

L 9 AL 137/03

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
9

1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 34 AL 1228/01

Datum
11.03.2003

2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 9 AL 137/03

Datum
22.09.2005

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

I. Die Berufungen gegen die Urteile des Sozialgerichts München vom 11. März 2003 werden zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig sind ein Anspruch auf Arbeitslosengeld und ein zeitlich nachfolgender Anspruch auf Überbrückungsgeld.

Der 1967 geborene Kläger hat u.a. Ausbildungen als Koch, Speditionskaufmann ohne Abschluss sowie im Werkschutz. Er hat in all diesen Bereichen gearbeitet, zum Teil auch selbständig, zeitweise hat er auch bloße Hilfstätigkeiten verrichtet. Bei Ausübung des Berufs als Wachmann hat der Kläger eine Schlagstockverletzung erlitten. Dies machte mehrere Teiloperationen eines Fingers der linken Hand notwendig mit der Folge eines chronischen Schmerzsyndroms mit erheblichen Beeinträchtigungen auch der psychischen Befindlichkeit des Klägers. Von August 1996 bis Januar 1999 bezog der Kläger wechselweise Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrente von der LVA Oberbayern. Er ist anerkannter Schwerbehinderter, zudem Legastheniker.

Mit Bescheid vom 19.10.1999 bewilligte das Arbeitsamt I. dem Kläger ab 01.11.1999 Arbeitslosengeld mit einer Anspruchsdauer von 360 Tagen. Ab 01.12.1999 war der Kläger im Rahmen einer ABM-Maßnahme beim B. e.V., "B.", tätig. Zwecksetzung des als gemeinnützig anerkannten Vereins ist, die Interessen von Bankkunden in Bezug auf alle Bankdienstleistungen wahrzunehmen und generell auf den redlichen und vertrauensvollen Verkehr zwischen Banken und Kunden hinzuwirken. Aufgabe der ABM-Kraft war die generelle Hilfestellung bei der Entschuldung und Beratung von Schuldern im Umgang mit Banken und Versicherungen. Dies gegen ein Gehalt von monatlich 4.000,00 DM mit den üblichen Zulagen. Nach Auslaufen der für ein Jahr bewilligten ABM-Förderung war laut Genehmigungsvermerk die Übernahme des Klägers in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen.

Der Kläger, der privat eine 4 %-Beteiligung an einer parallel laufenden "B.-Betreuungs GmbH" erworben hatte, kündigte von sich aus zum 31.07.2000, da er ab 01.08.2000 eine feste Anstellung in der Firma "S., Selbsthilfeintegration Psychiatrieerfahrener" gefunden hatte. Ihm wurde jedoch trotz Bewilligung eines Eingliederungszuschusses in Höhe von 30 % von der S. kein Gehalt ausbezahlt. Er kündigte am 19.10.2000 zum 31.10.2000. Das Arbeitsamt zahlte ihm wegen Einstellung der Betriebstätigkeit der S. für die Monate August bis Oktober 2.000 Insolvenzgeld. Ab 01.11.2000 erhielt der Kläger, der seit 11.09.2000 arbeitsunfähig krankgeschrieben und bis zum 18.10. in klinischer fachpsychiatrischer Behandlung gewesen war, Krankengeld.

Seit 07.11.2000 sprach der Kläger laufend bei dem für ihn zuständigen Arbeitsberater G. vor. Nach den elektronisch gespeicherten Vermerken des Arbeitsberaters in den Vermittlungsunterlagen (BEWA) kam der Krankengeldbezug des Klägers dabei nicht zur Sprache, dem Drängen des Arbeitsberaters auf eine erneute Arbeitslosmeldung und Beantragung von Arbeitslosengeld widersetzte sich der Kläger danach ausdrücklich, lehnte auch eine ärztliche Untersuchung ab. Er suche eine Halbtagsstelle. In einer Eintragung des G. vom 13.03.2001 heißt es, der Kläger - der S. - habe den Wunsch geäußert, wieder per ABM dem B. zugewiesen zu werden, und habe angegeben, er sei nicht angenommen worden, als er sich im November letzten Jahres bei einer anderen, offenbar nicht zuständigen Arbeitsamtsdienststelle habe persönlich melden wollen, ebenso sei sein postalischer Antrag von dort wieder zurückgekommen. Des Weiteren habe der S. erzählt, dass er seit geraumer Zeit zwei Sekretärinnen auf 630,00 DM-Basis bei wöchentlich durchschnittlich 15 Stunden beschäftige.

In einer Eintragung des Arbeitsberaters vom 23.07.2001 ist vermerkt, der S. habe angerufen und wolle nunmehr einen Termin zur Arbeitslosmeldung, wenn auch nur für vier Wochen, da er sich dann mit Überbrückungsgeld selbständig machen wolle.

Am 24.07.2001 meldete sich der Kläger, der, wie nachfolgend seitens der Betriebskrankenkasse des S. D. mitgeteilt wurde, bis zum 31.07.2001 Krankengeld bezog, mit Wirkung vom 01.08.2001 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Er gab an, sich ab 01.09.2001 selbständig machen zu wollen. Auch schon bisher sei er, wie bereits bekannt, jedoch nur unter 15 Stunden wöchentlich selbständig tätig gewesen mit: Dem Verkauf von A.-Produkten, Insolvenzberatung und Schuldnerberatung über den B. e.V. und die B.-Insolvenz GmbH sowie Unternehmensberatung. Nach Abzug der Ausgaben für Büromiete, Fachzeitungen, allgemeine Bürokosten und den Steuerberater verblieben ihm monatlich 300,00 DM. Er beabsichtige, seine Tätigkeit als Selbständiger, die ab 01.09.2001 40 Stunden betragen werde, in eine GmbH überzuführen. Im August habe er Betriebsurlaub und keine Einnahmen. Anlässlich der Abgabe des Alg-Antrages am 26.07.2001 legte der Kläger noch zwei an ihn gerichtete Schreiben des Steuerberaters K., I., vom 25.07.2001 bei. Der K. bestätigte ihm darin einen bisherigen monatlichen Gewinn im Kalenderjahr 2001 von unter 300,00 DM, des Weiteren die Absicht, in der G.-Straße in I. eine Insolvenzberatungsstelle zu eröffnen. Er, der K., gehe davon aus, dass diese Tätigkeit mit Erfolg betrieben werden könne.

In einem nachfolgenden Vermerk des Arbeitsberaters G. in der BEWA vom 07.08.2001 heißt es, dass der Kläger - der S. - auf Einladung an diesem Tag persönlich vorgesprochen habe. Der S. habe zunächst gedrängt, sofort dran zu kommen, er müsse sofort in sein Büro beim B. zurück, sonst habe er Verdienstausschlag. Im späteren Verlauf habe er angegeben, dort täglich acht Stunden zu arbeiten und auch noch zusätzlich abends als Tellerwäscher tätig zu sein. Samstags sei er auch noch auf dem eigenen Bau tätig. Gleichwohl sollten ihm Vermittlungsvorschläge unterbreitet werden, da er von etwas leben müsse.

Der B. teilte dem Arbeitsamt auf Anfrage mit Schreiben vom 08.08.2001 mit: Der S. sei, um sich weiteres Wissen in der Schuldnerberatung anzueignen, seit Ende Januar 2001 in der dortigen Geschäftsstelle freiwillig und unentgeltlich tätig. Er stelle sich während der Bürozeiten von Montag bis Freitag täglich von 7.45 Uhr bis 11.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr zur Verfügung. Wegen der niedrig gehaltenen Mitgliedsbeiträge sei der Verein nicht in der Lage, bezahlte Mitarbeiter zu beschäftigen.

Am 09.08.2001 erschien der Kläger zu einem Termin beim Ärztlichen Dienst, gab jedoch nach Aufzeichnung der Arbeitsamtsärztin an, keine Zeit für eine Untersuchung zu haben, da er wieder in Arbeit müsse. Er habe darum gebeten, den Untersuchungstermin auf Dezember zu verschieben, wenn Schlechtwetter sei.

