

B 7a AL 34/05 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
7a

1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 6 AL 1390/02

Datum
28.01.2004

2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 AL 645/04

Datum
27.09.2004

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7a AL 34/05 R

Datum
01.06.2006

Kategorie
Urteil

Leitsätze

Zur Frage, ob die Ausweitung einer bereits ausgeübten Nebentätigkeit als Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit durch Überbrückungsgeld gefördert werden kann.

Die Revision der Klägerin gegen den Beschluss des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. September 2004 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Die Klägerin begehrt Überbrückungsgeld (Übbg) ab 1. März 2002.

Die Klägerin und ihr Ehemann, Herr M G , sind Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, in der sie ihre Tätigkeit als Rechtsanwälte ausüben. Gegenüber dem Finanzamt gaben sie als Beginn der Tätigkeit den 13. Februar 2001 an. Die Klägerin war bis September 2001 bei der Universität B beschäftigt. Im Mai 2001 gebar sie Zwillinge. Zum 1. Oktober 2001 meldete sie sich bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg). Die Klägerin bezog vom 1. Oktober 2001 bis 28. Februar 2002 Alg, zuletzt in Höhe von 181,72 Euro wöchentlich. Im Januar 2002 beantragte sie ihre Zulassung als Rechtsanwältin. Durch Bescheid der Rechtsanwaltskammer S wurde sie auf ihren Antrag vom 16. Januar 2002 hin im Februar 2002 als Rechtsanwältin bei dem Oberlandesgericht S zugelassen. Seit 1. März 2002 übt die Klägerin die Tätigkeit als Rechtsanwältin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 25 Stunden aus. Für die Aufnahme dieser selbstständigen Tätigkeit beantragte sie im Januar 2002 bei der Beklagten Übbg. Sie gab dabei an, sie beabsichtige, ihre bereits seit dem Jahre 1999 bestehende Nebentätigkeit als Rechtsanwältin, die sie bis September 2001 neben ihrer Tätigkeit an der Universität B ausgeübt habe, auszuweiten, weil sie keine anderweitige abhängige Beschäftigung gefunden habe. Seit 2001 sei sie gemeinsam mit Herrn Rechtsanwalt G als Anwältin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von maximal zehn Stunden tätig gewesen. Sie seien bereits beim Finanzamt U als Sozietät gemeldet.

Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 12. März 2002 ab. Zur Begründung führte sie aus, die Klägerin habe in den Antragsunterlagen angegeben, dass sie ihre Tätigkeit nur zehn Stunden wöchentlich ausüben werde. Damit beende sie durch Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit ihre Arbeitslosigkeit nicht. Auch übe sie die selbstständige Tätigkeit bereits seit dem Jahre 2001 aus, sodass keine Existenzgründung mehr vorliege. Den Widerspruch wies die Beklagte mit der Begründung zurück, das Übbg stelle eine Ermessensleistung der aktiven Arbeitsförderung dar. Die Klägerin habe die selbstständige Tätigkeit als Rechtsanwältin bereits seit Gründung der Sozietät am 13. Februar 2001 in geringfügigem Umfang ausgeübt. Sie trage damit nicht das Risiko der für eine Existenzgründung typischen Anlaufphase. Bereits im Gründungsjahr sei ein positives Ergebnis erwirtschaftet worden, das nach den steuerlichen Angaben jeweils zur Hälfte den Partnern der Sozietät zuzuordnen sei. Nach eigener Einschätzung der Klägerin hinsichtlich der steuerlichen Erfassung werde sich der Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit im Jahre 2002 um mehr als das Doppelte erhöhen. Damit reichten nach der eigenen Einschätzung der Klägerin die Einkünfte ab 1. März 2002 zur Sicherung des Lebensunterhalts aus (Widerspruchsbescheid vom 29. April 2002). Das Sozialgericht (SG) hat die Klage durch Urteil vom 28. Januar 2004 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Ermessenserwägungen der Beklagten seien nicht zu beanstanden. Die Klägerin sei in der Lage gewesen, aus der Kanzlei ihren Unterhalt zu bestreiten. Der Gewinn aus der Kanzlei habe im Jahre 2002 monatlich sogar 1.997,50 Euro betragen.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt, die das Landessozialgericht (LSG) durch Beschluss vom 27. September 2004 zurückgewiesen hat. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, die Klägerin habe ihre selbstständige Tätigkeit bereits vor dem 1. März

