

L 13 AL 1008/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 12 AL 7402/09
Datum
25.01.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 1008/10
Datum
15.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Eine Entgeltersatzleistung ist im Sinne des [§ 28a SGB III](#) auch dann bezogen, wenn lediglich ein Stammrecht besteht, der Auszahlungsanspruch aber in Folge einer Sperrzeit nach [§ 144 Abs 1 S 2 Nr 1 SGB III](#) ruht.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 25. Januar 2010 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger dessen außergerichtliche Kosten auch im Berufungsverfahren zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger aufgrund seines Antrags vom 2. September 2009 seit dem 21. September 2009 in der Arbeitslosenversicherung in einem Versicherungspflichtverhältnis nach [§ 28a SGB III](#) steht.

Der 1970 geborene Kläger stand vom 15. September 1999 bis 18. Juli 2008 sowie ab dem 1. September 2008 in einem Beschäftigungsverhältnis. Letzteres wurde durch Aufhebungsvertrag vom 29. Mai 2009 zum 17. Juli 2009 beendet; eine Abfindungszahlung erhielt der Kläger nicht.

Am 26. Juni 2009 meldete sich der Kläger zum 18. Juli 2009 arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg). Mit Bescheid vom 17. Juli 2009 stellte die Beklagte den Eintritt einer zwölfwöchigen Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe für die Zeit vom 18. Juli 2009 bis 9. Oktober 2009 fest. Während dieser Zeit ruhe der Anspruch auf Alg; der Kläger erhalte Alg erst nach Ablauf der Sperrzeit. Der Kläger hat diesen Bescheid nicht angefochten.

Ab dem 21. August 2009 trat der Kläger mehrfach wegen eines Gründungszuschusses an die Beklagte heran. Am 21. August 2009 teilte er der Beklagten entsprechend dem dort gefertigten Aktenvermerk mit, "Selbständigkeit beginnt im September". Am 2. September 2009 teilte der Kläger telefonisch mit, die Selbständigkeit beginne am 9. September 2009. Im Übrigen findet sich folgender Vermerk in der Akte der Beklagten: "Anruf Kunde, wünscht Antrag zur Freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung ([§ 28a SGB III](#)). Antrag mit Datum der Antragstellung = 02.09.09 und Datum der Antragsabgabe spätestens am ? 01.12.09 sowie MB über Serviceplatz zugesandt. Ticket an Team Leistungsgewährung. Über allgemeine Auskünfte zur freiwilligen Weiterversicherung nach den Gesprächsleitfäden sowie FAQ wurde der Kunde/in informiert."

Am 2. September 2009 (von der Beklagten im Antrag vorgedruckt; Eingang bei der Beklagten am 30. September 2009) beantragte der Kläger bei der Beklagten die "freiwillige Weiterversicherung" in der Arbeitslosenversicherung.

Am 21. September 2009 weitete der Kläger seine zuvor als Nebentätigkeit ausgeübte selbständige Tätigkeit zu einer Vollzeittätigkeit im Bereich „Industrieberatung, Hardware, Software, Handel“ aus. Eine entsprechende Gewerbeummeldung erfolgte am 20. September 2009 mit Wirkung zum 21. September 2009. Für die selbständige Tätigkeit gewährte die Beklagte mit Bescheid vom 30. September 2009 einen Gründungszuschuss in Höhe von zunächst 1.954,50 Euro.

Mit einem weiteren Bescheid vom 30. September 2009 lehnte die Beklagte den Antrag auf freiwillige Weiterversicherung ab, da der Kläger unmittelbar vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit weder in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden, noch - wegen der Sperrzeit

- eine Entgeltersatzleistung tatsächlich bezogen habe.

Mit seinem Widerspruch vom 1. Oktober 2009 machte der Kläger geltend, er sei nicht darüber informiert worden, dass es für die Weiterversicherung auf den tatsächlichen Bezug von Alg ankomme; auch das Merkblatt enthalte keinen entsprechenden Hinweis. Bei entsprechender Information hätte er ohne Weiteres die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit auf ein Datum nach Beginn der tatsächlichen Zahlung von Alg verschieben können.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 2009 zurück. Sie führte zur Begründung u.a. aus, der Kläger sei durch das Hinweisblatt zur Weiterversicherung über das Erfordernis der Unmittelbarkeit informiert worden; für dessen Erhalt habe er am 18. September 2009 unterschrieben.

