

## L 9 AL 133/21

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Düsseldorf (NRW)  
Aktenzeichen  
S 13 AL 79/19  
Datum  
06.07.2021  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 9 AL 133/21  
Datum  
04.05.2023  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

### **Tenor:**

**Die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Düsseldorf vom 06.07.2021 wird zurückgewiesen.**

**Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt die Bewilligung eines Gründungszuschusses.

Der am 00.00.0000 geborene Kläger ist Bäckermeister. Er arbeitete von 2013 bis zum 17.01.2018 als Geschäftsführer bei der Z.-GmbH & Co KG. Mehrheitsgesellschafterin der Komplementär-GmbH war nach ursprünglicher Aktenlage die Tochter des Klägers. Mit Bescheid vom 04.06.2013 hatte die V. die Sozialversicherungspflicht des Klägers in dieser Tätigkeit festgestellt, weil der Kläger als Minderheitsgesellschafter der Komplementär-GmbH keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Firma nehmen könne. Mit Beschluss vom 01.03.2018 eröffnete das Amtsgericht Mönchen-Gladbach das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Z.-GmbH & Co KG. Von Februar 2018 bis Mai 2018 hatte der Kläger mit dem Insolvenzverwalter einen Beratervertrag. In dem Beratervertrag vom 14.02.2018 wird der Kläger als nicht insolvenzgeldberechtigter „Alleingesellschafter“ der Z.-GmbH & Co KG bezeichnet. Von März 2018 bis zum 12.05.2018 war der Kläger bei der Bäckerei S. als Verkäufer beschäftigt, dieses Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung des Arbeitgebers. Vertragswidriges Verhalten des Klägers lag nicht vor. Am 26.04.2018 beantragte der Kläger Insolvenzgeld, das ihm mit Bescheid vom 23.05.2018 bewilligt wurde. Am 03.05.2018 meldete der Kläger sich arbeitsuchend. Vom 13.05.2018 bis zum 30.05.2018 bezog er Krankengeld.

Seit dem 01.06.2018 ist der Kläger als Geschäftsführer und Gesellschafter mit der I.-GmbH selbständig, die GmbH betreibt ein M.-N. in X. („M. N. Z.“). Die I.-GmbH wurde bereits seit 2008 gegründet (GmbH-Gründungsvertrag vom 29.08.2008), das „M.-N. Z.“ wird seit Juni 2018 betrieben. In einem Beratungsgespräch am 19.06.2018 teilte der Kläger mit, er begehre eigentlich nur Unterstützung für die Selbständigkeit und kein Arbeitslosengeld, da dies nur für den 31.05.2018 in Betracht komme und dieser Tag ein Feiertag sei. In dem Beratungsgespräch wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass der Bezug von Arbeitslosengeld eine Voraussetzung für den Gründungszuschuss sei. Am 21.06.2018 ging daraufhin der Antrag auf Arbeitslosengeld bei der Beklagten ein. Mit Bescheid vom 13.07.2018 bewilligte die Beklagte Arbeitslosengeld für den 31.05.2018.

Am 23.05.2018 beantragte der Kläger einen Gründungszuschuss für die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit „Geschäftsführer I.-GmbH“. Gleichzeitig schloss er mit der Beklagten eine Eingliederungsvereinbarung, in der die Beklagte Unterlagen aufführte, die für die Entscheidung über den Gründungszuschuss erforderlich seien. Der Kläger legte ein Unternehmenskonzept für die I.-GmbH von der Handwerkskammer T., den Geschäftsraummietvertrag sowie einen Kaufvertrag hinsichtlich der Unternehmensgegenstände mit dem Insolvenzverwalter vor. Der Kaufvertrag wurde am 30.05.2018 von der O. Bank genehmigt. In der Präambel des Vertrages heißt es: „Der Käufer ist Geschäftsführer der persönlich haftenden Insolvenzschnuldnerin, der Z. Verwaltungs GmbH, über deren Vermögen der Insolvenzantrag mangels Masse abgelehnt wurde. Er beabsichtigt, den Geschäftsbetrieb der Insolvenzschnuldnerin am Standort Q.-straße X.

ohne Backstube fortzuführen“.

Mit Bescheid vom 19.11.2018 lehnt die Beklagte den Antrag auf den Gründungszuschuss ab. Die Qualifikation des Klägers werde am Arbeitsmarkt stark nachgefragt, sodass die Vermittlung in ein Beschäftigungsverhältnis Vorrang habe. Im Widerspruchsverfahren trug der Kläger vor, der Gründungszuschuss sei ihm im Vorfeld zugesagt worden und er sei als Bäcker nicht vermittelbar, da er unter Asthma leide und schon 59 Jahre alt sei. Mit Widerspruchsbescheid vom 14.01.2019 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Die Vermittlungsbemühungen richteten sich auf den Beruf des Bäckereifachverkäufers. In diesem Bereich seien 160 offene Stellen gemeldet.

