

## L 3 AL 2145/08

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Karlsruhe (BWB)  
Aktenzeichen  
S 7 AL 1646/07  
Datum  
17.03.2008  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 3 AL 2145/08  
Datum  
10.11.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Beschluss  
Die Berufung der Kläger wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Gewährung eines Gründungszuschusses.

Die 1969 geborene Klägerin zu Ziffer 1 ist gelernte Großhandelskauffrau, der 1985 geborene Kläger zu Ziffer 2 gelernter Maler und Lackierer, die 1968 geborene Klägerin zu Ziffer 3 gelernte Friseurin und die 1972 geborene Klägerin zu Ziffer 4 gelernte Elektroinstallateurin. Die Klägerin zu Ziffer 1 und die Klägerin zu Ziffer 4 waren bis 30.09.2006 als Kauffrau bzw. Laserschweißerin/Produktionsleiterin und die Kläger zu Ziffer 2 und 3 bis 15.09.2006 als Hilfskraft bzw. Schweißerin bei der Firma DSI/Laser-Service GmbH versicherungspflichtig beschäftigt. Geschäftsführer dieser GmbH war neben O. ein weiterer Gesellschafter. Wegen Unstimmigkeiten kündigten alle vier Kläger am 18.08.2006 ihr bisheriges Arbeitsverhältnis und errichteten mit O. am 13.10.2006 eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) unter der Firma Schweißpunkt GmbH. Zu Geschäftsführern der Gesellschaft wurden die Klägerin zu Ziffer 1 und O. bestellt. Mit Gesellschaftsvertrag vom selben Tag wurde festgelegt, dass das Stammkapital der Gesellschaft 25.000 EUR beträgt. Alle fünf Gesellschafter sind mit einem Anteil von 20 % (5.000 EUR) beteiligt. Nach § 16 des Gesellschaftsvertrages erfolgt die Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die GmbH wurde am 30.11.2006 in das Handelsregister eingetragen. Die Gewerbeanmeldung erfolgte am 07.11.2006. Am 15.12.2006 nahm die GmbH die Tätigkeit auf. Nach dem Unternehmenskonzept des Diplomkaufmanns Michael Schwarz sind die Klägerin zu Ziffer 1 und O. für den kaufmännischen Bereich zuständig, die Kläger zu Ziffer 2 bis 4 sind als Laserschweißer beschäftigt. Der Kläger zu Ziffer 2 ist des weiteren zuständig für den Bereich Service/Wartung. Die Klägerin zu Ziffer 4 ist die Betriebsleiterin. Außerdem haben die Kläger zu Ziffer 1, 2 und 4 sowie O. die Funktion von Referenten. Weitere Mitarbeiter gibt es nicht. Mit Gesellschafterbeschluss vom 29.12.2006 wurden neben O. und der Klägerin zu Ziffer 1 auch die Kläger zu Ziffer 2 bis 4 zu Geschäftsführern berufen.

Die Klägerin zu Ziffer 1 und 4 bezogen nach einer Sperrzeit vom 01.10. bis 07.10.2006 wegen verspäteter Meldung Arbeitslosengeld bis 14.12.2006. Dem Kläger zu Ziffer 2 wurde nach einer Sperrzeit vom 16.09. bis 08.12.2006 wegen Eigenkündigung Arbeitslosengeld ab 09.12.2006 bewilligt. Die Klägerin zu Ziffer 3 stand nach einer Sperrzeit vom 16.09. bis 22.09.2006 wegen verspäteter Meldung ab 23.09.2006 im Leistungsbezug.

Nachdem die Klägerin zu Ziffer 3 bereits am 21.09.2006 und die Klägerin zu Ziffer 1 Ende September 2006 bei der Beklagten wegen eines Gründungszuschusses vorstellig geworden waren, beantragte die Klägerin zu Ziffer 1 förmlich am 29.11.2006, der Kläger zu Ziffer 2 am 28.11.2006, die Klägerin zu Ziffer 3 am 06.12.2006 und die Klägerin zu Ziffer 4 am 29.11.2006 jeweils unter Vorlage eines von dem Diplomkaufmann Michael Schwarz erarbeiteten Unternehmenskonzeptes die Gewährung eines Gründungszuschusses zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit.