Hiergegen hat der Kläger am 5. November 2009 beim Sozialgericht Stuttgart (SG) Klage erhoben. Über sein bisheriges Vorbringen hinaus trug der Kläger vor, als Planungsgrundlage für die Aufnahme der hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit hätten ihm die Hinweisblätter und -schriften sowie die Internetangebote der Beklagten, der Industrie- und Handelskammer sowie des Bundes- und Landeswirtschaftsministeriums gedient. Keiner habe er entnehmen können, dass es für die Unmittelbarkeit der Entgeltersatzleistung auf den tatsächlichen Bezug ankomme. Auch bei konkreten Nachfragen bei der Beklagten habe er keine entsprechenden Hinweise bekommen.

Mit Urteil vom 25. Januar 2010 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 30. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2009 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger ab 21. September 2009 in einem Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag nach [§ 28a SGB III](#) steht. Entgegen der Ansicht der Beklagten erfülle der Kläger auch die Voraussetzung des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#), dass der Antragsteller unmittelbar vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung, die zur freiwilligen Weiterversicherung berechtige, in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden oder eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III bezogen habe. "Unmittelbar" bedeute, dass die Unterbrechung nicht mehr als einen Monat betrage. Das allein in Betracht kommende Versicherungspflichtverhältnis der Beschäftigung habe bei Beginn der selbständigen Vollzeittätigkeit bereits mehr als einen Monat zurück gelegen. Der Kläger habe jedoch innerhalb eines Monats vor der Aufnahme am 21. September 2009 eine Entgeltersatzleistung "bezogen". Hierzu reiche ein Anspruch dem Grunde nach aus, wenn dieser wegen einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ruhe. Nach seinem Wortsinn lege der "Bezug" grundsätzlich den tatsächlichen Erhalt der Leistung nahe, so dass ein Ruhen des Leistungsanspruches nicht dem Bezug gleichzustellen sei. Auch die Regelungen des SGB III zeigten, dass der Gesetzgeber sprachlich zwischen dem Bezug von Leistungen und dem Bestehen des Anspruches dem Grunde nach unterscheide. So sei in [§ 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB III](#), abweichend von der hier fraglichen Regelung, als Tatbestandsvoraussetzung für den Gründungszuschuss ein "Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach diesem Buch" normiert. Der Existenzgründungszuschuss nach [§ 421f SGB III](#) setze hingegen voraus, dass der Existenzgründer in engem zeitlichen Zusammenhang "Entgeltersatzleistungen nach diesem Buch bezogen hat". Hierzu werde jedoch in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass trotz des Wortlauts das Alg nicht zur Auszahlung gekommen sein müsse; auch ein Ruhen des Anspruches auf eine Entgeltersatzleistung schließe eine Förderung nicht per se aus. Diese Auffassung stütze sich auf die Regelung des [§ 421f Abs. 2 Satz 4 SGB III](#): Lagen die Voraussetzungen für ein Ruhen des Anspruchs bei Sperrzeit nach [§ 144 SGB III](#) vor, verkürze sich die Dauer der Förderung entsprechend der Dauer der Sperrzeit unter Berücksichtigung der bereits verstrichenen Dauer der Sperrzeiten. Diese Regelung mache zumindest deutlich, dass auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Ruhen des Leistungsanspruches wegen Sperrzeit entweder dem "Bezug" der Leistung oder einem engen zeitlichen Zusammenhang nicht entgegenstehe. Auch das BSG habe zur ähnlich formulierten Regelung des § 55a AFG entschieden, dass der Begriff "Bezug" hinsichtlich der Bedeutung des Ruhens je nach dem Sachzusammenhang verschiedene Auslegungen zulasse. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift habe das Gericht eine "erweiternde Auslegung" des Wortlauts vorgenommen, wonach auch ein wegen Eintritts einer Sperrzeit - zeitlich begrenzt - ruhender Anspruch ausreichend sei. Entscheidend sei dabei, dass trotz der Unterbrechung des Leistungsbezugs durch den Ruhenstatbestand das Stammrecht erhalten bleibe, so dass der Arbeitslose nach der Unterbrechung die Leistung wieder beanspruchen könnte, wenn die Förderung nicht stattfände. Hiervon ausgehend könne sowohl nach gesetzgeberischer Vorstellung als auch nach der Rechtsprechung des BSG jedenfalls in Einzelfällen ein ruhender Leistungsanspruch für den "Bezug" der Leistung genügen. Maßgeblich sei insoweit der Zweck der jeweiligen Regelung bzw. gegebenenfalls der erkennbare gesetzgeberische Wille. Zweck des [§ 28a SGB III](#) sei es, einem eng begrenzten Kreis von Personen, die bisher in der Arbeitslosenversicherung pflichtversichert waren, einen Verbleib als Pflichtversicherte in der Arbeitslosenversicherung zu ermöglichen. Weiter heiße es in der Gesetzesbegründung zu [§ 28a Abs. 1 SGB III](#), die geforderten Vorversicherungszeiten und Anknüpfungstatbestände gewährleisteten, dass von dem Privileg der Versicherungsberechtigung nur Personen profitierten, die der Versichertengemeinschaft bereits in der Vergangenheit angehört hätten. Zweck der Regelungen des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) und 2 SGB III sei es sicherzustellen, dass nur solche Personen in den Genuss der Weiterversicherung käme, die einen engen Bezug zur Pflichtversicherung der Arbeitslosenversicherung aufwiesen. Dieser Bezug werde vermittelt durch ein Versicherungspflichtverhältnis i.S.d. [§ 26 SGB III](#) oder durch Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III. [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) konkretisiere diese Verbindung hinsichtlich einer ausreichend langen Zugehörigkeit zum Versicherungssystem in zeitlichem Zusammenhang mit der Aufnahme der Beschäftigung oder Tätigkeit, die zur Weiterversicherung berechtige. Die Regelung der Nr. 2 verschärfe zusätzlich die Anforderungen an die Aktualität der Verbindung zum Versicherungssystem. Die Zugehörigkeit zum Versicherungssystem der Arbeitslosenpflichtversicherung werde jedoch durch eine - zeitlich begrenzte - Unterbrechung der Anknüpfungstatbestände nicht gelöst, wenn in dieser der Leistungsanspruch lediglich sperrzeitbedingt ruhe. Denn der bereits entstandene Alg-Anspruch dem Grunde nach (Stammrecht) schaffe eine Verbindung zwischen der - versicherungspflichtigen - Beschäftigung und der zur Weiterversicherung berechtigenden Beschäftigung oder Tätigkeit, die eine Zugehörigkeit des Arbeitslosen zur Arbeitslosenpflichtversicherung aufrecht erhalte. Dies gelte jedenfalls in den Fällen, in denen nach Ablauf der Sperrzeit der Arbeitslose ohne die zur Weiterversicherung berechtigende Beschäftigung oder Tätigkeit Alg beziehen würde. Dem Zweck des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) sei daher auch dann genügt, wenn bei Aufnahme der Beschäftigung oder Tätigkeit i.S.d. [§ 28a SGB III](#) der Leistungsanspruch bereits entstanden sei und lediglich sperrzeitbedingt ruhe.

