

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
21. März 1990

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 36/88

.....,

Kläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigter

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g** und die Richter **K ö n i g** und **S a t t l e r** sowie den ehrenamtlichen Richter **Freiherr von B o d e n h a u s e n** und die ehrenamtliche Richterin **O b i j o u** für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 26. Januar 1988 hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als es unter Änderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte verpflichtet hat, den Antrag des Klägers auf Rücknahme des Bescheides vom 21. Juni 1982 und auf Gewährung von Arbeitslosengeld, hilfsweise Arbeitslosenhilfe, neu zu bescheiden. Die Berufung des Klägers wird auch in diesem Umfang zurückgewiesen.

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

Der Kläger wendet sich gegen die Ablehnung von Arbeitslosengeld (Alg) und Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Ihm war mit Bescheid vom 25. Juli 1979 ab 27. Juni 1979 Alg für 312 Wochentage bewilligt worden. Er bezog aufgrund dieser Bewilligung Alg bis 31. März 1980. Für die Zeit vom 27. Juni bis 24. Juli 1979 hat die Beklagte bindend den Eintritt einer Sperrzeit (§ 119 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-) festgestellt und das dafür schon gezahlte Alg zurückgefordert.

Vom 1. April 1980 bis 30. Juni 1982 war der Kläger befristet bei einem türkischen Arbeitgeber in der Türkei beschäftigt. Diese Anstellung erfolgte im Rahmen eines Programms "Integrierte Fachkräfte" des Centrums für internationale Migration und Entwicklung, einer Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Gesellschaft für technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ) und der Zentralstelle für Arbeitsvermittlung der Bundesanstalt für Arbeit (BA). Die Beschäftigung der Fachkräfte erfolgt aufgrund Arbeitsvertrags mit dem ausländischen Arbeitgeber gegen die dort üblichen Arbeitgeberleistungen; zusätzlich erhalten sie einen monatlichen Zuschuß aus Mitteln des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit. Der Bruttoarbeitslohn des Klägers betrug 5.500,-- DM. Daneben erhielt er von der GTZ einen monatlichen Zuschuß von 5.030,-- DM und vereinbarungsgemäß ab 1. Juli 1982 für 5 Monate eine Übergangshilfe von 4.317,-- DM monatlich. Mitte Mai 1982 kehrte der Kläger nach Aufgabe der Beschäftigung in der Türkei in die Bundesrepublik Deutschland zurück.

Er meldete sich am 2. Juni 1982 arbeitslos und beantragte Alg - nach einem Vermerk auf dem Antragsformular "m.W. 1.7.82". Das Arbeitsamt lehnte mit Bescheid vom 21. Juni 1982 die Gewährung von Alg und Alhi ab. Der Bescheid war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen.

Auf Gegenvorstellungen des Klägers wurde eine Überprüfung vorgenommen, allerdings mit ablehnendem Ergebnis, ua durch Schreiben des Arbeitsamtes Lörrach vom 17. Mai 1983, gegen das der Kläger Widerspruch einlegte. Während des anschließenden Klageverfahrens verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger einen Widerspruchsbescheid zu erteilen. Die Beteiligten einigten sich dahin, daß der anhängige Rechtsstreit damit seine Erledigung gefunden habe.



Mit Bescheid vom 19. November 1984 wurde nunmehr der Widerspruch zurückgewiesen. Das Sozialgericht (SG) hat die hiergegen erhobene Klage abgewiesen (Urteil vom 18. Juli 1985).

Auf die Berufung des Klägers hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG und die angefochtenen Bescheide geändert und die Beklagte verpflichtet, den Antrag des Klägers auf Rücknahme des Bescheides vom 21. Juni 1982 und Gewährung von Alg, hilfsweise Alhi, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Im übrigen, insbesondere hinsichtlich der Leistungsklage, hat es die Berufung zurückgewiesen. Sein Urteil vom 26. Januar 1988 hat es im wesentlichen wie folgt begründet: Zu Unrecht habe das SG die Klage bezüglich des Anspruchs auf Alg als unzulässig abgewiesen. Mit dem Bescheid vom 17. Mai 1983 sei auch über den vom Kläger ursprünglich geltend gemachten Anspruch auf Alg entschieden worden. Er enthalte ua den Ausspruch, daß es bei der mit dem Bescheid vom 21. Juni 1982 getroffenen Entscheidung verbleibe. Durch diesen seien aber sowohl Alhi wie Alg abgelehnt worden. Der Widerspruch richte sich deshalb auch gegen die den Alg-Anspruch ablehnende Entscheidung.

Seinem Inhalt nach stelle der Bescheid vom 17. Mai 1983 eine Entscheidung über einen Antrag auf Rücknahme eines rechtswidrig belastenden Verwaltungsaktes gemäß § 44 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X) dar. Das Arbeitsamt habe nicht bloß eine erneute Überprüfung vorgenommen, sondern auch die Aufhebung des früheren Bescheides abgelehnt. Damit habe es den von § 44 SGB X gewiesenen Weg betreten. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift für die Rücknahme eines unanfechtbaren, aber rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes seien sowohl für den Anspruch auf Alg als auch für den auf Alhi erfüllt. Der Kläger habe sich am 2. Juni 1982 arbeitslos gemeldet und Alg beantragt. Er sei am 2. Juni 1982 arbeitslos gewesen und habe der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden (§ 100 Abs 1 AFG). Er habe Mitte Mai 1982 seine Tätigkeit in der Türkei endgültig eingestellt und sei nach Deutschland zurückgekehrt. Ein Beschäftigungsverhältnis zum türkischen Arbeitgeber habe seither nicht mehr bestanden.

Allerdings habe der Kläger aufgrund der Arbeitslosmeldung vom 2. Juni 1982 keine Anwartschaftszeit erfüllt. Es fehle die nach § 100 Abs 1 iVm § 104 Abs 1 AFG idF vom 22. Dezember 1981 erforderliche Erfüllung der Anwartschaftszeit, die eine beitragspflichtige Beschäftigung von 360 Kalendertagen in der Rahmenfrist verlange. Die Rahmenfrist gehe dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit



unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt seien. Sie betrage drei Jahre und reiche nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt gehabt habe. Sie umfasse danach die Zeit vom 2. Juni 1979 bis 1. Juni 1982. Allerdings habe sich der Kläger ab 27. Juni 1979 Alg bezogen aufgrund einer Anspruchsdauer von 312 Tagen. Die vorangegangene Rahmenfrist sei damit am 26. Juni 1979 beendet worden, so daß die neue nunmehr vom 27. Juni 1979 bis zum 1. Juni 1982 reichte. Der Kläger habe seine Tätigkeit in der Türkei am 1. April 1980 aufgenommen. Er sei als Arbeitnehmer in den türkischen Betrieb eingegliedert worden und habe somit nicht der Versicherungspflicht nach § 168 AFG unterlegen. Ein Beschäftigungsverhältnis mit einem Arbeitgeber innerhalb des Bundesgebietes habe nicht bestanden, so daß auch kein Fall der Ausstrahlung (§ 4 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - SGB IV - iVm § 173a AFG) vorliege. Andere Rechtsgrundlagen, die es erlaubten, die Beschäftigungszeit in der Türkei als anspruchsbegründend heranzuziehen, existierten nicht. Das vorläufige europäische Abkommen über Soziale Sicherheit vom 11. Dezember 1953, dem auch die Türkei beigetreten sei, sehe nur die Gleichbehandlung des jeweiligen Staatsangehörigen nach den Bedingungen des geltenden Gesetzes vor. Soweit in Art 3 auf zweiseitige Verträge Bezug genommen werde, käme nur das Abkommen vom 30. April 1964 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über soziale Sicherheit in Betracht. Dessen sachlicher Geltungsbereich umfasse aber nicht Leistungen bei Arbeitslosigkeit (Art 2). Auf Gemeinschaftsrecht lasse sich der Anspruch ebenfalls nicht stützen. Das gelte insbesondere für das Assoziierungsabkommen vom 12. September 1963 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei. Schließlich biete auch § 108 AFG keine Möglichkeit, die Tätigkeit in der Türkei einer beitragspflichtigen Inlandsbeschäftigung gleichzustellen. Die Zeit vom 1. April 1980 bis 1. Juni 1982 komme somit für ein die Anwartschaftszeit erfüllendes Beschäftigungsverhältnis nicht in Betracht. Da der verbleibende Zeitraum vom 27. Juni 1979 bis 31. März 1980 ohnehin zu knapp für eine 360 Kalendertage umfassende Beschäftigung sei, habe der Kläger am Tage der Arbeitslosmeldung - am 2. Juni 1982 - keinen neuen Anspruch erworben. Etwas anderes könne er auch nicht mit Hilfe eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs wegen falsch erteilter Auskunft erreichen, wie das LSG näher ausführt. - Allerdings habe der Kläger auf den früheren, am 27. Juni 1979 entstandenen zurückgreifen können, wenn dieser noch nicht verbraucht oder erloschen gewesen sei. Er habe vom 27. Juni 1979 bis 31. März 1980 für insgesamt 239 Tage Alg bezogen. Soweit zu Beginn der Arbeitslosigkeit eine Sperrzeit nach § 119 AFG eingetreten sei, vermindere sich die Dauer des Anspruchs auf Alg ent-



sprechend. Somit sei ihm am 2. Juni 1982 noch ein Rest von 73 Tagen verblieben.

Gemäß § 125 Abs 2 AFG könne der Anspruch auf Alg jedoch nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nach seiner Entstehung drei Jahre verstrichen seien. Diese Frist habe hier am 27. Juni 1982 geendet, sie sei also am 2. Juni 1982 noch nicht abgelaufen gewesen. Allerdings habe der Kläger zu diesem Zeitpunkt noch einen Anspruch auf Arbeitsentgelt für den Rest des Monats Juni aus dem Arbeitsverhältnis mit dem türkischen Arbeitgeber gehabt, das erst am 30. Juni 1982 geendet habe. Darüber hinaus stelle auch der dem Kläger von der GTZ gewährte Zuschuß für den Monat Juni 1982 Arbeitsentgelt iS von § 14 SGB IV iVm § 173a AFG dar. Dieser Anspruch bzw Bezug von Arbeitsentgelt während des Monats Juni 1982 habe zur Folge, daß der Anspruch des Klägers auf Alg gemäß § 117 Abs 1 AFG ruhte. Das Ruhen des Anspruchs bedeute jedoch nur, daß die Zahlung des Alg vorübergehend ausgesetzt werde, das Stammrecht aber nicht davon betroffen sei. Damit schließe das Ruhen des Anspruchs dessen Geltendmachung nicht aus, sondern setze das Stammrecht im Gegenteil voraus. Der Kläger habe demnach am 2. Juni trotz des bis zum Ende des Monats bestehenden Anspruchs auf Arbeitsentgelt den Anspruch auf Alg iS von § 125 Abs 2 AFG geltend machen können. Dieses Ergebnis entspreche auch dem Umstand, daß der Anfang der Frist auf einen Tag fallen könne, an dem der Anspruch ruhe. Das Bundessozialgericht (BSG) habe allerdings die Ansicht vertreten, § 125 Abs 2 AFG erfasse auch solche Sachverhalte, in denen ein laufender Leistungsbezug durch einen Ruhenstatbestand unterbrochen werde, wenn nach dessen Ende festgestellt werden müsse, daß die Frist des § 125 Abs 2 AFG abgelaufen sei. Es habe einschränkend hinzugefügt, daß dies jedenfalls dann gelte, wenn das Ruhen des Anspruchs nicht von vornherein für einen kalendermäßig genau feststehenden Zeitraum eintrete, nach dessen Ende die Fortzahlung der Leistung ohne Zutun des Arbeitslosen - gleichsam automatisch - erfolge, wie es zB in Fällen des § 119 Abs 1 Nr 2 bis 4 AFG der Fall sein könne. Die Frage, wie sich ein solcher Ruhenstatbestand auf den Fristablauf nach § 125 Abs 2 AFG auswirke, sei dahingehend zu beantworten, daß der Anspruch auf Alg jedenfalls dann erhalten bleibe, wenn zwar mit dem Geltendmachen des Anspruchs zugleich dessen Ruhen eintrete und dieses über den Dreijahreszeitraum hinaus fortduere, das Ende des Ruhenszeitraums aber von vornherein kalendermäßig bestimmbar sei. Bei § 117 Abs 1 AFG in der konkreten Anwendung des vorliegenden Falles handele es sich genau um einen derartigen Sachverhalt, in dem das Ende des Ruhenszeitraums kalendermäßig



feststehe, hier durch das Ende des Arbeitsverhältnisses mit Entgeltanspruch am 30. Juni 1982.

