

L 13 AL 4408/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 7 AL 4039/11
Datum
13.09.2013
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 4408/13
Datum
04.06.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 13. September 2013 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Gewährung von Gründungszuschuss zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit (GZ).

Der 1976 geborene Kläger war nach einem Studium mit Schwerpunkt Internationaler Technischer Vertrieb, das er als Diplomingenieur (FH) abschloss, im Bereich Vertriebsupport im Innendienst für Großkunden bis 30. Juni 2010 versicherungspflichtig beschäftigt. Danach war er arbeitslos. Die Beklagte bewilligte ihm mit Bescheid vom 2. Juni 2010 Arbeitslosengeld (Alg) mit einer Anspruchsdauer von 360 Kalendertagen ab 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2011.

Am 7. März 2011 beantragte der Kläger per E-Mail sinngemäß die Gewährung von GZ und bat um Übersendung eines Antrags, da er sich als Programmierer selbstständig machen wolle. Am 14. März 2011 wurde ihm ein entsprechender Antrag (Antragsformulare) mit Anlagen übersandt. Außerdem wurde er am selben Tag telefonisch über Anspruchsdauer und Grundvoraussetzungen für die Gewährung von GZ informiert, insbesondere auch, dass Voraussetzung sei, dass ein Restanspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit bestehen müsse. Am 20. März 2011 sandte der Kläger eine E-Mail an die Beklagte und bat um einen Termin. Er habe den Antrag ausgefüllt und wolle die Unterlagen abgeben. Am 28. März 2011 bat er um Kontaktaufnahme per Mail, da er telefonisch sehr schwer erreichbar sei, worauf ihm am 29. März 2011 ein Beratungstermin zur Besprechung der aktuellen beruflichen Situation für den 6. April 2011 zugesandt wurde, den er am selben Tag bestätigte. Wegen Krankheit konnte er diesen Termin dann nicht wahrnehmen. Am 14. April 2011 teilte er der Beklagten mittels E-Mail mit, bei einem Gespräch mit der IHK habe er erfahren, dass er seine Tätigkeit auch als Freiberufler beginnen könne. Er sei an das Finanzamt verwiesen worden. Dort habe man ihn gebeten, einen Betriebseröffnungsbogen auszufüllen und diesen für den Erhalt einer Steuernummer abzugeben. Laut Auskunft der IHK müsse er sich dort nicht anmelden und als Freiberufler auch kein Gewerbe anmelden. Er werde die Steuernummer schicken und bitte um Mitteilung, ob weitere Formulare benötigt würden. Daraufhin wurde ihm am selben Tag mit E-Mail mitgeteilt, für eine Entscheidung über den GZ würden der Antrag, eine fachkundige Stellungnahme der IHK über die Tragfähigkeit der Selbstständigkeit, eine Kurzbeschreibung des Existenzgründungsvorhabens, ein Lebenslauf, der Kapitalbedarf und Finanzierungsplan, eine Umsatz- und Rentabilitätsvorschau, Nachweise über Qualifikation für die geplante Selbstständigkeit und eine Steuernummer oder Gewerbeanmeldung benötigt. Nach Eingang der Unterlagen könne über den Gründungszuschuss entschieden werden. Es erfolgte dann weiterer Schriftwechsel per E-Mail. Am 31. Mai 2011 ging der Antrag auf Gewährung eines GZ (vermerkter Tag der Antragstellung 9. März 2011, Unterschrift des Klägers mit Datum 18. März 2011, Angabe, er werde am 1. Juli 2011 eine selbstständige Tätigkeit als Programmierer VBA aufnehmen, und u.a. Erklärung, er habe das Merkblatt 3 - Vermittlungsdienste und Leistungen - erhalten und von seinem Inhalt Kenntnis genommen) ein. Beigefügt waren u.a. seine auf 18. März 2011 datierte Anforderung der Stellungnahme einer fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung (Angaben: "Ich beabsichtige am 01.07.2011 eine selbstständige Tätigkeit als Programmierer VBA in H. aufzunehmen"), die Stellungnahme der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Helmer und Partner vom 13. Mai 2011, seine Beschreibung des Gründungsvorhabens VBA (Visual Basic) Programmierer vom 7. Mai 2011 und ein Schreiben des Finanzamts H., wonach eine Steuernummer zugeteilt worden ist. Am selben Tag war vermerkt, der Antrag sei abzulehnen, da der Antragsteller bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit nicht über einen Anspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen verfüge.