Diese Anträge lehnte die Beklagte gegenüber der Klägerin zu Ziffer 1 mit Bescheid vom 11.12.2006 ab, da sie als Gesellschafterin mit einer

Kapitalbeteiligung von 20 % nicht selbständig sei. Der Antrag des Klägers zu Ziffer 2 wurde mit Bescheid vom 12.12.2006 abgelehnt, da er als Geschäftsführer einer GmbH und nicht als Gesellschafter bestellt und somit weisungsgebunden sei. Die Anträge der Klägerinnen zu Ziffer 3 und 4 wurden mit Bescheiden vom 07.12.2006 wegen einer Gesellschaftsbeteiligung von nur 20 % und damit fehlender Selbständigkeit abgelehnt.

Die Klägerin zu Ziffer 1 begründete ihren dagegen erhobenen Widerspruch damit, dass sie zur Geschäftsführerin bestellt sei und sowohl nach der Definition des Steuerrechts als auch nach Aussage der KfW-Mittelstandsbank eine Selbständigkeit rechtlich ab einer Beteiligung von 10 % gegeben sei. Mit dieser Beteiligung sei auch eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht möglich. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Beklagte hier eine andere Definition der Selbständigkeit heranziehe. Der Kläger zu Ziffer 2 wies mit seinem Widerspruch daraufhin, dass er Mitgesellschafter der gegründeten GmbH sei. Die Klägerinnen zu Ziffer 3 und 4 begründeten ihren Widerspruch wie die Klägerin zu Ziffer 1 damit, dass das Steuerrecht und die KfW-Mittelstandsbank von einer Selbständigkeit bereits ab einer Beteiligung von 10 % ausgingen und mit dieser Beteiligung auch eine Befreiung von der Sozialversicherungspflicht möglich sei.

Mit Widerspruchsbescheiden jeweils vom 07.03.2007 wies die Beklagte die Widersprüche zurück, da die Kläger keine selbständige Tätigkeit ausübten.

Hiergegen haben die Klägerinnen zu Ziffer 1, 3 und 4 am 03.04.2007 und der Kläger zu Ziffer 2 am 05.04.2007 jeweils Klage zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhoben. Zur Begründung haben sie jeweils ausgeführt, dass sie als geschäftsführende Gesellschafter, die seit September 2006 arbeitslos seien und Anspruch auf Entgeltleistungen nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) mit einem Restanspruch auf Arbeitslosengeld von noch mehr als 90 Tagen hätten, die Voraussetzungen für einen Gründungszuschuss erfüllten. [§ 57 SGB III](#) biete keine Rechtsgrundlage dafür, dass geschäftsführende Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von nur 20 % die Fördervoraussetzungen nicht erfüllten. Das Steuerrecht spreche bei einer Beteiligung von 20 % bereits von einer wesentlichen Beteiligung und die KfW-Mittelstandsbank sowie die Landeskreditbank Baden-Württemberg machten die Fördervoraussetzungen bei einem Stammkapital von mehr als 10 % fest. Seit der Unternehmensgründung seien sie auch freiwillig krankenversichert. Sie lebten von der Gewinnbeteiligung, Arbeitsverträge existierten nicht. Auch sonst träfen sämtliche Kriterien der Selbständigkeit auf sie zu. Ein Auftraggeber könne nicht über ihre Arbeitsleistung verfügen, eine ständige Dienstbereitschaft sei nicht erforderlich. Arbeit werde nicht zugewiesen und es gebe auch keine Dienstpläne. Der Urlaub sei nicht genehmigungspflichtig. Es bestehe das Recht zum Einsatz eigener Mitarbeiter genauso wie ein großes Maß an Gestaltungsfreiheit und Eigeninitiative. Andere Mitarbeiter seien nicht mit den gleichen Aufgaben beschäftigt und die Tätigkeit werde auch regelmäßig von Selbständigen ausgeübt. Der Kläger zu Ziffer 2 sei für die Maschinen zuständig, die Klägerinnen zu Ziffer 3 und 4 würden den ganzen Tag schweißen. Bei der Ablehnung habe die Beklagte im Übrigen ihr Ermessen verkannt. Sie habe wegen einer Gesellschaftsbeteiligung von unter 50 % den Begriff der Selbständigkeit nicht mehr eigenständig geprüft.