Mit Bescheid vom 10.08.2001 lehnte das Arbeitsamt den Antrag des Klägers auf Arbeitslosengeld ab. Der Kläger sei nicht arbeitslos. Er sei mehr als kurzzeitig als Arbeitnehmer tätig. Zwar übe er eine ehrenamtliche Tätigkeit aus, diese sei aber einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich und schließe daher Arbeitslosigkeit aus.

Der Kläger erhob durch Rechtsanwalt K. aus I. als Verfahrensbevollmächtigtem Widerspruch. Der Widerspruchsführer, so sein Verfahrensbevollmächtigter, sei nicht als Arbeitnehmer tätig. Er übe seine Tätigkeit beim B. ehrenamtlich aus. Er erziele dabei keinerlei Einkünfte, wie der B. schriftlich bestätigt habe. Der Widerspruchsführer benötige eine sinnvolle Tätigkeit im Hinblick auf seine psychische Stabilität. Müsse er den ganzen Tag untätig zu Hause sitzen, so würde seine Neigung zu Depressionen ansteigen. Der S. stehe jederzeit für eine Tätigkeit gegen eine übliche Vergütung zur Verfügung. Seine Tätigkeit beim B., die ihn mit Bürotätigkeiten vertraut mache, erleichtere eine weitere Vermittlung. Die GmbH sei noch gar nicht gegründet, könne also noch nicht wirtschaftlich tätig werden, so dass auch keine Einkünfte erzielt werden könnten.

Das Arbeitsamt wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 24.08.2001 als unbegründet zurück.

Ehrenamtliche Tätigkeiten, die nur als solche ausgeführt werden könnten, seien zwar keine Beschäftigungen im Sinne des [§ 7](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Eine ehrenamtliche Tätigkeit, die einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich sei und mindestens 15 Stunden wöchentlich ausgeübt werde, schließe jedoch Arbeitslosigkeit aus. Dies treffe nach dem, was der B. mit Schreiben vom 08.08.2001 mitgeteilt habe, auch auf die dortige Tätigkeit des Klägers zu. Es handle sich danach um eine Beschäftigung, die ihrer Art nach als allgemeine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden könne, was schon daraus hervorgehe, dass der Widerspruchsführer bereits von Dezember 1999 bis Juli 2000 in gleicher Weise beim B. gegen ein Gehalt von 4.000,00 DM monatlich beschäftigt gewesen sei. Entgeltlichkeit sei zwar ein typisches, jedoch kein notwendiges Kriterium eines der Arbeitslosigkeit ausschließenden Beschäftigungsverhältnisses. Im Hinblick auf das Vorbringen, dass sich der Widerspruchsführer beim B. auch Kenntnisse in der Schuldnerberatung aneigne, da er sich in diesem Bereich selbständig machen wolle, könne man seine dortige Tätigkeit insoweit auch mit einem unentgeltlichen Praktikum vergleichen, was gleichfalls eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung darstelle.

Dagegen hat der Kläger, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt K. aus I., Klage zum Sozialgericht (SG) München erhoben ([S 34 AL 1228/01](#)).

In der Klagebegründung vom 14.09.2001 wiederholte der Klägervertreter im Wesentlichen die bereits im Widerspruchsverfahren vorgetragenen Argumente, insbesondere, dass eine ehrenamtliche Tätigkeit, die nicht auf eine Vergütung abziele, keine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung sein könne. Es treffe nicht zu, dass die Beschäftigung beim B. grundsätzlich einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich sei. Die Tätigkeit werde als ABM-Maßnahme gefördert. Der B. habe klar gestellt, dass eine Eigenfinanzierung, also ein normales Beschäftigungsverhältnis, im Hinblick auf die finanzielle Situation des Vereins nicht möglich sei. Dem lag ein Antrag des B. vom 15.03.2001 auf Aufstockung der ABM-Förderung bei. Die anfallenden Arbeiten in der Geschäftsstelle seien von einer hauptberuflichen Person, - dem Nachfolger des Klägers S. R. - nicht mehr zu bewältigen, der Kläger möge als zusätzliche ABM-Kraft genehmigt werden.

Die Beklagte hielt in ihrer Klageerwidlung daran fest, dass aus dem Umstand, dass die Tätigkeit des Klägers für den B. vormals bei ihm und nachfolgend bei dem arbeitslosen S. R. im Rahmen einer ABM gefördert worden sei, umgekehrt gefolgert werden müsse, dass diese Tätigkeit ihrer Art nach grundsätzlich einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich sei und nicht nur ehrenamtlich ausgeübt werden könne, somit Arbeitslosigkeit ausschließe. Die Arbeitslosenversicherung sei nicht dazu gedacht, ein breites Spektrum gesamtgesellschaftlich sinnvoller Arbeiten, die auch ehrenamtlich ausgeübt würden, zu finanzieren. Anderenfalls würden auch private Vereinigungen und Unternehmen, die im Interesse der Allgemeinheit liegende Dienstleistungen erbrächten, in die Lage versetzt werden, Arbeitslose auf Kosten der Beitragszahler als billige Arbeitskräfte zu gewinnen und ihre Dienste auf diese Weise wesentlich günstiger als ihre Mitbewerber anbieten zu können. Bei einer derartigen Ausweitung des Spektrums nicht anspruchsschädlicher über kurzzeitiger Beschäftigungen bestünde überdies die Gefahr, dass dies zu Lasten der Eigenbemühungen der Arbeitslosen ginge, eine Beschäftigung im allgemeinen Erwerbsleben zu

finden.

Im darauf folgenden Gegenschrittsatz erwiderte der Klägervorteiler, man könne schlecht davon sprechen, dass gesellschaftlich erwünschte Tätigkeiten, wie sie vielfach ehrenamtlich erbracht würden, die Beitragszahler schädigten. Auch belege gerade die Absicht des Klägers, sich selbstständig zu machen, dass er sehr wohl Eigenbemühungen zur Beendigung seiner Arbeitslosigkeit gestartet habe. Dass er dies durchaus ernsthaft betrieben habe, werde durch die vorgelegte Erlaubnis des Landesarbeitsamtes Bayern zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 04.09.2002 bestätigt. Soweit die Beklagtenseite sich auf angebliche Äußerungen des Klägers gegenüber seinem Arbeitsberater stütze, würden diese Äußerungen sämtlich bestritten.

In der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2003 äußerte sich der Kläger persönlich zu seiner Tätigkeit beim B., die er auch im August 2001 fortgesetzt habe. Er habe mitgearbeitet, weil er beim B. das Schreibmaschinenschreiben im Neun Finger-System erlernt habe, nachdem das Arbeitsamt ihm keinen entsprechenden Kurs bewilligt habe. Auch sei ihm seitens des B. eine Festanstellung zugesagt worden, wenn er pünktlich und zuverlässig ehrenamtlich mitarbeite, was er auch getan habe. Geld habe er keines erhalten. Zum ärztlichen Gutachter habe er nicht gehen wollen, da er befürchtet habe, es werde nur wieder der Vorschlag einer Werkstatt für Behinderte herauskommen. Er gehe, so lange er lebe, zu keinem Arzt mehr, was mit dem Arbeitsamt nichts zu tun habe.

Anlässlich der Arbeitslosmeldung vom 24.07.2001 beantragte der Kläger auch Überbrückungsgeld für sechs Monate. Er werde ab 01.09.2001 eine selbstständige Tätigkeit als freiberuflicher Hilfsarbeiter aufnehmen. Bei Abgabe des vollständig ausgefüllten Antrags mit sämtlichen verlangten Unterlagen am 18.09.2001 legte der Kläger eine durch den Steuerberater K., I., erstellte Firmenbeschreibung und Ertragsvorschau vom 27.08.2001 vor. In der darin enthaltenen, vom Kläger selbst am 22.05.2001 zwecks Referenzen erstellten Erwerbsbiographie war unter "freiberuflicher Entwicklung" verzeichnet: "Seit 01.02.2000 Mitgesellschafter der B.-Insolvenz-Betreuungs GmbH", seit 01.09.2000 Gründung der Firma F. Management und Handel J. S., eingetragener Kaufmann, Handelsregister Nr.1328". Nach der Firmenbeschreibung des Steuerberaters setzte sich die selbstständige Tätigkeit des S. zusammen wie folgt: 1. Kreditvermittlungen, 2. Tätigkeit für die B.-Insolvenz-Betreuungs GmbH (Privatinsolvenzen), 3. Ausführung kleinerer Dienstleistungen, 4. Verkauf von A.-Produkten. Die unter Nr.1, 2 und 4 genannten Tätigkeiten nähmen derzeit noch eine untergeordnete Stellung ein, sollten jedoch im Lauf der Zeit ausgebaut werden. Hauptschwerpunkt werde zunächst die Erbringung kleiner Dienstleistungen aller Art sein. Als Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben (Raummieten, Bürobedarf, Telefon/Telefax, Rechts- und Beratungskosten, Nebenkosten Geldverkehr), sei für 2001 ein Betrag von 21.300,00 DM, für 2002 ein Betrag von 28.380,00 DM und für 2003 ein Betrag von 35.640,00 DM zu erwarten.

