

## L 7 AS 223/09 B ER

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Grundsicherung für Arbeitsuchende

Abteilung

7

1. Instanz

SG Dresden (FSS)

Aktenzeichen

S 5 AS 824/09 ER

Datum

04.03.2009

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 7 AS 223/09 B ER

Datum

14.06.2010

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

vorläufige Bewilligung von Leistungen für selbständig Tätigen

1. Von den Betriebseinnahmen eines Selbständigen können seit 1.1.2008 nicht mehr alle steuerrechtlich möglichen, sondern nur noch die im SGB II gesetzlich vorgesehenen Beträge in Abzug gebracht werden.

2. Die geltend gemachten (voraussichtlichen) Betriebsausgaben sind hinsichtlich der Betriebsnotwendigkeit wenigstens auf Plausibilität zu prüfen.

I. Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 4. März 2009 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind auch im Beschwerdeverfahren nicht zu erstatten.

III. Die Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller und Beschwerdeführer (im Folgenden: Antragsteller) begehrt im Wege einer einstweiligen Anordnung die Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) vorläufig zu verpflichten, ihm höhere als die bisher vorläufig bewilligten Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) zu gewähren.

Der 1964 geborene Antragsteller ist nach seinen Angaben gegenüber der Antragsgegnerin selbständig tätig in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts S. GbR, nachdem er seit 15 Jahren arbeitslos gewesen sei. Ausweislich der Gewerbeanmeldung der Stadt D. vom 09.12.1990 übte er seit 10.12.1990 die angemeldete Tätigkeit Vertrieb von Versicherungen und Bausparen aus; zum 01.01.1998 wurde die Betriebsstätte von der A Straße. in die B ... straße. in D. umgemeldet. Seit 01.04.2001 wurde dieses Gewerbe für die S. GbR auch in einer Betriebsstätte in B. ausgeübt. Seit 14.06.2007 verfügt der Antragsteller über eine Erlaubnis der Industrie- und Handelskammer Dresden gemäß [§ 34d Abs. 1](#) Gewerbeordnung für Versicherungsmakler.

Nach dem am 22.08.2005 notariell beurkundeten Nachtrag zum GbR-Vertrag vom 03.10.1990 gehören der Gesellschaft außer dem Antragsteller die 1938 geborene Z und der 1966 geborene X an. Laut Ziffer 04. des Gesellschaftsvertrages ist Zweck der Gesellschaft die Führung und Verwaltung der nachfolgend aufgeführten und durch die Inhaber der Erlaubnisse 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 Z sowohl zu deren Lebzeiten als auch nach deren Tod als Testamentsvollstrecker durch den im Testament der Frau Z eingesetzten Testamentsvollstrecker, der Gesellschafter der GbR sein muss, persönlich. 04.4 Einbau und Vertrieb von genormten Fertigteilen 04.5 Hausmeisterservice 04.6 Networkmarketing". Die drei Gesellschafter sind zu gleichen Teilen Gesellschafter und entsprechend ihren Beteiligungen an Gewinn, Verlust und Auseinandersetzungsguthaben beteiligt (Ziffer 10 des Gesellschaftsvertrages). Allerdings ist jeder Gesellschafter für das von ihm betriebene Gewerbe persönlich haftbar und der Gesellschaft entstehen keine Schuldverschreibungen gegenüber Dritten aus der Tätigkeit eines Gesellschafters (Ziffer 11 Sätze 2 und 3).

Der Antragsteller bezieht seit 01.01.2005 Leistungen der Antragsgegnerin zur Sicherung des Lebensunterhalts. In seinem Weiterbewilligungsantrag vom 27.11.2008 für die Zeit von Januar bis Juni 2009 gab er an, aus seiner selbständigen Tätigkeit "8531;- Beteiligung an Gewerbebetrieb S GbR" voraussichtliche Einnahmen in Höhe von 9.303,35 EUR zu erzielen, denen voraussichtliche Ausgaben

in Höhe von 11.010,88 EUR gegenüber stünden. In der Anlage EKS gab er u.a. für ein betriebliches Kfz Kraftfahrzeugkosten von 103,00 EUR für Steuern, 3.158,82 EUR für laufende Betriebskosten und 163,28 EUR für Reparaturen ohne privat gefahrene Kilometer ("abzgl. private km: 0") an, ferner Ausgaben für Werbung und Repräsentation in Höhe von 2.012,52 EUR und sonstige Betriebsausgaben in Höhe von 1.891,32 EUR. Mit Schreiben vom 17.12.2008 forderte die Antragsgegnerin den Antragsteller auf, bis 03.01.2009 Unterlagen vorzulegen, nämlich: "Gewerbemietvertrag Kfz-Versicherungspolice und Fahrtenbuch für die letzten sechs Monate Einnahmen-Überschussrechnung der letzten sechs Monate, um die Plandaten nachvollziehen zu können Umsatzsteuervoranmeldungen der letzten sechs Monate Arbeitsverträge Erklärung f. Werbung und Repräsentationskosten Nachweis über die Aufstellung der sonstigen Betriebsausgaben Nachweis der Versicherungspolice für den monatlichen Betrag von 73,47".

