
Datum: 02.07.2020
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 7. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 7 AS 712/20
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2020:0702.L7AS712.20.00

Vorinstanz: Sozialgericht Gelsenkirchen, S 50 AS 898/17
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 25.06.2018 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer endgültigen Leistungsfestsetzung nach vorläufiger Bewilligung, insbesondere über die Höhe des anzurechnenden Einkommens aus der selbständigen Tätigkeit des Klägers im Zeitraum vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015. 2

Der am 00.00.1953 geborenen Kläger ist mit der am 00.00.1971 geborenen T T verheiratet. Der Kläger und seine Ehefrau standen seit August 2012 im Leistungsbezug beim Beklagten. Die Bewilligung der Leistungen erfolgte jeweils für bis zu sechs Monate nach § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II. Der Kläger betrieb von Februar 1987 bis September 2016 die Unternehmensberatung T, im streitigen Zeitraum unter der Wohnanschrift B-Straße 00 in S. Seit Beginn des Jahres 2016 befindet sich die Ehefrau des Klägers in Thailand. Während einer genehmigten Ortsabwesenheit erkrankte sie nach Angaben des Ehemannes Mitte Februar 2016 an einer Viruserkrankung und wurde stationär in einem Krankenhaus in Thailand behandelt. 3

Mit Bescheid vom 29.04.2015 bewilligte der Beklagte dem Kläger und seiner Ehefrau für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015 vorläufig Leistungen zur Sicherung des 4

Lebensunterhalts nach dem SGB II monatlich iHv je 635,55 EUR (KdU kopfanteilig 275,55 EUR, Regelbedarf iHv je 360 EUR) ohne Einkommensanrechnung.

Nach der am 17.02.2016 eingereichten Einkommenserklärung Selbständiger (EKS) erzielte der Kläger von Mai 2015 bis Oktober 2015 Einnahmen iHv insgesamt 18.312,61 EUR (Mai 2015: 6.000 EUR, Juni 2015: keine Einnahmen, Juli 2015: 1.512,61 EUR, August 2015: 6.000 EUR, September 2015: 4.800 EUR, Oktober: keine Einnahmen). Als Betriebsausgaben wies er insgesamt 17.652,11 EUR aus. Wegen der Einzelheiten wird auf die EKS und den Inhalt der Verwaltungsakte Bezug genommen. Der Kläger leaste ab 07.06.2011 von der N Bank AG einen Mercedes E 350 Coupé (573,89 EUR monatlich Leasingrate im streitigen Zeitraum) und gab an, die Betriebskosten für das Fahrzeug setzten sich aus Steuern, Versicherungen, Benzinkosten, Parkgebühren, Inspektionen und Reparaturkosten zusammen. Ein Fahrtenbuch habe er nicht geführt, da er das Fahrzeug allein zu betrieblichen Zwecken genutzt habe. Er überreichte eine zum 05.09.2015 fällige Rechnung iHv 94,43 EUR der I Versicherung für die Glas- und Hausratversicherung in der B-Straße 00 in S für die Zeit vom 04.09.2015 bis zum 04.03.2016 und eine weitere zum 01.10.2015 fällige Rechnung der A Insurance vom 22.08.2015 für eine Haftpflichtversicherung "Privat-Police" für die Zeit vom 01.10.2015 bis zum 01.10.2016 iHv 113,53 EUR. Anlässlich einer persönlichen Vorsprache gab der Kläger an, ein eigenes Geschäftskonto existiere nicht, so dass Abbuchungen über Konten von Bekannten vorgenommen würden; die Vorlage von Belegen gestalte sich daher schwierig. Die Telefonkosten seien fast ausschließlich beruflich verursacht.

