,52 EUR. Er legte die Angaben des Antragstellers zu den Aufwendungen zugrunde, übernahm sie aber nicht in allen Punkten. Infolge dessen setzte er einen Gewinn in Höhe von 684,14 EUR an.

Hiergegen legte der Antragsteller mit Schreiben vom 25. Juli 2012 Widerspruch ein.

Am 6. August 2012 hat die Bevollmächtigte des Antragstellers beim Sozialgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Begehren, den Antragsgegner zur vorläufigen Zahlung von weiteren 471,86 EUR ab 1. Juli 2012 zu verpflichten, beantragt. Sie hat unter anderem eidesstattliche Versicherungen des Antragstellers und der zwei Mitgesellschafter vorgelegt. Diese haben übereinstimmend angegeben, dass Gewinnausschüttungen oder sonstige Entgeltzahlungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter in der Vergangenheit nicht stattgefunden hätten und auch künftig nicht stattfinden würden, jedenfalls nicht für das Wirtschaftsjahr 2012. Zur Berechnung des Einkommens des Antragstellers hat seine Bevollmächtigte unter anderem zu bedenken gegeben, ob wegen seiner Beteiligung an der Gesellschaft überhaupt auf die Regelungen in § 3 der Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld (Arbeitslosengeld II/Sozialgeld-Verordnung [Alg II-V]) zurückgegriffen werden könne. Da der Antragsteller nur Minderheitengesellschafter sei, könne er nicht die anderen Mitgesellschafter zur Reduzierung der Ausgaben zwingen.

Das Sozialgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 8. Oktober 2012 abgelehnt. Der Antragsteller habe den Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Das Sozialgericht ist von Einnahmen im zweiten Halbjahr 2012 in Höhe von 5.753,09 EUR beziehungsweise 5.761,59 EUR ausgegangen und hat zu einzelnen Ausgabeposten geprüft, ob es sich bei diesen um tatsächlich geleistete notwendige Ausgaben im Sinne von § 3 Abs. 2 ALG II-V handelt. Zum Einwand des Antragstellers, dass er tatsächlich keine Einkünfte erziele, merkte das Sozialgericht an, dass er in der Lage sei, seine Anteilsrechte gegebenenfalls gerichtlich gegenüber den übrigen Gesellschaftern geltend zu machen. Es sei auch davon auszugehen, dass der Antragsteller auf die unternehmerischen Entscheidungen Einfluss nehmen könne.

Der Antragsteller hat am 8. November 2012 Beschwerde eingelegt, mit der er sein Begehren weiter verfolgt. Mit Schriftsatz vom 9. Januar 2013 legte seine Bevollmächtigte eine eidesstattliche Versicherung seiner Vermieterin, M S, vor. Danach habe sie im Jahr 2012 keinerlei Mietzahlungen erhalten. Absprachegemäß würden die Mietschulden durch die ausstehenden Zahlungen "des Arbeitsamtes" getilgt.

Der Antragsteller beantragt:

I. Der Beschluss des Sozialgerichtes Dresden vom 8. Oktober 2012, Az. [S 3 AS 5874/12](#) ER, wird aufgehoben.

II. Der Antragsgegner und Beschwerdegegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, an den Antragsteller und Beschwerdeführer weitere Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 471,86 EUR, also insgesamt 374,00 EUR zuzüglich 336,38 EUR Kosten für Unterkunft und Heizung je Monat, zu zahlen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Auf den richterlichen Hinweis, dass bei der Einkommensberechnung wohl auf die Gewinnbeteiligung des Antragstellers an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abzustellen sei, vertritt der Antragsgegner im Schriftsatz vom 1. Februar 2013 die Auffassung, dass bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung der Gewinn der juristischen Person zugeordnet werde, während bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Zuordnung unmittelbar an die Gesellschafter erfolge. Es sei auch zu berücksichtigen, dass Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur am Gewinn beteiligt seien, sondern im Gegenzug ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellten. Dies geschehe wie bei einem beherrschenden Gesellschaftergeschäftsführer und nicht wie bei einem Angestellten. Sofern das Einkommen des Antragstellers nicht wie bisher berechnet werde, müssten zu seinen Lasten die Erwerbstätigenfreibeträge entfallen. Der Antragsgegner thematisiert weiter Folgen in Bezug auf die Möglichkeiten, einen Leistungsberechtigten so zu integrieren, dass er im Arbeitsmarkt Einkommen erzielt, das den Lebensunterhalt sicherzustellen geeignet ist.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten aus beiden Verfahrenszügen und die beigezogenen Verwaltungsakten des Antragsgegners Bezug genommen.

II.

