

L 3 AL 32/20

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3.
1. Instanz
SG Lübeck (SHS)
Aktenzeichen
S 36 AL 202/18
Datum
26.08.2020
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 3 AL 32/20
Datum
07.05.2021
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 26. August 2020 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um die Gewährung eines Gründungszuschusses.

Der 1963 geborene Kläger war zuletzt als Führungskraft (Fuhrparkleiter) bei der T_____ GmbH & Co KG beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs vom 22. Juni 2017 aufgrund arbeitgeberseitiger ordentlicher betriebsbedingter Kündigung zum 30. November 2017; für den Verlust des Arbeitsplatzes erhielt der Kläger eine Abfindung in Höhe von 121.000,00 EUR brutto, zahlbar am 5. Januar 2018.

Am 29. August 2017 meldete sich der Kläger mit Wirkung zum 1. Dezember 2017 arbeitslos. Mit Bescheid vom 12. Dezember 2017 in der Gestalt des Änderungsbescheides vom 16. März 2018 gewährte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld ab dem 1. Dezember 2017 für die Dauer von 450 Kalendertagen (bis zum 28. Februar 2019) in Höhe von 64,94 EUR kalendertäglich. Seit dem 25. Januar 2018 übte der Kläger eine selbständige Nebentätigkeit „Instandsetzung von Oberflächen“ im Umfang von weniger als 15 Stunden wöchentlich aus. Einkünfte aus der Nebentätigkeit erzielte er in der Zeit vom 25. Januar 2018 bis zum 31. März 2018 nicht.

Am 23. August 2018 beantragte der Kläger die Gewährung eines Gründungszuschusses zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nach § 93 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Dabei gab er im Antragsvordruck an, er werde am 1. September 2018 eine selbständige, hauptberufliche Tätigkeit „Instandsetzung von Oberflächen“ aufnehmen. Die selbständige Tätigkeit werde seit dem 25. Januar 2018 im Nebenerwerb ausgeübt. Für seine selbständige Tätigkeit werde er künftig ca. 45 Wochenstunden aufwenden. Mit seiner Unterschrift versicherte er die Richtigkeit seiner Angaben. Das Merkblatt 3 - Vermittlungsdienste und Leistungen, in dem u.a. Hinweise zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit enthalten sind, habe er erhalten und vom Inhalt Kenntnis genommen. Dem Antrag war eine aussagefähige Beschreibung des Existenzgründungsvorhabens zur Erläuterung der Geschäftsidee, die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung, der Nachweis der Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit, die Anmeldung der selbständigen Tätigkeit beim Gewerbeamt vom 25. Januar 2018, ein Lebenslauf sowie diverse Fortbildungszertifikate beigelegt.

Mit Bescheid vom 28. August 2018 hob die Beklagte die Gewährung von Arbeitslosengeld ab dem 1. September 2018 wegen Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit auf.

Mit Bescheid vom 29. August 2018 lehnte die Beklagte die Gewährung eines Gründungszuschusses ab. Zur Begründung führte sie aus, dass eine Förderung der selbständigen Tätigkeit nicht erforderlich sei. Da der Kläger vom ehemaligen Arbeitgeber eine Abfindung aufgrund 27jähriger Betriebszugehörigkeit erhalten habe und die Tätigkeit bereits seit dem 25. Januar 2018 nebenberuflich ausübe, sei eine entsprechende Eigenleistungsfähigkeit zu unterstellen.

Am 6. September 2018 erhob der Kläger Widerspruch gegen die Ablehnung des Gründungszuschusses. Die Entscheidung der Beklagten sei ermessensfehlerhaft, soweit die Ablehnung auf die Eigenleistungsfähigkeit, namentlich dem Erhalt der Abfindung aus dem vorherigen Beschäftigungsverhältnis gestützt werde.