Der Beklagte bewilligte mit endgültigem Bescheid vom 03.03.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 Leistungen von Mai 2015 bis Oktober 2015 für den Kläger und seine Ehefrau (Bedarf je 635,55 EUR [KdU 275,55 EUR kopfanteilig; Regelbedarf je 360 EUR]) iHv je 165,05 EUR und rechnete Einkommen iHv je 470,50 EUR an (Einkommen des Klägers iHv 1.241 EUR monatlich abzüglich gesetzlicher Freibeträge iHv 300 EUR, je zu ½ beim Kläger und seiner Ehefrau). Mit weiterem Bescheid vom 03.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.03.2017 forderte der Beklagte vom Kläger eine Erstattung überzahlter Leistungen iHv 2823 EUR.

Der Kläger hat am 22.03.2017 gegen den endgültigen Festsetzungsbescheid Klage erhoben. Eine weitere Klage hat sich gegen den Erstattungsbescheid gerichtet (S 50 AS 3672/16). Die vom Beklagten ermittelten Gewinne seien nicht entstanden. Der Beklagte habe übersehen, dass die in dem angegebenen Zeitraum erwirtschafteten Überschüsse mit den in den Vor- oder Nachperioden verursachten Kosten zu verrechnen seien. Diese Verfahrensweise sei ihm mit Schreiben des Beklagten vom 16.02.2016 zugesichert worden. Seit Beginn des Leistungsbezuges und während der durch ihn weitergeführten selbständigen Tätigkeit als Unternehmensberater seien mit dem jeweiligen Sachbearbeiter der Leistungsabteilung des Beklagten Regelungen und Vereinbarungen getroffen worden, ua auch zur Verteilung des Einkommens auf einen Zeitraum von zwölf Monaten. Demzufolge sei er in seinem Vertrauen auf den Bestand, die Rechtsverbindlichkeit und die Fortdauer der getroffenen Vereinbarungen schutzwürdig. Bei der Führung des Betriebes unterliege ein Unternehmer keinen Weisungen des Beklagten und handele insoweit eigenverantwortlich. Ob Kosten eines Unternehmens betriebsnotwendig seien, obliege nicht der Beurteilung des Beklagten. Die Nebenkosten des Geldverkehrs seien durch Vorlage der Bankabrechnungen nachgewiesen. Es entspreche den üblichen Bedingungen der Bankinstitute, für die Führung von Geschäftskonten Gebühren zu berechnen. Eine pauschale Ansetzung dieser Gebühren in Höhe eines monatlichen Betrages von 8 EUR bis 9 EUR sei angemessen. Einige Barbelege seien aufgrund ihrer Ausfertigung auf Thermopapier mit der Zeit unleserlich geworden. Dies sei materialbedingt und könne dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen. Die Telefonkosten

setzten sich aus Internetkosten, Kosten für Webseiten und das Autotelefon zusammen und seien ausschließlich betrieblich bedingt. Private Telefonate seien über ein privates Prepaid-Handy geführt worden.

Das Sozialgericht hat mit Beschluss vom 01.06.2018 das Verfahren mit dem Klageverfahren gegen den Erstattungsbescheid S 50 AS 3672/16 nach § 113 Abs. 1 SGG verbunden. 8

Der Kläger hat hinsichtlich des Festsetzungsbescheides schriftsätzlich beantragt, 9

den Bescheid vom 03.03.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, höhere Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015 nach weiterer Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. 10

Der Beklagte hat schriftsätzlich beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Der Beklagte hat auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid verwiesen. 13

Nachdem das Sozialgericht die Beteiligten zu einer Entscheidung durch Gerichtsbescheid angehört hat, hat es mit Gerichtsbescheid vom 25.06.2018 den Beklagten unter Abänderung des Bescheides vom 03.03.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 verurteilt, dem Kläger für die Zeit von Mai 2015 bis einschließlich Oktober 2015 Leistungen nach dem SGB II iHv 169,86 EUR monatlich zu gewähren, den an den Kläger gerichteten Erstattungsbescheid insoweit aufgehoben, als die Erstattung eines höheren Betrages als 2.794,14 EUR verlangt wird und die weitergehende Klage abgewiesen. 14