Gegen das ihr am 3. Februar 2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 1. März 2010 beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) Berufung eingelegt. [§ 28a SGB III](#) stelle eine grundsätzlich eng auszulegende Ausnahmenvorschrift dar. Insofern sei dem Wortlaut der Regelung besondere Bedeutung beizumessen. Der Gesetzgeber stelle in [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) auf den Bezug einer Entgeltersatzleistung nach dem SGB III ab. Somit könnten Zeiten, in denen der Anspruch auf Alg wegen Eintritts einer Sperrzeit ruhe nicht anerkannt werden. Auch seien die Weisungen der Beklagten mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) abgestimmt. Diese Durchführungsanweisungen zu § 2 seien im Januar 2011 aktualisiert worden, die bisher vertretene Rechtsauffassung werde beibehalten. Unabhängig von einer Auswertung des Urteils des BSG vom 24. November 2010 ([B 11 AL 12/10 R](#)) durch das BMAS werde auf die

Kommentierung von Ulmer in BeckOK, SGB III verwiesen, wonach eine Entgeltersatzleistung nicht bezogen werde, wenn der Anspruch wegen einer Sperrzeit ruhe. Der Beklagten seien keine Kommentierungen bekannt, in denen die Auffassung vertreten werde, dass mit der Regelung des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) nicht der tatsächliche Bezug sondern das Stammrecht zur Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ausreiche.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 25. Januar 2010 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger trägt vor, es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb [§ 28a SGB III](#) als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen sei. Im Gegenteil sei es Sinn und Zweck der Norm, den Eintritt in die Selbständigkeit zu erleichtern und diesen Personenkreis im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherungsvorschriften abzusichern. Insbesondere sei kein nachvollziehbarer Grund dafür ersichtlich, dass der Eintritt in die Versicherung nur dann möglich sein solle, wenn der Leistungsempfänger gleichzeitig Leistungen nach dem SGB III erhalte. Im konkreten Fall sei der Kläger nicht vollständig beraten worden, sondern es seien ihm lediglich Informationsmaterialien zur Verfügung gestellt worden. Dem Kläger wäre es problemlos möglich gewesen, den Antrag auch zu einem späteren Zeitpunkt zu stellen. Es bestehe auch ein Anspruch auf den Abschluss der Versicherung wegen eines sozialversicherungsrechtlichen Wiederherstellungsanspruchs. Die Beklagte habe nicht ausreichend auf die Einhaltung von Fristen hingewiesen. Im Gegenteil trage die Beklagte selbst vor, der Kläger sei erst am 2. September 2009 im Rahmen eines von ihm initiierten Telefonats auf [§ 28a SGB III](#) hingewiesen worden. Er habe hierauf sofort seinen Antrag gestellt. Bei vollständiger und richtiger Beratung hätte er den Antrag aber rechtzeitig gestellt.

Die Rechtslage wurde in einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 18. Februar 2010 mit den Beteiligten erörtert. Wegen des Inhalts der Erörterungen wird auf Blatt 31 bis 33 der Berufungsakte Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Berufungsakte des LSG sowie die beigezogenen Akten des SG und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Nachdem sich die Beteiligten hiermit einverstanden erklärt hatten, konnte der Senat den Rechtsstreit gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

Die gem. [§§ 143, 144 Abs. 1 SGG](#) statthafte Berufung ist zulässig, sie ist form- und fristgerecht [§ 151 Abs. 1 SGG](#) eingelegt. Sie ist jedoch unbegründet. Der Senat weist die Berufung aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung als unbegründet zurück ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Das Versicherungssystem der Arbeitslosenversicherung beruht auf der Basis einer beitragszahlenden Versichertengemeinschaft. Dabei knüpft das Versichertsein an die Versicherungspflicht all derjenigen Personen, die in einem Versicherungspflichtverhältnis stehen, die also im Sinne des [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) als Beschäftigte (vgl. dazu [§ 25 SGB III](#)) oder aus sonstigen Gründen (vgl. dazu [§ 26 SGB III](#)) versicherungspflichtig sind. Insoweit handelt es sich um das Zwangssystem einer Pflichtversicherung für die in [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) genannten Personen u.a. gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit. Die Mitgliedschaft tritt unmittelbar kraft Gesetzes, also ohne Zutun oder Willen des Betroffenen, ein (Schlegel in Eicher/ Schlegel, SGB III, § 28a Rn. 1). [§ 24 Abs. 2 SGB III](#) bestimmt insoweit, dass das Versicherungspflichtverhältnis für Beschäftigte mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis oder mit dem Tag nach dem Erlöschen der Versicherungsfreiheit, für die sonstigen Versicherungspflichtigen mit dem Tag, an dem erstmals die Voraussetzungen für die Versicherungspflicht erfüllt sind, beginnt. Insoweit ist der Eintritt in die Arbeitslosenversicherung zwingend und nicht freiwillig.

Lediglich im Rahmen des [§ 28a SGB III](#) räumt der Gesetzgeber bestimmten Personen das Recht ein, aufgrund eigener Willensbildung über den Eintritt in die Arbeitslosenversicherung zu entscheiden (im SGB VI vgl. den ähnlichen [§ 4 SGB VI](#)). Hat eine nach [§ 28a SGB III](#) - hier in der ab 1. August 2008 geltenden Fassung - berechtigte Person einen entsprechenden Antrag gestellt, so wird unmittelbar mit dem Tag der Antragstellung bzw. mit dem Tag des Vorliegens der Voraussetzungen des [§ 28a Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) das Versicherungspflichtverhältnis begründet ([§ 28a Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)); das so begründete Versicherungspflichtverhältnis führt eine früher bestehende Versicherungspflicht nicht fort (Schlegel a.a.O. Rn. 29), begründet aber ein in Art, Inhalt und Umfang der in [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) enthaltenen Versicherungspflicht gleichartiges Versicherungspflichtverhältnis zwischen dem Betroffenen und der Beklagten. Dieses Versicherungspflichtverhältnis kann nur unter den Voraussetzungen des [§ 28a Abs. 2 Satz 2 SGB III](#), nicht jedoch auf freiwilliger Willensentscheidung des Versicherten beendet werden, wodurch sich die Antragspflichtversicherung des [§ 28a SGB III](#) von einer freiwilligen Versicherung unterscheidet.