Hiergegen richtet sich die am 18.02.2019 (Montag) erhobene Klage. Der Kläger hat ergänzend darauf abgestellt, als Bäcker berufsunfähig zu sein und sich auf die entsprechende Rentenbewilligung bezogen. Das Sozialgericht hat die Beteiligten zu einer Entscheidung durch Gerichtsbescheid angehört.

Mit Gerichtsbescheid vom 06.07.2021 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Der Kläger habe durch die Aufnahme seiner selbständigen Tätigkeit nicht eine Arbeitslosigkeit beendet iSd [§ 93 Abs. 1 SGB III](#). Er sei am 31.05.2018 nicht arbeitslos gewesen, da nicht anzunehmen sei, dass er den Vermittlungsbemühungen der Beklagten zur Verfügung gestanden habe. Er sei von vorherein entschlossen gewesen, die selbständige Tätigkeit aufzunehmen. Dies werde dadurch bestätigt, dass er zunächst selbst gegenüber der Beklagten angegeben habe, eigentlich nur eine Unterstützung der Selbständigkeit zu begehren und kein Arbeitslosengeld.

Gegen den ihm am 21.07.2021 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die Berufung des Klägers vom 23.08.2021 (Montag). Der Kläger trägt vor, er habe sich bereits am 26.04.2018 arbeitslos gemeldet und somit mehr als einen Tag den Vermittlungsbemühungen der Beklagten zur Verfügung gestanden. Er habe am 31.05.2018, obwohl es sich um einen Feiertag (Fronleichnam) handelte, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden, da in der Gastronomie auch an Feiertagen gearbeitet werde. Sein Vorhaben, sich selbständig zu machen, sei keineswegs sicher gewesen. Der Kläger hat eine Stellungnahme der Handwerkskammer T. vorgelegt, nach der es sich bei seiner Existenzgründung um ein tragfähiges Vorhaben handele.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts vom 06.07.2021 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 19.11.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.01.2019 zu verurteilen, ihm ab 01.06.2018 einen Gründungszuschuss nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt vor, neben der nicht vorliegenden Arbeitslosigkeit bestünden auch Zweifel hinsichtlich der Anwartschaft für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, da der Kläger ausweislich des Beratervertrags vom 14.02.2018 doch Alleingesellschafter der Z.-GmbH & Co KG gewesen sei und keinen Anspruch auf Insolvenzgeld habe. Wegen der Eigenleistungsfähigkeit des Klägers sei die Ablehnung des Gründungszuschusses schließlich nicht ermessensfehlerhaft. Der Gründungszuschuss bleibe deutlich hinter dem zu erwartenden Gewinn zurück.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze und die übrige Gerichtsakte sowie die beigezogenen Verwaltungsakte, deren wesentlicher Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, verwiesen.

### Entscheidungsgründe

Die Berufung ist statthaft, da der Wert des Gründungszuschusses, den der Kläger zutreffend im Wege der Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs. 4 SGG](#)) gegen den Bescheid vom 19.11.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14.01.2019 einklagt, 750 € übersteigt ([§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#)). Der Kläger verfolgt einen Anspruch in der durch [§ 94 Abs. 1 SGB III](#) bestimmten gesetzlichen Höhe von sechs Monaten Arbeitslosengeld zuzüglich monatlich jeweils 300 €. Die Berufung ist auch im Übrigen zulässig.

Die Berufung ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat ergänzend verweist, abgewiesen.

Der geltend gemachte Anspruch richtet sich nach [§ 93 SGB III](#). Gem. [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) 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. Das Sozialgericht hat zutreffend dargelegt, dass der Kläger durch die selbständige Tätigkeit nicht die Arbeitslosigkeit beendet hat iSd [§ 93 Abs. 1 SGB III](#). Zur Arbeitslosigkeit gehört gem. [§ 138 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) die Verfügbarkeit. Diese setzt gem. [§ 138 Abs. 5 Nr. 3 SGB III](#) u.a. voraus, dass der Betroffene bereit ist, jede zumutbare versicherungspflichtige Beschäftigung anzunehmen und auszuüben. Dies war beim Kläger nicht der Fall. Von einer Arbeitsbereitschaft kann nicht ausgegangen werden, wenn zwischen dem Ende einer Beschäftigung – bzw. hier dem Krankengeldbezug – und der Aufnahme einer beabsichtigten selbständigen Tätigkeit nur eine sehr kurze Zeitspanne, zB ein Sonntag liegt (Urteil des Senats vom 25.09.2014 – [L 9 AL 219/13](#); Brand in Brand, SGB III [§ 138](#) Rn. 90; zweifelnd an der Verfügbarkeit für eine dreitägige Zeitspanne auch BSG Urteil vom 11.03.2014 – [B 11 AL 10/13 R](#)). Gegen die Bereitschaft des Klägers, jede zumutbare Tätigkeit unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes aufzunehmen, spricht zudem, dass aus dem Kaufvertrag über die Unternehmensgegenstände und die in dem Beratungsvermerk vom 19.06.2018 wiedergegebene Aussage deutlich wird, dass er von Beginn an vorhatte, unmittelbar nach Ende seiner Krankschreibung die selbständige Tätigkeit zu beginnen (hierzu ebenfalls Urteil des Senats vom 25.09.2014 – [L 9 AL 219/13](#)) und er hierfür entsprechende finanzielle Dispositionen vorgenommen hat.