Der Kläger habe Anspruch auf Alg II im Zeitraum vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015 iHv 169,86 EUR monatlich anstatt des bewilligten Betrages iHv 165,05 EUR. Ein darüber hinausgehender Anspruch ohne Anrechnung von Einkommen bestehe nicht. Der Kläger sei hilfebedürftig nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 iVm § 9 Abs. 1 und 2 SGB II. Zur Bedarfsgemeinschaft gehörten im streitigen Zeitraum der Kläger und seine Ehefrau nach § 7 Abs. 3 Nr. 3a SGB II. Vom Bedarf der Bedarfsgemeinschaft (1.271,10 EUR) sei das monatliche Einkommen des Klägers nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II iHv 938,31 EUR abzüglich der Freibeträge nach § 11b Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 SGB II iHv insgesamt 300 EUR, verteilt auf den Kläger und dessen Ehefrau, jeweils zu ½, abzusetzen. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Alg II-V sei bei der Berechnung des Einkommens aus selbständiger Arbeit von den Betriebseinnahmen auszugehen. Betriebseinnahmen seien alle aus selbständiger Arbeit, Gewerbebetrieb oder Land- und Forstwirtschaft erzielten Einnahmen, die im Bewilligungszeitraum (§ 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II) tatsächlich zufließen, § 3 Abs. 1 Satz 2 Alg II-V. Das monatliche Einkommen des Klägers habe unter Berücksichtigung der tatsächlich zugeflossenen Betriebseinnahmen im streitigen Zeitraum 1.231,38 EUR betragen. Zur Berechnung des Einkommens seien von den Betriebseinnahmen die im Bewilligungszeitraum tatsächlich geleisteten notwendigen Ausgaben mit Ausnahme der nach § 11b SGB II abzusetzenden Beträge ohne Rücksicht auf steuerrechtliche Vorschriften abzusetzen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Alg II-V). Ausgehend von der selbständigen Tätigkeit als Unternehmensberater sei ein Bewilligungszeitraum von sechs Monaten maßgebend. Eine darüber hinausgehende Saldierung mit Vor- oder Nachzeiten sei nicht vorzunehmen. Aus § 3 Abs. 1 Satz 2 Alg-II V folge, das im Bewilligungszeitraum tatsächlich zufließendes Einkommen zu berücksichtigen sei. Zwar könne es im Einzelfall bei Einkünften eines Empfängers von Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende aus einem saisonal ausgeübten Gewerbe sachgerecht 15

sein, die dabei erwirtschafteten Einnahmen nicht auf die Monate der Einkommenserzielung, sondern auf einen Zeitraum von zwölf Monaten aufzuteilen. Diese Regelung sei unter Hinweis auf die Art der ausgeübten Tätigkeit eines Unternehmensberaters nicht einschlägig. Anderes folge auch nicht aus § 3 Abs. 5 Alg-II V a.F. Demnach soll, wenn aufgrund der Art der Erwerbstätigkeit eine jährliche Berechnung des Einkommens angezeigt sei, in die Berechnung des Einkommens nach den Absätzen 2 bis 4 auch Einkommen nach Absatz 1 Satz 1 einbezogen werden, das der oder die erwerbsfähige Leistungsberechtigte innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vor wiederholter Antragstellung erzielt hat, wenn der oder die erwerbsfähige Leistungsberechtigte darauf hingewiesen worden ist. Dies gelte nicht, soweit das Einkommen bereits in dem der wiederholten Antragstellung vorangegangenen Bewilligungszeitraum berücksichtigt wurde oder bei Antragstellung in diesem Zeitraum hätte berücksichtigt werden müssen. Soweit die vom Kläger ausgeübte Unternehmensberatung nach eigenem Vortrag Schwankungen unterliege, so sei diese ihrer Art nach nicht saisonabhängig oder sonstigen kalendarischen Besonderheiten unterworfen, wie etwa eine Eisdielen, die im Sommer erhebliche Gewinne verzeichnet und im Winter nicht betrieben wird. Auch aus dem Einwand des Klägers, es seien Regelungen getroffen worden, an die der Beklagte sich zu halten habe, ermöglichen keine andere Beurteilung. Denn seit dem Erstantrag im Jahre 2012 erfolge die Bewilligung in Zeiträumen von maximal sechs Monaten. Etwas anderes folge auch nicht aus dem nach Erlass des Bescheides verfassten Schreiben des Beklagten. Dieses erhalte nur den Hinweis, dass die Verpflichtung bestehe, zukünftig in Zeiten, in denen aufgrund saisonaler Mehreinnahmen keine Hilfebedürftigkeit vorliege, Rücklagen zu bilden, da diese bei einer nachfolgenden Leistungsgewährung dann im Regelfall zusätzlich und anspruchsmindernd zu berücksichtigen seien. Auch eine Zusicherung nach § 34 SGB X sei nicht nachgewiesen.

