

L 18 AL 102/09

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
18
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 62 AL 3972/08
Datum
14.01.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 18 AL 102/09
Datum
17.02.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 14. Januar 2009 geändert und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind im gesamten Verfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Gewährung eines Gründungszuschusses (GZ) für den Zeitraum vom 15. November 2007 bis 14. August 2008.

Der am. geborene Kläger entstammt einer Schaustellerfamilie. Bereits in den Jahren 2001/2002 hatte er - mit Förderung durch die Beklagte - eine selbständige Tätigkeit im Schau-stellergewerbe ausgeübt, die er zugunsten einer versicherungspflichtigen Angestelltentätigkeit vom 18. März 2002 bis 31. März 2007 im Schaustellerbetrieb seiner Eltern beendete.

Nachdem der Kläger sich bei der Beklagten am 20. März 2007 mit Wirkung zum 01. April 2007 arbeitslos gemeldet hatte, bewilligte ihm die Beklagte ab diesem Zeitpunkt Arbeitslosen-geld (Alg) für die Dauer von 360 Kalendertagen, welches der Kläger in der Zeit vom 01. April 2007 bis zum 25. November 2007 und vom 01. Januar 2008 bis 31. März 2008 auch tatsächlich bezogen hat. Vom 26. November 2007 bis zum 31. Dezember 2007 war der Kläger im Betrieb seiner Eltern versicherungspflichtig beschäftigt. Aus Anlass der Arbeitslosmeldung am 20. März 2007 hatte der Kläger der Beklagten seine Absicht mitgeteilt, sich in "nächster Zeit" selbständig machen zu wollen.

Am 17. April 2007 teilte der Kläger der Beklagten im Rahmen einer persönlichen Vorsprache erneut mit, dass er sich als Schausteller selbständig machen wolle. Ihm wurden Informationen zur Antragspflichtversicherung nach § 28a des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsför-derung - (SGB III) sowie die Antragsunterlagen für einen GZ ausgehändigt. Überdies ist dem Kläger das Merkblatt 3 "Vermittlungsdienste und Leistungen" ausgehändigt worden, worin die Beklagte über die Anspruchsvoraussetzungen des GZ, insbesondere über die Notwendigkeit eines mindestens 90 Tage umfassenden Restanspruchs auf Alg, informiert. Im Beratungsge-spräch wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass er sich bis Ende 2007 selbständig machen müsse, da er bis 30. März 2008 Alg bekomme. In einem Folgegespräch am 30. Juli 2007 teilte der Kläger mit, immer noch mit Vorbereitungstätigkeiten für die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit beschäftigt zu sein. Er werde, sobald er ein Fahrgeschäft gefunden habe, das Gewerbe anmelden, den genauen Starttermin festlegen und die Antragsunterlagen für den GZ abgeben. Im Anschluss daran reichte der Kläger offenbar die Antragsunterlagen für den GZ ein, die von der Beklagten jedoch mit der Begründung, es sei für eine Antragstellung noch zu früh, wieder zurückgesandt bzw. zurückgegeben worden sind.

Am 17. November 2007 schloss der Kläger einen Kaufvertrag über ein Kinder-Hängekarussell, dessen Übergabe an den Kläger bis zum 15. Dezember 2007 vereinbart wurde und am 23. No-vember 2007 erfolgte. Mit Bescheid vom 29. Januar 2008 erteilte der TÜV Rheinland Industrie Service GmbH eine Übertragungsgenehmigung. Am 11. Dezember 2007 schloss der Kläger einen Vorvertrag über den Kauf einer Geisterbahn. Darin verpflichtete sich der Verkäufer zum Verkauf der Bahn bis spätestens 01. Mai 2008. Überdies bemühte sich der Kläger von Septem-ber 2007 bis November 2007 durch sieben Bewerbungsschreiben um einen Stellplatz für die Geisterbahn in der Saison 2008. Am 31. Januar 2008 bekräftigte der Kläger bei der Beklagten seine Absicht, sich als Schausteller selbständig zu machen.

