

L 2 AL 34/19

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
2
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 13 AL 177/16
Datum
30.04.2019
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 2 AL 34/19
Datum
23.09.2020
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
1. Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Aufhebung der Bewilligung eines Gründungszuschusses für die Zeit vom 1. April 2015 bis zum 30. September 2015 und dessen Erstattung in Höhe von 10.076,40 EUR. Die 1967 geborene Klägerin war zuletzt von 2011 bis zum 31. August 2014 als Marketing-Leiterin bei der "C. GmbH" beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung des Arbeitgebers. Mit Bescheid vom 18. September 2014 wurde der Klägerin Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 8. September 2014 bis zum 30. August 2015 in Höhe von 51,16 EUR täglich bewilligt. Mit Änderungsbescheid vom 28. Januar 2015 wurde der tägliche Leistungssatz ab dem 1. Februar 2015 wegen eines Lohnsteuerklassenwechsels auf 45,16 EUR, mit Änderungsbescheid vom 9. Februar 2015 auf 45,98 EUR festgesetzt. Nachdem die Klägerin am 13. Januar 2015 die Aufnahme einer selbständigen hauptberuflichen Tätigkeit zum 1. April 2015 angekündigt und die Gewährung eines Gründungszuschusses beantragt hatte, wurde die Bewilligung von Alg mit Bescheid vom 15. April 2015 ab dem 1. April 2015 ganz aufgehoben. Zum Antrag auf Gewährung eines Gründungszuschusses (GZ) für eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit im Bereich "Im und Export/ Marketing" reichte die Klägerin im April 2015 u.a. folgende Unterlagen ein: - die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung vom 10. April 2015, ausgestellt von der "K. - eine Gewerbeanmeldung zum 1. April 2015 für einen "Handel mit erlaubnisfreien Waren aller Art insbesondere von Kaffeevollautomaten und Zubehör, Im- und Export aus EU-Ländern sowie die Erbringung von Beratungs- und Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Waren" - einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer "K1 GmbH" mit dem Gesellschaftszweck des Betriebes eines Handelsunternehmens für erlaubnisfreie Waren wie in der Gewerbeanmeldung. Zur Geschäftsführerin war die Klägerin bestimmt, das Stammkapital, welches die Klägerin darlehensweise von der K2 erhalten hatte, wurde von der "K. eingebracht - einen Treuhandvertrag, nach welchem die o.g. Treuhandgesellschaft das Stammkapital treuhänderisch für die Klägerin hielt - einen Liquiditätsplan - einen Businessplan, aus welchem sich ergibt, die Klägerin wolle als Generalimporteurin für den norddeutschen Raum und D. manufakturierte, hochwertige Espressomaschinen vertreiben, vermarkten und bewerben. Es bestehe aus ihren bisherigen Tätigkeiten bereits ein Kundenstamm, vorwiegend aus B2B Kunden. Die Beklagte lehnte die Bewilligung eines GZ zunächst ab, bewilligte sodann aber auf den Widerspruch der Klägerin hin mit Bescheid vom 18. Mai 2015 GZ für die Zeit vom 1. April 2015 bis zum 30. September 2015 in Höhe von 1.679,40 EUR monatlich. Inzwischen hatte die Klägerin Ende April erneut Alg beantragt, das aber nicht mehr zur Auszahlung kam. Im Juli 2015 berichtete die Klägerin anlässlich einer persönlichen Vorsprache in der Arbeitsvermittlung, sie habe immer noch keine Kaffeemaschine verkauft. Es drohe ihr in ihrer Wohnung eine Zwangsräumung. Laut ihrem Anstellungsvertrag erhalte sie keinen Lohn. Am 28. Juli habe sie einen Termin beim TÜV, damit die Kaffeemaschine für den deutschen Markt zertifiziert werden könne. Auf die Frage, warum sie dies erst jetzt tue und nicht bereits im Mai getan habe, habe es keine schlüssige Antwort gegeben. Auch sei beim Erstgespräch nicht angegeben worden, dass die hochpreisigen handgefertigten Kaffeemaschinen mit einem Mindestbestellwert von 6000 EUR noch nicht für den deutschen Markt zugelassen seien (Beratungsvermerk vom 21. Juli 2015). Am 11. September 2015 stellte die