Das Arbeitsamt lehnte den Antrag mit Bescheid vom 26.09.2001 ab. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Überbrückungsgeld nach [§ 57 SGB III](#) seien nicht erfüllt, da der Antragsteller keine vier Wochen Bezug von Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit vorweisen könne. Der Widerspruch des Klägers wurde mit Widerspruchsbescheid vom 18.10.2001 zurückgewiesen. Auch dagegen hat der Kläger, vertreten durch Rechtsanwalt K., I., Klage zum Sozialgericht (SG) München erhoben (S 34 AL 1529/01).

Das SG hat die auf Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Arbeitslosengeld an den Kläger für die Zeit vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 gerichtete Klage im Verfahren [S 34 AL 1228/01](#) mit Urteil 11.03.2003 als unbegründet abgewiesen. Der Kläger sei im August 2001 nicht arbeitslos gewesen, wie dies [§ 118 SGB III](#) erfordere. Vielmehr habe er eine mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende, Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung ausgeübt. Unstreitig habe er im August 2001 über 15 Stunden wöchentlich beim B. mitgearbeitet; dies nach eigenem Vorbringen vor allem auch, um sich Kenntnisse und Fertigkeiten für die ab 01.09.2001 in Aussicht genommene Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit als Schuldnerberater anzueignen. Bereits als solchermaßen die Selbstständigmachung vorbereitende Tätigkeit schließe die Mitarbeit des Klägers beim B. Arbeitslosigkeit aus. Auch habe es sich, wie die Beklagte zutreffend ausgeführt habe, um eine ehrenamtliche Tätigkeit gehandelt, die auch einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich sei und infolgedessen Arbeitslosigkeit ausschließe.

Im nachfolgenden Berufungsverfahren wegen der beantragten Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Arbeitslosengeld für den 01.08. bis 31.08.2001 ([L 9 AL 137/03](#)) hielten die Beteiligten weiterhin an ihrer gegensätzlichen Auffassung dazu fest, ob die Tätigkeit des Klägers für den B. als eine ehrenamtliche Tätigkeit, für die der Kläger kein Geld erhalten habe, unter den gegebenen Umständen eine die Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung gewesen sei. Die Beklagte zweifelte überdies an der Verfügbarkeit des Klägers. Aus dem Verhalten und den Äußerungen des Klägers vor und während der Arbeitslosmeldung müsse man den Schluss ziehen, dass dieser sich nur zwecks Schaffung der Anspruchsvoraussetzungen für das Überbrückungsgeld arbeitslos gemeldet habe und wegen der Vorbereitung seiner selbstständigen Tätigkeit nicht ernsthaft angestrebt habe und auch nicht in der Lage gewesen sei, eine vom Arbeitsamt vermittelte Beschäftigung aufzunehmen. Dagegen wies der Klägervorteiler darauf hin, dass der Kläger ursprünglich durchaus eine Anstellung angestrebt habe, wie daraus zu ersehen sei, dass er von sich aus eine verantwortliche Anstellung bei der Integrationsfirma S. übernommen habe, ohne freilich zu übersehen, was auf ihn zugekommen sei. Beim B. habe er seine Kenntnisse erweitern wollen und langfristig eine Festanstellung angestrebt. Erst als das Arbeitsamt ihm keine Stelle habe vermitteln können, habe er sich mehr oder weniger gezwungen gesehen, in die Selbstständigkeit zu gehen.

In Reaktion auf die Bemühungen des Arbeitsamtes, den Kläger ärztlich untersuchen zu lassen, legte der Klägervorteiler ein Attest des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie, Oberarzt am Zentrum für Psychiatrie und Psychotherapie des Klinikums I., Dr.S., vom 28.07.2003 "zur Vorlage bei Behörden" vor. Dr.S. referiert darin, wie der Kläger infolge der in Ausübung seines Dienstes als Wachmann erlebten Schlagstockverletzung und des hieraus resultierenden Schmerzsyndroms bei Aufsuchen zahlreicher Ärzte immer wieder in Konflikte mit diesen geraten sei und mit der Zeit eine erhebliche psychische Labilität wie auch - beiderseitige - Phobie gegenüber Ärzten entwickelt habe, dass er aber ungeachtet dessen über eine ungewöhnliche Energie und ein ungewöhnliches Ausmaß an Kraftreserven verfüge, was ihm immer wieder ermöglicht habe, sich wieder aufzurappeln, wobei er über die Jahre hinweg jegliche Arbeiten angenommen habe.

Der Kläger hat in der Folge das Verfahren ohne Prozessbevollmächtigten fortgeführt und seinerseits mit Schriftsätzen vom 15.07.2004 und 10.03.2005 seine Sicht der Dinge dargestellt. Er habe sich schon während seiner Arbeitsunfähigkeit ab Ende 2000 beim Arbeitsamt um Arbeit bemüht. Dies habe keinen Erfolg gehabt. So habe er schließlich dem Arbeitsberater gesagt, wenn man ihn bis zum 01.09.2001 nicht vermitteln könne, werde er sich selbstständig machen und habe für August 2001 Arbeitslosengeld und anschließendes Überbrückungsgeld beantragt. Er habe zu dieser Zeit noch kein klares Firmenkonzept gehabt, habe aber nicht schwarz arbeiten wollen. Jedoch habe er Kontakte zu Baufirmen geknüpft, die Asylanten u.a. beschäftigten. Ab dem 01.09.2001 habe er dann alle möglichen Arbeiten, Arbeiten am Bau,

Schaukeln von Gräben, Leichen waschen, Teller waschen in der Gastronomie usw. auf Honorarbasis inklusive Umsteuer erledigt. Bis zum Erhalt der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung am 22.03.2002 habe er noch einmal die Woche beim Arbeitsberater G. wegen Arbeit vorgesprochen. Mittlerweile benötige er keine öffentlichen Subventionen mehr außer dem Schwerbehindertenzuschuss und beschäftige mittlerweile zwei Azubis und drei Freiberufler. Er habe jedoch die Anfangsverluste immer noch nicht ausgeglichen. Nebenher arbeite er noch in der Schuldnerberatung für eine Schweizer Firma. Während seines Klinikaufenthaltes Ende 2000 und auch in der Folgezeit habe er vom B. die Hilfe bekommen, sein Fachwissen am Computer zu verbessern, Arbeitsstellen aus dem Internet zu suchen sowie Bewerbungen auf dem PC zu schreiben. Im Gegenzug habe er ohne Bezahlung in der Schuldnerberatung mitgearbeitet und dabei sein Fachwissen aus der ABM-Zeit in diesem Bereich verbessert.

Mit Urteil gleichfalls vom 11.03.2003 hat das SG die auf die Verurteilung der Beklagten zur Leistung von Überbrückungsgeld ab 01.09.2001 gerichtete Klage im Verfahren S 34 AL 1529/01 als unbegründet abgewiesen. Es hat sich auch insoweit der Argumentation der Beklagten angeschlossen. Unabdingbare Anspruchsvoraussetzung für das Überbrückungsgeld nach [§ 57 SGB III](#) sei ein mindestens vierwöchiger Bezug von Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe in engem zeitlichen Zusammenhang vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit. Hieran fehle es.