Vorliegend wurde auf den Antrag des Klägers vom 2. September 2009 mit Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 21. September 2009 Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung im Sinne des [§ 28a Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) begründet. An diesem Tag hat der Kläger eine selbständige Tätigkeit von mehr als 15 Stunden wöchentlich aufgenommen (zum Begriff der selbständigen Tätigkeit vgl. BSG, Urteil vom 3. Juni 2009 - [B 12 AL 1/08 R - SGB 2009, 469](#) - juris) - zuvor hatte es sich lediglich um eine selbständige Nebentätigkeit im Umfang von weniger als 15 Stunden gehandelt -, sodass die Versicherungspflicht nach [§ 28 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) an diesem Tag eintrat.

Voraussetzung für die Versicherungspflicht ist nach [§ 28 a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) in der hier maßgeblichen, bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung, dass (1.) der Antragsteller innerhalb der letzten 24 Monate vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis nach den Vorschriften des Ersten Abschnitts [des SGB III] gestanden, eine Entgeltersatzleistung nach diesem Buch [SGB III] bezogen oder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung ausgeübt hat, die ein Versicherungspflichtverhältnis oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach diesem Buch [SGB III] unterbrochen hat, (2.) der Antragsteller unmittelbar vor Aufnahme der Tätigkeit oder Beschäftigung, die zur freiwilligen Weiterversicherung berechtigt, in einem Versicherungspflichtverhältnis nach den Vorschriften des Ersten Abschnitts [des SGB III] gestanden, eine Entgeltersatzleistung nach diesem Buch [SGB III] bezogen oder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung ausgeübt hat, die ein

Versicherungspflichtverhältnis oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach diesem Buch [SGB III] unterbrochen hat und (3.) Versicherungspflicht (§§ 26, 27 [SGB III]) anderweitig nicht besteht.

Der Kläger ist in seiner selbständigen Tätigkeit, aber auch in einer sonstigen abhängigen Beschäftigung (dazu siehe SG Berlin, Gerichtsbescheid vom 24. November 2008 - [S 70 AL 745/07](#) - juris), weder nach §§ 25, 26, (27) SGB III versicherungspflichtig, noch versicherungsfrei (§§ 27, 28 SGB III; dazu siehe BSG, Urteil vom 2. März 2010 - [B 12 AL 1/09 R](#) - SozR 4-4300 § 28a Nr. 1 = juris). Auch hat der Kläger den Antrag im Sinne des [§ 28a Abs. 3 SGB III](#) rechtzeitig gestellt.

Nach den vorliegenden Arbeitsbescheinigungen ist der Kläger vom 15. September 1999 bis 18. Juli 2008 (Fa. Datacom) und vom 1. September 2008 bis zum 17. Juli 2009 in einem beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis tätig gewesen und hat damit innerhalb der letzten 24 Monate vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 21. September 2009 mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis i.S.d. [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) gestanden.

Der Kläger stand dagegen nicht innerhalb eines Monats ("unmittelbar") vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 21. September 2009 in einem Versicherungspflichtverhältnis. Ob der Kläger hinsichtlich des unmittelbaren Anschlusses der selbständigen Tätigkeit an ein Versicherungspflichtverhältnis von der Beklagten zutreffend beraten worden war, kann offen bleiben. Denn auch im Rahmen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs können nur Behördenhandlungen korrigiert werden (zu den Voraussetzungen vgl. z.B. LSG, Urteil vom 26. Februar 2010 - [L 12 AL 2563/09](#) - juris Rn. 27); tatsächliches Verhalten des Klägers - also die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit am 21. September 2009 - kann nicht revidiert werden.

Auch hat der Kläger vor Beginn der selbständigen Tätigkeit keine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Beschäftigung, die ein Versicherungspflichtverhältnis nach den Vorschriften des Ersten Abschnitts des SGB III oder den Bezug einer laufenden Entgeltersatzleistung nach dem SGB III unterbrochen hat, unmittelbar vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit ausgeübt.