Die Unterlagen solle er möglichst persönlich im Dienstgebäude abgeben. Das Gleiche gelte für die Antworten auf erbetene Erläuterungen; es könne auch nach Terminvereinbarung persönlich vorgesprochen werden. Darauf antwortete der Antragsteller am 30.12.2008 per Mail, da er die Mitarbeiterin telefonisch nicht habe erreichen können, und übermittelte einen Großteil der nachgeforderten Unterlagen (zwei Mietverträge über Büroräume, drei Beitragsrechnungen für Kfz-Versicherung, betriebswirtschaftliche Auswertung für den Zeitraum 01.01.2008 bis 31.07.2008, Umsatzsteueranmeldungen, drei Meldebescheinigungen für die Arbeitnehmer E, F. und G., Info-Drucke über Buchungen vom 01.01.2008 bis 31.07.2008, drei Beitragsrechnungen für Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen der drei Gesellschafter sowie seinen Einkommensteuerbescheid für 2007, der ein zu versteuerndes Einkommen von -12.172,00 EUR ausweist).

Laut Bearbeitungsvermerk in der Leistungsakte berücksichtigte die Antragsgegnerin die vom Antragsteller angegebenen Ausgaben für betriebliche Kfz nicht, brachte dafür aber Kfz-Kosten für private Kfz in Höhe von 720,00 EUR in Ansatz. Da kein Fahrtenbuch vorliege und aus den Versicherungsunterlagen zu entnehmen sei, dass das Fahrzeug nicht für gewerbliche Zwecke erworben worden sei, könnten die Kosten vorläufig nicht berücksichtigt werden. Abweichend von den Angaben des Antragstellers wurden 60,00 EUR für Büromaterial, 840,36 EUR an Beratungskosten und sonstige Betriebsausgaben in Höhe von 792,00 EUR angesetzt. Ansonsten blieben Bewirtungskosten, Ausgaben für Aufmerksamkeiten und Reisekosten als nicht betriebsnotwendige Kosten unberücksichtigt. Dementsprechend errechnete die Antragsgegnerin einen monatlichen Gewinn von 332,53 EUR (=1.550,56 - 1.218,03). Abzüglich des Erwerbstätigenfreibetrages nach [§§ 11, 30 SGB II](#) in Höhe von 146,51 EUR verbleibe somit anzurechnendes Einkommen in Höhe von 186,02 EUR. Daraufhin bewilligte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 16.01.2009 dem Antragsteller vom 01.01.2009 bis 30.06.2009 vorläufig Leistungen in Höhe von monatlich 473,68 EUR, davon (351 - 186,02=) 164,98 EUR Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Dagegen legte der Antragsteller am 16.02.2009 Widerspruch ein.

Am 23.02.2009 hat der Antragsteller beim Sozialgericht Dresden beantragt, die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, weitere Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 186,02 EUR, also den vollen Regelsatz, ab Januar 2009 zu zahlen. Hierzu hat er eine eidesstattliche Versicherung vom 13.02.2009 vorgelegt, wonach er am 13.02.2009 gegen den Bewilligungsbescheid vom 16.01.2009 Widerspruch eingelegt habe. Er sei auf weitere Leistungen der Antragsgegnerin angewiesen, weil er aus seiner selbständigen Tätigkeit keine Einkünfte erziele, sondern nur Verluste. Es ergäben sich keinerlei Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit seiner Angaben; sämtliche Ausgaben seien notwendig zur Ermöglichung der Einnahmeerzielung. Er hat ferner geltend gemacht, dass der Bescheid keine detaillierten Erläuterungen enthalte, welche Berechnungen die Antragsgegnerin angestellt habe. Ihr Vorgehen erscheine willkürlich. Im Hinblick auf die Verordnung zur Berechnung von Einkommen sowie zur Nichtberücksichtigung von Einkommen und Vermögen beim Arbeitslosengeld II/Sozialgeld ([BGBl. 2007 I, 2942](#) gültig ab 01.01.2008; zuletzt geändert durch Verordnung vom 23.07.2009, [BGBl. I 2340](#), im Folgenden: Alg II-V) ergebe sich nicht, dass die Antragsgegnerin nach eigenem Gutdünken die Einkünfte eines Gewerbebetriebes berechnen und festsetzen könne. Da ihren Mitarbeitern in der Regel die entsprechende Qualifikation als Buchprüfer fehle, verbleibe es bei der Tatsache, dass die Feststellungen des Finanzamtes für die Bezifferung von Einkünften eines Selbständigen von maßgeblicher Bedeutung seien. Ausgaben für Luxus i.S.d. § 3 Abs. 3 Alg II-V, die allein in Abzug gebracht werden könnten, seien nicht getätigt worden. Sämtliche im Antrag angegebenen Ausgaben seien notwendig. Die Forderung im Bescheid, die Einkünfteberechnung getrennt nach Unternehmensbereichen der GbR vorzunehmen, sei unberechtigt. Da der Antragsteller lediglich an einem Gewerbebetrieb beteiligt sei, erfolge keine Verrechnung zwischen verschiedenen Einkunftsarten. Die Berücksichtigung von nur 1.200 km als betrieblich veranlasste Fahrten sei absurd. Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegen getreten und hat wegen der Berechnung auf die in der Leistungsakte enthaltenen Vermerke und Belege verwiesen.

