

## **B 12 AL 2/12 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Oldenburg (NSB)  
Aktenzeichen  
S 4 AL 237/07  
Datum  
29.05.2008  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen  
L 11 AL 86/08  
Datum  
22.05.2012  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 AL 2/12 R  
Datum  
04.09.2013  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Zu den Voraussetzungen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, unter denen die Bundesagentur für Arbeit Existenzgründer auf das für die Weiterversicherung als Selbstständiger in der Arbeitslosenversicherung bestehende Antragsfordernis, die Fristgebundenheit des Antrags und Beginn sowie Dauer der Antragsfrist hinweisen muss.

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 22. Mai 2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Klägerin ab 12. Februar 2007 in der Arbeitslosenversicherung antragspflichtversichert ist. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin auch im Revisionsverfahren.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin aufgrund ihres Antrags in der Arbeitslosenversicherung als Selbstständige versicherungspflichtig ist.

2

Die Klägerin, die ausgebildete Textilbetriebswirtin ist, bezog vom 15.2.2006 bis 11.2.2007 Arbeitslosengeld (Alg) von der Beklagten. Sie strebte zunächst eine Vermittlung in eine Beschäftigung als "Geschäftsführerin/Vertriebsleiterin in der Modebranche" an und beabsichtigte, daneben in Selbstständigkeit als "Beraterin für Vermietung und Verpachtung" tätig zu werden. In einem persönlichen Beratungsgespräch bei der Beklagten am 7.2.2007 stellte sie diese beruflichen Pläne vor und ließ sich wegen eines Gründungszuschusses zur Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit beraten. Am 12.2.2007 nahm die Klägerin erneut - einmal telefonisch und einmal persönlich - wegen der hierfür geforderten Unterlagen Kontakt mit der Beklagten auf und überreichte eine Gewerbeanmeldung. Am selben Tag eröffnete sie ein Wäschehaus (Einzelhandel mit Haus- und Heimtextilien) und wurde darin als "Kauffrau" mit einem Umfang von mehr als 15 Wochenstunden (hauptberuflich) selbstständig tätig. Für diese Tätigkeit erhielt die Klägerin von der Beklagten ab 12.2.2007 aufgrund eines bereits zuvor am 8.9.2006 gestellten (ersten) Antrags einen Gründungszuschuss. Die Klägerin war ab 12.2.2007 in der Arbeitslosenversicherung nicht nach [§ 26 SGB III](#) sonstig versicherungspflichtig oder nach [§ 27 SGB III](#) in einer Beschäftigung versicherungsfrei.

3

Im Zusammenhang mit der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit händigte die Beklagte der Klägerin ihr "Merkblatt Gründungszuschuss" aus. Das Merkblatt enthielt ua folgenden Hinweis: "Damit Ihnen der Schutz der Arbeitslosenversicherung in der Zeit Ihrer selbstständigen Tätigkeit erhalten bleibt, können Sie sich freiwillig weiterversichern. Nähere Informationen finden Sie im Hinweisblatt zur freiwilligen Weiterversicherung oder erhalten Sie von der örtlichen Agentur für Arbeit."

4

Am 17.4.2007 beantragte die Klägerin im Hinblick auf ihre selbstständige Tätigkeit als "Kauffrau" in einem Wäschehaus die

Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung ab 12.2.2007. Die Beklagte hatte ihr bis dahin weder das "Hinweisblatt zur freiwilligen Weiterversicherung" übergeben noch hatte sie sie sonst über die Weiterversicherung und ihre Voraussetzungen informiert. Die Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin unter Hinweis darauf ab, dass die einen Monat dauernde, mit Aufnahme der Tätigkeit am 12.2.2007 beginnende Antragsfrist nach [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) (in der bis 30.6.2008 geltenden Fassung) bei Antragstellung am 17.4.2007 bereits abgelaufen gewesen sei; weil es sich dabei um eine Ausschlussfrist bzw materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung handele, komme eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung dieser Frist nach [§ 27 SGB X](#) nicht in Betracht (Bescheid vom 22.5.2007; Widerspruchsbescheid vom 19.9.2007).