Klägerin einen Antrag auf Weitergewährung des GZ und teilte dazu mit, ab November 2015 würden die ersten Umsätze laufen. Vorgelegt wurde eine Bescheinigung des Treuhänders, dass die Klägerin als Geschäftsführerin der K1 GmbH derzeit kein Entgelt beziehe. Im Januar 2016 hörte die Beklagte die Klägerin zu einer Aufhebung der Gewährung von GZ an. Die Klägerin teilte hierzu mit, der Kontakt zu dem d. Hersteller K2 bestehe bereits seit 1989, seit 15 Jahren baue und verkaufe der Hersteller seine eigenen Maschinen, welche in D. und I. produziert würden, außerdem verkaufe die Firma Kaffee und Zubehör. Es sei vereinbart gewesen, die Espressomaschinen auf dem deutschen Markt einzuführen als Generalimporteurin. Da die Maschinen bereits in D. verkauft worden seien, habe sie, die Klägerin,

angenommen, diese seien bereits CE zertifiziert. Es habe dann mit dem Vertragspartner in D. einige Verzögerungen gegeben, was jedoch nicht ihr anzulasten sei. Sie habe in dieser Phase gemeinsam mit dem Marketingbüro die d. Hersteller betreut in der Fertigung von Prospekten, technischen Anleitungen und ähnlichem. Dabei sei ihr dann aufgefallen, dass eine CE Zertifizierung fehle. Der Hersteller habe ihr daraufhin mitgeteilt, in D. sei man diesbezüglich nicht so pingelig, da doch bereits die Einzelteile der Maschine CE zertifiziert seien. Sie habe sich daraufhin in Deutschland um die CE Zertifizierung bemüht, obwohl dies eigentlich nicht ihre Aufgabe gewesen sei. Termine mit dem TÜV N. seien dann aber von dem Hersteller immer wieder verschoben worden. In dieser Zeit habe sie ihre Tätigkeit im Bereich Marketing stärker ausgerichtet, denn sie habe ja noch keine Umsätze tätigen können, was für sie katastrophal gewesen sei. Zudem sei im Dezember 2015 der Hersteller plötzlich der Meinung gewesen, sie solle die Kosten für die CE Zertifizierung tragen. Sie habe daraufhin in Erwägung gezogen, das Projekt ganz zu schließen und im Zuge weiterer Auseinandersetzungen mit dem Hersteller die Zusammenarbeit mit diesem aufgekündigt. Sie habe sich dann im Dezember verstärkt um das Marketing gekümmert und habe auch erste Aufträge verzeichnen können. Mit Bescheid vom 16. Februar 2016 nahm die Beklagte die Bewilligung des GZ ab dem 1. April 2015 zurück und forderte den überzahlten Betrag für die Zeit vom 1. April 2015 bis 30. September 2015 in Höhe von 10.076,40 EUR von der Klägerin zurück. Der Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 3. März 2016). Mit der hiergegen erhobenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, der Vertrieb von d. Kaffeemaschinen in Deutschland sei nur einer von mehreren Unternehmensbereichen gewesen. Der mindestens ebenso große Schwerpunkt der Tätigkeit habe auf dem Bereich des Marketings gelegen. Sie sei daher in der Lage gewesen, ihre Schwerpunkte der selbständigen Tätigkeit flexibel danach auszurichten, in welchem Geschäftsbereich lukrative Aktivitäten möglich gewesen seien. Der Bereich des Marketings werde von ihr weiterhin und dies recht erfolgreich geführt, dort erziele sie inzwischen auskömmliche Umsätze. Zum Zeitpunkt der Antragstellung sei ihr nicht bekannt gewesen, dass die d. Kaffeemaschinen noch einer speziellen Zertifizierung bedürften, bevor sie auf dem deutschen Markt verkauft werden dürften. Damit habe sie auch nicht rechnen können, denn die Maschinen seien bereits seit längerer Zeit in D. verkauft worden. Mit einer zusätzlichen nationalen Zertifizierung sei im einheitlichen Binnenmarkt der EU absolut nicht zu rechnen gewesen. Während der Zeit, in welcher sie sich bemüht habe, eine ausreichende CE Zertifizierung für den deutschen Markt zu erhalten, habe sie den Schwerpunkt ihrer selbständigen Tätigkeit auf den Marketingbereich gelegt. Dass sie in diesem Bereich von Anfang an gearbeitet habe und dort auch Umsätze erzielt habe, ergebe sich auch aus dem Liquiditätsplan. Dort werde ausdrücklich zwischen "Umsatz Marketing" und "Umsatz Maschinen" unterschieden. Es