Zu Recht habe der Beklagte die Kosten für das betriebliche Kraftfahrzeug von 5.295,36 EUR bei der Ermittlung der Betriebsausgaben außer Betracht gelassen. Erhebliche Bedenken bestünden bereits in Bezug auf die Leasingraten iHv 573,89 EUR monatlich. Die Leasingraten spiegelten offensichtlich nicht die Lebensumstände während des Bezugs der Leistungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende wieder (§ 3 Abs. 3 S. 1 Alg II-V) bzw das Verhältnis der Raten zu den jeweiligen Erträgen stehe in einem auffälligen Missverhältnis (§ 3 Abs. 3 S. 3 Alg II-V). Darauf komme es jedoch nicht an, weil nicht nachgewiesen sei, dass es sich bei dem geleasteten E-Klasse Coupé um ein mindestens zu 50% betrieblich genutztes Fahrzeug handle. Gemäß § 3 Abs. 7 Satz 1 Alg II-V seien die tatsächlich geleisteten notwendigen Ausgaben für ein Kraftfahrzeug als betriebliche Ausgabe abzusetzen, wenn dieses überwiegend betrieblich genutzt werde. Nach § 3 Abs. 7 Satz 3 Alg-II V gelte ein Fahrzeug als überwiegend betrieblich genutzt, wenn es mindestens 50 % betrieblich genutzt werde. Bei überwiegend privater Nutzung seien die tatsächlichen Ausgaben keine Betriebsausgaben (§ 3 Abs. 7 S. 3 Alg-II V). Unstreitig sei im Jahr 2015 kein Fahrtenbuch geführt worden. Das für das Jahr 2007 überreichte Fahrtenbuch sei für den gegenständlichen Zeitraum unergiebig. Der Einwand des Klägers, er könne nicht im Nachhinein mit der objektiven Beweislast beschwert werden, weil kein Hinweis zur Beweislage und zur Notwendigkeit eines Fahrtenbuchs erfolgt sei, führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Anlage EKS werde seit 2012 erstellt. Der Beklagte habe ausgeführt: "Ihr Fahrzeug ist ein betriebliches Kraftfahrzeug, wenn Sie es mindestens zu 50 % betriebliche nutzen (Nachweis durch Fahrtenbuch)." Daraus folge, dass und zu welchem Zwecke ein Fahrtenbuch zu führen sei. Dies gelte insbesondere, da er im laufenden Verfahren noch ein Fahrtenbuch aus dem Jahre 2007 vorgelegt worden sei, so dass die erforderliche Handhabung bekannt gewesen sei. Die übrigen Positionen seien zwischen den Beteiligten unstreitig. Hinsichtlich der Berechnungen im Übrigen wird auf die Ausführungen des Sozialgerichts in dem Gerichtsbescheid verwiesen.