Am 20. März 2008 reichte der Kläger seinen am 22. Mai 2007 von ihm unterzeichneten GZ-Antrag (erneut) ein. Als Tag der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit trug er das Datum des 01. April 2008 ein. Eine Stellungnahme der fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit lag dem Antrag bei. Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 16. April 2008 ab, da der Kläger zum Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit nicht mehr über einen An-spruch auf Alg für mindestens 90 Tage verfügt habe. Mit seinem dagegen gerichteten Wider-spruch machte der Kläger sinngemäß geltend, sich bereits Ende 2007 als Schausteller selbstän-dig gemacht zu haben, denn er habe dort bereits Verträge für Fahrgeschäfte geschlossen und sich intensiv um Stellplätze für die Volksfestsaison 2008 bemüht. Im Übrigen

beschränke sich die Tätigkeit eines Schaustellers nicht auf die reine Reisetätigkeit, sondern sei auch durch In-standsetzungs- und Erhaltungsarbeiten gekennzeichnet. Außerdem habe ihn die Beklagte falsch beraten, wenn sie nunmehr bei der Berechnung des Alg-Anspruches von mindestens 90 Tagen vom Saisonbeginn am 01. April 2008 ausgehe.

Nachdem der Kläger Unterlagen über den Kauf des Kinderkarussells sowie der Geisterbahn und seine Stellplatzbewerbungen eingereicht hatte, wies die Beklagte seinen Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 12. Juni 2008 als unbegründet zurück. Der Kläger habe vor Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 01. April 2008 lediglich noch über einen Restanspruch auf Alg von 35 Tagen verfügt, so dass der GZ nicht gewährt werden könne. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Kläger die selbständige Tätigkeit bereits vor dem 01. April 2008 ausgeübt habe. Das Kinderkarussell sei frühestens mit Beginn der Saison 2008 im März 2008 in Betrieb genommen worden. Bei Annahme der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit zum 01. März 2008 sei die Gewährung des GZ ebenfalls nicht möglich. Die Geisterbahn sei erst zum 01. Mai 2008 gekauft worden. Die Bewerbung um Stellplätze sowie der Vorvertrag über den Kauf der Geisterbahn könnten die Annahme der Ausübung einer hauptberuflich selbständigen Tätigkeit nicht rechtfertigen.

Das Sozialgericht (SG) Berlin hat die Beklagte durch Urteil vom 14. Januar 2009 unter Aufhebung des Bescheides vom 16. April 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Juni 2008 verurteilt, "an den Kläger einen Gründungszuschuss nach den gesetzlichen Bestimmungen zu bewilligen unter Abzug des seit 01. Januar 2008 gezahlten Arbeitslosengeldes". Zur Begründung ist ausgeführt: Der Kläger habe zum 01. Januar 2008 eine selbständige Tätigkeit als Schausteller aufgenommen. Der Anspruch auf GZ ergäbe sich nach den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Die Beklagte habe den Kläger spätestens am 31. Januar 2008 dahingehend beraten müssen, dass es sinnvoll und zweckmäßig sei, sich aus dem Leistungsbezug abzumelden, um den erforderlichen Restanspruch auf Alg zu bewahren. Die Beklagte habe den Kläger "sehenden Auges" in den Verbrauch des Restanspruchs entlassen, ohne ihn auf den Verlust des Anspruchs auf GZ und auf eine nahe liegende Gestaltungsmöglichkeit hinzuweisen. Dem Anspruch stehe [§ 324 Abs. 1 SGB III](#) nicht entgegen, wonach Leistungen der Arbeitsförderung nur erbracht würden, wenn sie vor Eintritt des Leistungsbegründenden Ereignisses beantragt worden seien. Zum einen habe der Kläger bereits einen Antrag auf GZ im Jahre 2007 gestellt, den die Beklagte wieder zurückgegeben habe. Andererseits wäre der am 20. März 2008 gestellte Antrag auch nach [§ 324 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) zur Vermeidung einer unbilligen Härte zuzulassen.

