

L 13 AL 3514/12

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

13

1. Instanz

SG Reutlingen (BWB)

Aktenzeichen

S 12 AL 529/11

Datum

09.07.2012

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 13 AL 3514/12

Datum

20.08.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 9. Juli 2012 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

Tatbestand:

Umstritten ist die Gewährung eines Gründungszuschusses (GZ).

Die 1980 geborene Klägerin bezog ab 29. Januar 2010 Arbeitslosengeld (Alg) mit einer Anspruchsdauer von 360 Tagen.

Laut einem Beratungsvermerk vom 26. Oktober 2010 fragte die Klägerin, die zuvor bereits die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit erwogen hatte, zum GZ nach und zur Kostenübernahme der Reisekosten zu einem Vorstellungsgespräch. Bei einem weiteren persönlichen Kontakt am selben Tag äußerte die Klägerin gemäß dem Beratungsvermerk, es gebe ein vielversprechendes Vorstellungsgespräch "am Donnerstag" (d.h. dem 28. Oktober 2010). Bei diesem werde durch den Arbeitgeber (Fa. A. Management GmbH, X., im weiteren: A. GmbH) bekanntgegeben, ob eine Einstellung im Angestelltenverhältnis oder eine Tätigkeit auf freiberuflicher Basis stattfinden werde. Der Ausgang sei allerdings offen. Die Klägerin sei über GZ informiert worden, eine Rückmeldung direkt nach dem Vorstellungsgespräch war vereinbart. Nach einem Vermerk vom 28. Oktober 2010, gefertigt um 18.26 Uhr, hatte die Klägerin telefonisch über ein "vielversprechendes Vorstellungsgespräch" berichtet und eine freiberufliche Tätigkeit als "gut möglich" bezeichnet. Sie habe außerdem ein zweites Vorstellungsgespräch bei einem potentiellen "AG" angegeben, bei dem sie direkt auf freiberuflicher Basis einsteigen könne. Die Klägerin beantrage direkt GZ, die Abmeldung sei veranlasst und es sei ein Termin zur Antragsausgabe auf den Folgetag (29. Oktober 2010) vereinbart. Laut weiterem Vermerk vom 28. Oktober 2010, 18.29 Uhr, erfolgte die Abmeldung wegen Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit zum 29. Oktober 2010. Aus einem Aktenvermerk vom 29. Oktober 2010, 10.39 Uhr, ergibt sich, dass sich die Klägerin persönlich vorstellte und "ab heute" auf freiberuflicher Basis selbstständig mache. Gemäß einem weiteren Vermerk vom 29. Oktober 2010, 12.34 Uhr, fragte die Klägerin telefonisch an, ob sie "heute schon" mit der selbstständigen Tätigkeit beginnen könne, da der GZ noch nicht bewilligt sei. Sie sei informiert worden, dass sie beginnen könne, da sie bereits ihre freiberufliche Tätigkeit zum 29. Oktober 2010 gemeldet habe.

Bei einem Anruf am 8. November 2010 äußerte die Klägerin, sie komme rechnerisch auf einen Restanspruch (auf Alg) von 90 Tagen. Der Berater E. stellte fest, laut Colibri sei noch ein Restanspruch von 89 Tagen vorhanden. Die Überprüfung der Fachassistentin K. ergab bei Zahlung von Alg an 28 Tagen im Oktober 2010 und Abmeldung zum 29. Oktober 2010 einen Restanspruch von 89 Tagen, worüber sie die Klägerin und den Berater E. am 9. November 2010 informierte.

Mit am 29. November 2010 eingegangenem schriftlichen Antrag beantragte sie die Gewährung eines GZ für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit als Merchandiserin "am 28.10.10". Hierzu legte sie eine Beschreibung des Existenzgründungsvorhabens zur Leitung der Geschäftsidee, einen Lebenslauf, einen Kapitalbedarfs- und Finanzierungsplan, eine Umsatz- und Rentabilitätsvorschau, eine Stellungnahme zur Tragfähigkeit der Existenzgründung der Steuerberatungsgesellschaft Sch. und Partner, F., vom 9. November 2010 sowie eine Kopie des Fragebogens zur steuerlichen Erfassung, der am 29. Oktober 2010 beim Finanzamt F. eingereicht worden war (Neugründung zum 28. Oktober 2010), vor.

Die Beklagte lehnte mit Bescheid vom 21. Januar 2011 den "Antrag vom 28.10.2010" auf Gewährung eines GZ ab, da die Klägerin bei Aufnahme der Tätigkeit keinen Restanspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen, sondern nur noch von 89 Tagen habe.

Mit ihrem Widerspruch vom 4. Februar 2011 machte die Klägerin geltend, ab dem Tag der Antragstellung, dem 28. Oktober 2010, habe sie bis einschließlich 27. Januar 2011 noch einen Restanspruch von 90 Tagen auf Alg. Fälschlicherweise habe sie bis einschließlich 28. Oktober 2010 Alg erhalten, obwohl sie an diesem Tag die selbstständige Tätigkeit bereits aufgenommen habe. Dies habe sie ihrem zuständigen Berater E. am 28. Oktober 2010 auch telefonisch mitgeteilt. Persönlich habe sie an diesem Tag nicht mehr vorsprechen können, da sie sich um 16.00 Uhr noch in X. aufgehalten habe, um ihre selbstständige Tätigkeit aufzunehmen. Das Antragsformular habe sie daher persönlich erst am 29. Oktober 2010 entgegennehmen können. Der Berater E. habe sie dann zu diesem Zeitpunkt als arbeitslos bzw. arbeitsuchend abgemeldet. Dieser habe sie auch falsch beraten. Er habe die Monate Oktober und Dezember jeweils mit 31 Tagen berechnet und gemeint, dies "reiche locker".

