
Datum: 24.08.2017
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 7. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 7 AS 965/15
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2017:0824.L7AS965.15.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 37 AS 4771/12
Sachgebiet: Grundsicherung für Arbeitsuchende
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 14.04.2015 wird zurückgewiesen. Der Beklagte hat die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Kläger auch im Berufungsverfahren zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über eine endgültige Festsetzung des Anspruchs der Kläger auf Arbeitslosengeld II und eine Erstattungsforderung für die Zeit vom 05.02.2010 bis zum 31.07.2010. Dabei ist insbesondere streitig, ob Einkommen des Klägers zu 1) aus einer selbständigen Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer Zwei-Mann-GmbH erzielt wurde und anzurechnen ist. 2
- Der am 00.00.1964 geborene Kläger zu 1) und die am 00.00.1967 geborene Klägerin zu 2) sind miteinander verheiratet und die Eltern der am 00.00.1991 geborenen Klägerin zu 3) und der am 00.00.1993 geborenen Klägerin zu 4). Die Kläger lebten im streitigen Zeitraum in einem Haushalt. Für die Wohnung mussten die Kläger 613,55 EUR Kaltmiete zuzüglich 92,55 EUR Nebenkosten und 76,74 EUR Heizkosten zu zahlen, insgesamt 782,84 EUR. Die Klägerinnen zu 3) und 4) besuchten im streitigen Zeitraum die Schule. Die Klägerin zu 2) war zunächst Hausfrau, ab 27.04.2010 war sie selbständig tätig. 3
- Der Kläger zu 1) ist Mitgesellschafter mit einem Geschäftsanteil von 50% und Geschäftsführer der am 10.01.2008 gegründeten U und L Bau GmbH (im Folgenden nur 4

noch GmbH), einer Zwei-Mann-GmbH. Der Partner hält ebenfalls 50% und ist ebenfalls Geschäftsführer. Weitere Mitarbeiter hat die GmbH nicht. Im Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass jede Verfügung über Geschäftsanteile (oder Teile von solchen) der Zustimmung der Gesellschaft aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf (§ 4). Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden nach § 7 mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Über die Beschlüsse ist unverzüglich eine Niederschrift aufzunehmen, zu unterschreiben und den Gesellschaftern zuzuleiten. Nach § 8 ist das Geschäftsjahr das Kalenderjahr. In § 10 ist vorgesehen, dass spätestens drei Monate nach Beendigung des Geschäftsjahrs von der Geschäftsführung die Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen ist. Die Frist verlängert sich auf sechs Monate, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Über die Ergebnisverwendung beschließt jeweils die Gesellschafterversammlung (§ 10 Abs. 3). Nach § 12 kann jeder Gesellschafter seine Beteiligung mit einer Frist von einem Jahr auf den Schluss eines Geschäftsjahrs kündigen. Durch Anstellungsvertrag vom 15.02.2008 ist der Kläger zu 1) zum einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt worden. Er hat Anspruch auf ein Monatsgehalt von 3500 EUR und erhält eine Tantieme iHv 15% des handelsrechtlichen Jahresüberschusses vor Abzug der Gewinntantieme und ertragsabhängiger Steuern, jedoch unter Verrechnung von Verlustvorträgen, die auf Vorjahre zurückgehen, für die eine Tantiemevereinbarung mit dem Geschäftsführer bestand (§ 6 des Anstellungsvertrages). Mit Vertrag vom 15.02.2008 gewährte der Kläger zu 1) der GmbH ein Darlehen iHv 22500 EUR, das ausdrücklich nicht für die Einzahlung der Stammeinlage verwendet wurde, sondern der GmbH zur Verfügung gestellt wurde. Das Darlehen war seinerseits finanziert worden (Vertrag vom 17.01.2008), die Rückzahlung erfolgte unmittelbar durch die GmbH an die finanzierende Bank.

Am 05.02.2010 beantragten die Kläger Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II beim Beklagten. Die Auftragslage der GmbH sei zum Ende des Jahres 2009 aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Situation schlecht gewesen. Seit Anfang 2010 seien die Witterungsbedingungen schlecht und Außenarbeiten nicht möglich gewesen. Die Auftragsanfragen seien zögerlich. Bis Oktober 2009 sei die Auftragslage gut gewesen, die GmbH habe Gewinn erwirtschaftet, hiervon habe man den Lebensunterhalt bestreiten können. Eine Insolvenzantragspflicht bestehe nicht, die Firma sei nach insolvenzrechtlichen Maßstäben weder zahlungsunfähig noch überschuldet. 5