Das Sozialgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 04.03.2009 abgelehnt. Es fehle bereits am Anordnungsanspruch, denn der Antragsteller habe einen Anspruch auf höhere Leistungen im streitigen Zeitraum nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Auf der Grundlage der zu den Akten gelangten Unterlagen könne nicht davon ausgegangen werden, dass sein Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit als Mitgesellschafter einer Immobilien-GbR auch zur teilweisen Bedarfsdeckung nicht ausreiche. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Alg II-V sei im Gegensatz zur Vorgängervorschrift in § 2a Abs. 1 Alg II-V 2005 nur von den Betriebseinnahmen auszugehen, dabei würden die vom Antragsteller angegebenen 9.303,35 EUR zugrunde gelegt. Davon könnten die aufgestellten Betriebsausgaben nicht in voller Höhe in Abzug gebracht werden, weil darin Ausgaben enthalten seien, deren Notwendigkeit nicht glaubhaft gemacht sei oder die als Absatzbeträge nur im Rahmen des [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) Berücksichtigung finden können oder die offensichtlich nicht den Lebensumständen während des Bezuges von Grundsicherungsleistungen entsprächen. Es fehle am Nachweis der ausschließlich betrieblichen Nutzung des/r Kraftfahrzeuge. Die Führung eines Fahrtenbuchs sei zwar behauptet, ein solches jedoch nicht vorgelegt worden. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin 720,00 EUR Fahrzeugkosten in Abzug gebracht. Mangels nachgewiesener Notwendigkeit scheidet auch der Abzug von Bewirtungskosten und Kosten für kleine Aufmerksamkeiten gegenüber Kunden aus, unabhängig davon, ob die Bewirtung während des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II den Lebensumständen entspreche. Von dem Bruttoeinkommen in Höhe von 332,53 EUR seien mangels Glaubhaftmachung höherer Beträge der Grundfreibetrag nach [§ 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II](#) sowie die Erwerbstätigenfreibeträge nach [§ 30 Satz 2 Nrn. 1 und 2 SGB II](#) abzusetzen, so dass sich als Durchschnittswert anrechenbares Einkommen von 186,02 EUR ergebe. Eine Hilfebedürftigkeit bestehe jedenfalls bis zum Nachweis der ausschließlich betrieblichen Nutzung des/r Kraftfahrzeuge nur in dem von der Antragsgegnerin errechneten Umfang. Der Beschluss ist der Prozessbevollmächtigten des Antragstellers am 09.03.2009 zugegangen.

Dagegen richtet sich die am 09.04.2009 beim Sozialgericht eingegangene Beschwerde. Der Antragsteller meint, es sei grob fehlerhaft, die zum Betriebsvermögen der GbR gehörenden Fahrzeuge entgegen den Feststellungen des Finanzamtes als Privatfahrzeuge anzusehen. Da sich Wohnung und Arbeitsstätte im selben Haus befänden, fielen Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nicht an. Im Übrigen sei die Behörde verpflichtet, dem Antragsteller rechtliches Gehör zu gewähren, wenn einzelne Ausgaben doch nicht abgesetzt werden könnten. Er vertritt die Auffassung, die Verordnung zu [§ 82 SGB XII](#) sei ergänzend anzuwenden. Zur geänderten Alg II-V trägt die Prozessbevollmächtigte

vor, "ohne Rücksicht auf steuerrechtliche Vorschriften" bedeute lediglich, dass keine Abschreibungen für Abnutzungen zu berücksichtigen seien; im Übrigen verbleibe es bei den althergebrachten Grundsätzen des Rechnungswesens und den Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre, so dass zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben eines Selbständigen auch weiterhin auf die steuerrechtlichen Festsetzungen zurückzugreifen sei. Es sei kein völlig neues Berechnungssystem geschaffen worden. Auch werde nicht normiert, dass der Selbständige jede einzelne seiner Ausgaben als notwendig zu rechtfertigen habe. Auf gerichtliche Nachfrage zu Umfang und Inhalt der auf den Antragsteller entfallenden gewerblichen Tätigkeit trägt sie vor, dem Antragsteller obliege die Geschäftsführung bezüglich des Tätigkeitsbereichs der Verwaltung des Immobilienvermögens, nämlich der fünf, der Gesellschafterin Z gehörenden, Mehrfamilienhäuser. Die entsprechenden Gewerbeanmeldungen seien für jeden der drei Gesellschafter seit 1990 mit Änderungen bis 2001 erfolgt.

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 04.03.2009 aufzuheben und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, an den Antragsteller weitere Leistungen nach dem SGB II in Höhe von 186,02 EUR monatlich, mithin den vollen Regelsatz, ab Januar 2009 zu zahlen sowie

für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung seiner Prozessbevollmächtigten Y, D., zu bewilligen.

Die Antragsgegnerin tritt der Beschwerde entgegen und beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Am 08.06.2009 hat der Antragsteller die Weiterbewilligung von Leistungen beantragt und die Anlage EKS mit geschätzten voraussichtlichen Einnahmen in Höhe von 10.770,78 EUR und voraussichtlichen Ausgaben in Höhe von 13.302,53 EUR für das zweite Halbjahr 2009 vorgelegt. Daraufhin sind ihm mit Bescheid vom 17.06.2009 monatliche Leistungen für Juli bis Dezember 2009 in Höhe von 600,83 EUR bewilligt worden. Auch gegen diesen Bescheid hat der Antragsteller Widerspruch eingelegt.

Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 03.02.2010 hat die Antragsgegnerin die Widersprüche des Antragstellers gegen die vorläufigen Bescheide vom 16.01.2009 und 22.06.2009 zurückgewiesen. Die Bewilligungsbescheide hätten vorläufig ergehen müssen, weil das Einkommen aus selbständiger Arbeit nicht festgestanden habe. Aus Gründen der wirtschaftlichen und sparsamen Leistungsgewährung sei der Leistungsträger berechtigt und verpflichtet, auch die vorläufig ermittelten Werte des Antragstellers in seiner EKS zu überprüfen und ggf. eine eigene Prognose der Bewilligung zugrunde zulegen, so wie in diesem Fall. Die Widerspruchsbescheide enthalten den Hinweis, dass der Bewilligungszeitraum abgelaufen und der Antragsteller verpflichtet sei, abschließende Unterlagen vorzulegen. Nach deren Prüfung ergehe ein endgültiger, rechtsmittelfähiger Bescheid für den Bewilligungszeitraum. Klage gegen die Bescheide ist nicht erhoben worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge im vorliegenden Verfahren und in den Verfahren [S 5 AS 546/10 ER](#), [L 7 AS 162/10 B PKH](#) und [L 7 AS 163/10 B ER](#) und die Leistungsakten der Antragsgegnerin (3 Bände) verwiesen.

II.

Die gemäß [§ 173 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) form- und fristgerecht erhobene und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragstellers bleibt ohne Erfolg.

Insbesondere ist das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers nicht schon deswegen entfallen, weil er seine Rechte, die durch die von der Antragsgegnerin infolge der vermeintlich zu seinen Lasten korrigierte Prognose der Einnahmen und Ausgaben für den abgelaufenen Bewilligungszeitraum 01.01.2009 bis 30.06.2009 verletzt sein könnten, dadurch im Nachhinein durchsetzen könnte, dass er eine abschließende Entscheidung beantragt und gemäß [§ 3 Abs. 6 Alg II-V](#) sein tatsächliches Einkommens in diesem Bewilligungszeitraum gegenüber der Antragsgegnerin nachweist. Zwar fehlt ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn das angestrebte Ergebnis auf einfachere Weise erreicht werden kann (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, vor [§ 51](#), RdNr. 16a); der Antragsteller begehrt jedoch zum einen im anhängigen Verfahren die vorläufige Bewilligung höherer Leistungen nach dem SGB II und nicht deren endgültige Bewilligung. Zum anderen kann derzeit nicht beurteilt werden, ob er die Bewilligung endgültiger Leistungen leichter erreichen könnte als die Bewilligung vorläufiger Leistungen im Beschwerdeverfahren. Mit einem Antrag nach [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 2 SGB III](#), wonach eine vorläufige Entscheidung auf Antrag des Berechtigten für endgültig erklärt wird, wenn sie nicht aufzuheben oder zu ändern ist, könnte er zwar auf einfachem Wege die endgültige Bewilligung von Leistungen erreichen, nicht jedoch die Bewilligung höherer vorläufiger Leistungen.

Die Beschwerde ist unbegründet. Denn das Sozialgericht hat zu Recht mit Beschluss vom 04.03.2009 den Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten des Antragstellers abgelehnt. Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) können die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auf Antrag schon vor Klageerhebung ([§ 86b Abs. 3 SGG](#)) eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) sind einstweilige Anordnungen auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Dazu sind gemäß [§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i. V. m. [§ 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung \(ZPO\)](#) sowohl der geltend gemachte materielle Rechtsanspruch (Anordnungsanspruch) als auch der Grund, weshalb die Anordnung so dringlich ist, dass dieser Anspruch vorläufig bis zur Entscheidung in der Hauptsache gesichert oder geregelt werden muss (Anordnungsgrund), glaubhaft zu machen. Außerdem kann das Gericht dem Wesen und Zweck der einstweiligen Anordnung entsprechend grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und dem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang – wenn auch nur auf beschränkte Zeit und unter dem Vorbehalte der Entscheidung in der Hauptsache – das gewähren, was er nur im Hauptsacheverfahren erreichen kann.

Ein Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn nach summarischer Prüfung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass dem Antragsteller ein Rechtsanspruch auf die begehrte Leistung zusteht und er deshalb im Hauptsacheverfahren mit seinem Begehren Erfolg haben würde. Die summarische Prüfung kann sich insbesondere bei schwierigen Fragen auch auf Rechtsfragen beziehen (Keller in [§ 86b RdNr. 16c](#)), wobei dann die Interessen- und Folgenabwägung stärkeres Gewicht gewinnt (Binder in [HK-SGG](#), 2. Aufl. 2006, [§ 86b RdNr. 42](#)).

Ein Anordnungsgrund liegt vor, wenn sich aus den glaubhaft gemachten Tatsachen ergibt, dass es die individuelle Interessenlage des Antragstellers unter Umständen auch unter Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners, der Allgemeinheit oder unmittelbar betroffener Dritter unzumutbar erscheinen lässt, ihn zur Durchsetzung seines Anspruchs auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008, RdNr. 154-156 m.w.N.; ähnlich: Krodel, NZS 2002, 234 ff.). Ob die Anordnung derart dringlich ist, beurteilt sich insbesondere danach, ob sie zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen, ebenso schwer wiegenden Gründen nötig erscheint. Dazu müssen Tatsachen vorliegen bzw. glaubhaft gemacht sein, die darauf schließen lassen, dass der Eintritt des wesentlichen Nachteils im Sinne einer objektiven und konkreten Gefahr unmittelbar bevorsteht (Keller in Meyer-Ladewig u.a., a.a.O., § 86b RdNr. 27a). Dabei wird der Sachverhalt gemäß [§ 103 SGG](#) von Amts wegen unter Heranziehung der Beteiligten ermittelt, soweit dies unter Berücksichtigung der Eilbedürftigkeit des Rechtsschutzbegehrens geboten ist (Krodel, NZS 2002, 234 ff.; Finkelnburg/Jank, a.a.O., RdNrn. 152, 338; jeweils m.w.N.).