Mit Widerspruchsbescheid vom 8. Februar 2011 wies die Beklagte den Widerspruch zurück, da die Klägerin am Tag der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit am 29. Oktober 2010 lediglich noch über einen Restanspruch auf Arbeitslosengeld für 89 Tage verfügt habe.

Deswegen hat die Klägerin am 23. Februar 2011 Klage beim Sozialgericht Reutlingen (SG) erhoben. Sie hat geltend gemacht, ihre selbstständige Tätigkeit als Merchandiserin habe sie bereits zum 28. Oktober 2010 aufgenommen. Am 28. Oktober 2010 sei sie mit ihrem Lebensgefährten nach X. zu einem potentiellen Auftraggeber gefahren, um "Sondierungsgespräche hinsichtlich einer Auftragserteilung" zu führen. Nach dem positiven Verlauf dieses Gesprächs habe sie der Beklagten telefonisch mitgeteilt, dass sie nunmehr an diesem Tag die selbstständige Tätigkeit aufnehme und ab diesem Tag selbstständig sei. Die steuerliche Anmeldung beim Finanzamt sei ebenfalls zum 28. Oktober 2010 erfolgt. Am 28. Oktober 2010 habe sie noch einen Restanspruch auf Arbeitslosengeld für 91 Tage gehabt. Anfang Oktober 2010 habe der Berater E. die 90-Tage-Frist bzw. den Restanspruch auf Arbeitslosengeld berechnet und hierbei für Oktober und Dezember jeweils 31 Tage zu Grunde gelegt und die Auskunft erteilt, sie habe noch viel Zeit, die selbstständige Tätigkeit aufzunehmen. Er habe gegenüber dem Steuerberater später den Berechnungsfehler zugegeben. Das Fehlverhalten dürfe nicht zu ihren Lasten gehen. Am 28. Oktober 2010 habe sie auch nicht mitgeteilt, es sei noch ein zweites Vorstellungsgespräch geplant. Dieses habe bereits am 27. Oktober 2010 bei der A. GmbH in F. stattgefunden und zum Entschluss beigetragen, die selbstständige Tätigkeit zum 28. Oktober 2010 nach dem zweiten Vorstellungsgespräch in X. aufzunehmen. Bei der A. GmbH sei bereits im Vorstellungsgespräch klar gewesen, dass man zusammenarbeiten wolle, wobei klar gewesen sei, dass es sich nur um eine freiberufliche Tätigkeit handeln könne. An dem Tag habe es keine schriftlichen Aufzeichnungen, dass man zusammenarbeiten wolle, gegeben. Eine generelle Rahmenvereinbarung oder Ähnliches über die Tätigkeit gebe es ohnehin nicht. Nur die einzelnen Aufträge würden festgehalten. Man habe auch nicht besprochen wie viele Aufträge und in welcher Größe sie diese erhalte. Dies könne im Vorfeld nur schwer besprochen werden. Die Gespräche in F. und X. hätten der Kundenakquise gedient. Hierzu hat sie u.a. einen Vertragsentwurf mit der A. GmbH sowie eine E-Mail der A. GmbH vom 29. Oktober 2010 vorgelegt. In dieser ist ausgeführt, man habe gehört, dass das Bewerbungsgespräch sehr gut gelaufen sei und man habe auch schon eine Anfrage (für den Kunden L. stehe Anfang November eine Schaufenster- und Instore-Dekoration an) und man frage an, ob sie diesen Einsatz übernehmen könne. Eine selbstständige Tätigkeit - so die Klägerin - sei aufgenommen, wenn erstmals eine unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung vorgenommen werde. Vorbereitende Handlungen seien jedenfalls dann als Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit zu qualifizieren, wenn sie zielgerichtet und unmittelbar zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu dienen bestimmt seien.

Die Beklagte hat geltend gemacht, eine selbstständige Tätigkeit sei erst aufgenommen, wenn der Existenzgründer nach außen unternehmerisch im Geschäftsverkehr auftrete, z.B. durch Eröffnung eines Ladengeschäfts bzw. das Angebot von Dienstleistungen. Erforderlich sei eine Gewerbeanmeldung oder die Anzeige einer freiberuflichen Tätigkeit beim Finanzamt. Die von der Klägerin geschilderten Aktivitäten (Vorstellungsgespräche, "Castings") dienten allenfalls der Vorbereitung einer selbstständigen Tätigkeit. Eine konkrete Schilderung, auf welche Art und Weise die Klägerin am 28. Oktober 2010 am Markt aufgetreten sei und ihre Dienstleistung angeboten habe, liege bislang nicht vor. Die selbstständige Tätigkeit habe erst aufgenommen werden können, wenn ein entsprechender Vertrag zwischen den Parteien geschlossen worden sei. Mit der Abgabe des Fragebogens zur steuerlichen Erfassung werde allenfalls die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit vorbereitet, außerdem sei in diesem Fragebogen das Datum der Neugründung "auf den 28.10.2010 handschriftlich abgeändert". Außerdem habe die Klägerin den Arbeitsvermittler am 28. Oktober 2010 informiert, eine freiberufliche Tätigkeit sei "möglich", es sei jedoch noch ein zweites Vorstellungsgespräch bei einem anderen Arbeitgeber geplant. Demnach sei die Aufnahme der freiberuflichen Tätigkeit zu diesem Zeitpunkt noch nicht so konkret gewesen, wie dies die Klägerin nunmehr erscheinen lassen möge. Dies ergebe sich auch aus der Anfrage der Klägerin vom 29. Oktober 2010, ob sie "heute" mit der selbstständigen Tätigkeit beginnen könne. In verschiedenen Beratungsgesprächen sei sie auch vorzeitig auf die "90-Tage-Regelung" hingewiesen worden. Aus dem Bewilligungsbescheid vom 24. Februar 2010 ergebe sich auch, dass sie für jeden vollen Kalendermonat unabhängig von der Zahl der Kalendertage den 30-fachen täglichen Kalendersatz erhalte. Die begehrte Leistung sei auch nicht auf Grund eines Herstellungsanspruches zu gewähren.