Zum Zeitpunkt der Antragstellung hatte der Kläger zu 1) ein Girokonto mit einem Guthaben iHv 4023 EUR, Bargeld iHv 150 EUR, Sparbücher mit einem Guthaben von 111,51 EUR und Sparbriefe mit einem Wert von 3422,25 EUR, eine Lebensversicherung (private Altersvorsorge) mit einem Rückkaufswert von 3099 EUR, ferner einen Pkw (Nissan Micra Baujahr 1993), den er im November 2009 für 950 EUR gekauft hatte. Bei der Lebensversicherung handelt es sich um eine arbeitgeberfinanzierte Direktversicherung, in die die GmbH für den Kläger zu 1) monatlich 362 EUR, einzahlte. Die Klägerinnen zu 3) und 4) verfügten über Sparbücher mit einem Guthaben iHv 972,31 EUR bzw. 719,70 EUR. 6

Nach Vorlage der betriebswirtschaftlichen Auswertung für das Jahr 2009 erstellte der Kläger zu 1) eine vorläufige Schätzung der voraussichtlichen Gewinne der GmbH für die Monate Februar 2010 bis August 2010. Mit Bescheid vom 02.03.2010 bewilligte der Beklagte den Klägern für die Zeit vom 05.02.2010 bis 31.07.2010 vorläufig unter Hinweis auf eine etwaige Erstattungspflicht Leistungen iHv monatlich 793,22 EUR, für die Zeit vom 05.02.2010 bis zum 28.02.2010 anteilig nur 634,57 EUR. Als Einkommen des Klägers zu 1) berücksichtige er 362 EUR (Direktversicherungsbeiträge) abzüglich eines Freibetrags von 102,58 EUR sowie "sonstiges Einkommen" iHv 632,02 EUR ohne weitere Berücksichtigung von Freibeträgen. 7

- Hiergegen erhoben die Kläger mit der Begründung Widerspruch, der als Einkommen angerechnete Betrag von 362 EUR würde direkt an den Versicherer weitergeleitet, es handele sich dabei um eine staatlich geförderte Vorsorgeleistung, die man nicht monatlich aussetzen könne. Der darüber hinaus angerechnete Betrag iHv 632,02 EUR sei nicht nachvollziehbar. Nach einer neueren Schätzung seien die Gewinnaussichten der GmbH nicht so hoch. Am 30.07.2010 teilten die Kläger mit, sie seien nach Juli 2010 nicht mehr auf Leistungen angewiesen, die Auftragslage der GmbH habe sich stabilisiert und verbessert. Für die Zeit ab dem 01.08.2010 wurde kein neuer Antrag gestellt. 8
- Mit weiterhin vorläufigem Bescheid vom 11.08.2010 bewilligte der Beklagte höhere Leistungen (für Februar 2010 866,11 EUR, für März 2010 bis Juli 2010 1082,64 EUR) ohne Anrechnung des Direktversicherungsbeitrags als Einkommen. Als Einkommen des Klägers zu 1) berücksichtigte er nur noch 632,02 EUR, bereinigt um einen monatlichen Freibetrag iHv 49,82 EUR. 9
- Mit Widerspruchsbescheid vom 12.08.2010 wies der Beklagte den Widerspruch gegen den Bescheid vom 02.03.2010 in Gestalt des Änderungsbescheides vom 11.08.2010 zurück. Hinsichtlich des Einkommens aus dem Gewinn der GmbH sei auf die erste Selbsteinschätzung des Klägers abgestellt worden, weil diese durch die Zahlen für das Jahr 2009 belegt worden sei. Es habe kein Anlass bestanden, von der Prognose abzuweichen. Die Kläger haben gegen den Widerspruchsbescheid keine Klage erhoben. 10
- Nach den vom Kläger zu 1) im September 2010 vorgelegten "betriebswirtschaftlichen Kurzberichten" erzielte die GmbH im streitigen Zeitraum folgende Betriebsergebnisse: Für Februar 2010 5487,56 EUR, März 2010 - 2450 EUR, April 2010 600,35 EUR, Mai 2010 - 3252,42 EUR, Juni 2010 2485,44 EUR und für Juli 2010 24206,37 EUR. Das Betriebsergebnis für die Monate Januar 2010 bis Juli 2010 lag bei insgesamt 27842,14 EUR. Ohne Berücksichtigung des Monats Juli 2010 lag das Betriebsergebnis für diesen Zeitraum bei 3635,77 EUR. 11
- Nach Auswertung der "betriebswirtschaftlichen Kurzberichte" lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 14.03.2011 die Bewilligung von Leistungen für die Zeit vom 05.02.2010 bis 31.07.2010 ab. Bei der Leistungsberechnung berücksichtigte der Beklagte ein laufendes Einkommen des Klägers zu 1) aus Selbständigkeit iHv monatlich 2377,39 EUR abzüglich eines Freibetrags von 300 EUR. Ferner wurden 632,02 EUR als "sonstiges Einkommen" angerechnet. Mit vier weiteren Bescheiden vom 14.03.2011 verlangte der Beklagte die Erstattung von Leistungen, gegenüber dem Kläger zu 1) iHv 1956,30 EUR, der Klägerin zu 2) iHv 1956,45 EUR, der Klägerin zu 3) iHv 1239,86 EUR und der Klägerin zu 4) iHv 1126,70 EUR. 12
- Im Widerspruchsverfahren trugen die Kläger vor, bei der Berechnung des Einkommens sei die finanzielle Situation der Firma nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die GmbH habe mangels Liquidität keine Gehälter ausgezahlt. Auch Herr U habe in der Zeit Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts vom Jobcenter Herne bezogen. Gewinnausschüttungen aus den Überschüssen seien nicht möglich, dies setze nach Gesellschaftsvertrag den Abschluss des Geschäftsjahres voraus. Auf eine vorgezogene Ausschüttung habe der Kläger zu 1) keinen Anspruch, bereite Mittel hätten ihm daher nicht zur Verfügung gestanden. Die Vermutung, es seien gleichwohl Beträge entnommen worden, unterstelle den Vorwurf der verdeckten Gewinnausschüttung und der Veruntreuung. Die Verwendung der Überschüsse für den privaten Konsum hätte die GmbH in die Insolvenz getrieben. Ein Beschluss über die Aussetzung der Geschäftsführergehälter sei nicht erforderlich gewesen, da keine Änderung des Geschäftsführervertrags gewollt gewesen sei. 13