Für den Monat Juli 2015 seien höhere Betriebsausgaben - 771,99 EUR anstatt 714,25 EUR - und insgesamt für die Monate Mai 2015 bis einschließlich Oktober 2015 insgesamt 10.924,36 EUR anstatt 10.866,62 EUR anzuerkennen. Nach Gegenüberstellung mit den Betriebseinnahmen iHv 18.312,61 EUR ergebe sich ein Gewinn iHv 7.388,25 EUR - statt 7.445,99 EUR - und damit ein monatliches Einkommen von 1.231,38 EUR. Davon seien Freibeträge gemäß § 11b Abs. 2, Satz 1 und Abs. 3 SGB II iHv 300 EUR abzusetzen. Das zu berücksichtigende Einkommen iHv 931,38 EUR sei nach der Bedarfsanteilmethode jeweils zu ½ bei dem Kläger und dessen Ehefrau anzurechnen. Der Bedarf von je 635,55 EUR reduziere sich damit um je 465,69 EUR, so dass ein ungedeckter Bedarf von insgesamt 339,72 EUR und damit je 169,86 EUR verbleibe.

Gegen den am 28.06.2018 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die am 13.07.2018 erhobene Berufung des Klägers. Der Kläger begehrt weiterhin die Aufteilung seiner erwirtschafteten Einnahmen auf einen Zeitraum von zwölf Monaten. Die dem Gewerbe eigenen Spezifika des Betriebsablaufs und deren Gesetzmäßigkeit, Akquise von Aufträgen bei gleichzeitigem Anfall von Betriebsausgaben ohne Gewinn und Durchführung der Projekte mit Gewinnerzielung ohne Kundenwerbung erfordere eine Saldierung mit Vor- und Nachzeiten über einem Zeitraum von einem Jahr. In der freien Marktwirtschaft seien die unternehmerische Tätigkeit weder planbar noch die Zahlungsmoral der Kunden vorhersehbar. Aus der Übersicht der Einnahmen und Ausgabenübersicht von 2012 bis 2016 folge anschaulich, dass es nicht sachgerecht sei, die ertragreichen Perioden herauszupicken. Die zugrunde zu legenden Zeiträume würden allein von den Kunden und deren Beratungsbedarf bestimmt. Es sei ein Vergleich mit Bau- und Landwirtschaftsbetrieben angezeigt. Die Bestimmungen in der Alg-II-V seien wohl Relikte aus der Zeit der "I-AG" und Kleingewerbetreibenden zu Beginn der 2000er Jahre. Das Finanzamt habe das Nutzungsverhalten des PKW nach der 1 % Methode errechnet. Ein weiteres Fahrzeug habe sich nicht in seinem Besitz befunden. Das Aufsuchen der Mandanten sei an deren Betriebsstätten erfolgt. Dafür sei der PKW genutzt worden. Einkäufe für den Lebensunterhalt seien mit dem Fahrrad oder zu Fuß erledigt worden. Bei einer Fahrleistung von 500 km/monatlich sei der private Nutzungsanteil unter 50 % gewesen. Die Art der Gewinnerzielung sei vom Beklagten mit Schreiben vom 16.02.2016 zugesichert worden. Dies sei als Bestätigung zu der zuvor mündlich getroffenen Vereinbarung zu werten.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 25.06.2018 zu ändern und den Bescheid vom 03.03.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 abzuändern und ihm höhere Leistungen nach dem SGB II für die Zeit vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015 zu bewilligen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verweist auf den angefochtenen Gerichtsbescheid. Mit Schreiben aus Februar 2016 sei keine Zusicherung bzgl einer zwölf Monate umfassenden Einkommensermittlung gegeben worden. Vielmehr handele es sich nur um einen Hinweis, bei eventuell saisonbedingten Mehreinnahmen Rücklagen für Monate mit geringeren oder keinen Einnahmen zu bilden. Aus dem sich in der Akte befindlichen Gesprächsvermerk ergebe sich, dass der Kläger wohl nicht gewillt gewesen sei, ein Fahrtenbuch zu führen.