In dem nachfolgenden, wegen des Antrags auf Überbrückungsgeld geführten Berufungsverfahren ([L 9 AL 142/03](#)) haben die Beteiligten im Wesentlichen ihre im Parallelverfahren wegen des für die Zeit vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 geltend gemachten Anspruchs auf Arbeitslosengeld ([L 9 AL 137/03](#)) einschließlich der in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen zur Selbständigmachung des Klägers vorgetragen. Spezifisch auf die Geltendmachung des Überbrückungsgeldes bezogen, haben der Klägerevertreter bzw. der Kläger betont, dass der Kläger gezwungen gewesen sei, sich selbständig zu machen, da eine Festanstellung beim B. wegen dessen geringer finanzieller Ausstattung nicht möglich sei, des Weiteren, dass er sich gezwungen gesehen habe, einen Anspruch gegen die Beklagte auf Überbrückungsgeld in seinem betriebswirtschaftlichen Rechnungswerk mit sich zu führen, woraus die Dringlichkeit dieser Leistung zu sehen sei.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung die Verfahren [L 9 AL 137/03](#) und [L 9 AL 142/03](#) unter Führung des Az.: [L 9 AL 137/03](#) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Der Kläger hat eine fachärztliche Stellungnahme des Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie und Oberarztes am Klinikum I. Dr.S. vom 12.09.2005 mit im Wesentlichen gleichen Inhalts wie das schriftlich eingereichte Attest vom 28.07.2003 eingereicht.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte unter Aufhebung der Urteile des Sozialgerichts München vom 11.03.2003 sowie des Bescheides vom 09.08.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.08.2001 und des Bescheides vom 26.09.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.10.2001 zu verurteilen, für August 2001 Arbeitslosengeld und ab September 2001 Überbrückungsgeld zu leisten.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufungen zurückzuweisen.

Der Senat hat bei den Ermittlungen zu dem geltend gemachten Anspruch auf Arbeitslosengeld vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 die zugrunde liegenden Sozialgerichtsakten ([S 34 AL 1228/01](#)) sowie von der Beklagten die Leistungsakten und die Vermittlungsunterlagen des Klägers, dazu die den Kläger betreffenden ABM-Akten des B. und die Eingliederungszuschuss- bzw. Insolvenzgeldakten der Integrationsfirma für Psychiatrieerfahrene S. beigezogen. Seitens des B. konnten die Personalunterlagen des Klägers wegen Umzugs nicht mehr aufgefunden werden. Dem Senat wurde auf Anfrage mittels Übersendung einer Kopie eines an den Kläger gerichteten Schreibens vom 15.07.2004 mitgeteilt, dass der Kläger nach seinem Ausscheiden aus der AB-Maßnahme ehrenamtlich für den B. tätig gewesen sei und hierfür keinerlei Vergütung erhalten habe. Seine während dieser Zeit angefertigten Bewerbungsschreiben an diverse Firmen und Institutionen seien auf Rechtschreibfehler überprüft und korrigiert worden. Für diese Leistung sei ihm seitens des B. nichts in Rechnung gestellt worden. Nach Ablauf der AB-Maßnahme, in deren Restlaufzeit der R. als ABM-Kraft beschäftigt gewesen sei, seien keine versicherungspflichtigen Mitarbeiter mehr beim B. beschäftigt gewesen. Sämtliche Tätigkeiten seien ehrenamtlich ausgeführt worden.

Bei den Ermittlungen zu dem geltend gemachten Anspruch auf Überbrückungsgeld ([L 9 AL 142/03](#)) hat der Senat die zugrunde liegenden Sozialgerichtsakten ([S 34 AL 1529/01](#)) sowie von der Beklagten die Überbrückungsgeldakte und die Arbeitnehmerüberlassungsgesetz-Akte des Landesarbeitsamtes Bayern beigezogen. Der Leitende Regierungsdirektor R. vom Integrationsamt der Regierung von Oberbayern, seit September 2002 mit Anträgen des Klägers auf Leistungen aus Mitteln der Ausgleichsabgabe zur Abgeltung außergewöhnlicher Belastungen - Zuschüssen zur Finanzierung einer Schreibkraft und eines Kraftfahrers - befasst, gab dem Senat in einem Schreiben vom 19.04.2005 auf Anfrage eine Übersicht über die Entwicklung der vom Kläger vor und seit dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs auf Überbrückungsgeld am 01.09.2001 betriebenen Firmen, ursprünglich die Einzelfirma F. Management Agentur und Handel, nachfolgend von H. nach I. verlegt eine D. GmbH sowie eine B. GmbH, sämtliche Firmen schließlich mündend in die F. GmbH, derzeit F. AG in Gründung sowie deren jeweilige Tätigkeitsefelder. Zur Erläuterung hat der R. u.a. den Antrag des Klägers auf Leistungen an schwerbehinderte Arbeitgeber bei außergewöhnlichen Belastungen vom 16.09.2002 beigelegt, dazu Übersichten der Steuerkanzlei Dr.S. und Partner vom 07.10.2003 und der Unternehmensberatung C. vom 20.11.2003 zur Firmenentwicklung und den Tätigkeitsefeldern der vom Kläger betriebenen Firmen, schließlich Leistungsbescheide des Integrationsamts der Regierung von Oberbayern für die Jahre 2003 bis 2005, dazu den die F. GmbH bzw. F. AG in Gründung betreffenden Teil der Förderungsakten, aus dem u.a. die Einkommens- bzw. Gewinnentwicklung beim Kläger seit 2001 hervorgeht. In Ergänzung dazu hat der Senat noch die den Kläger bzw. die von ihm betriebenen Unternehmen betreffenden Handelsregistrauszüge des Amtsgerichts I. - Registergericht - sowie die Auszüge aus dem Gewerberegister der Stadt I. beigezogen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes im Einzelnen wird auf den Inhalt der gesamten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die gegen das Urteil des SG vom 11.03.2003 im sozialgerichtlichen Verfahren [S 34 AL 1228/01](#), - Streitgegenstand: Die Versagung von Arbeitslosengeld für den 01.08.2001 bis zum 31.08.2001 -, gerichtete Berufung ist zulässig, insbesondere statthaft und form- wie

fristgerecht eingelegt. Sie ist aber nicht begründet. Die Beklagte hat die Leistung von Arbeitslosengeld im angefochtenen Bescheid vom 09.08.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.08.2001 zu Recht abgelehnt.

Maßgeblich ist das SGB III in der Fassung des Dritten SGB-Änderungsgesetzes vom 22.12.1999 ([BGBl. I 2624](#)).

Nach [§ 117 Abs.1 SGB III](#) haben Anspruch auf Arbeitslosengeld Arbeitnehmer, die erstens arbeitslos sind, zweitens sich beim Arbeitsamt gemeldet und drittens die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Streitig ist, ob der Kläger im geltend gemachten Anspruchszeitraum vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 arbeitslos nach [§ 117 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) war. Arbeitslos ist nach [§ 118 Abs.1 SGB III](#) ein Arbeitnehmer, der erstens vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit) und zweitens eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht (Beschäftigungssuche). Die Beschäftigungslosigkeit wird in [§ 118 Abs.2 und Abs.3 SGB III](#) näher definiert. Nach [§ 118 Abs.2 Satz 1 SGB III](#) schließt die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht aus; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer bleiben unberücksichtigt. Mehrere Beschäftigungen werden nach Satz 2 zusammengerechnet. [§ 118 Abs.3 SGB III](#) bestimmt, dass eine selbständige Tätigkeit und eine Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger einer Beschäftigungslosigkeit nach [§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) ausschließenden Beschäftigung gleichstehen, wobei jedoch dem entsprechende zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung fortgeführte Tätigkeiten nach Satz 2 bis unter 18 Stunden wöchentlich umfassen dürfen. [§ 119 SGB III](#) definiert die Beschäftigungssuche. Nach [§ 119 Abs.1 SGB III](#) sucht eine Beschäftigung, wer 1. alle Möglichkeiten nutzt und nutzen will, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden und 2. den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Eine nähere Umschreibung der Verfügbarkeit findet sich in Abs.2 ff. Nach [§ 119 Abs.2 SGB III](#) steht den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung, wer arbeitsfähig und seiner Arbeitsfähigkeit entsprechend arbeitsbereit ist. Nach [§ 119 Abs.3 SGB III](#) ist arbeitsfähig ein Arbeitsloser, der erstens eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes aufnehmen und ausüben, zweitens an Maßnahmen zur beruflichen Eingliederung in das Erwerbsleben teilnehmen und drittens Vorschlägen des Arbeitsamtes zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann und darf. Die Arbeitsbereitschaft kann sich nach [§ 119 Abs.4 SGB III](#) auf zumutbare Beschäftigungen beschränken.