sei also keinesfalls zutreffend, dass sie, die Klägerin, ihre selbständige Tätigkeit nicht aufgenommen und ausgeübt habe. Die Beklagte hat hierzu die Auffassung vertreten, der Zweck des Unternehmens der Klägerin sei der Verkauf und die Vermarktung der d. Espressomaschinen gewesen. Auch hierauf allein hätten sich die Marketingmaßnahmen beziehen sollen, dies sei auch der Gewerbeanmeldung und dem Businessplan zu entnehmen. Da die Klägerin langjährige Erfahrung in diesem Bereich geltend mache, sei auch nicht nachzuvollziehen, dass ihr nicht bewusst gewesen sei, die Maschinen in Deutschland nicht verkaufen zu dürfen. Das Sozialgericht hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 30. April 2019 persönlich angehört. Die Klägerin hat ausgeführt, ihre Marketingtätigkeit habe sich auf den Verkauf von Kaffeemaschinen mit Zubehör konzentriert. Hierauf sei die Tätigkeit gerichtet gewesen, ohne die Kaffeemaschine sei ihr Marketing nicht denkbar gewesen. Nachdem sie zu der Erkenntnis gekommen sei, dass die Kaffeemaschinen die notwendige Zertifizierung nicht hätten, habe sie Geld verdienen müssen. Sie habe daher ihre Dienstleistung der Agentur K3 (Kommunikationsagentur) angeboten auf selbständiger Basis. Ihre Aufgaben hätten zum Beispiel Google Advertising oder sogenannte Kaltakquise umfasst, sie habe diese Dienstleistungen angeboten, aber auch Produkte verkauft, so beispielsweise für eine südamerikanische Firma deren Fischprodukte. Die Tätigkeit für die Agentur K3 habe sie etwa im August 2015 aufgenommen. Davor habe sie versucht, die Kaffeemaschine auf den deutschen Markt zu bringen. Mit der Firma K3 habe sie dann über die von ihr gegründete GmbH abgerechnet. Die Kaffeemaschinen seien zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich in D. vertrieben worden. Warum die dänische Firma die Termine mit dem TÜV N. nicht wahrgenommen habe, könne sie nicht sagen. Mit Urteil vom 30. April 2019 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, die Gewährung eines GZ setze unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe, dessen Dauer bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch mindestens 150 Tage betrage und nicht allein auf [§ 147 Abs. 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) beruhe. Die Klägerin habe angegeben, tatsächlich erst im August 2015 ihre selbständige Tätigkeit aufgenommen zu haben, und zwar im Rahmen ihres sogenannten zweiten Standbeines der Erbringung selbständiger Dienstleistungen im Bereich Marketing für die Firma K3. Im August 2015 habe der restliche Anspruch auf Arbeitslosengeld indes lediglich noch 30 Tage betragen, denn die Bewilligung sei am 30. August 2015 erschöpft gewesen. Eine frühere Aufnahme der selbständigen Tätigkeit der Klägerin, genau am 1. April 2015 als letztem Tag der Erfüllung der Voraussetzungen des [§ 93 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#), sei zur Überzeugung der Kammer nicht festzustellen. Insbesondere habe die Klägerin nicht an diesem Tag mit der Ausübung der im Businessplan beschriebenen selbständigen Tätigkeit als Generalimporteurin von d. Kaffeemaschinen begonnen. Dem habe entgegengestanden, dass zu diesem Zeitpunkt keine Zertifizierung des im Zentrum der Geschäftsidee stehenden Produkts bestanden habe. In dem Vorhandensein von potenziell an den Kaffeemaschinen interessierten Abnehmern könne keine für den Beginn der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit ausreichende Vorbereitungshandlung gesehen werden. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) werde eine selbständige Tätigkeit mit der erstmaligen Vornahme einer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichteten und der Gewinnerzielung dienenden Handlung mit Außenwirkung aufgenommen. Die Frage, inwieweit für die Ausübung der selbständigen Tätigkeit erforderliche Vorbereitungshandlungen mit Außenwirkung in die Entscheidung einzubeziehen seien, werde durch die Rechtsprechung jedoch nicht abschließend geklärt. Insofern gehe auch das BSG davon aus, dass es für die Bestimmung des Zeitpunkts der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit maßgeblich auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles ankomme. Unter bestimmten Voraussetzungen könnten auch vorbereitende Tätigkeiten als Aufnahme der selbständigen Tätigkeit gewertet werden. Entsprechende Vorbereitungshandlungen müssten aber Auswirkung im Geschäftsverkehr entfalten und nach dem zugrundeliegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit gerichtet sein. Das Vorhandensein potentieller Kunden sei nicht als eine solche Vorbereitungshandlung zu qualifizieren, weil es an der Außenwirkung mangle. Die Klägerin sei mit der Suche nach potentiellen Kunden für die Kaffeemaschine keine Verpflichtung eingegangen. Rechtliche Bindungen wie fristgebundene Auslieferungsverträge seien weder ersichtlich noch vorgetragen. Dies sei anderen, in der Rechtsprechung anerkannten Vorbereitungshandlungen mit Außenwirkung wie der Anmietung von Geschäftsräumen oder einer vertraglichen Abnahme- und Zahlungsverpflichtung für eine gewisse Anzahl von Maschinen nicht gleichzusetzen. Insbesondere habe das BSG ausgeführt, dass eine Vorbereitungshandlung in einem zeitlichen Umfang von 15 Stunden wöchentlich nicht verrichtet werde, wenn ein Gründer mit zeitlichem Abstand nach und nach die Voraussetzungen dafür schaffe, zu einem späteren Zeitpunkt eine selbständige Tätigkeit aufnehmen zu können. Unter Beachtung dieser Rechtsprechung könne auch der Umstand, dass die Klägerin sich nach dem 1. April 2015 erst noch um die Zertifizierung der Kaffeemaschine habe bemühen müssen, keine Aufnahme der Selbständigkeit am 1. April 2015 begründen. Der zeitliche Abstand zwischen diesem letztmöglichen Zeitpunkt für die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit und dem Bemühen um den Erhalt der technischen Zulassung sei nach Auffassung der Kammer zu groß, um hier über die gesamte Zeitdauer eine Selbständigkeit in Vorbereitung anzunehmen. Denn die Klägerin habe erst Ende Juli 2015 um einen Termin beim TÜV N. zur Zertifizierung der Kaffeemaschine nachgesucht. Ein früherer Termin gehe auch nicht aus dem von ihr im Verwaltungsverfahren vorgelegten E-Mail-Verkehr hervor. Die Klägerin habe auch

grob fahrlässig die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides nicht erkannt. Zum Zeitpunkt, zu dem dieser bekannt gegeben worden sei, habe sie erkennen müssen, dass sie mit dem Vertrieb der d. Kaffeemaschine weder begonnen habe, noch irgendwelche Einnahmen aus der von ihr gegründeten Firma gehabt habe. Dieses habe sich über die gesamte Bewilligungsdauer hingezogen. Die Klägerin habe in ihrem Antrag als Beginn der Selbstständigkeit den 1. April 2015 angegeben. Zum Zeitpunkt der Bewilligung mit Bescheid vom 18. Mai 2015, also eineinhalb Monate später, habe die Klägerin überhaupt noch nicht mit dem Versuch des Vertriebes angefangen, anderenfalls wäre ihr wenigstens zeitnah aufgefallen, dass der Vertrieb der Kaffeemaschinen ohne technische Qualitätsprüfung und Siegelung nicht möglich gewesen sei. Selbst unter Berücksichtigung dessen, dass die Beklagte den Antrag auf Gründungszuschuss zunächst habe ablehnen wollen und die Klägerin sich deshalb wieder arbeitslos gemeldet habe, habe die Klägerin jedenfalls merken müssen, dass sie nicht, wie im Businessplan beschrieben, als Generalimporteurin mit der Kaffeemaschine an den Markt gegangen sei. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat gegen das ihm am 20. Juni 2019 zugestellte Urteil am 19. Juli 2019 Berufung eingelegt, mit welcher er vorträgt, die Klägerin sei durchaus als Generalimporteurin mit der Kaffeemaschine an den Markt gegangen, sie habe nämlich ein Exemplar dieser Maschine bei einem der größten und bedeutendsten Händler H. (K4), der den gesamten norddeutschen Raum beliefere, ausgestellt. Zahlreiche Interessenten hätten die Maschine dort besichtigt und Kaufinteresse geäußert. Allein auf die fehlende CE Zertifizierung abzustellen sei schon deshalb nicht zulässig, weil eine CE Kennzeichnung üblicherweise vom Hersteller des Produkts selbst angebracht werde, der damit behauptet, dass sein Produkt die einschlägigen europäischen Vorschriften beachte. Eine Überprüfung durch eine objektive Stelle sei im Verfahren zur Erlangung einer CE Kennzeichnung nicht vorgesehen. Eine Zertifizierung durch ein externes Unternehmen, zum Beispiel durch den TÜV, werde überhaupt nicht verlangt. Die Klägerin habe sich zum Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens noch in der Wohlverhaltensphase ihres Insolvenzverfahrens befunden und habe daher die notwendigen Mittel zur Gründung nicht aus eigenen Mitteln aufbringen können. Sie habe deshalb ein Darlehen des d. Herstellers erhalten, welcher darauf bestanden habe, dass das Stammkapital durch einen Treuhänder gehalten werden sollte. Aus dem Fahrtenbuch der Klägerin ergebe sich, dass sie nicht nur sehr oft den Entwickler und Hersteller der Kaffeemaschine in D. besucht habe, sondern allein im April 2015 mindestens zweimal die Firma K4 in der A. Straße in H. aufgesucht habe. Die Klägerin habe also nicht nur Kontakt mit dem Entwickler und Produzenten gehabt, sondern auch mit mindestens einem konkreten Händler, der den norddeutschen Raum mit exklusiven Kaffeemaschinen bediene. Im Übrigen habe die Klägerin auch vom 7. bis 9. April 2015 ein Existenzgründungsseminar besucht. Auch dies seien Vorbereitungen für die selbstständige Tätigkeit. Sie habe ein Gewerbe angemeldet und eine GmbH gegründet. Sie sei auch von Anfang an davon ausgegangen, dass sie durch den Import von Kaffeemaschinen voraussichtlich erst im August 2015 einen ersten Umsatz würde generieren können. Das habe sich auch aus dem Liquiditätsplan ergeben, der Grundlage der positiven Entscheidung der Beklagten gewesen sei. Das Abstellen allein auf die CE Zertifizierung sei auch deshalb unangemessen, weil diese Zertifizierung innerhalb weniger Tage zu erreichen gewesen wäre. Dass es zu einem Termin mit dem TÜV nicht gekommen sei, sei nicht der Klägerin anzulasten. Die Klägerin hat ein Fahrtenbuch vorgelegt, aus welchem sich im April 2015 ein Aufenthalt in D. ergibt, sowie zwei Besuche in der A. Straße bei der Firma K4. Des Weiteren hat die Klägerin vorgetragen, sie habe in den Monaten April bis Juni 2015 umfassende Recherchen unter anderem zu den technischen Unterlagen der zu importierenden Maschinen samt Zubehör durchgeführt. Diese hätten soweit überhaupt nur in dänischer Sprache vorgelegen, so dass sie diese ins Englische, überwiegend aber ins Deutsche habe übersetzen müssen. Hierzu habe sie sich auch Ratschläge von Fachleuten eingeholt. Sie habe gerade zu Beginn ihrer selbstständigen Tätigkeit von zu Hause aus Kaltakquise betrieben. Sie habe allerdings darauf verzichtet, eine vollständige Dokumentation ihrer Kontaktdaten anzulegen. Dies deshalb, weil bekanntermaßen nur ein sehr geringer Bruchteil von Kaltakquisen zu konkreten Vertragsabschlüssen führe. Im April habe die Klägerin auf diesem Wege Kontakt zu einem großen Franchiseunternehmen aufgenommen, das daran interessiert gewesen sei, in seinen Filialen exklusive Espressomaschinen zu nutzen. Am 15. April 2015 habe die Klägerin einen Vermittlungsvertrag vorbereitet, der Vertrag sei dann aus Gründen, die nicht von der Klägerin zu vertreten gewesen seien, nicht zustande gekommen. Die Klägerin hat eine Dokumentation ihrer Tätigkeiten im April 2015 vorgelegt, aus der sich neben den genannten Fahrten nebst Besprechungsterminen und dem Gründungsseminar am 7. und 8. April im April insgesamt 22 Stunden Telefonakquise, die Recherche technischer Unterlagen an insgesamt 8 Tagen à 8 Stunden im Monat, 3 Tage mit Übersetzungen à 8 Stunden täglich, sowie 20 Stunden Büro und Buchhaltung ergeben (insgesamt: 183 Stunden *3/13 = 42 Stunden wöchentlich).