2002 aufgenommen. Aufgenommen werde eine Tätigkeit, wenn erstmals eine unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung vorliege. Die Klägerin sei bereits 2001 als Rechtsanwältin tätig gewesen. Sie habe, nachdem sie arbeitslos geworden sei, den Umfang ihrer bislang nebenberuflich ausgeübten selbstständigen Tätigkeit ausgedehnt. Sie habe damit aber keine neue selbstständige Tätigkeit aufgenommen. Dies stelle keine Gründung einer neuen Existenz dar. Bereits aus dem Wortlaut des [§ 57 Abs 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) folge, dass die Ausdehnung oder Erweiterung einer bereits ausgeübten selbstständigen Tätigkeit keine Aufnahme einer Tätigkeit sei. Der gegenteiligen Auffassung des LSG Rheinland-Pfalz (Hinweis auf das Urteil vom 2. März 1999 - [L 7 Ar 166/98](#)) könne nicht gefolgt werden. Da somit bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Gewährung von Übbg nicht gegeben gewesen seien, könne es dahinstehen, ob die Ermessenserwägungen der Beklagten zutreffend gewesen seien.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer - vom Senat zugelassenen - Revision. Sie rügt eine Verletzung des [§ 57 Abs 1 SGB III](#). Das LSG lege [§ 57 Abs 1 SGB III](#) wörtlich aus. Mit dem LSG Rheinland-Pfalz sei hingegen von Sinn und Zweck des Übbg auszugehen. Der Wechsel von einer Nebentätigkeit zu einer die Arbeitslosigkeit beendenden Tätigkeit stelle ebenfalls eine Existenzgründung dar und könne mit Übbg gefördert werden. Bei einer Förderung im Rahmen des [§ 57 SGB III](#) gehe es darum, dauerhaft die Arbeitslosigkeit zu beenden. Hierfür könne es keinen Unterschied machen, ob die geförderte Tätigkeit zuvor noch nie oder bisher nur als Nebentätigkeit ausgeübt worden sei. Da die Zulassung als Rechtsanwalt voraussetze, dass die Tätigkeit auch ausgeübt werde, könne ein Rechtsanwalt niemals in den Genuss von Übbg kommen, es sei denn, er würde bereits zeitgleich mit der Rechtsanwaltszulassung Übbg beantragen. Das LSG habe zudem eine mündliche Verhandlung durchführen müssen und hätte nicht durch Beschluss gemäß [§ 153 Abs 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) entscheiden dürfen, zumal andere Landessozialgerichte die streitgegenständliche Vorschrift anders auslegen würden.

Die Klägerin beantragt, den Beschluss des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. September 2004 und das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 28. Januar 2004 sowie den Bescheid der Beklagten vom 12. März 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. April 2002 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, Überbrückungsgeld ab 1. März 2002 zu bewilligen, hilfsweise, erneut über den Antrag auf Überbrückungsgeld unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Sie geht davon aus, dass die Klägerin bereits zum Zeitpunkt der Gründung der Kanzlei eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt habe, mit der die Arbeitslosigkeit beendet worden sei. Dies folge aus der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zur Kurzzeitigkeitsgrenze bei Selbstständigen (Hinweis auf BSG SozR 4100 § 102 Nr 7 und die Urteile des BSG vom 25. August 1981 - [7 RA 68/80](#) - und vom 8. Oktober 1981 - [7 RA 38/80](#)), nach der es einem Rechtsanwalt nicht verwehrt werden könne, Lohnersatzleistungen wie das Alg zum Aufbau seiner Kanzlei einzusetzen. [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) schließe eine rückwirkende Gewährung von Übbg grundsätzlich aus. Sie habe der Klägerin zudem zuvor Alg bewilligt, wodurch diese besser gestanden sei als mit der Bewilligung von Übbg. Schließlich seien auch keine Ermessensfehler erkennbar, denn sie - die Beklagte - habe vielmehr sämtliche erkennbaren Umstände des Einzelfalls bei ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigt.

