
Datum: 16.04.2014
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 9 AL 297/13
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2014:0416.L9AL297.13.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 22 AL 61/11
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 11 AL 37/14 B
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 30.08.2013 wird zurückgewiesen.
Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die Gewährung eines Gründungszuschusses. 2

Die am 00.00.1977 geborene Klägerin war ab dem 07.11.2005 als angestellte Rechtsanwältin bei der Rechtsanwaltssozietät Dr. F & Partner beschäftigt. Am 20.09.2010 meldete sich die Klägerin bei der Beklagten arbeitsuchend. Mit Datum vom 28.09.2010 wurde ein (mündlicher) Antrag auf Gründungszuschuss bei der Beklagten erfasst. Die Klägerin schloss mit Unterschriften vom 19. und 22.10.2010 einen Aufhebungsvertrag mit ihrem bisherigen Arbeitgeber. Unter Ziffer 1 heißt es, Arbeitnehmerin und Arbeitgeber seien sich darüber einig, dass das Arbeitsverhältnis zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung mit Ablauf des 31.10.2010 sein Ende finden werde. Nach Abschluss des Aufhebungsvertrages wurde die Klägerin von ihrem bisherigen Arbeitgeber freigestellt. 3

Die Klägerin meldete sich am 25.10.2010 bei der Beklagten zum 01.11.2010 arbeitslos. Am 26.10.2010 schloss die Klägerin mit zwei weiteren Personen, ihrem Vater sowie ihrem 4

jetzigen Prozessbevollmächtigten, einen Partnerschaftsvertrag im Sinne des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes. Gemäß § 2 des Vertrages ist Gegenstand der Partnerschaft die gemeinschaftliche Berufsausübung der Partner als Rechtsanwälte. Gemäß § 3 Abs. 1 des Partnerschaftsvertrages ist die Klägerin mit 30 Prozent an der Partnerschaft beteiligt. Jeder Partner ist gemäß § 3 Abs. 2 des Partnerschaftsvertrages verpflichtet, der Partnerschaft seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 11 Abs. 1 des Partnerschaftsvertrages beginnt die Partnerschaft zum 02.11.2010, spätestens mit ihrer Eintragung in das Partnerschaftsregister. Gemäß § 11 Abs. 2 des Partnerschaftsvertrages ist jeder Partner berechtigt, die Partnerschaft mit einer Jahresfrist zum Geschäftsjahresschluss zu kündigen. Unter dem 26.10.2010 meldeten die Klägerin und ihre Partner die Partnerschaftsgesellschaft zur Eintragung in das Partnerschaftsregister bei dem Amtsgericht F an.

Am 28.10.2010 ging bei der Beklagten das ausgefüllte Formular zum Antrag auf Arbeitslosengeld ein. Darin verneinte die Klägerin die Angabe zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung / -tätigkeit als Selbstständige. Auf Blatt 3 des Formulars findet sich die handschriftliche Ergänzung "ab 02.11. Selbstständigkeit" mit Unterschrift der Klägerin. 5

Mit Bescheid vom 28.10.2010 stellte die Beklagte den Eintritt einer Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe für die Zeit vom 01.11.2010 bis zum 23.01.2011 wegen der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses bei dem bisherigen Arbeitgeber fest, sowie die Minderung des Anspruchs um 90 Tage. Zudem führte die Beklagte aus, auch nach Ablauf der Sperrzeit würden keine Leistungen gezahlt, weil die Klägerin ab dem 02.11.2010 selbstständig sei. Mit Bescheid vom 02.11.2010 hob die Beklagte "die Entscheidung über die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit ab 02.11.2010" wegen der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit auf. Dass zuvor ein Bescheid über die Bewilligung von Arbeitslosengeld ergangen ist, ist weder vorgetragen noch nach Aktenlage ersichtlich. Die Bescheide wurden bestandskräftig. Der Klägerin erhielt mithin für keinen Tag Arbeitslosengeld ausgezahlt. 6