Das SG hat die Zeugen E. und Sch. vernommen.

Der Zeuge E. hat ausgesagt, er könne sich noch an das Telefonat vom 28. Oktober 2010 erinnern. Den genauen Wortlaut und Einzelheiten wisse er nicht mehr. Es habe nach dem Vorstellungsgespräch in X. stattgefunden und er habe die Klägerin dann zum 29. Oktober 2010 aus dem Leistungsbezug abgemeldet. Warum die Abmeldung zum 29. und nicht zum 28. Oktober 2010 erfolgt sei, wisse er nicht mehr genau. Vor diesem Vorstellungsgespräch habe es mehrere Gespräche mit der Klägerin zum Thema Gründungszuschuss gegeben. Eine Beratung zur selbstständigen Tätigkeit sei erfolgt. Der Gedanke daran habe sich später wieder zerschlagen. Am 26. Oktober 2010 sei die Selbstständigkeit jedoch wieder zum Thema wegen eines Vorstellungsgesprächs in X. geworden. Auf Grund seiner Vermerke gehe er davon aus, dass vor dem Vorstellungsgespräch in X. noch nicht klar gewesen sei, dass es sich um eine selbstständige Tätigkeit handeln würde. Es sei auch eine Tätigkeit im Angestelltenverhältnis in Betracht gekommen. Aus eigener Erinnerung wisse er es jedoch nicht mehr so genau und er müsse sich da auf seine Vermerke verlassen. Diese seien richtig. Sie seien immer am Ende eines Gesprächs festgehalten worden, daher müsse er davon ausgehen, dass sie richtig seien. Man habe auch über die "90-Tage-Regel" gesprochen. Über genaue Gesprächsinhalte wisse er jedoch nichts mehr. Für ihn sei jedoch der Restanspruch von nur 90 Tagen am 29. Oktober 2010 auch überraschend gekommen. Am 28. Oktober 2010, einem Donnerstag, sei die Dienststelle bis 18.00 Uhr geöffnet gewesen. Den Verbisvermerk habe er erst später gemacht, nicht sofort nach dem Telefongespräch. Er habe sich aber zunächst handschriftliche Aufzeichnungen gemacht und diese später eins zu eins in Verbis übertragen.

Der Zeuge Sch., Lebensgefährte der Klägerin, hat ausgesagt, diese richte Läden ein bzw. gestalte Läden. Der Gedanke zur Selbstständigkeit sei bei ihr schon immer da gewesen. Sie habe aber auch nach Tätigkeiten im Angestelltenverhältnis gesucht. Am 27. Oktober 2010 sei er

mit zum Vorstellungsgespräch nach F. gefahren. Bei dem Gespräch sei er nicht selbst dabei gewesen. Bei diesem sei es um eine selbstständige Tätigkeit gegangen. Nach dem Gespräch habe man noch zusammengesessen und Kaffee getrunken. Die Gesprächspartnerin der Klägerin sei positiv von dieser beeindruckt gewesen, habe aber keine richtige Zusage gegeben. Am 28. Oktober 2010 sei er mit der Klägerin nach X. gefahren. Er sei bei dem Gespräch nicht direkt dabei gewesen. Die Klägerin habe nach dem Gespräch über dieses berichtet. Es habe die Möglichkeit der Festanstellung oder einer freiberuflichen Tätigkeit bestanden. Die Firma habe Bescheid geben wollen, ob es eine Festanstellung oder eine freiberufliche Tätigkeit werde. Wann sich die Firma dann gemeldet habe, könne er nicht mehr sagen. Vor der Abfahrt in X. habe die Klägerin den Berater E. angerufen. Er habe das Gespräch teilweise mithören können. Die Klägerin habe dem Berater E. mitgeteilt, dass sie sich definitiv selbstständig machen wolle, weil das Vorstellungsgespräch in F. wirklich vielversprechend gewesen sei. Es sei noch darum gegangen, ob sie noch am gleichen Tag bei der Agentur für Arbeit vorbeikommen könne, was jedoch nicht möglich gewesen sei, da man am Nachmittag noch in X. gewesen sei. Schon nach dem Gespräch in F. habe sich die Klägerin für eine Selbstständigkeit entschieden. Die Gesprächspartnerin in F. sei sehr begeistert gewesen, sowohl wegen der fachlichen Kenntnisse der Klägerin als auch dem Wohnsitz, von dem viele Orte gut zu erreichen seien.