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist dahingehend auszulegen, dass er auf den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis zum 31. Dezember 2012 bezogen ist. Denn ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes dient dazu, das Hauptsacheverfahren zu flankieren (ständige Senatsrechtsprechung; vgl. zuletzt: Sächs. LSG, Beschluss vom 15. Januar 2013 – [L 3 AS 1010/12 B PKH](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 23, m. w. N.). Hauptsacheverfahren ist vorliegend das Widerspruchsverfahren zum Bewilligungsbescheid vom 26. Juni 2012. Diese Bescheid umfasst aber den genannten Bewilligungszeitraum.

2. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Denn ein Anordnungsgrund ist nicht mehr gegeben (a). Allerdings wäre ein Anordnungsanspruch nicht von vornherein auszuschließen gewesen (b).

a) Ein Anordnungsgrund ist nicht (mehr) glaubhaft gemacht. In einem auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichteten Verfahren beurteilt sich das Vorliegen eines Anordnungsgrundes nach dem Zeitpunkt, zu dem das Gericht über den Antrag entscheidet. In Beschwerdeverfahren ist dies der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung (vgl. Sächs. LSG, Beschluss vom 7. Januar 2009 – [L 3 B 349/08 AS-ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 27; Sächs. LSG, Beschluss vom 4. Februar 2010 – [L 3 SO 51/09 B ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 34; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 4. Januar 2008 – [L 28 B 2130/07 AS-ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 3).

Wenn Geldleistungen auch für einen zu diesem Zeitpunkt in der Vergangenheit liegenden Zeitraum – vorliegend für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis zum 31. Dezember 2012 – geltend gemacht werden, ist ein Anordnungsgrund ausnahmsweise nur dann zu bejahen, wenn ein besonderer Nachholbedarf besteht, das heißt wenn die Nichtgewährung der begehrten Leistung in der Vergangenheit auch in der Zeit nach der Antragstellung bei Gericht weiter fortwirkt und noch eine weiterhin gegenwärtige, die einstweilige Anordnung rechtfertigende Notlage begründet (vgl. Sächs. LSG, Beschluss vom 31. Januar 2008 – [L 3 B 465/07 AS-ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 32, m. w. N.; Sächs. LSG, Beschluss vom 28. August 2008 – [L 3 B 613/07 SO-ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 43; SächsLSG, Beschluss vom 7. Januar 2009, [a. a. O.](#), Rdnr. 28; Sächs. LSG, Beschluss vom 4. Februar 2010, [a. a. O.](#), Rdnr. 35, jeweils m. w. N.).

Einen solchen bestehenden schweren unzumutbaren Nachteil aus der Nichtgewährung der Leistungen für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis zum 31. Dezember 2012 hat der Antragsteller vorliegend nicht glaubhaft gemacht. Seinen Lebensunterhalt bestritt er nach eigenen Angaben aus den bewilligten Leistungen. Die Mietzahlungen waren nach der Absprache mit seiner Vermieterin bis zur Zahlung der begehrten höheren Leistungen gestundet.

b) Obwohl danach die Beschwerde keinen Erfolg haben kann, hält es der Senat für sachdienlich, vor dem Hintergrund der vom Antragsteller geführten zahlreichen, die jeweiligen Bewilligungszeiträume betreffenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes sowie Hauptsacheverfahren und des auch vorliegend noch offenen Hauptsacheverfahrens Anmerkungen zum Anordnungsanspruch zu machen.

(1) Richtiger Antrag zur Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes ist der Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung im Sinne von [§ 86b Abs. 2 Satz 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Denn wenn ein Jobcenter eine vorläufige Entscheidung über die Bewilligung von Geldleistungen gemäß [§ 40 Abs. 2 Nr. 1 SGB II](#) i. V. m. [§ 328](#) des Sozialgesetzbuches Drittes Buch – Arbeitsförderung – (SGB III) erlässt, ist eine Klage auf höhere vorläufige Regelleistungen und Übernahme der tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung zulässig (vgl. BSG, Urteil vom 6. April 2011 – [B 4 AS 119/10 R](#) – [BSGE 108, 86 ff.](#) = SozR 4-1500 § 54 Nr. 21 = JURIS-Dokument, jeweils Rdnr. 26 ff.). Statthafte Klageart betreffend einer Klage auf Gewährung höherer vorläufiger Leistungen ist die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in der Form der Bescheidungsklage (vgl. BSG, Urteil vom 6. April 2011, [a. a. O.](#), jeweils Rdnr. 33 ff.; Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I [2. Auflage 2011], § 40 Rdnr. 60; Düe, in: Brand, SGB III [6. Aufl., 2012], § 328 Rdnr. 37). Richtiger Antrag im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist somit der nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#).