Am 28.10.2010 ging bei der Beklagten zudem der von der Klägerin ausgefüllte Antrag auf Gewährung eines Gründungszuschusses zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit ein. Die Klägerin legte dazu unter anderem einen Businessplan, den Partnerschaftsvertrag vom 26.10.2010 sowie eine Bestätigung des Finanzamtes zur angezeigten freiberuflichen Tätigkeit ab dem 02.11.2010 vor. Die Beklagte lehnte den Antrag auf Gewährung eines Gründungszuschusses mit Bescheid vom 24.11.2010 ab mit der Begründung, eine Eigenkündigung und damit die schuldhafte Herbeiführung von Beschäftigungslosigkeit zum Zwecke des Erhalts von Gründungszuschuss sei mit dem Sinn und Zweck der Rechtsnorm des § 57 SGB III grundsätzlich nicht vereinbar. Gründungszuschuss könne deshalb nicht gewährt werden. 7

Am 01.12.2010 legte die Klägerin Widerspruch ein. Dem Aufhebungsvertrag sei die Androhung einer Kündigung vorausgegangen. Auf den Gründungszuschuss bestehe ein gebundener Anspruch, wenn die Merkmale des Leistungstatbestandes vorlägen. Die Anspruchsvoraussetzungen lägen vor. Die Ablehnungsentscheidung unter Hinweis auf Sinn und Zweck der Rechtsnorm sei nicht vom Wortlaut der Norm getragen. Die Einschränkungen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs entgegen den Wortlaut der Norm stelle eine teleologische Reduktion zu Lasten eines Grundrechtsträgers da und sei ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Bestimmtheitsgebot. Die Hinweise auf "enge zeitliche Zusammenhänge" und einen "Mitnahmeeffekt" seien weder tragfähig noch zulässig. Das Gesetz selbst regle den Fall der Eigenkündigung, als Rechtsfolge sei jedoch nicht die Streichung, sondern nur die Verschiebung um die Sperrfrist von 90 Tagen vorgesehen. 8

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 03.01.2011 als unbegründet zurück. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 57 SGB III sei es nicht, generell den Einstieg in die Selbstständigkeit zu fördern, sondern einen zusätzlichen Weg aus der Arbeitslosigkeit zu eröffnen. Es seien nur Personen zu fördern, bei denen Arbeitslosigkeit tatsächlich eingetreten sei. Soweit jemand aus anderen Gründen als der Beendigung seiner Arbeitslosigkeit die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit plane, genüge dies nicht, um die Voraussetzungen zu erfüllen. Die bloße Mitnahme des Gründungszuschusses bei der unabhängig von der Arbeitslosigkeit geplanten Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit schließe einen Anspruch auf den Zuschuss aus. Die Klägerin habe die Planung der Selbstständigkeit bereits im September 2009 angezeigt. Sie habe einen Aufhebungsvertrag ohne Einhaltung der Kündigungsfrist beschlossen und Arbeitslosigkeit zum 01.11.2010 selbst herbeigeführt. Es könne davon ausgegangen werden, dass mit Abschluss des Aufhebungsvertrages auch ein anderes Beschäftigungsverhältnis hätte gewählt werden können. Es könne davon ausgegangen werden, dass der Antrag auf Gründungszuschuss lediglich einen Mitnahmeeffekt darstelle und nicht Arbeitslosigkeit beenden sollte.	9
Die Klägerin hat am 21.01.2011 Klage beim Sozialgericht (SG) Dortmund erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen auf ihren Vortrag im Widerspruchsverfahren Bezug genommen und ergänzend vorgetragen, sie habe sich im August 2010 an die Wirtschaftsförderung gewandt und dort sei ihr erläutert worden, es bestehe die Möglichkeit, einen Gründungszuschuss zu beantragen. Es sei dort erklärt worden, der Gründungszuschuss werde auch gewährt, wenn man durch eine Eigenkündigung das Arbeitsverhältnis beende. Voraussetzung für die Gewährung sei, dass man mindestens einen Tag lang arbeitslos sei. Hintergrund sei gewesen, dass ihr bisheriger Arbeitgeber ihr im gesamten Verlauf des Jahres 2010 vermittelt habe, dass es dort keine Zukunft für sie geben würde. Es habe Schwierigkeiten unter den Partnern, auch unter Beteiligung ihres Vaters, gegeben. Es wäre ohne Abschluss des Aufhebungsvertrages eine betriebsbedingte Kündigung erklärt worden. Die von der Beklagten vertretene Auslegung der Norm führe zu der widersinnigen Folge, dass zunächst eine längere Zeit abgewartet werden müsse, bevor ein Gründungszuschuss beantragt werden könne. Zudem sei davon auszugehen, dass sich eine entsprechende Verwaltungspraxis herausgebildet habe, die den von der Klägerin beschrittenen Weg zur Gewährung des Gründungszuschusses ermögliche. Sofern im Fall der Klägerin davon abgewichen worden sei, liege ein Verstoß gegen das Willkürverbot vor. Die Nichtgewährung des Gründungszuschusses sei zudem unbillig. Es sei eine erhebliche Anfangsinvestition zu tätigen gewesen.	10
Die Klägerin hat beantragt,	11
den Bescheid vom 24.11.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.01.2011 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr Gründungszuschuss für die Zeit ab 24.01.2011 nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.	12
Die Beklagte hat beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Sie hat im Wesentlichen auf ihre Begründung im Widerspruchsbescheid Bezug genommen. Sinn und Zweck des Gründungszuschusses sei es, Arbeitslosigkeit zu beenden und nicht Arbeitslosigkeit herbeizuführen, um Gründungszuschuss zu erhalten.	15
Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung die Klägerin angehört. Insoweit wird das Sitzungsprotokoll vom 30.08.2013 Bezug genommen.	16