Mit Urteil vom 9. Juli 2012 hat das SG die Beklagte verurteilt, der Klägerin ab 28. Oktober 2010 einen GZ für die selbstständige Tätigkeit als Merchandiserin in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Die - näher dargelegten - gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung eines GZ seien erfüllt. Der geforderte Nachweis für die Tragfähigkeit der Existenzgründung in Form der Stellungnahme einer fachkundigen Stelle, wozu auch ein Steuerberater zähle, liege vor. Eine ausreichende Darlegung der Kenntnisse und Fähigkeiten der Klägerin zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit habe sie mit der Vorlage des Businessplans und ihres Lebenslaufs vorgenommen. Die Klägerin habe daneben bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld und damit auf eine Entgeltersatzleistung gehabt. Zum maßgeblichen Zeitpunkt, dem 28. Oktober 2010, habe auch noch ein Restanspruch auf Arbeitslosengeld von 90 Tagen bestanden. Die Klägerin habe insofern ihre selbstständige Tätigkeit spätestens am 28. Oktober 2010 aufgenommen. Das Gesetz umschreibe nicht näher, was unter "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" zu verstehen sei. Eine ausdrückliche Regelung, aus der zu schließen wäre, dass die Tätigkeit erst dann aufgenommen sei, wenn mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit begonnen werde, also Waren produziert oder Dienstleistungen erbracht würden, existiere nicht. Soweit das Bundessozialgericht (BSG) zu einer früheren Fassung der Regelung, die ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzung "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" enthalten habe, ausgeführt habe, eine solche Tätigkeit werde mit der erstmaligen Vornahme einer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichteten und der Gewinnerzielung dienenden Handlung mit Außenwirkung aufgenommen, bleibe ebenfalls offen, inwieweit Vorbereitungshandlungen mit Außenwirkung einzubeziehen seien. Aus den weiteren Ausführungen des BSG in dieser Entscheidung werde jedoch deutlich, dass der genaue Zeitpunkt der Aufnahme maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Eine an den Umständen des Einzelfalles orientierte Betrachtungsweise entspreche auch dem offenen Gesetzeswortlaut und dem Zweck der Vorschrift eine gezielte Förderung zu erreichen und die Nachhaltigkeit von Existenzgründungen aus Arbeitslosigkeit zu stärken. Da im Übrigen eine Existenzgründung regelmäßig keinen punktuellen Vorgang darstelle, sei davon auszugehen, dass eine selbstständige Tätigkeit im Sinne der Vorschrift schon vor der eigentlichen Geschäftseröffnung aufgenommen worden sein könne. Unter bestimmten Umständen könne eine Aufnahme also schon vorliegen, wenn vorbereitende Tätigkeiten durchgeführt würden. Die im Gesetz angelegte Nachhaltigkeit der Förderung mache es allerdings erforderlich, vorbereitende Maßnahmen nur dann als Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit anzunehmen, wenn diese Maßnahmen Außenwirkung im Geschäftsverkehr entfalteten und sie ferner nach dem zu Grunde liegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet seien. Diesen Anforderungen genügten entgegen der Auffassung der Beklagten die von der Klägerin bis einschließlich 28. Oktober 2010 entfalteten Tätigkeiten. Die Durchführung von Vorstellungsgesprächen gerichtet auf die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, d.h. ernsthafte Bemühungen um Kunden stellten vorbereitende Maßnahmen mit Außenwirkung im Geschäftsverkehr dar. Die Klägerin habe sich nach dem Vorstellungsgespräch vom 27. Oktober 2010 in F. entschieden, sich selbstständig machen zu wollen. Diese Angaben seien glaubhaft, da insbesondere auch der Zeuge Sch. überzeugend geschildert habe, dass das Vorstellungsgespräch sehr vielversprechend gewesen ist und die A. GmbH auf Grund der Vorbildung der Klägerin und ihres Wohnsitzes Begeisterung gezeigt habe. Auch wenn das Vorstellungsgespräch am nächsten Tag in X. nicht zwangsläufig auf eine selbstständige Tätigkeit gerichtet gewesen sei, sondern vielmehr auch eine Tätigkeit im Angestelltenverhältnis im Raum gestanden habe, ändere dieser Umstand nichts. Die Klägerin und der Zeuge hätten übereinstimmend und glaubhaft bekundet, dass die Klägerin sich nach dem Gespräch in F. unabhängig von dem Ausgang des Gesprächs in X. selbstständig machen wollen. Spätestens das Vorstellungsgespräch in X. habe damit unter dem Stern der Ernsthaftigkeit des Bemühens um eine selbstständige Tätigkeit gestanden. Der Zeuge E. habe in Anbetracht des zeitlichen Ablaufs keine Gründe mehr nennen können, warum eine Abmeldung der Klägerin vom Bezug des Arbeitslosengeldes erst zum 29. Oktober 2010 erfolgt sei. Auch aus den Ausführungen der Beklagten ergebe sich kein Hinweis darauf, warum die selbstständige Tätigkeit erst am 29. Oktober 2010 aufgenommen worden sein solle und nicht bereits am 28. Oktober 2010, obwohl an diesem Tag die maßgeblichen Vorstellungsgespräche stattgefunden hätten. Es könne der Klägerin nicht entgegengehalten werden, dass weitere Vorbereitungshandlungen als die von ihr unternommenen bei der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit als Merchandiserin nicht erforderlich gewesen seien. Die notwendigen Vorbereitungshandlungen habe die Klägerin unternommen und diese nach ihrer glaubhaften Darstellung, in der mündlichen Verhandlung sogleich in die Suche von Auftraggebern münden lasse; sie stellten sich damit als ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet dar. Es könne der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Ausübung der Tätigkeit als Merchandiserin, nämlich die Dekoration und Pflege von Produkten, in den Räumlichkeiten von Kunden stattfinde, die auch die notwendigen Materialien zur Verfügung stellten und sie selbst daher keine Produkte habe anschaffen müssen oder entsprechende Arbeits- oder Lagerräume zur Verfügung stellen müsse. Im Übrigen sei die konkrete Ausübung der Tätigkeit auch davon abhängig, ob bzw. wann die Agenturen ihr entsprechende Aufträge gäben, was wiederum voraussetzen dürfte, dass die Agenturen entsprechende Aufträge erhielten. Eine selbstständige Tätigkeit sei im Übrigen auch nicht erst dann aufgenommen, wenn sie erfolgreich ausgeübt werde. Daran ändere es auch nichts, dass die Klägerin keine Verträge mit der A. GmbH und der B. GmbH habe vorlegen können, die bereits vom 28. Oktober 2010 oder früher datierten. Zum einen sei die schriftliche Fixierung von Verträgen keine Voraussetzung für den Vertragsabschluss. Zum anderen erfolge eine Vertragsunterzeichnung gegebenenfalls auch erst nach dem eigentlichen Vertragsabschluss. Letztlich sei darauf hinzuweisen, dass Vorbereitungshandlungen erfolgen, wobei ein Vertragsabschluss zwar ebenfalls eine solche darstellen könne, aber eben nicht die einzige Vorbereitungshandlung sei.

