

L 18 AL 9/22

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
18.
1. Instanz
SG Potsdam (BRB)
Aktenzeichen
S 41 AL 136/18
Datum
18.10.2021
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 18 AL 9/22
Datum
07.08.2024
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Potsdam vom 28. Oktober 2021 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beteiligten streiten über die Gewährung eines Gründungszuschusses (GZ) für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit.

Der 1955 geborene Kläger verfügt über eine Berufsausbildung zum Zerspannungsfacharbeiter und ist Diplom-Ingenieur für Feinwerktechnik (FH). Nach Tätigkeiten als Betriebsleiter und Geschäftsführer war der Kläger seit August 1997 als Berater im Bereich Qualitätssicherungsmanagement nebenberuflich selbstständig tätig. Im Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis zum 31. Mai 2016 war er als Leiter Qualitätssicherung bei dem polnischen Unternehmen „G “ (GWP) angestellt. In diesem Zeitraum ruhte die selbstständige Tätigkeit weitestgehend.

Am 31. Mai 2016 meldete sich der Kläger bei der Beklagten mWv 1. Juni 2016 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Die Beklagte bewilligte dem Kläger daraufhin mit Bescheid vom 14. Juni 2016 Alg für 360 Tage unter Zuerkennung eines täglichen (tgl.) Leistungsbetrags in Höhe von (iHv) 46,96 € für die Zeit vom 1. Juni 2016 bis 30. Mai 2017. Mit Bescheiden vom 22. August 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. September 2016 setzte die Beklagte wegen einer Sperrzeit vom 29. Juli bis 4. August 2016 unter Reduzierung der Anspruchsdauer um 7 Tage den tgl. Leistungsbetrag für die Zeit vom 5. August 2016 bis 28. Mai 2017 auf 0,- € fest und forderte die Erstattung eines überzahlten Betrages iHv 93,92 €. In den Eingliederungsvereinbarungen vom 31. Mai 2016, 18. August 2016 und 23. September 2016 wurde als Vermittlungsziel die Aufnahme einer Beschäftigung auf dem 1. Arbeitsmarkt im Tagespendelbereich und in der Woiwodschaft Großpolen vereinbart. Ab dem 23. September 2016 war als Aktivität des Klägers auch die „Klärung Selbstständigkeit“ aufgenommen.

Am 16. Dezember 2016 beantragte der Kläger im Rahmen einer persönlichen Vorsprache bei seinem Arbeitsvermittler einen GZ für die Aufnahme einer selbstständigen hauptberuflichen Tätigkeit ab dem 26. Dezember 2016 als Firmenberater und Händler von Bauelementen. Gleichzeitig beantragte er eine freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung. Mit Aufhebungsbescheid vom 13. Januar 2017 hob die Beklagte die Bewilligung des Alg ab 26. Dezember 2016 wegen Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit auf.