Mit Urteil vom 30.08.2013 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Gewährung eines Gründungszuschusses gemäß § 57 SGB III in der bis zum 27.12.2011 geltenden Fassung (SGB III a.F.), weil die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Die Klägerin habe bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit spätestens am 02.11.2010 keinen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III gehabt. Die Klägerin habe sich zwar zum 01.11.2010 arbeitslos gemeldet und auch die Anwartschaftszeit erfüllt. Sie sei jedoch nicht arbeitslos gemäß § 118 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 119 SGB III a.F. gewesen, denn sie sei nicht verfügbar im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III a.F. gewesen. Sie habe weder eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für sie in Betracht kommenden Arbeitsmarktes ausüben können (§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III a.F.), noch war sei sie bereit gewesen, jede Beschäftigung im Sinne der Nr. 1 anzunehmen und auszuüben (§ 119 Abs. 5 Nr. 3 SGB III a.F.).

17

Die Klägerin sei spätestens ab dem 02.11.2010 durch den Partnerschaftsvertrag in ihrer Arbeitskraft anderweitig gebunden gewesen. Die Bindung durch den Partnerschaftsvertrag habe der Aufnahme einer versicherungspflichtigen, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung entgegen gestanden. Die Klägerin hätte allenfalls am 01.11.2010 einer Beschäftigung nachgehen können. Ein auf einen Tag befristetes Beschäftigungsverhältnis entspreche jedoch nicht den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes, insbesondere nicht Beschäftigungen, auf die die Beklagte die Vermittlungsbemühungen im Falle der Klägerin als Volljuristin in erster Linie zu erstrecken habe. Die Klägerin sei auch nicht bereit gewesen, sich vom Partnerschaftsvertrag zu lösen. Dieser habe eine Kündigung mit einer Frist von einem Jahr zum Ende des Geschäftsjahres vorgesehen, so dass eine Lösung frühestens zum 31.12.2011 hätte erfolgen können. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung erklärt habe, es wäre möglich gewesen, wenn sie mit den Partnern gesprochen und ihnen erklärt hätte, dass sie ein "gutes anderes Angebot" habe, habe die Kammer darin keine ausreichende Bereitschaft zur Lösung von den Verpflichtungen gesehen.

