

L 3 AL 4720/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 20 AL 9680/07
Datum
01.09.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 3 AL 4720/08
Datum
20.01.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Im Streit ist die Rücknahme der Entscheidung über den dem Kläger bewilligten Gründungszuschuss (GZ) für die Zeit vom 01.12.2007 bis 31.05.2008 und die Aufhebung der ihm erteilten Bewilligung der freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung ab 01.12.2007.

Der 1950 geborene Kläger war nach einer Zeit der Selbständigkeit zwischen 1991 und 2005 vom 01.07.2005 bis 31.12.2006 als kaufmännischer Angestellter versicherungspflichtig beschäftigt. Neben dieser Tätigkeit hatte er ab Mai 2006 ein Nebengewerbe (Beratung und Vermittlung von Waren und Dienstleistungen aller Art, Handel mit Büchern und CD`s) angemeldet. Nach den vorgelegten Einnahme- und Überschussrechnungen für das Jahr 2006 und Januar 2007 hatte der Kläger mit Ausnahme von Zinserträgen im Jahr 2006 keine Betriebseinnahmen.

Am 24.11.2006 meldete sich der Kläger zum 01.01.2007 arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg). Mit der Antragstellung wurde dem Kläger, von diesem unterschrieben bestätigt, das Merkblatt I für Arbeitslose ausgehändigt. Nach der Erklärung zur selbständigen Tätigkeit arbeitete der Kläger ab 01.01.2007 wöchentlich maximal sechs Stunden für die selbständige Tätigkeit, worauf ihm die Beklagte mit Bescheid vom 24.01.2007 bei einer Anspruchsdauer von 240 Kalendertagen für die Zeit ab 01.01.2007 Alg in Höhe von 23,35 EUR täglich bewilligte.

Am 29.03.2007 meldete der Kläger sein bisheriges Nebengewerbe ab 01.03.2007 in ein Hauptgewerbe um. Als neu ausgeübte Tätigkeit gab er den Vertrieb biophysikalischer Systeme an.

Bereits am 01.02.2007 hatte der Kläger die Gewährung eines GZ für eine ab 01.03.2007 verrichtete selbständige, hauptberufliche Tätigkeit als Berater für biophysikalische Systeme beantragt. Er gab an, er wende für seine selbständige Tätigkeit ca. 40 bis 50 Wochenstunden auf. Das Merkblatt 3 - Vermittlungsdienste und Leistungen - wurde dem Kläger ausgehändigt, was er durch seine Unterschrift bestätigte.

Die Beklagte hob hierauf mit Bescheid vom 06.03.2007 den Bescheid über die Bewilligung von Alg mit Wirkung vom 01.03.2007 auf und bewilligte dem Kläger stattdessen mit Bescheid vom 04.04.2007 einen GZ für die Zeit vom 01.03.2007 bis 30.11.2007 in Höhe von monatlich 1.000,50 EUR als Zuschuss.

Am 29.03.2007 beantragte der Kläger für die Zeit ab 01.03.2007 außerdem die freiwillige Weiterversicherung nach [§ 28a](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III), weil er ab diesem Zeitpunkt mindestens 15 Stunden wöchentlich als Selbständiger arbeite. Mit der Antragstellung wurde dem Kläger das Merkblatt "Freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung" ausgehändigt, was er durch seine Unterschrift bestätigte.

Mit Bescheid vom 05.04.2007 entsprach die Beklagte dem Antrag auf freiwillige Weiterversicherung ab 29.03.2007. Im Bescheid wurde auf die Tatbestände für die Beendigung des Versicherungspflichtverhältnisses unter Hinweis auf [§ 28a Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 - 4 SGB III](#) ausdrücklich hingewiesen.

Am 13.11.2007 beantragte der Kläger die Weitergewährung eines GZ. Er gab an, er wende für seine selbständige Tätigkeit künftig ca. 50 Wochenstunden auf und lege eine Aufstellung vom 12.11.2007 über seine Maßnahmen zur Arbeitsbeschaffung ab 01.03.2007 und die Einnahme- und Überschussrechnung für die Monate Januar bis Oktober 2007 (Betriebseinnahmen: 1.361,34 EUR; Betriebsausgaben: 11.675,86 EUR) vor.