5

Das SG hat die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, die Klägerin "in die freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung aufzunehmen" (Urteil vom 29.5.2008). Das LSG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Das SG habe die Beklagte zu Recht - wie beschrieben - verurteilt. Zwar habe die Klägerin die einmonatige Antragsfrist bei ihrer Antragstellung am 17.4.2007 um mehr als einen Monat überschritten. Der Klägerin sei jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach [§ 27 Abs 1 S 1 SGB X](#) zu gewähren. Es könne dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Antragsfrist um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist handele oder nicht, weil jedenfalls auch bei solchen Fristen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht komme. Sei die Wiedereinsetzung - wie hier - nicht bereits durch Rechtsvorschrift ausgeschlossen, könne sich ein solcher Ausschluss allenfalls aus dem Sinn und Zweck des betreffenden Fristerfordernisses ergeben. Das sei hier jedoch nicht anzunehmen. Die Antragsfrist nach [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) sei der Frist für die Anzeige des Beitritts zur (freiwilligen) Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl [§ 9 Abs 2 SGB V](#)) strukturell vergleichbar; für Letztere habe das BSG die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aber bereits anerkannt. Auch werde im Schrifttum mehrheitlich eine dahingehende Auffassung vertreten. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der versäumten Antragsfrist lägen auch vor; insbesondere sei die Klägerin ohne Verschulden an ihrer Einhaltung verhindert gewesen. Sie sei im Zusammenhang mit ihrer Existenzgründung von der Beklagten nämlich nicht in der gebotenen Weise auf die Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung und vor allem die hierfür bestehende Antragsfrist hingewiesen worden (Urteil vom 22.5.2012).

6

Mit ihrer Revision rügt die Beklagte eine Verletzung von [§ 27 SGB X](#). Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Antragsfrist sei iS von [§ 27 Abs 5 SGB X](#) unzulässig, weil die Wiedereinsetzung nach [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) ausgeschlossen sei. Das ergebe sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und der Bedeutung des [§ 28a SGB III](#) als "Ausnahme- und Risikobeschränkungsregelung". In der amtlichen Begründung zum Beschäftigungschancengesetz werde die Antragsfrist zudem ausdrücklich als Ausschlussfrist bezeichnet. Für eine Beurteilung als Ausschlussfrist spreche auch, dass die Antragsfrist aus Gründen der Rechtsklarheit einen Schwebezustand verhindern solle und bei Ermöglichung einer Wiedereinsetzung hier eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes drohte. Schließlich sei [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) mit der Fristenregelung des [§ 9 Abs 2 SGB V](#) nicht vergleichbar. Die Klägerin sei ferner nicht "ohne Verschulden" an der Einhaltung der Antragsfrist verhindert gewesen. Die Klägerin habe weder Rechtsrat eingeholt noch von ihr - der Beklagten - weitere Hinweise angefordert. Die freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung sei im Übrigen keine Gestaltungsmöglichkeit, von der "verständige" Empfänger von Gründungszuschüssen "mutmaßlich" Gebrauch machten. Die Beklagte rügt außerdem Mängel des Berufungsverfahrens.

7

Die Beklagte beantragt, die Urteile des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 22. Mai 2012 und des Sozialgerichts Oldenburg vom 29. Mai 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

8

Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Klägerin ab 12. Februar 2007 in der Arbeitslosenversicherung antragspflichtversichert ist.

9

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Verfahrensmängel lägen nicht vor. Sie - die Klägerin - stütze ihren Anspruch nicht auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, sondern begehre Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Versäumung der Antragsfrist. Mithin habe vom LSG nicht ein Beratungsverschulden der Beklagten, sondern ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist geprüft werden müssen.

10

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Im Ergebnis zu Recht hat das LSG deren Berufung gegen das der Klage stattgebende Urteil des SG zurückgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 22.5.2007 in der Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 19.9.2007 ist rechtswidrig. Die Klägerin ist seit 12.2.2007 in der Arbeitslosenversicherung als Selbstständige versicherungspflichtig.

11

1. Unzutreffend hat die Klägerin ihre Anfechtungsklage allerdings mit einer auf "Aufnahme in die freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung" gerichteten Verpflichtungsklage verbunden. Weil auf einen (Weiterversicherungs)Antrag hin - wenn auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen - Versicherungspflicht nach [§ 28a SGB III](#) kraft Gesetzes eintritt, bedurfte es insoweit lediglich eines Feststellungsantrags (vgl BSG vom 3.6.2009 - [B 12 AL 1/08 R](#) - Juris RdNr 9; zuletzt BSG SozR 4-4300 § 28a Nr 3 RdNr 12). Die Klägerin hat

das in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt.

12

2. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass für die Klägerin ab 12.2.2007 ein Antragspflichtversicherungsverhältnis nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand. Die Voraussetzungen einer hier allein in Betracht kommenden freiwilligen Weiterversicherung für Selbstständige nach Abs 1 S 1 Nr 2 des [§ 28a SGB III](#) (dazu a) lagen vor (dazu b); insbesondere hinderte die (verspätete) Antragstellung am 17.4.2007 den Eintritt der Versicherungspflicht am 12.2.2007 nicht (dazu c).

