

S 14 AS 128/15

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
SG Aachen (NRW)
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
14

1. Instanz
SG Aachen (NRW)
Aktenzeichen
S 14 AS 128/15

Datum
24.11.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen

-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Der endgültige Leistungs- und Erstattungsbescheid vom 13.11.2014 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 07.01.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.01.2015 wird aufgehoben, soweit der Zeitraum von April bis August 2014 betroffen ist. Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Kläger dem Grunde nach.

Tatbestand:

Streitgegenstand ist eine endgültige Leistungsfestsetzung für den Bewilligungszeitraum März bis August 2014 bei Festsetzung einer Erstattungsforderung in vollständiger vorläufiger Leistungshöhe für die Monate April bis August 2014.

Die Kläger zu 1) und 2) sind verheiratet, der Kläger zu 3) ist der minderjährige Sohn der Kläger zu 1) und 2). Die Kläger beantragten am 11. März 2014 nach einem Umzug von I nach E in die Nstraße 00 als Bedarfsgemeinschaft Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende beim Beklagten. Der Kläger zu 1) legte eine Anlage zum Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit ohne Eintragungen vor. Am 17.03.2014 reichte der Kläger zu 1) einen Businessplan und eine Rentabilitätsvorschau ein.

Er befand sich zu diesem Zeitpunkt in der Vorbereitung der Aufnahme eines selbstständigen Gewerbes, einem "Hausmeisterservice und Montagedienstleister für Kabeltrassen", das am 14.04.2014 ins Handelsregister eingetragen wurde und das er seit dem 17.04.2014 gemeinsam mit seinen Cousin, Herrn B C als weiteres Gesellschafter in der Rechtsform einer Unternehmensgesellschaft (UG) betreibt. Auch der Mitgesellschafter stand im streitbefangenen Zeitraum im Leistungsbezug beim Beklagten. Ausweislich des im März 2014 geschlossenen notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrages (GV) sind die beiden Gesellschafter mit paritätischen Gesellschaftsanteilen (§ 4 GV) zugleich einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der "Dürener Montageservice UG (haftungsbeschränkt)". Geschäftsjahr der Gesellschaft ist das Kalenderjahr (§ 3 GV). Gesellschafterbeschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen nach Geschäftsanteilen gefasst (§ 8 GV). Jeder Gesellschafter kann das Gesellschaftsverhältnis mit einer Frist von sechs Monaten zum Ende eines Geschäftsjahres kündigen (§ 13 GV). Für die UG besteht ein Geschäftskonto, über dessen Guthaben beide Gesellschafter allein und ohne Limit Verfügungsberechtigt sind. Gewinnausschüttungen wurden im streitgegenständlichen Zeitraum von den Gesellschaftern der UG nicht beschlossen und nicht vorgenommen.

Mit Bescheid vom 26.02.2014 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 12.05.2014, 16.05.2014 und 17.07.2014 bewilligte der Beklagte den Klägern Leistungen vorläufig und vorbehaltlich einer späteren endgültigen Festsetzung als Vorschuss (letztlich) ohne Berücksichtigung eines Einkommens des Klägers zu 1). Eine endgültige Berechnung sei erst im Anschluss an den Nachweis des tatsächlichen Einkommens im Bewilligungszeitraum möglich.

Im Juni 2014 meldete sich der Steuerberater des Klägers zu 1) beim Beklagten und wies darauf hin, dass der Kläger zu 1) bei ungewisser Auftragslage aktuell noch keine Einkünfte aus der UG erziele. Er führte aus, die UG sei eine eigene Rechtspersönlichkeit und etwaige Gewinne könnten deshalb nicht den Gesellschaftern zugeschrieben werden. Dies geschehe erst im Rahmen von Gehaltszahlungen oder Gewinnausschüttungen.

Im September 2014 reichte der Kläger zu 1) einen betriebswirtschaftlichen Kurzbericht für den Zeitraum April bis August 2014 beim Beklagten ein.

Mit Schreiben vom 24.10.2014 forderte der Beklagte die Kläger zu 1) und 2) u. a. zur Vorlage einer Summen- und Saldenliste zum Betriebswirtschaftlichen Kurzbericht auf. Es werde beabsichtigt, Einkünfte nach Aktenlage zu ermitteln und anschließend die Leistungen für den

Zeitraum von April bis August 2014 vollständig zurückzufordern. Hierzu werde Gele-genheit zur Äußerung gegeben.

Unter dem 13.11.2014 erließ der Beklagte einen "Änderungsbescheid", gerichtet an die Kläger zu 1) und 2), und setzte den Leistungsanspruch der Kläger auf der Grundlage von § 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X), insoweit unter Aufhebung seines vorangegangenen Bewilligungs-/ Änderungs-bescheides für den Monat März 2014 in Höhe von 915,18 EUR fest. Für den Zeitraum von April bis August 2014 ergebe sich kein Anspruch auf Leistungen. Der Gewährleistungs-zeitraum von März bis August 2014 bleibe unberührt. Von April bis August 2014 seien Leistungen zu Unrecht gezahlt worden. Der Überzahlungsbetrag von 4.557,90 EUR sei von den Adressaten zu erstatten. Bei der Einkommensermittlung seien die eingereichten Un-terlagen zu Grunde gelegt worden. Lediglich die Position "Abschreibungen" sei auf der Ausgabenseite unberücksichtigt geblieben. Den so ermittelten Gewinn teilte der Beklagte im Hinblick auf den Geschäftsanteil des Mitgesellschafters an der UG durch zwei. Der Be-scheid enthielt einen entsprechenden Berechnungsbogen, aus dem ersichtlich war, dass der Beklagte von einem durchschnittlichen Einkommen des Klägers zu 1) von 1299,88 EUR monatlich ausging.

