L 2 AL 2/11

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
2
1. Instanz
SG Magdeburg (SAN)
Aktenzeichen
S 14 AL 153/08
Datum
25.10.2010
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 2 AL 2/11
Datum
24.11.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 AL 1/12 R
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor des angefochtenen Urteils des Sozialgerichts Magdeburg neu wie folgt gefasst wird: Der Bescheid der Beklagten vom 23. Januar 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. März 2008 wird aufgehoben und es wird festgestellt, dass das Versicherungspflichtverhältnis der Klägerin in der Arbeitslosenversicherung aufgrund freiwilliger Weiterversicherung über den 30. Oktober 2006 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu tragen. Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Beendigung eines Versicherungspflichtverhältnisses auf Antrag in der Arbeitslosenversicherung streitig.

Die Klägerin übernahm am 1. Januar 2001 von ihrem Vater die Firma "A. B." in ... C ... Es handelt sich um einen Einzelhandel für Raumausstattung, Kurzwaren, Lacke, Farben und Tapeten; hauptsächlich werden Gardinen verkauft. Vor der Geschäftsübernahme hatte die Klägerin in der Firma mit einer Vollzeitstelle als Angestellte gearbeitet. Seit Anfang Januar 2001 war sie dann in der Firma selbständig weiter im vergleichbaren Umfang tätig. Neben der Klägerin arbeitet in der Firma noch ihre Schwester, die dort angestellt ist.

Die am ... 1966 geborene Klägerin stellte am 7. März 2006 bei der Beklagten einen Antrag auf freiwillige Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung. Dem Antrag fügte die Klägerin eine Bescheinigung bei, wonach sie bis unmittelbar vor der Übernahme der Firma dort seit dem 1. Januar 1999 beschäftigt gewesen war.

Die Beklagte stellte sodann mit Bescheid vom 23. Mai 2006 fest, dem Antrag auf freiwillige Weiterversicherung werde entsprochen; die Versicherung beginne am 7. März 2006. Der monatliche Beitrag betrage 33,56 EUR. Den Beitrag in dieser Höhe entrichtete die Klägerin in der Folgezeit.

Erstmals telefonisch am 3. Dezember 2007 und dann mit einem Schreiben vom 10. Januar 2008 teilte die Klägerin der Beklagten mit: Sie habe am 30. Oktober 2006 einen Schlaganfall erlitten. Deshalb sei eine Krankenhausbehandlung erforderlich geworden und sie sei bis zum 20. November 2006 behandelt worden. Unmittelbar an den Krankenhausaufenthalt anschließend habe sie sich dann bis zum 19. Dezember 2006 in einer stationären Rehabilitationsmaßnahme befunden. Insgesamt sei sie bis zum 31. März 2007 erkrankt und arbeitsunfähig gewesen.

Mit Bescheid vom 23. Januar 2008 stellte die Beklagte fest, die "bewilligte Entscheidung" über die freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung werde ab dem 30. Oktober 2006 aufgehoben. Weil die Klägerin ab diesem Datum ihre selbständige Tätigkeit nicht mehr ausüben könne, lägen die Voraussetzungen für die freiwillige Weiterversicherung nicht mehr vor. Die bereits für die Zeit bis zum 31. Dezember 2007 gezahlten Beiträge würden in Höhe der sich ergebenden Überzahlung zurückerstattet. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin bei der Beklagten am 31. Januar 2008 Widerspruch ein. Zur Begründung des Widerspruchs führte die Klägerin aus: Sie sei bei ihrer Krankenkasse freiwillig mit einem Anspruch auf Krankengeld ab der 7. Woche versichert. Sie habe ihr "selbständiges Gewerbe" nie unterbrochen. Während ihrer Krankheit sei der laufende Geschäftsbetrieb auch mit Hilfe ihrer Eltern, die beide Rentner seien, aufrecht erhalten worden. Die Klägerin reichte in Kopie eine Bescheinigung ihrer Krankenkasse vom 21. August 2008 ein, wonach diese für die Zeit

vom 21. November 2006 bis zum 31. März 2007 Krankengeld an sie gezahlt hatte. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 11. März 2008 als unbegründet zurück: Weil die Voraussetzungen dafür nicht mehr vorgelegen hätten, sei das Versicherungsverhältnis der Klägerin ab dem 30. Oktober 2006 zu beenden gewesen.