18

Die Klägerin sei auch nicht bereit im Sinne des § 119 Abs. 5 Nr. 3 SGB III a.F. gewesen, jede Beschäftigung anzunehmen und auszuüben. Nach ihren Erklärungen in der mündlichen Verhandlung wäre sie allenfalls bereit gewesen, Beschäftigungen nur zu konkreten Bedingungen im Hinblick auf Entgelt, Ortsnähe und Inhalt der Tätigkeit anzunehmen. Angebote, die diese Bedingungen nicht erfüllt hätten, wären für sie nach ihren Einlassungen in der mündlichen Verhandlung nicht infrage gekommen. Die von der Klägerin formulierten Bedingungen hätten der subjektiven Verfügbarkeit insbesondere deshalb entgegen gestanden, weil diese wesentlich enger ausgestaltet gewesen seien, als die gesetzlich vorgesehenen Kriterien für zumutbare Beschäftigungen gemäß § 121 SGB III a.F. So habe die Klägerin unter anderem zu ihren finanziellen Vorstellungen bei einem Arbeitsangebot erklärt, es hätte ein Verdienst ab 4.500 Euro brutto und jedenfalls mehr als in ihrem vorherigen Arbeitsverhältnis sein sollen. Zumutbar sei jedoch gemäß § 121 Abs. 3 SGB III a.F. eine Beschäftigung im Hinblick auf das Arbeitsentgelt (nur) dann nicht, wenn dieses erheblich niedriger ist, als das der Bemessung des Arbeitslosengeldes zugrunde liegende Arbeitsentgelt. Nicht zumutbar sei in den ersten drei Monaten der Arbeitslosigkeit nur eine Minderung von mehr als 20 Prozent.

19

Gegen dieses ihrem Prozessbevollmächtigten am 04.10.2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 30.10.2013 Berufung eingelegt. Sie meint § 57 Abs. 2 SGB III a.F. setze nur voraus, dass grundsätzlich ein Anspruch auf Arbeitslosengeld von mindestens 90 Tagen

20

bestehe. Es würde dem gesetzgeberischen Ziel einer Gründungsförderung zuwider laufen, wenn derjenige, der ein Gründungsvorhaben ins Auge fasse, von vornherein gehindert wäre, Dispositionen mit wirtschaftlichen Bindungen einzugehen, oder gezwungen wäre Dispositionen etwa in Gestalt von Mietverträgen oder auch Gesellschaftsverträgen unter eine auflösende Bedingung zu stellen. In jedem Fall wäre eine teleologische Reduktion des Wortlauts des § 57 Abs. 2 SGB III geboten, denn ein Gründungsvorhaben ohne Eingehung vertraglicher Bindungen sei in der Praxis letztlich nicht denkbar. Im Übrigen sei sie sowohl objektiv als auch subjektiv verfügbar gewesen. Ihre Gehaltsvorstellungen seien in Anbetracht ihrer Qualifikationen keinesfalls übertrieben gewesen. Sie habe zudem lediglich Wunschvorstellungen vor dem Hintergrund ihrer mit der geplanten Selbstständigkeit verbundenen Erwartungen geäußert. Das SG hätte darauf abstellen müssen, was sie getan hätte, wenn sie keine partnerschaftlichen Bindungen eingegangen wäre. Im Übrigen sei ihr von der Beklagten erklärt worden, dass in entsprechenden Fällen stets ein Gründungszuschuss gewährt würde. Ein Verstoß gegen diese Verwaltungspraxis sei willkürlich und verletzte sie in ihrem Grundrecht aus Art 3 Abs. 1 GG. Schließlich ändere auch die Sperrzeit nichts am Vorliegen der Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Nr. 1 SGB III a.F. Dies folge sowohl aus § 57 Abs. 3 SGB III a.F. als auch aus der bisherigen Rechtsprechung und Literatur.

Die Klägerin beantragt schriftsätzlich sinngemäß, 21

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 30.08.2013 abzuändern und die Beklagte unter 22
Aufhebung des Bescheids vom 24.11.2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom
03.01.2011 zu verurteilen, ihr für die Zeit ab dem 24.01.2011 Gründungszuschuss nach
Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. 25

Mit Richterbrief vom 04.03.2014 hat der Senat die Beteiligten unter Bezugnahme auf das 26
Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 05.05.2010 - B 11 AL 11/09 R - darauf
hingewiesen, dass der geltend gemachte Anspruch auch daran scheitern dürfte, dass die
Klägerin bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit am 02.11.2010 wegen der
bestandkräftig festgestellten Sperrzeit keinen konkreten Anspruch auf Zahlung von
Arbeitslosengeld hatte. Er hat die Beteiligten ferner darüber in Kenntnis gesetzt, dass eine
Entscheidung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung gemäß § 153 Abs. 4
Sozialgerichtsgesetz (SGG) beabsichtigt ist, und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme
gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichts- und die 27
beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der Beratungen des Senats
gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe: 28