Gegen das ihr am 25. Juli 2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 15. August 2012 Berufung eingelegt.

Der Senat hat eine Auskunft der A. GmbH vom 29. Mai 2013 eingeholt. Frau H., Geschäftsführung, hat in dieser mitgeteilt, der Termin vom 28. Oktober 2010 sei mit der Klägerin von Frau N. am 15. Oktober 2010 vereinbart worden. Der Termin habe um 15.00 Uhr begonnen und etwa 60 Minuten gedauert. Bedingt durch die regionale Lage des Wohnortes und das dadurch "suboptimale" Reisegebiet sei eine

freiberufliche Mitarbeit in Aussicht gestellt worden. Die Klägerin habe dies nachvollziehen können. Anfänglich habe die Klägerin ein Anstellungsverhältnis angestrebt. Vor der Unterredung ("15.10.2010") habe die Möglichkeit einer Anstellung bestanden, nach der Unterredung ("28.10.2010") sei auf Grund der Auslastung nur eine selbstständige freiberufliche Tätigkeit in Frage gekommen. Ergebnis des Gesprächs sei gewesen, dass nur eine Zusammenarbeit auf selbstständiger freiberuflicher Basis zu Stande komme. Eine Bedenkzeit für eine Entscheidung über eine Zusammenarbeit habe man nicht ausbedungen, ca. eine Woche Bedenkzeit sei für beide üblich. Am 8. und 9. November 2010 sei es wieder zu einem E-Mail-Kontakt mit der Klägerin gekommen, bei dem es um die Absprache und offene Fragen zu der geplanten freiberuflichen Zusammenarbeit gekommen sei. Der Auskunft beigefügt war eine Mail der Klägerin an die Firma A. Management GmbH vom 9. November 2010, in der sie mitgeteilt hat, sie habe den Vertrag jetzt gelesen und habe eine Frage zum Abschnitt Konkurrenzausschluss.

