

L 7 AL 4474/07

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
7
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 5 AL 211/07
Datum
24.04.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 7 AL 4474/07
Datum
15.05.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 24. April 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über einen Anspruch des Klägers auf Gründungszuschuss gem. [§ 57](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III).

Der 1972 geborene Kläger war seit 1. Dezember 1995 bei der Fa. B. GmbH, in D. , als Projektleiter versicherungspflichtig beschäftigt. Eine bereits mit Schreiben vom 31. Juli 2006 erklärte Kündigung des Arbeitsverhältnisses nahm der Kläger auf Wunsch der B. zurück und kündigte mit Schreiben vom 10. August 2006 zum 30. September 2006.

Bereits am 26. Juli 2006 hatte der Kläger sich bei der Beklagten arbeitsuchend gemeldet und um einen Beratungstermin nachgesucht, um sich über die Gewährung von Überbrückungsgeld zu informieren. In diesem Beratungstermin am 8. August 2006 erklärte der Kläger, sich durch Gründung einer GmbH selbständig machen zu wollen; die Planungen liefen bereits. Besprochen wurden die Voraussetzungen des Gründungszuschusses, den der Kläger sofort beantragte; dem Kläger wurden Merkblatt und Antragsunterlagen ausgehändigt (Beratungsvermerk des Arbeitsvermittlers und Zeugen P. (im Folgenden P), Bl. 39 der Verwaltungsakte, GZ-Vorgang). Ebenfalls am 8. August 2006 meldete der Kläger sich zum 1. Oktober 2006 arbeitslos. Vorgelegt wurde dabei ein ärztliches Attest vom 6. Juli 2006, wonach der Kläger wegen erheblicher Probleme am Arbeitsplatz (insbesondere Mobbing und erhebliche Stressbelastung) an einer depressiven Störung leide, weshalb ihm die Aufgabe des Arbeitsplatzes medizinisch nahe gelegt worden sei; um "Befreiung von der Sperrfrist und Gewährung von Überbrückungsgeld" werde gebeten.

Der Arbeitskollege und spätere Mitgesellschafter des Klägers, der Zeuge W. (im Folgenden W), teilte der Beklagte am 23. August 2006 mit, sein Beschäftigungsverhältnis zum 29. September 2006 gekündigt zu haben und sich zum 1. Oktober 2006 mit dem Kläger selbständig machen zu wollen. Auf die Hinweise über die Voraussetzungen des Gründungszuschusses erklärte er, ein nahtloser Übergang vom Beschäftigungsverhältnis zur Selbständigkeit trete nicht ein, da er am 30. September 2006 arbeitslos sei.

Am 19. September 2006 fand zwischen dem Kläger und P ein Telefonat statt. Der Kläger bestätigte, dass die Aufnahme der Selbständigkeit definitiv feststehe und er sofort aus der Vermittlungskartei genommen werden könne. P vermerkte für die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit das Datum 1. Oktober 2006.

Der Kläger und W schlossen am 26. September 2006 den Gesellschaftsvertrag über die Gründung der "Bl. Verwaltungsgesellschaft mbH", W. , mit einer Stammeinlage von EUR 25.000.-, die jeder der Gesellschafter zur Hälfte erbrachte. Beide Gesellschafter wurden zu alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern bestimmt und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch befreit. Mit Gesellschaftsvertrag vom gleichen Tag wurde die "Bl. Elektro T. GmbH & Co. KG" mit der genannten Verwaltungsgesellschaft mbH als Komplementärin und dem Kläger und W als Kommanditisten gegründet. Am 28. September 2006 erteilte die Bl. Elektro T. GmbH Co. KG einen Auftrag über die Bereitstellung eines ISDN-Anschlusses, der nach der Auftragsbestätigung am 4. Oktober 2006 ausgeführt werde. Verträge über Mobiltelefone wurden im Namen der Blitzelektrotechnik für beide Gesellschafter am 4. Oktober 2006 abgeschlossen und bezahlt. Des Weiteren liegt ein auf den 20. September 2006 datierter Raummietvertrag zwischen dieser Gesellschaft und Fr. Rita K. mit Vertragbeginn am 4. Oktober 2006 vor. Die Gewerbeanmeldung erfolgte am 4. Oktober 2006; als Beginn der Tätigkeit wurde der 1. Oktober 2006 angegeben. Dieser Beginn war auch in den Antragsunterlagen gegenüber der Beklagten angegeben; das Antragsformular mit dieser

Angabe hat der Kläger unterzeichnet und die Richtigkeit von Änderungen und Ergänzungen mit einer zweiten Unterschrift bestätigt.