Die Berufung ist nach einstimmiger Auffassung der Berufsrichter des Senats zulässig, aber 29
nicht begründet. Eine weitere mündliche Verhandlung hält der Senat in Anbetracht der
eindeutigen Sach- und Rechtslage nicht für erforderlich. Das Rechtsmittel wird daher ohne
mündliche Verhandlung durch Beschluss zurückgewiesen, nachdem die Beteiligten dazu

gehört worden sind (§ 153 Abs. 4 SGG).

Das SG hat die zulässige Klage zu Recht abgewiesen, weil sie unbegründet ist. Die Klägerin ist durch die angefochtenen Bescheide nicht im Sinne von § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschwert, denn die Bescheide sind rechtmäßig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung eines Gründungszuschusses § 57 SGB III in der hier anwendbaren, vom 01.09.2009 bis zum 27.12.2011 geltenden Fassung (SGB III a.F.). 30

Nach § 57 Abs. 1 SGB III a.F. 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 Gründungszuschuss. Der Gründungszuschuss wird nach § 57 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F. geleistet, wenn der Arbeitnehmer 31

1. bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit a) einen Anspruch auf Entgeltsersatzleistungen nach diesem Buch hat oder b) eine Beschäftigung ausgeübt hat, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach diesem Buch gefördert worden ist, 2. bei Aufnahme der selbständigen Tätigkeit noch über einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, dessen Dauer nicht allein auf § 127 Absatz 3 beruht, von mindestens 90 Tagen verfügt, 3. der Agentur für Arbeit die Tragfähigkeit der Existenzgründung nachweist und 4. seine Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung der selbständigen Tätigkeit darlegt. 32

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 33

1. Die Klägerin hat durch die Aufnahme ihrer selbstständigen Tätigkeit zum 02.11.2010 nicht im Sinne von § 57 Abs. 1 SGB III a.F. ihre Arbeitslosigkeit beendet, denn sie war zu keinem Zeitpunkt im Sinne von §§ 118 Abs. 1 Nr. 1, 119 SGB III in der bis zum 31.03.2012 geltenden Fassung (SGB III a.F.) arbeitslos. Sie war durchgehend bis zum 02.11.2010 zumindest nicht im Sinne von § 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 3 SGB III subjektiv verfügbar. Trotz ihrer Freistellung durch ihren bisherigen Arbeitgeber nach Abschluss des Aufhebungsvertrages Ende Oktober 2010 hat sie sich bis zum 31.10.2010 den Vermittlungsbemühungen der Beklagte nicht zur Verfügung gestellt, denn sie hat sich erst zum 01.11.2010 arbeitslos gemeldet. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Klägerin aber auch am 01.11.2010 nicht bereit war, eine nach § 121 SGB III a.F. zumutbare Beschäftigung aufzunehmen. Insoweit schließt sich der Senat nach eigener Prüfung den zutreffenden Ausführungen des SG in dem angefochtenen Urteil an und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf sie Bezug (§ 153 Abs. 2 SGG). 34

Das Berufungsvorbringen führt zu keiner anderen Bewertung. Da sich die Klägerin durch § 11 Abs. 2 des Partnerschaftsvertrags vom 26.10.2010 jedenfalls bis zum 31.12.2011 vertraglich gebunden hatte und nach ihren Einlassungen in der mündlichen Verhandlung vor dem SG seit Längerem eine selbstständige Tätigkeit als Rechtsanwältin in einer eigenen Kanzlei aufnehmen wollte, ist ihre Behauptung, sie wäre am 01.11.2010 zur Aufnahme einer Beschäftigung bereit gewesen, wenn ihr eine angeboten worden wäre, schlicht nicht glaubhaft. Die Klägerin hat seit Ende Oktober 2010 ausschließlich auf ihre selbstständige Tätigkeit hingearbeitet und am Wochenende vor dem 01.11.2010, einem Montag, die Räumlichkeiten der neu gegründeten Kanzlei bezogen. Zudem wusste sie, dass am 01.11.2010, einem Feiertag in Nordrhein-Westfalen, garantiert kein Vermittlungsangebot der Beklagten erfolgen und ihre in der Arbeitslosmeldung erklärte Bereitschaft zur Beschäftigungsaufnahme keinerlei Folgen nach sich ziehen würde. Insgesamt erscheint deshalb diese formelle Erklärung nur vorgeschoben, um für einen Tag vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach zu 35