II

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Zu Recht haben die Vorinstanzen und die Beklagte entschieden, dass der Klägerin kein Anspruch auf Übbg ab 1. März 2002 zusteht. Der Senat hat zwar Bedenken, ob der Rechtsansicht des LSG, die bloße Ausweitung einer Nebentätigkeit könne in keinem Fall die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit darstellen, in dieser Absolutheit zugestimmt werden kann (vgl unten 1.). Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, weil die Beklagte ermessensfehlerfrei entschieden hat, dass der Klägerin unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Leistungen der aktiven Arbeitsförderung (vgl [§ 3 Abs 1 Nr 4 SGB III](#) iVm [§ 3 Abs 5 SGB III](#)) kein Anspruch auf Übbg zusteht (siehe unter 2.). Soweit die Klägerin rügt, das LSG habe in verfahrensfehlerhafter Weise durch Beschluss gemäß [§ 153 Abs 4 SGG](#) entschieden, hat sie jedoch keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ein Verfahrensfehler des LSG auf dem Weg zum Beschluss ergeben könnte (zum Vorgehen des LSG gem [§ 153 Abs 4 SGG](#) vgl BSG [SozR 3-1500 § 153 Nr 4](#); Nr 7; Nr 9 und Nr 14).

1. Maßgebend ist hier [§ 57 SGB III](#) in der bis zum 31. Dezember 2002 gültigen Fassung, die die Norm durch das Job-AQTIV-Gesetz vom 10. Dezember 2001 ([BGBl I 3443](#)) gefunden hat. [§ 57 Abs 1 SGB III](#) bestimmte: "Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden oder vermeiden, können zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Überbrückungsgeld erhalten". Das LSG hat im vorliegenden Fall bereits das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung "Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit" verneint. Die Ausweitung einer bereits zuvor ausgeübten Nebentätigkeit könne niemals die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit iS des [§ 57 Abs 1 SGB III](#) darstellen. Dabei hat es allerdings nicht ausreichend gewürdigt, dass gerade im Bereich der Gründung von selbstständigen Unternehmen die Existenzgründung kaum jemals in einem Akt erfolgen wird. Vielmehr sind für den bislang Arbeitslosen auf dem Weg zur Selbstständigkeit zahlreiche "vorbereitende Handlungen" erforderlich, die es im Einzelfall schwierig erscheinen lassen, jeweils exakt den Zeitpunkt der "Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" zu bestimmen (vgl hierzu instruktiv die Fallgestaltung in LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 29. Oktober 2001 - [L 1 AL 122/00](#) - = [NZS 2002, 382](#); sowie Link in Eicher/Schlegel, SGB III, Rz 39 ff zu § 57, Stand März 2005). Diesen Zusammenhang erkennt auch der Gesetzgeber, der beispielsweise die Änderung des [§ 57 Abs 2 SGB III](#) zum 1. August 1999 durch das Zweite SGB III-Änderungsgesetz vom 21. Juli 1999 ([BGBl I 1648](#)), mit der erstmals das Kriterium eines "engen zeitlichen Zusammenhangs" zwischen dem vorhergehenden Bezug einer Entgeltersatzleistung und der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit in [§ 57 Abs 2 SGB III](#) aufgenommen wurde, damit begründet, dass eine "als absolut verstandene Unmittelbarkeit des Übergangs ... den praktischen Erfordernissen bei der Existenzgründung, die keinen punktuellen Vorgang darstellt, nicht gerecht (würde)" ([BT-Drucks 14/873 S 12](#) zu Nr 6). Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausweitung einer Nebentätigkeit zu einer selbstständigen Existenzgrundlage in jedem Falle aus dem Förderungsbereich des [§ 57 Abs 1 SGB III](#) ausgeschlossen werden muss.

