

L 9 AL 37/13

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
9
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)

Aktenzeichen
S 11 AL 217/10
Datum
15.11.2012

2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 9 AL 37/13

Datum
18.03.2016

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 15. November 2012 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Bewilligung eines Gründungszuschusses nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III).

Der Kläger studierte von Oktober 1996 bis März 2004 Sportwissenschaften mit Schwerpunkt Informatik an der Technischen Universität C-Stadt. Am 18. März 2004 schloss er das Studium mit dem Abschluss Diplom ab. Von April 2004 bis Januar 2009 war er als EDV-Berater/Support bei der Firma D. GmbH & Co. KG in C-Stadt beschäftigt. Der Kläger meldete sich bei der Beklagten zum 1. Februar 2009 arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Arbeitslosengeld, das ihm die Beklagte durch Bescheid vom 17. Februar 2009 und Änderungsbescheid vom 8. Oktober 2009 in Höhe eines täglichen Leistungsbetrages von 33,80 Euro ab Februar 2009 für die Anspruchsdauer von 360 Tagen bewilligte. In der Zeit ab 28. September 2009 nahm der Kläger an einer von der Beklagten geförderten, ursprünglich bis zum 18. Dezember 2009 geplanten, Weiterbildungsmaßnahme im Bereich EDV bei der E. Training AG in C-Stadt teil (Bewilligungsbescheid vom 19. August 2009). Diese Maßnahme brach der Kläger am 30. September 2009 ab.

Am 27. Oktober 2009 beantragte er für die Aufnahme einer hauptberuflichen, selbständigen Tätigkeit einen Gründungszuschuss. Dazu gab der Kläger im Antragsformular u. a. an, er werde am 28. Oktober 2009 eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit als Betreiber eines Onlineshops und Geschäftsführers in F-Stadt aufnehmen. Dem Antrag war eine Stellungnahme des Diplom-Betriebswirtes G. vom 30. November 2009 beigefügt, in der dem Kläger bescheinigt wurde, dass mit dem Vorhaben der Aufbau einer tragfähigen Existenzgründung realisierbar erscheine. Ferner war beigefügt ein Gesellschaftsvertrag vom 9. Oktober 2009 über die Gründung der H. GmbH & Co. KG mit Sitz in F-Stadt zwischen der H. Verwaltungs GmbH, F-Stadt, als Komplementärin und - als Kommanditisten - Frau C., C-Stadt, sowie dem Kläger. Frau C. hielt einen Kapitalanteil von 9.000,00 Euro, der Anteil des Klägers betrug 1.000,00 Euro. Gegenstand des Unternehmens sollte der Groß- und Einzelhandel mit Sportartikeln aller Art sein.

Nach dem Gesellschaftsvertrag der H. Verwaltungs GmbH war Gegenstand des Unternehmens die Führung der Geschäfte der Firma H. GmbH & Co. KG. Alleinige Gesellschafterin der Verwaltungs GmbH mit einem Stammkapital in Höhe von 25.000,00 Euro war Frau C., zum alleinigen Geschäftsführer war der Kläger bestellt worden.

Im beigefügten Businesskonzept erläuterte der Kläger, die H. GmbH & Co. KG betreibe über eine Internetadresse eine Einkaufsplattform (Onlineshop) für Sportartikel aller Art, wobei der Onlineshop auf einer angemieteten Softwarelösung basiere, die bereits ein Warenwirtschaftssystem enthalte, in dem die Warenbestände verwaltet würden. Um den Onlineshop im Internet erreichbar zu machen, werde eine Internetadresse bei einem Internetprovider angemietet. Zur Umsatzgenerierung würden Lieferanten gewonnen, die mit der H. GmbH & Co. KG als Betreiber des Onlineshops eine Geschäftsbeziehung eingingen und Waren für den Verkauf im Onlineshop zur Verfügung stellten. Der Onlineshop stehe dem Kunden 24 Stunden am Tag für den Einkauf zur Verfügung; über verschiedene Bezahlsysteme könne der Kunde bequem über das Internet seinen Einkauf tätigen. Die Bestellungen würden über eine Logistiklösung an den Kunden ausgeliefert. Er, der Kläger und Mitbegründer der H. GmbH & Co. KG, sei alleiniger Geschäftsführer. Als studierter Diplom-Sportwissenschaftler mit

Schwerpunkt Informatik besitze er alle Voraussetzungen, die Tätigkeiten des Geschäftsführers auszuführen. Beigefügt war ferner eine Gewerbeanmeldung vom 24. November 2009 (Datum des Beginns der angemeldeten Tätigkeit 28. Oktober 2009). Ausweislich der beigefügten Umsatz- und Rentabilitätsvorschau wurden Einnahmen des Onlineshops im Jahr 2010 in Höhe von 96.000,00 Euro und im Jahr 2011 in Höhe von 150.000,00 Euro sowie ein Gewinn in Höhe von 16.080,00 Euro für das Jahr 2010 und in Höhe von 29.700,00 Euro für das Jahr 2011 erwartet. Die Liquidität vor Überbrückungsgeld wurde für das Jahr 2010 mit minus 4.940,00 Euro und für das Jahr 2011 mit 5.275,00 Euro erwartet.

Die Beklagte lehnte den Antrag des Klägers mit Bescheid vom 19. Januar 2010 mit der Begründung ab, aufgrund des vorliegenden Gesellschaftsvertrages liege keine weisungsfreie selbständige Tätigkeit des Klägers vor. Die Kommanditistin, Frau C., verfüge über eine Mehrheit von 75 vom Hundert (v. H.) und könne damit die Geschicke des Unternehmens alleine gestalten.

Der Kläger erhob mit Schreiben vom 27. Januar 2010 Widerspruch und führte zur Begründung u. a. aus, nach dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG vom 18. Dezember 2009 sei er als Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft alleine zu vertreten. Er übe eine hauptberufliche Tätigkeit aus, da ihm als Geschäftsführer der Gesellschaft das Ausüben von Nebentätigkeiten untersagt sei und er der Gesellschaft seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe. Er sei als Kommanditist zu 10 v. H. an der KG beteiligt, weshalb er in der Gesellschafterversammlung als Minderheitsgesellschafter zwar überstimbar sei, er aber über ein Widerrufsrecht (Sperrminorität) bei Grundlagenentscheidungen verfüge, welches ihn auch mit seiner Minderheitsbeteiligung befähige, die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich zu lenken und zu beeinflussen. Aufgrund seiner Berufsausbildung als Diplom-Sportwissenschaftler mit Schwerpunkt Informatik betätige er sich genau in dem wirtschaftlichen Umfeld, welches seine Ausbildung vorsehe und verfüge über branchenspezifisches Spezialwissen; Frau C., die Mitgesellschafterin, verfüge über derartiges Fachwissen nicht.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 7. April 2010 mit der Begründung zurück, die Geschäftsführung des Unternehmens, das als GmbH & Co. KG firmiere, stehe der (Verwaltungs-)Komplementär-GmbH zu, deren Geschäftsführer der Kläger sei. Nach dem vorliegenden Gesellschaftsvertrag der Verwaltungs GmbH sei allein Frau C. Gesellschafterin der (Verwaltungs-)Komplementär-GmbH; der Kläger sei lediglich Fremdgeschäftsführer und somit nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) grundsätzlich als Arbeitnehmer anzusehen (vgl. BSG, Urteil vom 20. März 1984 - [7 RAr 70/82](#) -). Zwar sei er als einziger Geschäftsführer der GmbH auch allein vertretungsberechtigt, habe nach dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung aber Weisungen der Gesellschafterin, Frau C., zu befolgen. Darüber hinaus seien auch Zweifel an der Tragfähigkeit der Tätigkeit des Klägers angebracht. Es sei zu vermuten, dass der Kläger als Geschäftsführer ein Gehalt beziehe; aus der selbständigen Tätigkeit als Kommanditist stehe ihm jedoch nur 1/10 des Gewinns der Kommanditgesellschaft zu. Für das Geschäftsjahr 2010 sei ein Gewinn in Höhe von 16.080,00 Euro angenommen worden, anteilig für den Kläger mithin 1.608,00 Euro für das gesamte Jahr. Damit könne der angenommene Lebensunterhalt in Höhe von 12.000,00 Euro pro Jahr nicht abgedeckt werden.