Mit Bescheid vom 19.11.2007 bewilligte die Beklagte dem Kläger hierauf die Weitergewährung des GZ für die Zeit vom 01.12.2007 bis 31.05.2008 in Höhe von monatlich 300 EUR als Zuschuss. Beigefügt war dem Bescheid als Anlage ein Ausdruck von §§ 57, 58 SGB III in der ab 01.08.2006 gültigen Fassung. Als weiterer Hinweis war vermerkt, dass sich der Anspruch auf Alg um die Anzahl von Tagen, für die ein Anspruch auf GZ in der Höhe des Alg erfüllt worden sei (§ 128 Abs. 1 Nr. 9 SGB III), mindere.

Am 27.11.2007 sprach der Kläger bei der Beklagten vor und teilte ausweislich des hierüber gefertigten Aktenvermerks mit, er werde aus finanziellen Gründen seine Selbständigkeit zum 30.11.2007 abmelden. Noch am selben Tag meldete er sich wieder arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Im Antrag gab er an, er übe ab 01.12.2007 eine Tätigkeit in der Beratung und im Vertrieb mit einer wöchentlichen Stundenzahl von nur noch 14 Stunden aus.

Am 28.11.2007 meldete der Kläger sein bisheriges Hauptgewerbe ab 01.12.2007 in ein Nebengewerbe um.

Mit Bescheid vom 30.11.2007/Widerspruchsbescheid vom 20.12.2007 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Alg ab, da sein Anspruch aufgrund des von ihm zunächst bezogenen Alg und des zwischen dem 01.03. und 30.11.2007 bezogenen GZ erschöpft sei.

Mit Bescheid vom 03.12.2007 nahm die Beklagte darüber hinaus die Entscheidung über die Bewilligung des GZ ab 01.12.2007 ganz zurück, da der Kläger seine Selbständigkeit im Hauptgewerbe ab 01.12.2007 aufgegeben habe und damit die Voraussetzungen für den Bezug des GZ weggefallen seien.

Mit weiterem Bescheid vom 03.12.2007 hob die Beklagte auch die Entscheidung über die freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung nach § 28a SGB III ab 01.12.2007 auf. Die Voraussetzungen für die freiwillige Weiterversicherung lägen nicht mehr vor, weil die ausgeübte Selbständigkeit als Nebentätigkeit ausgeübt werde.

Am 17.12.2007 erhob der Kläger Widerspruch gegen die Bescheide vom 03.12.2007. Zur Begründung trug er vor, die Ummeldung seines Hauptgewerbes in ein Nebengewerbe sei ausschließlich aufgrund der verbindlichen Aussage der Beklagten erfolgt, dass er nur dann einen Anspruch auf Alg habe. Diese verbindliche Zusage sei nicht eingehalten worden.

Am 18.12.2007 meldete der Kläger sein Nebengewerbe ab 01.12.2007 wieder in ein Hauptgewerbe um.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 20.12.2007, auf die Bezug genommen wird, wies die Beklagte die Widersprüche zurück.

Am 07.01.2008 stellte der Kläger einen Antrag auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Im Antrag gab er an, er übe eine selbständige Tätigkeit in der Beratung und im Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen aller Art aus. Betriebseinnahmen erwarte er zur Zeit nicht. Er hoffe jedoch darauf und bemühe sich weiter um Aufträge. Er lege zunächst die Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2007 und später auch die Einnahme- und Überschussrechnung für die Monate Januar bis Juni 2008, eine Aufstellung über das Einkommen und die Ausgaben in den Monaten Januar bis Juni 2008 und die Buchungsprotokolle für diese Monate vor. Auf Bl. 12, 44-45, 52-59 der Verwaltungsakte Alg II wird insoweit verwiesen. Außerdem gab er eine Teilnahmebescheinigung vom 24.02.2008 über einen von ihm absolvierten Kurs und die Bestätigung über eine am 17.05.2008 erfolgte Tagesschulung zu den Akten.

Gegen die Widerspruchsbescheide vom 20.12.2007 hat der Kläger am 27.12.2007 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Zur Begründung hat er sich erneut auf einen Beratungsfehler der Beklagten berufen. Die Ummeldung seines Haupt- in ein Nebengewerbe sei nur deshalb erfolgt, weil ihm verbindlich mitgeteilt worden sei, dass er unter der Bedingung, dass er sein Haupt- in ein Nebengewerbe ummelde, noch einen Anspruch auf 8 Monate Alg I habe. Nach Bekanntwerden des Beratungsfehlers habe er seine Arbeitszeit wieder korrigiert und betreibe seit 01.12.2008 (richtig 2007) wieder ein vollzeitiges Hauptgewerbe. Seine selbständige Tätigkeit habe bis zuletzt darin bestanden, Akquise zu betreiben. Zu Vertragsabschlüssen sei es bislang noch nicht gekommen.