Mit Widerspruchsbescheid vom 23.10.2012 wies der Beklagte den Widerspruch zurück. Das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit iHv monatlich 2377,36 EUR, um Freibeträge iHv 310 EUR (100 EUR, 140 EUR und 70 EUR) bereinigt, übersteige mit 2067,36 EUR schon den Bedarf der Kläger iHv 2002,84 EUR, so dass es auf die Frage, ob weiteres Einkommen vorhanden sei, nicht ankomme. Das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit errechne sich nach dem anteiligen Gewinn der GmbH. Diese sei zwar rechtlich selbständig, aus Wertungsgesichtspunkten sei aber der Gewinn dem Kläger zu 1) zu 50% zuzurechnen. Denn dieser gelte als geschäftsführender Gesellschafter aufgrund seiner beherrschenden Stellung als Selbständiger im sozialversicherungsrechtlichen Sinne. Dies sei übertragbar auf das SGB II. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Verzicht auf das Gehalt im Falle der Hilfebedürftigkeit sittenwidrig sei. Hinsichtlich der Höhe des Einkommens habe man die Angaben des Klägers zugrunde gelegt. Lediglich die Ausgaben für Abschreibungen hätten keine Berücksichtigung finden können.

14

Am 23.11.2012 haben die Kläger bei dem Sozialgericht Dortmund Klage erhoben. Da der Kläger zu 1) keine Ein-Mann-GmbH führe, könne er Entscheidungen nicht alleine treffen und aus dem Vermögen der GmbH keine Entnahme tätigen. Die Einnahmen der GmbH im Bewilligungszeitraum hätten für die Zahlung des Geschäftsführergehalts nicht ausgereicht, Gewinnausschüttungen aus dem Geschäftsjahr 2009 seien nicht möglich gewesen. Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen im laufenden Geschäftsjahr seien rechtlich unmöglich gewesen. Die GmbH sei nicht verpflichtet gewesen, Gehälter teilweise auszusahlen. Der Kläger zu 1) habe im streitigen Zeitraum keine bereiten Mittel gehabt. Der Beschluss, ab August 2010 wieder überschießende Einnahmen an die Geschäftsführer auszuzahlen, sei nur möglich gewesen, weil sich die Firma wirtschaftlich erholt habe. Der Beschluss sei nicht willkürlich gewesen, sondern unter wirtschaftlichen und kaufmännischen Gesichtspunkten getroffen worden.

15

Die Kläger haben einen Gesellschafterbeschluss vom 24.11.2009 zu den Akten gereicht. Danach werden die Geschäftsführergehälter ab November 2009 bis auf weiteres auf 0 EUR herabgesetzt. Zudem haben die Kläger den Einkommenssteuerbescheid 2010 und die vollständigen Kontoauszüge des Geschäfts- und des Darlehens- bzw. Geldmarktkontos der GmbH vorgelegt. Zur Selbständigkeit der Klägerin zu 2) haben die Kläger eine Einnahmeüberschussrechnung eingereicht, aus der sich für die Monate April 2010 bis Juli 2010 kein Gewinn ergibt.

16

Die Kläger haben beantragt,

17

die Bescheide vom 14.03.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.10.2012 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihnen für die Zeit vom 05.02.2010 bis 31.07.2010 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere ohne die Anrechnung von Einkommen aus der selbständigen Tätigkeit, zu gewähren.

18

Der Beklagte hat beantragt,

19

die Klage abzuweisen.

20

Es erschließe sich nicht, warum der Beschluss, wieder die Geschäftsführergehälter zu zahlen, erst nach Abschluss des Bewilligungszeitraumes gefasst worden sei. Es könne nur auf den Zufluss des Einkommens bei der GmbH ankommen, nicht, wann die Gesellschafter den Beschluss fassten, Überschüsse auszuzahlen.