Mit einem weiteren Widerspruch vom 6. September 2018 wandte sich der Kläger auch gegen die Aufhebung der Bewilligung des Arbeitslosengeldes. Die Aufhebung sei rechtswidrig, da er die selbständige Tätigkeit derzeit nur nebenberuflich ausübe, d.h. weniger als 15 Stunden wöchentlich. Er habe zwar die Ausdehnung seiner selbständigen Tätigkeit für den Fall der Bewilligung des Gründungszuschusses geplant; mit der Ablehnung des Gründungszuschusses sei für ihn die geplante Intensivierung der selbständigen Tätigkeit derzeit wirtschaftlich nicht möglich. Beim Gewerbeamt sei er daher weiterhin als selbständig im Nebengewerbe gemeldet. Eine Änderung der Verhältnisse sei mithin nicht eingetreten. Mit Änderungsbescheid vom 26. September 2018 half die Beklagte dem Widerspruch gegen die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld ab und gewährte ab dem 31. August 2018 bis zum 28. Februar 2019 Arbeitslosengeld in Höhe von 64,94 EUR kalendertäglich.

Mit Widerspruchsbescheid vom 10. Oktober 2018 wies die Beklagte den Widerspruch gegen die Ablehnung des Gründungszuschusses als unbegründet zurück. Der Kläger erfülle bereits die Tatbestandsvoraussetzungen für die Gewährung eines Gründungszuschusses nicht, da er seine Arbeitslosigkeit nicht durch Aufnahme einer hauptberuflichen, selbständigen Tätigkeit beendet habe. Vielmehr übe er die selbständige Tätigkeit nach eigenen Angaben weiter nur nebenberuflich aus.

Dagegen hat der Kläger am 12. November 2018 Klage bei dem Sozialgericht Lübeck erhoben. Die Ausweitung der selbständigen Tätigkeit sei ihm wegen der rechtswidrigen Ablehnungsentscheidung der Beklagten wirtschaftlich nicht möglich gewesen. Die Ablehnung des Gründungszuschusses vor dem Hintergrund der aus dem früheren Arbeitsverhältnis erhaltenen Abfindung sei ermessensfehlerhaft. Die Beklagte verhalte sich zudem rechtsmissbräuchlich, wenn sie zunächst die Bewilligung des Arbeitslosengeldes aufhebe, das Voraussetzung für die Gewährung des Gründungszuschusses sei, und ihm dann vorwerfe, dass er eine selbständige Tätigkeit nicht in Vollzeit ausübe. Hätte der Kläger – wie geplant – eine selbständige Tätigkeit ab dem 1. September 2018 in Vollzeit ausgeübt, dann hätte die Beklagte den Antrag auf Gründungszuschusses mit dem Argument abgelehnt, dass dem Kläger ein Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht mehr zustehe. Damit mache die Beklagte den Wechsel aus einer nebenberuflichen in eine hauptberufliche selbständige Tätigkeit unmöglich.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 29. August 2018 in Gestalt des Widerspruchbescheides vom 10. Oktober 2018 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, den Antrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte hat schriftsätzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Sozialgericht Lübeck hat nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 26. August 2020 die Klage mit Urteil vom gleichen Tage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt die Tatbestandsvoraussetzungen für die Gewährung eines Gründungszuschusses erfüllt habe, da er seine Arbeitslosigkeit nicht durch Aufnahme einer hauptberuflich ausgeübten selbständigen Tätigkeit beendet habe. Vielmehr habe er nach seinen eigenen Angaben diese Tätigkeit über den 31. August 2018 hinaus weiter (nur) nebenberuflich ausgeübt. Ob der Kläger zu einem späteren Zeitpunkt die selbständige Tätigkeit ausgeweitet habe, sei nicht entscheidungserheblich, zumal der Kläger die Voraussetzung eines Restanspruches von 150 Tagen Arbeitslosengeld letztmalig im September 2018 erfüllt habe. Vor diesem Hintergrund habe es einer Ermessensentscheidung der Beklagten nicht bedurft, auf die Ausführungen des Klägers zu etwaigen Ermessensfehlern komme es mithin nicht an. Soweit der Kläger geltend machen wolle, aufgrund einer fehlerhaften Begründung im Ausgangsbescheid vom 29. August 2018 so gestellt zu werden, als hätte er die selbständige Tätigkeit tatsächlich ab dem 1. September 2018 hauptberuflich ausgeübt, könne er damit nicht durchdringen. Es könne dahinstehen, ob die im angefochtenen Bescheid vom 29. August 2018 angeführte Begründung einer rechtlichen Überprüfung Stand gehalten hätte, da Begründungsmängel nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) im laufenden Verfahren geheilt werden könnten. Entscheidungserheblich sei, dass der Kläger die nebenberuflich ausgeübte selbständige Tätigkeit nicht auf eine hauptberufliche selbständige Tätigkeit ausgedehnt habe. Den geltend gemachten Anspruch auf Gewährung eines Gründungszuschusses könne der Kläger auch nicht auf den sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruch stützen. Dabei könne offen bleiben, ob eine fehlerhafte Begründung einer Verletzung von Beratungspflichten gleichgestellt werden könne. Denn im Rahmen des sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruches könne die fehlende tatsächliche Aufnahme einer hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit nicht ersetzt werden. Für einen allenfalls in Betracht kommenden Anspruch auf Schadenersatz aus Amtshaftung fehle es an der sachlichen Zuständigkeit des Sozialgerichts, da Amtshaftungsansprüche nach [Artikel 34 Abs. 3](#) Grundgesetz den Zivilgerichten zugewiesen seien. Ein solcher Anspruch werde vom Kläger ausdrücklich nicht geltend gemacht, so dass für eine Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Landgericht kein Raum bestanden habe.