Selbst wenn aber der Anspruch gemäß § 125 Abs 2 AFG erloschen sein sollte, hätte der Kläger gleichwohl Anspruch auf Alg für die restlichen 73 Tage. Dies folge aus den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, wonach ein Versicherter trotz Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen so gestellt werden könne, als lägen die Voraussetzungen vor, wenn der Versicherungsträger den Versicherten zuvor nicht auf solche Gestaltungsmöglichkeiten hingewiesen habe, die klar zu Tage lägen und deren Wahrnehmung offensichtlich so zweckmäßig erscheine, daß sie jeder verständige Versicherte mutmaßlich nutzen würde. Im Falle des Klägers sei schon im Zeitpunkt der Antragstellung klar gewesen, daß zwar wegen der Auslandstätigkeit keine neue Anwartschaft entstanden, aber aus einer früheren Alg-Bewilligung ein Restanspruch von 73 Tagen verblieben sei, dessen Verfall für den 27. Juni 1982 gedroht habe. Es habe deshalb für den zuständigen Sachbearbeiter aller Anlaß bestanden, den Kläger auf die Frist des § 125 Abs 2 AFG und darauf hinzuweisen, daß der Anspruch auf Alg allein wegen des bis Ende des Monats fortdauernden Bezugs von Arbeitsentgelt ruhte. Es könne davon ausgegangen werden, daß der Kläger bei entsprechender Beratung die naheliegende Gestaltungsmöglichkeit genutzt hätte, durch einen Erlaßvertrag (§ 397 Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-) mit seinem türkischen Arbeitgeber und der GTZ über den Verzicht auf Arbeitsentgelt ab 26. Juni 1982 die rechtlichen Voraussetzungen für den Bezug von Alg noch vor Ablauf der Verfallsfrist zu schaffen. Die Zustimmung wäre ohne weiteres zu erhalten gewesen, da der Kläger bereits von der Beschäftigung freigestellt gewesen sei und keine Gegenleistung mehr zu erbringen gehabt habe, auf die der Arbeitgeber hätte verzichten müssen. Spätestens bei der Vorbereitung des noch vor Ablauf der Frist erteilten Bescheides vom 21. Juni 1982 hätte die Frage des Restanspruchs geprüft und dem Kläger ein entsprechender Hinweis gegeben werden müssen.

Einen derartigen Verzicht auf Arbeitsentgelt zu dem Zweck, einen Anspruch auf Alg zu erlangen bzw zu erhalten, stünden weder Prinzipien des Arbeitsrechts noch des Sozialrechts entgegen. Von einem Rechtsmißbrauch könne schon deshalb keine Rede sein, weil es dem Kläger freigestanden hätte, das Arbeitsverhältnis von vornherein bis zum 25. Juni 1982 zu begrenzen. Wäre der Kläger entsprechend beraten worden, dann hätte er diese Gestaltungsmöglichkeit nutzen und seinen Restanspruch auf jeden Fall erhalten können. Als Folge davon sei der Kläger so zu stellen, als hätte er den Anspruch auf Alg spätestens am 26. Juni 1982 nach Beendigung des Ruhens



aber noch vor Ablauf der Frist geltend gemacht. Da die Zeit des Ruhens nicht auf die Anspruchsdauer angerechnet werde, hätte der Kläger ab 1. Juli 1982 einen Alg-Restanspruch für 73 Tage, dh bis zum 24. September 1982, gehabt. Soweit die Bescheide vom 21. Juni 1982 und 17. Mai 1983 dies verneinten, seien sie rechtswidrig. Die Zahlungen, die der Kläger ab 1. Juli 1982 erhalten habe, führten weder zum Ruhen noch zur Minderung des Alg-Anspruchs. Danach seien die angefochtenen Bescheide zwar insoweit rechtswidrig, als sie die Voraussetzungen für die Gewährung von Alg für die Zeit vom 1. Juli bis 24. September 1982 verneinten. Der weitergehende vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Alg über den 24. September hinaus bis zum 30. Juni 1983 sei dagegen unbegründet.

Erweise sich ein Bescheid als rechtswidrig, so sei er gemäß § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, für den Bereich des AFG allerdings zwingend nur für die Zukunft (§ 152 Abs 1 AFG). Der Kläger habe seinen Antrag auf die Korrektur der Entscheidung vom 21. Juni 1982 am 6. Mai 1983 gestellt, über ihn habe die Beklagte mit Bescheid vom 17. Mai 1983 ablehnend entschieden. Da der Anspruch auf Alg spätestens am 24. September 1982 geendet hätte, sei insoweit von vornherein eine Aufhebung für die Vergangenheit gemäß § 44 Abs 2 Satz 2 SGB X in Betracht gekommen, die neben § 152 Abs 1 AFG zulässig sei. Nach dieser Vorschrift könne die Behörde einen unanfechtbar gewordenen rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakt für die Vergangenheit zurücknehmen. Mit dieser Kann-Bestimmung sei der Behörde ein Rücknahmeermessen eingeräumt, das sie pflichtgemäß auszuüben und dabei die Rechtsauffassung des Gerichts zu beachten habe. Da keine Umstände ersichtlich seien, aufgrund derer das Ermessen der Beklagten auf eine einzige rechtmäßige Entscheidung reduziert wäre, sei die Berufung diesbezüglich nur im hilfsweise gestellten Antrag auf Neubescheidung begründet.

Für die Gewährung von Alhi komme nur der Abschnitt zwischen dem 1. Dezember 1982 und dem 30. Juni 1983 in Betracht, da der Kläger vom 1. Juli bis 30. November 1982 Überbrückungshilfe in Höhe von 4.317,-- DM monatlich erhalten habe und ab 1. Juli 1983 wieder eine Beschäftigung aufgenommen habe. Für die Zeit davor fehle es an der Bedürftigkeit, für die Zeit danach an der Arbeitslosigkeit. Der Anspruch des Klägers richte sich nach § 134 AFG idF des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22. Dezember 1981. Dessen Voraussetzungen hätten in der Zeit vom 1. Dezember 1982 bis 30. Juni 1983 vorgelegen. Der Kläger sei arbeitslos gewesen, er habe der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet



und Alhi beantragt. Er habe keinen Anspruch auf Alg, weil die Anwartschaftszeit nicht erfüllt sei, er sei bedürftig gewesen und habe innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung, die dem Antrag auf Alhi vorausgegangen sei, Alg bezogen, ohne daß der Anspruch nach § 119 Abs 2 AFG erloschen sei. Der Kläger habe zwar in dem vom 1. Dezember 1982 zurückzurechnenden Einjahreszeitraum tatsächlich kein Alg bezogen. Er habe jedoch einen Rechtsanspruch auf Bewilligung von Alg für die Zeit vom 1. Juli bis 24. September 1982 gehabt. Nach dem Sinn der Regelung von § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst a AFG habe der bestehende Anspruch auf Alg dem tatsächlichen Bezug jedenfalls dann gleichgestellt werden müssen, wenn dieser erhoben, die Bewilligung jedoch vom Arbeitsamt zu Unrecht abgelehnt worden sei. Soweit der Kläger für die Zeit ab 1. Dezember 1982 Alhi beanspruche, mache er eine Leistung für die Vergangenheit geltend, die bindend abgelehnt worden sei. Für die Aufhebung des rechtswidrigen Versagensbescheides mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß § 44 Abs 2 SGB X könne der Kläger wie für den Alg-Anspruch nur eine Neubescheidung verlangen; soweit er die Verurteilung zur Leistung selbst begehre, sei die Berufung unbegründet.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung der §§ 125 Abs 2 (in der bis 31. Dezember 1985 geltenden Fassung), 110 Abs 1 Nr 2 AFG, der Rechtsprechung zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch und der §§ 128 Abs 2, 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Sie führt zur Begründung aus, daß selbst bei Annahme eines Anspruchs dem Grunde nach sich dieser nicht auf 73, sondern nur auf 49 Tage beliefe. Indessen sei dies unerheblich; denn der Kläger habe am 2. Juni 1982 einen Restanspruch auf Alg nicht mehr geltend machen können. Dies folgt aus § 125 AFG. Die Auffassung des LSG, der Anspruch auf Alg bleibe jedenfalls dann erhalten, wenn zwar mit dem Geltendmachen zugleich sein Ruhen eintrete und dieses über den Dreijahreszeitraum hinaus fort dauere, das Ende des Ruhenszeitraums aber von vornherein kalendermäßig bestimmbar gewesen sei, treffe nicht zu.