21

22

Mit Urteil vom 14.04.2015 hat das Sozialgericht die Bescheide vom 14.03.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.10.2012 aufgehoben und den Beklagten verurteilt, den Klägern Arbeitslosengeld II für die Zeit vom 05.02.2010 bis 31.07.2010 ohne die Anrechnung von Einkommen des Klägers zu 1) nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Die Kläger zu 1) und 2) hätten kein Einkommen aus selbständiger Tätigkeit erzielt. Hinsichtlich der Klägerin zu 2) ergebe sich dies aus der betriebswirtschaftlichen Auswertung. Der Kläger zu 1) habe als selbständiger Geschäftsführer der GmbH kein Einkommen erzielt. Das Geschäftsführergehalt sei nicht ausgezahlt worden, sonstige Entnahmen habe der Kläger zu 1) nicht getätigt. Der Beschluss vom 24.11.2009, mit dem die Zahlung der Gehälter ausgesetzt worden sei, sei nicht sittenwidrig. Die wirtschaftliche Lage der GmbH habe eine Zahlung der Gehälter nicht hergegeben. Die erzielten Einnahmen im streitigen Zeitraum hätten nicht ausgereicht, um die Gehälter zu zahlen, ohne dabei die Existenz der Gesellschaft zu gefährden. Der Beschluss habe nicht früher geändert werden müssen, denn der Geschäftsbetrieb habe aufrechterhalten werden müssen. Auch im Übrigen ergäben sich für eine Sittenwidrigkeit keine Anhaltspunkte. Das Gehalt iHv 3500 EUR sei angemessen, zu berücksichtigen sei auch, dass die Gesellschaft seit Anfang 2008 - und auch seit August 2010 wieder - so gut funktioniert habe, dass die Gesellschafter ihren Lebensunterhalt damit hätten sicherstellen können. Die errechneten Einnahmen hätten nicht zur Verfügung gestanden. Der Überschuss habe nicht realisiert werden können.

Gegen das am 04.05.2015 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 02.06.2015 Berufung eingelegt. Dem Kläger zu 1) sei es möglich gewesen, Geld aus der Gesellschaft zu entnehmen. Das Sozialgericht habe nicht berücksichtigt, dass neben der Zahlung des Geschäftsführergehalts und der Ausschüttung von Gewinnen auch andere Formen der Ausschüttungen möglich gewesen seien, z.B. Entnahmen oder Darlehen. Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hätten nicht vorgelegen. Die Gesellschaft habe nur im Mai 2010 Verluste erwirtschaftet, in den anderen Monaten Gewinne zwischen 1.500 EUR und 7.450 EUR. Der Anrechnung von Einkommen aus den Gewinnen der GmbH stehe nicht entgegen, dass es sich um fiktives Einkommen handelt, denn die Anrechnung von Einkommen aus selbständiger Tätigkeit sei immer auch die Anrechnung fiktiven Einkommens. Durch die durchschnittliche Berechnung werde nicht der tatsächliche monatliche Gewinn angerechnet, auch nicht das tatsächlich zugeflossene Geld. Die Gesellschafter hätten die Möglichkeit und Verpflichtung gehabt, auf die Gewinne zuzugreifen. Auch ein Zugriff auf Stammkapital sei möglich, dies führe in erster Linie dazu, dass der Gesellschafter wieder persönlich hafte. Zudem hätten die Gesellschafter das Stammkapital nur als Darlehen erbracht mit einer Rückzahlungsverpflichtung der Gesellschaft, so dass fraglich sei, ob der Kläger zu 1) nicht ohnehin persönlich haftender Gesellschafter gewesen sei.

23

Der Beklagte beantragt, 24

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 14.04.2015 zu ändern und die Klage abzuweisen. 25

Die Kläger beantragen, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Sie halten die Entscheidung des Sozialgerichts für zutreffend. 28

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten, dessen wesentlicher Inhalt Gegenstand der mündlichen 29

Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:	30
Die nach §§ 143, 144 SGG statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung des Beklagten ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat den Beklagten zu Recht unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, den Klägern Leistungen ohne Anrechnung von Einkommen des Klägers zu 1) zu gewähren. Die Bescheide über die endgültige Festsetzung und endgültige Ablehnung der Leistungen vom 14.03.2010 und die Erstattungsbescheide vom 14.03.2010, jeweils in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.10.2012, sind rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten (§ 54 Abs. 2 SGG).	31
Leistungen erhalten gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der im streitigen Zeitraum gültigen Fassung Personen, 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). Der Kläger zu 1) erfüllt diese Voraussetzungen und war damit erwerbsfähiger Leistungsberechtigter. Die Kläger zu 2) bis 4) sind als Angehörige der Bedarfsgemeinschaft leistungsberechtigt (§ 7 Abs. 2 Satz 1 SGB II).	32
Der Kläger zu 1) war insbesondere hilfebedürftig iSd § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 iVm § 9 Abs. 1 SGB II. Nach § 9 Abs. 1 SGB II ist hilfebedürftig, wer seinen Lebensunterhalt, seine Eingliederung in Arbeit und den Lebensunterhalt der mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln, u.a. nicht aus dem zur Verfügung stehenden Einkommen oder Vermögen, sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen erhält.	33
Bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit ist vom einem Gesamtbedarf der Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft iHv 2002,84 EUR auszugehen. Dabei ist für die Kläger zu 1) und 2) der durch die Regelleistungen nach § 20 Abs. 3 SGB II für Partner einer Bedarfsgemeinschaft ausgedrückte Bedarf iHv jeweils 323EUR zugrunde zu legen, für die Klägerinnen zu 3) und 4) der Bedarf iHv 287EUR nach § 20 Abs. 2 SGB II. Als Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind monatlich 782,84 EUR, bestehend aus 613,55 EUR Grundmiete, 92,55 EUR Nebenkosten und 76,74 EUR Heizkosten, zu berücksichtigen. Dieser Betrag ist angemessen iSd § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II, was zwischen den Beteiligten nicht umstritten ist.	34
Über verwertbares Vermögen verfügten die Kläger im streitigen Zeitraum nicht. Als Vermögen sind nach § 12 Abs. 1 SGB II alle verwertbaren Vermögensgegenstände zu berücksichtigen. Vermögen ist iSd des § 12 Abs. 1 SGB II verwertbar, wenn seine Gegenstände verbraucht, übertragen oder belastet werden können. Der Begriff "Verwertbarkeit" enthält eine tatsächliche Komponente, weil solche Vermögensgegenstände nicht verwertbar sind, für die in absehbarer Zeit kein Käufer zu finden sein wird, etwa weil Gegenstände dieser Art nicht (mehr) marktgängig sind und auch keine andere Verwertungsmöglichkeit ersichtlich ist. Ein Aspekt dieser tatsächlichen Verwertbarkeit ist die für sie benötigte Zeit, hinsichtlich der ggf. eine Prognose erforderlich und für die auf den bevorstehenden Bewilligungszeitraum abzustellen ist; eine Festlegung für darüber hinausgehende Zeiträume ist demgegenüber nicht erforderlich und wegen der Unsicherheiten, die mit einer langfristigen Prognose verbunden sind, auch nicht geboten (sog. "Versilbern"; ständige Rechtsprechung BSG, vgl zuletzt BSG Urteile vom 18.09.2014 - B 14 AS 58/13 R, vom 12.10.2016 - B 4 AS 4/16 R und vom 24.05.2017 - B 14 AS 16/16 R). Rechtlich ist ein Vermögensgegenstand nicht verwertbar, wenn dessen Inhaber in der Verfügung über den Gegenstand beschränkt ist und er die Aufhebung der Beschränkung nicht erreichen kann (vgl BSG Urteile vom 27.1.2009 - B	35

14 AS 42/07 R, vom 20.2.2014 - B 14 AS 10/13 R und vom 24.05.2017 - B 14 AS 16/16 R).

Der Wert des Vermögens der Kläger, bestehend aus dem Guthaben auf dem Girokonto des Klägers zu 1), dem vorhandenen Bargeld, den Sparbüchern und Sparbriefen des Klägers zu 1) und dem Rückkaufswert der Lebensversicherung des Klägers zu 1), ferner den Sparbüchern der Klägerinnen zu 3) und 4), liegt unter den Freibeträgen nach § 12 Abs. 2 SGB II. Hierbei ist im Rahmen des § 12 SGB II eine Gesamtbetrachtung aller Vermögensgegenstände und Vermögenswerte anzustellen und den Absetzbeträgen nach § 12 Abs. 2 SGB II gegenüber zu stellen (ständige Rechtsprechung BSG, vgl. Urteile vom 18.09.2014 - B 14 AS 58/13 R und vom 24.05.2017 - B 14 AS 16/16 R). Der Wert des Vermögens lag mit 10.805,76 EUR unter dem Gesamtfreibetrag von 16.050,- EUR. 36

Der Geschäftsanteil des Klägers zu 1) an der GmbH ist nicht als verwertbares Vermögen zu berücksichtigen. Unabhängig von der Beurteilung des Wertes des Anteils war dieser jedenfalls nicht innerhalb des bevorstehenden Bewilligungszeitraumes, hier des streitigen Zeitraumes vom 05.02.2010 bis 31.07.2010 verwertbar. Eine Kündigung nach § 12 des Gesellschaftsvertrages wäre dem Kläger zu 1) innerhalb des streitigen Zeitraumes nicht möglich gewesen, denn danach kann er seine Beteiligung an der Gesellschaft nur mit einer Frist von einem Jahr auf den Schluss des Geschäftsjahres kündigen. Zwar hätte der Kläger zu 1) auch ohne die Regelung im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten. Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten. Es kann aber nur geltend gemacht werden, wenn Umstände vorliegen, die dem austrittswilligen Gesellschafter den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen (BGH Urteil vom 16.12.1991 - II ZR 58/91 mwN). Allein das Eintreten von Hilfebedürftigkeit ist kein wichtiger Grund, der es erlaubt, sich von vertraglichen Verpflichtungen lossagen zu können. 37