Mit Bescheid vom 9. Juni 2011 lehnte die Beklagte den Antrag auf GZ vom 7. März 2011 ab, da der Kläger bei Aufnahme der selbstständigen

Tätigkeit nicht über einen Anspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen verfüge.

Den zunächst per E-Mail und am 4. Juli 2011 auch schriftlich erhobenen Widerspruch begründete der Kläger im Wesentlichen damit, dass er sich rechtzeitig Anfang März 2011 bei der Beklagten gemeldet habe, trotz mehrfacher Nachfrage anfangs keinen Termin erhalten habe, der dann erst für April 2011 vergeben worden sei und man ihm auch nicht mitgeteilt habe, dass er keine Gewerbeanmeldung benötige. Er habe sich dann noch einen Termin beim Steuerberater geben lassen, der ihm die Formulare erst so spät habe zuschicken können. Die "Missinformation" der Beklagten und der verspätete Termin seien Ursache, dass der Antrag erst so spät komplett gewesen sei.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2011 als unbegründet zurück. Nachdem der Anspruch auf Alg mit Ablauf des 30. Juni 2011 erschöpft gewesen sei, habe bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit am 1. Juli 2011 die erforderliche Restanspruchsdauer von mindestens 90 Kalendertagen nicht mehr vorgelegen. Dieser Widerspruchsbescheid und der Ausgangsbescheid wurden nicht mit der Klage angefochten. In den Akten findet sich eine E-Mail des Klägers an die Arbeitsvermittlerin Me., in der ausgeführt ist, diese sei über den Ablauf informiert gewesen und wisse deshalb, dass er die Tätigkeit nicht vor dem 1. Juli 2011 habe aufnehmen können.

Am 6. Juli 2011 erklärte der Kläger gegenüber Frau M. von der Agentur für Arbeit, A., telefonisch, er wolle "sich rückwirkend zum 15.03.2011 selbstständig machen, er zahle das Alg vom 15.03. bis 30.06. zurück" und spreche über die Möglichkeit mit dem Finanzamt. Hierauf wurde ihm ein neuer Antrag auf GZ mit Datum Antragstellung vom 7. März 2011 übersandt.

Am 8. Juli 2011 beantragte der Kläger die Überprüfung der Ablehnungsentscheidung nach [§ 44](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) und machte geltend, es sei ihm - aus näher dargelegten Gründen - nicht möglich gewesen, seine Tätigkeit als Selbstständiger vor dem 1. April 2011 anzutreten. Beigefügt war u.a. ein Schreiben des Finanzamts H. vom 8. Juli 2011, wonach er den Fragebogen zur steuerlichen Erfassung für die Aufnahme einer selbstständigen freiberuflichen Tätigkeit am 19. Mai 2011 eingereicht habe.

Außerdem ging am 11. Juli 2011 ein zweiter Antrag auf GZ (vermerkter Tag der Antragstellung 7. März 2011) mit Datum 9. Juli 2011 ein, mit welchem der Kläger erklärte, er "werde am 1. April 2011 eine selbstständige hauptberufliche Tätigkeit als VBA-Programmierer in H. aufnehmen". Die entsprechenden Unterlagen lägen der Beklagten bereits vor. Hierauf verfügte der Sachbearbeiter intern die Bewilligung ab 1. April 2011 für neun Monate, bat aber zugleich noch um Prüfung u.a. des Restanspruchs von 90 Tagen. Der Kläger legte noch ein Schreiben des Finanzamts H. vom 19. Juli 2011 vor, wonach der Betriebsbeginn der selbstständigen Tätigkeit - VBA-Programmierer - zum 1. April 2011 erfolgt sei und die nach Eingang des Fragebogens am 19. Mai 2011 Ende Mai 2011 zugeteilte Steuernummer bereits ab Betriebsöffnung 1. April 2011 gelte.

Auf Sachstandsanfrage des Klägers vom 25. Juli 2011 teilte ihm die Arbeitsvermittlerin Me. mit E-Mail vom 26. Juli 2011 mit, der Antrag auf GZ sei "heute" durch Herrn S. bewilligt worden, ein schriftlicher Bescheid über die Bewilligung ab 1. April 2011 folge.