Gegen das dem Kläger am 14. September 2020 zugestellte Urteil richtet sich seine am 13. Oktober 2020 bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangene Berufung. Das Sozialgericht verkenne, dass der Bewilligungsentscheidung der Beklagte eine Prognoseentscheidung für die Zukunft zugrunde liegen müsse, der Antrag vor der Aufnahme der hauptberuflich ausgeübten selbständigen Tätigkeit gestellt werden und noch ein Restleistungsanspruch auf Arbeitslosengeld bestehen müsse, um die gesetzgeberische Intention eines fließenden Übergangs vom Arbeitslosengeld in den Gründungszuschuss zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund müsse zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen einer selbständigen hauptberuflichen Tätigkeit im Sinne des [§ 93 SGB III](#) ausreichend sein, wenn diese beabsichtigt werde. Da der Kläger in dem so verstandenen Sinne die tatbestandlichen Voraussetzungen des [§ 93 SGB III](#) erfüllt habe, hätte die Beklagte eine Ermessensentscheidung treffen müssen. Eine den Anforderungen an eine Ermessensentscheidung entsprechende Entscheidung habe die Beklagte nicht getroffen, so dass der Antrag des Klägers auf Gründungszuschuss neu zu bescheiden sei.

Der gesetzgeberischen Konzeption des Gründungszuschusses entspreche es im Übrigen nicht, wenn ein Antragsteller zunächst auf seinen Arbeitslosengeldanspruch verzichten müsse. Vorliegend habe die Beklagte mit der rechtswidrigen Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung den fließenden Übergang in den Gründungszuschuss unmöglich gemacht. Darin liege ein treuwidriges Verhalten („venire contra factum primum“). Der Verstoß der Beklagten gegen diesen auch im Sozialrecht geltenden Rechtsgrundsatz rechtfertige die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gem. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 26. August 2020 sowie den Bescheid der Beklagten vom 29. August 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Oktober 2018 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Antrag des Klägers auf Gründungszuschuss vom 23. August 2018 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist zur Begründung auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden und stützt die weitergehenden Ausführungen des Sozialgerichts.

Der Senat hat den Beteiligten mit Schreiben vom 5. März 2021 mitgeteilt, dass er die Berufung einstimmig für unbegründet hält und daher beabsichtigt, diese mit Beschluss zurückzuweisen. Die Beteiligten erhielten insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie den weiteren Inhalt der Gerichtsakte sowie der den Kläger betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

II.

