

7 RAr 17/84

# Im Namen des Volkes

## Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte: .....

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche  
Verhandlung am 19. März 1986

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozial-  
gerichts Niedersachsen vom 12. Januar 1984 wird zurück-  
gewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

-2-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

## G r ü n d e :

## I.

Der Kläger begehrt Arbeitslosengeld (Alg). Er war seit Mai 1971 Arbeiter in einer Glashütte. Das Arbeitsverhältnis wurde zum 28. Februar 1979 einvernehmlich gelöst. Seit 27. Oktober 1978 war er arbeitsunfähig erkrankt und erhielt bis 7. Dezember 1978 Lohnfortzahlung und im Anschluß daran Krankengeld. Auf Anforderung seiner Krankenkasse beantragte er die Gewährung von Rente wegen Erwerbsunfähigkeit. Seinen Antrag lehnte die zuständige Landesversicherungsanstalt (LVA) im April 1980 ab. Die hiergegen erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) mit Urteil vom 16. Oktober 1981, das rechtskräftig geworden ist, abgewiesen.

Am 29. Juli 1981 meldete sich der Kläger erstmals bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 21. August 1981 ab. Den hiergegen erhobenen Widerspruch nahm der Kläger zurück. Am 5. Oktober 1981 meldete er sich erneut arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Auch diesen Antrag lehnte die Beklagte unter Hinweis auf die Nichterfüllung der Anwartschaftszeit durch Bescheid vom 9. Dezember 1981 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Januar 1982 ab.

Klage und Berufung hatten keinen Erfolg (Urteil des SG Oldenburg vom 14. Juli 1983 und Urteil des Landessozialgerichts (LSG)



Niedersachsen vom 12. Januar 1984). Das LSG hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt, der Anspruch des Klägers scheitere daran, daß er die Anwartschaftszeit gemäß § 104 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) idF des 5. AFG-Änderungsgesetzes (5. AFG-ÄndG) vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) nicht erfüllt habe. Der Kläger habe sich am 29. Juli 1981 erstmals arbeitslos gemeldet. Berechne man die Rahmenfrist zu seinen Gunsten von diesem Zeitpunkt und nicht vom 5. Oktober 1981 an, so sei maßgebender Zeitraum die Zeit vom 29. Juli 1978 bis 28. Juli 1981. Zwar habe das Arbeitsverhältnis des Klägers bis zum 28. Februar 1979 fortbestanden; Arbeitsentgelt habe er jedoch nur bis zum 7. Dezember 1978 erhalten. Er habe daher innerhalb der Rahmenfrist nur für den Zeitraum vom 29. Juli bis 7. Dezember 1978 - also für 132 Kalendertage - in einer Beschäftigung iS des § 104 Abs 1 Sätze 1 und 2 AFG gestanden. Die Anwartschaftszeit von 180 Kalendertagen sei daher bei Zugrundelegung der Arbeitslosmeldung am 29. Juli 1981 nicht erfüllt.

Wenn der Kläger meine, die Rahmenfrist sei nach § 28 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB 10) vom 29. Juli 1980 an zu berechnen und erstrecke sich daher vom 29. Juli 1977 bis 28. Juli 1980, für die übrigen Voraussetzungen des § 100 AFG sei jedoch weiterhin der 29. Juli 1981 der maßgebende Zeitpunkt, so könne dem nicht gefolgt werden. Nach dem Wortlaut des § 28 Satz 1 SGB 10 wirke der nachgeholte Antrag bis zu einem Jahr zurück. Diese Vorschrift beruhe auf der Erwägung, Rechtsnachteile zu vermeiden, die ein Berechtigter erleidet, wenn er in Erwartung eines positiven Bescheides auf eine bestimmte Sozialleistung



-4-

einen Antrag auf eine andere Sozialleistung nicht gestellt hat. Sinn und Zweck des § 28 SGB 10 liege darin, die Versäumung von Antragsfristen zu beheben. Die Bestimmung wolle daher lediglich einen fehlenden Antrag ersetzen, der für die Leistungsgewährung erforderlich sei. Alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen müßten im Zeitpunkt der Rückwirkung des nachgeholtten Antrags - hier also am 29. Juli 1980 - jedoch bestehen, damit von diesem Zeitpunkt an die begehrte Sozialleistung gewährt werden könne. Zu diesem Zeitpunkt habe jedoch weder die Arbeitslosmeldung noch die Verfügbarkeit des Klägers vorgelegen.