Nachdem ein Bewilligungsbescheid dann zunächst nicht erging, berief sich der Kläger auf die E-Mail vom 26. Juli 2011, die aus seiner Sicht eine Bewilligungsentscheidung darstelle. Als ihm dann telefonisch erläutert wurde, ein Anspruch auf GZ bestehe nicht, da er sich zum 1. April 2011 nicht selbstständig gemacht und dies auch nicht gewollt habe, berief sich der Kläger wiederum auf die Mail vom 26. Juli 2011, die ein bindendes Versprechen einer Behörde darstelle und begehrte dann mit E-Mail vom 8. August 2011 die Auszahlung der Leistung. Er könne nicht weiter warten, nachdem er zwei Aufträge habe und diese leider wegen fehlender Softwarelizenz nicht ausführen könne.

Ein Antrag des Klägers vom 15. August 2011 auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und Auszahlung des GZ, zu dem der Kläger u.a. ausführte, auf seinem Antrag hätte als Beginn der Tätigkeit der 1. April 2011 stehen sollen, er sei davon ausgegangen, dass er darauf den tatsächlichen Beginn schreiben solle, blieb erfolglos (Beschluss des Sozialgerichts Ulm [SG] vom 30. August 2011, Az [S 7 AL 2706/11 ER](#), und Beschluss des Landessozialgerichts vom 18. Januar 2012, Az [L 8 AL 4214/11 ER-B](#)), da der Kläger seine Tätigkeit nicht ab 1. April 2011 oder früher aufgenommen habe und eine wirksame Zusicherung nicht erteilt worden sei.

Den Antrag auf Überprüfung und Rücknahme der ablehnenden Entscheidung gemäß [§ 44 SGB X](#) lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 20. September 2011 und Widerspruchsbescheid vom 7. November 2011 ab; die deswegen erhobene Klage, Az.: S 7 AL 4038/11, nahm der Kläger am 13. September 2013 wieder zurück.

Den am 11. Juli 2011 eingegangenen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid ebenfalls vom 20. September 2011 wiederum ab, da bei Aufnahme der Tätigkeit ein Anspruch auf Alg von 90 Tagen nicht bestanden habe, nachdem eine selbstständige Tätigkeit am 1. April 2011 nicht aufgenommen und ausgeübt worden sei. Hierauf wandte der Kläger mit E-Mail vom 22. September 2011 ein, er dürfe die Tätigkeit "bis heute" nicht ausüben, da die Bewilligung des GZ für die Ausübung Pflicht sei. Mit seinem schriftlichen Widerspruch vom 26. September 2011 machte der Kläger schließlich geltend, er habe seine Tätigkeit als Programmierer am 1. April 2011 aufgenommen und verweise insofern auf das Schreiben des Finanzamtes vom 19. Juli 2011. Mit Beginn oder Ausüben der Tätigkeiten sei nach seiner Auffassung der tatsächliche Start der Tätigkeit gemeint. Wie ihm sein Wirtschaftsprüfer dargelegt habe, dürfe eine Ausübung der Tätigkeit nicht erfolgen, solange der Antrag nicht bewilligt sei. Er hätte sich also strafbar gemacht, wenn er seine Tätigkeit am 1. April 2011 begonnen hätte. Die Angabe des 1. Juli 2011 als Termin der Aufnahme der Tätigkeit habe darauf beruht, dass er die Begriffe Aufnahme und Beginn der Tätigkeit verwechselt habe.

Die Beklagte wies dann den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 7. November 2011 zurück.

Deswegen hat der Kläger am 6. Dezember 2011 Klage beim SG erhoben. Er hat geltend gemacht, er habe die selbstständige Tätigkeit als Programmierer zum 1. April 2011 bzw. schon früher im März 2011 aufgenommen und sei im Übrigen von der Beklagten falsch beraten worden. Wie er inzwischen erfahren habe, hätte er die Selbstständigkeit auch ohne Bewilligung des GZ aufnehmen dürfen. Die Datumsangabe hinsichtlich der Aufnahme der Tätigkeit habe auf einem Beratungsfehler beruht. Vor dem 1. April 2011 habe er keine Büromöbel, Computer oder sonstiges Material gekauft, da er sich dies ohne den GZ nicht leisten könne. Er habe sie kaufen wollen, sobald er den GZ erhalten hätte und habe im Übrigen ja nur einen Computer benötigt. Einen älteren Computer habe er gehabt und hätte sich noch ein Programm kaufen müssen. Er habe auch einen Kunden gehabt, den Auftrag jedoch ab 1. April 2011 zunächst nicht ausführen

können. Einen schriftlichen Auftrag habe er nicht gehabt, aber eine mündliche Zusage, in einem Betrieb "diverse Makros programmieren" zu können, was der Einstieg in eine selbstständige Tätigkeit gewesen wäre.