Die Klägerin hat am 8. April 2008 Klage beim Sozialgericht Magdeburg (SG) erhoben. Das SG hat der Klage mit Urteil vom 14. November 2010 stattgegeben und den angefochtenen Bescheid vom 23. Januar 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. März 2008 aufgehoben. Zur Begründung hat das SG ausgeführt: Der angefochtene Bescheid sei bereits formell rechtswidrig, weil die Beklagte die Klägerin nicht angehört habe. Materiell-rechtlich sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, die freiwillige Versicherung der Klägerin aufzuheben. Denn die Klägerin habe ihre selbständige Tätigkeit nicht aufgegeben. Analog zur Beurteilung in der Rentenversicherung zur dortigen Versicherungspflicht auf Antrag liege kein Tatbestand für die Beendigung der selbständigen Versicherung vor, wenn während der Arbeitsunfähigkeit des Selbständigen der Betrieb fortgeführt werde.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 16. Dezember 2010 zugestellte Urteil am 13. Januar 2011 Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt: Die Klägerin habe ihre selbständige Tätigkeit ab dem 30. Oktober 2006 tatsächlich nicht mehr ausgeübt, so dass die Voraussetzungen für das Versicherungsverhältnis entfallen seien. Auch nach der ab dem 1. Januar 2011 maßgeblichen Neufassung der Vorschrift über die freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung wäre eine Beendigung eingetreten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Magdeburg vom 25. Oktober 2010 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für richtig.

Der Berichterstatter hat am 24. Mai 2011 einen Erörterungstermin mit den Beteiligten durchgeführt. Anlässlich dieses Termins hat die Schwester der Klägerin, Frau K. B., erklärt: Während der Erkrankung ihrer Schwester sei sie mit einer Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche im Betrieb der Schwester beschäftigt gewesen. Sie habe den krankheitsbedingten Ausfall der Schwester mit "aufgefangen"; außerdem hätten noch die Eltern ausgeholfen. Nach Ende der Krankheit habe die Klägerin ihre Arbeit im Geschäft im bisherigen Rahmen wieder aufgenommen.

Die Beklagte hat der Klägerin zur Nachholung des vom SG festgestellten Mangels eines Unterlassens der Anhörung mit einem Schreiben vom 28. Juli 2011 die aus ihrer Sicht maßgeblichen Gründe für das Ende der Antragsversicherung mitgeteilt und ihr Gelegenheit zur Äußerung dazu bis zum 19. August 2011 eingeräumt. Daraufhin hat sich die Klägerin nicht gesondert geäußert.

Die Beteiligten haben sich jeweils mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakten der Beklagten haben vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte nach [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden.

Die form- und fristgerecht erhobene Berufung ist nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) zulässig. Die Berufung ist aber nicht begründet.

Die von der Klägerin erhobene Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage zulässig. Denn die Versicherungspflicht auf Antrag in der Arbeitslosenversicherung endet kraft Gesetzes, unabhängig davon, ob die Behörde dies in einer gesonderten Regelung durch Verwaltungsakt feststellt (Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 30.3.2011 - [B 12 AL 2/09 R](#) - zitiert nach juris). Somit war das erkennbare Begehren der Klägerin schon bei Erhebung der Klage nicht nur auf die (klarstellende) Aufhebung des angefochtenen Bescheides, sondern auch auf die Feststellung des Fortbestandes der freiwilligen Weiterversicherung in der Arbeitslosenversicherung über den 30. Oktober 2006 hinaus gerichtet. Entsprechend war der Tenor des angefochtenen Urteils des SG zu ergänzen.