Der Senat konnte gemäß [§ 153 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) durch Beschluss über die Berufung entscheiden, weil die Berufsrichter des Senates die Berufung einstimmig für unbegründet erachten, die Beteiligten darauf zuvor hingewiesen worden sind und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten

Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie innerhalb der einmonatigen Berufenungsfrist des [§ 151 Abs. 1 SGG](#) eingegangen und der Grenzbeschwerdewert gemäß [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Höhe von 750,00 EUR wird überschritten.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Sozialgericht Lübeck mit Urteil vom 26. August 2020 die Klage abgewiesen. Der angefochtene Bescheid vom 29. August 2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Oktober 2018 erweist sich im Ergebnis als rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Nach [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbstständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden, zur Sicherung des Lebensunterhaltes und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung einen Gründungszuschuss erhalten. Ein Gründungszuschuss „kann“ nach [§ 93 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) 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.

Der Kläger hat seine Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit im Sinne des [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) zum 31. August 2018 nicht beendet, so dass weder ein Anspruch auf Gründungszuschuss noch auf Neubescheidung besteht.

Im laufenden Leistungsbezug von Arbeitslosengeld hatte der Kläger zuletzt am 31. August 2018 einen Anspruch auf Arbeitslosengeld 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 hauptberufliche, selbstständige Tätigkeit zwingend an jenem Tag aufnehmen und dadurch Arbeitslosigkeit beenden müssen. Dies war aber nach den eigenen Angaben nicht der Fall. [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) verweist mit der Tatbestandsvoraussetzung „Beendigung der Arbeitslosigkeit“ auf die Regelung des [§ 138 Abs. 3 SGB III](#). 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 (ausdrücklich BSG, Urteil vom 9. Juni 2017 - [B 11 AL 13/16 R](#) -, Rn. 18 mwN., juris). Diesen eindeutigen rechtlichen Hintergrund verkennt der Kläger offensichtlich. Allein die Absicht, eine selbstständige Tätigkeit im Umfang von mehr als 15 Stunden ausüben zu wollen, führt demgegenüber nicht zur „Beendigung der Arbeitslosigkeit“. Die Beendigung der Arbeitslosigkeit tritt durch die 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. Fehlt es in diesem Sinne an der Arbeitslosigkeit im Sinne des [§ 138 Abs. 3 SGB III](#) ist für die Weitergewährung von Arbeitslosengeld kein Raum. Das Gesetz knüpft in [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) zudem an die „Aufnahme“ einer selbstständigen, hauptberuflichen Tätigkeit, mithin an tatsächliche Umstände und nicht lediglich an Absichtserklärungen an. Da der Kläger nach eigenen Angaben neben dem bis zum 28. Februar 2019 bezogenen Arbeitslosengeld seine selbstständige Tätigkeit nur bis zu 15 Stunden wöchentlich ausgeübt hat, fehlt es auch an der weiteren tatbestandlichen Voraussetzung des [§ 93 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#), da ein Restanspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer von 150 Tagen bei einer Ausdehnung der selbstständigen Tätigkeit ab einem Zeitpunkt nach dem 31. August 2018 auf mehr als 15 Stunden wöchentlich fehlte.

Vor diesem Hintergrund hat der Antrag, die Beklagte zur Neubescheidung des Antrags auf Gründungszuschuss zu verpflichten, keinen Erfolg. Da schon die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Gründungszuschuss nach [§ 93 SGB III](#) nicht erfüllt sind, hat die Beklagte keine (neue) Ermessensentscheidung über die Bewilligung eines Gründungszuschusses zu treffen. Denn einer Ermessensentscheidung über die Gewährung eines Gründungszuschusses bedarf es erst dann, wenn alle der in [§ 93 Abs. 2 SGB III](#) genannten Anspruchsvoraussetzungen vorliegen (vgl. BSG, Beschluss vom 6. März 2018 - [B 11 AL 81/17 B](#) -, Rn. 5, juris).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1, Abs. 4 SGG](#) und folgt der Entscheidung in der Hauptsache.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Saved

2022-01-14