Für die Zeit vom 30. September bis 3. Oktober 2006 (Samstag bis Dienstag) befand sich der Kläger in einem von ihm angemieteten Ferienhaus in der Schweiz.

Mit Bescheid vom 6. November 2006 lehnte die Beklagte die Gewährung des Gründungszuschusses ab, da der Kläger vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 1. Oktober 2006 nicht arbeitslos, sondern bis 30. September 2006 beschäftigt gewesen sei. Zur Begründung des dagegen eingelegten Widerspruches trug der Kläger vor, er habe die selbständige Tätigkeit erst zum 4. Oktober 2006 aufgenommen; die abweichende Angabe im Antrag sei versehentlich durch eine Mitarbeiterin der Steuerberaterin eingetragen worden. Tatsächlich hätten sich er und W bis zum 3. Oktober 2006 im Urlaub befunden. Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Dezember 2004 wies die Beklagte den Widerspruch aus den Gründen des angefochtenen Bescheides insbesondere unter Verweis auf die Gewerbeanmeldung zurück. Nach dem Vortrag des Klägers hätte er bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld gehabt, da die nicht genehmigte Ortsabwesenheit der Verfügbarkeit des Klägers entgegen gestanden hätte.

Die hiergegen am 16. Januar 2007 erhobene Klage hat das Sozialgericht Reutlingen (SG) mit Urteil vom 24. April 2007 abgewiesen. Gestützt auf die Inhalte der Antragsunterlagen, der Gewerbeanmeldung und der Beratungsvermerke ist das SG zu der Einschätzung gelangt, dass der Kläger die selbständige Tätigkeit bereits am 1. Oktober 2006 und damit nahtlos anschließend an das Beschäftigungsverhältnis aufgenommen habe. Des Weiteren habe bereits wegen der nicht genehmigten Ortsabwesenheit des Klägers bis 3. Oktober 2006 bis zum 4. Oktober 2006 keine Arbeitslosigkeit bestanden.

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 27. August 2007 zustellte Urteil hat der Kläger am 12. September 2007 Berufung eingelegt. Zu deren Begründung trägt er über das bisherige Vorbringen hinaus vor, P habe ihm mehrfach verbindlich erklärt, dass Arbeitslosigkeit für die Gewährung des Gründungszuschusses nicht vorausgesetzt werde. Auf die telefonische Anfrage des P im September 2006 habe er angegeben, dass er definitiv mit der Selbständigkeit beginnen werde, wegen des "Brückentages" am 2. Oktober jedoch erst am 4. Oktober 2006. Dabei habe er auf darauf hingewiesen, dass er für einige Tage in die Schweiz fahren werde, wogegen P nichts eingewandt habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 24. April 2007 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 6. November 2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Dezember 2006 zu verurteilen, ihm ab 4. Oktober 2006 Gründungszuschuss in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Der Kläger habe jedenfalls in der Zeit vom 1. bis 3. Oktober 2006 der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung gestanden. Die Ortsabwesenheit des Klägers in dieser Zeit sei nicht genehmigt gewesen.

Im Erörterungstermin vom 25. Januar 2008 wurden der Kläger persönlich gehört sowie W und P durch die frühere Berichterstatlerin als Zeugen vernommen; wegen des Inhaltes der Aussagen wird auf die Niederschrift vom 25. Januar 2008 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und frist eingelegte Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie statthaft, da die begehrte Leistung EUR 500,00 übersteigt ([§ 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG](#) in der hier noch anzuwendenden Fassung vom 17. August 2001). Sie ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zurecht abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf den begehrten Gründungszuschuss.

Da sowohl der Antrag als auch die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nach dem 31. Juli 2006 liegen und die Voraussetzungen für die Weitergeltung der früheren Regelung nach [§ 434o SGB III](#) nicht vorliegen, bestimmt sich der Anspruch nach [§ 57 SGB III](#) in der ab 1. August 2006 geltenden Fassung vom 20. Juli 2006 ([BGBl. I S. 1706](#)). Danach haben Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf einen Gründungszuschuss (Abs. 1). Nach Abs. 2 S. 1 Nr. 1 wird ein Gründungszuschuss geleistet, wenn der Arbeitnehmer u.a. bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Entgeltersatzanspruch nach dem SGB III hat (lit. a) oder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung ausgeübt hat (lit. b).