Die Erfüllung der beim Kläger strittigen Anspruchsvoraussetzung der "Arbeitslosigkeit" scheitert entgegen insoweit seitens der Beklagte zwischenzeitlich geäußelter Zweifel nicht etwa daran, dass der Kläger wegen seiner Absicht der Selbständigmachung ab 01.09.2001 im geltend gemachten Anspruchszeitraum ab 01.08.2001 nicht zum Kreis der "Arbeitnehmer" im Sinn von [§§ 117 Abs.1, 118 Abs.1 SGB III](#) zu rechnen war. Eine die Eigenschaft als "Arbeitnehmer" näher definierende Rechtsprechung des BSG gibt es zum AFG-Recht. Nach AFG waren die Anspruchsvoraussetzungen der Arbeitslosigkeit und der Verfügbarkeit getrennt. Nach [§ 101 Abs.1 Satz 1 AFG](#) war arbeitslos während des geltend gemachten Anspruchszeitraums nicht jedermann, der während dieses Zeitraums nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand, sondern nur der "Arbeitnehmer". Dies brauchte nach der BSG-Rechtsprechung kein berufsmäßiger Arbeitnehmer zu sein. Beschäftigungsloser "Arbeitnehmer" und damit arbeitslos war schon, "wer im Zeitpunkt der Antragstellung und während der Zeit der anschließenden faktischen Beschäftigungslosigkeit zu den Personen zählte, die anderenfalls in dieser Zeit eine abhängige Beschäftigung von über kurzzeitigem Umfang ausüben würden". Eine zeitliche Eingrenzung konnte sich danach allerdings unter Umständen bei der Frage auswirken, ob der Betreffende bereit war, unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarkts zu arbeiten, also bei der Verfügbarkeit (s. BSG vom 15.06.1976 [SozR 4100 § 101 Nr.2](#) sowie vom 27.01.1977 [SozR 4100 § 134 Nr.3](#) zu Juristen in der Zeit zwischen der Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung und dem Eintritt in den Vorbereitungsdienst, noch weitergehend BSG vom 25.08.1981 Az.: [7 RAr 68/80](#) zum zugelassenen Rechtsanwalt, der dabei war, sich eine eigene Kanzlei aufzubauen und u.a. zur Absicherung seiner Existenz für eine Übergangszeit eine über kurzzeitige abhängige Beschäftigung anstrebte). Nachdem der Tatbestand der Verfügbarkeit in [§ 118 SGB III](#) nunmehr in die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit aufgenommen ist und die Verfügbarkeit auch ausdrücklich die aktive Beschäftigungssuche mitumfasst, ist die Bedeutung der jedenfalls noch begrifflich weiter mitgeführten Anspruchsvoraussetzung der Arbeitnehmereigenschaft reduziert, will man nicht die Prüfung der Beschäftigungslosigkeit und der Beschäftigungssuche in diese Grundvoraussetzung vorverlagern. Es lässt sich jedoch nach der Rechtsprechung des BSG ein Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 nicht von vornherein mit der Begründung ablehnen, er sei für den geltend gemachten Anspruchszeitraum kein "Arbeitnehmer" im Sinne des Gesetzes, da er sich ab 01.09.2001 habe selbständig machen wollen.

Der Kläger hat jedoch keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld für den geltend gemachten Anspruchszeitraum vom 01.08.2001 bis 31.08.2001, da er während dieses Zeitraums nicht beschäftigungslos nach [§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) war.

Dies ergibt sich aus der Tätigkeit des Klägers beim B ... Es handelte sich hierbei um eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung und zwar im engeren Sinn des [§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) i.V.m. der Kurzzeitigkeitsgrenze des Abs.2.

Eine übergreifende Definition der abhängigen Beschäftigung für die Sozialversicherung findet sich in [§ 7 Abs.1 SGB IV](#) als "nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis". Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind danach "eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers" (Fassung m.W. ab 01.01.1999). Der Inhalt des in [§ 7 Abs.1 SGB IV](#) gegebenen und nach [§ 1 Abs.1 Satz 2](#) und 3 SGB IV auch für den Bereich der Beklagten als Versicherungsträger geltenden Begriffs der "Beschäftigung" lässt sich danach im weitesten Sinne dahin bestimmen, dass es sich um eine fremdbestimmte, wirtschaftlich ins Gewicht fallende fremdnützige Dienstleistung handeln muss. Als Beschäftigung gilt nach [§ 7 Abs.2 SGB IV](#) auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung.

Die vergleichsweise weit gefasste Definition der Beschäftigung in [§ 7 SGB IV](#) muss notwendigerweise in den verschiedenen gesetzlichen Versicherungszweigen eine unterschiedliche Färbung erhalten. Dabei bringen es die Besonderheiten des Arbeitsförderungsgesetzes mit sich, dass in der Arbeitslosenversicherung "funktionsgerecht zwischen dem beitragsrechtlichen und dem leistungsrechtlichen Begriff (Tatbestand) des Beschäftigungsverhältnisses bzw. der Beschäftigung zu differenzieren ist" (ständige Rechtsprechung siehe BSG [SozR 4100 § 168 Nr.19](#), Niesel/Brandt, Rz.14 zu [§ 118 SGB III](#), Gagel/Steinmeyer Rz.23 zu [§ 119 SGB III](#)).

Die Tätigkeit des Klägers bei B. entsprach insoweit dem typischen Bild eines abhängig Beschäftigten, als es sich um eine nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung um eine einem Direktionsrecht unterworfenen und in einen vorher bestimmten Betriebsablauf eingegliederte Tätigkeit gehandelt hat (Niesel/Brandt, Rz.11, 12 zu [§ 118](#) in der Fassung des Dritten SGB-Änderungsgesetzes, Gagel/Fuchs Rz.9, 10 zu [§ 25 SGB III](#)). Er hat dort, wie aus der Auskunft des B. vom 08.08.2001 gegenüber der Leistungsabteilung des Arbeitsamtes und dem erneuerten

ABM-Antrag vom 15.03.2001 hervorgeht, in Anknüpfung an seine früheren Aufgaben als ABM-Kraft sich "während der Bürozeiten von Montag bis Freitag täglich 7.45 Uhr bis 11.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr zur Verfügung gestellt"; der Kläger seinerseits hat in der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 11.03.2003 ausgesagt, dass er beim B. - auch noch - im August "pünktlich und zuverlässig" mitgearbeitet habe.

Die o.g. Merkmale einer Beschäftigung sind auch von der Klageseite nicht ernsthaft bestritten; auch nicht, dass der Kläger für diese Tätigkeit mindestens 15 Stunden wöchentlich aufgewendet hat.

Strittig ist zwischen den Beteiligten, ob die Tätigkeit des Klägers, weil als ehrenamtlich anzusehen, Arbeitslosigkeit des Klägers im streitgegenständlichen Anspruchszeitraum nicht ausgeschlossen hat. Die Problematik einer freiwilligen, aus eigenem Entschluss abbrechbaren Betätigung von Arbeitslosen im kulturellen, caritativen oder sportlichen Bereich während der üblichen Arbeitszeit, ursprünglich im Zusammenhang mit dem sog. Gleichzeitigkeitsdogma des 7. Senats des BSG bei der - im AFG von der Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit getrennten - Anspruchsvoraussetzung der Verfügbarkeit angesiedelt (BSG, Urteile [SozR 4100 § 103 Nr.39](#), [SozR 4100 § 103 Nr.46](#), [SozR 3-4100 § 103 Nr.4](#), [SozR 3-4100 § 104 Nr.34](#), [SozR 3-4100 § 101 Nr.10](#)) und insoweit durch § 1 Abs.2 der Erreichbarkeit-Anordnung vom 23.10.1997 entschärft, hat sich nachfolgend in die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit bzw. im Rahmen des [§ 118 SGB III](#) in den Tatbestand der Beschäftigungslosigkeit nach Abs.1 Nr.1 verlagert. Die Beklagte bemüht sich nunmehr, einer Zweckentfremdung der Leistungen der Beitragszahler durch eine Eingrenzung des Spektrums der Arbeitslosigkeit nicht ausschließenden ehrenamtlichen Tätigkeiten entgegen zu wirken. So in der, ihrer Argumentation im anhängigen Verfahren zugrunde liegenden Richtlinie vom 09.08.2001. Darin heißt es: "Ehrenamtliche Tätigkeiten, die nur als solche ausgeübt werden können, sind keine Beschäftigungen im Sinne des [§ 7 SGB IV](#). Eine ehrenamtliche Tätigkeit, die einer allgemeinen Erwerbstätigkeit zugänglich wäre und mindestens 15 Stunden wöchentlich ausgeübt wird, schließt (hingegen) Arbeitslosigkeit ebenfalls aus (z.B. als Übungsleiter in einem Sportverein)."