(2) Nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) können die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dazu ist gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO) sowohl der durch die Anordnung zu sichernde, im Hauptsacheverfahren geltend gemachte Anspruch (Anordnungsanspruch) als auch der Grund, weshalb die Anordnung so dringlich ist, dass dieser Anspruch vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache gesichert werden muss (Anordnungsgrund), glaubhaft zu machen.

Ein Anordnungsanspruch ist hierbei glaubhaft gemacht, wenn das Gericht aufgrund einer vorläufigen, summarischen Prüfung zu der Überzeugung gelangt, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass dem Antragsteller ein Rechtsanspruch auf die begehrte Leistung zusteht und deshalb der Antragsteller in einem Hauptsacheverfahren mit dem gleichen Begehren voraussichtlich Erfolg haben würde (vgl. Sächs. LSG, Beschluss vom 30. Mai 2011 – [L 3 AS 342/11 B ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 14; Sächs. LSG, Beschluss vom 30. Mai 2011 – [L 3 AS 678/12 B ER](#) – JURIS-Dokument Rdnr. 20, jeweils m. w. N.).

Da im Hauptsacheverfahren – wie ausgeführt – nur eine Bescheidungsklage statthaft ist, kann wegen des dem Jobcenter eingeräumten Ermessens in Bezug auf den Umfang der vorläufigen Leistungsbewilligung der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur Erfolg haben, wenn eine Ermessenreduzierung auf Null überwiegend wahrscheinlich ist. Dafür, dass diese Voraussetzung vorliegend gegeben ist, sprechen nach Auffassung des erkennenden Senates erhebliche Gründe.

Der Antragsteller ist, was zwischen den Beteiligten unstreitig ist, ein erwerbsfähiger LeistungsberechtigteR im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#). Streitig ist allein, in welchem Umfang er hilfebedürftig im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II](#) i. V. m. [§ 9 SGB II](#) ist.

Hilfebedürftig ist gemäß [§ 9 Abs. 1 SGB II](#), wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Was zu berücksichtigendes Einkommen ist, ergibt sich aus [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#). Danach sind Einnahmen in Geld oder Geldeswert abzüglich der nach § 11b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11a genannten Einnahmen als

Einkommen zu berücksichtigen.

Das Einkommen des Antragstellers besteht in Form eines Anspruches auf einen Anteil am Gewinn der S & S GbR im Umfang von 1/3. Rechtsgrundlage hierfür ist die Regelung in Nummer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages, die der Verteilungsregelung in [§ 722 Abs. 1](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entspricht.

Gewinn ist ein Überschuss des Gesellschaftsvermögens über die Gesellschaftsschulden und die Einlagen (vgl. Bergmann, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth, jurisPK-Band 2 [6. Aufl., 2012], § 721 Rdnr. 2). Ein Gesellschaftsvermögen besteht bei sogenannten Außengesellschaften, weil der Gesetzgeber die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Regelfall als Gesamthands- und Außengesellschaft konstruiert hat (vgl. H. P. Westermann, in: Erman, BGB [13. Aufl., 2011], Vor § 705 Rdnr. 28).

Wenn ein erwerbsfähiger Leistungsempfänger als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur einen Anspruch auf einen Anteil am Gewinn der Gesellschaft hat, kann für die Ermittlung des nach [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) bei ihm zu berücksichtigenden Einkommens nicht auf die Einnahmen und Ausgaben abgestellt werden, für die er als Mitgesellschafter innerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft verantwortlich zeichnet.

Soweit der Antragsgegner, das Sozialgericht sowie der 7. Senat des Sächsischen Landes-sozialgerichtes in den beiden, den Antragsteller betreffenden Beschlüssen von 14. Juni 2010 (Az. [L 7 AS 223/09 B ER](#) und [L 7 AS 163/10 B PKH](#), jeweils JURIS-Dokument) gleichwohl die Einkommensermittlung in Bezug auf den Antragsteller wie bei einem Einzelunternehmer durchführen, beruht dies im Ergebnis auf der Sorge, dass der Antragsteller in Folge seiner Beteiligung an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II erhalte, die ihm dem Grunde oder der Höhe nach nicht zustünden, wenn er seine selbständige Tätigkeit in Form eines Einzelunternehmens ausüben würde. Einem befürchteten Formen- oder Rechtsmissbrauch ist aber nicht dadurch zu begegnen, dass die zivilrechtlichen Regelungen über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht beachtet werden. Vielmehr ist bei etwaigen Hinweisen auf eine missbräuchliche Nutzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder deren Geschäftsgebaren auf die insoweit maßgebenden Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch und im SGB II zurückzugreifen.