konstruieren und so in den Genuss von Gründungszuschuss zu kommen. Dass die Klägerin tatsächlich nicht bereit war, eine zumutbare Beschäftigung aufzunehmen zeigen nicht zuletzt auch ihre Ausführungen im Berufungsverfahren, in denen sie zu bedenken gibt, die von ihr in der mündlichen Verhandlung vor dem SG geäußerten Gehaltsvorstellungen seien vor dem Hintergrund ihrer mit entsprechenden Erwartungen verbundenen Selbstständigkeit zu betrachten. Letztlich räumt die Klägerin damit ein, dass sie bereits am 01.11.2010 auf ihre selbstständige Tätigkeit fixiert gewesen ist, was in Anbetracht des bereits geschlossenen und zur Anmeldung zum Partnerschaftsregister vorgelegten Partnerschaftsvertrages auch nachvollziehbar ist. Wenn sie weiterhin meint, dass SG hätte auch darauf abstellen müssen, was sie getan hätte, wenn sie keine partnerschaftlichen Bindungen eingegangen wäre, belegt dies gerade, dass die zum 02.11.2010 begonnene Tätigkeit ihrer subjektiven Verfügbarkeit am 01.11.2010 tatsächlich entgegen stand. Bei der subjektiven Verfügbarkeit handelt es sich um eine Tatsache, die hypothetischen Betrachtungen nicht zugänglich ist.

Dass die Klägerin am 01.11.2010 arbeitslos gewesen ist, steht auch nicht aufgrund bestandskräftiger Bescheide der Beklagten fest. Im Bescheid vom 02.11.2010 hat die Beklagte zwar wörtlich "die Entscheidung über die Bewilligung von Arbeitslosengeld" aufgehoben. Ein Bescheid über die Bewilligung von Arbeitslosengeld und die Feststellung eines zum 01.11.2010 entstandenen Stammrechts auf Arbeitslosengeld ist jedoch nicht ergangen. Die Klägerin hat den Erlass eines solchen Bewilligungsbescheids nicht behauptet. Auch die Aktenlage gibt insoweit nichts her. Der Bescheid vom 02.11.2010 selbst enthält, wie bereits das SG zutreffend dargelegt hat, entsprechende Regelungen nicht. 36

Da die Klägerin mithin zu keinem Zeitpunkt arbeitslos war, kann auch dahinstehen, ob die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 SGB III a.F. auch deshalb nicht vorliegen, weil es an der erforderlichen Kausalität zwischen der Beendigung der Arbeitslosigkeit und der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit fehlt, weil das gesamte Vorgehen der Klägerin darauf angelegt war, Arbeitslosigkeit für genau einen Tag zu konstruieren, um einen Gründungszuschuss zu erhalten. 37

2. Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen liegen auch die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III a.F. nicht vor. Die Klägerin hat bis zur Aufnahme ihrer selbstständigen Tätigkeit weder eine als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme geförderte Tätigkeit ausgeübt noch einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III gehabt. 38

Es ist höchststrichterlich geklärt, dass mit "Anspruch" nicht lediglich ein nach § 118 Abs. 1 SGB III entstandenes und fortbestehendes Stammrecht gemeint ist. Vielmehr liegt ein "Anspruch" im Sinne von § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB III a.F. nur vor, wenn die materiellen Voraussetzungen eines konkreten Zahlungsanspruchs auf die jeweilige Entgeltersatzleistung gegeben sind (BSG, Urt. v. 05.05.2010 - B 11 AL 11/09 R -, juris Rn. 16 m.w.N.). Daran fehlt es, wenn der Anspruch auf die jeweilige Entgeltersatzleistung ruht (vgl. BSG, Urt. v. 24.06.1993 - 11 RAr 1/92 -, juris Rn. 17). 39