Hiergegen legten die Kläger über Ihren Bevollmächtigten am 25.11.2014 Widerspruch ein. Der Kläger zu 1) habe zwischen April und August keine Einnahmen aus der UG gehabt. Erst seit September 2014 erhalte er ein Geschäftsführergehalt. Aus dem vorliegenden Kurzbericht des Steuerberaters ergebe sich, dass das Betriebsergebnis im August 2014 negativ gewesen sei.

Mit einem weiteren "Änderungsbescheid" vom 07.01.2015, der an alle Kläger adressiert wurde, modifizierte der Beklagte seine Entscheidung vom 13.11.2014 dahingehend, dass er für jede Person der Bedarfsgemeinschaft die Erstattungsforderung nach einzelnen Mo-naten aufschlüsselte und nach Personen getrennte Erstattungsfestsetzungen auf der Grundlage des § 328 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung i.V.m. § 40 SGB II verfügte.

Sodann wies er den Widerspruch der Kläger mit Widerspruchsbescheid vom 07.01.2015 als unbegründet zurück. Bei dem angefochtenen Bescheid handele es sich um eine ab-schließende Entscheidung über die Leistungen des Bewilligungszeitraumes von März bis August 2014. Das Einkommen der Kläger sei im Zeitraum von April bis August 2014 be-darfsdeckend gewesen.

Hiergegen haben die Kläger über ihren Bevollmächtigten am 10.02.2015 Klage erhoben. Der Beklagte gehe zwar in Bezug auf das Betriebsergebnis zunächst von zutreffenden Gewinnen und Verlusten aus. Von dem Betriebsergebnis unter Berücksichtigung der Ab-schreibungen seien jedoch noch 30 % Steuern abzuziehen. Darüber hinaus seien bei ei-ner UG 25 % in eine Gewinnrücklage zu investieren, solange die Gesellschaft kein einge-tragenes Stammkapital in Höhe des Mindeststammkapitals von 25.000 EUR habe. Bilde die UG entgegen des gesetzlichen Gebotes trotz eines Gewinnes keine Rücklagen, so habe dies die Nichtigkeit des Jahresabschlusses analog § 253 Abs. 1 S. 1 Aktiengesetz zur Folge. Ein Geschäftsführer, der Auszahlungen trotz des nichtigen Verwendungszuschus-ses zulasse, hafte gem. § 43 GmbH-Gesetz persönlich. Gesellschafter hätten einen derartig ausgeschütteten Gewinn zurück zu gewähren. Damit reduzierten sich die Einnahmen auf 7105,42 EUR, gleichmäßig auf die beiden Gesellschafter der UG verteilt. Auf fünf Monate verteilt betrage das Einkommen des Klägers zu 1) durchschnittlich 592,12 EUR. Nach dem Gesellschaftsvertrag könnten Beschlüsse indes auch nur mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Damit könne eine Gewinnausschüttung auch nur durch beide Gesellschafter erfolgen. Ein entsprechender Beschluss sei aber nicht gefasst worden. Tatsächlich sei letztlich kein Einkommen des Klägers zu 1) erzielt worden.

Der Bevollmächtigte der Kläger beantragt,

den endgültigen Leistungs- und den Erstattungsbescheid vom 13.11.2014 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 07.01.2015 in Gestalt des Widerspruchs-bescheides vom 07.01.2015 aufzuheben.

Der Vertreter des Beklagten beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er bezieht sich auf die Darlegungen im Widerspruchsbescheid. Der Gewinn der UG im streitigen Zeitraum sei zur Hälfte als Einkommen des Klägers zu 1) aus selbstständiger Tätigkeit zu berücksichtigen. Da auch der Mitgesellschafters des Klägers zu 1) im Leis-tungsbezug nach dem SGB II gestanden habe, hätten die Gesellschafter über einen Ge-winnvortrag beschließen müssen. Unter diesem Gesichtspunkt seien die aus dem einzig vorgelegten betriebswirtschaftlichen Kurzbericht zu entnehmenden Gewinne bereite Mittel gewesen.

Das Gericht hat den Sachverhalt in Bezug die Einkommen- und Vermögensverhältnisse der Kläger weiter aufgeklärt. Weitere Unterlagen zum Gewinn der UG des Klägers zu 1) haben die Kläger trotz mehrfacher Aufforderungen nicht vorgelegt. Den Mitgesellschafters des Klägers zu 1) in der UG hat die Kammer als Zeugen vernommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitverhältnisses wird auf die beigezo-gene Leistungsakte des Beklagten und die Gerichtsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Kammer legt den Klageantrag dahingehend aus, dass der angefochtene Bescheid nur im tenorierten Umfang angefochten worden ist. Es ist für die Kammer offensichtlich, dass die endgültige Leistungsfestsetzung für den Monat März 2014 nicht beanstandet werden sollte. Für diesen Monat erfolgte die endgültige Leistungsfestsetzung nämlich oh-ne Anrechnung von Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit des Klägers zu 1), gegen die sich mit der vorliegenden Klage ausschließlich gewendet wird. Entsprechend ist auch kein Verpflichtungs- oder Leistungsantrag auf die endgültige Gewährung höherer Leistun-gen kombiniert worden.

II. Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet.

Der endgültige Bewilligungs- und der Erstattungsbescheid vom 13.11.2014 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 07.01.2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.01.2015 sind rechtswidrig, soweit sie den Zeitraum von April bis August 2014 betreffen. Sie

beschweren die Kläger insoweit im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

1. Die Leistungsablehnung für den Zeitraum von April bis August 2014 ist rechtswidrig.

a) Der Beklagte konnte zwar den Anspruch der Kläger auf Leistungen nach dem Sozial-gesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) im streitigen Zeitraum ohne Bindung an vorangegangene Entscheidungen festsetzen. Die Bewilligungen mit Bescheid vom 26.03.2014 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 12.05.2014, 16.05.2014 und 17.07.2014 sind wegen der tatsächlichen Ungewissheiten im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Hilfebedürftigkeit ausdrücklich als vorläufige Entscheidungen (vgl. [§ 40 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1a SGB II](#) i.V.m. [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung) nicht nur im Hinblick auf die Höhe, sondern die Leistung dem Grunde nach erfolgt. Die vorläufigen Entscheidungen konnten also durch die endgültige – für die Zeit von April bis August 2014 ablehnende – Entscheidung ersetzt werden, ohne dass es einer Aufhebung der vorläufigen Entscheidungen (und damit ggf. einer Vertrauensschutzprüfung) bedurfte.

Der klägerseitig auch so verstandene Wille des Beklagten zu einer endgültigen Entscheidung in diesem Sinne kommt letztlich hinreichend bestimmt i. S. d. [§ 33 Abs. 1 SGB X](#) zum Ausdruck (vgl. in Bezug auf den Ausgangsbescheid allerdings: BSG, Urteil vom 29. April 2015 – [B 14 AS 31/14 R](#) –, SozR 4, Rn. 25). Der Widerspruchsbescheid vom 07.01.2015 legt mit rückwirkender Heilung (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.06.2006 – [4 B 32/06](#), juris, Rn. 1; Engelmann, von Wulffen/ Schütze, SGB X, § 33, Rn. 16a) zuletzt un-missverständlich dar, dass abschließende Entscheidungen für den Bewilligungszeitraum von März bis August 2014 getroffen worden sind.

b) Die Kläger haben aber einen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II - ohne An-rechnung eines Einkommens des Klägers zu 1).

Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) erhalten Personen Leistungen, die das 15. Lebensjahr vollendet und das 65. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (Nr. 1), die erwerbsfähig (Nr. 2) und hilfebedürftig (Nr. 3) sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben (Nr. 4). Leistungen erhalten gem. [§ 7 Abs. 2 S. 1 SGB II](#) auch Perso-nen, die mit erwerbsfähigen Leistungsberechtigten in einer Bedarfsgemeinschaft leben. Im Falle der Kläger, die eine Bedarfsgemeinschaft nach [§ 7 Abs. 3 Nr. 1](#) und 3 a), [4 SGB II](#) bilden, ist einzig die Voraussetzung der Hilfebedürftigkeit streitig.

Nach [§ 9 Abs. 1 SGB II](#) ist hilfebedürftig, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht aus-reichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen erhält. Bei Personen, die in einer Bedarfsgemeinschaft leben sind gem. [§ 9 Abs. 2 S. 1 SGB II](#) auch das Einkommen und das Vermögen des Partners zu berücksichtigen. Gleiches gilt nach S. 2 für minderjährige unverheiratete Kinder wie den Kläger zu 3) in Bezug auf Einkommen und Vermögen der Eltern.

Nach [§ 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#) sind als Einkommen zu berücksichtigen Einnahmen in Geld oder Geldeswert abzüglich der nach § 11 b abzusetzenden Beträge mit Ausnahme der in § 11 a genannten Einnahmen, demnach etwa auch Einkünfte aus Kapitalerträgen, selbständiger und nichtselbständiger Arbeit. Vom Vermögen ist das Einkommen nach der sog. modifizierten Zuflusstheorie grds. durch den Zeitpunkt der Antragstellung abzugren-zen. Einkommen ist – vorbehaltlich normativer Korrekturen – alles, was jemand nach An-tragstellung wertmäßig dazu erhält, und Vermögen das, was er vor ihr bereits hatte (Gei-ger, in: Münder, LPK-SGB II, 5. Aufl. 2013, § 11, Rn. 19).

Kein Einkommen in diesem Sinne ist der auf die Gesellschaftanteile des Klägers zu 1) entfallende Anteil am Betriebsergebnis der Dürener Montageservice UG in der Zeit von April bis August 2014.

Soweit die Kläger, bestätigt durch die Aussage des Zeugen C, den Mitgesellschafter des Klägers zu 1), erklärt haben, bedingt durch Investitionen u. a. habe im streitgegenständli-chen Zeitraum überhaupt kein ausschüttbarer Unternehmensgewinn vorgelegen, konnten sie damit nicht gehört werden. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass der im be-triebswirtschaftlichen Kurzbericht aus dem September 2014 ausgewiesene Gewinn für die Zeit von April bis August 2014 nicht dem tatsächlich liquiden Unternehmensgewinn ent-sprochen hat. Da die Kläger trotz Aufforderung sowohl des Beklagten im Verwaltungsver-fahren als auch des Gerichts aber keine weiteren Unterlagen beigebracht haben, haben sie eine bessere Erkenntnis selbst verhindert.