Der Kläger hat am 5. Mai 2010 beim Sozialgericht Darmstadt Klage erhoben. Zur Begründung hat er ausgeführt, der Onlineshop werde in Form der H. GmbH & Co. KG betrieben. An dieser Kommanditgesellschaft sei die Verwaltungs GmbH, die nicht am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sei, sowie Frau C. mit 90 v. H. sowie er selbst mit 10 v. H. beteiligt. Frau C. halte ihren Geschäftsanteil als Treuhänderin für die Treugeber, Frau D. und Herrn J., die Geschäftsführer des Sportartikelherstellers "K." seien. Die Artikel des vorbenannten Sportartikelherstellers würden, neben den Artikeln einer Vielzahl weiterer Sportartikelhersteller auch über das von ihm betriebene H. vertrieben. Der Gesellschaftsvertrag der H. GmbH & Co. KG sehe unter § 7 vor, dass er, der Kommanditist über die Einlage seines Kapitalanteils hinaus verpflichtet sei, seine Arbeitsleistung einzubringen. Art und Umfang seiner Arbeitsleistung sowie die Vergütung ergäben sich aus dem Beschluss der Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG vom 9. Oktober 2009, wonach ihm u. a. ein festes monatliches Gehalt in Höhe von 2.400,00 Euro zustehe. Die Vergütung des Kommanditisten gelte im Verhältnis der Gesellschafter zueinander als Aufwand bzw. Ertrag. Darüber hinaus sei unter dem 18. Dezember 2009 ein weiterer Gesellschafterbeschluss gefasst worden, wonach der Geschäftsführer Aufgaben der H. GmbH & Co. KG wahrzunehmen habe. Er führe die Geschäfte der Gesellschaft allein, Weisungen der Gesellschafterversammlung seien zu befolgen, soweit Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages nicht entgegenstünden. Geschäfte des laufenden Betriebes bedürften keiner Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Er, der Kläger, sei verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Die Leitung und Überwachung des Gesamtunternehmens obliege ausschließlich ihm. Die Gesellschafterin der H. Verwaltungs GmbH, Frau C., nehme tatsächlich keinerlei Einfluss auf die Gesellschaften. Sie fungiere lediglich als "Strohfrau" für die hinter ihr stehenden Treugeber, Frau D. und Herrn J. Er, der Kläger, verfüge als einziger unter den beteiligten Personen über das erforderliche Know-how zur Führung eines Internetportals und habe die Geschäftsidee und das Businesskonzept selbst erstellt. Die vorgenannten Treugeber würden ebenfalls keinerlei Einfluss auf den Betrieb des Unternehmens nehmen, sondern lediglich als Geldgeber auftreten. Sie betrachteten das Internetportal als einen zusätzlichen Absatzmarkt für die in ihrem Unternehmen "K." hergestellten Sportartikel. Seine Tätigkeit sei mithin eine hauptberufliche selbständige Tätigkeit. Dies folge zum einen aus seiner Stellung als Kommanditist der H. GmbH & Co. KG, zum anderen aus der Tatsache, dass er einen maßgeblichen tatsächlichen Einfluss auf die Willensbildung sowohl der Verwaltungs GmbH als auch der Kommanditgesellschaft ausübe. Kommanditisten, die nicht im Rahmen eines gesonderten Anstellungsvertrages, sondern ausschließlich auf gesellschaftlicher Grundlage für die Gesellschaft tätig seien, stünden nach Auffassung der Spitzenorganisationen der Sozialverwaltung nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur Gesellschaft. Das gelte auch, wenn ihnen für ihre Tätigkeit nach dem Gesellschaftsvertrag eine Vergütung zustehe. Sie würden - ebenso wie ein Komplementär - ausschließlich auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, d. h. als selbständiger Unternehmer tätig (vgl. BSG, Urteil vom 27. Juli 1972 - [2 RU 122/70](#) -). Der Kläger sei ausschließlich auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage für die Kommanditgesellschaft tätig, was aus § 7 des Gesellschaftsvertrages der H. GmbH & Co. KG hervorgehe.

In der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts am 31. Mai 2012 hat der Kläger ergänzend ausgeführt, der in der Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG am 9. Oktober 2009 ursprünglich gefasste Beschluss, wonach er ein monatliches Festgehalt in Höhe von 2.400,00 Euro habe erhalten sollen, sei tatsächlich nie realisiert worden. Bereits kurz nach Beginn der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit sei rasch klar geworden, dass sich das Unternehmen nicht so schnell derart positiv entwickeln könne, dass der Beschluss umgesetzt werden könne. Nach Rücksprache mit Frau D. und Herrn J. sowie dem Steuerberater sei daraufhin vereinbart worden, die im Beschluss vom 9. Oktober 2009 festgelegte Vergütungsregelung nicht umzusetzen, sondern ihm lediglich die Möglichkeit einzuräumen, bei Bedarf Entnahmen zu tätigen. Es sei vereinbart worden, dass er frei darüber bestimmen könne, wann und wieviel Geld er monatlich entnehme. Die Entnahmen hätten bei der Gesellschaft als Verbindlichkeiten gebucht werden sollen, die - sobald ein Gewinn

erzielt werden würde - hätten verrechnet werden sollen. Er habe in der ersten Zeit seiner selbständigen Tätigkeit monatlich zwischen 1.000,00 Euro und 1.500,00 Euro entnommen - abhängig vom eigenen Bedarf für die Lebensführung. Zwischenzeitlich (seit ca. einem halben Jahr) entnehme er monatlich zwischen 1.500,00 Euro und 2.000,00 Euro. Die gesellschaftsrechtliche Konstruktion als GmbH sei deshalb gewählt worden, um eine Haftungsbeschränkung sicherzustellen. Außerdem habe dadurch erreicht werden sollen, leichter Teilhaber zu gewinnen. Dass der Kläger lediglich mit 10 v. H. beteiligt worden sei, habe einzig und allein daran gelegen, dass er nicht über eigenes Kapital verfügt habe, um einen höheren Anteil einzubringen. Der Geschäftssitz in F-Stadt sei deswegen gewählt worden, weil es in diesem Bereich keine Vertreter gegeben habe, die Provisionen hätten geltend machen können. Frau D. und Herr J. seien als "Hintermänner" aufgetreten, weil sie neue Vertriebswege gesucht und mittels dieser Konstruktion auch gefunden hätten. Viele Einzelhändler beäugten den Onlinemarkt sehr kritisch. Für den Fall, dass offengelegt worden wäre, dass diese beiden Personen, die ihre Waren bislang nur über den Einzelhandel vertrieben hätten, diese jetzt auch im Onlineshop anbieten würden, hätte die Gefahr bestanden, die vorhandenen Verträge mit den Einzelhändlern zu verlieren. Dies sei der einzige Grund dafür gewesen, dass Frau C. als "Strohfrau" fungiert habe. Ein Anstellungsvertrag für den Kläger als Geschäftsführer existiere nicht. Er agiere ausschließlich auf der Grundlage des § 7 des Gesellschaftsvertrages. In der Ausübung seiner Tätigkeit sei er völlig frei. Er arbeite von zu Hause aus, besuche regelmäßig Messen, um mit weiteren Kunden ins Gespräch zu kommen. Wann und wie er arbeite, bestimme er ausschließlich selbst. Zwischen ihm und Frau D. bzw. Herrn J. gebe es keine Absprachen über das Volumen, das er über sein Portal von deren Produkten mindestens abnehmen müsse.