Die Beklagte hat an ihrer Rechtsauffassung festgehalten. Im Hinblick auf den Fortbezug auf Alg bis 30. Juni 2011 hat sie darauf hingewiesen, dass im Merkblatt ausführlich ausgeführt sei, dass die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit sofort zu melden sei.

Mit Urteil vom 13. September 2013 hat das SG die Klage abgewiesen. Die - näher dargelegten - Voraussetzungen für die Gewährung von GZ seien nicht erfüllt, da der Kläger die selbstständige Tätigkeit nicht spätestens ab dem 1. April 2011 aufgenommen und deshalb bei der Aufnahme über keinen Anspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen verfügt habe. Die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit bereits am 1. April 2011 sei nicht feststellbar. Der Kläger habe zunächst versucht, ab 1. Juli 2011 einen GZ zu erhalten. Seit ihm die mangelnde Erfolgsaussicht bewusst sei, behaupte er wahrheitswidrig, seine Tätigkeit bereits am 1. April 2011 begonnen zu haben. Bereits im Überprüfungsantrag habe er angegeben, es sei nicht möglich gewesen, die Tätigkeit vor dem 1. April 2011 aufzunehmen. Die Aufnahme einer Tätigkeit am 1. April 2011 stünde auch im Widerspruch zu sämtlichen Angaben des Klägers in der Zeit von Anfang März bis Anfang Mai, u.a. gehe aus dem Beratungsvermerk über eine Vorsprache vom 14. April 2011 hervor, dass er sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht bei der IHK gemeldet habe und sich noch überlegt habe, ob er sich als Freiberufler selbstständig mache. Im Übrigen habe er nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung am 1. April 2011 noch gar nicht über die notwendigen Arbeitsmittel verfügt. Das vorgelegte Schreiben des Finanzamts beruhe allein auf Angaben des Klägers und datiere vom 9. Juli 2011. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das schriftliche Urteil verwiesen.