So kann zunächst geprüft werden, ob überhaupt eine wirksame Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht. Unter Umständen liegen Mängel vor, die sie zu einer fehlerhaften Gesellschaft machen (vgl. hierzu: H. P. Westermann, in: Erman, BGB [13. Aufl., 2011], § 705 Rdnr. 73 ff.). In Betracht kommt unter anderem ein Scheingeschäft im Sinne von [§ 117 BGB](#).

Grundsicherungsrechtlich kann dem Antragsteller möglicherweise vorgehalten werden, dass er trotz seiner Hilfebedürftigkeit davon absah, eine Gewinnverteilung nach Maßgabe von [§ 721 BGB](#) zu fordern und erforderlichenfalls gerichtlich durchzusetzen. Selbst wenn ihm der Vorwurf gemacht werden könnte, er habe vorsätzlich oder grob fahrlässig die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II an sich ohne wichtigen Grund herbeigeführt, ist dies für Grund und Höhe seines Anspruches auf Arbeitslosengeld II unerheblich. Denn für den Fall sozialwidrigen Verhaltens hat der Gesetzgeber in [§ 34 SGB II](#) einen Erstattungsanspruch vorgesehen. Ein Erstattungsanspruch setzt aber not-wendig eine vorangegangene Leistung voraus.

Ferner wäre zu prüfen, ob möglicherweise die Voraussetzungen für eine Sanktion vor-liegen. Ob dem Antragsteller der Vorwurf unwirtschaftlichen Verhaltens im Sinne von [§ 31 Abs. 2 Nr. 2 SGB II](#) gemacht werden könnte, weil er es unterließ, die ihm zur Verfügung stehenden gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten zu ergreifen, um eine Gewinnverteilung zu erwirken, kann dahingestellt bleiben. Denn eine Sanktion nach Maßgabe von [§§ 31 ff. SGB II](#) mindert nur das Arbeitslosengeld II, ist aber ohne Einfluss auf die vorherige Berechnung der Höhe des Anspruches auf Arbeitslosengeld II. Zudem würde es vorliegend an der erforderlichen Rechtsfolgenbelehrung fehlen

Eine andere Ermittlung des zu berücksichtigenden Einkommens des Antragstellers könnte bei einer sogenannten Innengesellschaft anzuwenden sein. Eine Innengesellschaft liegt vor, wenn die Gesellschafter nicht gemeinsam nach außen in Erscheinung treten (vgl. H. P. Westermann, in: Erman, BGB [13. Aufl., 2011], Vor § 705 Rdnr. 28). Eine Innengesellschaft verfügt nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 13. Juni 1994 über kein Gesamthandsvermögen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 1994 - [II ZR 38/93](#) - [BGHZ 126, 226](#) [234] = JURIS-Dokument Rdnr. 20). In diesem Falle könnte der einzelne Gesellschafter der Innengesellschaft bei der Berechnung seines nach [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) zu berücksichtigenden Einkommens wie ein Einzelunternehmer behandelt werden.

Vorliegend bedarf es weiterer Ermittlungen, ob es sich bei der S & S GbR um eine Innen- oder eine Außengesellschaft handelt. Für ersteres spricht die Regelung in Nummer 11 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages, wonach die Gesellschaft im Innenverhältnis besteht. Dagegen spricht jedoch zum einen die Regelung in Nummer 10 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages über die Beteiligungen an Gewinn, Verlust und Auseinandersetzungsguthaben und zum anderen die eidesstattlichen Erklärungen der drei Gesellschafter, jedenfalls für das Geschäftsjahr 2012 keine Gewinnverteilung vornehmen zu wollen. Eine Gewinnverteilung setzt aber notwendigerweise einen gemeinsamen Gewinn voraus. Wie die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter im Rechtsverkehr auftreten, lässt sich aus den vorliegenden Verwaltungs- und Gerichtsakten nicht ersehen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Hierbei wurde berücksichtigt, dass die Beschwerde wegen des zwischenzeitlich entfallenen Anordnungsgrunde erfolglos blieb. Ferner wurde berücksichtigt, dass ohne Wegfall des Anordnungsgrundes unter anderem wegen klärungsbedürftiger Tatsachenfragen voraussichtlich eine Folgenabwägungsentscheidung hätte ergeben müssen, bei der nicht gesichert gewesen wäre, dass dem Begehren des Antragstellers der Höhe nach in vollem Umfang entsprochen worden wäre.

4. Dieser Beschluss ist gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Dr. Scheer Höhl Atanassov
Rechtskraft
Aus
Login
FSS

Saved
2013-05-16