In der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts am 15. November 2012 hat der Kläger ergänzend ausgeführt, die vom Steuerberater in der Prognose getätigten Umsatzerwartungen seien bereits im ersten Jahr (2010) übertroffen worden. Nach seiner Erinnerung habe der Umsatz deutlich über 100.000,00 Euro gelegen. Auch im zweiten Geschäftsjahr seien die Umsatzerwartungen deutlich übertroffen worden.

Die Beklagte hält die von ihr getroffene Entscheidung für rechtmäßig und hat ergänzend zu den Ausführungen im Bescheid und im Widerspruchsbescheid vorgetragen, der Kläger habe am 28. Oktober 2009 keine hauptberufliche Tätigkeit als selbständiger Unternehmer aufgenommen. Er sei Geschäftsführer der H. Verwaltungs GmbH geworden, deren alleinige Gesellschafterin mit einer Einlage von 25.000,00 Euro Frau C. sei. Auf diese Gesellschaft habe er keinen bestimmenden Einfluss. Ein Geschäftsführervertrag existiere nicht. Nach dem Gesellschaftsvertrag der Verwaltungs GmbH bedürften Geschäftsführer für alle Handlungen und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgingen, der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die alleine aus Frau C. bestehe. Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009 sei ein typischer Anstellungsvertrag für den Kläger als Geschäftsführer geschlossen worden. Aufgrund der Tatsache, dass darin ein monatliches Festgehalt vereinbart worden sei, und er durch die Beschränkung auf die Höhe seiner Einlage in Höhe von 1.000,00 Euro auch weitgehend von der Haftung befreit sei, könne kein Unternehmerrisiko unterstellt werden. Selbst wenn man das Einräumen einer Sperrminorität bei bestimmten grundlegenden Beschlüssen der Gesellschafterversammlung mit Beschluss vom 18. Oktober 2009 als Kriterium für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit des Klägers heranziehen wolle, müsse beachtet werden, dass dieser Beschluss erst am 18. Oktober 2009 gefasst worden sei, mithin außerhalb eines zeitlichen Zusammenhangs mit dem Bezug von Arbeitslosengeld, weshalb auch aus diesem Grund ein Anspruch auf den Gründungszuschuss nicht zustehen könne. In der Gesamtschau müsse der Kläger daher wie ein Fremdgesellschafter einer GmbH gelten; auch dieser habe keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Auch besitze der Kläger nicht die alleinige Fachkompetenz, weil die beiden Treugeber hinsichtlich Herstellung, Produktkenntnis und Vertrieb mindestens die gleiche Qualifikation aufwiesen wie er.

Das Sozialgericht hat in der mündlichen Verhandlung am 15. November 2012 Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Herren J. und L. als Zeugen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift Blatt 72 ff. der Gerichtsakte verwiesen.

Mit Urteil vom 15. November 2012 hat das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2010 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit ab 28. Oktober 2009 einen Gründungszuschuss nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, die Klage sei zulässig und auch begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2010 sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Rechten. Der Kläger habe Anspruch auf Gewährung eines Gründungszuschusses für die Aufnahme einer hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit ab 28. Oktober 2009. Entscheidungsgrundlage sei [§ 57 SGB III](#) in der hier noch bis zum 31. März 2012 anzuwendenden alten Fassung ([§ 57 SGB III](#) a. F.). Zur Überzeugung des erkennenden Gerichts seien die Anspruchsvoraussetzungen zur Gewährung eines Gründungszuschusses im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, hier also im Zeitpunkt der Erteilung des Widerspruchsbescheides, erfüllt gewesen. Der Kläger habe bis zur Aufnahme der Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III gehabt. Er habe im Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit auch noch über einen Restanspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen verfügt. Er habe auch seine Fähigkeiten zum Führen eines Onlineshops für Sportartikel dargelegt. Der Kläger sei diplomierter Sportwissenschaftler mit Schwerpunkt Informatik und habe daher über die für die Ausübung der Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten habe der Kläger zur Überzeugung des Gerichts auch am 28. Oktober 2009 eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit aufgenommen. Selbständig im Sinne des [§ 57 Abs. 1 SGB III](#) a. F. sei eine Erwerbstätigkeit, die nicht in Abhängigkeit von fremden Weisungen ausgeführt werde. Der Selbständige müsse über seine eigene Arbeitskraft verfügen können, d. h. frei über Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsweise entscheiden können. Darüber hinaus zeichne sich die selbständige Tätigkeit durch eine eigene Betriebsstätte, den Einsatz eigener Betriebsmittel und das Arbeiten auf eigene Rechnung aus. Maßgeblich seien hierbei zunächst die getroffenen vertraglichen Regelungen, aber vor allem auch die tatsächlichen Verhältnisse, wenn diese von den zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen abwichen (vgl. BSG, Urteil vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R](#) -; Stratmann/Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl., § 57 Dnr. 5).

Die tatsächliche Stellung des Klägers müsse als selbständige Tätigkeit im Sinne des Gesetzes gewertet werden. Dies folge zum einen daraus, dass die in der Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009 gefassten Beschlüsse, wonach dem Kläger u. a. ein monatliches Festgehalt gewährt werden sollte und ihm im Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung ein Anspruch auf seine Bezüge für die Dauer von sechs Wochen zuerkannt worden sei, nach den glaubhaften Angaben des Klägers tatsächlich nicht umgesetzt worden seien, weil kurz nach Aufnahme der selbständigen Tätigkeit klar geworden sei, dass die erwirtschafteten Umsätze nicht ausreichten, um den Kläger in dieser Form dauerhaft finanziell abzusichern. Stattdessen sei durch eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und den hinter der "Strohfrau" C. stehenden Treugebern, Herrn J. und Frau D., dem Kläger das Recht eingeräumt worden, entsprechend dem persönlichen

Bedarf monatlich Entnahmen zu tätigen, die später mit dem Gewinn hätten verrechnet werden sollen. Damit sei die Tätigkeit des Klägers in der Gesellschaft ausschließlich aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelung als persönlicher Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszwecks ausgeübt worden.