Das ihm ausgehändigte Antragsformular für den GZ, welches Angaben zu den für die Bearbeitung des Antrags erforderlichen Unterlagen enthielt, reichte der Kläger Anfang März 2017 unter Beifügung der Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer (IHK) Potsdam vom 27. Februar 2017 über die Tragfähigkeit der Existenzgründung nach § 93 Abs. 2 Nr. 2 Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (SGB III) zurück. Die IHK bescheinigte nach Prüfung der vorliegenden Unterlagen, dass eine nachhaltige Sicherung der Existenz des Klägers durch den Weg in die geplante Selbstständigkeit als Dienstleister im Bereich der Beratung von polnischen Unternehmen und im Bereich des Handels mit Bauelementen und Handwerkserzeugnissen als möglich zu bewerten sei. Der Kläger sei in diesem Bereich bereits über mehrere Jahre selbstständig tätig gewesen und verfüge über entsprechende Kontaktdaten. Weiter legte der Kläger eine Gewerbeummeldung vom 1. Mai 2007 vor.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2017 forderte die Beklagte den Kläger auf, einen Nachweis der Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit sowie eine Beschreibung des Existenzgründungsvorhabens (Businessplan) nachzureichen. Der Kläger übersandte daraufhin unter dem 7. August 2017 zunächst per E-Mail einen Lebenslauf vom 19. Juni 2016 sowie eine Umsatz- und Rentabilitätsvorschau für die Jahre 2017 und 2018. Mit Ablehnungsbescheid vom 29. August 2017 lehnte die Beklagte die Bewilligung eines GZ ab, weil der Kläger bereits im Jahre 2007 mit seiner selbstständigen Tätigkeit begonnen habe. Ferner sei der bereits am 16. Dezember 2016 angeforderte Businessplan nicht vorgelegt worden. Am 21. Dezember 2017 ging ein undatiertes Businessplan bei der Beklagten ein. Die Beklagte nahm mit Bescheid vom 1. Februar 2018 den Ablehnungsbescheid vom 29. August 2017 zurück und lehnte mit einem weiteren Bescheid vom 1. Februar 2018 die Gewährung eines GZ ab. Eine Förderung sei nicht möglich, da ausweislich der eingereichten Gewerbeummeldung die Selbstständigkeit bereits seit dem 1. Mai 2007 ausgeübt werde. Im Widerspruchsverfahren machte der Kläger geltend, dass trotz seiner mehrfachen Nachfrage die Erforderlichkeit einer Neuanmeldung des zunächst im Nebenerwerb fortgeführten Gewerbes verneint worden sei. Zudem habe es die feste mündliche Zusage einer Umwandlung des Alg-Anspruches in einen GZ durch den Mitarbeiter der Beklagten H am 15. September 2016 und 16. Dezember 2016 gegeben.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26. Juli 2018 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Auch wenn eine hauptberufliche Selbstständigkeit erst ab Dezember 2016 wiederaufgenommen worden sei, bestehe kein Anspruch auf den GZ. Insoweit sei die Vermittlung des Klägers in eine abhängige Beschäftigung, wie es in den Eingliederungsvereinbarungen als Ziel formuliert gewesen sei, vorrangig. Es gebe auf dem für den Kläger relevanten überregionalen Arbeitsmarkt mehrere hundert Stellenangebote als Handelsvertreter, Leiter Qualitätsmanagement, Leiter Produktion/Fertigung oder als Fachkraft Qualitätssicherung. Zudem sei auch nach der Stellungnahme des Klägers im Widerspruchsverfahren unverständlich geblieben, aufgrund welcher Änderungen gerade im Dezember 2016 die Umwandlung der Nebenbeschäftigung in die Vollbeschäftigung erfolgt sei, um hieraus den Lebensunterhalt zu bestreiten. Vom 1. November 2019 bis zum 31. Oktober 2020 (Erreichen des Eintrittsalters für die Regelaltersrente) bezog der Kläger erneut Alg.

Im Klageverfahren hat der Kläger vorgetragen: Es habe eine mehrfache Zusage der Gewährung eines GZ vorgelegen. Aufgrund dessen habe er sich am 16. Dezember 2016 freiwillig gegen Arbeitslosigkeit versichert. Vor diesem Hintergrund sei er über die Erfolgsaussichten seines Antrages auf einen GZ getäuscht worden. Ein Vermittlungsvorrang bestehe hier nicht, da er während seiner Arbeitslosigkeit nur ein Stellenangebot erhalten habe. Er habe seine selbstständige Tätigkeit als Hauptberuf auch tatsächlich am 26. Dezember 2016, wie der Arbeitsagentur mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 ausdrücklich mitgeteilt, begonnen. Dieser Termin sei ihm von seinem Vermittler genannt worden, um eine ausreichende Restanspruchsdauer auf Alg aufweisen zu können. Er habe sich am 26. Dezember 2016 auf eine sechsstündige Fahrt nach Polen begeben und dort in den folgenden Tagen – wie die beigefügten Zeugenaussagen belegten – Gespräche mit potentiellen Kunden für sein Dienstleistungsangebot geführt, ohne dass es bereits zu Aufträgen gekommen sei. Weiter hätten Internetrecherchen stattgefunden und in den ersten Januarwochen zudem mehrstündige Arbeiten in der Scheune zur Einrichtung eines Büros und der Musterpräsentation. Die Netto-Umsätze seien von 684,- € im Jahr 2016 über 885,- € im Jahr 2017 auf 7.670,- € im Jahr 2018 gestiegen. Die Umsatzplanung sei im Februar 2017 erfolgt und der IHK Brandenburg übermittelt worden, was der mangelhaften Beratung zu den erforderlichen Unterlagen für die beantragte Leistung geschuldet gewesen sei.