Mit Beschluss vom 26.07.2007 hat das SG die Klagen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Mit Urteil vom 17.03.2008 hat das SG die Klagen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Voraussetzungen für einen Gründungszuschuss lägen hier nicht vor. Die Kläger hätten zum einen keinen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III gehabt, da sie durch eigene Kündigung die Arbeitslosigkeit erst begründet oder eine Situation herbeigeführt hätten, die ohne die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III hätte begründen können. Zum anderen lägen auch die Voraussetzungen für eine Selbständigkeit nicht vor. Ob mitarbeitende Gesellschafter selbständig oder abhängig beschäftigt seien, sei nach den tatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen. Entscheidend sei, ob sie einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschafter ausüben könnten oder funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der Gesellschaft teilhätten. Indizien für eine abhängige Beschäftigung in einer GmbH seien zum Beispiel eine Kapitalbeteiligung unter 50 % ohne Sperrminorität, eine Eingliederung in den Betrieb und dienende Teilhabe am Arbeitsprozess. Keiner der Kläger habe eine Kapitalbeteiligung von 50 %. Sie hätten nach dem Gesellschaftsvertrag auch keine Sperrminorität. Außerdem seien zumindest die Kläger zu Ziffer 2 bis 4 wie Arbeitnehmer in den Produktionsprozess eingegliedert. Zweifelhaft sei auch, ob die Kläger einen Anspruch auf Arbeitslosengeld oder andere Entgeltersatzleistungen der Beklagten gehabt hätten.

Gegen das am 11.04.2008 zugestellte Urteil haben die Kläger am 06.05.2008 Berufung eingelegt, die sie trotz Erinnerung nicht begründet haben.

Die Kläger beantragen (sinngemäß),

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 17. März 2008 sowie die Bescheide der Beklagten vom 07. Dezember 2006, 11. Dezember 2006 und 12. Dezember 2006 jeweils in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 07. März 2007 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihnen ab 15. Dezember 2006 einen Gründungszuschuss zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das Urteil des SG sei nicht zu beanstanden.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz sowie die Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen.

II.

Der Senat entscheidet über die nach den [§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässige Berufung nach Anhörung der Beteiligten gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss, weil er die Berufung einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Rechtsgrundlage für den von den Klägern geltend gemachten Anspruch ist [§ 57 SGB III](#) in der Fassung des Gesetzes vom 20.07.2006 ([BGBl. I Seite 554](#)). Danach 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 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 Buche gefördert worden ist, 2. bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld 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.

In Ansehung dieser rechtlichen Gegebenheiten haben die Kläger keinen Anspruch auf Gewährung eines Gründungszuschusses. Sie waren zwar vor Eintritt der Arbeitslosigkeit Arbeitnehmer im Sinne des SGB III und sie waren vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in der Schweisspunkt GmbH auch arbeitslos. Weiter erforderlich ist darüber hinaus aber eine kausale Verknüpfung zwischen der Aufnahme der Tätigkeit und der Beendigung von Arbeitslosigkeit (Wesentlichkeitstheorie; vgl. Bernard in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts 2003, § 9 Rd. 106). Der Arbeitnehmer muss zunächst arbeitslos geworden sein und sich dann zur Beendigung dieser Arbeitslosigkeit entscheiden, eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen. An der Kausalität fehlt es, wenn der abhängig beschäftigte Arbeitnehmer sich zur Selbständigkeit entschließt, deshalb sein Beschäftigungsverhältnis kündigt und arbeitslos wird und dann die selbständige Tätigkeit aufnimmt (so auch zur Vorgängervorschrift des [§ 57 SGB III](#): LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28.04.2006 - [L 8 AL 4150/05](#); Sozialgericht Aachen, Urteil vom 25.05.2007 - [S 9 AL 5/07](#) -; anderer Ansicht LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.05.2007 - [L 7 AL 4584/05](#) -, jeweils in [www.juris.de](#)). Dies folgt aus den Gesetzesmotiven. Danach "stellt der Gründungszuschuss ein eindeutiges Bekenntnis zur Förderung von Existenzgründungen aus Arbeitslosigkeit dar" ([BT-Drucks 16/1696](#), s 30 zu Nr 4 zu § 57). Es sollen Personen gefördert werden, die entweder - mit Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III - arbeitslos sind oder mit Maßnahmen der Bundesagentur - Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen - lediglich auf dem sogenannten zweiten Arbeitsmarkt (wieder) haben Fuß fassen können und damit ein Fall von verdeckter Arbeitslosigkeit vorliegt (Link in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 57](#) Rz 5). Es sollen mithin Existenzgründungen aus der Arbeitslosigkeit, nicht solche aus Beschäftigungsverhältnissen heraus gefördert werden. Mitnahme- und Missbrauchseffekte sollen mit der ab 01.08.2006 geltenden Neuregelung des [§ 57 SGB III](#) ausgeschlossen werden (Link a.a.O. Rz 3). Hier fehlt die Kausalität zwischen der Arbeitslosigkeit und der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit. Die Kläger haben sich während ihres laufenden Arbeitsverhältnisses entschlossen, gemeinsam in ihrem bisherigen Betätigungsfeld eine eigene Firma zu gründen. Der Entschluss zur Selbständigkeit wurde nicht während der Arbeitslosigkeit, sondern vor Eintritt der Arbeitslosigkeit während der Beschäftigung gefasst. Die Selbständigkeit hat damit letztendlich nicht die Arbeitslosigkeit, sondern die abhängige Beschäftigung beendet. Die Arbeitslosigkeit war nur zeitlich dazwischen geschaltet. Dies ergibt sich daraus, dass alle vier Kläger am gleichen Tag, am 13.08.2006, ihr Arbeitsverhältnis bei der bisherigen Firma, in der sie alle vier und darüber hinaus der weitere Beteiligte an der neuen Firma, O., arbeiteten, kündigten. Die Klägerin zu Ziffer 1 ist dann bereits Ende September 2006, die Klägerin zu Ziffer 3 am 21.09.2006 bei der Beklagten wegen eines Gründungszuschusses vorstellig geworden. Zeitgleich haben die beiden Klägerinnen einen Antrag auf Arbeitslosengeld gestellt, die Klägerin zu Ziffer 1 am 30.09.2006, die Klägerin zu Ziffer 3 am 21.09.2006. Im Arbeitslosengeldantrag hat die Klägerin zu Ziffer 1 angegeben, dass sie voraussichtlich ab 01.11.2006 selbständig sein werde. Bereits am 13.10.2006 erfolgte die Gründung der GmbH und im November 2006 die Gewerbeanmeldung und der Handelsregistereintrag. Bei der Kündigung waren die Kläger mithin schon zur Selbständigkeit entschlossen. Damit sind die Voraussetzungen des [§ 57 SGB III](#) nicht erfüllt.