Gegen das am 21. September 2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 9. Oktober 2013 Berufung eingelegt. Er trägt im Wesentlichen vor, er habe den GZ rechtzeitig am 7. März 2011 beantragt, aber erst nach dem 1. April 2011 einen Beratungstermin erhalten, obwohl der Beraterin bekannt gewesen sei, dass nach diesem Zeitpunkt eine Restanspruchsdauer von 90 Tagen nicht mehr bestanden habe. Auf Nachfrage, warum der Termin erst nach dem 1. April 2011 stattgefunden habe, habe sie ihm erklärt, es sei kein Problem, den GZ rückwirkend zu genehmigen. Ohne Beratung sei es ihm nicht möglich gewesen, die Voraussetzungen für eine Bewilligung von GZ zu erkennen. Mangels Beratung habe er erst nach eigener Recherche und Bemühung festgestellt, dass eine Anmeldung bei der IHK für einen Freiberufler nicht notwendig sei. Der angegebene Tätigkeitsbeginn 1. Juli 2011 sei darauf zurückzuführen, dass er davon ausgegangen sei, keine Leistungen für die Vergangenheit zu beziehen, da er in dieser Zeit Alg bezogen habe und angenommen habe, dass die Beträge vom Alg verrechnet würden. Die Beraterin habe nie darauf hingewiesen, dass der Bezug von Alg abgemeldet werden müsse. Die Änderung des Datums auf den 1. April 2011 im Überprüfungsantrag habe er deshalb vorgenommen, weil der Bereichsleiter S. darauf hingewiesen habe. D. C., sein Kunde, könne als Zeuge bestätigen, dass Gespräche für ein Programm, das dieser habe kaufen wollen, seit Mitte März 2011 stattgefunden hätten. Mit dem Zeugen sei auch in dieser Zeit ein Gewerbe angemeldet worden, da geplant gewesen sei, dass dieser seine Software weiter vertreibe, sobald sie erstellt sei. Im Übrigen sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) eine selbstständige Tätigkeit nicht erst mit der Produktion von Waren und Dienstleistungen aufgenommen, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, an dem Vorbereitungsmaßnahmen für die geplante Selbstständigkeit unternommen würden, die Außenwirkung hätten. Außenwirkung sei insofern seine eigene Anmeldung beim Finanzamt als Freiberufler zum 1. April 2011 und die Anmeldung des Zeugen C. beim Gewerbeamt als Software-Verkäufer. Er habe seine Firma bis September 2013 betrieben. Sein früherer Auftraggeber habe ihn dann nicht mehr bezahlen können, weswegen er seitdem Arbeitslosengeld II erhalte. Im Erörterungs- und Beweisaufnahmetermin vom 11. März 2014 hat er angegeben, wenn er ein Tablet gehabt hätte, was nicht der Fall gewesen sei, hätte es der Zeuge C. vorführen und Dritten anbieten sollen. Im Falle der Vermittlung von Aufträgen hätte der Zeuge eine Provision erhalten. Aufträge über den Zeugen habe er nie erhalten, da er diesem kein Tablet habe zur Verfügung stellen können. Die Provisionszahlung sei mündlich vereinbart gewesen. Im August 2011 habe der Zeuge C. ein Gewerbe angemeldet, mit dem er auch die Software hätte vertreiben sollen. Er habe aber auch andere Sachen verkaufen wollen. Da es Probleme beim Gewerbeamt gegeben habe, habe er den Zeugen begleitet, worauf es dann zur Anmeldung im August 2011 gekommen sei. Von der Arbeitsberaterin Me. habe er auf einen Anruf vom März 2011 das Antragsformular und einen Stapel Unterlagen erhalten, wahrscheinlich sei auch das Merkblatt 3 dabei gewesen. Er habe jedoch nicht gewusst, wie er es ausfüllen sollen und die Arbeitsvermittlerin Me. habe es auch nicht richtig gewusst. Eigentlich habe er seine Tätigkeit schon an Weihnachten 2010 aufgenommen, denn er habe damals und in der Folgezeit mit dem Zeugen C. öfters gesprochen, was man geschäftlich machen könnte. In Netzwerken über das Internet habe er nach potentiellen Auftraggebern geschaut, sei aber selbst nicht nach außen aktiv geworden, indem er seine Tätigkeit werbend angeboten hätte. Ergänzend hat er noch erklärt, er habe zwar keinerlei Werbung geschaltet, sei aber trotzdem vor dem 1. April 2011 durch Betreuung von Akquise nach außen aktiv gewesen. Dies bestätige auch der Zeuge C. nach dessen Angaben sie einzelne Leute angesprochen hätten. Hierzu hat er noch die Gewerbeanmeldung des Zeugen C. vom 12. August 2011 ("Vertrieb von Software und Handel von physischen Produkten über Onlineshops und andere Vertriebswege", Beginn 12. August 2011) vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 13. September 2013 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 20. September 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7. November 2011 zu verurteilen, ihm ab 1. April 2011 einen Gründungszuschuss für seine selbstständige Tätigkeit als Programmierer zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrem Standpunkt fest.

Das Gericht hat am 11. März 2014 durch den Berichterstatter die Zeugin Me. und den Zeugen C. vernommen.

Die Zeugin Me. hat ausgesagt, auf den telefonischen Kontakt vom 14. März 2011 sei dem Kläger der Antrag auf GZ übersandt worden. Er sei auch über die kompletten Anspruchsvoraussetzungen, auch über die Voraussetzung, dass ein Restanspruch auf Alg von 90 Tagen bestehen müsse, sowie die Höhe und Dauer einer möglichen Forderung informiert worden. Zur Klärung des Sachverhalts habe sie den Kläger zu einem Termin am 6. April 2011 eingeladen, zu dem dieser krankheitsbedingt nicht gekommen sei. Auf erneute Einladung sei er dann im April noch persönlich erschienen, habe dabei aber nur den Antrag und keine weiteren Unterlagen dabei gehabt. Er habe zu diesem