Der erkennende Senat habe mit Urteil vom 9. Dezember 1982 (BSGE 54, 218) entschieden, daß § 125 Abs 2 AFG auch solche Sachverhalte erfasse, in denen ein laufender Leistungsbezug durch einen Ruhenstatbestand unterbrochen werde, wenn nach dessen Ende festgestellt werden müsse, daß die Frist des § 125 Abs 2 AFG abgelaufen sei. Das gelte jedenfalls dann, wenn das Ruhen des Anspruchs nicht von vornherein für einen kalendermäßig genau feststehenden Zeitraum eintrete. Äußerungen in der Entscheidung des Senats vom



29. September 1987 (SozR 4100 § 125 Nr 3) ließen den Schluß zu, daß § 125 Abs 2 AFG generell alle diejenigen Sachverhalte erfasse, in denen vor Beginn des laufenden Leistungsbezuges ein Ruhenstatbestand nach § 117 AFG eingetreten sei und nach dessen Ende festgestellt werden müsse, daß die Frist des § 125 Abs 2 AFG abgelaufen sei.

Das LSG könne seine Entscheidung auch nicht auf einen Beratungsfehler der Beklagten stützen. Das BSG habe schon ausgeführt, daß die Beratungs- und Betreuungspflichten der Beklagten überspannt würden, wenn ihr auferlegt würde, stets auf § 125 Abs 2 AFG hinweisen zu müssen. Aber selbst wenn hier ein pflichtwidriges Verhalten der Beklagten unterstellt würde, könne der Kläger seinen Anspruch nicht darauf stützen, weil dieses nicht kausal dafür gewesen wäre, daß er die Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG versäumt habe. Das LSG übersehe, daß sich rechtserhebliche Tatbestände, die herzustellen nicht in die Verfügungsmacht des Leistungsträgers fielen, sondern von einer tatsächlichen Verhaltensweise des Arbeitslosen abhängig seien, nicht durch einen Herstellungsanspruch ersetzt werden könnten. Der bis Ende Juni 1982 fortdauernde Bezug von Arbeitsentgelt, der zum Ruhen des Anspruchs auf Alg geführt habe, könne nicht weggingiert werden. Das LSG unterstelle lediglich, daß der Kläger bei entsprechender Beratung die naheliegende Gestaltungsmöglichkeit eines Erlaßvertrages genutzt und dieser dann auch zustande gekommen wäre. Insofern werde eine Verletzung des § 128 Abs 2 SGG wegen Überschreitung der Grenzen der freien Beweiswürdigung sowie des § 103 SGG geltend gemacht. Auf keinerlei tatsächliche Feststellungen gestützt, gehe das LSG davon aus, daß ein Erlaßvertrag zustande gekommen wäre, wenn der Kläger auf diese Möglichkeit hingewiesen worden wäre. Unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Erlaßvertrages oder dem beiderseitigen Willen der betroffenen Parteien hierzu gebe es zum einen keine Pflicht der Beklagten, auf arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen. Zum anderen setze das LSG voraus, daß ein solcher Vertrag auch tatsächlich zustande gekommen wäre. Woher das LSG diese Gewißheit nehme, obgleich offensichtlich sowohl der frühere ausländische Arbeitgeber des Klägers als auch die GTZ hätten beteiligt werden müssen, entziehe sich der Kenntnis der Beklagten. Das LSG habe nachvollziehbar in den Urteilsgründen hierzu nichts dargelegt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 26. Januar 1988 auch insoweit aufzuheben, als es dem Begehren des Klägers entsprochen hat, und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg in vollem Umfang zurückzuweisen.



Der Kläger beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt vor, daß er dann, wenn man ihm mitgeteilt hätte, daß wegen der Vorschrift des § 125 Abs 2 AFG der Anspruch auf Alg und später ein solcher auf Alhi verfallen würde, auf den Abschluß eines Erlaßvertrages hingewirkt hätte. Dies wäre ohne weiteres rechtlich und tatsächlich möglich gewesen. Das LSG habe auch ohne weitere Sachaufklärung davon ausgehen dürfen, daß der Kläger bei entsprechendem Hinweis auf die Sach- und Rechtslage alles daran gesetzt hätte, einen solchen Erlaßvertrag herbeizuführen. Dieser Umstand bedürfe keiner weiteren Sachaufklärung, sondern ergebe sich aus allgemeiner Lebenserfahrung. Dies gelte insbesondere deshalb, weil der Anspruch auf Alg auch auf die Rentenanwartschaften des Klägers Auswirkung habe. Es gebe keine Veranlassung anzunehmen, daß der türkische Arbeitgeber oder die GTZ nicht bereit gewesen sein sollten, einem Erlaßvertrag zuzustimmen. Beide hätten dadurch keinerlei Nachteile erlitten. Entgegen der Auffassung der Revision habe für die Beklagte die Pflicht bestanden, den Kläger auf diese arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeit hinzuweisen. Dies gelte im vorliegenden Falle insbesondere deshalb, weil der Kläger unstreitig der Arbeitsvermittlung ab 2. Juni 1982 zur Verfügung gestanden habe. Hinzu komme, daß der Kläger bei Aufnahme der Arbeit in der Türkei sich beim zuständigen Arbeitsamt erkundigt hatte, ob er nach Rückkehr aus der Türkei weiterhin Anspruch auf Alg habe. Diese Frage sei bejaht worden. Wenn man ihm erklärt hätte, daß er, weil er in der Türkei aus Rechtsgründen keine Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abführen könne, seinen Anspruch auf Alg verliere, hätte er die Arbeit nicht aufgenommen und weiterhin Alg bezogen.

II

Die Revision der Beklagten ist begründet.