Die Kläger verfügten im streitigen Zeitraum nicht über ausreichendes Einkommen, um ihren Bedarf zu decken. Die Klägerinnen zu 3) und 4) verfügten jeweils über Kindergeld iHv 184 EUR monatlich, die Klägerin zu 2) hatte aus ihrer ab dem 27.04.2010 ausgeübten selbständigen Tätigkeit im streitigen Zeitraum keine Überschüsse erwirtschaftet. Der Kläger zu 1) verfügte im streitigen Zeitraum über kein zu berücksichtigendes Einkommen. 38

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SGB II in der im streitigen Zeitraum geltenden Fassung (aF) sind als Einkommen zu berücksichtigen Einnahmen in Geld oder Geldeswert mit Ausnahme der Leistungen nach diesem Buch, der Grundrente nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) und nach den Gesetzen, die eine entsprechende Anwendung des BVG vorsehen und der Renten oder Beihilfen, die nach dem Bundesentschädigungsgesetz für Schaden an Leben sowie an Körper oder Gesundheit erbracht werden, bis zur Höhe der vergleichbaren Grundrente nach dem BVG. Einkommen iSd § 11 Abs. 1 SGB II ist nach der sog. Zuflusstheorie grundsätzlich alles, was jemand nach Antragstellung wertmäßig dazu erhält. Dabei ist nach § 11 SGB II im Falle der Erfüllung einer (Geld-)Forderung allein die Erzielung von Einnahmen in Geld oder Geldeswert maßgebend (BSG Urteile vom 13.05.2009 - B 4 AS 49/08 R, vom 16.12.2008 - B 4 AS 48/07 R und vom 16.05.2012 - B 4 AS 154/11 R). 39

Davon ausgehend stellt das dem Kläger gem. Anstellungsvertrag vom 15.02.2008 zustehende Gehalt iHv 3.500,- EUR kein Einkommen dar, denn das Gehalt wurde aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 24.11.2009 ab November 2009 auf 0 EUR festgesetzt. Erst am 13.08.2010 beschlossen der Kläger zu 1) und sein Mitgesellschafter, die Gehälter wieder auszuzahlen. In der Zeit vom 05.02.2010 bis zum 31.07.2010 sind dem Kläger zu 1) keine Gehaltszahlungen zugeflossen. Dahinstehen kann, ob der Beschluss vom 24.11.2009, ab November 2009 kein Geschäftsführergehalt mehr zu zahlen, nach § 138 BGB nichtig ist. 40

Zwar können Rechtsgeschäfte, die nach Inhalt, Zweck und Beweggrund in erster Linie darauf angelegt sind, Vermögensverhältnisse zum Schaden der Sozialhilfeträger und damit auf Kosten der Allgemeinheit zu regeln, gegen die guten Sitten iSv § 138 BGB verstoßen (ständige Rechtsprechung BGH, vgl. Urteile vom 06.02.2009 - V ZR 130/08, vom 09.07.1992 - XII ZR 57/91 und vom 08.12.1982 - IVb ZR 333/81; s. auch Sack/Fischinger in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 138 Rn. 515 mwN). Eine Sittenwidrigkeit würde aber nicht dazu führen, dass dem Kläger zu 1) Einkommen anzurechnen ist, sondern könnte allenfalls zu einem Anspruch des Beklagten nach § 34 SGB II führen. Denn auch in diesem Fall wäre dem Kläger zu 1) im streitigen Zeitraum kein Einkommen zugeflossen.

Die von der GmbH für die Altersvorsorge unmittelbar an den Versicherer gezahlten Beiträge iHv monatlich 362 EUR sind ebenfalls nicht als Einkommen zu berücksichtigen. Zum einen stellt diese eine zweckgebundene Einnahme iSd § 11 Abs. 3 Nr. 1a SGB II aF dar, die die Lage des Empfängers nicht so günstig beeinflusst, dass daneben Leistungen nach diesem Buch nicht gerechtfertigt wären. Die Vorgängerregelung von § 11a Abs. 3 SGB II war weiter gefasst, die Rechtsprechung zur Neuregelung kann auf die Vorgängervorschrift nicht ohne weiteres übertragen werden (Schmidt in Eicher, SGB II, 3. Aufl., § 11a Rn. 14; vgl. zur alten Rechtslage BSG Urteil vom 30.09.2008 - B 4 AS 19/07 R). Die Zahlungen dienten der Bildung einer Altersvorsorge und damit einem anderen Zweck als die SGB II-Leistungen und erfolgten durch die GmbH ausdrücklich als Zuschüsse zur betrieblichen Altersvorsorge unmittelbar auf das Konto des Versicherers. Zum anderen sind die Beiträge im streitigen Zeitraum dem Kläger zu 1) nicht zugeflossen, da sie unmittelbar vom Konto der GmbH an den Versicherer überwiesen wurde, ohne dass der Kläger zu 1) alleinigen Zugriff auf das Konto der GmbH hatte.

