

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 61/88

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 5. Dezember 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , den Richter Dr. G a g e l und die Richterin Dr. W e t z e l sowie die ehrenamtlichen Richter G e h r k e n und B r ü n i n g für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. März 1988 und das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 29. Januar 1986 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist, ob die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) dem Kläger Arbeitslosengeld (Alg) zu Recht nach § 112 Abs 5 Nr 4 Satz 2 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) auf der Grundlage des zuletzt im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM) bezogenen Entgelts berechnet hat.

Der 1940 geborene Kläger war bis 14. Dezember 1981 als technischer Zeichner beschäftigt. Letztmals für November 1981 erhielt er ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 2.660,-- DM. Unter Berücksichtigung einer jährlichen Sonderzuwendung von 3.203,70 DM bezog er ab 15. Dezember 1981 Alg nach einem Monatslohn in Höhe von 2.927,-- DM (= wöchentlich 675,-- DM) und ab 1. Dezember 1982 nach einem dynamisierten Arbeitsentgelt in Höhe von wöchentlich 715,-- DM. Vom 30. Dezember 1982 bis 26. November 1983 erhielt er nach demselben Entgelt Anschluß-Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Vom 28. November 1983 bis 30. November 1984 war der Kläger im Rahmen einer ABM bei der Stadtverwaltung L. mit einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.217,11 DM beschäftigt. Unter Zugrundelegung dieses Entgelts und eines daraus errechneten wöchentlichen Bemessungsentgelts von gerundet 510,-- DM bewilligte die Beklagte ihm ab 1. Dezember 1984 Alg in Höhe von wöchentlich 214,20 DM.

Der Kläger hat gegen die Berechnung des Alg (im Bescheid vom 13. Dezember 1984 idF des Widerspruchsbescheides vom 13. Februar 1985) Klage erhoben. Es könne nicht rechtmäßig sein, daß er aufgrund der Beschäftigung in einer ABM ein Alg erziele, das geringer sei als die zuvor bezogene Alhi, zumal ihm der Sachbearbeiter des Arbeitsamtes (AA) auf die Frage, ob ihm durch die zunächst bis zum 27. Mai 1987 befristete und dann bis zum 30. November 1987 verlängerte ABM Nachteile entstehen würden, versichert habe, daß sich an der Leistungshöhe (Alhi) nichts ändern werde.

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger ab 1. Dezember 1984 Alg auf der Grundlage des Arbeitsentgelts zu zahlen, nach dem er ab 15. Dezember 1981 Alg bezogen hat (Urteil vom 29. Januar 1986). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteil vom 15. März 1988) und aus-



geführt, der Kläger müsse ab 1. Dezember 1984 so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die Beklagte als Endtermin der Beschäftigung in der ABM nicht den 30. November 1984, sondern den 26., 27. oder 28. November 1984 bestimmt hätte. Denn dann wäre bei Arbeitslosmeldung und Antragstellung am darauffolgenden Tag der Anspruch auf Alg vor Ablauf der Drei-Jahres-Frist des § 112 Abs 5 Nr 4 Satz 2 AFG am 30. November 1984 entstanden. Der entsprechende sozialrechtliche Herstellungsanspruch des Klägers ergebe sich daraus, daß die Beklagte ihn pflichtwidrig nicht über die leistungsrechtlichen Folgen der Verlängerung der ABM bis zum 30. November 1984 beraten habe.

Die Beklagte rügt mit der Revision eine Verletzung des § 112 Abs 5 Nr 4 Satz 2 iVm Abs 3 AFG, der §§ 103, 128 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sowie des Rechtsinstituts des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Das LSG weite den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch in Richtung auf einen nicht mehr tragbaren Anspruch auf allgemeinen "Nachteilsausgleich" jenseits der gesetzlichen Bestimmungen aus.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG und das Urteil des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger hat sich zur Sache nicht geäußert.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II

Die Revision der Beklagten ist begründet. Dem Kläger steht ab 1. Dezember 1984 kein Anspruch auf höheres Alg zu.

Die Höhe des dem Kläger ab 1. Dezember 1984 zustehenden Alg richtet sich nach § 111 Abs 1 Nr 2 AFG idF des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532). Hiernach beträgt das Alg für Arbeitslose, die kinderlos und nicht verheiratet sind, 63 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 112). Die AFG-Leistungsverordnung 1984 vom 13. Januar 1984 (BGBl I 49), in deren Anlage 2 für die verschiedenen Arbeitsentgelte iS des § 112 AFG (Bemessungsentgelte) nach Minderung um die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen-