Streitgegenständlich ist die Bewilligung von Leistungen für die Zeit vom 01.01.2009 bis 30.06.2009 im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, da mit den angegriffenen Bescheiden vorläufige Leistungen für diesen Zeitraum bewilligt wurden und weitere Bescheide, die die Zeit ab 01.07.2009 betreffen, nicht gemäß [§ 96 Abs. 1 SGG](#) analog Gegenstand des Verfahrens geworden sind (vgl. nur BSG, Urteil vom 28.10.2009 – B 14 AS62/08 R, RdNr. 17). Hiernach ist zu prüfen, ob in Bezug auf den Zeitraum 01.01.2009 bis 30.06.2009 und im Hinblick auf [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund gegeben sind (Krodel, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 1. Aufl. 2005, RdNr. 385 a.E.). Dies ist zu verneinen.

Der Antragsteller hat weder einen Anordnungsanspruch noch einen Anordnungsgrund für zusätzliche vorläufige Leistungen im hier streitigen Zeitraum von 01.01.2009 bzw. 23.02.2009 bis 30.06.2009 glaubhaft gemacht.

Da der vorläufige Bescheid vom 16.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.02.2010 für die Beteiligten in der Sache bindend ([§ 77 SGG](#)) geworden ist (soweit seine Bindungswirkung reicht - vgl. hierzu Eicher in Eicher/Spellbrink, SGB II 9. Aufl., § 40 RdNr. 68i), liegt schon kein streitiges Rechtsverhältnis mehr vor, das aber Voraussetzung für den Erlass einer Regelungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#) wäre. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Ausnahme von der Bindungswirkung (vgl. hierzu z.B. Leitherer in Meyer-Ladewig u.a., a.a.O., § 77 RdNr. 6) sind weder vorgetragen und glaubhaft gemacht noch sonst ersichtlich.

Unabhängig hiervon scheidet der geltend gemachte Anordnungsanspruch daran, dass auf den - von der Antragsgegnerin unstreitig zutreffend ermittelten - Bedarf des Antragstellers sein Einkommen anzurechnen ist, so dass sich jedenfalls kein höherer als der von der Antragsgegnerin angemessene Leistungsanspruch ergibt. Zunächst ist weiterhin unklar, welcher Erwerbstätigkeit der Antragsteller konkret nachgeht, die seiner Vermittlung in eine auskömmliche sozialversicherungsrechtliche, abhängige Beschäftigung entgegensteht. Allein das Innehaben einer "§8531;-Beteiligung an einer GbR" als solches stellt weder ein Gewerbe noch eine selbständige Arbeit i.S.d. Alg II-V dar. Soweit die Prozessbevollmächtigte des Antragstellers auf die gerichtliche Nachfrage zu Umfang und Inhalt seiner gewerblichen Tätigkeit vorgetragen hat, dass dem Antragsteller die "Geschäftsführung bezüglich des Tätigkeitsbereich der Verwaltung des Immobilienvermögens" obliegt, lässt dies nicht erkennen, welchen Inhalt und Umfang seine Betätigung als Selbständiger hat. Auch gegenüber der Antragsgegnerin hat der Antragsteller die Frage nach dem zeitlichen Umfang seiner Betätigung im Unternehmen am 24.02.2010 unbeantwortet gelassen. Es ergibt sich auch nicht aus der Mitteilung, dass zum von ihm zu verwaltenden Immobilienvermögen fünf, im Eigentum der Gesellschafterin Z stehende, mit Mehrfamilienhäusern bebaute Grundstücke in D ..., B., F ... und U gehören und dass darüber hinaus jeder der Gesellschafter unabhängig von den erforderlichen Tätigkeitserlaubnissen für jeden Geschäftsbereich der GbR tätig wird. Offen ist auch, weshalb für seine Geschäftsführertätigkeit kein Entgelt gezahlt wird.

Auch dem Gesellschaftsvertrag vom 22.08.2005 lässt sich der Inhalt und zeitliche Umfang der Erwerbstätigkeit des Antragstellers nicht entnehmen. Zudem sind Teile der gesellschaftlichen Bestimmungen widersprüchlich. Zwar sind alle Gesellschafter zu gleichen Teilen Gesellschafter der GbR, aber dies gilt nur im Innenverhältnis. So bestimmt der Gesellschaftsvertrag einerseits, dass jeder Erlaubnisinhaber das entsprechende Gewerbe einzelvertretungsberechtigt, also allein, führt und für das von ihm betriebene Gewerbe persönlich haftbar ist; Schuldverschreibungen gegenüber Dritten sollen der Gesellschaft nicht entstehen. Andererseits seien die Gesellschafter entsprechend ihren Beteiligungen an Gewinn und Verlust beteiligt. Da der Antragsteller zu einem Drittel als Gesellschafter an der GbR beteiligt ist und nach seinen Angaben eine Trennung der einzelnen Tätigkeitsbereiche nicht vorgenommen werden kann, sind demzufolge alle Einkünfte der GbR als Betriebseinnahmen gemäß [§ 3 Abs. 1 Satz 1 Alg II-V](#) für die Berechnung seines Einkommens zugrunde zu legen; ein Drittel davon steht ihm nach dem Gesellschaftsvertrag zu. Dass er zu einem Drittel auch am Verlust der Gesellschaft beteiligt ist, ist für die hier vorzunehmende Berechnung nicht maßgeblich, unabhängig von der Frage, ob Einkünfte eines "Geschäftszweiges" der GbR mit Verlusten eines anderen verrechnet werden können, wie der Antragsteller meint. Denn auch Zahlungen zur Tilgung von Schulden können im Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende grundsätzlich nicht vom Einkommen abgesetzt werden, weil die Berücksichtigung von Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Einkommens weder in [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) noch in der auf der Grundlage des [§ 13 SGB II](#) ergangenen Alg II-V vorgesehen ist (vgl. BSG, Urteil vom 19.09.2008 - B 14/7b AS 10/07 R, [SozR 4-4200 § 11 Nr. 18](#), RdNr. 25).