Grundsätzlich ist dem LSG Baden-Württemberg zwar zuzustimmen, das bereits zu § 55a Abs 1 Satz 1 AFG entschieden hat, dass eine selbstständige Tätigkeit dann aufgenommen wird, wenn erstmals eine unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung vorgenommen werde (vgl Urteil vom 11. März 1997 - [L 13 Ar 2633/95](#) = E-LSG Ar-141; = [SGB 1998, 116](#)). Im vorliegenden Fall könnte daher für den Zeitpunkt der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit durchaus auf die Eröffnung der Rechtsanwaltspraxis bereits im Februar 2001 abgestellt werden. Allerdings hat gerade die Klägerin zu diesem Zeitpunkt

sicherlich keine nach außen erkennbare endgültige Existenzgründung vorgenommen, da sie im Februar 2001 noch bei der Universität B beschäftigt war. Die eigentliche Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im Sinn eines nach außen erkennbaren formalen Aktes könnte ebenso erst in der Zulassung der Klägerin als Rechtsanwältin gesehen werden, die, nach den Feststellungen des LSG, erst im Februar 2002 erfolgte (und von der Klägerin erst im Januar 2002 beantragt worden ist). Insofern spricht auch die von [§ 141 SGB III](#) ausdrücklich eröffnete (und erwünschte) Möglichkeit, neben dem Bezug von Alg Nebeneinkommen erzielen zu können, gegen die apodiktische Sichtweise des LSG. Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass die von der Klägerin geteilte Rechtsansicht des LSG Rheinland-Pfalz (Urteil vom 2. März 1999 - [L 7 Ar 166/98](#)), das unter Berufung auf Winkler (vgl hierzu jetzt Winkler in Gagel, SGB III, RdNr 22 zu [§ 57 SGB III](#), Stand Januar 2005), entschieden hat, dass die Ausweitung einer bereits zuvor ausgeübten Nebentätigkeit generell die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit darstellen kann, weitgehende Manipulationsmöglichkeiten eröffnet. Im vorliegenden Falle ist die Klägerin immerhin bereits seit Kanzleigründung im Februar 2001 jedenfalls steuerrechtlich in gleicher Weise wie ihr Ehepartner Inhaberin der Rechtsanwaltspraxis gewesen, sodass die eigentliche Existenzgründungsphase der Kanzlei insgesamt im März 2002 bereits als abgeschlossen betrachtet werden könnte. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Kanzlei den Charakter eines "Familienbetriebs" hat, sodass für die Frage des Zeitpunktes der Existenzgründung möglicherweise nicht allein auf die Person der Klägerin abzustellen ist. Insofern wäre hier noch genauer zu ermitteln, wie die gemeinsame Planung der Lebenspartner bezüglich der Zukunft ihrer gemeinsamen Praxis im Februar 2001 aussah und ob der spätere Eintritt der Klägerin in die Praxis von vornherein dieser Planung entsprach. Dann wäre die Existenzgründungsphase im März 2002 möglicherweise bereits abgeschlossen gewesen. Anders würde sich die Sachlage darstellen, wenn es sich von vornherein um die Kanzlei nur des Ehepartners der Klägerin gehandelt hätte, in der die Klägerin zunächst nur nebenberuflich ergänzend zu einer anderen hauptberuflichen Tätigkeit (an der Universität) hatte mitarbeiten wollen. Hierfür würde sprechen, dass die Klägerin ausweislich des Inhalts der Akten erklärt hat, sie habe sich nur deshalb selbstständig machen wollen, weil sie nach dem Ende ihrer Beschäftigung an der Universität keine andere abhängige Beschäftigung habe finden können. Letzteres würde dafür sprechen, dass unter isolierter Betrachtung nur ihrer Person - entgegen der Rechtsansicht des LSG - tatsächlich erst im Februar/März 2002 eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen worden wäre, die grundsätzlich gemäß [§ 57 SGB III](#) förderungsfähig war.

2. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, weil die Gewährung von Übbg jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum noch eine Ermessensleistung der Beklagten darstellte. Das Übbg wurde erst durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl I 2848](#)) zu einer Pflichtleistung ausgestaltet und der Ermessensspielraum der Beklagten aufgehoben. In den Materialien ist hierzu ausgeführt, dass für die Bezieher sich daraus eine größere Klarheit und Eindeutigkeit bezüglich ihres Anspruchs ergebe (vgl [BT-Drucks 15/1515, S 80 f](#) zu Nr 45). Die Beklagte hat in ihrem Widerspruchsbescheid vom 29. April 2002 deutlich zu erkennen gegeben, dass sie die Bewilligung von Übbg als Ermessensentscheidung betrachtet und insofern auch zutreffende Ermessenserwägungen angestellt (Im Ausgangsbescheid hatte die Beklagte Übbg noch deshalb abgelehnt, weil die Klägerin den Umfang ihrer anwaltlichen Tätigkeit zunächst auf maximal zehn Wochenstunden eingeschränkt hatte). Die Beklagte hat dabei insbesondere den Zweck des Übbg in den Vordergrund ihrer Erwägungen gestellt. Der unmittelbare Zweck des Übbg ergibt sich aus [§ 57 Abs 1 SGB III](#). Danach soll die Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung dienen (zum unmittelbaren Zweck des Übbg vgl auch Link in Eicher/Schlegel, aaO, Rz 1b). Der weiter gehende Zweck des Übbg ist lediglich in der Überschrift des Vierten Abschnitts des SGB III angedeutet: "Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit". Die Beklagte und später auch das SG haben eingehend begründet, dass die Klägerin ihren Lebensunterhalt bereits ab 2002 durch die - insofern bereits in Gang gesetzte - Kanzlei decken konnte. Mithin wäre im vorliegenden Fall nach den zutreffenden Erwägungen der Beklagten der eigentliche Sicherungszweck des [§ 57 SGB III](#) verfehlt worden, wenn sie der Klägerin Übbg gewährt hätte. Diese Ermessenserwägungen der Beklagten sind auch von den zu Grunde liegenden Tatsachen her nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat zwar insbesondere im Berufungsverfahren vorgetragen, sie habe aus der Kanzlei im Jahre 2002 einen wesentlich niedrigeren Gewinn erzielt als sie in den steuerlichen Angaben selbst prognostiziert habe. Dennoch folgt aus der Aktenlage, dass die Ermessenserwägungen der Beklagten hinsichtlich der finanziellen Ausstattung der Klägerin bereits im Jahr 2002 jedenfalls nicht sachfremd und grob rechtswidrig waren. Insofern ist auch nicht entscheidend, ob die weiteren Tatsachenfeststellungen des SG zu dem 2002 und 2003 aus der Kanzlei erzielten Gewinn zutreffend waren, was von der Revisionsführerin bestritten wird. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids vom 29. April 2002. Insofern ist die Beklagte bei ihrer Ermessensentscheidung jedenfalls im Rahmen ihres Ermessensspielraums geblieben, den sie auch gehabt hätte, wenn man - entgegen dem LSG - die Anspruchsvoraussetzungen des [§ 57 Abs 1 SGB III](#) bejaht hätte. Ob der Klägerin nach [§ 57 SGB III](#) in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung, nach der das Übbg keine Ermessensleistung mehr darstellt, ein Anspruch zustünde, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2006-08-09