Zeitpunkt auch noch keinen Kontakt mit dem Finanzamt oder mit der IHK aufgenommen gehabt und erklärt, dass er sich selbstständig machen wolle. Wie er erklärt habe, wüsste er noch nicht, ob er sich freiberuflich selbstständig machen, oder ein Gewerbe anmelden wollte. Sie könne sich nicht erinnern, dass er angegeben hätte, er habe schon Aktivitäten im Hinblick auf die selbstständige Tätigkeit entwickelt. Nach Anfrage des Klägers habe sie dem Programm den Eintrag entnommen, dass der Bereichsleiter S. den GZ bewilligt habe und dass die zuständige Abteilung den Bewilligungsbescheid fertigen sollte. Hierauf habe sie den Kläger über diesen Sachstand informiert. Eine frühere Einladung sei nicht möglich gewesen, da sie 400 Kunden zu betreuen habe. Im Übrigen sei der Antrag ja bereits im März gestellt gewesen. Soweit sie den Kläger auf eine Meldung bzw. Anmeldung bei der IHK oder dem Finanzamt verwiesen habe, rühre dies daher, dass je nach Art der Tätigkeit eine Anmeldung bei der IHK erfolge oder bei einem anderen Verband. Wegen der weiteren Einzelheiten der Aussage wird auf die Niederschrift verwiesen.

Der Zeuge C. hat ausgesagt, er und der Kläger seien seit 15 Jahren richtig gute Freunde. Mit dem Kläger habe er keine Geschäfte getätigt. Dadurch, dass sie Freunde seien, hätten sie viele Gespräche geführt. Der Bereich des Klägers sei es, zu programmieren. Er habe auch mitbekommen, was dieser mache. Sie hätten dann unter sich Ideen entwickelt. Der Plan sei es gewesen, dass wenn der Kläger den GZ erhalte er sich selbstständig mache und er sich ihm anschließe. Seine Aufgabe wäre es gewesen, den Kläger und Bekannte als potentielle Kunden zusammenzubringen. Sie hätten einzelne Leute angesprochen, auch zu ihren Läden, und seien dann übereingekommen, man müsse größere Firmen ansprechen. Da der GZ nicht bewilligt worden sei, sei es dann nicht so weit gekommen. Er habe dann ein Gewerbe angemeldet, da man dann doch damit habe beginnen wollen, weil man angenommen habe, der GZ werde nun bewilligt. Nach seiner Gewerbebeantragung habe man beschlossen, einen Steuerberater zu suchen. Da die Bewilligung des GZ nicht erfolgt sei, habe sein Steuerberater dem Finanzamt mitgeteilt, dass es zu einer Geschäftstätigkeit nicht gekommen sei. Sie hätten zunächst die Idee gehabt, Leute einzuladen und ihnen die Programme des Klägers vorzustellen. Dazu sei es nicht gekommen. Darauf habe der Kläger die Idee gehabt, dass er, der Zeuge, mit einem Tablet zu potentiellen Interessenten gehe, um ihnen das vorzustellen. Hierzu sei es jedoch nicht gekommen, da ein Tablet nicht zur Verfügung gestanden habe. Er habe auch seinen Bruder, der Fußballer manage, angesprochen. Dieser habe erklärt, sie könnten ihm die Software "mal vorstellen". Dazu sei es jedoch nicht gekommen. Dies wäre der "potentielle Hauptkunde" gewesen, der sich auch bereit erklärt habe, sich das anzusehen. Dies könne kurz vor oder nach seiner Gewerbebeantragung gewesen sein, eher kurz nach seiner Gewerbebeantragung. Nach diesem Gespräch sei nichts mehr zu bereden und zu überlegen gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Aussage wird auf die Niederschrift verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten beider Instanzen, einschließlich gerichtlicher Vorakten, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151 SGG](#) zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Dieser hat keinen Anspruch auf Gewährung von GZ.

Verfahrensgegenstand ist der Bescheid der Beklagten vom 20. September 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 7. November 2011, mit denen die Beklagte, ohne sich auf die Bindungswirkung vorangegangener Entscheidungen zu berufen, in der Sache neu entschieden hat, sodass eine neue vollständige Prüfung eröffnet ist. Insoweit ist hier die Anfechtungs- und Leistungsklage die zutreffende und zulässige Klageart.

Rechtsgrundlage für die Gewährung der vom Kläger begehrten Leistung sind die Bestimmungen des SGB III in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung - SGB III a.F. - (vgl. [§ 422 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)).

Gemäß [§ 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 der Existenzgründung Anspruch auf einen GZ. Der Anspruch wird nach [§ 57 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) a.F. gleistet, 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 Alg 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). Hier fehlt es bereits daran, dass nicht nachgewiesen ist, dass der Kläger die selbstständige Tätigkeit, deren Förderung er durch den GZ erstrebt, zu einem Zeitpunkt aufgenommen wurde, zu dem noch ein Restanspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen bestand. Auf die Bewilligung von Alg vom 20. Juni 2010 ab 1. Juni 2010 bestand lediglich am 1. April 2011 noch ein Restanspruch von wenigstens 90 Tagen auf Alg (zur Berechnung des Restanspruches auf Alg vgl. [§ 134 Satz 2 SGB III](#) a.F.). Insofern ist indes nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellbar, dass der Kläger die intendierte selbstständige Tätigkeit bereits am 1. April 2011 aufgenommen hat.