Der Kläger hat jedoch unmittelbar vor Aufnahme der zur Antragspflichtversicherung nach [§ 28a SGB III](#) berechtigenden selbständigen Tätigkeit eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III bezogen. Der Begriff der Entgeltersatzleistungen ist in [§ 116 SGB III](#) definiert. Hiernach sind Entgeltersatzleistungen (1.) Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit und bei beruflicher Weiterbildung, (2.) Teilarbeitslosengeld bei Teilarbeitslosigkeit, (3.) Übergangsgeld bei Teilnahme an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, (4.) Kurzarbeitergeld für Arbeitnehmer, die infolge eines Arbeitsausfalles einen Entgeltausfall haben, (5.) Insolvenzgeld für Arbeitnehmer, die wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers kein Arbeitsentgelt erhalten (zu einer erweiternden Auslegung vgl. Schlegel a.a.O. Rn. 65; a.A. Scheidt in Mutschler/ Bartz/ Schmidt-De Caluwe, SGB III, 3. Auflage, Rn. 48; Sächsisches LSG, Urteil vom 24. September 2008 - [L 3 AL 193/07](#) - juris (anhängig beim BSG unter dem Az. [B 12 AL 2/10 R](#))). Von diesen Entgeltersatzleistungen kommt vorliegend nur das Arbeitslosengeld (Alg) im Sinne des [§ 116 Nr. 1 SGB III](#) in Betracht. Denn der Kläger hatte in Folge seiner Arbeitslosigkeit ab dem 18. Juli 2009 ein Stammrecht auf Alg erworben. Der monatliche Auszahlungsanspruch ruhte jedoch wegen des bestandskräftig festgestellten Eintritts einer Sperrzeit für die Zeit vom 18. Juli 2009 bis zum 9. Oktober 2009 ([§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)); andere Ruhestatbestände - insbesondere derjenige des [§ 143](#) und des [§ 143a SGB III](#) - sind nicht erfüllt.

Der Begriff des "Bezugs" von Entgeltersatzleistungen ist auslegungsbedürftig. Bei der Auslegung ist am Wortlaut der Vorschrift anzusetzen; jedoch ist es nicht zwingend geboten, diesen Wortlaut wegen der vom Gesetzgeber in [§ 28a SGB III](#) ausnahmsweise eingeräumten Möglichkeit, sich "freiwillig" in der Arbeitslosenversicherung weiterzuversichern, eng auszulegen. Vielmehr gebieten Sinn und Zweck und auch die systematischen Zusammenhänge der Norm die vom SG gefundene Auslegung; diese widerspricht nicht dem Wortlaut, überschreitet diesen auch nicht.

Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, steht das Ruhen des Zahlungsanspruchs regelmäßig dem Bezug von Alg entgegen, denn als Bezug ist regelmäßig nur das tatsächliche Erhalten einer Leistung zu verstehen. Eine solche Leistung - auch Alg - hat der Kläger unmittelbar vor Beginn seiner Selbständigkeit am 21. September 2009 nicht tatsächlich erhalten. Dennoch sind die Voraussetzungen der Versicherungspflicht im Sinne des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) erfüllt, denn diese enge Auslegung des Begriffs "Bezug" in anderen Vorschriften des SGB III lässt sich auf [§ 28a SGB III](#) nicht übertragen.

Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, wird auch bei einigen anderen Vorschriften des SGB III der Begriff des "Bezugs" einer Leistung nicht alleine auf das bloße tatsächliche Erhalten der Leistung beschränkt verstanden. Dies hat das BSG in der mittlerweile veröffentlichten Entscheidung vom 24. November 2010 ([B 11 AL 12/10 R](#)) erneut unter Verweisung auf die frühere Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 17. Oktober 1990 - [11 RAr 109/88](#) - SozR 3-4100 § 55a Nr. 2 = juris; BSG, Urteil vom 24. Juni 1993 - [11 RAr 1/92](#) - SozR 3-4100 § 55a Nr. 4 = juris; BSG, Urteil vom 21. März 2007 - [B 11a AL 11/06 R](#) - SozR 4-4300 § 57 Nr. 2 = juris; BSG, Urteil vom 18. Dezember 2008 - [B 11 AL 48/07 R](#) - SozR 4-4300 § 158 Nr. 4 = juris) bestätigt. In diesen zu § 55a AFG, [§ 57 SGB III](#) und [§ 158 SGB III](#) ergangenen Urteilen hat das BSG (a.a.O.) den Begriff des "Bezugs" unter Berücksichtigung des jeweiligen Sinn und Zwecks der Vorschriften ausgelegt. In der Literatur wird eine solche am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung auch zu [§ 421 SGB III](#) vorgeschlagen (vgl. Becker in Mutschler/ Bartz/ Schmidt-De Caluwe, SGB III, 3. Auflage, § 421 Rn. 19; Brandts in Niesel/ Brand, SGG, 5. Auflage, § 421 Rn. 5; so auch LSG, Urteil vom 28. November 2008 - [L 8 AL 589/08](#) - juris Rn. 21 ff; a.A. nachgehend BSG, Urteil vom 5. Mai 2010 - [B 11 AL 11/09 R](#) - juris Rn. 16). Dieser nicht am Wortlaut sondern am Sinn und Zweck des verwendeten Begriffs im Kontext der konkreten Vorschrift orientierten Auslegung ist auch bei [§ 28a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) zu folgen. Dass dem die Literatur bisher zu [§ 28a SGB III](#) nicht nachgekommen ist, steht der Entscheidung des Senats nicht entgegen.

Sinn und Zweck des [§ 28a SGB III](#) ist es - worauf das SG zutreffend hingewiesen hat - den Verbleib von bestimmten - zuvor in der Arbeitslosenversicherung pflichtversicherten - Personen in der Arbeitslosenversicherung zu gewährleisten, bei denen die Voraussetzungen für eine weitere Pflichtversicherung ("Versicherungspflichtverhältnis") nicht mehr vorliegen (Schlegel a.a.O. Rn. 2). Die Begründung des Gesetzentwurfs in [BT-Drucks 15/1515 Seite 78](#) führt aus, dass mit der Regelung zur freiwilligen Weiterversicherung das Gesetz bestimmten Personengruppen, die nicht kraft Gesetzes der Versichertengemeinschaft angehören, die Möglichkeit eröffne, sich freiwillig weiterzuversichern und damit ihren Versicherungsschutz aufrechtzuerhalten. Sie trage dem Versicherungsprinzip Rechnung und begünstige - anders als die bisherige Rahmenfristregelung - Personen, die den Bezug von Arbeitslosengeld durch die Pflege von Angehörigen oder die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit unterbrechen. [] Die Regelung übernehme als Voraussetzungen der Versicherungsberechtigung

für Pflegende und Existenzgründer die in der bisherigen Rahmenfristregelung des [§ 124 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1](#) und 3 SGB III normierten Tatbestände. [] Die im Übrigen geforderten Vorversicherungszeiten und Anknüpfungstatbestände gewährleisteten, dass von dem Privileg der Versicherungsberechtigung nur Personen profitierten, die der Versichertengemeinschaft bereits in der Vergangenheit angehört hätten. Ein unmittelbarer Anschluss im Sinne der Regelung liege vor, wenn die Unterbrechung nicht mehr als einen Monat betrage.

In diesem Sinne wird der Zweck der Vorschrift in der Literatur dahin verstanden, dass gerade die Aufnahme von Existenzgründern in den begünstigten Personenkreis dazu diene, die Gefahr des Verlustes erworbener Alg-Ansprüche im Falle des Scheiterns der Existenzgründung zu vermindern (Scheidt a.a.O. Rn. 12). Mittelbar solle damit, wie auch mit den entsprechenden Geldleistungen (z.B. Überbrückungsgeld gem. [§ 57 SGB III](#)), ein weiterer Anreiz geschaffen werden, Existenzgründungen zu erleichtern, um so die Arbeitslosigkeit des Existenzgründers zu vermeiden und ggf. die Einstellung von Arbeitnehmern durch diesen zu erleichtern (Scheidt a.a.O.).