Gegenstand der Klage ist der Bescheid vom 17. Mai 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. November 1984. Das LSG hat diesen Bescheid teilweise für rechtswidrig erachtet, nämlich soweit darin der Antrag des Klägers zurückgewiesen worden ist, ihm unter entsprechender Rücknahme des Bescheides vom 21. Juni 1982 vom 1. Juli 1982 an Alg für 73 Wochentage und vom 1. Dezember 1982 bis 30. Juni 1983 Alhi zu gewähren. In diesem Umfang



hat das LSG den angefochtenen Verwaltungsakt aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, über die Ansprüche des Klägers auf Alg und Alhi neu zu entscheiden. Im übrigen, dh insbesondere hinsichtlich der Leistungsklage, hat das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen hat nur die Beklagte Revision eingelegt, ohne daß sich der Kläger dieser angeschlossen hat. Soweit das LSG die Berufung des Klägers zurückgewiesen hat, ist das Urteil des LSG folglich rechtskräftig und für die Beteiligten bindend geworden (§ 141 Abs 1 SGG). Gegenstand des Revisionsverfahrens sind mithin nur noch die vom Kläger verfolgten Ansprüche auf Alg für 73 Wochentage ab 1. Juli 1982 und auf Alhi für die Zeit vom 1. Dezember 1982 bis 30. Juni 1983 auf der Grundlage der vom LSG unter entsprechender Änderung des angefochtenen Bescheides ausgesprochenen Verpflichtung der Beklagten, hierüber neu zu entscheiden.

Zwar hat der Senat im Revisionsverfahren die noch streitigen Ansprüche unter jeglichem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen. Es ist ihm jedoch untersagt, den Kläger besser zu stellen, als dies nach dem Urteil des LSG der Fall ist. Dies folgt aus dem Verbot, den Rechtsmittelkläger (hier: die Beklagte) gegenüber dem sie belastenden Inhalt der angefochtenen Entscheidung schlechter zu stellen (*reformatio in peius*). Ungeachtet seiner eigenen Auffassung von der Rechtslage könnte das Revisionsgericht deshalb allenfalls die Entscheidung des LSG bestätigen. Dafür besteht indes keine Veranlassung. Das LSG hat die Beklagte zu Unrecht zu einer Neubescheidung verurteilt.

Mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage begehrt der Kläger die Aufhebung des Bescheides vom 17. Mai 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. November 1984 und die Verpflichtung der Beklagten, über seine behaupteten Ansprüche auf Alg und Alhi neu zu entscheiden. Diese Klage ist gem § 54 Abs 1 SGG zulässig. Der Senat folgt dem LSG in der Beurteilung, daß es die Beklagte in dem angefochtenen Bescheid lediglich abgelehnt hat, den bindend gewordenen Ablehnungsbescheid vom 21. Juni 1982 zurückzunehmen und eine den Kläger begünstigende neue Entscheidung zu treffen. Auch die Auffassung des LSG, daß diese Entscheidung der Beklagten sich sowohl auf die geltend gemachten Alg- als auch auf die Alhi-Ansprüche bezieht, ist nach dem Inhalt des angefochtenen Bescheides (in der Gestalt des Widerspruchsbescheides) nicht zu beanstanden.

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Unanfechtbar gewordene Verwaltungsakte sind mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, daß bei ihrem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und



soweit deshalb ua Sozialleistungen nicht erbracht worden sind (§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X). Im Fall der Rücknahme sind vorenthaltene Sozialleistungen in bestimmtem Umfang nachträglich zu erbringen (§ 44 Abs 4 SGB X). § 152 Abs 1 AFG idF des 8. AFG-Änderungsgesetzes vom 14. Dezember 1987 (BGBl I 2602) beschränkt die Rücknahmepflicht des § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X für Leistungen nach dem AFG auf die Zukunft; die Rücknahme für die Vergangenheit liegt in diesen Fällen im Ermessen der Beklagten (vgl dazu Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand: Juli 1988, Erl 2 zu § 152 mwN).

Die Rechtsvoraussetzungen für ein begründetes Rücknahmebegehren des Klägers nach § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X, bzw nach § 152 Abs 1 AFG liegen nicht vor. Die Beklagte hat in dem bindenden Ablehnungsbescheid vom 21. Juni 1982 weder das Recht unrichtig angewandt, noch ist sie bei dieser Entscheidung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Dem Kläger standen für die streitigen Zeiten weder Alg- noch Alhi-Ansprüche zu.

Durch seine Arbeitslosmeldung und Antragstellung vom 2. Juni 1982 hat der Kläger für die Zeit ab 1. Juli 1982 keinen (neuen) Anspruch auf Alg iS von § 100 Abs 1 AFG erworben. Diese Vorschrift verlangt neben Arbeitslosmeldung und Antragstellung Arbeitslosigkeit, Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung und Erfüllung der Anwartschaftszeit. Aufgrund seiner unangegriffenen Feststellungen ist das LSG zwar zu Recht davon ausgegangen, daß der Kläger zu diesem Zeitpunkt arbeitslos war und der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stand. Ebenso zutreffend ist aber auch die Auffassung des LSG, daß der Kläger nicht die Anwartschaftszeit nach § 104 AFG erfüllt hat, so daß es am Vorliegen sämtlicher in § 100 Abs 1 AFG genannter Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg fehlt.

Nach § 104 Abs 1 AFG in der hier maßgeblichen Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) -AFKG- ist zur Erfüllung der Anwartschaftszeit grundsätzlich eine mindestens 360 Kalendertage umfassende beitragspflichtige Beschäftigung (§ 168 AFG) innerhalb der Rahmenfrist erforderlich. Die Rahmenfrist geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Alg-Anspruch erfüllt sind oder nach § 105 AFG als erfüllt gelten (§ 104 Abs 2 AFG). Sie beträgt drei Jahre, reicht aber nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der eine Anwartschaftszeit erfüllt wurde (§ 104 Abs 3 AFG). Da der Kläger bereits am 26. Juni 1979 eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte, aufgrund derer er ab 27. Juni 1979 Alg bewilligt erhalten hat, begann die (neue) Rahmenfrist aufgrund der Arbeitslosmeldung vom 2. Juni 1982 erst am 27. Juni