Die Frage ob, ggfs. in welchen Fällen und auf welche Weise der Gewinn einer Perso-nen(außen)gesellschaft (z. B GbR, OHG, PartG, KG) oder einer Kapitalgesellschaft (GmbH, UG, Ltd) als Einkommen eines Gesellschafters für dessen bzw. den grundsiche-rungsrechtlich relevanten Bedarf der mit ihm in Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen zu berücksichtigen ist, ist bislang Gegenstand verhältnismäßig weniger gerichtlicher Ent-scheidungen und anderer Veröffentlichungen gewesen.

aa) Der 14. Senat des Bundessozialgerichts hat mit Urteil vom 22.08.2013 ([B 14 AS 1/13 R](#), juris, Rn. 23) den 16. Senat des Bayerischen Landessozialgerichts (Urteil vom 21.03.2012 – [L 16 AS 789/10](#), juris, Rn. 49 f. = [NZS 2012, 676](#), zuvor bereits SG Mün-chen, Urt. v. 23.06.2010 – [S 22 AS 1911/09](#)) jedenfalls darin bestätigt, dass der im Bewilli-gungszeitraum erzielte Gewinn einer Kommanditgesellschaft (KG) grundsicherungsrecht-lich als Einkommen des Alleingesellschafters aus selbstständiger Erwerbstätigkeit anzu-sehen sei. Zwar handele es sich bei der KG um eine rechtlich selbstständige Personen-gesellschaft, maßgeblich sei indes, dass der Kläger als alleiniger Gesellschafter (und Ge-schäftsführer der Komplementär GmbH) gesellschaftsrechtlich unabhängig vom Willen anderer über Entnahmen habe entscheiden können. Hänge die Verwendung von Einnah-men der Gesellschaft allein vom Willen des Gesellschafters (vgl. [§ 161 Abs. 2 i. V. m. § 122 Abs. 2](#) Handelsgesetzbuch [HGB]) ab, rechtfertige dies, ihm das Einkommen (resp. den Gewinn) der Gesellschaft als eigenes Einkommen im Sinne des [§ 11 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) zuzurechnen. Dieser wertenden Zurechnung liegt nach Auffassung des 16. Senates des Bayerischen LSG ein ähnlicher Gedanke zugrunde, wie der Rechtsprechung, die die Tä-tigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers für seine Gesellschaft unter bestimmten Vo-raussetzungen (z. B. wenn er über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile oder über die Sperrminorität verfügt) nicht als abhängige Beschäftigung i. S. d. § 7 Abs. 1 Sozialgesetz-buch Viertes Buch (SGB IV), sondern als selbstständige Arbeit ansieht, weil der Gesell-schafter-Geschäftsführer beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt (Bay LSG. a.a.O. unter Zitat von BSG, [SozR 4-2400 § 7 Nr. 8](#); BSG, Urteil vom 22.08.2013 – [B 14 AS 1/13 R](#), juris, Rn. 23). Ausdrücklich offen gelassen hat der 14. Senat des BSG, was im Einzelnen zu gelten habe, wenn weitere Personen an einer KG beteiligt seien.

bb) Dieser Einordnung ist zuzustimmen. Einkommen ist jeder dauerhafte wertmäßige Zu-wachs in Geld oder Geldeswert desjenigen, bei dem sie eine positive Änderung des Ver-mögensbestandes bewirken. Dass dies im Falle einer Personengesellschaft zuletzt der

Gesellschafter nicht aber (etwa bis zur Entnahme bzw. Gewinnverteilung) die Gesellschaft selbst ist, auch wenn sie ein selbstständiges Rechtssubjekt ist, vgl. [§§ 124 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB](#) (vgl. Haas in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 124, Rn. 1), lässt sich mit dem BSG zunächst mit dem steuerrechtlichen Transparenzprinzip – wie es u. anderem in § 15 Abs. 1 (S. 1 Nr. 2) Einkommensteuergesetz (EStG) (vgl. BSG, a.a.O.; s. auch [§ 1 Abs. 1 S. 1 EStG](#)) zum Ausdruck kommt – begründen. Danach sind u. a. die Gewinnanteile der selbstständigen (vgl. dazu: Bode, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, Stand 08/2015, [§ 15 EStG](#), Rn. 202 m. w. Nachw.) Gesellschafter einer Personengesellschaft als Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb anzusehen. Da zur Abgrenzung der Einkunftsarten im Grundsicherungsrecht voneinander das Steuerrecht herangezogen wird, folgt aus [§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG](#) auch die Zuordnung der Einnahmen der Personengesellschaft als Einkommen des Gesellschafters aus selbstständiger Tätigkeit (Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 287).