Die Beklagte hat dagegen eingewandt, dass der Kläger zumindest in den Bewilligungsbescheiden bezüglich des GZ darauf hingewiesen worden sei, dass sich der Anspruch auf Alg um die Anzahl der Tage mindere, für die ein Anspruch auf GZ in Höhe des Alg erfüllt werde. Wenn sich der Kläger bei ihr - der Beklagten - melde, weil die Selbständigkeit zu wenig Gewinn abwerfe, um davon leben zu können, liege außerdem unweigerlich der Schluss nahe, dass diese aufgegeben bzw. auf kleinerer Flamme beispielsweise als Nebenerwerb unter 15 Stunden wöchentlich weiter betrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass eine Sicherung des Lebensunterhalts durch die selbständige Tätigkeit nicht gewährleistet sei, was aber u.a. Voraussetzung für die Weitergewährung des GZ sei. Ein Anspruch auf freiwillige Weiterversicherung über den 30.11.2007 hinaus bestehe nicht, da ab 01.12.2007 keine selbständige Tätigkeit mit einem Umfang von mehr als 15 Stunden wöchentlich ausgeübt werde.

Mit Gerichtsbescheid vom 01.09.2008 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es fehle beim Kläger ab 01.12.2007 an einer selbständigen hauptberuflichen Tätigkeit. Der Kläger habe sich am 27.11.2007 arbeitslos gemeldet und sich den Vermittlungsbemühungen der Beklagten zur Verfügung gestellt. Im Arbeitslosengeldantrag habe er angegeben, die selbständige Tätigkeit ab dem 01.12.2007 nur noch als Nebentätigkeit in einem Umfang von 14 Stunden pro Woche zu verrichten. Damit hätten ab dem 01.12.2007 die Bewilligungsvoraussetzungen für einen GZ nach § 57 SGB III nicht mehr vorgelegen. Eine Korrektur mit Hilfe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs komme, selbst wenn man eine fehlerhafte Beratung des Klägers zu seinen Gunsten unterstelle, nicht in Betracht. Die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hauptgewerbe im Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich sei eine Leistungsvoraussetzung nach §§ 57, 58 SGB III. Sie sei dem Verwaltungshandeln nicht zugänglich. Deshalb scheide eine Ersetzung durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch aus. Ebenso lägen die Voraussetzungen für ein Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag, weil er den Umfang seiner selbständigen Tätigkeit auf einen Umfang von unter 15 Stunden reduziert habe, nicht mehr vor.

Gegen den ihm am 04.09.2008 zugestellten Gerichtsbescheid hat der Kläger am 02.10.2008 Berufung eingelegt. Er trägt vor, er sei auch über den 01.12.2007 hinaus weiterhin voll umfänglich selbständig und Arbeitssuchender gewesen. Er habe seine Arbeitszeit in keinsten Weise reduziert. Er habe die Angabe, dass er weniger als 15 Stunden arbeite, nur gemacht, weil dies im Antrag stehen müssen. Er habe sich im Jahr 2007 um Wasserprojekte gekümmert. Im Mai 2008 habe er mit dem Vertrieb von Glasprodukten begonnen. Er rufe diesbezüglich bei Bekannten und Freunden an und habe auch schon Ladenbesitzer angesprochen. Im Mai 2008 sei er auch bei einem Treffen in Österreich gewesen. Schulungen habe er in Bayern, in Rosenheim und im Allgäu gemacht. Ergänzend hat der Kläger noch eine Aufstellung über seine neben der telefonischen Kommunikation zwischen November 2007 und Oktober 2008 erfolgten persönlichen Kontakte und Treffen vorgelegt. Auf Bl. 38 der LSG-Akte wird insoweit verwiesen.

Der Kläger beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Stuttgart vom 01. September 2008 und die Bescheide der Beklagten vom 03. Dezember 2007 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 20. Dezember 2007 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der angefochtene Gerichtsbescheid des SG sei in der Sache nicht zu beanstanden.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Beklagtenakten sowie der Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß [§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) entscheidet, ist zulässig. Berufungsausschließungsgründe nach [§ 144 SGG](#) liegen nicht vor.