Aus dem insbesondere in der Rechtsprechung zur Rentenversicherung und Unfallversicherung, in der Arbeitslosenversicherung im Urteil vom 23.07.1998, [SozR 3-4100 § 138 Nr.11](#) zur Anrechnung von Einkommen im Rahmen des § 138 AFG entwickelten Grundsatz, dass eine Tätigkeit, die z.B. weil rein repräsentativ, als solche nur ehrenamtlich ausgeübt werden könne, keine Beschäftigung sei, bzw. bei gemischten Tätigkeiten die auf die ehrenamtliche Betätigung entfallende Vergütung als reine Aufwandsentschädigung nicht beitragspflichtig und kein anrechenbares Einkommen sei (Kasseler Kommentar-Seewald, Rz.29, Rz.118 bis 119d zu [§ 7 SGB IV](#), Rz.9 bis 11 zu [§ 14 SGB IV](#)), hat die Beklagte dem Umkehrschluss gezogen, dass über kurzzeitige Betätigungen, die jedenfalls auch als Erwerbstätigkeiten im allgemeinen Erwerbsleben ausgeübt werden könnten, Arbeitslosigkeit grundsätzlich ausschließen (so auch das LSG für das Land Brandenburg mit Urteil vom 19.07.2001, Az.: [L 8 AL 49/98](#)). Diese Schlussfolgerung: weil eine Betätigung, die als solche nur ehrenamtlich ausgeübt werden kann, per se keine Beschäftigung im sozialrechtlichen Sinn ist, ist jede ehrenamtliche Betätigung, die auch als Erwerbstätigkeit im allgemeinen Erwerbsleben ausgeübt werden könnte, wenn über kurzzeitig, eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung, ist nicht zwingend und erschließt sich auch nicht aus der praktischen Anschauung. So lassen sich zwei Sekretärinnen bei amnesty international, zweifellos eine gemeinnützige Einrichtung, vorstellen, die beide die gleiche Arbeit verrichten, die ältere, bereits aus dem Erwerbsleben ausgeschieden, freiwillig und unentgeltlich, die jüngere gegen Gehalt. Sicherlich wird man gleichwohl die Tätigkeit der älteren Sekretärin als eine ehrenamtliche Tätigkeit bezeichnen. Umgekehrt wird aber auch die Tätigkeit der jüngeren Sekretärin, deren Tätigkeit eindeutig in einer gemeinnützigen Einrichtung stattfindet und gemeinnützigen Zwecken zugute kommt, nicht als ehrenamtlich bezeichnet werden.

Dementsprechend haben der Klägervorteiler und der Kläger das Schwergewicht ihrer Argumentation im Laufe des Verfahrens darauf gelegt, dass der Kläger, wenn auch nicht während der Zeit seiner Tätigkeit als ABM-Kraft vom 01.12.1999 bis 31.07.2000, so doch seit der sukzessiven Wiederaufnahme seiner Tätigkeit für den B. bzw. beim B. diese unentgeltlich verrichtet habe. Eine unentgeltliche Tätigkeit könne jedoch keine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung sein. Die Tätigkeit des Klägers beim B., auch im August 2001, sei deswegen unentgeltlich gewesen, da der Kläger - wie vom B. bestätigt und unstreitig - kein Gehalt bezogen habe.

Dem lässt sich nur mit Einschränkungen zustimmen. Maßgeblich ist, welchem Zweck die Leistungen der Arbeitslosenversicherung und der Folgeleistungen der Beklagten dienen. Indem sie Beschäftigungslosigkeit des Antragstellers voraussetzen, zielen sie zwar grundsätzlich darauf ab, das hiermit verbundene Risiko des Lohnausfalls abzudecken. Dennoch ist der tatbestandlich mögliche Raum welcher Betätigungen auch immer nicht vollständig und abschließend beschrieben mit entweder Arbeitslosigkeit ausschließenden über kurzzeitigen entgeltlichen Betätigungen oder Arbeitslosigkeit nicht ausschließenden unentgeltlichen Betätigungen bzw. auch nicht mit Arbeitslosigkeit ausschließenden beitragspflichtigen Betätigungen oder Arbeitslosigkeit nicht ausschließenden nicht beitragspflichtigen Betätigungen (s. hierzu BSG vom 22.09.1988, [SozR 4100 § 101 Nr.7](#), insbesondere S.23 unten, 24 oben sowie in der Folge BSG vom 29.06.1995, [SozR 3-4100 § 101 Nr.6](#), s. auch Gagel/Steinmeyer, Rz.24 zu [§ 119 SGB III](#)).

Dass dies nicht so sein kann, erhellt schon daraus, dass die von den Beitragszahlern aufgebrachten Mittel, auch diejenigen des jeweiligen Antragstellers, die Beklagte nicht nur in die Lage versetzen sollen, ausfallendes Arbeitsentgelt zu ersetzen, sondern auch und vor allem dazu, das ihrerseits Optimale zu tun, dass möglichst viele Personen in einem beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen bzw. in ein solches kommen. Je nach den Umständen des einzelnen Falles kann eine nicht beitragspflichtige und auch der Allgemeinheit dienliche Betätigung mit dieser Zwecksetzung kollidieren und sich dadurch nicht als eine privilegierte, Beschäftigungslosigkeit nicht ausschließende Betätigung darstellen ([§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#)) oder jedenfalls dazu führen, dass der Tatbestand der Beschäftigungssuche ([§ 118 Abs.1 Nr.2 SGB III](#)) nicht gegeben ist.

Soweit im Fall des Klägers zu prüfen ist, ob seine wieder aufgenommene und auch im August 2001 fortgeführte Tätigkeit beim B. eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung nach [§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) war, führt dies zu der Frage, ob es sich - aus leistungsrechtlicher Perspektive - überhaupt um eine ehrenamtliche Tätigkeit gehandelt hat.

Der Gesetzgeber hat mit den Job-aktiv-Gesetz vom 10.12.2001 ([BGBl.I 3443](#)) mit Wirkung vom 01.01.2002 [§ 118a](#) in das SGB III eingefügt. Danach schließt eine ehrenamtliche Betätigung Arbeitslosigkeit nicht aus, wenn dadurch die berufliche Eingliederung des Arbeitslosen nicht beeinträchtigt wird. Der Gesetzgeber hat es dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit überlassen, den Tatbestand der ehrenamtlichen Betätigung zu umschreiben, wie auch festzulegen, innerhalb welcher Grenzen sie sich halten muss, um die berufliche Eingliederung nicht zu beeinträchtigen ([§ 151 Nr.4 SGB III](#)). Dies ist mit der rückwirkend gleichfalls ab 01.01.2002 in Kraft getretenen

Verordnung vom 24.05.2002 geschehen. Die Verordnung definiert dabei eine Betätigung als ehrenamtlich, die erstens unentgeltlich ausgeübt wird, zweitens dem Gemeinwohl dient, drittens bei einer Organisation erfolgt, die ohne Gewinnerzielungsabsicht Aufgaben ausführt, welche im öffentlichen Interesse liegen oder gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke fördern.