Es besteht kein Anlass, diesen Grundsatz bei nicht abhängig Beschäftigten außer Acht zu lassen. Die GbR erhält aufgrund des Umstands, dass einer ihrer Gesellschafter Leistungen nach dem SGB II bezieht, finanzielle Vorteile, die sie im Verhältnis zu anderen Wirtschaftsteilnehmern besserstellen. Denn aufgrund des Alg II-Bezuges übernimmt die Leistungsbehörde die Beiträge des Antragstellers zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung, ohne dass diese gesetzlich vorgesehenen Sozialabgaben der GbR als eigentlichem Arbeitgeber zur Last fallen und ohne dass der Antragsteller gezwungen wäre, insoweit privat vorzusorgen. Die (auch nur teilweise) Bewilligung von staatlichen Grundsicherungsleistungen an einen erwerbsfähigen Hilfebedürftigen führt somit dazu, dass Kosten erspart werden, die andere Gewerbetreibende, die ggf. in Konkurrenz zur S GbR tätig sind, selbst erwirtschaften müssen. Die GbR gegenüber anderen zu bevorzugen ist weder Ziel noch Aufgabe der Leistungen nach dem SGB II, sondern allenfalls unerwünschter Nebeneffekt, so dass nicht alle steuerrechtlich möglichen, sondern genau wie bei abhängig Beschäftigten, deren Einkommen nicht auskömmlich ist - nur die im SGB II gesetzlich vorgesehenen Beträge in Abzug gebracht werden können.

Bei der gesetzlichen Vorgabe in [§ 3 Abs. 2 Alg II-V](#), nur die notwendigen tatsächlichen Ausgaben abzusetzen, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vollständig der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Dabei ist zu beachten, dass der selbständig Tätige grundsätzlich eigenverantwortlich seine unternehmerischen Entscheidungen trifft. Will er indes staatliche Transferleistungen in Anspruch nehmen, ist seine unternehmerische Freiheit insoweit eingeschränkt, dass gemäß [§ 3 Abs. 3 Sätze 1 und 3 Alg II-V](#) diejenigen Ausgaben als

Absetzbeträge unberücksichtigt bleiben, soweit diese ganz oder teilweise vermeidbar sind, offensichtlich nicht den Lebensumständen während des Bezuges der Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitssuchende entsprechen oder in einem auffälligen Missverhältnis zu den jeweiligen Erträgen stehen. Es handelt sich also ausnahmslos um Maßstäbe, die jeder wirtschaftlich denkende Bürger ohnehin beachten wird/muss, wenn die wirtschaftlichen Erträge seiner Erwerbstätigkeit die Ausgaben decken und darüber hinaus den Lebensunterhalt sichern sollen. Zwar sind weder die Leistungsbehörden noch die Gerichte befugt, einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen die selbständige Ausübung eines Gewerbes oder sonst eine selbständige Tätigkeit zu untersagen oder auch nur vorzuschreiben, wie er seine Tätigkeit auszuüben hat. Seiner alleinigen Verantwortung obliegt es zu entscheiden, ob eine selbständige Tätigkeit, die nur Verlust einbringt, auf Dauer ausgeübt werden kann. Denn der selbständige Hilfebedürftige kann die staatliche Unterstützung aus Gründen der Subsidiarität der Grundsicherungsleistungen nur im gesetzlich vorgesehenen, eingeschränkten Umfang beanspruchen. Hier wird der entscheidende Unterschied zu den steuerrechtlichen Vorgaben deutlich: im Steuerrecht fordert der Staat Geld vom Bürger, während im SGB II der Bürger Geld vom Staat erhält.