Streitgegenstand sind die Bescheide der Beklagten vom 03.12.2007 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 20.12.2007, mit denen jeweils ab 01.12.2007 zum einen der dem Kläger bewilligte GZ zurückgenommen und zum anderen die freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung aufgehoben wurde.

Die Berufung des Klägers ist nicht begründet. Die Beklagte hat mit den angefochtenen Bescheiden zu Recht die Bewilligung des GZ zurückgenommen und die Bewilligung der freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung aufgehoben.

Rechtsgrundlage der Rücknahme der Bewilligung des GZ ist [§ 45](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch. Nach dieser Vorschrift darf ein begünstigender Verwaltungsakt, soweit er rechtswidrig ist, auch nach Unanfechtbarkeit, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) schließt die Rücknahme aus, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Letzteres ist nach [§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X](#) in der Regel der Fall, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte gem. [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) allerdings dann nicht berufen, wenn er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass der Begünstigte Angaben vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig gemacht hat ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#)). Liegen die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) vor, ist der Verwaltungsakt abweichend von den allgemeinen Regelungen zwingend mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückzunehmen ([§ 330 Abs. 2 SGB III](#)).

In Anwendung dieser Grundsätze ist die Beklagte zutreffend davon ausgegangen, dass die zu Gunsten des Klägers erfolgte Weiterbewilligung des GZ von Beginn an, d.h. ab 01.12.2007, rechtswidrig war.

Nach [§ 57 SGB III](#) 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 GZ.

Eine hauptberufliche Tätigkeit liegt dann vor, wenn die Arbeits- und Tätigkeitszeit mindestens 15 Stunden wöchentlich umfasst. In diese Zeit ist auch die für die Ausübung der Tätigkeit erforderliche Vor- und Nacharbeit einzubeziehen. Bei einer Arbeitszeit von weniger als 15 Stunden wöchentlich liegt im Gegensatz dazu gemäß [§ 119 Abs. 3 SGB III](#) Arbeitslosigkeit vor (Stratmann in: Niesel, SGB III [§ 57](#) Rd. 6).

An einer Tätigkeit des Klägers im Umfang von mindestens 15 Stunden pro Woche fehlt es hier zumindest ab 01.12.2007.

Der Senat stützt sich hierbei im Wesentlichen auf die vom Kläger vorgelegten Unterlagen zum Umfang des von ihm betriebenen Gewerbes und hierbei insbesondere auf die Gewinn- und Verlustrechnung für das Jahr 2007, Auszüge über das Konto des Klägers bei der Sparkasse Bodensee für den Monat Dezember 2007, die Aufstellung über das Einkommen und die Ausgaben in den Monaten Januar bis Juni 2008, die Buchungsprotokolle für diese Monate und die Aufstellung über die zwischen November 2007 und Oktober 2008 erfolgten persönlichen Kontakte und Treffen mit Geschäftspartnern oder im Zusammenhang mit Schulungen. Danach setzte der Kläger im gesamten Jahr 2007 lediglich 1.104 EUR um. Werbe- und Reisekosten fielen in Höhe von 230,57 EUR, Portokosten in Höhe von 94 EUR und Telefonkosten in Höhe von 632,79 EUR an. Von Januar bis Juni 2008 setzte der Kläger 698,36 EUR um, wobei allein auf den Monat Juni ein Posten in Höhe von 598,44 EUR entfiel. Werbe- und Reisekosten entstanden in der Zeit nur in Höhe von 82,35 EUR, Portokosten in Höhe von 34,90 EUR und Telefonkosten in Höhe von 273,89 EUR. Damit in Einklang stehende Beträge ergeben sich auch aus den Buchungsprotokollen für die Monate

Januar bis Juni 2008. Die Kontoauszüge für den Monat Dezember 2007 belegen zwischen dem 10. und 12.12.2007 lediglich vier Zahlungseingänge, die eventuell der selbständigen Tätigkeit des Klägers zugeordnet werden können. Diese Geschäftsdaten belegen einen äußerst geringen Umfang der Geschäftstätigkeit des Klägers. Eine Tätigkeit von mindestens 15 Stunden pro Woche erfordert ein solcher Geschäftsumfang nicht.