41

Auch die Betriebseinnahmen der GmbH im streitigen Zeitraum können nicht als Einkommen des Klägers zu 1) berücksichtigt werden. Dabei kann der Senat offen lassen, ob es sich bei den Betriebseinnahmen der GmbH um Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb (§ 3 Alg II-V 2008) oder um Einkünfte aus Kapitalvermögen (vgl. § 4 Satz 2 Nr. 3 Alg II-V 2008; zur Abgrenzung der Einkunftsarten vgl. BSG Urteil vom 22.08.2013 - B 14 AS 1/13 R) handelt, wobei letzteres zur Folge hätte, dass eine gleichmäßig Aufteilung über den Bewilligungszeitraum nicht möglich wäre und der angefochtene Bescheid auch aus diesem Grund teilweise rechtswidrig wäre. Denn die Einnahmen der GmbH sind ohnehin kein Einkommen des Klägers zu 1) iSd § 11 SGB II aF. Die GmbH hat nach § 13 Abs. 1 GmbHG selbständig Rechte und Pflichten, sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Die der GmbH verliehene Rechtsfähigkeit ist im Prinzip ebenso unbeschränkt wie die Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person. Sie kann, abgesehen von Rechten oder Aufgaben, die auf natürliche Personen zugeschnitten sind, alle Rechte und Pflichten wahrnehmen. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet nach § 13 Abs. 2 GmbHG den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen. Aus § 13 Abs. 1 und 2 GmbHG wird das sog. Trennungsprinzip hergeleitet, die durch das positive Recht begründete Notwendigkeit, zwischen dem Vermögen und den Schulden der Gesellschaft auf der einen Seite und dem Vermögen und den Schulden der Gesellschafter auf der anderen Seite zu unterscheiden (Emmerich/Bitter in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 13 Rn. 2).

42

Das Trennungsprinzip ist grundsätzlich auch im Bereich des SGB II zu beachten. Eine wirtschaftliche Zuordnung des Gewinns der juristischen Person zu einer natürlichen Person ist nur möglich, wenn die natürliche Person uneingeschränkt über die der juristischen Person zugeflossenen Mittel verfügen kann. Diese uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit über die zugeflossenen Mittel ist entscheidend für die Zuordnung sämtlicher Zuflüsse als Einkommen

43

(BSG Urteil vom 22.08.2013 - B 14 AS 1/13 R zur Kommanditgesellschaft). Nur dann besteht die Verpflichtung des Hilfebedürftigen, den Zufluss als "bereites Mittel" auch zu verbrauchen (vgl. BSG Urteil vom 23.08.2011 - B 14 AS 165/10 R). Der Kläger konnte nicht uneingeschränkt über die der GmbH zugeflossenen Mittel verfügen. Der von der GmbH als Kapitalgesellschaft erzielte Gewinn stand den Klägern zur Deckung ihres aktuellen Bedarfs nicht zur Verfügung.

Der Kläger zu 1) hatte im streitgegenständlichen Zeitraum aus dem Gesellschaftsvertrag keinen unmittelbaren Anspruch auf Ausschüttung von Einkommen oder Vermögen der GmbH. Einen hierfür erforderlichen Beschluss haben die Gesellschafter nicht gefasst. Der Kläger zu 1) konnte einen solchen Beschluss auch nicht unabhängig vom Willen seines Mitgesellschafter herbeiführen. Auch bestand kein faktisches Übereinkommen zwischen dem Kläger zu 1) und dem Mitgesellschafter dahingehend, einen Gewinnvorschuss auszuzahlen. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass auch der Mitgesellschafter im streitigen Zeitraum Leistungen nach dem SGB II bezogen hat. 44

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 § 29 Abs. 2 GmbHG, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, Beträge in Gewinnrücklagen einstellen oder als Gewinn vortragen. Im streitigen Zeitraum wäre nach § 10 des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich ein Beschluss über die Ergebnisverwendung und damit eine Gewinnverteilung möglich gewesen, ein Gewinn wurde aber durch die GmbH im vorangegangenen Geschäftsjahr, im Kalenderjahr 2009, nicht erwirtschaftet. 45