Entstehungsgeschichte und Begründung zu [§ 118a SGB III](#) weisen darauf hin, dass damit die bisherige Rechtslage bezüglich ehrenamtlicher Betätigungen nicht geändert, vielmehr nur insbesondere im Hinblick auf das ursprüngliche sog. Gleichzeitigkeitsdogma des 7. Senats des BSG, an dem dieser wohl ohnehin nicht mehr festgehalten hatte (BSG vom 16.09.1999, [SozR 3-4100 § 101 Nr.10](#)) klargestellt werden sollte (Wissing in Info also 4/2002, S.147, Gagel/Steinmeyer, Rz.12 und 13 ff. zu [§ 118a SGB III](#)). Das bedeutet, dass zu der Frage, ob es sich bei der Tätigkeit des Klägers beim B. um eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung im Sinne von [§ 118 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) gehandelt hat, die bisherige Rechtsprechung des BSG zum Begriff der Beschäftigung im Rahmen der Arbeitslosenversicherung, insbesondere aus leistungsrechtlicher Perspektive heranzuziehen ist, wobei die Begrifflichkeit des [§ 118a SGB III](#) und der dazu erlassenen Verordnung vom 24.05.2002 bei der Bewertung auch noch der bisherigen Gesetzeslage unterstehender Sachverhalte herangezogen werden kann.

Was die grundsätzlichen Leitlinien zur Abgrenzung des Tatbestandes der Arbeitslosigkeit ausschließenden Beschäftigung aus leistungsrechtlicher Perspektive betrifft, orientieren sich die nachfolgende Rechtsprechung und die Kommentarmeinung noch weitgehend an dem o.g. Urteil des 7. Senats des BSG vom 22.09.1988 ([SozR 4100 § 101 Nr.7](#)), im Anschluss daran das Urteil des 11. Senats des BSG vom 29.06.1995 ([SozR 3-4100 § 101 Nr.6](#)), wobei es auf der Grundlage gleichgearteter Abwägungen bei unterschiedlichen Fallgestaltungen einmal zur Verneinung, einmal zur Bejahung des Vorliegens von Arbeitslosigkeit ausschließender Beschäftigung gekommen ist. Zu den sonstigen Voraussetzungen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses muss, so die maßgeblichen Ausführungen im Urteil vom 22.09.1988, hinzutreten "dass Gegenstand des Verhältnisses gerade die Leistung von fremdnütziger Arbeit ist, für die in der Regel Lohn gezahlt wird. Zumindest muss der Charakter eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses gewahrt bleiben; das Verhältnis darf nicht durch andere Zwecke, wie etwa die Erfüllung einer gesetzlichen Dienstleistungspflicht oder eine erstrebte Heilung sein Gepräge erhalten" (BSG, a.a.O., S.26, Gagel/Steinmeyer, Rz.47, 48 zu [§ 118a SGB III](#)).

Zweifelsfrei war die Tätigkeit, die der Kläger in Wiederaufnahme seiner vormaligen Tätigkeit als ABM-Kraft beim B. ausübte, im Verhältnis zwischen dem Kläger und dem B. eine Leistung von fremdnütziger Arbeit, für die in der Regel, etwa in Schuldnerberatungen sonstiger Provenienz Lohn gezahlt wird, was dem B. mangels finanzieller Mittel nicht möglich war. Der Kläger seinerseits hat aus der von ihm wieder aufgenommenen Tätigkeit beim B. in mehrfacher Weise wirtschaftlichen Nutzen gezogen. So hat der Kläger, wie von ihm selbst vorgetragen, sich dort berufliche Kenntnisse und Fertigkeiten angeeignet bzw. diese ausgebaut, was üblicherweise gegen Entgelt oder aber - soweit mit der Aussicht, im betreffenden Betrieb zu verbleiben -, in Gestalt eines Anlernverhältnisses (vgl. Schaub, Rz.10, 11 zu § 16) erfolgt, letzteres nach dem ABM-Erneuerungsantrag des B. vom 15.03.2001 zu schließen, allerdings nur eine vage Aussicht für den Fall einer unerwarteten Veränderung der finanziellen Situation des B. ... Der Klägervertreter hat allgemeine Bürokenntnisse genannt. Der Kläger selbst nennt Kenntnisse in der EDV-Anwendung bzw. PC-Bedienung, einschließlich des Erlernens des Tippens im Neun-Finger-Systems, wofür ihm das Arbeitsamt den beantragten Kurs versagt habe, sowie den Ausbau seiner fachspezifischen Kenntnisse in der Schuldnerberatung. Die Aneignung bzw. der Ausbau der o.g. allgemeinen Kenntnisse und Fertigkeiten sowie der fachspezifischen Kenntnisse in der Schuldnerberatung waren geeignet, um die Chancen des Klägers auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu erhöhen, wie auch, was jedenfalls im August 2001 mit Sicherheit im Vordergrund stand, um erfolgreich in die Selbständigkeit überwechseln zu können. Des Weiteren leistete der B. dem Kläger auch unmittelbare Hilfestellung. So trägt der Kläger im Schreiben vom 15.07.2004 an den Senat vor, dass er während des Krankenhausaufenthalts und auch hinterher vom B. dabei Hilfestellung erhalten habe, Arbeitsstellen aus dem Internet zu suchen sowie Bewerbungen auf dem Computer zu schreiben. So hat der B. im Schreiben vom 15.07.2004 ausgeführt: Nach dem Ausscheiden aus der AB-Maßnahme sei der Kläger ehrenamtlich für den B. tätig gewesen, ohne hierfür eine Vergütung zu erhalten. Seine während dieser Zeit verfassten Bewerbungsschreiben an diverse Firmen und Institutionen seien auf Rechtschreibfehler überprüft und korrigiert worden. Für diese Leistung sei dem Kläger seitens des B. nichts in Rechnung gestellt worden. Auch insoweit gilt, dass es sich im August 2001 mit Sicherheit überwiegend um Hilfestellung bei Schreiben im Zusammenhang mit dem Überwechseln von der bisher nebenberuflich betriebenen in die volle Selbständigkeit mit dem angestrebten Ziel der Umformierung in eine GmbH gehandelt hat. So hat der Kläger im Schreiben vom 15.07.2004 an den Senat mitgeteilt, dass er bereits vor dem 01.09.2001, wenn er auch noch kein eindeutiges Firmenkonzept gehabt habe, aufgrund von Zeitungsanzeigen Kontakte zu Baufirmen geknüpft habe, die Asylanten u.a. beschäftigten, und "diese Arbeiten" ab dem 01.09.2001 "dann auf Rechnung inklusive Umsatzsteuer erledigt habe". Seine eigene, für den B. geleistete Arbeit hat er als im Gegenzug für dessen Inanspruchnahme bzw. Hilfestellung erbracht, bezeichnet.

Dass die Tätigkeit des Klägers beim B. auch und gerade im August 2001 als eine Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigung anzusehen ist, kommt daher, dass der nicht ganz unerhebliche wirtschaftliche und auch geldwerte Nutzen, den er daraus zog (zum Entgeltbegriff im Sozialrecht s. Gagel/Fuchs, Rz.34 zu [§ 25 SGB III](#)) sich nicht als bloßer Nebeneffekt einer vom Kläger während der Zeit einer Beschäftigungslosigkeit übernommenen ehrenamtlichen Tätigkeit oder auch als im Zusammenhang damit anfallende Zuwendung oder Aufwandsentschädigung im üblichen Sinne darstellt. Vielmehr hat der Kläger gezielt die Tätigkeit beim B. gerade deswegen übernommen, weil er sich dort Fertigkeiten und Kenntnisse auch im Hinblick auf das von ihm angestrebte Tätigkeitsfeld aneignen konnte, ohne hierfür etwas bezahlen zu müssen, und auch um unter Inanspruchnahme des B. seine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, im August 2001 bevorzugt die Vorbereitung seiner Selbständigkeit, zu betreiben, bis hin zur Korrektur seiner Schreiben eventuell noch an potentielle Arbeitgeber, im Wesentlichen jedoch an mögliche Kunden oder auch "Institutionen", die im Zusammenhang mit der Selbständigmachung eingeschaltet werden mussten, entfernt möglicherweise auch, um bei Änderung von dessen finanzieller Lage vom B. übernommen zu werden. Der synallagmatische Charakter des Verhältnisses zwischen dem Kläger und dem B. im Sinne eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses im streitigen Zeitraum ergibt sich zusammengefasst gerade aus der spezifischen Situation des Klägers und der bereits in Richtung auf die Selbständigmachung fokussierten Situation im August 2001.