Der Umstand, dass die Beklagte zu Unrecht für den 31.05.2018 Arbeitslosengeld bewilligt hat, ist für den Anspruch auf den Gründungszuschuss nicht relevant. Für den Anspruch kommt es gem. [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) darauf an, ob durch die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit Arbeitslosigkeit tatsächlich beendet wurde. Ein faktischer, rechtswidriger Bezug von Arbeitslosengeld ist hingegen unbeachtlich.

Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe sich bereits am 26.04.2018 arbeitslos gemeldet. Nach Aktenlage hat er an diesem Tag Insolvenzgeld beantragt. Dies stellt keine die Verfügbarkeit begründende Meldung als arbeitsuchend dar. Abgesehen davon stand der Kläger bis zum 12.05.2018 in einem Beschäftigungsverhältnis bei der Bäckerei S. und war er anschließend bis zum 30.05.2018 arbeitsunfähig krank, so dass selbst bei Bejahung einer Meldung als arbeitsuchend Verfügbarkeit bis zum 30.05.2018 nicht gegeben war.

Schließlich ist dem Kläger die Bewilligung des Gründungszuschusses nicht verbindlich schriftlich zugesichert worden iSd [§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#).

Der zwischen den Beteiligten umstrittenen und zweifelhaften Frage, ob der Kläger bei seiner Tätigkeit für die Bäckerei Z.-GmbH & Co KG überhaupt Arbeitnehmer gewesen ist und die Anwartschaft für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllt hat, braucht der Senat daher nicht weiter nachzugehen. Gleiches gilt für die Frage, ob der Kläger mit der Gründung des „M.-N. Z.“ eine selbständige Tätigkeit iSd [§ 93 Abs. 1 SGB III](#) aufgenommen hat. Hieran bestehen Zweifel, da die I.-GmbH bereits seit 2008 besteht

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

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

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Dieses Urteil kann nur dann mit der Revision angefochten werden, wenn sie nachträglich vom Bundessozialgericht zugelassen wird. Zu diesem Zweck kann die Nichtzulassung der Revision durch das Landessozialgericht mit der Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form beim

**Bundessozialgericht, Postfach 41 02 20, 34114 Kassel** oder **Bundessozialgericht, Graf-Bernadotte-Platz 5, 34119 Kassel**

einzu legen.

Die Beschwerdeschrift muss bis zum Ablauf der Monatsfrist bei dem Bundessozialgericht eingegangen sein.

Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und

- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) eingereicht wird oder

- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. [§ 65a Abs. 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) eingereicht wird.

Weitere Voraussetzungen, insbesondere zu den zugelassenen Dateiformaten und zur qualifizierten elektronischen Signatur, ergeben sich aus der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung -ERVV) in der jeweils gültigen Fassung. Weitergehende Informationen zum elektronischen Rechtsverkehr können über das Internetportal des Bundessozialgerichts ([www.bsg.bund.de](http://www.bsg.bund.de)) abgerufen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind nur zugelassen

- jeder Rechtsanwalt,
- Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen,
- selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
- berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
- Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
- juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften und juristischen Personen müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten. Handelt es sich dabei um eine der vorgenannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen, muss diese durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils von einem zugelassenen Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen.

In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder ein Verfahrensmangel, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann, bezeichnet werden. Als Verfahrensmangel kann eine Verletzung der [§§ 109](#) und [128 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz nicht und eine Verletzung des [§ 103](#) Sozialgerichtsgesetz nur gerügt werden, soweit das Landessozialgericht einem Beweisantrag ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.

Für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision kann ein Beteiligter, der nicht schon durch die oben genannten Vereinigungen, Gewerkschaften oder juristischen Personen vertreten ist, Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Beteiligte kann die Prozesskostenhilfe selbst beantragen. Der Antrag ist beim Bundessozialgericht entweder schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (Familienverhältnisse, Beruf, Vermögen, Einkommen und Lasten) sowie entsprechende Belege beizufügen. Hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten oder durch den Schreibwarenhandel bezogen werden.

Wird Prozesskostenhilfe bereits für die Einlegung der Beschwerde begehrt, so müssen der Antrag und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse - gegebenenfalls nebst entsprechenden Belegen - bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Beschwerde (ein Monat nach Zustellung des Urteils) beim Bundessozialgericht eingegangen sein.

Mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt benannt werden.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Anwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

Der Beschwerdeschrift und allen folgenden Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.

Das Bundessozialgericht bittet darüber hinaus um je zwei weitere Abschriften.

Schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, sind als elektronisches Dokument zu übermitteln. Ist dies aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches \_ Dokument nachzureichen. Gleiches gilt für die nach dem Sozialgerichtsgesetz vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach [§ 65a Abs. 4 Nr. 2 SGG](#) zur Verfügung steht ([§ 65d SGG](#)).

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-11-28