13

a) Nach Abs 1 S 1 Nr 2 des [§ 28a SGB III](#) (eingefügt mit Wirkung zum 1.2.2006 durch Art 1 Nr 20 und Art 124 Abs 4 Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, [BGBI I 2848](#)) können Personen auf Antrag ein Versicherungspflichtverhältnis begründen, die eine selbstständige Tätigkeit mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich aufnehmen oder ausüben. Nach [§ 28a Abs 1 S 2 SGB III](#) (in der hier maßgebenden, bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung; im Folgenden: aF) setzt die Weiterversicherung voraus, dass der Selbstständige innerhalb der letzten 24 Monate vor Aufnahme der Tätigkeit mindestens zwölf Monate sowie unmittelbar vor Aufnahme der zur freiwilligen Weiterversicherung berechtigenden Tätigkeit in einem Versicherungspflichtverhältnis nach den Vorschriften des Ersten Abschnitts (des SGB III) gestanden oder eine Entgeltersatzleistung nach diesem Buch bezogen hat (Nr 1 und 2) und dass eine anderweitige Versicherungspflicht oder Versicherungsfreiheit nicht besteht (Nr 3). [§ 28a Abs 2 S 1 SGB III](#) (in der bis zum 31.12.2010 anzuwendenden Fassung) trifft eine Regelung zum Beginn der Versicherungspflicht; [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) (in der bis zum 30.6.2008 anzuwendenden Fassung; im Folgenden: aF) legt fest, dass der (Weiterversicherungs)Antrag spätestens innerhalb von einem Monat nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt werden muss.

14

b) Die - kumulativ zu erfüllenden - Voraussetzungen eines Rechts zur freiwilligen Weiterversicherung nach [§ 28a Abs 1 S 1 Nr 2](#) und [§ 28a Abs 1 S 2 SGB III](#) aF lagen - wie zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist - vor. Die - wenn auch knappen - Feststellungen des LSG zu den Umständen der von der Klägerin ab 12.2.2007 ausgeübten Tätigkeit, deren (zeitlichem) Umfang, der geforderten Vorversicherung(zeit) und dem aktuellen Versicherungsstatus der Klägerin (am 12.2.2007) tragen seine Annahme, dass diese berechtigt war, durch einen Antrag, also nach Maßgabe ihres freien Willensentschlusses, ein Versicherungspflichtverhältnis als Selbstständige in der Arbeitslosenversicherung zu begründen.

15

c) Eine solche Antragspflichtversicherung ist nicht etwa deshalb - wie die Beklagte meint - nicht zustande gekommen, weil die Klägerin die Versicherungspflicht für ihre am 12.2.2007 aufgenommene selbstständige Tätigkeit als "Kauffrau" in einem Wäschehaus erst am 17.4.2007 beantragte. Zwar versäumte sie insoweit die mit der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit beginnende, einen Monat dauernde Antragsfrist des [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) aF. Diese Fristversäumnis wird jedoch unter Heranziehung der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch "überwunden". Der im angefochtenen Urteil festgestellte Sachverhalt begründet einen Herstellungsanspruch der Klägerin wegen der Verletzung behördlicher Beratungs- und Betreuungspflichten (vgl [§§ 14, 15 SGB I](#)) mit der Folge, dass der verspätete Antrag der Klägerin als rechtzeitig gestellt anzusehen ist; dass eine Antragspflichtversicherung allgemein im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs "herbeigeführt" werden kann, ist durch die Rechtsprechung des BSG geklärt (vgl BSG [SozR 4-2600 § 4 Nr 2](#) RdNr 23; ferner BSG [SozR 3-2200 § 1227 Nr 8](#) S 15; BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 15](#) S 42 ff). Die Klägerin erfüllte damit auch die letzte der Voraussetzungen für die freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung.