Abgesehen davon hat der Senat erhebliche Bedenken, ob alle vier Kläger tatsächlich nunmehr selbständig tätig sind. Bei der Abgrenzung abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit kommt es auf das Gesamtbild der Arbeitsleistung an, wobei die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich sind, zu denen das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten und die ihnen jeweils zustehende Rechtsmacht gehört (so zuletzt BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - in [www.juris.de](#)). Demnach kommt es grundsätzlich entscheidend darauf an, wie die Rechtsbeziehungen - insbesondere die Beteiligungsverhältnisse - innerhalb des Unternehmens vertraglich ausgestaltet sind. Im Grundsatz gilt, dass nur derjenige nicht abhängig beschäftigt ist, der durch seine Unternehmensbeteiligung die unternehmenspolitischen Entscheidungen maßgeblich mitbestimmen kann. Denn eine Mehrheitsbeteiligung oder jedenfalls eine Sperrminorität, mit der bestimmte unternehmerische Entscheidungen verhindert werden können, führt in aller Regel zu einem fehlenden Abhängigkeits- bzw. Über- und Unterordnungsverhältnis. Spiegelbildlich hierzu ist derjenige, der jedenfalls nicht über eine Sperrminorität verfügt, in der Regel von den Entscheidungen der (übrigen) Gesellschafter bzw. des Einzelunternehmers persönlich abhängig, so dass eine abhängige Beschäftigung zu bejahen ist. Die Kläger vertreten die GmbH hier aufgrund ihrer Organstellung, zugleich sind sie aufgrund eines privatrechtlichen (Dienst-) Vertrags tätig. Für letzteren bedarf es keines schriftlichen Arbeitsvertrags. Ihr Kapitalanteil beträgt jeweils nur 20 %. Eine Sperrminorität besitzen sie jeweils nicht. Nach dem Gesellschaftsvertrag haben alle Gesellschafter das gleiche Stimmrecht. Es wird mit einfacher Mehrheit entschieden. Der Regel folgend wäre damit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis anzunehmen. Etwas anderes könnte sich hier jedoch deshalb ergeben, weil alle fünf Beteiligten der GmbH den gleichen Kapitalanteil haben, jeweils keine Sperrminorität besitzen und das gleiche Stimmrecht haben. Letztendlich kann dies jedoch dahingestellt bleiben, denn hierauf kommt es nicht mehr an, nachdem ein Anspruch auf den Gründungszuschuss bereits aus den oben ausgeführten Gründen nicht in Betracht kommt.

Die Berufung konnte hiernach keinen Erfolg haben.

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

Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-01-18