Bei der Frage, wann der gesellschaftliche Ertrag sich beim Gesellschafter als Einkommen realisiert ist jedoch zunächst zu beachten, dass gem. [§ 121 Abs. 1, 3 HGB](#) der Gewinnanspruch grds. mit der Feststellung des Jahresabschlusses und des darin ausgewiesenen Gewinns entsteht. (Eines eigenständigen, weitergehenden Beschlusses der Gesellschafter bedarf es dabei nicht (Haas in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, [§ 121 HGB](#), Rn. 1)). Soweit allerdings von dieser dispositiven Regelung gesellschaftsvertraglich nicht etwa zugunsten eines Vorabgewinns abgewichen wird, oder so-gar eine Gewinnverteilung (temporär) ausgeschlossen wird, findet unter Umständen ein tatsächlicher Zufluss beim Gesellschafter (bspw. auf dessen Konto) im Bedarfszeitraum nicht statt (vgl. Sächsisches LSG, Beschluss vom 16.04.2013 – [L 3 AS 1311/12 B ER](#), juris, Rn. 32). Grundsicherungsrechtlich zu berücksichtigen ist Einkommen jedoch nur, wenn es vom Leistungsberechtigten unmittelbar zur Deckung seines Bedarfes eingesetzt werden kann, es als sog. "bereites Mittel" zur Verfügung steht. Diese Einschränkung des Einkommensbegriffs folgt unmittelbar aus einem der zentralen Ziele des SGB II, der Deckung des aktuellen Bedarfes (Aktualitätsgrundsatz). Dieser Zweck würde verfehlt, wenn man Einnahmen berücksichtigen würde, die dem Antragsteller tatsächlich nicht zur Verfügung stehen ("fiktives Einkommen") (Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 250 ff.). Aus dem Grundsatz des Forderns aus § 2 und dem in [§ 9 Abs. 1 SGB II](#) konkretisierten Grundsatz der Subsidiarität von Fürsorgeleistungen ergibt sich spiegelbildlich, dass als Einkommen das berücksichtigt werden muss, was auch tatsächlich verfügbar ist, also bereit steht und bedarfsbezogen verwendet werden kann (Söhngen in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 11, Rn. 26 m. w. Nachw.). Dieser sich im Wesentlichen aus den systematischen Zusammenhängen ergebende Normzweck des [§ 11 Abs. 1 SGB II](#) ist der entscheidende Grund dafür, dass der 14. Senat des BSG die Umsatzerlöse und sonstigen betrieblichen Einnahmen der KG in oben angeführter Fallkonstellation dem Alleingesellschafter als Einkommenszuflüsse zugeordnet hat, weil dieser uneingeschränkt über die zugeflossenen Mittel verfügen konnte (vgl. Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 243). Nicht als entscheidungserheblich festzustellen (vgl. BSG, a.a.O., Rn. 5) und zu diskutieren war hingegen, ob sich die Gewinne etwa (noch) auf einem Geschäftskonto der KG befanden. In dieser finalen Betrachtung ist die Frage, ob ein "bereites Mittel" vorliegt zugleich maßgeblich für die grundsicherungsrechtliche Identifizierung des Zuordnungssubjektes der Änderung des Vermögensbestandes. Dies korrespondiert der Rechtsprechung zum Bundessozialhilfegesetz (BVerwG, Urteil vom 05. Mai 1983 – [5 C 112/81](#) –, [BVerwGE 67, 163](#)-173, Rn. 11: auch ohne strikte Trennung des Einkommenszuflusses und dessen Berücksichtigungsfähigkeit als "bereites Mittel"; anders Mues, in: Estelmann, SGB II, Band 1 Stand 09/2015, § 11, Rn. 11 unter Zitat BSG, Urteil vom 10.05.2011 – [B 4 KG 1/10 R](#); Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 243), dem die Berücksichtigung von Einkommen nach dem SGB II nachgebildet worden ist ([BT-Drs. 15/1516, S. 53](#)). Die Verwendbarkeit Geldes oder geldwerter Mittel als "bereit" ist das für den grundsicherungsrechtlichen Einkommensbegriff des [§ 11 Abs. 1 SGB II](#) zentrale Merkmal und von diesem nicht zu lösen. Entsprechend werden Forderungen und Rechte dann als zu berücksichtigendes Einkommen i. S. d. [§ 11 Abs. 1 SGB II](#) gewertet, wenn sie in der Bedarfszeit zu realisieren sind, ohne dass es eines tatsächlichen pekuniären Zuflusses bedarf (BSG, Urteil vom 19.08.2015 – [B 14 AS 43/14 R](#); BSG, Urteil vom 29.11.2012 – [B 14 AS 161/11 R](#), juris, Rn. 18 f.; Sächs. LSG, Beschluss vom 16.04.2013 – [L 3 AS 1311/12 B ER](#), juris, Rn. 30 ff. [Gewinnanteil an einer GbR]; Bay. LSG, Urteil, Beschluss vom 24.11.2011 – [L 7 AS 832/11 B ER](#) juris, Rn. 15; BVerwG, Urteil vom 13.05.1996 – [5 B 52/96](#) – Buchholz 436.0 § 2 BSHG Nr. 20; Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 248).

cc) Von diesem Standpunkt aus lässt sich zunächst schließen, dass – entgegen der über seinen Steuerberater sinngemäß formulierten Ansicht des Klägers – etwa das steuerrechtliche Trennungsprinzip (getrennte Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschafter) bei Kapitalgesellschaften aus sich heraus keine grundsicherungsrechtlichen Konsequenzen für die Zuordnung des Gewinns (zur Gesellschaft) hat. Wie bei der Personengesellschaft bleibt unter Beachtung der jeweiligen gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Grundlagen, ggfs. daneben relevanter Absprachen, zu prüfen, ob der von der Kapitalgesellschaft erzielte Gewinn dem Gesellschafter zur Deckung des aktuellen Bedarfes zur Verfügung stand.