Der Kläger sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch von Weisungen Dritter unabhängig. Frau C., die als "Strohfrau" für Frau D. und Herrn J. agiere, verfüge nach der Aussage des Zeugen J. über keinerlei Branchenkenntnisse, die sie hätten befähigen können, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Der Kläger sei auch nicht an Weisungen der beiden Treugeber gebunden. Dies folge zur Überzeugung des Gerichts aus den Angaben des Zeugen J. Dieser habe ausgesagt, er habe zusammen mit Frau D. und dem Steuerberater sehr früh darüber nachgedacht, wie es gelingen könne, als Unternehmer den Onlinehandel nicht zu verpassen, weil darin ein großes Marktpotential stecke. Daraus sei die Idee der H. GmbH & Co. KG entwickelt worden. Allerdings existierten zwischen Frau D., ihm und dem Kläger keinerlei Absprachen hinsichtlich einer Abnahmemenge der Produkte der Firma "K." und es seien auch keine Absprachen im Hinblick auf eine Gewinnbeteiligung an der H. GmbH & Co. KG getroffen worden. Da man seit vielen Jahren befreundet sei, schenke er dem Kläger so viel Vertrauen und gehe davon aus, dass dann, wenn der Umsatz in der Zukunft so groß sein würde, dass etwas "abfallen" könnte, dies auch an ihn und Frau D. weitergeleitet werden würde. Weder er noch Frau D. nähmen Einfluss auf die Führung der Geschäftstätigkeit des Klägers; wie unter Geschäftsleuten üblich, tausche man Informationen aus und frage sich auch gegenseitig um Rat. Einfluss auf die Führung der Geschäfte des Klägers werde nicht genommen. Frau C., eine gemeinsame Bekannte von ihm und Frau D., sei selbst nicht vom Fach und habe lediglich ihren Namen dafür gegeben, dass er und Frau D. in der Öffentlichkeit nicht hätten in Erscheinung treten müssen. Die Angaben des Zeugen seien glaubhaft, der Zeuge selbst sei glaubwürdig. Die Aussagen des Zeugen seien auch durch die Angaben des Zeugen L. - wenn auch beschränkt auf die steuerrechtlichen Hintergründe - der gewählten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion bestätigt worden.

Danach stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger eigenständig über Arbeitszeit und Arbeitsort habe bestimmen können und nicht an Weisungen Dritter gebunden sei. Er habe autonom über Arbeitszeit, Arbeitsort und die in seiner Firma angebotene Produktpalette entschieden, ohne durch die Treugeber J. und D. beeinflusst worden zu sein. Insbesondere bestünden keine Absprachen über bestimmte Abnahmemengen der Produkte der Firma "K."; vom Beginn seiner selbständigen Tätigkeit an habe der Kläger viele verschiedene Sportartikel unterschiedlicher Hersteller im Onlineshop angeboten. Auch seien Frau D. und Herr J. nicht am Gewinn der vom Kläger geführten Firma beteiligt.

Zur Überzeugung des Gerichts sei das Unternehmen des Klägers auch tragfähig. Tatsächlich seien die Entnahmen aus der selbständigen Tätigkeit nicht entsprechend der Kapitalanteile an der GmbH & Co. KG aufgeteilt worden, sondern seien allein dem Kläger zugestanden worden. Er habe Entnahmen in der Höhe getätigt, wie sie zur Deckung seines - wenn auch bescheidenen - Lebensunterhalts erforderlich gewesen seien. Schließlich könne auch aus der Geschäftsentwicklung bis heute entnommen werden, dass sich die selbständige Tätigkeit des Klägers so gut etabliert habe, dass zwischenzeitlich - zusätzlich zu dem nach wie vor bestehenden Onlinehandel - später noch ein Ladengeschäft habe eröffnet werden können. Allein die Umsatzzahlen aus dem Onlinehandel hätten bereits im ersten Geschäftsjahr die erwarteten Umsatzerwartungen deutlich überschritten. Nach alledem hätten zur Überzeugung des Gerichts die Voraussetzungen für die Bewilligung eines Gründungszuschusses in der Person des Klägers vorgelegen.

Gegen das der Beklagten am 15. Februar 2013 zugestellte Urteil hat diese am 12. März 2013 beim Hessischen Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung hat die Beklagte ausgeführt, zu Unrecht habe das Sozialgericht angenommen, dass der Kläger ab dem 28. Oktober 2009 eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit aufgenommen habe. Bei einer Kommanditgesellschaft liege die Geschäftsführung nach [§ 164 Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#) in der Regel allein bei der Person, die die Stellung als Komplementär innehat, Kommanditisten wie der Kläger seien an sich von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Denn der Kommanditist sei zunächst lediglich Geldgeber für die Kommanditgesellschaft, der geschäftlich gewöhnlich im Hintergrund bleibe. Zur Mitarbeit in der Kommanditgesellschaft seien Kommanditisten im Gegensatz zu Komplementären ausnahmsweise nur dann verpflichtet, wenn der Gesellschaftervertrag eine entsprechende Regelung vorsehe. Im vorliegenden Fall enthalte der Gesellschaftervertrag in § 7 die Regelung, dass der Kläger über die Einlage seines Kapitalanteils hinaus auch verpflichtet sei, seine Arbeitsleistung einzubringen. Kommanditisten, die auf Basis eines Arbeitsvertrages in der Gesellschaft mitarbeiteten, seien in der Regel abhängig Beschäftigte. Der Kläger sei zwar bei der GmbH deren Geschäftsführer, aber er sei mangels Anteilen an der GmbH dort nur Fremdgeschäftsführer. Als Fremdgeschäftsführer sei der Kläger aber nicht hauptberuflich selbständig tätig. Auf die Tätigkeit als Fremdgeschäftsführer beziehe sich aber der Antrag auf Gründungszuschuss. Als Fremdgeschäftsführer sei der Kläger aber abhängig beschäftigt und übe somit keine selbständige hauptberufliche Tätigkeit aus.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der vom erstinstanzlichen Gericht am 15. November 2012 in der mündlichen Verhandlung durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen J. und L. Zwar hätten die Zeugen bestätigt, dass der Kläger bei der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit relativ frei gewesen sei, zumal aufgrund der freundschaftlichen Beziehungen zwischen einigen der Beteiligten auch ein besonderes Vertrauensverhältnis gegenüber dem Kläger bestehe. Auch habe die Vergütung des Klägers faktisch wohl darin bestanden, dass er sich aus der Geschäftskasse monatlich die zum Leben notwendigen Erträge entnommen habe. Zu Unrecht habe das erstinstanzliche Gericht daraus aber den Schluss gezogen, dass der Kläger eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit aufgenommen habe, weil die tatsächliche Stellung des Klägers als Selbständiger im Sinne des Gesetzes gewertet werden müsse. Aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 18. Dezember 2009 ergebe sich, dass der Kläger - wie bei einem Fremdgeschäftsführer üblich - die alltäglichen Geschäfte der Firma allein habe führen dürfen, er aber die Weisungen der Gesellschafterversammlung zu befolgen habe. Ob dem Kläger tatsächlich Weisungen erteilt worden seien, sei danach unerheblich. Entscheidend sei, dass nach den vertraglichen Regelungen die Treugeber jederzeit die Möglichkeit gehabt hätten, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Das erstinstanzliche Gericht verkenne, dass hinter der faktischen Handlungsfreiheit des Klägers immer auch latent die Rechtsmacht der Firmeninhaber bzw. Gesellschafter stehe. Diese latente Rechtsmacht ent falle nicht dadurch, dass von ihr in "ruhigen Zeiten" kein Gebrauch gemacht werde (vgl. Hess. LSG, Urteile vom 27. Oktober 2011 - L 8 KR 337/09 - und [L 8 KR 175/09 -](#)). In den genannten Entscheidungen habe das Hess. LSG im jeweiligen Leitsatz für den Fall einer Einzelfirma völlig zutreffend ausgeführt, dass eine abhängige Beschäftigung in einer Einzelfirma eines nahen Familienangehörigen auch dann vorliege, wenn nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls der als Arbeitnehmer geführte (leitende) Angestellte oder Fremdgeschäftsführer aufgrund seiner Stellung in der Familie tatsächlich freie Hand in der Führung der Geschäfte des Unternehmens habe und wie ein Alleininhaber "frei schalten und walten kann". Dieser Leitsatz sei auch auf den hiesigen Sachverhalt zu übertragen.