Das Amtsgericht B hat mit Beschluss vom 21.11.2018 über das Vermögen des Klägers das Insolvenzverfahren eröffnet (xxx). Das Berufungsverfahren war zunächst unterbrochen. Nach Wiederaufnahme hat der Senat die Berufungen gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 25.06.2018 betreffend den Erstattungsbescheid vom 03.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.12.2016 einerseits und den Bewilligungsbescheid vom 03.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 andererseits getrennt. Bzgl des Erstattungsbescheides vom 03.03.2016 verbleibt es bei der mit richterlichem Hinweis vom 21.01.2019 festgestellten Verfahrensunterbrechung. Die Berufung des Klägers gegen den Bewilligungsbescheid vom 03.03.2016 ist Gegenstand des nicht unterbrochenen Verfahrens.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 124 Abs. 2 SGG erklärt. 25

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, die beigezogene Akten über das parallele Streitverfahren der Ehefrau des Klägers gegen den Beklagten (L 7 AS 115/19) und die Verwaltungsakten verwiesen. 26

Entscheidungsgründe: 27

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten sich hiermit einverstanden erklärt haben (§ 124 Abs. 2 SGG). 28

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist ein Anspruch des Klägers auf höhere Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (Bescheid vom 03.03.2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017) vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015 als 169,86 EUR monatlich. Der Kläger verfolgt sein Begehren zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage. 29

Der Rechtmäßigkeit der endgültigen Leistungsfestsetzung nach § 40 SGB II iVm § 328 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB III steht nicht entgegen, dass über das Vermögen des Klägers am 21.11.2018 das Verbraucherinsolvenzverfahren eröffnet worden ist. Denn insoweit ist zwischen der endgültigen Leistungsfestsetzung und der Erstattung zu differenzieren. Nach § 38 InsO handelt es sich bei den aus der endgültigen Leistungsfestsetzung resultierenden Erstattungsansprüchen um Insolvenzforderungen. Eine Insolvenzforderung liegt vor, wenn zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein begründeter Vermögensanspruch gegen den Schuldner bestand (LSG Niedersachsen-Bremen Urteil vom 27.03.2019 - L 13 AS 234/17). Dies ist der Fall, wenn der anspruchsbegründende Tatbestand bereits vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen worden war (BGH Beschluss vom 07.04.2005 - IX ZB 129/03). Ein Erstattungsanspruch aufgrund von § 328 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB III ist danach als Insolvenzforderung zu qualifizieren, wenn der maßgebliche Leistungszeitraum wie hier (Mai 2015 bis Oktober 2015) vor dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (hier November 2018) liegt. Dem hat der Senat Rechnung getragen; das Verfahren hinsichtlich des Erstattungsbescheides vom 03.03.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.03.2017 ist unterbrochen. Die endgültige Leistungsfestsetzung hingegen ist Grundlage für das Entstehen der Erstattungsforderung des Beklagten gegenüber dem Kläger, die dann gem. § 87 InsO ausschließlich nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgt werden kann. Die endgültige Leistungsfestsetzung ist damit zwingende Voraussetzung für das Entstehen einer im Insolvenzverfahren berücksichtigungsfähigen Forderung und wird daher nicht durch die Vorschriften der InsO ausgeschlossen (LSG Niedersachsen-Bremen Urteil vom 27.03.2019 - L 13 AS 234/17; LSG Sachsen-Anhalt Urteil vom 09.10.2014 - L 5 AS 673/13). Die zulässige 30

Berufung ist unbegründet. Zu Recht und in zutreffendem Umfang hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Der Senat verweist auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts im angegriffenen Gerichtsbescheid, denen er sich anschließt (§ 153 Abs. 2 SGG).