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 BSG hat zu einer früheren Fassung des [§ 57 SGB III](#), die ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzung "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" enthielt, ausgeführt, 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 Vorbereitungsmaßnahmen 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).

Gemessen daran ist nicht feststellbar, dass der Kläger am 1. April 2011 oder früher bereits Tätigkeiten entfaltet hat, die als "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" angesehen werden könnten.

Zunächst hat das SG in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils auf die aktenkundigen Schriftstücke und die im Verlauf des Verfahrens vom Kläger ergänzten Angaben verwiesen, aus denen sich auch aus Sicht des Senats ein "gesteigertes Klagevorbringen", das sich an den Einwänden der Beklagten und deren Hinweise auf das Erfordernis einer Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit spätestens am 1. April 2011 orientiert, ergibt.

Dass der Kläger vor dem 2. April 2011 konkrete (vorbereitende) Tätigkeiten im Bezug auf die intendierte selbstständige Tätigkeit unternommen hat, hat auch die Beweisaufnahme nicht ergeben.

Der Kläger hat selbst mehrfach angegeben, er habe eine Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit vor der Bewilligung von GZ für rechtswidrig gehalten. Dass er diese Tätigkeit dann aber tatsächlich aufgenommen haben will im Bewusstsein, sich rechtswidrig zu verhalten, ist für den Senat nicht nachvollziehbar und feststellbar, selbst wenn man dem Kläger zubilligt, sich hinsichtlich der Begriffe geirrt zu haben. Nach der glaubhaften Aussage des Zeugen C. ist es zu keinem Zeitpunkt zu einem Geschäftsabschluss zwischen ihm und dem Kläger oder in Form einer Vermittlungstätigkeit gekommen. Man hat vielmehr "Überlegungen" angestellt, was man machen "könnte". Soweit er angegeben hat, sie hätten "einzelne Leute angesprochen", auch in ihren Läden, und seien dann übereingekommen, man müsse größere Firmen ansprechen, hat er eingeräumt, dass es soweit nicht gekommen ist, weil der GZ noch nicht bewilligt war. Es ist auch nicht ansatzweise erkennbar, dass durch das "Ansprechen" von "einzelnen Leuten" eine Geschäftstätigkeit, wie sie der Kläger im Papier zur Beschreibung seiner Tätigkeit vom Mai 2011 niedergelegt hat, aufgenommen worden oder auch nur vorbereitet worden wäre. Schließlich hat der Zeuge auch bestätigt, dass er sein Gewerbe, mit dem er die Produkte des Klägers habe vertreiben wollen, erst im August 2011 angemeldet hat (vgl. auch vorgelegte Gewerbeanmeldung vom 12. August 2011) und danach auch erst mit seinem Bruder gesprochen hat, den man sich als "potentiellen Hauptkunden" angeschaut hatte und der sich allerdings auch nur bereit erklärt hatte, "sich das anzusehen". Angesichts dessen ist nicht feststellbar, dass hier schon am 1. April 2011 (vorbereitende) Tätigkeiten entfaltet worden sind, die als Aufnahme der intendierten selbstständigen Tätigkeit angesehen werden könnten.

Soweit der Kläger im Berufungsverfahren zunächst mit Schreiben vom 7. Oktober 2013 behauptet hat, der Zeuge C. habe ein Programm kaufen wollen, hat die Beweisaufnahme weder ergeben, dass dieser zu irgendeinem Zeitpunkt ein Programm o.ä. vom Kläger kaufen wollte, noch dass sie über einen entsprechenden Kauf im März 2011 gesprochen haben und der Zeuge überhaupt jemals "Kunde" des Klägers war. Auch die Behauptung, der Zeuge C. habe "in dieser Zeit" (Berufungsschrift vom 7. Oktober 2013), also im März 2011, ein Gewerbe angemeldet, hat sich bei der Beweisaufnahme nicht bestätigt. Der Zeuge hat vielmehr erst im August 2011, also lange nach dem 1. April 2013, ein Gewerbe angemeldet, das er dann allerdings nie ausgeübt hat.