Der Senat kann offen lassen, ob der Kläger die selbständige Tätigkeit tatsächlich vor dem 4. Oktober 2006 aufgenommen hat. Denn der Kläger hat die Voraussetzung des [§ 57 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB III](#) nicht erfüllt. Die Alternative der als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderten Beschäftigung (lit. b) kommt beim Kläger nicht in Betracht. Der Kläger hatte aber bis Aufnahme der selbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III. In Betracht käme allein ein Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit nach [§§ 116 Nr. 1, 117 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#). Anders als nach dem bisher geltenden Recht ([§ 57 a.F., § 421i SGB III](#)) genügt kein "enger zeitlicher Zusammenhang" zwischen der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit und dem Bezug oder Anspruch auf eine Entgeltersatzleistung mehr; vielmehr muss der Anspruch unmittelbar vor der Aufnahme der Tätigkeit bestehen. Hierfür genügt das sog. Stammrecht, ein konkreter Auszahlungsanspruch muss nicht bestehen (vgl. [§ 57 Abs. 3 SGB III](#); Link in Eicher/Schlegel, SGB III, Stand März 2007, § 57 Rdnr. 43 ff.). Dies entspricht dem Zweck des Gründungszuschusses, die mit Mitteln der Arbeitslosenversicherung oder des Bundeshaushaltes finanzierte Arbeitslosigkeit zu beenden. Der Kläger hatte jedoch bis zum 4. Oktober 2006 ein solches Stammrecht auf Arbeitslosengeld nicht erworben.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt nach [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) u.a. Arbeitslosigkeit i.S.d. [§ 119 SGB III](#) voraus. Danach ist arbeitslos ein Arbeitnehmer, der u.a. den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit; [§ 119 Abs. 1 Nr. 3](#)). Verfügbar in diesem Sinne ist, wer u.a. Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnahe Folge leisten kann ([§ 119 Abs. 5 Nr. 2 SGB III](#)). Die Voraussetzungen hierfür sind in der gem. [§ 152 Nr. 2 SGB III](#) erlassenen Erreichbarkeitsanordnung (EAO) näher definiert. Hält sich der Arbeitslose außerhalb des Nahbereichs der zuständigen Agentur für Arbeit auf, steht dies nach [§ 3 Abs. 1 EAO](#) der Verfügbarkeit bis zu drei Wochen im Jahr nicht entgegen, wenn die Agentur für Arbeit vorher ihre Zustimmung erteilt hat. Der Kläger hat sich nach seinen eigenen Angaben in der Zeit vom 30. September bis 3. Oktober 2006 in der Schweiz aufgehalten. Zur Bestätigung hat er eine Quittung über die Anmietung eines Ferienhauses auf seinen Namen in diesem Zeitraum vorgelegt. Der Senat hat daher keinen Anlass, an diesen Angaben zu zweifeln. Dieser Ortsabwesenheit war von der Agentur für Arbeit nicht zugestimmt worden. Dies ergibt sich für den Senat zweifelsfrei aus den vorgelegten Verwaltungsakten, die die Beklagte über den Kläger führt. Darin findet sich bis zum Widerspruch in der vorliegenden Sache keinerlei Hinweis auf eine Ortsabwesenheit des Klägers, obwohl Beratungsvermerke im Zeitraum davor und danach aufgenommen wurden. Der Kläger hat selbst nicht behauptet, eine solche Zustimmung ausdrücklich beantragt zu haben. Nach seiner Darstellung hatte er seinem Arbeitsvermittler P lediglich im Rahmen eines Telefonats im September 2006 mitgeteilt, sich in der genannten Zeit "ein paar Tage auf einer Hütte" in der Schweiz aufhalten zu wollen. Dies sei im Rahmen eines Anrufs des P erfolgt, der sich nach der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit und der Möglichkeit erkundigt habe, den Kläger aus der Vermittlung herauszunehmen. Über ein Telefonat dieses Inhaltes hatte P am 19. September 2006 einen Beratungsvermerk gefertigt, in dem eine Abwesenheit des Klägers nicht erwähnt wird. Des Weiteren hat auch der Kläger nicht vorgetragen, dass die Ortsabwesenheit genehmigt worden sei; er führt lediglich aus, P habe dagegen nichts eingewandt. Der Zeuge W konnte keine Angaben machen, welche Erklärungen P am Telefon abgegeben hatte. Dem Beratungsvermerk vom 19. September 2006 ist vielmehr zu entnehmen, dass P aufgrund des Telefongesprächs davon ausging, dass der Kläger die selbständige Tätigkeit zum 1. Oktober 2006 und damit nahtlos im Anschluss an das Beschäftigungsverhältnis aufnehmen werde. Da eine Zustimmung zur Ortsabwesenheit daher aus seiner Sicht gar nicht notwendig war, kann davon ausgegangen werden, dass P tatsächlich eine solche nicht abgegeben hatte. Allein aus dem Schweigen des P konnte der Kläger auch keine Zustimmung herauslesen, zumal er selbst eine solche ausdrücklich gar nicht beantragt hatte. Die Verweigerung einer Zustimmung wäre auch im Hinblick auf die – nach Vortrag des Klägers noch – bevorstehende Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nicht fehlerhaft gewesen. Nach [§ 3 Abs. 1 S. 2 EAO](#) soll eine Zustimmung in den ersten drei Monaten der Arbeitslosigkeit nur in begründeten Ausnahmefällen erteilt werden. Ein solcher Ausnahmefall kann, um Missbrauch zu vermeiden, nicht schon dann angenommen werden, wenn die Arbeitslosigkeit absehbar innerhalb kurzer Zeit endet.