Daher kann der Begriff des Bezugs einer Entgeltersatzleistung im Sinne des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) nur dahin verstanden werden, dass das Bestehen eines Stammrechts ausreicht. Denn anders würde demjenigen, der sich innerhalb eines Monats - also "unmittelbar" im Sinne des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) - nach Beendigung seiner Beschäftigung (im Sinne eines Versicherungspflichtverhältnisses nach [§ 24 Abs. 1 SGB III](#)) selbständig macht und auch demjenigen, der zunächst das Ende des sperrzeitbedingten Ruhens seines Alg-Anspruchs abwartet, anschließend Alg tatsächlich bezieht und sich dann selbständig macht, die Möglichkeit der Antragspflichtversicherung offen stehen. Demjenigen, der sich aber während eines sperrzeitbedingt ruhenden Alg-Anspruchs selbständig machen wollte, stünde diese Möglichkeit - nach Ablauf des ersten Monats der Arbeitslosigkeit - dagegen nicht zu. Damit wird - entgegen den in der [BT-Drucks 15/1515 Seite 78](#) zum Ausdruck gekommenen Motiven - gerade die rasche Beendigung der Arbeitslosigkeit nicht angereizt. Einen nachvollziehbaren Grund für diesen Widerspruch konnte auch die Beklagte nicht mitteilen.

Denn das Bestehen des Stammrechts auf Alg begründet gerade auch dann, wenn der Auszahlungsanspruch wegen einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe ([§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#)) ruht, einen unmittelbaren Bezug zu der im SGB III erfassten Versichertengemeinschaft und dem dort versicherten Risiko, als gerade die Beendigung der Beschäftigung das versicherte Risiko realisiert hat und die Auszahlung von Versicherungsleistungen direkt (also innerhalb von längstens zwölf Wochen) bevor steht. Insoweit vermittelt dieser Sachverhalt das auch in den Materialien zu [§ 28a SGB III](#) vorausgesetzte Näheverhältnis des Selbständigen zum Arbeitsmarkt (zum Näheverhältnis vgl. Schlegel a.a.O. Rn. 7) und dem Bezug von Alg, der mit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht nur unterbrochen, sondern schon von vornherein vermieden wird.

Dass Arbeitslosigkeit erst unter einer nach [§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) zu missbilligenden Aufgabe der versicherungspflichtigen Beschäftigung zustande gekommen ist, kann dem Betroffenen im Fall des [§ 28a SGB III](#) nach Überzeugung des Senats nicht entgegen gehalten werden. Denn mit dem BSG (Urteil vom 3. Juni 2009 - [B 12 AL 1/08 R](#) - juris Rn. 15) bedarf es des Schutzes der Weiterversicherung nach [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) bei Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit insbesondere dann, wenn die Tätigkeit das Bestehen von Arbeitslosigkeit mit den daran anknüpfenden Rechtsfolgen ausschließt. Das gilt nicht nur nach Ablauf einer Sperrzeit sondern auch bereits während des Laufs einer Sperrzeit nach [§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#).

Im Übrigen sieht sich der Senat auch durch die Regelungen zum Ende des Versicherungspflichtverhältnisses nach [§ 28a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) bestärkt. Nach dieser Vorschrift endet das Versicherungspflichtverhältnis wenn der Versicherungsberechtigte eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III bezieht. Damit können unter Zugrundelegung der Auslegung der Beklagten Konstellationen auftreten, in denen wegen der noch nicht tatsächlich bezogenen Entgeltersatzleistung die Beitragspflicht begründende Versicherungspflicht auch nach Eintritt des Versicherungsfalles bis zum tatsächlichen Einsetzen der Entgeltersatzleistung fortbestehen würde; dies wäre letztlich nicht zu rechtfertigen.

Dementsprechend ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass es im Rahmen des [§ 28a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) nicht auf den tatsächlichen Bezug sondern auf das Bestehen eines Stammrechts ankommt. Da im Fall des Klägers das erworbene Stammrecht auch unmittelbar vor Beginn der die Versicherungsberechtigung nach [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) begründenden selbständigen Tätigkeit bestanden hatte und auch die sonstigen Voraussetzungen des [§ 28a SGB III](#) erfüllt sind, ist auf den Antrag des Klägers vom 2. September 2009 hin am 21. September 2009 Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung eingetreten. Das Versicherungspflichtverhältnis hat bislang auch nicht im Sinne des [§ 28a Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) geendet; insbesondere hat der Kläger seine selbständige Tätigkeit nicht wieder auf unter 15 Stunden wöchentlich reduziert.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Dabei hat der Senat im Rahmen seines Ermessens insbesondere berücksichtigt, dass der Kläger in beiden Instanzen erfolgreich war.

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. ([§ 160 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-03-25