Nach diesen Grundsätzen hatte die Klägerin unabhängig von ihrer nach den Ausführungen zu 1. fehlenden Arbeitslosigkeit bis zur Aufnahme ihrer selbstständigen Tätigkeit am 02.11.2010 keinen "Anspruch" auf Arbeitslosengeld als die hier allein in Betracht kommende Entgeltleistung, weil ihr allein für den 01.11.2010 denkbarer Anspruch auf Arbeitslosengeld wegen der mit Bescheid vom 28.10.2010 bestandskräftig festgestellten Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe gemäß § 144 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 1 SGB III a.F. am 01.11.2010 geruht hat. Dementsprechend ist der Klägerin auch für keinen Tag, d.h. auch nicht für den 01.11.2010, Arbeitslosengeld tatsächlich gezahlt worden. 40

Ein anderes Ergebnis folgt entgegen der Auffassung der Klägerin nicht aus § 57 Abs. 3 SGB III a.F., wonach der Gründungszuschuss nicht geleistet wird, solange Ruhenstatbestände nach den §§ 142 bis 144 SGB III a.F. vorliegen oder vorgelegen hätten. Diese Vorschrift modifiziert erkennbar nicht die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a SGB III a.F. Sie soll vielmehr sicherstellen, dass die Sanktionsabsicht der Ruhensvorschriften nicht umgangen werden kann (so die Begründung zur Einführung der Regelung beim Überbrückungsgeld ab 01.01.2002 durch das Job-AQTIV-Gesetz v.10.12.2001 (BGBl I 2001, 3443), vgl. BT-Drs. 14/6944, S. 33 zu § 57; zum Ganzen Kuhnke, in: jurisPK-SGB III, § 93 Rn. 28), also auf keinen Fall die Erfüllung der Voraussetzungen nach § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB III erleichtern. § 57 Abs. 3 SGB III a.F. kommt mithin nur dann zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen für einen Gründungszuschuss nach § 57 Abs. 1 und 2 SGB III a.F. erfüllt sind, z.B. wenn während des Bezugs von Gründungszuschuss eine Ruhenstatbestand im Sinne der §§ 142 bis 144 SGB III a.F. eintritt oder nach Beginn der Zahlung einer Entgeltersatzleistung der entsprechende Anspruch zum Ruhen kommt, wie z.B. bei Verwirklichung einer Sperrzeit bei Arbeitsablehnung gemäß § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 SGB III a.F. In diesen Fällen bewirkt § 57 Abs. 3 SGB III a.F., dass der an sich mit Beginn der selbstständigen Tätigkeit entstandene Anspruch auf Gründungszuschuss zum Ruhen kommt und Gründungszuschuss nicht gezahlt wird (vgl. insoweit auch Winkler, in: Gagel, SGB III, § 93 Rn. 27, Stand: April 2012). Wenn jedoch, wie hier, zu keinem Zeitpunkt vor Beginn der selbstständigen Tätigkeit wegen eines Ruhenstatbestandes ein Anspruch auf Zahlung einer Entgeltersatzleistung besteht, kann ein Anspruch auf Gründungszuschuss gemäß § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB III a.F. schon gar nicht entstehen.