Darüber hinaus stand der Kläger bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit auch zu keiner Zeit den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit subjektiv zur Verfügung. Solches setzt nach [§ 119 Abs. 5 Nr. 3 SGB III](#) voraus, dass der Arbeitnehmer bereit ist, jede versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung anzunehmen und auszuüben. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2008 hat der Kläger jedoch selbst ausdrücklich eingeräumt, im Telefongespräch mit P am 19. September 2006 zugestimmt zu haben, dass er mit sofortiger Wirkung aus der Vermittlungskartei herausgenommen werde. Damit hat er – ebenso wie mit seiner Ortsabwesenheit – deutlich gemacht, an einer Vermittlung in Beschäftigung nicht interessiert zu sein. Mangels Verfügbarkeit hatte der Kläger somit zwischen dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses und der von ihm behaupteten Aufnahme der selbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben. Aus eben diesen Gründen fehlt es auch am Merkmal der Eigenbemühungen ([§ 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)).

Der Kläger vermag sein Begehren auf einen Gründungszuschuss auch nicht auf das Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu stützen. Der Anspruch hat zur Voraussetzung, dass der Sozialleistungsträger eine ihm aufgrund Gesetzes obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung ([§§ 14, 15](#) des Ersten Buches Sozialgesetzbuch) verletzt hat, dass des Weiteren zwischen der Pflichtverletzung des Sozialleistungsträgers und dem Nachteil des Betroffenen ein ursächlicher Zusammenhang besteht und darüber hinaus der durch das pflichtwidrige Verwaltungshandeln eingetretene Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden kann (vgl. zum Ganzen Bundessozialgericht (BSG) [SozR 4-4300 § 137 Nr. 1](#)). Denn mithilfe des Herstellungsanspruchs kann ein Fehlverhalten des Leistungsträgers nur insoweit berichtigt werden, als die Korrektur mit dem Gesetzeszweck in Einklang steht (ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. BSG [SozR 3-4100 § 249e Nr. 4](#); BSG [SozR 4-4300 § 137 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 31. Januar 2006 - [B 11a AL 15/05 R](#) - (juris)). Rein tatsächliche Gegebenheiten (z.B. fehlende Arbeitslosmeldung (BSG [SozR 4100 § 105 Nr. 2](#)), fehlende Anwartschaftszeit (BSG [SozR 4100 § 102 Nr. 6](#); BSG [SozR 4100 § 112 Nr. 52](#)), fehlende Eingliederungschancen (BSG [SozR 4100 § 56 Nr. 18](#))) – können über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht ersetzt werden. Dies gilt ebenso für die Verfügbarkeit (BSG [SozR 4100 § 103 Nr. 36](#)) und die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder deren Beginn (Senatsurteil vom 13. März 2008 - [L 7 AL 4158/07](#)). Auf eventuelle Beratungsfehler des P oder anderer Mitarbeiter der Beklagten kommt es daher nicht an.

Darüber hinaus hat der Senat erhebliche Zweifel, ob ein Gründungszuschuss nach dem mit dieser Leistung verfolgten Zweck überhaupt in Frage kommt, wenn ein noch bestehendes und nicht gefährdetes Beschäftigungsverhältnis in der Absicht beendet wird, eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen. Auch wenn dies so gestaltet wird, dass zwischen Ende des Beschäftigungsverhältnisses und der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit eine kurze Zeit der Arbeitslosigkeit eintritt, könnte eine Leistung des Gründungszuschusses ausgeschlossen sein, weil eine solche Gestaltung dem gesetzlichen Zweck der Leistung zuwiderläuft. Denn in diesen Fällen wäre die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht Mittel zur Beendigung der Arbeitslosigkeit, sondern Grund diese erst herbeizuführen. Leistungen der Bundesagentur für Arbeit dürfen aber keinen Anreiz schaffen, das Risiko, das die Arbeitslosenversicherung absichert, bewusst herbeizuführen. Da der Anspruch des Klägers jedoch bereits aus anderen Gründen scheitert, kann dies offen bleiben.

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-05-19