Die Weisungsabhängigkeit des Klägers ergebe sich zudem im weiteren Zusammenhang aus § 4 des Gesellschaftsvertrages der

Komplementärin H. Verwaltungs GmbH, dessen Geschäftsführer der Kläger ebenfalls sei (4.3.). Die in § 4 genannten Einschränkungen der Geschäftsführung des Klägers bei der Komplementärin H. Verwaltungs GmbH seien so umfassend, dass auch in dieser Hinsicht nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Kläger in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der H. Verwaltungs GmbH & Co. KG eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit bei der H. Verwaltungs GmbH ausgeübt habe. Auch die Tatsache, dass dem Kläger entsprechend dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009 ein monatliches Festgehalt von 2.400,00 Euro nebst einer zusätzlichen variablen Vergütung, die sich aus einer jährlich neu abzuschließenden Zielvereinbarung ergebe, zugestanden habe, untermauere die weisungsabhängige Stellung des Klägers als Fremdgeschäftsführer der Firma. Es möge dahinstehen, ob der Kläger den Vergütungsanspruch immer von der Firma eingefordert habe. Letztlich sei entscheidend, dass er gegenüber der Firma den monatlichen Vergütungsanspruch, welchen er ggf. auch vor Gericht hätte durchsetzen können, gehabt habe.

In der Gesamtschau sei somit festzustellen, dass der Kläger entgegen den Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil bei der H. GmbH & Co. KG keine selbständige hauptberufliche Tätigkeit ausgeübt habe, sondern er gegenüber der Firma als Fremdgeschäftsführer weisungsgebunden gewesen sei. Einen Anspruch auf einen Gründungsausschuss habe der Kläger somit nicht gehabt.

Selbst wenn man sich der rechtsfehlerhaften Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts, dass der Kläger eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit ausgeübt habe, anschließen würde, wäre der Antrag auf Gründungszuschuss abzulehnen gewesen. Denn über die voraussichtliche Tragfähigkeit des Gründungsvorhabens sei seitens der Beklagten eine Prognoseentscheidung zu treffen. Das Wesen der Prognoseentscheidung bestehe darin, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt (Prognosezeitpunkt) für die Zukunft ein bestimmter Sachverhalt vorhergesagt (prognostiziert) werde, vorliegend die Höhe des Einkommens aus der selbständigen Tätigkeit. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung sei der Zeitpunkt der Entscheidung über die Gewährung des Zuschusses (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. Juni 2009 - [L 13 AL 5078/08](#) -). Der Kläger habe angegeben, dass 2010 ein Gewinn von 16.080,00 Euro und 2011 ein Gewinn von 29.700,00 Euro erzielt werden würde. Hiervon stünden ihm nach den [§§ 168, 121 HGB](#) nur Gewinnanteile zu. Der Kapitalanteil des Klägers habe nur 10 % betragen. Es sei offensichtlich, dass schon aufgrund der Angaben des Klägers das Vorhaben für ihn aufgrund seines geringen Gesellschafteranteils nicht tragfähig gewesen wäre. Dass schließlich, wie sich erst während des gerichtlichen Verfahrens herausgestellt habe, die Gewinne allein dem Kläger zugestanden worden seien, habe bei der Beurteilung der Tragfähigkeit im Rahmen der Prognose nicht berücksichtigt werden können. Denn dies sei den mit dem Antrag vorgelegten Unterlagen nicht zu entnehmen gewesen.

Auch die am 30. November 2009 von dem vereidigten Buchprüfer G. unterschriebene Stellungnahme der fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung dürfte nicht ausreichend sein. Als eigenständige Prognoseentscheidung der fachkundigen Stelle könne sie jedenfalls nicht anerkannt werden. Denn Herr G. habe sich darauf beschränkt, im Vordruck alle Fragen mit "ja" anzukreuzen. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Businessplan habe nicht stattgefunden. Ausweislich der Rechtsprechung des Hess. LSG reiche es aber nicht aus, dass die Prognose ohne eine eigene Wertung der fachkundigen Stelle nur auf das Unternehmenskonzept der antragstellenden Person gestützt werde (vgl. Hess. LSG, Urteil vom 23. November 2010 - L 7 AL 190/11 - und LSG Sachsen, Beschluss vom 13. Oktober 2009 - [L 3 AS 318/09 B ER](#) -).

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 15. November 2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung einer schriftlichen Aussage der Zeugin C. Wegen der Beweisfragen wird auf Blatt 160 f., wegen der Aussage der Zeugin auf Blatt 170 f. Bezug genommen. Außerdem hat der Senat Beweis erhoben durch Einholung einer schriftlichen Aussage der Zeugin D. Wegen der Beweisfragen wird auf Blatt 164 f., wegen der Aussage der Zeugin auf Blatt 178 f. Bezug genommen.

Der Kläger hat im Anschluss an den Erörterungstermin des Berichterstatters vom 23. November 2015 zu den dort gegebenen Hinweisen ergänzend vorgetragen, er übe eine selbständige Tätigkeit aus. Die Rechtsprechungsänderung zur Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern aus dem Jahr 2012 sei bekannt, hier jedoch nicht einschlägig. Vorliegend handele es sich nicht um eine GmbH, sondern um eine Kommanditgesellschaft (KG). Der Kommanditist, der - wie vorliegend der Kläger - ausschließlich auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage tätig werde, sei stets selbständig tätig. Dies gelte auch dann, wenn es ihm nicht erlaubt sei, Nebentätigkeiten auszuüben, er sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und 25 Tage Urlaub erhalte. Entscheidend sei, dass der Kläger allein auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage für die Gesellschaft tätig werde.