1979 zu laufen (§ 104 Abs 3 AFG). Ob sie, wie das LSG angenommen hat, am Tag vor der Arbeitslosmeldung vom 2. Juni 1982 endete oder erst am Tag vor dem begehrten Leistungsbezug (1. Juli 1982), kann dahinstehen. In keiner der beiden danach möglichen Rahmenfristen hat der Kläger 360 Tage beitragspflichtiger Beschäftigung zurückgelegt. Die Zeiten außerhalb der Beschäftigung des Klägers in der Türkei in diesen Fristen ergeben keine 360 Tage. Seine Beschäftigung in der Türkei war nicht beitragspflichtig. Diese vom LSG aufgrund seiner tatsächlichen Feststellungen vertretene Auffassung läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Als bei einem ausländischen Arbeitgeber im Ausland Beschäftigter unterfiel der Kläger in dieser Zeit nicht der Beitragspflicht nach § 168 AFG (§ 3 Nr 1 SGB IV iVm § 173a AFG); ein Fall der Entsendung durch einen inländischen Arbeitgeber in das Ausland lag nicht vor (§ 4 SGB IV iVm § 173a AFG). Weder aus dem Vorläufigen Europäischen Abkommen über die Systeme der Sozialen Sicherheit für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen vom 11. Dezember 1953 (BGBl II 1956, 531; BABI 1956, 540), dem auch die Türkei beigetreten ist, noch aus dem Abkommen vom 30. April 1964 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit (BGBl II 1965, 1170; BABI 1965, 907), noch aus dem Assoziierungsabkommen vom 12. September 1963 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (BGBl II 1964, 510) folgt, daß Beschäftigungen in der Türkei, wie vom Kläger ausgeübt, Grundlage für Arbeitslosenversicherungsansprüche in der Bundesrepublik Deutschland sein können. Eine Gleichstellung solcher Beschäftigungen mit beitragspflichtigen (Inlands-) Beschäftigungen durch Rechtsverordnung gem § 108 AFG ist nicht erfolgt. All dies hat das LSG mit zutreffender Begründung des näheren ausgeführt, ebenso, daß dem Kläger etwas anderes nicht deshalb mit Hilfe des sogenannten sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zugute kommen kann, weil er vor Antritt der Beschäftigung in der Türkei über das Fortbestehen seines Alg-Anspruchs nach deren Ende von der Beklagten falsche Auskünfte erhalten habe. In diesem Zusammenhang ist im übrigen darauf hinzuweisen, daß der Kläger nach seinem eigenen Vortrag in der Klagebegründung zunächst nur für die Zeit vom 1. April 1980 bis 31. März 1982 den Arbeitsvertrag mit dem türkischen Arbeitgeber abgeschlossen hatte und diesen erst später bis 30. Juni 1982 verlängerte. In Bezug auf die erstgenannte Vertragszeit wäre eine Auskunft der Beklagten, daß nach Beendigung der Tätigkeit in der Türkei weiterhin ein Anspruch auf Alg bestünde, nicht einmal falsch, weil jener Anspruch erst am 27. Juni 1982 verfallen konnte (§ 125 Abs 2 AFG).

Für einen Alg-Anspruch ab 1. Juli 1982, der zugleich Grundlage für einen Alhi-Anspruch ab 1. Dezember 1982 hätte sein können (§ 134 Abs 1 Nr 4 Buchst a



AFG), kann sich der Kläger entgegen der Auffassung des LSG nicht auf den Bestand eines Restanspruchs auf Alg aus dem am 27. Juni 1979 entstandenen Anspruch berufen. Ein solcher Restanspruch war ihm ursprünglich zwar verblieben, denn von dem für 312 Wochentage ab 27. Juni 1979 bewilligten Alg (Bescheid vom 25. Juli 1979) hatte der Kläger durch Leistungsbezug bis 31. März 1980 nur 239 Leistungstage verbraucht (§ 110 Nr 1 Halbsatz 1 AFG). Der verbliebene Rest von 73 Tagen hatte sich möglicherweise durch 24 Tage einer bindend festgestellten Sperrzeit nach § 119 AFG weiter auf 49 Tage vermindert, es sei denn, die Sperrzeit beruhte auf § 119 Abs 1 Satz 1 Nr 1 oder Nr 4 AFG, und das Sperrzeitereignis lag bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen länger als ein Jahr zurück (§ 110 Nr 2 AFG). Nähere Feststellungen dazu hat das LSG nicht getroffen. Dies bedarf jedoch nicht der Nachholung; denn es kommt nicht darauf an, in welchem Umfang dem Kläger am 2. Juni 1982 noch ein Alg-Restanspruch zur Verfügung stand. Ein solcher Anspruch ist in jedem Fall am 27. Juni 1982 verfallen.

Dies folgt aus § 125 Abs 2 AFG idF des Gesetzes vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582). Danach kann der Anspruch auf Alg nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nach seiner Entstehung drei Jahre verstrichen sind. Durch das 7. AFG-Änderungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) ist diese Frist zwar auf vier Jahre verlängert worden. Das kommt dem Kläger jedoch nicht zugute, da dieses Gesetz erst am 1. Januar 1986 in Kraft getreten ist (vgl dessen Art 13) und hinsichtlich der Anwendung des § 125 Abs 2 AFG nF in noch anhängigen Verfahren keine abweichende Sonderregelung getroffen wurde (vgl § 242f AFG).

Da der frühere Alg-Anspruch des Klägers am 27. Juni 1979 entstanden ist, endete für daraus verbliebene Anspruchsteile die Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG aF am 27. Juni 1982 (§§ 187 Abs 1, 188 Abs 2 BGB iVm § 26 Abs 1 SGB X). Mit Ablauf dieses Tages ist jeglicher noch vorhanden gebliebener Anspruch des Klägers auf Zahlung von Alg aus dem am 27. Juni 1979 entstandenen Anspruch erloschen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats hat § 125 Abs 2 AFG nämlich die Bestimmung einer Ausschlußfrist zum Inhalt, die ohne Hemmungs- und Unterbrechungsmöglichkeit kalendermäßig abläuft (BSGE 54, 212, 214 = SozR 4100 § 125 Nr 2; BSGE 62, 179, 180 = SozR 4100 § 125 Nr 3). Dies bedeutet, daß mit dem Ablauf der Frist des § 125 Abs 2 AFG die gesamte Anspruchsberechtigung, dh die gesamte rechtliche Grundlage untergegangen ist, aufgrund derer der Arbeitnehmer durch Arbeitslosigkeit einen Anspruch erwerben kann (BSG aaO; ebenso BSGE 47, 101, 102 = SozR 4100 § 119 Nr 5).