Ein Arbeitsanfall von mindestens 15 Stunden pro Woche lässt sich auch nicht auf die vom Kläger nach seinem Vortrag getätigte Akquise stützen. Akquise erfordert Werbung, Mailing, allgemein ein Zugehen auf die potentiellen Kunden. Hierfür fallen Reise- und Werbekosten, Porto und Telefon an. Kosten in größerem Umfang macht der Kläger aber auch insoweit nicht geltend. Die oben diesbezüglich angeführten Posten belegen auch insoweit keinesfalls, auch nicht im Zusammenhang mit den getätigten Verkäufen, eine Tätigkeit von mindestens 15 Stunden pro Woche.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger vorgelegten Aufstellung über die neben der telefonischen Kommunikation erfolgten persönlichen Kontakte zwischen Dezember 2007 und Oktober 2008. Im Dezember 2007 und März 2008 fanden danach keine persönlichen Kontakte statt. Die maximal Anzahl an Kontakten belief sich auf vier im Monat Mai 2008.

Auch die eintägige Fortbildung im Dezember 2007 bzw. die zweitägige Fortbildung im Februar 2008 vermag den Umfang der selbständigen Tätigkeit nicht auf mindestens 15 Stunden pro Woche zu erhöhen.

Zeitlich ins Gewicht fällt auch nicht der Vertrieb der Produkte des Klägers über Ladenlokale, nachdem der Kläger selbst kein Ladenlokal betreibt und er nach seinen Angaben an Ladenbesitzer nur im Hinblick auf die von ihm seit Mai 2008 vertriebene Karaffe herangetreten ist.

Für einen Umfang der Tätigkeit des Klägers von weniger als 15 Stunden pro Woche ab 01.12.2007 spricht im Übrigen, dass der Kläger am 27.11.2007 einen Antrag auf Alg gestellt und hierbei angegeben hat, er übe ab 01.12.2007 eine Tätigkeit in der Beratung und im Vertrieb nur noch mit einer wöchentlichen Stundenzahl von 14 Stunden aus, und er am 28.11.2007 sein Haupt- in ein Nebengewerbe umgewandelt hat. Damit im Einklang steht auch, dass der Kläger am 10.04.2008 dem SG gegenüber angegeben hat, er habe ab 01.12.2007 seine Tätigkeit auf unter 15 Stunden "runtergefahren". Erst nachdem er die Alg ablehnenden Bescheide erhalten hat, hat er am 18.12.2007 das Gewerbe wieder rückwirkend zum 01.12.2007 in ein Hauptgewerbe umgemeldet.

Widerlegt wird dies auch nicht mit Hilfe des nunmehrigen Vortrags des Klägers, wonach er vor und nach dem 01.12.2007 den Umfang der selbständigen Tätigkeit nicht geändert habe. Abgesehen davon, dass dies den ersten Angaben des Klägers widerspricht, lässt eine früher verrichtete Tätigkeit nicht den Schluss darauf zu, dass diese weiterhin im bisherigen Umfang betrieben wird. Im Übrigen hat der Senat gewisse Zweifel, ob der Kläger vor dem 01.12.2007 tatsächlich mindestens 15 Stunden pro Woche für die selbständige Tätigkeit aufgewandt hat, nachdem auch in dieser Zeit der Umfang der Geschäftstätigkeit ausweislich der vorgelegten Einnahme- und Überschussrechnung für das Jahr 2007 und der stattgefundenen Kontakte im Jahr 2007 gering war.

Der Kläger kann eine mindestens 15-stündige Tätigkeit pro Woche auch nicht darauf stützen, dass er von der Beklagten in Zusammenhang mit seinem Arbeitslosengeldanspruch falsch beraten worden sei. Wie das SG zutreffend und in nicht zu beanstandender Weise ausgeführt hat, weshalb hierauf gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) verwiesen wird, könnte - auch wenn hier eine Falschberatung vorgelegen hätte - mit Hilfe eines sich hieraus ergebenden sozialrechtlichen Herstellungsanspruch die Tatsache, dass der Kläger keine 15 Stunden pro Woche für die selbständige Tätigkeit ab 01.12.2007 aufgewandt hat, nicht korrigiert werden. Bei der Verrichtung der selbständigen Tätigkeit handelt es sich um ein tatsächliches Tun. Dies kann mit einem Verwaltungshandeln, mit dem allein der sozialrechtliche Herstellungsanspruch verwirklicht wird, nicht ersetzt werden. In diesem Fall besteht nur die Möglichkeit, den eventuell bestehenden Anspruch wegen einer Falschberatung als Schadensersatzanspruch gemäß [§ 839](#) Bürgerliches Gesetzbuch beim Landgericht als Amtshaftungsanspruch geltend zu machen. Die Sozialgerichte sind hierfür nicht zuständig. Eine diesbezügliche beim SG erhobene Klage hat der Kläger folgerichtig zurückgenommen.