16

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Versäumung der Antragsfrist nach [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) aF auch - was die Beteiligten und die Vorinstanzen im Rechtsstreit in den Vordergrund gestellt haben - im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach [§ 27 Abs 1 S 1 SGB X](#) "beheben" werden könnte. Entgegen der von der Klägerin im Revisionsverfahren vertretenen Auffassung kann sie die (revisionsgerichtliche) Prüfung insoweit nicht (willentlich) beeinflussen und auf die Frage der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie - hiermit zusammenhängend - die Frage nach ihrem (eigenen) Verschulden an der Versäumung der Frist "beschränken"; sie kann damit nicht bewirken, dass die Frage nach einem Beratungsverschulden der Beklagten bei der (revisionsgerichtlichen) Prüfung "ausgespart" bleibt. Weil die Klägerin - in der Hauptsache - die (gerichtliche) Feststellung ihrer Antragspflichtversicherung in der Arbeitslosenversicherung begehrt, hat der Senat das Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 28a SGB III](#), hier der Einhaltung der Antragsfrist, nämlich unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen.

17

Einer Beantwortung der mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen (geltend gemacht: unverschuldeter) Versäumung der Antragsfrist zusammenhängenden Fragen bedarf es deshalb nicht, weil das richterrechtliche Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs bei Fristversäumnissen eines Antragstellers, die - wie hier (unten 2. c) aa) - auf Behördenfehlern beruhen, neben den Wiedereinsetzungsregelungen des [§ 27 SGB X](#) zur Anwendung kommt (grundlegend [BSGE 96, 44 = SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#), RdNr 20 ff, 26) und dessen Voraussetzungen hier vorliegen. Nach gefestigter Rechtsprechung stellen die Wiedereinsetzungsvorschriften keine abschließende Entscheidung des Gesetzgebers über die in einer verspäteten Antragstellung liegenden Folgen von Pflichtverletzungen der Verwaltung dar ([BSGE 96, 44 = SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#), RdNr 20 mwN aus der Rspr des BSG und dem Schrifttum); ist die Fristversäumnis auf einen Behördenfehler zurückzuführen, überschneiden sich also die Tatbestände des [§ 27 SGB X](#) und des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, ohne dass letzterer durch ersteren ausgeschlossen würde. Ist die verspätete Antragstellung durch behördliche Pflichtverletzung verursacht, so kann der Betroffene die Fristversäumnis unter Heranziehung der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch möglicherweise (sogar) leichter "überwinden", als wenn er sich ausschließlich auf [§ 27 SGB X](#) mit seinen besonderen - und in gewisser Hinsicht strengeren - Voraussetzungen stützen könnte (vgl [BSGE 96, 44 = SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#), RdNr 26).

18

Hiervon ausgehend kann der Senat die von Beginn an kontrovers diskutierte Frage unentschieden lassen, ob sich - wie die Beklagte meint - aus [§ 28a SGB III](#) für die für die freiwillige Weiterversicherung geltende Antragsfrist des [§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) aF ergibt, dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung dieser Frist iS von [§ 27 Abs 5 SGB X](#) unzulässig ist, also ein Fall vorliegt, in dem die gesetzliche Regelung "mit der Frist steht und fällt" (vgl hierzu allgemein BSG [SozR 4-7833 § 4 Nr 1](#) RdNr 13 mwN) oder die Antragsfrist - so das LSG und die Klägerin (unter Hinweis auf die im Schrifttum überwiegend vertretene Auffassung und Hessisches LSG Urteil vom 11.10.2010 - [L 9 AL 165/09](#) - info also 2011, 23 = Juris) - einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand "zugänglich" ist, weil sich (im Wege der Auslegung) aus Sinn und Zweck des Fristerfordernisses (und der Gesetzgebungsgeschichte) gerade nicht entnehmen lässt, dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen sein soll. Ein solcher Ausschluss würde sich jedenfalls auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch grundsätzlich nicht erstrecken; dieser wäre vielmehr (gleichwohl) anwendbar (vgl [BSGE 96, 44](#) = [SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#), RdNr 26, unter Hinweis auf BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 8](#), [BSGE 73, 56](#) = [SozR 3-1200 § 14 Nr 9](#) und BSG [SozR 4-2600 § 4 Nr 2](#)). Offenbleiben kann auch, ob die Klägerin - was die Beklagte annimmt, wozu das LSG aber keine Feststellungen getroffen hat - ein (fahrlässiges) Mitverschulden an der Fristversäumnis trifft, etwa weil - wie die Beklagte andeutet - auch in Fällen, in denen die Ursache der Säumnis im Verantwortungsbereich der Behörde liegt, (gleichwohl) eine Obliegenheit zur Erkundigung bestehen könnte (vgl hierzu allgemein [BSGE 96, 44](#) = [SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#), RdNr 21 mwN aus der Rspr). Dahinstehen kann schließlich, ob die Klägerin die versäumte Handlung (= Weiterversicherungsantrag) nach [§ 27 Abs 2 S 3 SGB X](#) rechtzeitig innerhalb der Frist des [§ 27 Abs 2 S 1 SGB X](#) nachholte; auch hierzu fehlen entsprechende Feststellungen des LSG. Das Berufungsurteil braucht aber (diesbezüglich) nicht aufgehoben und die Sache nicht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen zu werden, damit das LSG solche unterbliebenen Feststellungen nachholen kann. Denn die Klägerin ist bereits - ohne dass insoweit weitere Feststellungen getroffen werden müssten - allein unter Heranziehung der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch so zu stellen, wie sie stehen würde, als hätte sie die Weiterversicherung als Selbstständige in der Arbeitslosenversicherung rechtzeitig beantragt.