Das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren führt nicht zu einer abweichenden Entscheidung. Das Sozialgericht hat zutreffend gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 Alg II-V nur das Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit des Klägers im sechsmonatigen Bewilligungszeitraum nach § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II in der bis zum 31.07.2016 gF (aF), hier vom 01.05.2015 bis zum 31.10.2015, berücksichtigt. Gem. § 3 Abs. 1 S. 2 Alg II-V sind Betriebseinnahmen alle aus selbstständiger Arbeit erzielten Einnahmen, die im Bewilligungszeitraum tatsächlich zufließen. 31

Entgegen der Rechtsansicht des Klägers kann nicht abweichend hiervon nach § 3 Abs. 5 Satz 1 Alg II-V in der bis zum 31.07.2016 gF (aF) eine jährliche Betrachtung vorgenommen werden. § 3 Abs. 5 Alg II-V aF bestimmte: Ist auf Grund der Art der Erwerbstätigkeit eine jährliche Berechnung des Einkommens angezeigt, soll in die Berechnung des Einkommens nach den Absätzen 2 bis 4 auch Einkommen nach Absatz 1 Satz 1 einbezogen werden, das der oder die erwerbsfähige Leistungsberechtigte innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vor wiederholter Antragstellung erzielt hat, wenn der oder die erwerbsfähige Leistungsberechtigte darauf hingewiesen worden ist. Dies gilt nicht, soweit das Einkommen bereits in dem der wiederholten Antragstellung vorangegangenen Bewilligungszeitraum berücksichtigt wurde oder bei Antragstellung in diesem Zeitraum hätte berücksichtigt werden müssen. Die von dem Kläger begehrte Rechtsfolge - einkommensmindernde Berücksichtigung von Mindereinnahmen außerhalb des Bewilligungszeitraums - lässt sich aus dieser Bestimmung nicht herleiten. Vielmehr regelt § 3 Abs. 5 Alg II-V aF umgekehrt, dass bei Saisonbetrieben Einkommen, das außerhalb des sechsmonatigen Bewilligungszeitraums zugeflossen war, abweichend von § 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 bis 4 Alg II-V ausnahmsweise einkommenserhöhend auch im Bewilligungszeitraum anzusetzen ist, um eine Privilegierung von Saisonbetrieben in den einkommensschwachen Monaten zu vermeiden. Dies folgt aus der Begründung des BMAS zur Alg II-V vom 27.11.2007, in der ausgeführt wird: "Bedingt die Eigenart der Erwerbstätigkeit, zum Beispiel bei einem Saisonbetrieb wie einer Eisdiele, dass die Einnahmen jahresbezogen zu betrachten sind, weil üblicherweise im Laufe des Jahres stark schwankende Einnahmen zu verzeichnen sind, soll auch solches Einkommen ergänzend Berücksichtigung finden, das in der Saisonzeit oberhalb der Bedarfsgrenze zur Verfügung stand, also bei jährlicher Berechnung zu berücksichtigen gewesen wäre. Damit wird eine ‚Leistungsoptimierung‘ durch gezielte Antragstellung nach Ende einer Saison vermieden" (in diesem Sinne auch Söhngen, in: JurisPK SGB II, § 11 Rn. 61). 32

Abgesehen davon stellt der Betrieb des Klägers keinen Betrieb dar, der unter den Anwendungsbereich von § 3 Abs. 5 Alg II-V aF fällt. Anwendungsvoraussetzung dieser Bestimmung ist eine Erwerbstätigkeit, deren Eigenart eine jahresbezogene Betrachtung erfordert. Hierunter fallen Saisonbetriebe wie z.B. Eisdielen, Strandkorbvermietungen, Skilifte, Kioske an Sommer- oder Winterausflugszielen oder Landwirte, die die Einnahmen nur mit einer Ernte erzielen (Mecke in Eicher/Spellbrink, SGB II, 4. Aufl., § 13 Rn. 62). Der von dem Kläger ausgeübte Gewerbebetrieb "Unternehmensberatung" zählt hierzu nicht. Das Einkommen aus der unternehmerischen Tätigkeit mag zwar - wie es bei Selbständigen generell üblich ist - Schwankungen unterworfen gewesen sein; jedoch ist das Kerngeschäft unter Berücksichtigung des Vortrags des Klägers im Berufungsverfahren gerade nicht vergleichbar mit jahreszeitlich bedingten saisonalen Betrieben. Denn der Kläger konnte den Ablauf und die Struktur seiner unternehmerischen Tätigkeit planen und beeinflussen und war 33

nicht ausschließlich dem jahreszeitlichen und witterungsbedingten Ablauf eines Saisonbetriebes unterworfen. Zudem ist die Einnahmen- und Ausgabensituation des Klägers nach den vorliegenden Unterlagen in tatsächlicher Hinsicht gerade nicht vergleichbar mit einem landwirtschaftlichen Betrieb wie zB dem Spargelanbau, der ausschließlich ca 3,5 Monate Einnahmen und ansonsten nur Ausgaben verzeichnet.