Der Kläger hat den Anspruch auf Alg, der ihm verblieben war, nicht vor Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG (27. Juni 1982) wirksam geltend gemacht. Zwar hat sich der Kläger am 2. Juni 1982, also noch vor Fristablauf, arbeitslos gemeldet und Alg beantragt. Diese Meldung und Antragstellung erfolgte jedoch mit Wirkung zum 1. Juli 1982, also erst mit Wirkung zu einem Zeitpunkt nach Fristablauf. Dies folgt nicht nur aus dem Vermerk auf dem Antragsformular "m.W. 1.7.82", sondern auch aus dem durchgängigen Begehren des Klägers, Alg (erst) ab 1. Juli 1982 bewilligt zu erhalten. Diese Bestimmung des Zeitpunktes, von dem ab der Kläger das Alg zu erhalten wünschte, findet unschwer ihre Erklärung in dem Umstand, daß der Kläger noch bis zum 30. Juni 1982 Arbeitsentgelt erhalten oder zu beanspruchen hatte, so daß - wie das LSG festgestellt hat - klar war, daß er für diese Zeit nicht zugleich Alg erhalten konnte (§ 117 Abs 1 AFG). Maßstab für die Bestimmung des Tages, zu dem ein Anspruch auf Alg iS von § 125 Abs 2 AFG geltend gemacht wird, und damit zugleich Grundlage für die Antwort auf die Frage, ob dieser Tag des Geltendmachens vor oder nach Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG liegt, ist unabhängig von dem Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und Antragstellung frühestens der Tag, von dem ab der Arbeitslose Alg bewilligt erhalten möchte. Beides kann zusammenfallen, muß es aber nicht. In der Praxis melden sich zB gekündigte Arbeitnehmer häufig noch während des Laufs der Kündigungsfrist beim Arbeitsamt und beantragen Alg für den ersten Tag ihrer (zukünftigen) Arbeitslosigkeit. Bei diesem zulässigen Verhalten wird auch iS von § 125 Abs 2 AFG der Anspruch erst zu jenem Zeitpunkt geltend gemacht mit der möglichen Folge eines Verfalls wegen zwischenzeitlichen Fristablaufs.

Diese Betrachtung stimmt im übrigen mit dem Sinn des § 125 Abs 2 AFG überein. Geltendmachung nach dieser Vorschrift kann nur bedeuten, daß der Zeitpunkt maßgeblich ist, zu dem ein Anspruch auf Zahlung von Alg überhaupt vorhanden ist. Andernfalls ließe sich der Ablauf der Ausschlußfrist jederzeit dadurch umgehen, daß vor ihrem Ablauf ein Antrag gestellt wird, obwohl zu diesem Zeitpunkt zB die Anspruchsvoraussetzungen (noch) nicht erfüllt sind (vgl dazu auch Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl, Anm 10 zu § 125). Auch das LSG neigt offenbar dieser Auffassung zu. Der Tag der Antragstellung ist für die Frage des Fristablaufs des § 125 Abs 2 AFG folglich nur dann von Bedeutung, wenn an diesem Tag auch die Voraussetzungen für den Anspruch auf Erhalt von Alg vorliegen. Andernfalls ist der (spätere) Tag maßgeblich, an dem dies erstmals der Fall ist.



Vorliegend hat der Kläger, wie die Feststellungen des LSG aufzeigen, den Anspruch erst zum 1. Juli 1982 geltend machen wollen und geltend gemacht, zu einem Zeitpunkt also, an dem die Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG bereits abgelaufen und der Anspruch folglich erloschen war. Allein deshalb erweist sich die Ablehnung des Alg-Antrags im Ergebnis als richtig, so daß auch der angefochtene Bescheid nicht zu beanstanden ist.

Etwas anderes gilt jedoch selbst dann nicht, wenn man in der Antragstellung vom 2. Juni 1982 ein wirksames Leistungsbegehren zu diesem Zeitpunkt erblicken wollte. Der Kläger war zwar nach den Feststellungen des LSG am 2. Juni 1982 arbeitslos und für die Arbeitsvermittlung verfügbar (§ 100 Abs 1 AFG). Der Bewilligung von Alg im Umfang des aus der früheren Bewilligung verbliebenen Restes ab 2. Juni 1982 stand jedoch jedenfalls entgegen, daß ein solcher Anspruch nach § 117 Abs 1 AFG geruht hätte, weil dem Kläger noch bis 30. Juni 1982 Arbeitsentgelt aus seinem Arbeitsverhältnis mit dem türkischen Arbeitgeber zustand, ebenso die zusätzlichen Leistungen der GTZ, wie das LSG festgestellt hat.

Nach der Rechtsprechung des Senats läuft die Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG auch während des Ruhens eines in seinem Stammrecht existenten Alg-Anspruchs weiter und ggf ab (BSGE 54, 212, 216 f = SozR 4100 § 125 Nr 2; BSGE 62, 179, 180 f = SozR 4100 § 125 Nr 3). Dies wurde allerdings zu Sachverhalten entschieden, in denen die Anträge auf (Weiter-) Zahlung von Alg tatsächlich erst nach Ablauf der jeweiligen Ruhenszeiträume gestellt wurden. Nichts anderes gilt jedoch, wenn ein solcher Antrag bereits während des Ruhens des Anspruchs gestellt wird. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß für den Begriff des Geltendmachens iS von § 125 Abs 2 AFG nicht (allein) der Zeitpunkt des tatsächlichen Handelns des Arbeitslosen (Arbeitslosmeldung, Antragstellung) maßgebend ist, sondern der Zeitpunkt, an dem alle Voraussetzungen für die Gewährung (Bewilligung und Auszahlung) des Alg vorliegen. Allein dies entspricht dem Sinn des § 125 Abs 2 AFG. Deshalb kann ein Anspruch auf Alg während seines Ruhens nicht iS des § 125 Abs 2 AFG wirksam geltend gemacht werden. Erforderlich ist vielmehr seine Geltendmachung nach Ablauf des Ruhenszeitraums (BSGE 54, 212, 216 = SozR 4100 § 125 Nr 2); allenfalls genügt - wie hier - eine (frühere) Geltendmachung zu einem solchen (späteren) Zeitpunkt, der dann allerdings maßgeblich ist für die Frage des Ablaufs der Verfallsfrist.

Der Senat hat, worauf das LSG zutreffend hingewiesen hat, in der oa Entscheidung offen gelassen, ob von vornherein kalendermäßig feststehende Ruhens-



zeiträume sich auf den Fristablauf des § 125 Abs 2 AFG auswirken. Bereits im Urteil vom 29. September 1987 (BSGE 62, 179, 181 = SozR 4100 § 125 Nr 3) hat der Senat jedoch darauf hingewiesen, daß Bedenken bestehen, für den Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG Unterschiede zwischen den einzelnen im AFG enthaltenen Ruhenstatbeständen anzunehmen. Diese Bedenken hält er auch hinsichtlich kalendermäßig eindeutig begrenzter Ruhenstatbestände - wie hier - für durchgreifend. Es ist nicht zu verkennen, daß § 125 Abs 2 AFG jedes tatsächliche und rechtliche Hindernis, den Anspruch auf Alg rechtzeitig wirksam geltend zu machen, gleichwertig behandelt. Gründe, für bestimmte Sachverhalte hiervon Ausnahmen zuzulassen, sind nicht ersichtlich, zumal dadurch nicht nur der Zweck des § 125 Abs 2 AFG, den Bestand eines einmal erworbenen Alg-Anspruchs nur für eine kalendermäßig festgelegte Zeit zu gewährleisten, verfälscht würde, sondern auch die Möglichkeit eröffnet würde, die klar geregelten Rechtsfolgen der Vorschrift leicht zu umgehen. Daß auch Härten im Einzelfall als Folge eines selbst unverschuldeten Fristablaufs keine andere Betrachtung rechtfertigen können, hat der Senat schon bestätigt (BSGE 54, 212, 218 = SozR 4100 § 125 Nr 2). Solchen Gesichtspunkten hat der Gesetzgeber letztlich mit der Verlängerung der Verfallsfrist auf vier Jahre Rechnung getragen (Art 1 Nr 25 des 7. AFG-Änderungsgesetzes; vgl zur Begründung BT-Drucks 10/4211 S 25 zu Nr 25), die für den Anspruch des Klägers allerdings, wie schon ausgeführt, nicht gilt. Zugleich folgt daraus, daß der Gesetzgeber sowohl am Prinzip der Verfallsfrist als auch an ihren Wirkungen festgehalten hat.