19

Die Voraussetzungen eines - vom LSG der Sache nach auch (nur) geprüften und qua Gesetz nicht ausgeschlossenen (vgl aber - zur Bedeutung der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Beendigungsregeln nach [§ 28a Abs 2 S 3 Nr 3 SGB III](#) aF für die Anwendbarkeit der Grundsätze über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch - BSG [SozR 4-4300 § 28a Nr 3](#) RdNr 22) - sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs sind erfüllt. Dieses von der Rechtsprechung des BSG ergänzend zu den gesetzlich geregelten Korrekturmöglichkeiten bei fehlerhaftem Verwaltungshandeln entwickelte Rechtsinstitut tritt - im Sinne eines öffentlich-rechtlichen Nachteilsausgleichs - ein, wenn ein Sozialleistungsträger durch Verletzung einer ihm aus dem Sozialrechtsverhältnis obliegenden Pflicht, insbesondere zur Beratung und Betreuung (vgl [§§ 14, 15 SGB I](#)), nachteilige Folgen für die Rechtsposition des Betroffenen herbeigeführt hat und diese Folgen durch ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln wieder beseitigt werden können (stRspr; zu den Tatbestandsvoraussetzungen vgl zuletzt BSG [SozR 4-4300 § 28a Nr 3](#) RdNr 22 mwN; ferner BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 15](#) RdNr 12).

20

aa) Die Beklagte unterließ es vorliegend pflichtwidrig, die Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Existenzgründung auf die Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung als Selbstständige nach dem Recht der Arbeitsförderung und - in diesem Kontext - das Antragserfordernis, die Fristgebundenheit des Antrags und Beginn sowie Dauer der Antragsfrist ([§ 28a Abs 2 S 2 SGB III](#) aF) hinzuweisen.

21

Rechtsgrundlage für die Beratungs- und Betreuungspflicht (in Form einer Hinweispflicht) sind die in [§§ 14, 15 SGB I](#) genannten allgemeinen Beratungs- und Auskunftspflichten der Sozialleistungsträger. Eine umfassendere Beratungs- und Betreuungspflicht des Sozialleistungsträgers besteht zunächst regelmäßig bei einem entsprechenden Beratungs- und Auskunftsbegehren des Versicherten (vgl BSG, [SGb 2000, 616](#); BSG [SozR 3-2600 § 115 Nr 9](#) S 59). Ausnahmsweise besteht jedoch auch dann - ohne ein solches ausdrückliches Begehren - "spontan" eine Beratungs- und Betreuungspflicht des Sozialleistungsträgers, wenn anlässlich einer konkreten Sachbearbeitung in einem Sozialrechtsverhältnis dem jeweiligen Mitarbeiter eine naheliegende (rechtliche) Gestaltungsmöglichkeit ersichtlich ist, die ein verständiger Versicherter (mutmaßlich) wahrnehmen würde, wenn sie ihm bekannt wäre (stRspr; vgl zuletzt BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 15](#) RdNr 14, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr des BSG). Dabei ist die Frage, ob eine Gestaltungsmöglichkeit - nach den bekannten tatsächlichen Umständen - "klar zu Tage liegt", allein nach objektiven Merkmalen zu beurteilen (vgl BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 16](#) S 50; ferner [BSGE 49, 76](#), 77 f = [SozR 2200 § 1418 Nr 6](#)). Ein solcher Fall liegt hier vor.