den gesetzlichen Abzüge unter Berücksichtigung der jeweils maßgebenden Nettolohnersatzquote die jeweiligen Leistungssätze für 1985 ausgewiesen sind, sieht in der Leistungsgruppe A, der der Kläger gemäß § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchstabe a AFG angehört (nicht verheiratet, ohne Kinder), für ein (wöchentliches) Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) von 510,-- DM bei der Nettolohnersatzquote von 63 vH die bewilligten 214,20 DM vor. Das erstrebte höhere Alg hätte der Kläger daher nur zu beanspruchen, wenn seine Leistung nach einem höheren Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) als 510,-- DM zu zahlen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) in diesem Sinn ist nach § 112 in der bis zum 31. Dezember 1987 geltenden Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Bemessungszeitraum sind nach § 112 Abs 3 Satz 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1985 geltenden Fassung des AFKG die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Dies ist hier ein Lohnabrechnungszeitraum der Beschäftigung aufgrund der ABM, der der Entstehung eines neuen Anspruchs auf Alg durch Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen (§ 100 Abs 1 AFG) im Dezember 1984 vorausgeht. Aufgrund der in dieser Beschäftigung monatlich erzielten 2217,11 DM errechnet sich, wie die Beklagte im Widerspruchsbescheid zutreffend dargestellt hat, ein (wöchentliches) Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) von 510,-- DM.

Abweichend von dieser Regelbemessung ist nach § 112 Abs 5 Nr 4 Satz 1 AFG idF des AFKG bei der Feststellung des Arbeitsentgelts für die Zeit einer Beschäftigung, die im Rahmen einer Maßnahme zur Arbeitsbeschaffung nach den §§ 91 bis 96 AFG gefördert worden ist, mindestens das Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) zugrunde zu legen, nach dem das Alg oder die Alhi zuletzt bemessen worden ist. Anstelle der 510,-- DM wäre danach für das Alg des Klägers ein Bemessungsentgelt von 675,-- DM maßgebend, erhöht um den Vorphundertatz, um den die Renten der gesetzlichen Rentenversicherungen zuletzt vor dem Anpassungstag nach dem jeweiligen Rentenanpassungsgesetz angepaßt worden sind (§ 112a AFG), wenn diese Vorschrift hier anwendbar wäre.



Dies ist jedoch - auch dann, wenn die Beschäftigung des Klägers nach den §§ 91 bis 96 AFG gefördert worden sein sollte, was wegen der Beschäftigung bei der Stadt L. der Fall gewesen sein dürfte (vgl. § 97 Abs 1 Satz 2 AFG idF des AFKG) - nicht der Fall. Das in § 112 Abs 5 Nr 4 Satz 1 AFG als maßgebend bezeichnete frühere Bemessungsentgelt gilt nämlich nach Satz 2 dieser Bestimmung dann nicht, wenn der letzte Tag des dafür maßgebenden Bemessungszeitraumes bei Entstehung des neuen Anspruches länger als drei Jahre zurückliegt. Dieser durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I S 1532) angefügte Satz ist auf die streitige Bezugszeit ab 1. Dezember 1984 anzuwenden. Denn bei Entstehung des Alg-Anspruchs am 1. Dezember 1984 lag der letzte Tag des für den bisherigen Anspruch maßgebenden Bemessungszeitraumes (30. November 1981) länger als drei Jahre zurück (§ 187 Abs 1, § 188 Abs 2 Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-). In einem derartigen Fall ist, wie das BSG wiederholt entschieden hat, nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ein Rückgriff auf das letzte Bemessungsentgelt vor der Maßnahme nicht möglich (vgl. BSG Urteil vom 26. April 1989 - 7 RAr 98/87 - zur Veröffentlichung vorgesehen; Urteil vom 8. Juni 1989 - 7 RAr 40/88 - zur Veröffentlichung vorgesehen; Urteil des erkennenden Senats vom 26. September 1989 - 11 RAr 79/89 - noch nicht veröffentlicht).

Entgegen der vom LSG vertretenen Rechtsauffassung ist das Klagebegehren auch nicht aus einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründet. Dieser setzt nach der Rechtsprechung des BSG voraus, daß eine Behörde durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln nachteilige Folgen für die Rechtsstellung des Versicherten herbeigeführt hat, die durch rechtmäßiges Verwaltungshandeln wieder beseitigt werden können. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, hat die Behörde grundsätzlich dem Versicherten die Rechtsposition einzuräumen, die er gehabt hätte, wenn von Anfang an ordnungsgemäß verfahren worden wäre (vgl. BSGE 51, 89 = SozR 2200 § 381 Nr 44; BSGE 52, 145 = SozR 1200 § 14 Nr 12). Wesentlich ist daher das Ausbleiben gesetzlich vorgesehener Vorteile infolge rechtswidrigen Verhaltens des Versicherungsträgers im Rahmen eines bestehenden Sozialrechtsverhältnisses (vgl. BSG Urteil vom 12. Juli 1989 - 7 RAr 62/88 - mwN).

Im vorliegenden Fall ist zweifelhaft, ob die Beklagte den Kläger bei der Verlängerung der ABM auf die leistungsrechtlichen Folgen der Verlängerung hätte hinweisen müssen. Denn die Beratungspflicht eines Versicherungsträgers erstreckt sich nicht auf rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Gesetzesumgehung (vgl. auch BSGE 55, 257, 259 = SozR 1200 § 13 Nr 2). Ob es auf den unterlassenen Hinweis zurückzuführen ist, daß der Kläger in die Verlängerung



der ABM eingewilligt hat, kann indes offenbleiben. Denn selbst wenn das zu bejahen wäre, kann dies nicht dazu führen, daß eine tatsächlich bis 30. November 1984 durchgeführte ABM, die bei entsprechendem Hinweis vielleicht nicht oder nur um einen kürzeren Zeitraum verlängert worden wäre, als nicht vorhanden anzusehen.