Von den Betriebseinnahmen in Höhe der vom Antragsteller angegebenen voraussichtlichen 9.303,35 EUR sind gemäß § 3 Abs. 2 Alg II-V die im Bewilligungszeitraum erwarteten notwendigen Ausgaben mit Ausnahme der nach [§ 11 Abs. 2 SGB II](#) abzusetzenden Beträge ohne Rücksicht auf die steuerrechtlichen Vorschriften abzusetzen, soweit sie auf den Antragsteller entfallen. Ausgehend von seinen Angaben im Antrag vom 27.11.2008 und den Nachreichungen vom 30.12.2008 können aus Sicht des Senats lediglich folgende Ausgaben als betriebsnotwendig abgesetzt werden: Fahrzeugkosten für den von ihm benutzten Pkw soweit sie notwendig sind, &8531; der Raumkosten für das auch von ihm genutzte Büro der GbR sowie die auf seine Betätigung entfallenden Kosten für Wareneinkauf, Personalkosten, Werbung, Beratung, Büromaterial etc ... Für die Verwaltung des in verschiedenen sächsischen Städten belegenen Grundvermögens ist selbstverständlich ein Fahrzeug nötig. Dafür einen gebrauchten Audi A8 einzusetzen, der nach Angaben des Antragstellers am 05.04.2007 für 7.142,86 EUR erworben worden war, erscheint nicht von vornherein unangemessen. Nachvollziehbar ist auch, dass dieses Fahrzeug überwiegend - jedenfalls zu mehr als 50 % betrieblich eingesetzt wird (§ 3 Abs. 2 Alg II-V), weil die zu verwaltenden Grundstücke in erheblicher Entfernung liegen. Somit könnten die Kosten für dieses Fahrzeug dem Grunde nach von den Einnahmen des Antragstellers abgesetzt werden, also die laufenden Betriebskosten nebst Kfz-Steuer und Versicherungsbeitrag. Aller

dings hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht, in welcher Höhe die geltend gemachten Kosten auf ihn entfallen. Indem die Prozessbevollmächtigte des Antragstellers vorträgt, alle Fahrzeuge würden von allen Gesellschaftern genutzt, verkennt sie, dass nur die Ausgaben als Betriebsausgaben vom Einkommen des Antragstellers abgesetzt werden können, die für die Erwerbstätigkeit des Antragstellers notwendig sind. Drei Fahrzeuge sind für die Erwerbstätigkeit des Antragstellers aber nicht notwendig. Solange dieser nicht konkreter mitteilt, welche (voraussichtlichen) Ausgaben er selbst für die Ausübung seiner Tätigkeit hat, ist es weder der Antragsgegnerin noch dem Gericht möglich zu beurteilen, welche Ausgaben i.S.d. § 3 Abs. 2 Alg II-V hierfür notwendig sind. Soweit die Antragsgegnerin im hier streitigen Zeitraum Fahrzeugkosten in Höhe von 720,00 EUR zugebilligt hat, wurden im Laufe des gerichtlichen Verfahrens keine höheren Kosten glaubhaft gemacht. Im Übrigen erscheint nicht plausibel, dass mit dem Audi A8 (...) im Jahr 2008 ausschließlich betriebliche Fahrten durchgeführt wurden, insbesondere an Sonn- und Feiertagen und am 31.12.2008 zwischen 4 Uhr und 5 Uhr morgens. Die in elektronischer Form vorgelegte Auswertung der Fahrtenbücher lässt im Übrigen nicht erkennen, welcher der drei Gesellschafter wann welches Fahrzeug für welchen (betrieblichen) Zweck benutzt hat. Eine Dreiteilung aller der GbR entstandenen betrieblichen Kfz-Kosten käme nur in Betracht, wenn alle Gesellschafter Leistungen nach dem SGB II erhielten. Da sowohl der Wert der Fahrzeuge als auch die für sie anfallenden Kosten teilweise erheblich differieren, kann nicht offen bleiben, welches Fahrzeug der Antragsteller nutzt.

Da der Antragsteller trotz gerichtlicher Aufforderung keine konkreteren Angaben zu den übrigen Ausgaben gemacht hat, fehlt es auch im Beschwerdeverfahren an der Glaubhaftmachung eines höheren als des bereits bewilligten vorläufigen Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II. Indem die Prozessbevollmächtigte des Antragstellers immer wieder auf die erteilten Steuerbescheide verweist, übersieht sie, dass seit 01.01.2008 die steuerliche und buchhalterische Einordnung und Bewertung nicht mehr maßgeblich ist. Zudem ist dem vorliegenden Steuerbescheid für 2007 nicht zu entnehmen, welche Erklärung des Antragstellers diesem zugrunde lag. Da nicht dargelegt wurde, welche konkrete Tätigkeit der Antragsteller in welchem Umfang überhaupt ausübt, kann nicht beurteilt werden, welche der geltend gemachten Ausgaben hierfür voraussichtlich betrieblich notwendig sind. Die Angaben des Antragstellers zu seinen Betriebsausgaben sind somit nach wie vor unvollständig und nicht nachvollziehbar, so dass sie schon einer Plausibilitätsprüfung nicht standhalten. Es fehlt insoweit an einer nachvollziehbaren Darlegung und somit an der Glaubhaftmachung eines höheren vorläufigen Anspruchs. Hinsichtlich der betrieblichen Kfz-Kosten konnte das Sozialgericht aufgrund der vorliegenden Angaben keine dem Antragsteller günstige Entscheidung treffen. Auf die in elektronischer Form vorgelegten Geschäftsergebnisse des Jahres 2009 kommt es nicht an, weil Streitgegenstand die vorläufige Bewilligung von Leistungen ist und eine abschließende, erneut rechtsmittelfähige Entscheidung der Antragsgegnerin - soweit ersichtlich - noch nicht vorliegt.