Die Beklagte trägt im Wesentlichen vor, nur wenn die Klägerin ihre selbstständige Tätigkeit am 28. Oktober 2010 aufgenommen hätte, hätte noch ein Restanspruch auf Arbeitslosengeld von 90 Tagen, wie erforderlich, bestanden. Aufgenommen werde eine selbstständige Tätigkeit, wenn der Existenzgründer nach außen unternehmerisch im Geschäftsverkehr auftrete. Maßgeblich sei, ob Tätigkeiten begonnen würden, die der späteren laufenden Geschäftstätigkeit entsprächen, während z.B. Anmieten von Geschäftsräumen und deren Einrichtung noch zu den Vorbereitungshandlungen zählten. Die Anmeldung eines Gewerbes als bloßes formales Kriterium sei zur Unterscheidung untauglich. Vorbereitende Handlungen seien nur dann als Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit zu qualifizieren, wenn sie zielgerichtet und unmittelbar zur Bestreitung des Lebensunterhalts bestimmt seien. Nach dem am 27. Oktober 2010 geführten Vorstellungsgespräch bei der A. GmbH in F. sei gemäß der Aussage des Zeugen Sch. das Ergebnis ungewiss gewesen. Nach seinen weiteren Angaben habe nach dem Gespräch am 28. Oktober 2010 bei der A. GmbH in X. die "Möglichkeit der Festanstellung oder der freiberuflichen Tätigkeit" bestanden und habe die Firma Bescheid geben wollen, ob es eine Festanstellung oder eine freiberufliche Tätigkeit werden würde. Nach Angaben der Klägerin habe sich die A. GmbH nicht mehr gemeldet. Gemäß der Aussage des Zeugen Sch. habe sich die Klägerin am 28. Oktober 2010 bei dem Berater E. telefonisch gemeldet und mitgeteilt, das Vorstellungsgespräch in F. sei vielversprechend gewesen. Entgegen ihren Angaben habe die Klägerin erst nach den beiden Gesprächen den Entschluss gefasst, sich selbstständig zu machen. Dieser Entschluss genüge nicht zum Nachweis der entsprechenden Anforderungen zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit. Vorbereitungshandlung und Willensentschluss der Klägerin fielen hier auseinander. Es fehle an einer kausalen Verknüpfung zwischen Willensentschluss und außenorientierter Vorbereitungshandlung. Die Klägerin habe auch am 29. Oktober 2010 bei der Beklagten angefragt, ob sie "heute" mit der selbstständigen Tätigkeit beginnen könne, und die sehr kurzfristige Entscheidung damit begründet, dass ein Auftraggeber sich jeweils kurzfristig entschlossen habe. Die Rückmeldung von den Vorstellungsgesprächen könne nicht vor dem 29. Oktober 2010 erfolgt sein. Die Abgabe des Fragebogens zur steuerlichen Erfassung beim Finanzamt und das "Casting" hätten allenfalls mittelbar zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit gedient. Laut Vertrag über die freiberufliche Tätigkeit bei der A. GmbH in X. vom Dezember 2010 sei Beginn überdies erst der 1. Januar 2011 gewesen. Auch nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs könnte ein Anspruch auf Gründungszuschuss nicht hergeleitet werden. Ein Beginn der selbstständigen Tätigkeit am 28. Oktober 2010 könne nicht im Wege des Herstellungsanspruchs fingiert werden. Selbst wenn man das Vorstellungsgespräch vom 28. Oktober 2010 als Vorbereitungshandlung qualifizieren könnte, sei fraglich, ob dieses schon Außenwirkung im Geschäftsverkehr haben können. Ein Gesamtkonzept hinsichtlich der selbstständigen Tätigkeit dürfte noch nicht vorgelegen haben. Die Vorstellungsgespräche hätten erst der Entschlussfassung gedient. Eine selbstständige Tätigkeit dürfte am 28. Oktober 2010 noch nicht aufgenommen worden sein. Zusagen hätten noch nicht vorgelegen, anderweitige Tätigkeiten mit weiteren Firmen mit entsprechendem zeitlichen Umfang habe die Klägerin nicht behauptet. Aus der Auskunft der A. GmbH ergebe sich, dass sich erst im Laufe des Gesprächs ergeben habe, dass eine freiberufliche Tätigkeit als einzige Möglichkeit bestanden habe. Eine Tätigkeit für die A. GmbH sei nicht zustande gekommen. Damit habe es sich bei dem Vorstellungsgespräch in X. noch nicht um eine Vorbereitungshandlung gehandelt. Die Klägerin sei nicht als ausschließlich Selbstständige mit bestehendem Geschäftskonzept und entsprechender Außenwirkung im Geschäftsverkehr aufgetreten, sondern zunächst als Bewerberin um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Sie könne erst nach diesem Gespräch den Entschluss gefasst haben, sich selbstständig zu machen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 9. Juli 2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt im Wesentlichen vor, für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit sei nicht unbedingt eine Geschäftseröffnung im engeren Sinne notwendig. Vielmehr reichten Vorbereitungshandlungen. Spätestens mit dem Gespräch in X., bei welchem sie sich vorstellen und um Aufträge bemühen wollte, habe sie Vorbereitungshandlungen vorgenommen. Bereits nach dem Gespräch vom 27. Oktober 2010 habe sie sich entschlossen gehabt, sich als Merchandiserin selbstständig zu machen. Die Tätigkeit übe sie aktuell immer noch aus. Ihre selbstständige Tätigkeit habe sie somit spätestens am 28. Oktober 2010 aufgenommen. Am selben Tag habe sie mit dem Berater E. telefonisch Kontakt gehabt. Dieser habe angeboten, sie solle noch am gleichen Tag vorsprechen. Dies sei nicht möglich gewesen, da sie erst nach Ende der Öffnungszeiten der Beklagten habe vor Ort sein können. Im Übrigen sei auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu verweisen. Fraglich sei auch, warum eine Abmeldung am 28. Oktober 2010 um 18.29 Uhr vermerkt worden sei, sie dann aber erst am nächsten Tag laut Vermerk nachgefragt habe, ob sie eine selbstständige Tätigkeit aufnehmen könne. Dies spreche für eine Ungenauigkeit und Widersprüchlichkeit der Vermerke der Beklagten, weshalb sie sich nicht für die Dokumentierung des tatsächlichen Vorgangs eignen dürften. Es sei fraglich, ob die Vermerke den tatsächlichen Inhalt der stattgefundenen Gespräche wiedergäben. Im Übrigen habe auch der Zeuge E. im Gespräch mit ihrem Steuerberater zugegeben, dass der Antrag vom 29. Oktober 2010 falsch aufgenommen worden sei und dies entsprechend der Anmeldung zum Finanzamt zum 28. Oktober 2010 korrigiert werde. Von der A. GmbH habe sie am 29. Oktober 2010 auf Grund des Gesprächs vom 27. Oktober 2010 den ersten Auftrag erhalten.

Wegen des weiteren Vorbringens und der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichts- und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den §§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet. Das SG hat die Beklagte zu Recht verurteilt, der Klägerin einen GZ zu gewähren, denn diese hat hierauf einen Anspruch.