Dies ist in der vorliegenden Konstellation, in der der Kläger zu 1) und sein Mitgesellschafter als Gesellschafter-Geschäftsführer je 50 % der Geschäftsanteile an der UG halten im streitgegenständlichen Zeitraum nicht der Fall gewesen, weil ein Gewinnvortrag (=Abschlags- oder Zwischendividende) im Ergebnis hätte einstimmig beschlossen werden müssen, nicht beschlossen worden ist und für den Kläger zu 1) nicht unabhängig vom Willen seines Mitgesellschafters herbeiführbar gewesen ist (vgl. Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22. Dezember 2011 – [L 5 AS 441/11 B ER](#), juris, Rn. 28).

Nach [§ 29 Abs. 1 GmbHG](#) haben die Gesellschafter Anspruch auf den Jahresüberschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags, soweit der sich ergebende Betrag nicht nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss nach Absatz 2 oder als zusätzlicher Aufwand auf Grund des Beschlusses über die Verwendung des Ergebnisses von der Verteilung unter die Gesellschafter ausgeschlossen ist. Im Beschluss über die Verwendung des Ergebnisses können die Gesellschafter nach Abs. 2 dieser Vorschrift, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, Beträge in Gewinnrücklagen einstellen oder als Gewinn vortragen. Einen monatlichen oder jedenfalls halbjährlichen Gewinnverwendungsbeschluss sieht das Gesetz nicht vor. (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, a.a.O.; Klerks, info also 2014, S. 51, 53). Die Gesellschafter müssen indes nicht zwingend die Feststellung des Jahresabschlusses abwarten, um eine Gewinnausschüttung beschließen zu können. Vielmehr ist es nach ganz herrschender Meinung grundsätzlich zulässig, nach dem anwendbaren Verteilungsschlüssel (§ 29 Abs. 3) Vorrauszahlungen auf den erwarteten Gewinn zu beschließen und auszukehren (so bereits [RGZ 85, 43](#); [RGZ 92, 77](#), 82; ferner OLG Hamm, GmbHR 1992, 456 f.), und zwar auch ohne Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag (Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 29, Rn. 45; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 29, 20. Aufl. 2013, Rn. 61; Müller, in: Ulmer/ Habersack/ Löbke, GmbHG, Band 2, 2. Aufl. 2014, § 29, Rn. 136; a.A. noch LG Essen, [ZIP 1981, 1094](#)). Da [§ 59 Aktiengesetz \(AktG\)](#) in engem Zusammenhang mit der strengen aktienrechtlichen Vermögensbindung ([§ 57 Abs. 3 AktG](#)) steht und daher im GmbH-Recht nicht entsprechend anwendbar ist, kann die Vorabauschüttung schon während des laufenden Geschäftsjahrs auf den zum Ende des Geschäftsjahrs erwarteten Gewinn erfolgen ([RGZ 85, 43](#); [BFHE 122, 43](#), 44 f. = GmbHR 1977, 160; Hueck, ZGR 1975, 133, 140 f.). Der

Anspruch entsteht mit der Beschlussfassung als selbständig abtretbares Gläubigerrecht (Verse in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015, Band 1, § 29, Rn. 106). Zuständig für die Entscheidung über die Vorabauschüttung ist vorbehaltlich abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag die Gesellschafterversammlung, arg. [§ 46 Nr. 1 GmbHG](#) (Hommelhoff, a.a.O.; Hueck, ZGR 1975, 133). Von den Geschäftsführern eigenmächtig vorgenommene Auszahlungen sind daher rechtsgrundlos erbracht und nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren (Renkl, BB 1988, 2069, 2071). Voraussetzung einer jeden Vorabauschüttung ist, dass die Stammkapitalbindung ([§ 30 GmbHG](#)) respektiert wird (Verse, a.a.O., Rn. 107).

Der vorliegende Gesellschaftsvertrag der Dürener Montageservice UG vom 05.03.2014 enthält keine Regelungen zu Vorauszahlungen. Im streitgegenständlichen Zeitraum ist auch kein Gewinnvortrag beschlossen und ausgezahlt worden. Dafür hätte es gem. § 8 Nr. 1 GV eines Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit bedurft. Da der Kläger zu 1) und sein Mitgesellschafter die Geschäftsanteile an der UG jeweils zu 50 % halten (vgl. § 4 GV), war es dem Kläger zu 1) - anders als entsprechend nach [§ 161 Abs. 2 i. V. m. § 122 Abs. 2 HGB](#) dem Kläger im dargestellten, durch den 14. Senat des BSG ([B 14 AS 1/13 R](#)), entschiedenen Fall - auch nicht möglich, eine Zwischendividende auf seinen Geschäftsanteil unabhängig vom Willen anderer, innerhalb des streitgegenständlichen Zeitraumes herbeizuführen.