Die Rücksprache mit dem Steuerberater des Klägers, Herrn G., habe ergeben, dass sich die "Stellungnahme der fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung" vom 30. November 2009 auf das Existenzgründungsvorhaben des Klägers "M. M." und nicht auf die H. GmbH & Co. KG insgesamt beziehe. Dem Kläger stehe somit der Gesamtbetrag von 16.080,00 Euro (10 %) zu. Das ergebe sich auch aus dem Wortlaut des zu den Akten gereichten Papiers: "Existenzgründungsvorhaben von M., M.". Das habe offensichtlich auch die Beklagte so gesehen und die Tragfähigkeit im Ausgangsbescheid nicht angezweifelt. Es sei im Ergebnis also falsch, von dem ermittelten Gewinn für das Kalenderjahr 2010 (16.080,00 Euro) lediglich 10 % dem Kläger zuzurechnen. Dies werde auch dann besonders deutlich, wenn man unter Punkt IV. "Liquiditätsberechnung" die Zahlen betrachte. Die gesamte Planung sei auf die Person des Klägers ausgerichtet. Über den Gewinnanteil, der dem Kläger über die 10 % hinaus noch zustehe, verhalte sich der beigefügte Gesellschafterbeschluss vom 24. Mai 2011. Die Durchführung der von den Beteiligungsverhältnissen abweichenden Gewinnverteilung sei in den Jahresabschlüssen 2010 bis 2014 dokumentiert. Die Jahresabschlüsse seien ordnungsgemäß an das Finanzamt übermittelt und veröffentlicht worden. Aus den Gesellschafterversammlungsprotokollen von 2010 bis 2012 ergebe sich, dass der handelsrechtliche Gewinn zu 50 %, 82 % und 91 % dem Kläger zugerechnet worden sei. Ebenfalls beigefügt seien die Steuererklärungen 2010 bis 2012, aus denen sich ergebe, dass die steuerlichen Gewinnanteile entsprechend dem Kläger zugewandt und von ihm versteuert worden seien. Die Angaben in den Protokollen bezögen sich auf den handelsrechtlichen, die Angaben in der Steuererklärung auf den steuerlichen Gewinn. Es könne daher zu kleinen Abweichungen kommen. An der Tragfähigkeit des Existenzgründungsvorhabens des Klägers bestünden daher keinerlei Zweifel. Nach der Anlaufphase hätten ca. 1.000,00 Euro bis 1.200,00 Euro im Monat erreicht werden sollen. Das sei bereits 2010 nach der Prognoserechnung der Fall gewesen (16.000,00 Euro/12 Monate = 1.333,00 Euro).

Die Beklagte hat dazu ausgeführt, der Vortrag des Bevollmächtigten, dass ein Kommanditist, der ausschließlich auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage tätig werde, stets selbständig sei, sei nicht zutreffend. Der Kommanditist möge dann zwar steuerrechtlich selbständig sein. Nur weil der Kommanditist steuerrechtlich als Mitunternehmer anzusehen sei, begründe dies aber nicht automatisch eine Sozialversicherungsfreiheit.

Zwar habe der Kläger nun mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2015 erstmals ein Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 17. Oktober 2009 überreicht, mit dem das Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009, in welchem für den Kläger ein monatliches festes Gehalt von 2.400,00 Euro festgelegt worden sei, aufgehoben worden sei. Es verwundere schon, warum das auf den 17. Oktober 2009 datierte Protokoll erst jetzt vorgelegt werde. Denn noch in der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2012 habe sich der Bevollmächtigte in seinem mündlichen Vortrag inhaltlich auf das Protokoll vom 9. Oktober 2009 bezogen, als er ausgeführt habe, sein bisheriger Vortrag, wonach dem Kläger ein monatliches Festgehalt in Höhe von 2.400,00 Euro gewährt worden sei, müsse korrigiert werden, da diese Regelung nicht realisiert worden sei, weil sich herausgestellt habe, dass nicht genügend Geld dagewesen sei, um den Kläger auszuzahlen. Spätestens hier wäre es doch naheliegender gewesen, das auf den 17. Oktober 2009 datierte Protokoll über die Gesellschafterversammlung, mit dem das Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009 komplett aufgehoben worden sei, vorzulegen. Aber auch unter Berücksichtigung des Protokolls über die Gesellschafterversammlung vom 17. Oktober 2009 sei der Kläger sozialversicherungsrechtlich nicht selbständig gewesen. Nach der Rechtsprechung des BSG sei zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen (BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 B [12 AL 23/13 R](#) -). Dazu hätten Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Lagen schriftliche Vereinbarungen vor, so sei neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Äußerungen erfolgt seien.

Eine Beschäftigung setze voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei und dabei einem Zeit, Dauer und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege. Diese Weisungsgebundenheit könne - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber sei eine selbständige Tätigkeit durch das eigene Unternehmerrisiko gekennzeichnet (BSG s. o.).

Der Kläger habe kein erhebliches Unternehmerrisiko getragen. Ein Unternehmerrisiko liege nach der Rechtsprechung des BSG vor, wenn eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werde, der Erfolg des Einsatzes der persönlichen oder sächlichen Mittel also ungewiss sei (BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) -). Hier habe sich das Unternehmerrisiko des Klägers auf den Verlust des Kommanditanteils in Höhe von 1.000,00 Euro beschränkt. Zwar möge es untypisch für einen Beschäftigten sein, wenn keine feste Entlohnung vereinbart worden sei, die allein von seiner Arbeitsleistung abhängt (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Juni 2015 - [L 1 KR 291/13](#) -). Allerdings sei es nach dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 17. Oktober 2009 dem Kläger zur Führung der Lebenshaltungskosten gestattet, Entnahmen von maximal 2.000,00 Euro im Monat zu tätigen. Zwar hätten diese Beträge vom Kapitalkonto des Klägers in Abzug gebracht werden sollen und die Entnahmen seien zunächst mit dem Gewinn zu verrechnen. Allerdings habe der Kläger unabhängig vom Anfallen eines Gewinns monatliche Entnahmen von 2.000,00 Euro zur Führung der Lebenshaltungskosten tätigen können. Die Entnahmen hätten nur mit Eigengewinnen verrechnet werden sollen. Für einen etwaigen durch die Entnahmen entstandenen Verlust der Gesellschaft (für den Fall, dass die Gesellschaft keine Gewinne gemacht hätte) habe der Kläger hingegen nicht aufzukommen gehabt; er habe also auch in dieser Hinsicht kein Unternehmerrisiko getragen. Die Entnahmen in Höhe von bis zu 2.000,00 Euro monatlich zur Führung der Lebenshaltungskosten seien daher als eine Form eines Gehaltes zu qualifizieren, da der Kläger unabhängig von etwaigen Gewinnen einen Anspruch darauf gehabt habe. Die Entnahmemöglichkeit sei somit wie eine Gehaltszahlung garantiert gewesen. Wie bereits in der Berufungsbegründung vom 30. September 2013 ausgeführt, spreche gegen eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit des Klägers ferner dessen tatsächliche Stellung. Er habe zwar die alltäglichen Geschäfte der Firma führen dürfen. Er habe aber zumindest zum Zeitpunkt der Stellung des Antrages auf Gründungszuschuss die Weisungen der Gesellschafterversammlung zu befolgen gehabt. Das BSG habe in diesem Zusammenhang dazu völlig zutreffend in dem Urteil vom 29. Juli 2015 folgendes ausgeführt: "Ohne eine im Gesellschaftsrecht wurzelnde Rechtsmacht, die ihn in die Lage versetzte, ihm unangenehme Weisungen zu verhindern, schließen auch die von ihm ausgeübten weitreichenden Befugnisse die Annahme von Beschäftigung nicht von vornherein aus, auch wenn er "im Alltag" faktisch bei seiner Tätigkeit keinen Weisungen unterlag. Aus der nur faktischen Nichtwahrnehmung eines Weisungs-, Aufsichts- oder Überwachungsrechts kann schon nicht auf einen rechtswirksamen Verzicht auf dieses Recht geschlossen werden."

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung erklärt, zuletzt mit Schriftsatz der Beklagten vom 15. Februar 2016 und Schriftsatz des Bevollmächtigten des Klägers vom 8. März 2016.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der Gerichtsakte und auf den der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung ([§§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -).

Die zulässige Berufung ist begründet.