22

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob das Sozialrechtsverhältnis, aus dem der Beklagten Pflichten zur Beratung und Betreuung (gerade auch) in versicherungsrechtlicher Hinsicht erwachsen, bereits - wie das BSG im Zusammenhang mit dem Leistungsrecht entschieden hat (vgl BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 15](#) RdNr 15 mwN) - mit der Arbeitslosmeldung und der Stellung eines Antrags auf Bewilligung von Alg entstand. Spätestens mit dem (ersten) Antrag der Klägerin auf Gewährung eines Gründungszuschusses zur Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit am 8.9.2006 oblag es der Beklagten jedoch, die Frage der Fortführung des Versicherungsschutzes der Klägerin in der Arbeitslosenversicherung bei Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit im Auge zu behalten. Zwar ist der Beklagten in diesem Zusammenhang zuzugeben, dass das am 7.2.2007 durchgeführte Beratungsgespräch (noch) vorrangig auf die Vermittlung der Klägerin in eine Beschäftigung gerichtet war, auch wenn diese hier bereits angegeben hatte, (begleitend) eine selbstständige Tätigkeit als Beraterin für Vermietung und Verpachtung ausüben zu wollen und sie deshalb von der Beklagten über die (zeitlichen) Voraussetzungen eines Gründungszuschusses unterrichtet worden war. Mag die Beklagte auch angesichts dieser Umstände am 7.2.2007 noch nicht zu Hinweisen an die Klägerin auf die Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung (und deren Voraussetzungen) verpflichtet gewesen sein, so war sie es aber jedenfalls bei den beiden Beratungsgesprächen am 12.2.2007. Selbst wenn die Beklagte - mangels Eingangs der Antragsunterlagen für den Gründungszuschuss - zu diesem Zeitpunkt weder überprüfen konnte, ob die Klägerin hierauf (tatsächlich) Anspruch hatte, noch das Bestehen eines Rechts zur Weiterversicherung nach [§ 28a SGB III](#) abschließend beurteilen konnte, bestand für sie eine Beratungsnotwendigkeit, weil ihr am 12.2.2007 jedenfalls - neben dem Antrag auf einen

Gründungszuschuss - (auch) die Anmeldung des (selbstständigen) Gewerbes der Klägerin mit der Haupttätigkeit "Einzelhandel mit Haus- und Heimtextilien" zum 12.2.2007 vorlag. Dass bei den Beratungsgesprächen am 12.2.2007 noch keine konkrete, auf eine selbstständige Tätigkeit abzielende - den Erfordernissen des [§ 28a Abs 1 S 1 Nr 2 SGB III](#) genügende - Beratung möglich war, liegt auf der Hand. Erforderlich war indessen bereits zu diesem Zeitpunkt jedenfalls ein genereller Hinweis auch auf die Möglichkeit Selbstständiger zur Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung und deren Voraussetzungen, zumal ein Versicherungspflichtverhältnis sogar von Selbstständigen beantragt werden kann, die keinen Anspruch auf einen Gründungszuschuss haben. Maßgebende Voraussetzung des Rechts Selbstständiger zur freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung ist insoweit (nur), dass eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen wird; das jedenfalls war der Beklagten in Bezug auf die Verhältnisse der Klägerin am 12.2.2007 bekannt. Entsprechende Hinweise der Beklagten erfolgten jedoch nachweislich nicht.

23

Vor diesem Hintergrund muss sich der Senat nicht (auch) mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen der Hinweis auf die Möglichkeit der freiwilligen Weiterversicherung im "Merkblatt Gründungszuschuss" der Beklagten und (dort) auf ein weiteres "Hinweisblatt zur freiwilligen Weiterversicherung" oder (optional) eine Informationsmöglichkeit bei der örtlichen Agentur für Arbeit ihren aus [§§ 14, 15 SGB I](#) folgenden Beratungs- und Betreuungspflichten genügen kann. Zwar trifft es zu, dass - wie die Beklagte vorträgt - ihre Merkblätter nach der Rechtsprechung des BSG nicht etwa generell ein untaugliches Mittel zur Aufklärung und Beratung von Versicherten darstellen (vgl zur Eignung von Merkblättern in diesem Zusammenhang allgemein [BSGE 92, 267 = SozR 4-4300 § 137 Nr 1](#) RdNr 29 ff). Jedoch reichen solche "Anfangshinweise" - wie sie die Beklagte selbst bezeichnet - nicht aus, wenn (wie hier) im Rahmen einer konkreten Sachbearbeitung eine gesteigerte Hinweispflicht (vgl hierzu [BSGE 98, 108 = SozR 4-4300 § 324 Nr 3](#), RdNr 21) besteht.