Unter Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte ist davon auszugehen, dass der Kläger ab 01.12.2007 weniger als 15 Stunden pro Woche für die selbständige Tätigkeit aufgewandt hat. Er hatte damit keinen Anspruch mehr auf einen GZ. Der Weiterbewilligungsbescheid war von Anfang an rechtswidrig.

Der Kläger kann sich auch nicht auf Vertrauensschutz berufen, weil er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nicht kannte oder zumindest infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#)). Der Kläger wusste oder hätte auf Grund der Anlage zum Bescheid auf GZ vom 19.11.2007 zumindest wissen können, dass der Anspruch auf den GZ eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit voraussetzt. Dass eine hauptberufliche Tätigkeit eine Tätigkeit im Umfang von mindestens 15 Stunden pro Woche voraussetzt, wusste er oder hätte er durch die Ausführungen im Merkblatt für Arbeitslose I, das er, wie er durch seine Unterschrift auf dem Antrag auf Alg durch seine Unterschrift bestätigt hat, erhalten hat, auf Grund einfachster Überlegungen wissen können.

Das Merkblatt I für Arbeitslose (Stand April 2003) enthält insoweit unter Ziff. 1.3. "Arbeitslosigkeit" folgende Hinweise: "Sie sind arbeitslos, wenn Sie vorübergehend in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen und eine Beschäftigung suchen. Arbeitslos sind Sie auch, wenn Sie eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung als Arbeitnehmer oder Tätigkeit als Selbständiger oder mithelfender Familienangehöriger ausüben. Der Anspruch entfällt also, wenn die aufgenommene Beschäftigung oder Tätigkeit 15 Stunden wöchentlich erreicht bzw. übersteigt. In Ihrem eigenen Interesse sollten Sie jede Beschäftigung oder Tätigkeit vor deren Beginn Ihrem Arbeitsamt anzeigen".

Dass dem Kläger das Entfallen der Voraussetzungen auf den GZ bekannt war, ergibt sich auch daraus, dass er im Zusammenhang mit der Ummeldung des Gewerbes von einem Haupt- in ein Nebengewerbe einen Antrag auf Alg gestellt hat.

Rechtsgrundlage für die Aufhebung der freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 28a SGB III](#) ist [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#) in Verbindung mit [§ 330 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#). Danach ist der Bescheid mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse an aufzuheben, wenn und soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt und - wie hier allein einschlägig - der Betroffene wusste oder nicht

wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder teilweise weggefallen ist.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Denn der Kläger hatte ab dem 01.12.2007 keinen Anspruch mehr auf ein Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag aufgrund der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich ([§ 28a Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)).

Wie oben ausgeführt war der Kläger ab 01.12.2007 keine 15 Stunden pro Woche mehr selbständig tätig.

Dass das Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag gem. [§ 28 a SGB III](#) eine selbständige Tätigkeit im Umfang von mindestens 15 Stunden pro Woche voraussetzt, hätte der Kläger zumindest wissen können, nachdem er in seinem Antrag auf freiwillige Weiterversicherung vom 29.03.2007 angab, dass er als Selbständiger mindestens 15 Stunden wöchentlich tätig sei. Auch aus dem Bewilligungsbescheid vom 05.04.2007 ergibt sich, dass das Versicherungspflichtverhältnis mit Ablauf des Tages, an dem eine selbständige Tätigkeit letztmals verrichtet wird, endet ([§ 28a Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB III](#)). Dasselbe geht auch aus dem dem Merkblatt "Freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung" beigefügten Auszug aus dem SGB III hervor. Den Erhalt dieses Merkblatts hat der Kläger mit seiner Unterschrift im Antrag vom 03.04.2007 bestätigt.

Auch die Aufhebung der Weiterbewilligung der freiwilligen Versicherung erweist sich daher als rechtmäßig. Ermessen hatte die Beklagte bei ihrer Entscheidungen nicht auszuüben ([§ 330 Abs. 3 SGB III](#)).

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-02-01