Es bestand zuletzt auch kein faktisches Übereinkommen zwischen den Gesellschaftern, einem einseitigen Wunsch auf den Beschluss eines unterjährigen Gewinnvorschlusses nachzukommen. Die entsprechende Einlassung des Klägers zu 1) hat der Zeuge Belezki bestätigt. Im Hinblick darauf, dass der Geschäftsbetrieb erst im April 2014 aufgenommen worden war und die Gesellschaft (bei einem Stammkapital von 100,00 EUR (vgl. § 4 GV)) noch über keinerlei Rücklagen verfügte, ist dies auch nachvollziehbar, zumal nach [§ 5 a Abs. 3 S. 1, 5 GmbHG](#) die Pflicht bestand, in der Bilanz des nach den [§§ 242, 264](#) des HGB aufzustellenden Jahresabschlusses eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des Jahresüberschusses einzustellen war. Die Erfüllbarkeit dieser Verpflichtung war von den Gesellschaftern sicherzustellen, da ein Verstoß gegen [§ 5 a Abs. 3 GmbHG](#) die Nichtigkeit der Feststellung des Jahresabschlusses (nach [§ 256 AktG](#) analog) nach sich zieht - die wiederum die Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses zur Folge hätte ([§ 253 AktG](#) analog). Aus der Nichtigkeit des Feststellungs- und des Gewinnverwendungsbeschlusses resultieren bürgerlich-rechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschafter. Ferner machten sich die Geschäftsführer haftbar ([§ 43 GmbHG](#)) ([BT-Drs. 16/6140, S. 32](#); H. P. Westermann in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015, Band 1, § 5a GmbHG, Rn. 26).

Nicht zu berücksichtigen ist der (häftige) Gewinn der UG als Einkommen des Klägers zu 1) etwa dennoch deshalb, weil dieser (wie sein Mitgesellschafter) - unter Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch - für die UG alleinvertretungsberechtigt war (Ziff. V GV) und die Befugnis hatte, über das Guthaben des Geschäftskontos der UG bei der Deutschen Bank ohne Limit zu verfügen. Denn im Falle der im rechtlichen Außenverhältnis möglichen Gewinnentnahme vom Geschäftskonto der UG hätte der Kläger zu 1) seine rechtlichen Befugnisse im Innenverhältnis zur Unternehmensgesellschaft und seinem Mitgesellschafter überschritten, weil er insoweit ohne notwendigen Gesellschafterbeschluss gehandelt hätte. Dadurch hätte er sich nach [§ 266 Abs. 1 Alt. 1](#) Strafgesetzbuch einer Untreue strafbar gemacht. Entsprechend hätte die Gesellschaft als juristische Person neben einem bereicherungsrechtlichen auch einen deliktischen Rückzahlungsanspruch gem. [§ 812 Abs. 1 S. 1, § 823 Abs. 1, 2 BGB](#) i. V. m. [§ 266 Abs. 1 StGB](#) (vgl. Renkl, BB 1988, 2069, 2071).

Eine lediglich vorübergehend zur Verfügung stehende Leistung ist aber nicht als Einkommen i.S. des [§ 11 Abs. 1 S. 1 SGB II](#) zu qualifizieren. Dies folgt wiederum aus der Teleologie der Einkommensberücksichtigung im Kontext der Begegnung eines aktuellen Hilfebedarfes. Nur ein endgültiger Zuwachs lässt die Hilfebedürftigkeit nach [§ 9 SGB II](#) entfallen (BSG, Urteil vom 17.06.2010 - [B 14 AS 46/09 R](#) -, [BSGE 106, 185-190](#), SozR 4-4200 § 11 Nr. 30, Rn. 16; BSG, Urteil vom 18.02.2010 - [B 14 AS 32/08 R](#) -, SozR 4-4200 § 9 Nr. 9, Rn. 19; Mues, in: Estelmann, SGB II, Band 1, Stand 09/2015, § 11, Rn. 10). Nicht als den Hilfebedarf verringern oder vermeidende Zuflüsse sind deshalb Einnahmen anzusehen, die von vornherein mit einer Rückzahlungspflicht verbunden sind, da solche nicht endgültig zur Verwendung zur Verfügung stehen und deshalb nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise zur Bestreitung des Lebensunterhalts auch nicht verwendet werden können (BSG, Urteil vom 06.04.2000 - [B 11 AL 31/99 R](#) - SozR 3-4100 § 137 Nr. 12; BSG Urteil vom 17.06.2010 - [B 14 AS 46/09 R](#) - SozR 4-420 § 11 Nr. 30; BSG, Urteil vom 06.10.2011 - [B 14 AS 66/11 R](#) -, SozR 4-4200 § 11 Nr. 52, SozR 4-4200 § 22 Nr. 56, juris, Rn. 17; LSG Nds-HB, Urteil vom 18.03.2014 - [L 9 AS 969/12](#), juris, Rn. 25). Dazu gehören eben Einkünfte, die aus Straftaten herrühren (BSG, Urteil vom 06.04.2000 - [B 11 AL 31/99 R](#) -, SozR 3-4100 § 137 Nr. 12, SozR 3-4100 § 138 Nr. 15; Sönnge in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 4. Aufl. 2015, § 11, Rn. 45). Nach dem rechtsstaatlichen Prinzip der Einheit der Rechtsordnung (vgl. Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 9 ff., 142 ff.) kann zudem grundsicherungsrechtlich kein strafbares Verhalten verlangt werden.