Das Sozialgericht (SG) Potsdam hat die Klage mit Urteil vom 28. Oktober 2021 abgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt: Die zulässige Anfechtungs- und Leistungsklage sei unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 1. Februar 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Juli 2018 sei rechtmäßig und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Gewährung des beantragten GZ. Es fehle bereits an der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf GZ. Auf die Ermessenserwägungen der Beklagten, insbesondere zum Vermittlungsvorrang nach [§ 4 Abs. 2 SGB III](#), komme es daher nicht an. Gemäß [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) in der ab 1. April 2012 geltenden Fassung könnten Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbstständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beendeten, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung einen GZ erhalten. Der GZ könne nach [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) u.a. nur geleistet werden, wenn der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Alg habe, dessen Dauer bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit noch mindestens 150 Tage betrage. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Kläger seine Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit am 26. Dezember 2016 beendet habe. Die von ihm ab dem 26. Dezember 2016 angeführten Tätigkeiten stellten sämtlich Vorbereitungshandlungen dar. Es habe sich dabei jedoch um keine Vorbereitungshandlungen gehandelt, welche bereits der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im Hauptberuf gleichzusetzen gewesen wären. Die Beendigung der Arbeitslosigkeit durch vorbereitende Handlungen der Existenzgründung könne nur eintreten, wenn der Gründer für die angestrebte selbstständige Tätigkeit bereits in einem zeitlichen Umfang tätig sei, die ihn 15 Stunden oder mehr pro Woche in Anspruch nehme.

Dies könne nicht festgestellt werden. Die Vorbereitungshandlungen wiesen überwiegend – wie der Ausbau der eigenen Scheune zum Büro bzw. Showroom oder die Internetrecherche – bereits keinerlei Außenwirkung auf. Es handele sich zudem um mittelbare Vorbereitungshandlungen, da der Bezug zu einer konkreten, auf Gewinnerzielung gerichteten Handlung fehle. Die geführten Gespräche mit potentiellen Kunden könnten dagegen zwar eine taugliche Vorbereitungshandlung darstellen. Sie hätten jedoch nicht ansatzweise den erforderlichen zeitlichen Umfang erreicht, um bereits ab Dezember 2016 von einer Beendigung der Arbeitslosigkeit ausgehen zu können. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Kläger durch die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit am 26. Dezember 2016 die Arbeitslosigkeit beendet hätte, seien noch weitere Anspruchsvoraussetzungen des [§ 93 Abs. 2 SGB III](#) nicht erfüllt. Es fehle nämlich auch an der rechtzeitigen Einreichung einer fachkundigen Stellungnahme bei der Beklagten. Der Kläger habe die gemäß [§ 93 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 SGB III](#) zum Nachweis der Tragfähigkeit der Existenzgründung erforderliche fachkundige Stellungnahme erst nach der von ihm vorgetragene Aufnahme seiner selbstständigen hauptberuflichen Tätigkeit – und damit zu spät – bei der Beklagten eingereicht. Wann der Nachweis über die Tragfähigkeit der beabsichtigten selbstständigen Tätigkeit vorliegen müsse, ergebe sich zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut, wohl aber aus der Systematik von [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#), die einen unmittelbaren Zusammenhang herstelle zwischen dem in Nr. 2 geforderten Nachweis über die Tragfähigkeit der Existenzgründung durch Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle und der vorangehenden Nr. 1, die die grundlegenden gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf einen GZ formuliere. In den Formulierungen "bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" und „bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" ([§ 93 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#)) komme ein Zeitmoment zum Ausdruck, das es nahelege, nicht nur für diese beiden Tatbestandsmerkmale auf den Zeitpunkt vor bzw. bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit abzustellen, sondern auch für die in Nr. 2 der Vorschrift genannten. Auch Sinn und Zweck der Regelungen über den GZ ließen nur den Schluss zu, dass der Tragfähigkeitsnachweis vor der Entscheidung der Beklagten über die Gewährung dieser Leistung vorliegen müsse. Denn die Stellungnahme der fachkundigen Stelle diene der Beklagten als Entscheidungsgrundlage. Die Einschätzung zur Tragfähigkeit der Existenzgründung sei ihrem Wesen nach eine Prognoseentscheidung. Dieser Prognoseentscheidung müsse – bezogen auf den Beginn der Selbstständigkeit – zu entnehmen sein, dass die aufgenommene