Schließlich könne der Kläger sein Klageziel nicht über einen Herstellungsanspruch erreichen. Es sei zwar richtig, daß die Betriebskrankenkasse (BKK) der O. den Kläger mit Schreiben vom 6. September 1979 aufgefordert habe, unverzüglich einen Rentenantrag zu stellen, dieses Schreiben sei jedoch nicht die entscheidende Ursache dafür, daß er den Antrag auf Alg erst am 29. Juli 1981 gestellt habe. Bei dieser Sachlage könne die Frage offenbleiben, ob eine fehlerhafte Auskunft oder Beratung durch die BKK im Rahmen eines Herstellungsanspruchs überhaupt der Beklagten zuzurechnen wäre.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 28 SGB 10 durch das LSG und trägt dazu folgendes vor: Zwar sei dem LSG darin zuzustimmen, daß das AFG in den §§ 100 ff ausdrücklich an die tatsächliche Verfügbarkeit des Arbeitslosen anknüpfe, und daß diese im Juli 1980 nicht vorgelegen habe. Das LSG verkenne jedoch den Schutzzweck des § 28 SGB 10, wenn es in einer reinen Wort-



auslegung davon ausgehe, auch im Rahmen der §§ 100 ff AFG gehe es nur um die Heilung eines fehlenden Antrags.

Als sinnvolle Möglichkeiten der Anwendung des § 28 SGB 10 im Rahmen des § 100 AFG gebe es nur zwei Möglichkeiten. Die erste wäre die fiktive Vorverlegung auch der sonstigen Voraussetzungen des § 100 AFG auf den Zeitpunkt der Antragstellung. Diese Auslegung erscheine im Hinblick auf den Schutzzweck des § 28 SGB 10 in erster Linie als die gesetzgeberisch gewollte. Wenn man jedoch nicht so weit gehen wolle, bestünde eine zweite Möglichkeit darin, daß man zwar für die Gewährung von Alg an den Zeitpunkt anknüpfe, in dem alle Voraussetzungen des § 100 AFG vorlägen, jedoch die Rahmenfrist des § 104 Abs 3 AFG von drei Jahren ab Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen auf vier Jahre verlängere, also die Fiktion des § 28 SGB 10 zur Gesamtzeit hinzufüge.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 12. Januar 1984 und das Urteil des Sozialgerichts Oldenburg vom 14. Juli 1983 sowie den Bescheid vom 9. Dezember 1981 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Januar 1982 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Arbeitslosengeld nach den gesetzlichen Vorschriften zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

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

## II

Die Revision des Klägers ist nicht begründet; er hat, wie das LSG zutreffend erkannt hat, keinen Anspruch auf Alg.

Anspruch auf Alg hat gemäß § 100 Abs 1 AFG, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich bei dem Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Der Kläger hat sich frühestens am 29. Juli 1981 arbeitslos gemeldet und Alg beantragt. Zu dieser Zeit mag er auch der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden haben. Auf jeden Fall hat er jedoch die Anwartschaftszeit nicht erfüllt.

Die Anwartschaftszeit hat nach § 104 Abs 1 AFG in der hier maßgeblichen Fassung des 5. AFG-ÄndG vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) erfüllt, wer in der Rahmenfrist 180 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, wobei Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit dienen. Die Rahmenfrist, die drei Jahre beträgt, geht dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den



Anspruch auf Alg erfüllt sind oder, was hier nicht einschlägig ist, nach § 105 AFG als erfüllt gelten (§ 104 Abs 2 und 3 AFG). Die Rahmenfrist lief hier vom 29. Juli 1978 bis 28. Juli 1981. In dieser Zeit hat der Kläger nicht 180 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden. Das war nur in der Zeit vom 29. Juli 1978 bis 7. Dezember 1979, das sind 132 Kalendertage. Wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, kann die Zeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses (28. Februar 1979) keine Berücksichtigung finden, weil der Kläger ab 8. Dezember 1979 kein Arbeitsentgelt mehr erhielt, sondern Krankengeld bezog.

Hieran ändert sich auch nichts, wenn man davon ausgeht, daß der Antrag des Klägers gemäß § 28 Satz 1 SGB 10 bis zu einem Jahr zurückwirkt, wobei dahingestellt bleiben kann, ob die Voraussetzungen dieser Bestimmung überhaupt vorliegen. Selbst wenn dies der Fall wäre, hätte der Kläger die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Die für die Erfüllung der Anwartschaftszeit maßgebliche Rahmenfrist geht, wie § 104 Abs 2 AFG ausdrücklich bestimmt, dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen gehören nach § 100 Abs 1 AFG die Arbeitslosigkeit des Antragstellers, seine Verfügbarkeit, die Arbeitslosmeldung und der Antrag auf Alg. Ob der Kläger am 29. Juli 1980 der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stand, kann dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall hat er sich erst am 29. Juli 1981 wirksam arbeitslos gemeldet. Gemäß § 105 Satz 1 AFG erfordert die Arbeitslosmeldung iS von § 100 AFG, daß sich der Arbeitslose persönlich beim zuständigen Arbeitsamt meldet.