Die Beklagte wendet sich mit der Berufung gegen dieses Urteil. Sie trägt vor: der Kläger habe vor dem 01. April 2008 eine selbständige Tätigkeit nicht aufgenommen. Allenfalls habe er Vorbereitungshandlungen ausgeführt, indem er ein Karussell erworben und sich um Stellplätze für die Saison 2008 beworben habe. Bewerbungen um Stellplätze könnten wie Bewerbungen um eine Arbeitsstelle nicht das Ausüben der Tätigkeit darstellen. Durch den Erwerb des Kinderkarussells habe der Kläger keine Tätigkeit mit Außenwirkung entfaltet. Der Kläger selbst habe angegeben, die Tätigkeit erst zum 01. April 2008 aufzunehmen. Im Übrigen sei der Abschluss einer Haftpflichtversicherung nach § 1 der Schaustellerhaftpflichtverordnung notwendig. Überdies habe der Kläger auch bei Annahme der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit zum 01. Januar 2008 keinen Anspruch auf GZ. Er habe vom 26. November 2007 bis 31. Dezember 2007 in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gestanden, was den Anspruch auf Alg am 31. Dezember 2007 ausschließe. Auch könne der Anspruch nicht aus einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch abgeleitet werden, da schon fehlerhaftes Verwaltungshandeln nicht vorliege. Es wäre auch nicht sinnvoll und zweckmäßig gewesen, dass sich der Kläger am 31. Januar 2008 aus dem Leistungsbezug abmeldete, denn mit Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 01. April 2008 hätte es für den Anspruch auf GZ dann am Vorbezug von Alg gefehlt. Die Beklagte verweist ferner auf die dem Kläger unter dem 17. April 2007 und 31. Januar 2008 ausgehändigten Merkblätter.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 14. Januar 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger, der nunmehr klargestellt hat, die Gewährung von GZ für die Zeit vom 15. November 2007 bis 14. August 2008 geltend zu machen, beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er habe die selbständige Tätigkeit spätestens am 15. November 2007 aufgenommen. Die selbständige Tätigkeit im Schaustellergewerbe bestehe nicht lediglich aus der eigentlichen Reisetätigkeit, sondern auch aus Bewerbungen um Stellplätze für die kommende Saison, der Herrichtung der Fahrgeschäfte sowie der Durchführung von Reparatur- und Wartungsarbeiten. Die Argumentation der Beklagten führe bei Saisongewerben zu nicht hinnehmbaren Ungerechtigkeiten. Letztlich hänge die Gewährung des GZ dabei vom Zufall ab. Überdies habe der Kläger genau entsprechend der Empfehlung der Beklagten, nämlich den Antrag einzureichen, wenn er "rausfahre", gehandelt. Auf das Vorbringen des Klägers im Erörterungstermin vom 19. August 2009 zu seiner versicherungspflichtigen Beschäftigung in der Zeit vom 26. November 2007 bis 31. Dezember 2007 wird Bezug genommen.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Akte der Beklagten und die Gerichtsakte haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist begründet.

Ein Anspruch des Klägers auf GZ für - den vom Kläger klargestellten - Zeitraum vom 15. November 2007 bis 14. August 2008 besteht nicht. Die Klage war daher abzuweisen.

Soweit das SG mit dem angefochtenen Urteil über einen GZ-Anspruch für die Zeit vom 01. Januar 2008 bis 30. September 2008 befunden haben sollte, wofür trotz des insoweit nicht hinreichend bestimmten Urteilstenors die Ausführung des SG in den Entscheidungsgründen spricht, wonach der Kläger "zur Überzeugung der Kammer spätestens am 01. Januar 2008 eine selbständige Tätigkeit aufgenommen" habe, ist dieses Urteil für den im Berufungsverfahren ausdrücklich nicht mehr geltend gemachten Anspruch auf GZ für die Zeit vom 15. August 2008 bis 30. September 2008 gegenstandslos. Die Klage auf GZ für die Zeit vom 15. November 2007 bis 14. August 2008 ist nicht

begründet.

Nach [§ 57 SGB III](#) in der vom 01. August 2006 bis 31. Dezember 2007 geltenden und vorliegend anwendbaren (vgl. [§ 422 Abs. 1 SGB III](#)) Fassung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 ([BGBl. I, 1706](#)) haben Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf einen GZ (Abs. 1). Der GZ wird geleistet, wenn der Arbeitnehmer bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1) ua einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III hat (Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a), bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen verfügt (Abs. 2 Satz 1 Nr. 2), der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweist (Abs. 2 Satz 1 Nr. 3) und seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit darlegt (Abs. 2 Satz 1 Nr. 4).