Wenn man der bisher von der Rechtsprechung und Kommentarmeinung nicht aufgegebenen Auffassung folgt, dass sich die aus der Gesamt-Zielsetzung der Beklagten als Leistungsträger ergebende Begrenzung der Verwendung ihrer Mittel beim Anspruch auf Lohnersatzleistungen auch schon im Tatbestand der Arbeitslosigkeit ausschließenden Beschäftigung wiederfinden muss, so kann demnach in der Tätigkeit des Klägers für den B. auch und gerade im streitgegenständlichen Zeitraum keine als ehrenamtliche Betätigung privilegierte Tätigkeit liegen, vielmehr muss der Tätigkeit des Klägers beim B. wegen ihres eindeutigen Charakters als wirtschaftliches Austauschverhältnis, dieser Charakter abgesprochen werden (vgl. Gagel/Steinmeyer Rz.47, 48 zu [§ 118a SGB III](#)).

Unabhängig davon, ob es sich bei der Tätigkeit des Klägers für den B. im August 2001 überhaupt um eine ehrenamtliche Betätigung auch im Sinne des nachfolgend erlassenen [§ 118a SGB III](#) bzw. der hierzu erlassenen Verordnung vom 24.05.2002 gehandelt hat, so war der Kläger im streitigen Zeitraum jedenfalls deswegen nicht arbeitslos im Sinne von [§ 118 SGB III](#) in der hier anzuwendenden Fassung, da er nicht auf Beschäftigungssuche im Sinne des Abs.1 Nr.2 dieser Vorschrift war. Dass auch eine gegebenenfalls ehrenamtliche Betätigung Arbeitslosigkeit nicht ausschließt, stellt auch der 2. Halbsatz des [§ 118a SGB III](#) sowie § 2 der Ausführungsverordnung vom 24.05.2002 in nahezu wortgleicher Anlehnung an den Tatbestand der Beschäftigungssuche nach [§ 119 SGB III](#) fest. Nach [§ 119 Abs.1 SGB III](#) sucht eine Beschäftigung, wer 1. alle Möglichkeiten nutzt und nutzen will, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden und 2. den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Der Kläger hat zumindest den Tatbestand des [§ 119 Abs.1 Nr.2 SGB III](#) im streitigen Zeitraum nicht erfüllt. Nach [§ 119 Abs.2 SGB III](#) steht den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamts zur Verfügung, wer arbeitsfähig und seine Arbeitsfähigkeit entsprechend arbeitsbereit ist. Nach § 119 Abs.3 ist arbeitsfähig nur, wer (Nr.3) Vorschlägen des Arbeitsamts zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann. Sowohl die Arbeitsfähigkeit wie auch die dieser Arbeitsfähigkeit entsprechende Arbeitsbereitschaft im Sinne des [§ 119 Abs.2 SGB III](#) beziehen sich auf die Aufnahme einer abhängigen, beitragspflichtigen Beschäftigung im Sinne des [§ 119 Abs.3 Nr.1 SGB III](#) (s. Gagel/Steinmeyer, Rz.52, 57 ff. zu [§ 119 SGB III](#) in der hier anzuwendenden Fassung). Nach den nach der gesamten Vorgeschichte und den eingeholten Auskünften zur Entwicklung der selbständigen Tätigkeit im Parallelverfahren [L 9 AL 142/03](#) jedenfalls im August 2001 schon weit gediehenen Vorbereitungen zum Überwechseln in die Selbständigkeit mag man zwar zu Gunsten des Klägers unterstellen, dass er bestimmte Angebote einer Festanstellung, etwa beim B. oder bei einer vergleichbaren Institution in einem ihm vertrauten Tätigkeitsfeld und einer ihm zugesagenden Position angenommen hätte; er war aber zu diesem Zeitpunkt weder mehr Willens noch in der Lage, allen ihm auch in seiner persönlichen Lage zumutbaren Vorschlägen des Arbeitsamts zur beruflichen Eingliederung in eine abhängige Beschäftigung zeit- und ortsnah Folge zu leisten. Dies mag aufgrund der bisherigen Erfahrungen des Klägers sogar bis zu einem gewissen Grad verständlich sein, entbindet jedoch die Beklagte nicht davon, Arbeitslosengeld nur an solche Antragsteller zu leisten, die sich zumutbaren Vorschlägen zur beruflichen Eingliederung in einer abhängigen Beschäftigung umfassend zur Verfügung stellen.

Kern der Frage der Arbeitslosigkeit des Klägers im streitigen Zeitraum ist zusammenfassend betrachtet, ob der Kläger, der unstreitig um seine Eingliederung in das Erwerbsleben bemüht war und ist, diese auf die von ihm verfolgte Weise und mit deutlich eingeeengten Zielsetzungen betreiben und dabei die Lohnersatzleistung Arbeitslosengeld in Anspruch nehmen konnte. Dies ist im Rahmen einer fremdnützigen abhängigen Beschäftigung, die - ihrer Art nach - üblicherweise gegen Entgelt verrichtet wird, bei im Gegenzug in Anspruch genommen vielfachen, auch wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Hilfestellungen des Arbeitgebers nach dem oben Gesagten nur dann möglich, wenn im Verhältnis zwischen den Beteiligten eine wirtschaftsfremde, der Allgemeinheit dienende Zwecksetzung dominiert (Beschäftigungslosigkeit), und auch nur dann, wenn dabei das Spektrum eigener Bemühungen um Eingliederung in das Erwerbsleben und insbesondere auch die Verfügbarkeit für Vermittlungen in eine beitragspflichtige Beschäftigung durch die Beklagte nicht wesentlich eingeeengt werden (Beschäftigungssuche). Den dem Einzelnen bei dem Bemühen um Wiedereingliederung in das Erwerbsleben vom Gesetz hierbei zugestandenen Spielraum hat der Kläger überschritten.

II.

Auch die zunächst unter dem Az.: [L 9 AL 142/03](#) geführte Berufung gegen das Urteil des SG vom 11.03.2003 wegen der Versagung des ab 01.09.2001 beantragten Überbrückungsgeldes (Az.: S 34 AL 1529/01) ist zulässig, insbesondere statthaft und form- wie fristgerecht eingelegt.

Die Berufung ist jedoch gleichfalls nicht begründet. Nach [§ 57 Abs.2 Nr.1 Buchst.a SGB III](#) kann Überbrückungsgeld nur geleistet werden, wenn der Arbeitnehmer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit oder der vorgeschalteten Teilnahme an einer Maßnahme zu deren Vorbereitung Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III bezogen hat oder einen Anspruch darauf hätte, oder wenn er ([§ 57 Abs.2 Nr.6](#)) eine Beschäftigung ausgeübt hat, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme oder als Strukturanpassungsmaßnahme gefördert worden ist.

Der Kläger hat Arbeitslosengeld bis 30.11.1999 bezogen und war anschließend bis zum 31.07.2000 als ABM-Kraft beim B. beschäftigt. Dadurch ist der geforderte "enge" zeitliche Zusammenhang mit der ab 01.09.2001 beabsichtigten Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht gegeben (vgl. BSG vom 24.06.1993, maximaler Abstand darf den Zeitraum einer Sperrzeit nicht übersteigen, SozR 3-4100 § 55a), nachdem der Kläger nach der Entscheidung des Senats auch keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld vom 01.08.2001 bis 31.08.2001 hat.

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

Ein Anlass, die Revision nach [§ 160 Abs.2 Nr.1 oder 2 SGG](#) zuzulassen, bestand nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und das Urteil weicht nicht von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts ab und beruht auf dieser Abweichung. Dies gilt auch für den geltend gemachten Anspruch auf Arbeitslosengeld ab 01.08.2001, nachdem dessen Voraussetzungen auf jeden Fall wegen fehlender Verfügbarkeit nicht gegeben sind, so dass es auf die - unter Umständen - grundsätzliche Frage des ehrenamtlichen Charakters der Beschäftigung des Klägers beim B. im streitigen Zeitraum nicht entscheidend ankommt.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2006-03-27