dd) Soweit der Beklagte, gleichwohl die Einkommensermittlung in Bezug auf den Kläger zu 1) wie bei einem Einzelunternehmer durchgeführt hat und sich dazu zuletzt insbesondere dadurch berechtigt sieht, dass auch der weitere Gesellschafter der UG im streitgegenständlichen Zeitraum im Bezug von Leistungen der Grundsicherung gestanden hat, beruht dies im Ergebnis auf der Sorge, dass die Kläger in Folge einer Beteiligung des Klägers zu 1) an der Unternehmensgesellschaft Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II erhalten, die ihnen dem Grunde oder der Höhe nach nicht zustünden, wenn der Kläger zu 1) seine unternehmerische Tätigkeit als Einzelunternehmer ausüben würde. Einem befürchteten Formen- oder Rechtsmissbrauch ist aber nicht dadurch zu begegnen, dass die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen im grundsicherungsrechtlichen Einkommensbegriff nicht beachtet werden. Vielmehr ist bei etwaigen Hinweisen auf eine missbräuchliche Nutzung der UG oder deren Geschäftsgebaren auf die insoweit maßgebenden Regelungen des GmbHG und im SGB II zurückzugreifen. Selbst wenn dem Kläger zu 1) und zugleich seinem Mitgesellschafter der Vorwurf gemacht werden könnte, sie hätten vorsätzlich oder grob fahrlässig die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen nach dem SGB II an sich und ihren Familienangehörigen ohne wichtigen Grund herbeigeführt, weil sie trotz Hilfebedürftigkeit davon absahen, den Beschluss eines Gewinnvortrages zu initiieren, wäre dies für Grund und Höhe des Anspruchs der Kläger auf Leistungen nach dem SGB II unerheblich. Denn für den Fall sozialwidrigen Verhaltens hat der Gesetzgeber in [§ 34 SGB II](#) einen Erstattungsanspruch vorgesehen. Ein Erstattungsanspruch setzt aber notwendig eine vorangegangene Leistung voraus (Sächsisches Landessozialgericht, Beschluss vom 16. April 2013 - [L 3 AS 1311/12 B ER](#), juris, Rn. 33 ff.).

Die 15. Kammer des Sozialgerichts Leipzig hat in einer vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen Konstellation wie vorliegend insbesondere in Anbetracht der Pflicht der beiden Grundsicherungsleistungen beziehenden Gesellschafter zur Ausschöpfung aller Möglichkeiten zur Beendigung oder Verringerung ihrer Hilfebedürftigkeit ([§ 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB II](#)) einen zeitlich befristet beschlossenen Gewinnausschüttungsausschluss wegen Sittenwidrigkeit als nichtig erachtet, um einen Gewinn der UG dennoch als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit berücksichtigen zu können (Beschluss vom 16.02.2011 - S 15 AS 4182/19 ER, juris, Rn. 22 ff.). Letztlich fingiert das SG Leipzig dabei indes (unausgesprochen) einen unterlassenen unterjährigen Beschluss über eine Abschlagsdividende. Die

angenommene Sittenwidrigkeit ([§ 138 BGB](#)) eines zeitlich befristeten Beschlusses über den Ausschluss einer Gewinnausschüttung bei einer UG führt nicht gleichzeitig zu einem Anspruch des Gesellschafters auf einen Gewinnvortrag. Hierzu bedarf es vielmehr positiv eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung (OLG Hamm GmbHR 1992, 457; Hommelhoff in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, [§ 29 GmbHG](#), Rn. 45; vgl. zur Situation bei Jahresabschluss: BGHZ 139, 302 f.; Arnold, Gewinnauszahlungsanspruch, S. 87ff.; Hommelhoff in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, [§ 29 GmbHG](#), Rn. 3 f., 16). Wird ein solcher Beschluss nicht gefasst, ist der Gesellschafter auch nicht unabhängig vom Willen seines Mitgesellschafters fähig einen solchen Beschluss zu fassen und besteht auch kein Einvernehmen zwischen den Gesellschaftern, dem einseitigen Gesellschafterwunsch auf eine Beschlussfassung unmittelbar nachzukommen, ist der Gesellschaftsgewinn für diesen kein bereites Mittel im dargelegten Sinn.

Dahinstehen kann insoweit, ob es sich bei der Anrechnung eines Gewinnes aus der Beteiligung an einer GmbH/ UG mit dem SG Leipzig (a.a.O. unter Zitat der Rechtsprechung, die die Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers für seine Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen nicht als abhängige Beschäftigung i. S. d. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), sondern als selbstständige Arbeit ansieht, weil der Gesellschafter-Geschäftsführer beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt) um Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit handelt. Soweit bei der Bestimmung der Einkommensart grundsätzlich auf die steuerrechtliche Einordnung zurückgegriffen wird (Hengelhaupt, in: Hauck/ Noftz, SGB II, Band 1, Stand 10/2015, K § 13, Rn. 287), spricht dagegen allerdings [§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG](#), nach dem Dividenden aus Anteilen an einer GmbH Einkommen aus Kapitalvermögen darstellt.

2. Mangels einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden abschließenden Entscheidung über den Leistungsanspruch der Kläger nach [§ 328 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 SGB III](#) i. S. e. Leistungsablehnung für den streitbefangenen Zeitraum fehlt es schließlich an einer Grundlage für die festgesetzten Erstattungsforderungen. Voraussetzung für sie ist, dass mit der endgültigen Entscheidung "ein Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkannt" wird.

III. Über die Gewährung höherer Leistungen oder die Verpflichtung zu einer erneuten endgültigen Leistungsfestsetzung war nach dem Klagebegehren nicht zu befinden.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2016-01-25