Im Übrigen ergibt sich auch aus allen Unterlagen, die der Kläger vorgelegt hat, insbesondere aus der schriftlichen Darstellung des Gründungsvorhabens vom 7. Mai 2011, dass die Tätigkeit als solche erst beabsichtigt war und noch nicht begonnen war.

Des weiteren ergibt sich ein Anspruch auf GZ auch nicht aus der E-Mail der Arbeitsberaterin Me. vom 26. Juli 2011. Bei dieser handelte es sich lediglich um eine Sachstandsmitteilung, nicht jedoch um eine Zusicherung oder gar Bewilligung eines GZ. Zum einen sind für eine Zusicherung die formalen Voraussetzungen nicht erfüllt, zum anderen hatte die Mitteilung auch keinen Erklärungsinhalt aus Sicht eines verständigen Empfängers, dass mit ihr eine Leistung zugesagt oder gar bewilligt wurde. Vielmehr wurde darauf hingewiesen, dass ein Bescheid noch ergehen sollte.

Ferner ergibt sich ein Anspruch auf GZ nicht auf Grund eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruches. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch hat zur Voraussetzung, dass der Sozialleistungsträger eine ihm auf Grund Gesetzes oder eines Sozialrechtsverhältnisses obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung ([§§ 15, 14](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch - SGB I), verletzt hat. Ferner ist erforderlich, dass zwischen der Pflichtverletzung des Sozialleistungsträgers und dem Nachteil des Betroffenen ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Schließlich muss der durch das pflichtwidrige Verwaltungshandeln eingetretene Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden können. Die Korrektur durch den Herstellungsanspruch darf dem jeweiligen Gesetzeszweck nicht widersprechen (vgl. BSG in [BSGE 92, 267](#) und in [SozR 3-4100 § 249e Nr. 4](#) m.w.N.). Mit Hilfe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches lassen sich daher zwar bestimmte sozialrechtliche Voraussetzungen, z.B. verspätete Anträge, als erfüllt ansehen, wenn sie wegen einer Pflichtverletzung des Versicherungsträgers bislang fehlen. Ungeachtet dessen, dass dem Kläger auf Grund des Merkblattes 3, dessen Erhalt er nicht in Abrede stellt, und des Hinweises der Arbeitsvermittlerin Me. auf das Erfordernis eines Restanspruches auf Alg von 90 Tagen ein Beratungsfehler, der zur nicht rechtzeitigen Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit führte, nicht feststellbar ist, würde ein solcher auch nicht zu einem Herstellungsanspruch führen. Die Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im Rahmen der Gewährung von GZ zu einem Zeitpunkt, zu dem noch ein Restanspruch auf Alg bestehen muss, stellt nämlich einen tatsächlichen Sachverhalt dar, den herzustellen nicht in die Verfügungsmacht der Beklagten fällt, sondern von einem tatsächlichen Verhalten des Arbeitslosen abhängt (vgl. auch Urteil des erkennenden Senats vom 15. Dezember 2009, [L 13 AL 6044/08](#) in Juris zur Arbeitslosmeldung). Die nicht rechtzeitige Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit kann somit nicht im Nachhinein durch einen Herstellungsanspruch ersetzt werden.

Da der Kläger somit keinen Anspruch auf GZ hat, hat das SG zu Recht die Klage abgewiesen.

Der Senat weist deshalb die Berufung zurück. Hierauf und auf [§ 193 SGG](#) beruht die Kostenentscheidung. Im Rahmen des dem Senat nach [§ 193 SGG](#) eingeräumten Ermessens war für den Senat maßgeblich, dass der Kläger mit der Rechtsverfolgung ohne Erfolg geblieben ist und die Beklagte keinen Anlass zur Klageerhebung gegeben hat. Der Senat hält es auch im Falle einer Zurückweisung des Rechtsmittels für erforderlich, nicht nur über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu entscheiden, sondern auch über die Kosten der vorausgehenden Instanz (so Lüdtko, Kommentar zum SGG, 4. Aufl., [§ 197a SGG](#) Rdnr. 3; erkennender Senat, Urteil vom 19. November 2013, [L 13 R 1662/12](#), veröffentlicht in Juris; a.A. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, 10. Auflage, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 2a; Hintz/Lowe, Kommentar zum SGG, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 11; Jansen, Kommentar zum SGG, 4. Auflage, [§ 193 SGG](#) Rdnr. 4).

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-06-13