Selbständigkeit nach Art und Inhalt sowie ihrer Durchführung die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers und dessen Familie sichern könne. Der Nachweis der Tragfähigkeit durch eine Stellungnahme der fachkundigen Stelle sei daher zeitnah zur Antragstellung und vor der Aufnahme der hauptberuflichen, selbstständigen Tätigkeit durch die Antragsteller zu erbringen (Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 9. Juni 2017 - [B 11 AL 13/16 R](#) -, juris Rn. 29). Der Kläger habe seine selbstständige Tätigkeit nach eigenen Angaben am 26. Dezember 2016 aufgenommen. Die fachkundige Stellungnahme datiere vom 27. Februar 2017 und sei vom Kläger erst am 8. März 2017 bei der Beklagten eingereicht worden. Darüber hinaus erfasse die eingereichte Stellungnahme nicht die vorgebliche selbstständige Tätigkeit schon ab dem 26. Dezember 2016. Schließlich sei die Kammer, wenn man die Nachreichung der fachkundigen Stellungnahme genügen lassen wollte, auch nicht von der (prognostischen) Tragfähigkeit der Existenzgründung überzeugt. Die Prognoseentscheidung der IHK sei nicht nachvollziehbar. Der Kläger könne schließlich sein Begehren auch nicht mit Erfolg darauf stützen, dass die Beklagte ihm die Gewährung eines GZ zugesichert hätte. An den Voraussetzungen einer wirksamen Zusicherung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) fehle es bereits deshalb, weil die Beklagte gegenüber dem Kläger niemals in der erforderlichen Schriftform erklärt habe, sie werde ihm einen GZ gewähren. Die vom Kläger behaupteten mündlichen Zusagen einer möglichen „Umwandlung“ des Alg in einen GZ könnten einen Anspruch ebenfalls nicht begründen. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag in den Verwaltungsvorgängen keine Stütze finde, würde eine solche Zusage allenfalls zu einer Ermessensbindung führen. Aufgrund der fehlenden tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung des GZ seien Ermessenserwägungen aber nicht mehr anzustellen. Ob die Fehlvorstellung des Klägers hinsichtlich eines gegebenen Anspruchs auf GZ hier vermeidbar gewesen wäre bzw. Beratungsmängel dafür ursächlich gewesen seien, sei nicht im hiesigen Verfahren zu klären. Allerdings sei nicht zu verkennen, dass eine (Wieder-)Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im Nebenerwerb bei Ausschöpfung des Alg-Anspruchs für den Kläger ebenfalls möglich gewesen wäre und sich finanziell in jedem Fall günstiger dargestellt hätte.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter und trägt ergänzend vor: Er sei vor Aufnahme seiner selbstständigen Tätigkeit von der Beklagten nicht informiert worden, dass er „jeden Schritt, jede Stunde“ dokumentieren müsse. 2016/2017 hätte er dies gekonnt, 2024 sei dies schwierig.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

die Beklagte unter Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts Potsdam vom 28. Oktober 2021 sowie des Ablehnungsbescheids der Beklagten vom 1. Februar 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. Juli 2018 zu verurteilen, ihm für 6 Monate ab dem 26. Dezember 2016 einen Gründungszuschuss in Höhe von täglich 46,96 € zuzüglich 300,- € monatlich zu gewähren, hilfsweise,

seinen Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

Der Senat hat schriftliche Auskünfte von der früheren Lebensgefährtin des Klägers L vom 29. Oktober 2023 und den bei der Firma GWP in den Jahren 2016 und 2017 beschäftigten Herren S und S, jeweils vom 28. Oktober 2023, eingeholt, auf die Bezug genommen wird.