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 30. April 2019 sowie den Bescheid der Beklagten vom 16. Februar 2016 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. März 2016 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Beteiligten und des Sachverhalts im Übrigen wird Bezug genommen auf den Inhalt der ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 23. September 2020 zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Gerichtsakten und der Verwaltungsakten der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist statthaft ([§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben. Sie ist jedoch nicht begründet. Die Klägerin hat nicht am 1. April 2015 eine hauptberufliche, selbstständige Tätigkeit aufgenommen. Vor diesem Hintergrund war der Bescheid über die Bewilligung eines GZ vom 18. Mai 2015 im Sinne von [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) rechtswidrig mit der Folge, dass die Voraussetzungen einer Rücknahme gegeben sind, wobei der Klägerin kein Vertrauensschutz zusteht. Auch die zugleich mit der Aufhebung erfolgte Entscheidung, die zu Unrecht gezahlten Leistungen zu erstatten ([§ 50 Abs. 1 SGB X](#)), ist rechtsfehlerfrei. Gemäß [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) in der ab 1. April 2012 geltenden und hier einschlägigen Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 2011 ([BGBl. I. Seite 2854](#)) können Arbeitnehmerinnen und 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 einen Gründungszuschuss erhalten. Der Gründungszuschuss kann nach [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) geleistet werden, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer 1. bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat, dessen Dauer bei Aufnahme der selbständigen 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 selbständigen Tätigkeit darlegt. Die Klägerin hat am 1. April 2015 im Sinne des [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) die Arbeitslosigkeit nicht durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder entsprechende Vorbereitungshandlungen beendet. Die Klägerin hatte im laufenden Leistungsbezug von Alg zuletzt am 1. April 2015 einen Anspruch auf Alg von 150 Tagen. Bereits bei einem Beginn der

selbständigen Tätigkeit am 2. April 2015 wäre diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt gewesen. Es ist jedoch seitens der Klägerin nicht bereits am 1. April 2015 die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit im Sinne des [§ 93 SGB III](#) erfolgt. Die "Aufnahme" der Selbständigkeit liegt vor, wenn erstmals eine unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung vorgenommen wird. Für ausschließlich der Vorbereitung dienende Tätigkeiten kann ein GZ nicht gewährt werden (Kuhnke in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Aufl., [§ 93 SGB III](#) (Stand: 15.01.2019), Rn. 26). Danach hat die Klägerin den eigentlichen Geschäftsbetrieb mit der Erbringung von Dienstleistungen für die Agentur K3 im August 2015 aufgenommen. Grundsätzlich ist nämlich eine selbständige Tätigkeit erst dann aufgenommen, wenn der Gründer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlungen mit Auswirkungen vorgenommen hat (vgl. ständige Rechtsprechung des BSG z. B. Urteil vom 1. Juni 2006 - [B 7a AL 34/05 R](#), Juris, zuletzt Urteil vom 9. Juni 2017 - [B 11 AL 13/16 R](#), Juris). Hierauf bezogene Vorbereitungshandlungen sind dann als Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit anzusehen, soweit sie im Geschäftsverkehr Außenwirkung entfalten und nach dem zugrundeliegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet sind (vgl. BSG, Urteil vom 5. Mai 2010 - [B 11 AL 28/09 R](#), Juris). Vorbereitungshandlungen können allerdings nur dann bereits als Aufnahme der selbständigen Tätigkeit gewertet werden, wenn sie zielgerichtet und unmittelbar dazu bestimmt sind, hieraus den Lebensunterhalt bestreiten zu können (vgl. Kuhnke in jurisPK-SGB III, a.a.O., Rn. 26). Anhaltspunkte für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit können die Anmietung von Gewerbe- oder Geschäftsräumen und deren Ausstattung (Telefon, Fax, Internetauftritt), Bestellung von Waren oder Produktionsmitteln, Außenwerbung, Buchhaltung, Einrichtung von Geschäftskonten, Kundenwerbung sein. Derartige Gesichtspunkte können aber nicht losgelöst vom Businessplan und von der konkreten Umsetzung der Planung bis zur tatsächlichen Aufnahme der selbständigen Tätigkeit gesehen werden, um eine Zuordnung zu Vorbereitungshandlungen von der tatsächlichen Aufnahme der selbständigen Tätigkeit abzugrenzen. Die Grenzen hierzu sind fließend, jedenfalls muss die Überzeugung gefunden werden, dass die Handlungen des Existenzgründers die eingangs erwähnten Voraussetzungen erfüllen (vgl. zum Ganzen Kuhnke in jurisPK-SGB III, a.a.O., Rn. 26). In Anwendung dieser Maßstäbe lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin eine hauptberufliche, selbständige Tätigkeit zum 1. April 2015 im Bereich Marketing und Im- und Export von Kaffeemaschinen wie im Businessplan bezeichnet aufgenommen hat, auch nicht durch die Entfaltung von Vorbereitungshandlungen. Laut Antragstellung plante die Klägerin, im April 2015 eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen. Nach den Angaben der Klägerin hat sie im April 2015 den d. Hersteller der Kaffeemaschinen "betreut" in der Fertigstellung von Prospekten, technischen Anleitungen, Onlinepräsenz, Layout und Übersetzungen. Bei diesen Tätigkeiten zugunsten des d. Herstellers, deren vertragliche Grundlage unklar ist und die von dem d. Hersteller offenbar nicht entlohnt bzw. diesem nicht in Rechnung gestellt wurden, handelt es sich indes nicht um Tätigkeiten, die unmittelbar dem eigenen Unternehmenszweck der Klägerin insoweit dienlich waren, als dass daraus der Lebensunterhalt der Klägerin zu bestreiten gewesen wäre. Dies gilt auch für die in ihrer im Berufungsverfahren vorgelegten Tätigkeitsdokumentation. Unabhängig davon, ob die dortigen Angaben überhaupt glaubhaft sind, war jedenfalls das Sammeln technischer Daten und Unterlagen und das Übersetzen der Unterlagen in die deutsche und englische Sprache keine Tätigkeiten, die die nach der Rechtsprechung des BSG notwendige Außenwirkung entfalteten und unmittelbar in eine Bestreitung des Lebensunterhalts hätten münden können. Außenwirkung entfalteten allerdings die von der Klägerin behauptete Telefonaquise und die Ausstellung der Kaffeemaschine in der Firma K4 zur Kundengewinnung. Beides kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden. Insoweit fehlt es allerdings an der notwendigen unmittelbaren Ausrichtung auf eine Geschäftstätigkeit zur Bestreitung des Lebensunterhalts, denn die Klägerin kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht die Möglichkeit einer unmittelbaren Verpflichtung ihrerseits zur kurzfristigen Lieferung von Kaffeemaschinen in Betracht gezogen haben. Dabei kommt es nicht in erster Linie darauf an, ob eine CE Zertifizierung in Deutschland notwendig war, ob eine solche gefehlt hat und wie viel Zeit es in Anspruch genommen hätte, diese zu besorgen. Vielmehr wird aufgrund der geschilderten Umstände rund um die CE Zertifizierung deutlich, dass die Klägerin sich ganz offensichtlich Anfang April 2015 mit der Frage, welche formellen Voraussetzungen zum Import und Vertrieb der Maschine in Deutschland und anderen europäischen Ländern zu erfüllen gewesen wären, überhaupt noch nicht auseinandergesetzt hatte. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Maschinen zu diesem Zeitpunkt für den Import zur Verfügung gestanden hätten und die Klägerin sich gegenüber potentiellen Kunden überhaupt zu diesem Zeitpunkt hätte binden können. Der von der Klägerin vorgelegte Vorvertrag mit der Firma D1 GmbH (Bl. 154 PA) ist aus sich heraus kaum verständlich und - unabhängig davon, dass er überhaupt nicht zustande gekommen ist - dermaßen vage, dass ihm eine konkrete Verpflichtung der Klägerin, zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Zahl von Kaffeemaschinen zu einem bestimmten Preis zu vermitteln, nicht zu entnehmen ist. Die Klärung von bloßen Vorfällen