Ob der Bescheid der Beklagten vom 23. Januar 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. März 2008 formell rechtsfehlerhaft war, weil eine im Sinne des [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) vor dessen Erlass erforderliche Anhörung unterblieben war, kann offenbleiben. Denn die Anhörung ist vor Ende des Berufungsverfahrens nachgeholt worden, so dass der Verfahrensmangel jedenfalls nach [§ 41 Abs. 2](#) in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 3 SGB X geheilt wäre.

In der Sache waren die Voraussetzungen für die Beendigung des Versicherungspflichtverhältnisses der Klägerin zum 30. Oktober 2006 kraft Gesetzes nicht begründet. Deshalb sind auch eine mit Bescheid getroffene Feststellung zum Ende des Versicherungspflichtverhältnisses sowie eine auf die Annahme einer wesentlichen Änderung gestützte Aufhebung rechtswidrig. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 23. Januar 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. März 2008 ist deshalb in jedem Fall aufzuheben, ohne dass es einer genaueren Qualifizierung bedarf, ob diesem ein eigenständiger Regelungscharakter zukommt.

Die Beklagte hatte zu Recht mit ihrem Bescheid vom 23. Mai 2006 den Bestand eines Pflichtversicherungsverhältnisses der Klägerin ab dem 7. März 2006 festgestellt. Nach [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung (SGB III) können Personen, die eine selbständige Tätigkeit mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich aufnehmen und ausüben eine Pflichtversicherung auf Antrag in der Arbeitslosenversicherung begründen. Voraussetzung ist im weiteren, dass die Antragstellerin innerhalb der letzten 24

Monate vor Aufnahme der Tätigkeit in einem Pflichtversicherungsverhältnis gestanden hat und dass sie unmittelbar vor der Tätigkeit, die zur freiwilligen Weiterversicherung berechtigt, in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Bis zum 31. Mai 2006 konnte der Antrag auch bei in der Vergangenheit liegender Aufnahme der zur freiwilligen Weiterversicherung berechtigten selbständigen Tätigkeit ohne Einschränkungen noch gestellt werden (vgl. [§ 434j Abs. 2 SGB III](#)). Die Klägerin erfüllt zum Zeitpunkt der Antragstellung am 7. März 2006 die gesetzlichen Voraussetzungen für die freiwillige Weiterversicherung auf Antrag, weil sie unmittelbar vor der Aufnahme ihrer selbständigen Tätigkeit mit einem Umfang von mehr als 15 Stunden wöchentlich als Beschäftigte in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hatte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten lag zum 30. Oktober 2006 kein Beendigungstatbestand für das Versicherungspflichtverhältnis vor. Auf einen Beendigungstatbestand wegen eines Verzuges der Beitragszahlungen für länger als drei Monate kann sich die Beklagte nicht berufen. Denn die Beklagte war unter Hinweis auf ihren angefochtenen Bescheid und das von ihr angenommene Ende des Versicherungspflichtverhältnisses nicht mehr bereit, Beträge entgegen zu nehmen, so dass kein Verzug eingetreten sein kann.