Der Kläger zu 1) hatte auch keinen unmittelbaren Anspruch auf eine Vorauszahlung auf einen zu erwartenden Gewinn. Einen monatlichen oder jedenfalls halbjährlichen Gewinnverwendungsbeschluss sieht das Gesetz nicht vor (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 22.12.2011 - L 5 AS 441/11 B ER, SG Aachen Urteil vom 24.11.2015 - S 14 AS 128/15). Die Gesellschafter müssen zwar 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 GmbHG), dem Verhältnis der Geschäftsanteile oder einem abweichenden Maßstab im Gesellschaftsvertrag, Vorauszahlungen auf einen erwarteten Gewinn zu beschließen und auszukehren, und zwar auch ohne Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag (OLG Hamm Urteil vom 05.02.1992 - 8 U 159/91; Verse in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 29 GmbHG Rn. 106 mwN; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rn. 45 mwN). Zuständig für die Entscheidung über eine Vorabausschüttung ist vorbehaltlich abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag jedoch die Gesellschafterversammlung, arg. § 46 Nr. 1 GmbHG, da die Vorauszahlung auf den zu erwartenden Gewinn erfolgt und damit Gewinnverwendung iSd § 46 Nr. 1 GmbHG ist. Von den Geschäftsführern eigenmächtig vorgenommene Auszahlungen wären rechtsgrundlos erbracht und nach Bereicherungsrecht zurück zu gewähren (Verse in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 29 GmbHG, Rn. 107 mwN). 46

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH enthält keine Regelungen zu Vorauszahlungen. Im streitgegenständlichen Zeitraum ist auch kein Gewinnvortrag beschlossen und ausgezahlt 47

worden. Dafür hätte es gem. § 7 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages eines Gesellschafterbeschlusses mit einfacher Mehrheit bedurft. Da der Kläger zu 1) und sein Mitgesellschafter die Geschäftsanteile an der GmbH jeweils zu 50 % halten, war es dem Kläger zu 1) auch nicht möglich, eine Vorabzahlung unabhängig vom Willen anderer innerhalb des streitgegenständlichen Zeitraumes herbeizuführen.

Der Kläger zu 1) auch war nicht berechtigt, Entnahmen vorzunehmen. Das Entnahmerecht, also das Recht, ergebnisunabhängige Ausschüttungen verlangen zu können, kann durch Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss begründet werden (OLG Hamm Urteil vom 05.02.1992 - 8 U 159/91; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rn. 47). Ein solches Recht sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Die Gesellschafter haben auch keinen entsprechenden Beschluss gefasst. Der Kläger zu 1) konnte einen solchen Beschluss auch nicht unabhängig vom Willen seines Mitgesellschafters herbeiführen. 48

Nicht verwiesen werden kann der Kläger zu 1) auf einen Anspruch auf Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens aus dem Vertrag vom 15.02.2008. Denn - unabhängig davon, ob und unter welchen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen die Rückzahlung dieses Darlehens durch die GmbH an den Kläger zu 1) ohne Gesellschafterbeschluss zulässig gewesen wäre - erfolgt nach § 4 des Darlehensvertrag die Rückzahlung des seinerseits vom Kläger zu 1) finanzierten Darlehens unmittelbar an die Bank, ohne dass der Kläger zu 1) auf die Beträge hätte zugreifen können. 49

Soweit der Beklagte ausführt, die GmbH hätte ihrerseits dem Kläger zu 1) ein Darlehen gewähren können, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Selbst wenn die GmbH dem Kläger zu 1) im streitigen Zeitraum tatsächlich ein Darlehen gewährt hätte (was tatsächlich nicht der Fall war), wäre kein anrechenbares Einkommen vorhanden gewesen. Auf die dann ggf. gegebene faktische Bedarfsdeckung kommt es nicht an. Entscheidend ist allein, ob im Bedarfszeitraum Einkommen in bedarfsdeckender Höhe tatsächlich und zur endgültigen Verwendung zur Verfügung steht. Ein Darlehen, das an den Darlehensgeber zurückzuzahlen ist, stellt als nur vorübergehend zur Verfügung gestellte Leistung kein Einkommen dar, auch wenn es als "bereites Mittel" zunächst zur Deckung des Lebensunterhalts verwandt werden könnte. Nur der wertmäßige Zuwachs stellt Einkommen iS des § 11 Abs. 1 SGB II dar, ein Darlehen ist keine Einnahme in Geld oder Geldeswert, (BSG Urteil vom 17.06.2010 - B 14 AS 46/09 R). 50

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG. 51

Die Zulassung der Revision folgt aus § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG. Der Senat misst der Beurteilung der Reichweite des Trennungsprinzips für eine Einkommensanrechnung nach dem SGB II grundsätzliche Bedeutung zu. Höchststrichterlich ist bisher nicht geklärt, was im Einzelnen gilt, wenn mehrere Personen an einer Gesellschaft beteiligt sind (vgl. BSG Urteil vom 22.08.2013 - B 14 AS 1/13 R zur Kommanditgesellschaft; Bayerisches LSG Urteil vom 21.03.2012 - L 16 AS 789/10 zur Kommanditgesellschaft; LSG Baden-Württemberg Urteil vom 23.02.2016 - L 9 AS 2108/13 zur GmbH). 52