Soweit die Klägerin meint, aus der vorstehend zitierten Rechtsprechung des BSG ergebe sich gerade im Gegenteil, dass die von ihr verwirklichte Sperrzeit einem Anspruch auf Gründungszuschuss nicht entgegen stehe, hat sie die Ausführungen des BSG nicht verstanden und aus dem Zusammenhang gerissen. Der Rechtsprechung des BSG lässt sich zwar entnehmen, dass eine Unterbrechung des Bezugs einer Entgeltersatzleistung für die Dauer einer Sperrzeit nichts an der Erfüllung der Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a SGB III a.F. ändert (vgl. BSG, Urt. v. 24.06.1993 - 11 RAR 1/92 -, juris Rn. 16; Urt. v. 05.05.2010 - B 11 AL 11/09 R -, juris Rn. 18 ff., 22 a.E.). Diese Rechtsprechung betrifft jedoch das Tatbestandsmerkmal "bis zur Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit" und damit das Erfordernis eines zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Anspruch auf Entgeltersatzleistung, d.h. dem Ende ihrer Zahlung, und dem Beginn der selbstständigen Tätigkeit (hierauf bezieht sich erkennbar auch die Kommentierung von Winkler, a.a.O. Rn. 26). Auf den erforderlichen zeitlichen Zusammenhang kommt es hier jedoch nicht an. Hier liegt auch keine Unterbrechung des Bezugs einer Entgeltersatzleistung vor. Vielmehr hatte die Klägerin wegen der bestandskräftig festgestellten Sperrzeit vor der Aufnahme ihrer selbstständigen Tätigkeit noch nicht einmal für einen Tag Anspruch auf Zahlung von Arbeitslosengeld. Nach der Rechtsprechung des BSG ist aber notwendige Bedingung für einen Anspruch auf Gründungszuschuss, dass der Anspruch auf Entgeltersatzleistung zumindest für einen Tag dem Grunde nach entstanden ist und auch nicht ruht, d.h. die Entgeltersatzleistung für mindestens einen Tag vor der Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit tatsächlich zu zahlen ist (deutlich BSG, Urt. v. 05.05.2010 - B 11 AL 11/09 R -, juris Rn. 3, 17; Jüttner, in: NK-SGB III, 5. Aufl. 2013, § 93 Rn. 19; Winkler, in: Gagel, SGB III, § 93 Rn. 25, Stand: April 2012). Daran fehlt es hier.

3. Die sonstigen Erwägungen, mit denen die Klägerin den geltend gemachten Anspruch zu begründen versucht, entbehren jeglicher rechtlich tragfähigen Grundlage.

Für eine "teleologische Reduktion" oder "Billigkeit" lässt die Vorschrift des § 57 SGB III a.F. keinen Raum. Die Klägerin verkennt zudem den Zweck dieser Vorschrift. Diese bezweckt nicht allgemein die Förderung von Existenzgründungen. Ziel der Vorschrift ist vielmehr die Beendigung von Arbeitslosigkeit durch Förderung der Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit. Es liegt auf der Hand, dass die bewusste Beendigung einer abhängigen Beschäftigung zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit und die künstliche und hier auch nur scheinbare Begründung von zwischenzeitlicher Arbeitslosigkeit, um einen Gründungszuschuss "mitzunehmen", der Intention des Gesetzgebers nicht entspricht.

Auf eine für sie günstige Verwaltungspraxis der Beklagten kann sich die Klägerin nicht berufen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Gründungszuschuss könnten durch eine rechtswidrige Verwaltungspraxis der Beklagten nicht ausgehebelt werden. Entsprechendes ergibt sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG, der, wie der Klägerin als Rechtsanwältin eigentlich bekannt sein müsste, keine Gleichheit im Unrecht gewährleistet. 45

Schließlich hilft der Klägerin auch der sozialrechtliche Herstellungsanspruch nicht weiter. Insoweit kann dahinstehen, ob der Beklagten überhaupt rechtswidriges Handeln, etwa eine fehlerhafte Beratung, zur Last gelegt werden kann. In jedem Fall können durch den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch die gesetzlichen Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 und 2 SGB III a.F. nicht umgangen oder modifiziert werden, denn der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist von seiner Rechtsfolge her nur auf die Vornahme einer rechtmäßigen Amtshandlung gerichtet. Ebenso wenig vermag der sozialrechtliche Herstellungsanspruch etwas an der Verwirklichung des Tatbestandes einer Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe durch die Klägerin und ihrer fehlenden subjektiven Verfügbarkeit zu ändern. Tatsächliche Gegebenheiten, wie die fehlende Verfügbarkeit, können nicht mit Hilfe eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs aus der Welt geschafft werden (vgl. BSG, Urt. v. 31.01.2006 - B 11a AL 15/05 R -, juris Rn. 19 m.w.N.). 46

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 183, 193 SGG. 47

5. Gründe, die Revision zuzulassen (§ 160 Abs. 2 SGG), liegen nicht vor. 48