Als Beendigungstatbestand kommt hier nur [§ 28a Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB III](#) in der hier maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 2010 geltenden Fassung durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl. I 2848](#)) in Betracht. Danach endet die Versicherung mit dem Ablauf des Tages, an dem die Voraussetzungen nach Abs. 1 Satz 1 letztmals erfüllt waren. Voraussetzung für das auf Antrag begründete Pflichtversicherungsverhältnis der Klägerin war nach [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) die Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich. Der Begriff der selbständigen Tätigkeit wird im SGB III nicht gesetzlich definiert. Unter einem Arbeitseinkommen aus einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des [§ 15](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) ist ein solches zu verstehen, dass aus der Verwertung und dem Einsatz der eigenen Arbeitskraft resultiert (vgl. BSG, Urteil vom 27. Januar 1999 - B 4 RA 17/99 R - zitiert nach juris). Grundsätzlich setzt demnach die selbständige Tätigkeit die Verwertung und den Einsatz der eigenen Arbeitskraft voraus. Allerdings entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass auch Personen, die eine selbstständige Tätigkeit ausüben, nicht ständig ihre Arbeitskraft einsetzen. Neben den lebensnotwendigen Phasen der Nahrungsaufnahme, des Schlafs und der Ausübung zwischenmenschlicher Kontakte wird etwa auch während eines Erholungsurlaubs nicht gearbeitet. Deshalb bedarf es einer Abgrenzung zwischen der Beendigung der selbständigen Tätigkeit, die dann auch die Voraussetzungen für das Versicherungspflichtverhältnis nach [§ 28a SGB III](#) entfallen lässt und der für den Fortbestand des Versicherungspflichtverhältnisses unschädlichen Unterbrechung. Für die Antragspflichtversicherung selbständiger Personen in der gesetzlichen Rentenversicherung nach [§ 4](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung wird angenommen, Zeiten in denen eine als Alleinunternehmer pflichtversicherte Person ihrer Tätigkeit wegen Arbeitsunfähigkeit oder der Teilnahme an Maßnahmen zur medizinischen Rehabilitation oder während der Schwangerschaft oder Mutterschutzzeiten nicht ausübt, seien als Unterbrechungszeiten unschädlich für den Bestand des Versicherungsverhältnisses, jedenfalls sofern der Betrieb des Versicherten während solcher Zeiten auf Grund der Arbeit von Mitarbeitern weiterläuft (vgl. Grinisch in Kreikebohm, Kommentar zum SGB VI, 3. Aufl., § 4 Rdn. 36). Dies muss nach der Zielrichtung der Weiterversicherung auf Antrag in der Arbeitslosenversicherung auch für diese gelten. Sinn der Einführung einer freiwilligen Weiterversicherungsmöglichkeit in der Arbeitslosenversicherung ab Februar 2006 war es, bisher abhängig beschäftigte Arbeitnehmer mit der Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Arbeitslosenversicherung zu privilegieren, wenn sie sich zum Aufbau einer selbständigen Existenz entschlossen hatten ([BT-Drs. 15/1515 S. 78](#)). Ausgehend von dieser Zweckrichtung muss der Versicherungsschutz solange Bestand haben, wie ein der selbständigen Tätigkeit zugrundeliegender Geschäftsbetrieb nicht in dem Sinne aufgegeben worden ist, dass dieser zukünftig als Grundlage für die wirtschaftliche Sicherung der Existenz durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft ausscheidet. Dies bedeutet, dass zeitliche Unterbrechungen beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft (wegen Urlaubs, Krankheit oder Besuchs einer Fortbildung und ähnlichen Sachverhalten) solange unbeachtlich sind, wie der Geschäftsbetrieb im Namen und auf Rechnung des Versicherten weitergeführt wird und mit einer Wiederaufnahme des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft der versicherten Person im nicht nur geringfügigen Rahmen nach Wegfall des Unterbrechungsgrunds in dem Sinne zu rechnen ist. Dies ist der Fall, wenn die versicherungspflichtige Person keinen Aufgabewillen geäußert hat und auch keine objektiven Umstände auf eine Aufgabe der selbständigen Tätigkeit schließen lassen. In diesem Sinne lag durch die Erkrankung der Klägerin nur eine unbeachtliche Unterbrechung im Einsatz ihrer Arbeitskraft aber keine Aufgabe ihrer selbständigen Tätigkeit vor. Während der gesamten krankheitsbedingten Unterbrechung beim Einsatz der persönlichen Arbeitskraft der Klägerin wurde der Betrieb durch Angestellte und ergänzende familiäre Mithilfe weitergeführt. Trotz der Schwere der Erkrankung der Klägerin war auch nicht damit zu rechnen, dass die Klägerin nicht wieder arbeitsfähig werden würde. Subjektiv stand die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit bzw. des konkreten Gewerbebetriebs für die Klägerin während der Unterbrechungszeit niemals in Rede.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#)

Die Zulassung der Revision erfolgt, weil die Rechtsfrage noch nicht durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt ist und ihr Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen zukommen kann.

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2012-10-01