Eine Vordatierung der Arbeitslosmeldung auf den 29. Juli 1980 ist nicht möglich. Zwar ist in der Regel in dem Antrag auf Alg die Arbeitslosmeldung zu sehen; jedoch handelt es sich nach ihrer rechtlichen Beurteilung und Auswirkung um verschiedene Handlungen. Während der Leistungsantrag eine Willenserklärung ist, ist die Arbeitslosmeldung nach §§ 100 Abs 1, 105 Satz 1 AFG inhaltlich die Erklärung einer Tatsache, nämlich der Arbeitslosigkeit des Erklärenden. Sie soll dem Arbeitsamt die Kenntnis vermitteln, daß ein Leistungsfall eingetreten ist. Dies ist erforderlich, weil im Recht der Arbeitslosenversicherung der Grundsatz gilt, daß die (sachgerechte) Vermittlung in Arbeit den Vorrang vor der Gewährung von Leistungen besitzt (§ 5 AFG); deshalb gehört es zu den gleichwertigen Anspruchsvoraussetzungen, daß der Arbeitslose der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht (§§ 100 Abs 1, 103 AFG). Die Funktion der Arbeitslosmeldung besteht mit- hin darin, das Arbeitsamt tatsächlich in die Lage zu versetzen, mit seinen Vermittlungsbemühungen zu beginnen, um die eingetretene Arbeitslosigkeit und damit auch die Leistungsverpflichtung möglichst rasch zu beenden. Aus dem Umstand aber, daß das Arbeitsamt vor der Kenntnis vom Eintritt der Arbeitslosigkeit seiner Pflicht zur Arbeitsvermittlung tatsächlich nicht nachkommen kann, folgt zugleich die Bedeutung der Arbeitslosmeldung für den Leistungsanspruch. Er kann wegen dieses inneren Zusammenhanges erst mit ihrem Vorliegen zur Entstehung gelangen. Dieser Sachlogik entspricht nicht nur die Ausgestaltung der Arbeitslosmeldung als materiell-rechtliche Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg (§ 100 Abs 1 AFG), sondern auch ihre gesetzliche Umschreibung als persönliche Meldung bei dem dafür zuständigen Ar-



beitsamt (§ 105 Satz 1 AFG). Der Senat hat daher schon zum Vorläuferrecht des AFG entschieden, daß die Arbeitslosmeldung als Tatsachenerklärung nicht den Gestaltungsmöglichkeiten einer Willenserklärung unterliegt, weil sie keine Willenserklärung ist (BSGE 9, 7, 12; 240, 243). Er hält hieran auch für das geltende Recht fest, weil sich insoweit an der gesetzlichen Systematik nichts geändert hat. Unterstellt man, daß der Antrag der Klägers bis zum 29. Juli 1980 zurückwirkt, fehlt somit von den Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg zu diesem Zeitpunkt zumindest das Erfordernis der Arbeitslosmeldung, so daß der Kläger schon aus diesem Grunde zu diesem Zeitpunkt die Anwartschaftszeit nicht erfüllt haben kann (vgl hierzu auch das Urteil des Senats vom 19. März 1986 - 7 RAr 48/84).

Entgegen seiner Auffassung kann die Regelung des § 28 SGB 10 nicht dazu führen, daß davon auszugehen ist, außer der Antragstellung müßten auch die übrigen Voraussetzungen für die Gewährung von Alg als am 29. Juli 1980 erfüllt angesehen werden. Dem steht schon der eindeutige Wortlaut des § 28 SGB 10 entgegen, dem zu entnehmen ist, daß lediglich der Antrag, nicht jedoch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen zurückwirken sollen. Auch die Begründung, die im Gesetzgebungsverfahren für die Einfügung dieser Vorschrift in das SGB 10 gegeben wurde, läßt keine andere Deutung zu. Der Bundesrat, auf dessen Anregung die Vorschrift in den Gesetzesentwurf aufgenommen wurde, hat in seiner Stellungnahme Nr 17 zu Art 1 §§ 25, 26 (BT-Drucks 8/2034 S 48) ua darauf hingewiesen, es komme nicht selten vor, daß ein Berechtigter in der Erwartung, auf Antrag eine bestimmte Leistung zu erhalten, davon



absieht, vorsorglich eine nachrangige Leistung zu beantragen. Werde der auf die vorrangige Leistung gerichtete Antrag - möglicherweise nach einem längeren Verwaltungsverfahren - abgelehnt oder die bereits gewährte Leistung nachträglich entzogen, so seien häufig Antragsfristen versäumt oder der Antragsteller werde auf eine begrenzte Rückwirkung verwiesen. Auch hier spricht also nichts dafür, daß § 28 SGB 10 im Sinne des Klägers auszulegen ist. Abgesehen davon muß auch davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber, falls er mit einer Verfahrensvorschrift materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen bestimmter Vorschriften, die nicht nur die Antragstellung betreffen, Rückwirkung beimessen wollte, dies auch eindeutig zum Ausdruck gebracht hätte. Es ist somit davon auszugehen, daß § 28 SGB 10 dem im Sozialrecht vorherrschenden Antragsprinzip Rechnung trägt, und daher auch nur der Antrag zurückwirken kann.