Das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 15. November 2012 kann keinen Bestand haben.

Der Bescheid der Beklagten vom 19. Januar 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. April 2010 ist rechtmäßig, so dass der Kläger nicht beschwert ist (vgl. [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#)).

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Bewilligung eines Gründungszuschusses nach [§ 57 SGB III](#) in der Fassung des Gesetzes vom 15. Juli 2009 ([BGBl. I 1939](#)).

Nach Abs. 1 dieser Vorschrift haben Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit

beenden, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf einen Gründungszuschuss.

Ein Gründungszuschuss wird nach [§ 57 Abs. 2 SGB III](#) geleistet, wenn der Arbeitnehmer 1. bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit a) einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach diesem Buch hat oder b) eine Beschäftigung ausgeübt hat, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach diesem Buch gefördert worden ist, 2. bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, dessen Dauer nicht allein auf § 127 Absatz 3 beruht, von mindestens 90 Tagen verfügt, 3. der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweist und 4. seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit darlegt. Zum Nachweis der Tragfähigkeit der Existenzgründung ist der Agentur für Arbeit die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorzulegen; fachkundige Stellen sind insbesondere die Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, berufsständische Kammern, Fachverbände und Kreditinstitute. Bestehen begründete Zweifel an den Kenntnissen und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit, kann die Agentur für Arbeit vom Arbeitnehmer die Teilnahme an Maßnahmen zur Eignungsfeststellung oder zur Vorbereitung der Existenzgründung verlangen.

Der Antrag des Klägers auf Bewilligung eines Gründungszuschusses lässt schon nicht zweifelsfrei erkennen, für welche Tätigkeit der Gründungszuschuss begehrt wird. Im Formblattantrag vom 26. November 2009 (Tag der Antragstellung nach dem Vermerk der Beklagten: 27. Oktober 2009) hat der Kläger angegeben, er werde am 28. Oktober 2009 eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit als Betreiber eines Onlineshops und Geschäftsführer aufnehmen. Nach dem vorgelegten Businesskonzept ist der Kläger Mitgründer der H. GmbH & Co. KG und alleiniger Geschäftsführer, der die Geschäfte der H. GmbH & Co. KG leite. Nach den Angaben in der notariellen Beurkundung der Gründungsversammlung der Komplementär GmbH, der H. Verwaltungs GmbH, vom 9. Oktober 2009 wird der Kläger zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt. Nach dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG vom 18. Dezember 2009 ist der Kläger als Geschäftsführer der H. Verwaltungs GmbH der geborene Geschäftsführer der H. GmbH & Co. KG; die Gesellschafterversammlung beschließt daher, dass der Kläger diese Geschäftsführungsaufgaben wahrnehme. Da die Angaben im Formblattantrag bereits am 26. November 2009 gemacht wurden, die Gesellschafterversammlung den Kläger aber erst am 18. Dezember 2009 zum Geschäftsführer der KG bestellt hat, spricht vieles dafür, dass der Gründungszuschuss nur für die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Komplementär GmbH oder ggf. für die Stellung als Kommanditist der KG beantragt wurde. Legt man dagegen die Angaben im Businesskonzept zu Grunde, könnte sich der Antrag auch auf die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der KG beziehen.

Ungeachtet dieser Unklarheiten im Antrag auf Gründungszuschuss fehlt es vorliegend an der Darlegung der Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit des Klägers.

Eine selbständige Tätigkeit ist von einer abhängigen Tätigkeit abzugrenzen. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen von Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) in seiner bis heute unverändert geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung "die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) -; BSG, Urteil vom 30. April 2013 [B 12 KR 19/11 R](#) -SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; BSG, Urteil vom 29. August 2012 [B 12 KR 25/10 R](#) - [BSGE 111, 257](#); zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (vgl. insoweit insbesondere BSG, Urteil vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - SozR 4-2400 § 7 Nr. 15).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist in Fällen wie dem vorliegenden vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgeblich, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen "Etikettenschwindel" handelt, der unter Umständen als Scheingeschäft im Sinne des [§ 117 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 s. o., m. w. N.).

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben spricht das Gesamtbild vorliegend eher für eine abhängige Beschäftigung des Klägers.

Das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen der KG und dem Kläger ist allerdings nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Kläger als Kommanditist (Mit-)Gesellschafter der KG ist. In einer erwerbswirtschaftlich ausgerichteten Personengesellschaft übt nur der Gesellschafter, der zur Vornahme der zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörenden Handlungen berechtigt ist, schon wegen seiner gesellschaftsrechtlichen Position eine selbständige Erwerbstätigkeit aus (BSG, Urteil vom 5. November 1980 - [11 RA 80/79](#) - [BSGE 50, 284](#)). Berechtigt zur Geschäftsführung war nach dem Gesellschaftsvertrag der KG aber nur ihr Komplementär, nicht der Kläger als Kommanditist. Allein der von ihm gehaltene Gesellschaftsanteil begründet deswegen noch keine Selbstständigkeit. Auch ein mitarbeitender Kommanditist kann zwar als selbständig anzusehen sein, wenn er aufgrund des Gesellschaftsvertrages die Rechtsmacht hat, die Geschicke der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken zu lenken und damit einem zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter gleichsteht (LSG Baden-

Württemberg, Urteil vom 24. Februar 2015 - [L 11 KR 3995/13](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24. September 2014 L [8 R 1104/13](#) -). Das war hier aber nicht der Fall. Der Kläger hat nach dem Gesellschaftsvertrag zwar ein Stimmrecht. Er kann aber von den anderen Gesellschaftern jederzeit überstimmt werden, da er weder die Stimmenmehrheit hat noch ihm im Gesellschaftsvertrag eine Sperrminorität eingeräumt worden ist (vgl. § 9 des Gesellschaftsvertrages der H. GmbH & Co. KG). Allein aus seiner eigenen Rechtsstellung heraus ist der Kläger nicht in der Lage, über die Geschäfte der KG zu entscheiden. Deren Willensbildung untersteht nicht seinem bestimmenden Einfluss. Demnach ist über das Vorliegen einer Beschäftigung des Klägers unabhängig von den zwischen ihm und der KG bestehenden gesellschaftsrechtlichen Bindungen zu entscheiden.