mit dem d. Hersteller zog sich dann nach den Angaben der Klägerin im Verwaltungsverfahren noch bis in den Dezember 2015 hin. Dann scheiterte die Zusammenarbeit endgültig, ohne dass eine einzige Kaffeemaschine geliefert worden wäre oder auch nur eine entsprechende vertragliche Verpflichtung der Klägerin gegenüber einem Kunden abgegeben worden wäre. Bereits daraus ergibt sich, dass die Klägerin zwar durch Akquise und Ausstellung der Kaffeemaschine ebenso wie durch Sichtung technischer Unterlagen und Übersetzungstätigkeiten Teilschritte zum Einstieg in die selbständige Tätigkeit vorgenommen hat. Allerdings hat das BSG in seiner Entscheidung vom 1. Juni 2006 ([a.a.O.](#)) ausdrücklich darauf abgestellt, dass eine selbständige Tätigkeit erst dann aufgenommen wird, wenn erstmals eine unmittelbar auf den berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung vorliegt. Eine solche unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichtete und der Gewinnerzielung dienende Handlung mit Außenwirkung kann in den von der Klägerin beschriebenen Tätigkeiten jedoch nicht gesehen werden. Dies gilt auch für die Gründung der GmbH und der Beschaffung des Kapitals. All diese Tätigkeiten stellen keine Vorbereitungshandlungen im Sinne der Rechtsprechung dar. Denn sie sind nicht bereits integraler Bestandteil der angestrebten selbständigen Tätigkeit gewesen, sondern nur mittelbar auf die der Gewinnerzielung dienende Handlung gerichtet. Die Aufhebung der Leistungsbewilligung konnte auch für die Vergangenheit erfolgen, denn die Klägerin kann sich nicht auf Vertrauensschutz gemäß [§ 45 Abs. 1](#) in Verbindung mit Abs. 2 SGB X berufen. Sie kannte die Rechtswidrigkeit der Leistungsbewilligung bzw. kannte diese zumindest nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#)). Die Notwendigkeit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit als Anspruchsvoraussetzung ergab sich für die Klägerin erkennbar aus dem ihr nachweislich ausgehändigten Merkblatt drei für Arbeitslose, dessen Kenntnisnahme sie unterschriftlich bestätigt hat, und den Hinweisen zur Förderung. Bei Zweifeln darüber, ob die von ihr getätigten Handlungen den Anforderungen an die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit erfüllen, hätte sie sich beraten lassen müssen. Aus dem Merkblatt und dem Bescheid vom 18. Mai 2015 selbst ergibt sich unmissverständlich, dass der Gründungszuschuss für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit am 1. April 2015 gewährt wird. Damit musste der Klägerin auch unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit bewusst sein, dass ein Anspruch auf Gründungszuschuss nur besteht, wenn eine selbständige Tätigkeit tatsächlich zu dem im Bescheid angenommenen Zeitpunkt aufgenommen bzw. ausgeübt wird. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der im Businessplan getätigten Angaben. Darüber hinaus hat die Klägerin ihre Mitteilungspflicht grob fahrlässig verletzt gemäß [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#). Gemäß [§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch war sie verpflichtet, Änderungen in den Verhältnissen, die für die Bewilligung des Gründungszuschusses erheblich sind, unverzüglich mitzuteilen. Die Klägerin wäre daher verpflichtet gewesen, noch vor Erlass des Bewilligungsbescheids am 18. Mai 2015 mitzuteilen, dass eine Tätigkeitsaufnahme in dem von ihr beschriebenen Sinne zum 1. April 2015 unrichtig geworden ist. Die Notwendigkeit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit als Anspruchsvoraussetzung ergab sich für die Klägerin erkennbar aus den Hinweisen zur Förderung. Die

Voraussetzungen für die Rücknahme nach [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2](#) bzw. Nr. 3 SGB X lagen mithin vor. Die Erstattungsforderung in Höhe von 10.076,40 EUR ist von Seiten der Beklagten zutreffend ermittelt worden; hiergegen hat die Klägerin auch keine Einwände vorgebracht. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Gründe für eine Revisionszulassung nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2020-12-21