Soweit der GZ nach [§ 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB III](#) das vorherige Bestehen eines Anspruchs auf eine Entgeltersatzleistung nach dem SGB III voraussetzt, kommt nur ein Anspruch des Klägers auf Alg in Betracht. Insoweit hat das Bundessozialgericht (BSG) bereits entschieden, dass mit dem "Anspruch" auf Alg als Entgeltersatzleistung iS des [§ 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB III](#) nicht lediglich ein einmal entstandenes und fortbestehendes Stammrecht gemeint ist, sondern dass die materiellen Voraussetzungen eines konkreten Zahlungsanspruchs gegeben sein müssen (vgl. BSG, Urteil vom 05. Mai 2010 - [B 11 AL 11/09 R](#) - juris -). Vom Bestehen eines solchen Zahlungsanspruchs ist für die Zeit bis zum 25. November 2007 auszugehen, da dem Kläger bis zu diesem Zeitpunkt bindend Alg bewilligt und gezahlt worden ist. Vom 26. November 2007 bis 31. Dezember 2007 war der Kläger jedenfalls mangels Verfügbarkeit (vgl. [§ 119 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#)) nicht arbeitslos und hatte somit keinen Anspruch auf Alg. Denn er war neben seiner versicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung in diesem Zeitraum nicht in der Lage, eine (weitere) mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung auszuüben (vgl. [§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III](#)). Sodann hat ein Alg-Anspruch vom 01. Januar 2008 bis 31. März 2008 bestanden, da dem Kläger auch für diese Zeit bindend Alg bewilligt worden ist. Die sich aus [§ 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a SGB III](#) weiter ergebende Voraussetzung des Bestehens eines Anspruchs auf eine Entgeltersatzleistung "bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit" erfordert nach der Rechtsprechung des BSG, die der Senat seiner Entscheidung zugrunde legt, keine Nahtlosigkeit zwischen Existenzgründung und vorausgehendem Alg-Anspruch. Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr ein enger zeitlicher Zusammenhang, der gewahrt ist, wenn zwischen dem Bestehen des Anspruchs auf die Entgeltersatzleistung und der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit ein Zeitraum von nicht mehr als etwa einem Monat liegt (vgl. BSG aaO; BSG, Urteil vom 05. Mai 2010 - [B 11 AL 28/09 R](#) - juris).

Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens konnte der Senat nicht die volle Überzeugung gewinnen, dass der Kläger in der Zeit vom 15. November 2007 bis 5. Februar 2008 (= Tag, an dem letztmals ein Restanspruch auf Alg von mindestens 90 Tagen bestand) eine hauptberufliche selbständige Tätigkeit aufgenommen hat. Das Gesetz umschreibt nicht näher, was unter der "Aufnahme der selbständigen Tätigkeit" zu verstehen ist. Eine ausdrückliche Regelung, aus der zu schließen wäre, dass die Tätigkeit erst dann aufgenommen ist, wenn mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit begonnen wird, also Waren produziert oder Dienstleistungen erbracht werden, existiert nicht. Soweit das BSG zu einer früheren Fassung des [§ 57 SGB III](#), die ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzung der "Aufnahme der selbständigen Tätigkeit" enthielt, ausgeführt hat, eine solche Tätigkeit werde mit der erstmaligen Vornahme einer unmittelbar auf berufsmäßigen Erwerb gerichteten und der Gewinnerzielung dienenden Handlung mit Außenwirkung aufgenommen (vgl. BSG [SozR 4-4300 § 57 Nr. 1](#) mit Hinweis auf LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 11. März 1997 - [L 13 Ar 2633/95](#) - juris), bleibt offen, inwieweit Vorbereitungs-handlungen mit Außenwirkung einzubeziehen sind. Aus den weiteren Ausführungen des BSG in der vorgenannten Entscheidung wird jedoch deutlich, dass der genaue Zeitpunkt der "Aufnahme" maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles abhängt (uU auch von einem formalen Akt der Zulassung, vgl. BSG aaO).