Wegen des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird im Übrigen auf den Inhalt der Gerichtsakten (2 Bde) und der Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen, der, soweit wesentlich, Gegenstand der Entscheidungsfindung war.

Die Beteiligten haben sich mit einer schriftlichen Entscheidung nach [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

Streitgegenstand der Berufung ist das angegriffene Urteil sowie der Ablehnungsbescheid der Beklagten vom 1. Februar 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Juli 2018. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die mit dem Hauptantrag verfolgte Anfechtungs- und Leistungsklage, die auf die Zahlung eines GZ zielt, hat keinen Erfolg.

Der Kläger hat im Zusammenhang mit der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit als Firmenberater und Händler von Bauelementen keinen Anspruch auf Gewährung eines GZ, denn die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs sind nicht erfüllt.

Nach [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) in der ab 1. April 2012 geltenden und hier anwendbaren Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 ([BGBl I S 2854](#)) können Arbeitnehmerinnen und 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 einen GZ erhalten. Ein GZ „kann“ geleistet werden, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer (1.) bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat, dessen Dauer bei Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit noch mindestens 150 Tage beträgt und nicht allein auf § 147 Abs. 3 beruht, (2.) der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweist und (3.) ihre oder seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbstständigen Tätigkeit darlegt ([§ 93 Abs. 2 SGB III](#)).

Der Kläger hat nicht nachgewiesen, dass er zum 26. Dezember 2020 oder nachfolgend in der Zeit bis zum 29. Dezember 2016 iS des [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) die Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit oder entsprechende Vorbereitungshandlungen beendet hat; schließlich besteht auch kein Anspruch auf Neubescheidung.

Im laufenden Leistungsbezug von Alg hatte der Kläger zuletzt am 29. Dezember 2016 einen Anspruch auf Alg mit einer Dauer von

150 Tagen. Zur Wahrung der Voraussetzungen des [§ 93 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) hätte er die selbstständige Tätigkeit daher zwingend spätestens an jenem Tag aufnehmen und dadurch die Arbeitslosigkeit beenden müssen. Entsprechende Feststellungen vermag der Senat insoweit im erforderlichen Vollbeweis nicht zu treffen.

Nach [§ 138 Abs. 3 SGB III](#) wird die Beschäftigungslosigkeit und damit die Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit beendet, wenn diese Tätigkeit 15 Stunden und mehr wöchentlich ausgeübt wird. Der Kläger hat im angeführten Zeitraum weder die angestrebte selbstständige Tätigkeit selbst in dem erforderlichen zeitlichen Umfang aufgenommen noch hat er nach außen wirkende Vorbereitungshandlungen vorgenommen, die bereits der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit gleichzusetzen wären. Eine selbstständige Tätigkeit wird in dem Zeitpunkt aufgenommen, in dem der Existenzgründer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlungen mit Außenwirkung vornimmt ([BSG vom 1. Juni 2006 – B 7a AL 34/05 R – SozR 4-4300 § 57 Nr. 1 Rn. 11](#)). Bei der Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Erwerbstätigkeit "ausgeübt" wird, können die in der Rechtsprechung des BSG entwickelten Maßstäbe zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine erwerbstätige Person ihre Beschäftigung "ausübt", herangezogen und bezogen auf die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit weiterentwickelt werden. Eine Beschäftigung übt danach aus, wer mit seiner Tätigkeit zumindest dazu ansetzt und dessen Tätigkeit darauf gerichtet ist, entweder eine objektiv bestehende Haupt- oder eine Nebenpflicht aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu erfüllen. Als Beschäftigter handelt auch eine Person, die objektiv nicht geschuldete Handlungen vornimmt, um einer vermeintlichen Pflicht aus dem Rechtsverhältnis nachzugehen, sofern sie nach den besonderen Umständen der Beschäftigung zur Zeit der Verrichtung annehmen darf, sie treffe eine solche Pflicht (vgl. [BSG, Urteil vom 9. Juni 2017 – B 11 AL 13/16 R –](#), juris Rn. 22f mwN). Dementsprechend übt eine selbstständige Tätigkeit aus, wer eine Tätigkeit entfaltet, die dazu ansetzt, Haupt- oder Nebenpflichten einer solchen Tätigkeit - hier derjenigen als Berater oder Händler - zu erfüllen, oder wer eine objektiv nicht geschuldete Handlung vornimmt, um einer vermeintlichen Pflicht aus dem geschäftlichen Verhältnis nachzukommen, sofern er annehmen darf, ihn treffe eine solche Pflicht. Daran fehlte es beim Kläger. Die von ihm eingereichten Unterlagen belegen zwar, dass der Kläger ab dem Jahr 2017 solche Aktivitäten entfaltet hat. Der Kläger hat jedoch weder vorgetragen, dass er bereits im Jahr 2016 Beraterverträge abgeschlossen oder Handelsgeschäfte getätigt hatte, noch hat er Unterlagen über entsprechende Abschlüsse vor dem 30. Dezember 2016 vorgelegt.