Hierzu hat der 7. Senat des BSG bereits entschieden, das verwirklichte Tatbestandsmerkmal der Anwartschaftszeit lasse sich nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als nicht gegeben fingieren (BSG Urteil vom 12. Juli 1989 - 7 RAr 62/88 -). Im Wege des Herstellungsanspruchs könnten zwar "gewisse sozialrechtliche Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen, wie etwa eine verspätete Antragstellung, eine verspätete Beitragsentrichtung, eine verspätete Vorlage von Unterlagen als erfüllt angesehen werden"; das gelte jedoch nicht für "außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände, die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruches erforderlich" seien.

Wie der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 26. September 1989 (11 RAr 79/89) ausgeführt hat, deckt sich diese Rechtsprechung des 7. Senats des BSG zum Herstellungsanspruch nicht vollständig mit der Rechtsprechung anderer Senate des BSG. Die Frage, ob - wie das LSG meint - die Begrenzung des Herstellungsanspruchs auf die Verspätung von Verfahrenshandlungen zu "eng" ist, bedarf hier allerdings keiner abschließenden Entscheidung. Denn der Rechtsprechung des 7. Senats stimmt der erkennende Senat jedenfalls insoweit zu, als Sachverhalte betroffen sind, die zu erheblichen Vorteilen des Versicherten im Vergleich zu dem bei pflichtgemäßem Verhalten des Versicherungsträgers eingetretenen Sachverhalt geführt haben, die nicht rückabgewickelt werden können (vgl Urteil vom 26. September 1989 - aaO). Mit dem Herstellungsanspruch kann nicht das Ergebnis erzielt werden, daß der Versicherte die Vorteile des tatsächlichen Geschehensablaufs behält und zusätzlich die Vorteile erzielt, die ihm der hypothetische Sachverhalt erbracht hätte. Im Falle einer entgeltlichen Beschäftigung, die bei pflichtgemäßer Beratung unterblieben oder jedenfalls zeitlich anders gestaltet worden wäre, ist eine Rückgängigmachung daher nicht möglich. Dies ist in der Rechtsordnung unter dem Gesichtspunkt des faktischen Arbeitsverhältnisses anerkannt. Der Kläger hat während des Arbeitsverhältnisses mehr verdient als er sonst an Alhi erhalten hätte. Er kann deshalb nicht zusätzlich fordern, in der Folgezeit so behandelt zu werden, als ob er durchgängig oder jedenfalls vor dem 30. November 1984 arbeitslos gewesen wäre (vgl Urteil vom 26. September 1989 - 11 RAr 79/89 -).



Für dieses Ergebnis spricht im übrigen auch die Überlegung, daß die Hauptaufgabe der Beklagten in der Vermittlung des Arbeitslosen und der Gewährung von Leistungen liegt (§§ 2, 3 AFG). Dagegen gehört es nicht zu den gesetzlich zulässigen Amtshandlungen der Beklagten, tatsächliche Geschehensabläufe, wie hier die Teilnahme an der ABM, rückwirkend zu ändern. Hätte sich der Kläger geweigert, an der ABM teilzunehmen oder die Teilnahme an der ABM vorzeitig abgebrochen, hätte er eine Sperrzeit erhalten (§ 119 Abs 1 Satz 1 Nrn 3 und 4 AFG). Er hätte sich nämlich nicht darauf berufen können, daß ihm eine Teilnahme an der ABM im Hinblick auf die künftige Entwicklung und die finanzielle Situation bei möglicher späterer Arbeitslosigkeit unzumutbar sei. Dies folgt aus § 6 Abs 1, 2. Halbsatz der Zumutbarkeits-Anordnung vom 16. März 1982 (ANBA 1982, 523). Danach ist ein Nettoarbeitsentgelt, das den Alhi-Satz unterschreitet, unzumutbar. Dies bedeutet zugleich, daß die Annahme einer Beschäftigung nicht unzumutbar ist, wenn das Nettoarbeitsentgelt den früheren Alhi-Satz überschreitet. Letzteres ist hier eindeutig der Fall. Das Bruttoarbeitsentgelt aus der ABM war eindeutig höher als der monatliche Alhi-Satz, der dem Kläger zugestanden hatte. Des weiteren zeigt die Vorschrift des § 6 Abs 1, 2. Halbsatz der Zumutbarkeits-Anordnung, daß es für die Frage der Zumutbarkeit nicht auf die finanzielle Situation bei möglicher Arbeitslosigkeit im Anschluß an eine ABM, sondern ausschließlich auf den Zeitpunkt der ABM ankommt (vgl auch BSG-Urteil vom 25. Oktober 1989 - 7 RAr 150/88 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)