Für die Abgrenzung zwischen einer abhängigen Beschäftigung und einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist - wie bereits ausgeführt - zunächst von den zwischen den Beteiligten getroffenen vertraglichen Abreden auszugehen. Der Gesellschaftsvertrag der H. GmbH & Co. KG vom 9. Oktober 2009 regelt in § 7, dass der Kläger als Kommanditist über die Einlage seines Kapitalanteils hinaus verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung einzubringen. Art und Umfang seiner Arbeitsleistung sowie die Vergütung ergeben sich aus der Anlage 1 zu diesem Vertrag (Gesellschafterbeschluss). Die Vergütung des Kommanditisten gilt im Verhältnis der Gesellschafter zueinander als Aufwand bzw. Ertrag. Nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung der H. GmbH & Co. KG vom 9. Oktober 2009 steht dem Kläger ein festes monatliches Gehalt in Höhe von 2.400,00 Euro zu. Ausweislich des erst im Berufungsverfahren (Anlage zum Schriftsatz vom 15. Dezember 2015) vorgelegten Protokolls vom 17. Oktober 2009 hat die Gesellschafterversammlung beschlossen, dass der Kläger, der als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der geborene Geschäftsführer der H. GmbH & Co. KG sei, die Geschäftsführungsaufgaben auch der KG wahrnehme. Der Geschäftsführer sei berechtigt und verpflichtet, die Gesellschaft alleine zu vertreten und die Geschäfte der Gesellschaft alleine zu führen. Weisungen der Gesellschafterversammlung seien zu befolgen, soweit Vereinbarungen in diesem Vertrag nicht entgegenstünden. Der Geschäftsführer stelle seine gesamte Arbeitskraft und seine gesamten Kenntnisse und Erfahrungen der Gesellschaft zur Verfügung. Ihm oblägen Leitung und Überwachung des Gesamtunternehmens. Dem Kläger werde am Ende des Jahres ein höherer Gewinnanteil, als den durch seinen Kommanditanteil von 10 % ausgewiesenen Gewinnanteil, zugewiesen. Die Höhe werde jedes Jahr neu mit den Treugebern, Frau D. und Herrn J., nach Zielen vereinbart. Zur Führung der Lebenshaltungskosten sei es dem Geschäftsführer, dem Kläger, gestattet, Entnahmen von maximal 2.000,00 Euro pro Monat zu tätigen. Diese seien seinem Kapitalkonto in Abzug zu bringen. Die Entnahmen seien zunächst mit dem Gewinn zu verrechnen. Der verbleibende Restgewinn sei entnahmefähig. Darüber hinaus ist unter dem 18. Dezember 2009 ein weiterer Gesellschafterbeschluss gefasst worden, wonach dem Kläger in der Gesellschafterversammlung ein Widerspruchsrecht für bestimmte Grundlagengeschäfte eingeräumt wurde.

Der Gesellschaftsvertrag der H. GmbH & Co. KG vom 9. Oktober 2009 sowie die Protokolle der Gesellschafterversammlungen belegen in ihrer Gesamtschau betrachtet die weisungsabhängige Stellung des Klägers als Geschäftsführer sowohl der KG als auch der GmbH. Soweit sich der Antrag auf Gründungszuschuss überhaupt auf die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der KG bezieht (s.o.), ist eine solche Tätigkeit jedenfalls als abhängige Beschäftigung einzustufen. Denn der Kläger ist nach § 7 des Gesellschaftsvertrages der H. GmbH & Co. KG vom 9. Oktober 2009 als Kommanditist über die Einlage seines Kapitalanteils hinaus verpflichtet, seine Arbeitsleistung einzubringen. Auch die dem Kläger gewährte Vergütung spricht für eine abhängige Beschäftigung. Zwar ist das in der Gesellschafterversammlung vom 9. Oktober 2009 beschlossene Festgehalt in Höhe von 2.400,00 Euro bereits in der Gesellschafterversammlung vom 17. Oktober 2009 dahingehend geändert worden, dass dem Kläger ein bestimmter, variabler Gewinnanteil und die Befugnis zur Entnahme von maximal 2.000,00 Euro pro Monat zugestanden wurde. Dabei handelt es sich aber um einen Vergütungsanspruch des Klägers unabhängig davon, ob die Firma Gewinne erzielt oder nicht. Insoweit ist auch ein Unternehmerrisiko des Klägers nicht erkennbar. Dieses beschränkt sich vielmehr auf den möglichen Verlust seines Kapitalanteils in Höhe von 10 % an der KG. Auch die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer der Komplementär GmbH ist als abhängige Beschäftigung einzustufen. Denn der Kläger, der an der GmbH nicht beteiligt ist, hat die Stellung eines weisungsabhängigen Fremdgeschäftsführers. Ob dem Kläger tatsächlich Weisungen erteilt wurden, ist nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, dass die Gesellschafterin und die hinter ihr stehenden Treugeber rechtlich jederzeit die Möglichkeit gehabt hätten, Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen und Weisungen zu erteilen.

Darüber hinaus fehlt es auch am Nachweis der Tragfähigkeit des Gründungsvorhabens. Tragfähigkeit setzt voraus, dass nach der Anlaufphase mindestens ein Bruttoeinkommen erzielt wird, das dem durchschnittlichen Bruttoeinkommen abhängig Beschäftigter zu mindestens zwei Dritteln entspricht (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 14. März 2014 - L 9 AL 79/12 -; Starck in: Mutschler u. a., SGB III, 3. Aufl. 2008, § 57 Rn. 70). Dabei ist davon auszugehen, dass hinsichtlich der Beurteilung der Tragfähigkeit maßgeblich auf den Zeitraum der ersten neun Monate nach Aufnahme der hauptberuflichen, selbständigen Erwerbstätigkeit abzustellen ist. Dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien ([BT-Drucks. 16/1696 S. 31](#)). Danach erhalten geförderte Personen für neun Monate monatlich einen Zuschuss zur Sicherung des Lebensunterhalts. Nach neun Monaten werde davon ausgegangen, dass sich die Gründung soweit gefestigt und am Markt bewährt habe, dass der Lebensunterhalt aus der selbstständigen Tätigkeit bestritten werden kann ([BT-Drucks. 16/1696 S. 31](#) zu § 58).

Bis zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Widerspruchsbescheid vom 7. April 2010) hat der Kläger keine die Tragfähigkeit des Gründungsvorhabens belegenden Unterlagen vorgelegt.

Es erscheint schon fraglich, ob die von dem Kläger vorgelegte Stellungnahme der fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Denn die vorgelegte Stellungnahme des Dipl. Betriebswirts und vereidigten Buchprüfers G. vom 30. November 2009 beschränkt sich darauf, die Formblattfragen mit "ja" zu beantworten. Sie enthält dagegen keine Auseinandersetzung mit den Angaben im Businessplan.

Ungeachtet dieser Frage können die von dem Kläger bis zum Erlass des Widerspruchsbescheides (7. April 2010) vorgelegten Unterlagen die Tragfähigkeit des Gründungsvorhabens nicht belegen. Soweit der Kläger über seinen Bevollmächtigten vorgetragen hat, der für die Jahre 2010 und 2011 ausgewiesene Gewinn in der Umsatz- und Rentabilitätsvorschau in Höhe von 16.080,00 Euro bzw. 29.700,00 Euro sei allein dem Kläger zuzurechnen, da sich die Stellungnahme der fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung nur auf den Kläger ("N. M.") beziehe, vermag der Senat diese Schlussfolgerung nicht nachzuvollziehen. Denn die Umsatz- und Rentabilitätsvorschau weist Einnahmen und Ausgaben des "Onlineshops" und nicht auf den Kläger entfallende anteilige Einnahmen und Ausgaben aus. Dementsprechend ist auch der prognostizierte Gewinn als der der KG zu verstehen. An der KG ist der Kläger aber nur mit einem Kapitalanteil von 10 % beteiligt. Daraus folgt, dass für den Kläger lediglich ein prognostizierter Gewinn für 2010 in Höhe von 1.608,00 Euro berücksichtigt werden kann. Damit fehlt es aber am Nachweis der Tragfähigkeit.

Die als Anlagen zum Schriftsatz des Bevollmächtigten des Klägers vom 15. Dezember 2015 vorgelegten Unterlagen können im Rahmen der Überprüfung der Prognose der Tragfähigkeit nicht berücksichtigt werden, da sie erst nach Erlass der letzten Behördenentscheidung vorgelegt wurden.

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

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2017-01-02