Der Kläger hat bis zu dem angeführten Zeitpunkt auch keine Vorbereitungshandlungen verrichtet, die bereits als Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit anzusehen wären. Vorbereitungshandlungen sind als Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit anzusehen, wenn sie im Geschäftsverkehr Außenwirkung entfalten und nach dem zugrunde liegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet sind (vgl. [BSG, Urteil vom 5. Mai 2010 – B 11 AL 28/09 R –](#) SozR 4-4300 § 57 Nr. 5). Allerdings ist auch insoweit zu beachten, dass [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) voraussetzt, dass "durch die Aufnahme" der Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beendet sein muss. Das bedeutet, dass die Vornahme von Vorbereitungshandlungen nur dann als "Aufnahme" der selbstständigen Tätigkeit anzusehen ist, wenn sie den nach [§ 138 Abs. 3 SGB III](#) zu fordernden zeitlichen Umfang erreicht (vgl. [BSG, Urteil vom 9. Juni 2017 – B 11 AL 13/16 R –](#), juris Rn. 26). Die Beendigung der Arbeitslosigkeit tritt durch vorbereitende Handlungen der Existenzgründung nur ein, wenn der Gründer für die angestrebte selbstständige Tätigkeit bereits in einem zeitlichen Umfang tätig ist, die ihn 15 Stunden oder mehr pro Woche in Anspruch nimmt (so auch Landessozialgericht [LSG] Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10. Juni 2016 – [L 14 AL 243/12 –](#), juris). Eine Vorbereitungshandlung in diesem Umfang wird allerdings nicht verrichtet, wenn ein Gründer mit zeitlichem Abstand nach und nach die Voraussetzungen dafür schafft, zu einem späteren Zeitpunkt eine selbstständige Tätigkeit aufnehmen zu können (vgl. [BSG, Urteil vom 9. Juni 2017 – B 11 AL 13/16 R –](#), juris Rn. 28).