Rechtsgrundlage für die Gewährung der von der Klägerin begehrten Leistung sind die Bestimmungen des Dritten Buches Sozialgesetzbuch in der hier maßgeblichen, ab 1. August 2006 geltenden und auf das Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (BGBl. I S. 1706) zurückgehenden Fassung, geändert durch das Gesetz vom 20. April 2007 (BGBl. I S. 554) sowie das Gesetz vom 15. Juli 2009 (BGBl. I S. 1939) ab 1. August 2009 (SGB III a.F.).

Nach § 57 Abs. 1 SGB III a.F. haben Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbstständigen hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf einen GZ. Der Anspruch wird nach § 57 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F. geleistet, wenn der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach diesem Buch oder eine Beschäftigung ausgeübt hat, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach diesem Buch gefördert worden ist (Nr. 1 lit. a und b), bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen verfügt (Nr. 2), der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweist (Nr. 3) und seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit darlegt (Nr. 4).

Der erforderliche Nachweis für die Tragfähigkeit der Existenzgründung in Form der Stellungnahme einer fachkundigen Stelle (vgl. § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 SGB III a.F.), wozu auch ein Steuerberater zählt (siehe dazu Stratmann in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl., 2010, § 57 Rdnr. 11), liegt mit der Stellungnahme der Steuerberatungsgesellschaft Sch. und Partner vom 9. November 2010 vor. Eine ausreichende Darlegung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit ist durch die Klägerin durch Vorlage des Businessplans und ihres Lebenslaufs erfolgt.

Die Klägerin hatte ferner bei der erfolgten Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Alg und damit auf eine Entgeltersatzleistung im Sinne von § 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 lit. a SGB III a.F. sowie einen Restanspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen (vgl. § 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III a.F.).

Am 27. Oktober 2010 bestand noch ein Restanspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen. Sie hatte bei Beginn der Arbeitslosigkeit am 29. Januar 2010 einen Arbeitslosengeldanspruch für die Dauer von 360 Tagen. Für Januar verbrauchte sie drei Tage, für die Monate Februar bis September insgesamt 240 Tage (unter Zugrundelegung von 30 Tagen pro Monat, wie § 134 Satz 2 SGB III a.F. vorschreibt), bis einschließlich 27. Oktober 2010 weitere 27 Tage (insgesamt also 270 Tage), sodass ab und mit dem 28. Oktober 2010 noch ein Anspruch auf 90 Tage bestand und ab dem 29. Oktober 2010 nur noch ein Anspruch von 89 verblieb.

Die Klägerin hat ihre selbstständige Tätigkeit spätestens am 28. Oktober 2010 aufgenommen, so dass ihr ab diesem Tag kein Anspruch auf Alg mehr zustand und sie damit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld von 90 Tagen verfügte.

Was unter "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, insbesondere ergibt sich aus diesem nicht, dass die Tätigkeit erst dann aufgenommen ist, wenn mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit begonnen wird, also Waren produziert oder Dienstleistungen erbracht werden ... Das Bundessozialgericht (BSG) hat zu einer früheren Fassung des § 57 SGB III, die ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzung "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" enthielt, ausgeführt hat, eine solche Tätigkeit werde mit der erstmaligen Vornahme einer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichteten und der Gewinnerzielung dienenden Handlung mit Außenwirkung aufgenommen (BSG, Urteil vom 1. Juni 2006, Az B 7a AL 34/05 R, in Juris RN 11). Inwieweit Vorbereitungshandlungen mit Außenwirkung einzubeziehen sind, ist damit nicht festgelegt. Den weiteren Ausführungen des BSG ist indes zu entnehmen, dass der genaue Zeitpunkt der Aufnahme maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles abhängt (vgl. dazu auch BSG, Urteil vom 5. Mai 2010, Az B 11 AL 28/09 R, in Juris). Eine an den Umständen des Einzelfalles orientierte Betrachtungsweise entspricht auch dem offenen Gesetzeswortlaut und dem Zweck des § 57 SGB III a.F., eine gezielte Förderung zu erreichen und die Nachhaltigkeit von Existenzgründungen aus Arbeitslosigkeit zu stärken (vgl. dazu BT-Drucks. 16/1696 S. 31, zu § 57 Abs. 2). Da im Übrigen eine Existenzgründung regelmäßig keinen punktuellen Vorgang darstellt (vgl. BT-Drucks. 14/873 S. 13 zu § 57 SGB III in der Fassung des 2. SGB III-Änderungsgesetzes vom 21.07.1999, BGBl. I S. 1648), ist davon auszugehen, dass eine selbstständige Tätigkeit im Sinne des § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III a.F. schon vor der eigentlichen Geschäftseröffnung aufgenommen worden sein kann. Eine Aufnahme kann schon vorliegen, wenn vorbereitende Tätigkeiten durchgeführt werden. Allerdings reichen vorbereitende Maßnahmen nur dann für die Annahme der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit aus, wenn sie Außenwirkung im Geschäftsverkehr entfalten und außerdem nach dem zu Grunde liegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet sind (vgl. u.a. BSG, 5. Mai 2010 - B 11 AL 28/09 R, in Juris).