Im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen ist ergänzend Folgendes auszuführen: Anders als der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers meint, entspricht die Gegenüberstellung von Betriebsausgaben und -einnahmen nach § 3 Alg II-V gerade nicht mehr den steuerrechtlichen Grundsätzen, was sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Alg II-V in der seit 01.01.2008 geltenden Fassung ergibt (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26.06.2009 - [L 5 AS 143/09 B ER](#), RdNr. 77; Brühl in LPK-SGB II, § 11 RdNr. 102). Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht (vgl. SächsLSG, Beschluss vom 18.12.2009 - L 3 B 297/08 AS-ER; S. 8 des Abdrucks). Aus dieser Vorschrift ergibt sich ebenso, dass von den (erwarteten) Betriebseinnahmen nur die (prognostizierten) tatsächlich geleisteten notwendigen Ausgaben ( ) abzusetzen sind, so dass bei jeder Ausgabe wenigstens auf Plausibilität zu prüfen ist, ob diese i.S.d. § 3 Abs. 2 Alg II-V betrieblich notwendig ist. Diese Prüfung erfolgt unabhängig von der Frage, ob die Ausgabe später steuerlich geltend gemacht und anerkannt wird (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26.06.2009, [a.a.O.](#) RdNr. 78).

Daher bestehen keine Bedenken, die vom Antragsteller angeführten Zuwendungen und Bewirtungskosten unberücksichtigt zu lassen. Zwar ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass Aufwendungen für Werbegeschenke oder Bewirtungskosten z.B. für Kunden betrieblich veranlasst und notwendig sein können; der Maßstab hierfür kann aber nur ein strenger sein (vgl. auch Geiger, Die Anrechnung von Einkommen Selbständiger nach § 3 der neuen ALG-II-Verordnung (Fassung 01.01.2009) ZFSH/SGB 2009, S. 9 ff., 12). Denn der Selbständige ist solange er aufstockend Grundsicherungsleistungen erhält - aus den o.g. Gründen verpflichtet, seine Ausgaben so gering wie möglich zu halten. Genau wie andere erwerbsfähige Hilfebedürftige hat auch der Selbständige gemäß [§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB II](#) in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen, seinen Lebensunterhalt aus eigenen Kräften zu bestreiten. Er kann also in seiner Geschäftstätigkeit eben nicht so schalten und walten wie ein Selbständiger, der keine staatlichen Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erhält, sondern muss

noch sparsamer und effektiver wirtschaften. Insofern ist auch unverständlich, dass der Antragsteller es gegenüber der Arbeitsvermittlung am 10.03.2010 abgelehnt hat, an einem Coaching teilzunehmen, das ihm zur Optimierung seiner seit Jahren jedenfalls für ihn selbst nicht auskömmlichen Geschäftstätigkeit angeboten worden war. Die Forderung, dass die staatliche Hilfe nur subsidiär zu den Eigenbemühungen des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zur Verringerung oder Beendigung der Hilfebedürftigkeit i.S.d. [§ 2 Abs. 1 SGB II](#) gewährt wird, kommt auch in § 3 Abs. 3 Alg II-V zum Ausdruck, womit nicht allein Luxusausgaben, sondern alle auffällig unangemessenen Ausgaben gemeint sind.

Zutreffend wurde der Antragsteller daher mit Schreiben vom 17.12.2008 aufgefordert, eine Erklärung für Werbungs- und Repräsentationskosten zu liefern. Dies ist unterblieben und er hat noch nicht einmal dargelegt, dass und warum diese Ausgaben betrieblich notwendig gewesen sein sollen. Dasselbe trifft im Übrigen für die geltend gemachten und von der Antragsgegnerin abgesetzten Beratungskosten zu. Die betriebswirtschaftliche Auswertung liefert hierüber ebenfalls keinen Aufschluss. Auch lassen sich die Angaben des Antragstellers in der Anlage EKS nicht mit der von ihm später übersandten betrieblichen Auswertung in Übereinstimmung bringen, zumal in dieser Abschreibungen ausgewiesen sind, die für die Berechnung nach § 3 Alg II-V nicht maßgeblich sind. Die erbetene persönliche Vorsprache, bei der derartige Fragen hätten erörtert und ggf. geklärt werden können, kam vor Erlass des Bescheides vom 16.01.2009 nicht zustande. Der Antragsteller verkennt, dass eine "Betriebsprüfung in den Räumen der GbR" allenfalls durch die Finanzverwaltung turnusmäßig in Betracht kommt. Gegenüber der Antragsgegnerin obliegt es grundsätzlich ihm, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht rechtzeitig nachvollziehbare und vollständige Angaben zu machen und die entsprechenden Nachweise (unaufgefordert) vorzulegen, weil er staatliche Leistungen in Anspruch nehmen will.

Zudem fehlt es an einem Anordnungsgrund, weil der Bewilligungszeitraum für die hier streitigen vorläufigen Leistungen abgelaufen ist und kein Nachholbedarf vorgetragen oder sonst ersichtlich ist (vgl. Beschluss des Senats vom 24.08.2009 - L 7 B 735/08 AS-ER, S. 5 des Abdrucks).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#).

III.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit Beordnung der Rechtsanwältin für das Beschwerdeverfahren ist abzulehnen, denn die Voraussetzungen hierfür sind nicht gegeben.

Nach [§ 73a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 114 Abs. 1 Satz 1](#) Zivilprozessordnung (ZPO) kann Prozesskostenhilfe bewilligt werden, wenn der Antragsteller nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.

Die Rechtsverfolgung bietet aus den oben genannten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Damit scheidet die Beordnung eines Rechtsanwaltes ([§ 73a Abs. 1 Satz 2 SGG](#), [§ 121 Abs. 2 ZPO](#)) aus.

IV.

Die Beschlüsse sind gemäß [§ 177 SGG](#) unanfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2013-01-02