So liegt der Fall hier. Zu den Vorbereitungshandlungen, die sich bereits als Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit darstellen können, können zwar Anbahnungsgespräche gehören, mit denen – wie hier – Möglichkeiten einer künftigen Zusammenarbeit, der Bereitstellung von Dienstleistungen oder des Absatzes von Waren mit potentiellen Geschäftspartnern ausgelotet werden. Nach dem glaubhaften Vorbringen des Klägers sowie seiner früheren Lebensgefährtin L und der früheren Kollegen S und S hat der Senat keinen Zweifel daran, dass der Kläger am 26. Dezember 2016 nach Tr (dt. Sch..) gereist ist, um in den folgenden Tagen mit potenziellen Geschäftspartnern Gespräche über seine selbstständige Tätigkeit als Berater für polnische Firmen und im Vertrieb von in Polen produzierten Waren aufzunehmen. Zur Überzeugung des Senats steht auch fest, dass ein solches Gespräch mit dem (späteren) Geschäftsführer der GWP S am 28. Dezember 2016 stattgefunden hat. Frau L hat - in Übereinstimmung mit ihrer erstinstanzlich vorgelegten Bescheinigung vom 6. Juni 2020 - in ihrer Stellungnahme vom 29. Oktober 2023 gegenüber dem Senat angegeben, dass der Kläger am Abend des 26. Dezember 2016 in Tr eingetroffen sei und beim gemeinsamen Abendessen mit ihren Eltern berichtet habe, dass er sich mit einem Dienstleistungsangebot für polnische Firmen selbstständig machen wolle („Zum Beispiel Übersetzungen, Sprachunterricht, Kontakte zu deutschen Firmen herstellen, Beratung zu Qualitätsfragen, im Produktionsprozess, eventuell auch der Verkauf von Fenstern, Türen, Treppen, Fensterbänken usw. von polnischen Produzenten in Deutschland“). Der Kläger habe berichtet, dass er „gleich nach Weihnachten“ Treffen mit Eigentümern oder Leitern von Firmen in der Region vereinbart habe. Danach habe er nach Deutschland zurückgewollt, um in der Scheune aufzuräumen und Platz zu machen für einen Ausstellungsraum für Türen, Fensterbänke und andere Elemente aus Naturstein. Der Kläger habe ihr mehrfach zum Verlauf seiner Gespräche berichtet. Auch der Ende 2016 bei der Firma GWP beschäftigte Herr S hat in seiner Bescheinigung vom 20. Juni 2020 bestätigt, dass der Kläger viele Firmen in der Region besucht habe, um seine Dienste anzubieten. Herr S hat mit Schreiben vom 28. Oktober 2023 ferner berichtet, dass am 28. Dezember 2016 ein Gespräch mit dem (späteren) Geschäftsführer S am Firmensitz stattgefunden habe, bei dem schon Einzelheiten der Zusammenarbeit besprochen worden seien. Im Februar 2017 habe der Kläger sein Angebot in Form von Probearbeit vorgeführt. Die Zusammenarbeit sei dann zustande gekommen, als er bei GWP die Aufgabe des Geschäftsführers übernommen habe. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2023 hat Herr S seine Angaben in der Bescheinigung vom 10. Juni 2020 dahingehend präzisiert, dass das Gespräch am 28. Dezember 2016 „ca. 2 Stunden“ gedauert habe. Neben der Firma GWP habe der Kläger auch anderen Firmen seine Leistungen angeboten, sei aber wohl nicht gleich erfolgreich gewesen. Zum Umfang der Gespräche und mit welchen Geschäftsleuten der Kläger konkret gesprochen habe, könne er keine exakten Angaben machen, weil schon sieben Jahre vergangen seien.

Unter Berücksichtigung der insgesamt zu vagen Angaben des Klägers und der von ihm benannten Auskunftspersonen kann der Senat nicht mit der erforderlichen an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit feststellen, dass die vom Kläger ab 26. Dezember 2016 vorgenommenen Vorbereitungshandlungen bereits im Jahre 2016 einen Zeitumfang von 15 Stunden oder mehr pro Woche erreicht hatten. Mangels hinreichend konkreter und belegbarer Angaben zu den geschäftlichen Aktivitäten zur Jahreswende 2016/2017 drängt sich dem Senat für diesen Zeitraum immer noch das Bild eines Gründers auf, der mit zeitlichem Abstand nach und nach die Voraussetzungen dafür schafft, zu einem späteren Zeitpunkt eine den zeitlichen Anforderungen des [§ 138 Abs. 3 SGB III](#) genügende selbstständige Tätigkeit aufnehmen zu können. Nach dem ermittelten Sachverhalt steht lediglich fest, dass der Kläger am 26. Dezember 2016 von seinem Wohnort