24

Spätestens als sich die Klägerin am 12.2.2007 wegen des Gründungszuschusses an die Beklagte wandte, war die freiwillige Weiterversicherung Selbstständiger in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 28a SGB III](#) für die Mitarbeiter der Beklagten als eine - nach objektiven Merkmalen zu beurteilende - naheliegende (rechtliche) Gestaltungsmöglichkeit der Klägerin ersichtlich, die auch ein verständiger Versicherter (mutmaßlich) wahrnehmen würde, wenn sie ihm bekannt wäre. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung hat sich das LSG bei dieser "Beweiswürdigung" nicht auf einen allgemeinen oder besonderen - gerichtskundigen bzw auf eigener Sachkunde beruhenden - Erfahrungssatz gestützt. Die Beklagte weist hierzu darauf hin, dass sich für Antragspflichtversicherte auch Beitragspflichten, dh Beitragstra-gungs- und -zahlungspflichten (vgl [§§ 345b, 349a SGB III](#)) ergeben und dieser Umstand in der "wirtschaftlich erfahrungsgemäß schwierigen Gründungsphase eines selbstständigen Unternehmens" zu zusätzlichen Belastungen führe, die nicht jeder Selbstständige tragen wolle. Sie bezweifelt daher, dass die freiwillige Weiterversicherung eine Gestaltungsmöglichkeit darstellt, von der "ein vernünftiger Versicherter (Selbstständiger)" in der Lage der Klägerin mutmaßlich Gebrauch gemacht haben würde; jedenfalls habe das LSG die (wahrnehmungsbezogenen) Tatsachen (Erfahrungstatsachen) und Quellen nicht offengelegt, auf die es einen solchen Erfahrungssatz gründe. Diesem Ansatz kann nicht gefolgt werden.

25

Einen solchen - von der Beklagten hervorgehobenen - (allgemeingültigen) Erfahrungssatz, zu dessen Aufstellung die Gerichte allein aufgrund allgemeiner oder eigener Wahrnehmungen, dh ohne weitere empirische (statistische, demoskopische) Grundlage, möglicherweise nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen legitimiert sein könnten, dessen Bestehen dann allerdings - wegen seiner Nähe zur Tatsachenfeststellung - auch (wohl) nur eingeschränkt - nämlich bei zulässigen Verfahrensrügen - revisionsgerichtlicher Kontrolle unterläge (vgl [BSGE 91, 23 = SozR 4-2700 § 9 Nr 1](#) RdNr 12), hat das LSG seiner Beurteilung nicht zugrunde gelegt. Erfahrungssätze - als Hilfsmittel bei der Tatsachenfeststellung (oder bei der Auslegung) - liegen vor, wenn zB ein Gericht aus gleichgelagerten "Wahrnehmungsfällen" mit denselben Folgeerscheinungen den Schluss zieht, dass sich unter gewissen (Rahmen)Bedingungen diese Folgeerscheinungen wiederholen bzw stets eintreten; ein - aufgestellter - (Erfahrungs)Satz beansprucht also nicht nur für die bisherigen "Wahrnehmungsfälle" Geltung, sondern lässt auch den allgemeinen Schluss auf Folgeerscheinungen künftiger "Wahrnehmungsfälle" zu. Hiervon zu unterscheiden sind indessen Bewertungen, die sich auf einen konkreten, einzelnen Fall beziehen, also (singuläre) Sätze über eine Wahrnehmung von tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelfall darstellen. Legt man hier diese Unterscheidung zugrunde, so muss angenommen werden, dass das LSG seiner prognostischen Beurteilung der Interessenlage der Klägerin (gerade) keine abstrakt generalisierte, Allgemeingültigkeit beanspruchende Betrachtung zugrunde gelegt hat; es hat vielmehr auf die ihm bekannten tatsächlichen Umstände des (Einzel)Falls der Klägerin abgestellt und diese im Hinblick auf deren Belange objektiv bewertet. Dass in der Rechtsprechung des BSG für die Beurteilung allgemein an die Sicht bzw den Standpunkt "eines verständigen Versicherten" angeknüpft wird, ändert hieran nichts; insoweit ist nämlich nur gemeint, dass einzelne Versicherte auf "für sie" naheliegende Gestaltungsmöglichkeiten "in typischen Fallkonstellationen" hingewiesen werden sollen (vgl mit dieser Akzentuierung etwa BSG [SozR 3-2600 § 115 Nr 9 S 59](#)).