Soweit der Kläger meint, § 28 SGB 10 könne auch dahin verstanden werden, daß man zwar für die Gewährung von Alg an den Zeitpunkt anknüpft, an dem alle Voraussetzungen hierfür vorlagen, dann jedoch die Rahmenfrist des § 104 Abs 3 AFG auf vier Jahre verlängert, findet diese Auffassung im Gesetz keine Stütze. Der § 104 Abs 3 AFG bestimmt ausdrücklich, daß die Rahmenfrist drei Jahre beträgt. Abgesehen davon ist eine so weit gehende Auslegung des § 28 SGB 10 aus den vorstehend aufgeführten Gründen nicht zulässig.

Dies hat zwar zur Folge, daß, worauf der Kläger zutreffend hinweist, § 28 SGB 10 im Bereich des Arbeitsförderungsrechts,



jedenfalls soweit es das Alg angeht, praktisch kaum Bedeutung hat. Dies beruht jedoch auf den speziellen Erfordernissen des materiellen Leistungsrechts im Bereich des Arbeitsförderungsrechts. Dieses sieht im übrigen in § 105a Abs 1 AFG mit der sogenannten Nahtlosigkeitsregelung eine Lösung der Situation vor, in der sich der Kläger befand. Hiernach hat Anspruch auf Alg nach § 100 Abs 1 AFG auch, wer die in den §§ 101 bis 103 AFG genannten Voraussetzungen nur deshalb nicht erfüllt, weil er wegen einer nicht nur vorübergehenden Minderung seiner Leistungsfähigkeit keine längere als kurzzeitige Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben kann, wenn weder Berufsunfähigkeit noch Erwerbsunfähigkeit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung festgestellt ist. Auch hierauf kann der Kläger allerdings seinen Anspruch schon deshalb nicht stützen, weil er sich am 29. Juli 1980 noch nicht arbeitslos gemeldet hatte.

Ob und inwieweit der Kläger möglicherweise durch eine Pflichtverletzung der Krankenkasse oder des Rentenversicherungsträgers veranlaßt worden ist, sich nicht rechtzeitig arbeitslos zu melden und der Arbeitsvermittlung zur Verfügung zu stellen und ob sich die Beklagte dieses Verhalten zurechnen lassen müßte, kann dahingestellt bleiben; ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch könnte hierdurch nicht begründet werden. Selbst bei Annahme derartiger Pflichtverletzungen und einer Einstandspflicht der Beklagten ließe sich die fehlende Arbeitslosmeldung nicht nachträglich durch eine Amtshandlung der Beklagten herstellen; das wäre aber Voraussetzung für die Möglichkeit eines vor den So-



-12-

zialgerichteten einklagbaren Anspruchs im Wege sozialrechtlicher Herstellung (vgl dazu Gagel, Kommentar zum AFG, Erl 13 ff zu § 15 und Vor § 142, Erl 223 ff mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Mit Hilfe des Herstellungsanspruchs lassen sich lediglich bestimmte sozialrechtliche Voraussetzungen, wie zB verspätete Anträge, als erfüllt ansehen, wenn sie nur wegen einer Pflichtverletzung des Versicherungsträgers bislang fehlen. Die Arbeitslosmeldung als Voraussetzung für den Anspruch auf Alg ist jedoch ein rechtserheblicher Tatbestand, den herzustellen nicht in die Verfügungsmacht der Beklagten fällt; er hängt vielmehr von einer tatsächlichen Verhaltensweise des Arbeitslosen ab. Das Fehlen der Arbeitslosmeldung kann mithin nicht durch eine rechtmäßige Amtshandlung der Beklagten ersetzt werden. Der Herstellungsanspruch kann einen Versicherungsträger nur zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten, das rechtlich zulässig ist (vgl dazu BSGE 49, 76, 89 = SozR 2200 § 1418 Nr 6; BSGE 50, 25, 29 = SozR 2200 § 172 Nr 14; s auch Urteil des Senats vom 11. November 1981 - 7 RAr 16/82 - mwN, Dienstblatt R der BA Nr 2782a zu § 78 AFG). Die Gewährung von Alg an den Kläger trotz Fehlens der Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosmeldung wäre jedoch gesetzeswidrig (§ 100 Abs 1 AFG). Auch insoweit wird auf das oa Urteil des Senats vom 19. März 1986 - 7 RAr 48/84 - verwiesen.

-13-

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

-13-

Die Revision muß daher zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)