Eine an den Umständen des Einzelfalles orientierte Betrachtungsweise entspricht auch dem offenen Gesetzeswortlaut und dem Zweck des [§ 57 SGB III](#), eine gezielte Förderung zu erreichen und die Nachhaltigkeit von Existenzgründungen aus Arbeitslosigkeit zu stärken (vgl. [BT-Drucksache 16/1696 Seite 31](#), zu [§ 57 Abs. 2](#)). Da im Übrigen eine Existenzgründung regelmäßig keinen punktuellen Vorgang darstellt (vgl. [BT-Drucks 14/873 S 3](#), zu [§ 57 SGB III](#) idF des 2. SGB III-Änderungsgesetzes vom 21. Juli 1999, [BGBl. I 1648](#)), ist davon auszugehen, dass eine selbständige Tätigkeit iSv [§ 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) schon vor der eigentlichen "Geschäftseröffnung" - also beispielsweise dem Beginn der Warenproduktion, die den Gegenstand des Unternehmens darstellt - aufgenommen worden sein kann (vgl. BSG, Urteil vom 05. Mai 2010 - [B 11 AL 28/09 R](#) - juris -). Unter bestimmten Umständen kann eine "Aufnahme" also schon vorliegen, wenn vorbereitende Tätigkeiten durchgeführt werden (vgl. BSG aaO mit weiteren Nachweisen). Die im Gesetz angelegte Nachhaltigkeit der Förderung macht es jedoch erforderlich, vorbereitende Maßnahmen nur dann als "Aufnahme der selbständigen Tätigkeit" zu werten, wenn diese Maßnahmen Außenwirkung im Geschäftsverkehr entfalten (vgl. BSG [SozR 4-4300 § 57 Nr. 1](#)) und sie ferner nach dem zugrunde liegenden Gesamtkonzept ernsthaft und unmittelbar auf die spätere Geschäftstätigkeit ausgerichtet sind (vgl. BSG aaO).

Ausgehend von diesen Maßstäben hat der Kläger die hauptberufliche selbständige Tätigkeit nicht - wie von ihm behauptet - zum 15. November 2007 aufgenommen. Der Kläger hat von September 2007 bis November 2007 insgesamt sieben Bewerbungsschreiben für Stellplätze für die Geisterbahn "Cape Fear" nachgewiesen, wobei er diese Geisterbahn zu diesem Zeitpunkt noch nicht erworben hatte. Der insoweit das Kaufgeschäft anbahnende Vorvertrag ist erst am 11. Dezember 2007 geschlossen worden. Das Kinderkarussell hat der Kläger mit Kaufvertrag vom 17. November 2007 erworben, die Übergabe hat ausweislich des vom Kläger ge- und unterschriebenen Übergabeprotokolls am 23. November 2007 stattgefunden. Der Betrieb des Kinderkarussells durch den Kläger konnte jedoch erst nach Erteilung der Übertragung der Ausführungsgenehmigung durch den TÜV Rheinland (Bescheid vom 29. Januar 2008) erfolgen. Dies bedeutet, dass überhaupt erst am 29. Januar 2008 die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Aufnahme einer Schaustellertätigkeit mit Außenwirkung mit dem Kinderkarussell erfüllt sein konnten. Selbst wenn der Senat zugunsten des Klägers annehmen würde, dass das Verschicken von sieben Stellplatzbewerbungen für - die dann gar nicht erworbene und betriebene - Geisterbahn von September bis November 2007 als ausreichende Vorbereitungs-handlungen angesehen werden könnte, so hat der Kläger die Umsetzung seines Konzepts durch die Aufnahme einer versicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung ersichtlich nicht weiter verfolgt. Die nötige Ausrichtung auf die spätere selbständige Geschäftstätigkeit fehlt nämlich, wenn der Existenzgründer im Anschluss an die vorgenommenen Vorbereitungs-handlungen über mehrere Wochen hinweg - wie hier - untätig geblieben ist (vgl. BSG, Urteil vom 05. Mai 2010 - [B 11 AL 28/09 R](#) - juris - Rn 20 des Urteilsdrucks). In der Zeit vom 26. November 2007 bis 31. Dezember 2007 war der Kläger versicherungspflichtig beschäftigt, nach seinen eigenen Bekundungen im Erörterungstermin vom 19. August 2009 "24 Stunden pro Tag". Neben einer solchen versicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigung kann eine "hauptberufliche" (vgl. [§ 57 Abs. 1 SGB III](#)) selbständige Tätigkeit weder vorbereitet noch ausgeübt werden. Hauptberuflich ist eine selbstständige Tätigkeit dann, wenn sie von der wirtschaftlichen Bedeutung und

dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen deutlich übersteigt und den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit darstellt. Die Erwerbstätigkeit ist dabei auf die Erzielung von Gewinn gerichtet. Dass die selbständige Tätigkeit tatsächlich zu Verlusten führt, ist unerheblich. Die hauptberufliche Tätigkeit muss zudem gemäß [§ 57 Abs. 1 SGB III](#) die "Arbeitslosigkeit beenden", dh im Hinblick auf die damit zwingend verbundene Beendigung von Beschäftigungslosigkeit iSv [§ 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassen (vgl. [§ 119 Abs. 3 SGB III](#)). Hinsichtlich der bis 25. November 2007 durchgeführten Maßnahmen fehlte es somit an der nötigen Ausrichtung auf eine etwaige ins Auge gefasste spätere Geschäftseröffnung. Der Kläger hat insoweit zwar eingewandt, dass Schausteller die spielfreie Zeit stets für Wartungen, Herrichtungen und Instandsetzungen nutzen würden, dies ist hier je-doch lediglich pauschal vorgetragen worden, wobei sich insbesondere nicht erschließt, an welchen noch gar nicht in Betrieb genommenen Fahrgeschäften die Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten durchgeführt worden sein sollen. Auch die Aufnahme einer hauptberuflichen selbständigen Tätigkeit in der Zeit vom 01. Januar 2008 bis 05. Februar 2008 lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen, wobei bei einer Aufnahme der selbständigen Tätigkeit am 01. Januar 2008 der Kläger überdies nicht seine Arbeitslosigkeit beendet hätte, sondern aus einem die Arbeitslosigkeit ausschließenden versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis die selbständige Tätigkeit aufgenommen hätte und daher schon die tatbestandlichen Voraussetzungen von [§ 57 Abs. 1 SGB III](#) ebenfalls nicht erfüllt wären. Der ab 01. Januar 2008 arbeitslos gemeldete und im Alg-Bezug stehende Kläger erhielt zwar mit TÜV-Bescheid vom 29. Januar 2008 die - bereits zuvor beantragte - Übertragungsgenehmigung für das Kinderkarussell. Ernsthafte weitere nach außen gerichtete Vorbereitungshandlungen oder gar eine Inbetriebnahme des Karussells erfolgten aber jedenfalls nicht bis zum 05. Februar 2008, wie sich auch dem in den Akten der Beklagten vermerkten Inhalt des Beratungsgesprächs vom 31. Januar 2008 entnehmen lässt. Der Kläger vermag sein Begehren auf einen GZ auch nicht auf das Rechtsinstitut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zu stützen. Der Anspruch hat zur Voraussetzung, dass der Sozialleistungsträger eine ihm aufgrund Gesetzes obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung ([§§ 14, 15](#) des Ersten Buches Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil -), verletzt hat, dass des Weiteren zwischen der Pflichtverletzung des Sozialleistungsträgers und dem Nachteil des Betroffenen ein ursächlicher Zusammenhang besteht und darüber hinaus der durch das pflichtwidrige Verwaltungshandeln eingetretene Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden kann (vgl. BSG [SozR 4-4300 § 137 Nr. 1](#)). Denn mit Hilfe des Herstellungsanspruchs kann ein Fehlverhalten des Leistungsträgers nur insoweit berichtigt werden, als die Korrektur mit dem Gesetzeszweck in Einklang steht (st. Rechtsprechung: vgl. BSG [SozR 3-4100 § 249e Nr. 4](#); BSG [SozR 4-4300 § 137 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 31. Januar 2006 - [B 11a AL 15/05 R](#) - juris -). Rein tatsächliche Gegebenheiten (zB fehlende Arbeitslosmeldung - BSG [SozR 4100 § 105 Nr. 2](#) -, fehlende Anwartschaftszeit - BSG [SozR 4100 § 102 Nr. 6](#); BSG SozR 4100 § 112 Nr. 52 -, fehlende Eingliederungschancen - BSG SozR 4100 § 56 Nr. 18 -) können über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht ersetzt werden. Dies gilt ebenso für die Verfügbarkeit (vgl. BSG SozR 4100 § 103 Nr. 36) und die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit oder deren Beginn (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. November 2008, [L 8 AL 589/08](#) - juris - unter Hinweis auf LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 13. März 2008, [L 7 AL 4158/07](#); LSG Berlin, Urteil vom 12. Februar 2004, [L 8 AL 100/02](#) - juris -). Auf eventuelle Beratungsfehler der Mitarbeiter der Beklagten kommt es daher nicht an. Überdies ist der Kläger am 17. April 2007 von der Beklagten - zutreffend - dahingehend beraten worden, dass er sich bei einem Alg-Anspruch bis 30. März 2008 bis Ende 2007 selbständig machen müsse.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2011-03-25