26

Die Annahme einer gegenüber der Klägerin bestehenden Pflicht der Beklagten zum Hinweis auf die Möglichkeit einer freiwilligen Weiterversicherung nach dem Recht der Arbeitsförderung und die Voraussetzungen dieser Weiterversicherung führt nicht - wie die Beklagte meint - zu einer Überspannung ihrer Beratungs- und Betreuungspflichten. Sie war vielmehr sachlich und funktional zuständiger Leistungsträger iS von [§ 12 SGB I](#) und bei der Sachbearbeitung ganz konkret mit den Belangen der Klägerin als Selbstständiger befasst. Im Rahmen des vorliegend streitigen Sachkomplexes ging es auch nicht etwa darum, sämtliche bei ihr gemeldeten und potentiell durch [§ 28a SGB III](#) angesprochenen Arbeitslosen zu ermitteln und individuell über die Möglichkeit einer Antragspflichtversicherung für Selbstständige zu informieren. Allein schon die konkrete Kontaktaufnahme des Versicherten mit der Beklagten begründete hier eine gesteigerte Hinweispflicht (vgl allgemein BSG [SozR 4-4300 § 324 Nr 3](#) RdNr 21).

27

Gegen eine solche gesteigerte Hinweispflicht kann die Beklagte schließlich nicht einwenden, dass der Inhalt eines Gesetzes mit seiner Verkündung dem Normadressaten - und damit auch der Klägerin - gegenüber grundsätzlich als bekannt zu gelten hat, und zwar unabhängig

davon, wann das Gesetz ihm tatsächlich zur Kenntnis gelangt ist (sog formelle Publizität). Der Grundsatz der formellen Publizität von Gesetzen wird bei einer konkreten Kontaktaufnahme mit dem Sozialleistungsträger durch die Beratungs- und Betreuungspflichten nach [§§ 14, 15 SGB I](#) "überlagert"; der Sozialleistungsträger kann sich bei einem Behördenfehler hierauf nicht berufen (vgl schon BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) RdNr 7).

28

bb) Der Ausgleich des durch die Pflichtverletzung der Beklagten eingetretenen sozialrechtlichen Nachteils oder Schadens der Klägerin (= Ausschluss von der freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung wegen Versäumung der Antragsfrist) stellt auch eine zulässige Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs dar, weil er von der Beklagten durch Vornahme einer rechtmäßigen Amtshandlung beseitigt werden kann. Die Beklagte kann die Klägerin durch "Anerkennung" eines seit dem 12.2.2007 bestehenden Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag als Selbstständige so stellen, wie sie bei rechtzeitiger Antragstellung aufgrund entsprechender Beratung und Betreuung gestanden hätte. Sie kann hierzu insbesondere einen das Bestehen der freiwilligen Weiterversicherung bestätigenden deklaratorischen Verwaltungsakt erlassen.

29

3. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung liegen bei alledem entscheidungserhebliche Mängel des Berufungsverfahrens nicht vor.

30

Sie macht - erstens - geltend, das Berufungsurteil gebe unter Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 S 2 SGG](#) die Gründe nicht an, die für die richterliche Überzeugungsbildung leitend gewesen seien. Insoweit rügt die Beklagte zum einen, das LSG habe in dem angefochtenen Urteil seine Auffassung nicht begründet, dass die Klägerin nicht habe "von sich aus rechtzeitig um ergänzende Informationen nachsuchen" müssen; zum anderen wendet sie ein, das Berufungsurteil lasse Hinweise des LSG dazu vermissen, auf welche (Erfahrungs)Tatsachen und Quellen es den Erfahrungssatz stütze, dass die Antragspflichtversicherung "unbedingt eine naheliegende Gestaltungsmöglichkeit darstellt, von der jeder wirtschaftlich vernünftig Denkende mutmaßlich Gebrauch machen würde". Auf solchermaßen angenommenen Verfahrensmängeln könnte das Berufungsurteil indessen (schon) nicht beruhen. Das LSG hat der Sache nach nämlich nur über das Vorliegen der Voraussetzungen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs befunden; auf ein Mitverschulden der Klägerin (etwa durch Nichteinholen von Rechtsrat) kam es deshalb für dessen Entscheidung nicht an. Auch hat das Berufungsgericht seine "Beweiswürdigung" - wie bereits erörtert - nicht auf einen allgemeinen oder besonderen Erfahrungssatz gestützt, sondern eine einzelfallbezogene Bewertung vorgenommen. Die Beklagte macht - zweitens - geltend, das LSG habe unter Verletzung von [§ 103 S 1 SGG](#) keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Klägerin "von sich aus bei der Beklagten oder einer sonst rechtkundigen Person um Beratung nachgesucht" habe. Nach dem oben Gesagten bezieht sich auch diese Verfahrensrüge auf für den Rechtsstreit nicht entscheidungserhebliche Tatsachen.

31

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2014-02-13