in G aus geschäftlichen Gründen in das ca. 390 km entfernte Tr gefahren ist und anschließend Anbahnungsgespräche mit potentiellen Geschäftspartnern, darunter ein ca. zweistündiges Gespräch bei der Firma GWP, geführt hat. Wann genau und in welchem zeitlichen Umfang der Kläger ab 27. Dezember 2016 Anbahnungsgespräche geführt hat, lässt sich – wie der Kläger, der außer der GWP keine weiteren von ihm kontaktierten Firmen konkret benennen konnte, letztlich einräumen – nicht mehr aufklären. Der Senat kann daher nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass der vom Kläger getätigte Zeitaufwand für die selbstständige Tätigkeit die Zeitgrenze von 15 Stunden pro Woche erreicht hat. Für die Erfüllung dieses anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmals trägt der Kläger die Feststellungslast. Allein der Umstand der Dauer des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens kann nicht zu einer Umkehrung der Feststellungslast führen. Spätestens nach Erhalt der Klageerwidern vom 20. November 2018, mit der die Beklagte darauf hingewiesen hatte, dass Bedenken hinsichtlich der Aufnahme seiner hauptberuflichen Tätigkeit zum 26. Dezember 2016 bestünden, hatte er im Übrigen Anlass, das entsprechende Vorbringen hierzu zu konkretisieren und näher zu substantiieren.

Da der Kläger bereits die für die Bewilligung eines GZ nach [§ 93 Abs. 1](#) iVm Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III erforderliche Voraussetzung einer Beendigung der Arbeitslosigkeit während eines noch mindestens 150 Tage dauernden Anspruchs auf Alg nicht erfüllt, kann dahinstehen, ob einem Anspruch des Klägers auch entgegen gehalten werden könnte, dass der Kläger die zum Nachweis der Tragfähigkeit der Existenzgründung vorzulegende fachkundige Stellungnahme (vgl. [§ 93 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 SGB III](#)) zwar vor der Entscheidung des Beklagten über den Antrag des Klägers, aber erst nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit eingereicht hat. Der 14. Senat des LSG Berlin-Brandenburg vertritt insoweit in st. Rspr. (vgl. Urteil vom 5. November 2020 – [L 14 AL 151/18](#) –, juris Rn. 32) die sich jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut keineswegs aufdrängende Auffassung, dass die fachkundige Stellungnahme vor Aufnahme der hauptberuflichen, selbstständigen Tätigkeit zu erbringen sei. Nach Systematik sowie Sinn und Zweck des [§ 93 Abs. 2 SGB III](#) dürfte zwar zu fordern sein, dass die fachkundige Stellungnahme jedenfalls vor Ergehen der (letzten) Verwaltungsentscheidung vorliegen muss (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, aaO, Rn. 32). Die als Entscheidungsgrundlage für die zu treffende Prognose über die Tragfähigkeit der Existenzgrundlage dienende fachkundige Stellungnahme vermag indes ihre Funktion auch dann noch erfüllen können, wenn sie zwar erst nach Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit, aber noch vor der behördlichen Entscheidung vorliegt (a.A. wohl LSG Berlin-Brandenburg, ebd.). Im Übrigen könnte vorliegend die Berufung der Beklagten auf die verspätete Einreichung der fachkundigen Stellungnahme als treuwidrig anzusehen sein, weil vom Kläger in voller Kenntnis des Sachverhalts noch mit Schreiben vom 10. Juli 2017 die Vorlage eines Businessplans gefordert worden war. Mangels Entscheidungserheblichkeit ist auf diese Fragen nicht weiter einzugehen. Aus diesem Grund bedarf es auch keiner weiteren Erörterung, ob ein Anspruch des Klägers auf Bewilligung eines GZ wegen inhaltlicher Mängel der fachkundigen Stellungnahme oder wegen eines – für den GZ mittlerweile abgeschafften (vgl. [§ 4 Abs. 2 Satz 3 SGB III](#) in der ab 1. Januar 2023 geltenden Fassung) – Vermittlungsvorrangs zu verneinen wäre.

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Bewilligung eines GZ aufgrund einer Zusicherung nach [§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) bzw. einer mündlichen Zusage. Der Senat nimmt insoweit auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils (S. 11 letzter Absatz bis S. 12 erster Absatz) Bezug und sieht von einer näheren Begründung ab ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Beklagte zur Neubescheidung des Antrags auf GZ zu verpflichten, hat ebenfalls keinen Erfolg. Da schon die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf GZ nach [§ 93 SGB III](#) nicht erfüllt sind, hat die Beklagte keine (neue) Ermessensentscheidung über die Bewilligung eines GZ zu treffen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Gründe für eine Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1](#) oder 2 SGG liegen nicht vor.

Rechtskraft
Aus
Saved
2024-11-11