Diesen Anforderungen genügen entgegen der Auffassung der Beklagten die von der Klägerin schon am 28. Oktober 2010 entfalteten Tätigkeiten. Die Durchführung von Vorstellungsgesprächen gerichtet auf die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, d.h. ernsthafte Bemühungen um Kunden stellen - wie vom SG zutreffend entschieden - vorbereitende Maßnahmen mit Außenwirkung im Geschäftsverkehr dar, die dazu führen, dass von der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit spätestens am 28. Oktober 2010 auszugehen ist.

Das SG hat in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils zutreffend dargelegt und ausgeführt, dass mit den jedenfalls ab 28. Oktober 2010 entfalteten unternehmerischen Aktivitäten die Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit erfolgt ist, somit noch zum Zeitpunkt der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit ein Anspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen bestand und auch die weiteren Voraussetzungen eines Anspruches auf GZ vorlagen. Der Senat schließt sich dem nach eigener Überprüfung und unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens sowie des Ergebnisses der weiteren Ermittlungen uneingeschränkt an und weist die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung gemäß § 153 Abs. 2 SGG zurück.

Ergänzend ist anzumerken, dass die Auskunft der A. GmbH zu keiner anderen Bewertung führt. Selbst wenn man "vor" dem Vorstellungsgespräch noch von der Möglichkeit einer Anstellung ausgegangen sein sollte, was aber allenfalls auf dem Stand der Dinge zum Zeitpunkt, zu dem der Termin vereinbart worden war, dem 15. Oktober 2010, beruhen kann, ergab das Gespräch vom 28. Oktober 2010 für keine Seite etwas anderes. Damit führt die Tatsache, dass die Klägerin dieses Gespräch am 28. Oktober 2010 führte, zu keinem neuen Gesichtspunkt. Ihre davor bereits auf Grund und mit dem Gespräch am 27. Oktober 2010 getroffene Entscheidung, sich selbstständig zu machen, die auch der Zeuge Sch. bestätigt hat, wurde nicht revidiert. Vielmehr hat die Klägerin glaubhaft dargetan, dass der Zweck des

Gespräches vom 28. Oktober 2010 die Knüpfung einer Geschäftsbeziehung für die selbstständige Tätigkeit war.

Dies folgt für den Senat auch daraus, dass die A. GmbH als Ergebnis des Gespräches vom 27. Oktober 2010 der Klägerin am 29. Oktober 2010 bereits einen Auftrag angeboten hat. Daraus ist zu schließen, dass die Klägerin dieser gegenüber die Entgegennahme von Aufträgen am 27. Oktober 2010 angeboten hatte und mithin werbend für ihre selbstständige Tätigkeit, die sie dann schließlich auf alsbald aufgenommen hat, nach außen aufgetreten ist. Dies deckt sich auch mit den glaubhaften Angaben der Klägerin vor dem Senat in der mündlichen Verhandlung, wonach ihr der erste Auftrag am 29. Oktober auf Grund des Gesprächs vom 27. Oktober 2010 angeboten wurde. Auch aus dem nachfolgenden E-Mail-Verkehr mit der A. GmbH folgt nichts anderes, da es auch bei diesem auf Grund des Gespräches vom 28. Oktober 2010 um Auftragserteilungen für eine selbstständige Tätigkeit ging.

Die Aktenvermerke des Beraters E. sind nicht geeignet, Gegenteiliges zu belegen. Unabhängig davon, dass sie, wenn auch nach seinem Bekunden "eins zu eins" von handschriftlichen Aufzeichnungen übertragen, nachträglich gefertigt wurden, ist nicht auszuschließen, dass er die Klägerin bei den Telefonaten nicht richtig verstanden hat. Demgegenüber kommt den Angaben des Zeugen Sch., der die Situation am 27. und 28. Oktober 2010 näher miterlebt hat, höherer Beweiswert zu. Aus seinen Angaben schließt der Senat, dass die Entscheidung für die Klägerin selbst bereits am 27. Oktober 2010 gefallen war und dies von ihr auch in den Gesprächen mit der A. GmbH und der A. GmbH zu Ausdruck gebracht wurde, indem sie um Aufträge warb. Dies war bereits Teil der im Weiteren ausgeübten auf die Erzielung von Einkünften gerichteten selbstständigen Geschäftstätigkeit.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, die Klägerin habe dem Berater E. von "vielversprechenden" Gesprächen berichtet, ist dies so zu verstehen, dass dies Ausdruck der Erwartung vom Aufträgen war, was sich letztlich auch aus dem Angebot der A. GmbH vom 29. Oktober 2010 ergibt. Ein weiteres Vorstellungsgespräch (mit dem Ziel einer abhängigen Beschäftigung) nach dem 28. Oktober 2010, wie man es vielleicht nach dem auch insoweit missverständlichen Vermerk des Beraters E. vermuten könnte, ist nicht erfolgt und war auch nicht vorgesehen.

Soweit die Beklagte einwendet, die Klägerin habe am 29. Oktober 2010 angefragt, ob sie "heute" beginnen könne, ist dies zur Überzeugung des Senats auf die Dienstleistung als solche (Dekorieren etc.) und nicht auf die vorherige um Aufträge werbende Tätigkeit, die bereits den Anforderungen eine "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" im Sinne des Gesetzes genüge, zu beziehen.

Da das SG die Beklagte somit zu Recht zur Gewährung von Gründungszuschuss verurteilt hat, weist der Senat die Berufung der Beklagten zurück. Hierauf und auf der Erwägung, dass das Begehren der Klägerin Erfolg hatte, beruht die Kostenentscheidung ([§ 193 SGG](#)).

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-08-30