Das Begehren, die Kosten für das Fahrzeug iHv 5.295,36 EUR bei der Ermittlung der Betriebsausgaben zu listen, ist nicht begründet. Zwar steht die Finanzierungsweise als solche, d.h. das Leasen eines Fahrzeuges, einer Berücksichtigung nicht entgegen (BSG Urteil vom 05.06.2014 - B 4 AS 31/13 R). Jedoch verbietet bereits § 3 Abs. 3 Satz 1 Alg II-V aF die Berücksichtigung. Danach sind tatsächliche Ausgaben nicht abzusetzen, soweit diese ganz oder teilweise vermeidbar sind oder offensichtlich nicht den Lebensumständen während des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II entsprechen. Nach individueller Wertung und Prüfung entsprechen bei einer Laufleistung von 500 km monatlich und einer monatlichen Leasingrate von 573,89 EUR die Kosten nicht den Lebensumständen während der Existenzsicherung. Zudem ist auch fraglich, ob das Fahrzeug E-Klasse Coupé mindestens zu 50 % betrieblich genutzt wurde iSv § 3 Abs. 7 Satz 1 Alg II-V. Wird ein Kraftfahrzeug überwiegend privat genutzt, sind die tatsächlichen Ausgaben keine Betriebsausgaben, § 3 Abs. 7 Satz 3 Alg II-V. Die Beweislast hierfür trägt der Unternehmer. Der Nachweis für die betriebliche bzw die überwiegend betriebliche Nutzung des Fahrzeuges ist vorliegend nicht erbracht. Für das Kalenderjahr 2015 hat der Kläger kein Fahrtenbuch geführt.

34

Auch der Vortrag des Klägers, eine jahresbezogene Beurteilung und die Anerkennung der Leasingrate sei wegen der in der Vergangenheit getroffenen Verabredungen und der darauf basierenden Praxis angezeigt, führt zu keiner abweichenden Beurteilung der Betriebsausgaben. Zum einen ergibt sich zB aus dem Widerspruchsbescheid vom 01.02.2016, dass auch bereits für den Zeitraum Mai 2013 bis Oktober 2013 über die Berücksichtigung eines Bewilligungszeitraums von zwölf Monaten in Abweichung von § 41 Abs. 1 Satz 4 SGB II gestritten wurde. Zum anderen enthält der Vordruck EKS zu den Betriebsausgaben, B 5 "Kraftfahrzeug" den Hinweis, dass "ein Fahrzeug dann ein betriebliches Fahrzeug ist, wenn es zu 50 % betrieblich genutzt wird und der "Nachweis durch Fahrtenbuch" erfolgt. Eine entsprechende Information erhielt der Kläger bereits in Zusammenhang mit der Anlage EKS für den Zeitraum August 2012 bis Februar 2013.

35

Darüber hinausgehende Einwendungen zu den Einzelpositionen bei den Betriebsausgaben sind nicht vorgebracht bzw hinsichtlich Telefonkosten und Kundengeschenken nicht belegt worden. Der Senat ist insoweit nicht zu weiteren Ermittlungen von Amts verpflichtet. Eine Ermittlung ins Blaue hinein findet nicht statt (BSG Urteile vom 20.04.2016 - B 6 SO 05/15 R und vom 18.02.2010 - B 4 AS 29/09 R)."

36

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

37

Gründe, die Revision zuzulassen (§ 160 Abs. 2 SGG), liegen nicht vor.

38