Selbst wenn also in der Antragstellung des Klägers vom 2. Juni 1982 eine Geltendmachung seines Restanspruchs zu diesem Zeitpunkt erblickt werden könnte, wäre diese Geltendmachung erst zum 1. Juli 1982 iS von § 125 Abs 2 AFG rechtlich wirksam geworden. An diesem Tag war sein Anspruch jedoch bereits erloschen. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich mithin die Ablehnungsentscheidung der Beklagten als rechters.

Entgegen der Auffassung des LSG ist von der Rechtswirkung des Erlöschens des Alg-Restanspruchs nicht deshalb abzusehen, weil der Kläger im Wege des sog sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt werden müßte, als habe er den Anspruch wirksam noch vor Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG geltend gemacht. Der von der Rechtsprechung entwickelte sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist auf Vornahme einer Amtshandlung zur Herstellung desjenigen Zustands gerichtet, der bestehen würde, wenn der Sozialleistungsträger eine ihm aus dem Sozialrechtsverhältnis erwachsene Nebenpflicht ordnungsgemäß wahrgenommen hätte, dies aber pflichtwidrig unterblie-



ben ist (vgl dazu allgemein Funk DAngVers 1981, 26; Bieback DVBl 1983, 159). In solchen Fällen können 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, wenn die Verspätung gerade auf einem pflichtwidrigen Verhalten des Leistungsträgers beruht. Allerdings gilt dies nicht für außerhalb des Sozialrechtsverhältnisses liegende Tatbestände, die nach materiellem Recht für das Entstehen des Sozialrechtsanspruchs erforderlich sind (BSG SozR 2200 § 1233 Nr 17 und SozR 4100 § 56 Nr 18); andernfalls verpflichtete der Herstellungsanspruch den Sozialleistungsträger zu einer Gesetz und Recht widersprechenden Handlung, was unzulässig wäre (BSGE 44, 114, 121 = SozR 2200 § 886 Nr 1; BSGE 49, 76, 80 = SozR 2200 § 1418 Nr 6; BSGE 50, 25, 29 = SozR 2200 § 172 Nr 14; BSGE 51, 89, 92 = SozR 2200 § 381 Nr 44; BSGE 58, 104, 109 = SozR 4100 § 103 Nr 36; BSGE 60, 43, 48 = SozR 4100 § 105 Nr 2; SozR 4100 § 102 Nr 6).

Im vorliegenden Fall braucht nicht entschieden zu werden, ob überhaupt eine rechtlich zulässige Handlung der Beklagten hätte bewirken können, dem Kläger den Anspruch auf Alg noch vor Fristablauf einzuräumen. Immerhin ist der Bestand seines Arbeitsverhältnisses bis 30. Juni 1982 eine Tatsache, ebenso der daraus resultierende Anspruch auf Arbeitsentgelt bis dahin mit der Folge, daß ein vor dem 30. Juni 1982 wirksam entstandener Alg-Anspruch nach § 117 Abs 1 AFG geruht hätte. Tatsächliche Gegebenheiten und ihre Rechtsfolgen, deren Umgestaltung dem Verwaltungshandeln der Beklagten nicht zugänglich sind, lassen sich aber idR auch mit Hilfe des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nicht aus der Welt schaffen (vgl dazu ua Urteil des Senats vom 22. März 1989 - 7 RAr 80/87 - mwN, zur Veröffentlichung vorgesehen; ebenso Urteil vom 12. Juli 1989 - 7 RAr 62/88 -). Hier scheitert die Anwendung dieser Rechtsfigur jedenfalls schon daran, daß eine ihre Anwendung voraussetzende Verletzung von Nebenpflichten der Beklagten nicht vorzuwerfen ist.

Das LSG hat angenommen, die Beklagte hätte den Kläger bei Antragstellung am 2. Juni 1982 von sich aus auf den erkennbaren Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG am 27. Juni 1982 hinweisen müssen, um ihn in die Lage zu versetzen, durch vorzeitige Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit entsprechender Rückabwicklung der Ansprüche auf Arbeitsentgelt die Voraussetzungen für einen Zahlungsanspruch auf Alg noch vor dem 27. Juni 1982 zu schaffen und so das Erlöschen des ihm verbliebenen Restanspruchs zu vermeiden. Ob dem Kläger ein solches Vorgehen rechtlich und tatsächlich möglich gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung und deshalb keiner weiteren



Aufklärung, wie die Beklagte rügt; denn eine in dieser Weise vom LSG angenommene eigenständige Beratungspflicht bestand auf Seiten der Beklagten nicht.

Der Senat hat schon entschieden, daß eine allgemeine Pflicht der Beklagten, Leistungsbezieher regelmäßig über den Ablauf der Verfallsfrist des § 125 Abs 2 AFG aufzuklären, nicht besteht (BSGE 62, 179, 183 f = SozR 4100 § 125 Nr 3). Die Beklagte hat allerdings stets zu beraten, wenn der Anspruchsinhaber einen entsprechenden Wunsch erkennen läßt. Dasselbe gilt auch ohne ausdrückliche Nachfrage, wenn sich ihr ein Beratungsbedarf aufdrängen muß, der in den Rahmen ihres Pflichtenkreises gehört (vgl § 14 SGB - Allgemeiner Teil - SGB I). Grundsätzlich hat es zwar keinen Einfluß auf diese eigenständige Beratungspflichten des Sozialleistungsträgers, ob und in welcher Weise der Beratene von der Aufklärung Gebrauch machen wird (BSG aaO mwN). Das ist jedoch anders zu sehen, wenn das Ziel der Beratung einzig darin bestehen kann, den Weg zu eröffnen, Versicherungsleistungen in Anspruch nehmen zu können, obwohl dies nach der Sach- und Rechtslage derzeit weder möglich noch erforderlich ist. So war es im vorliegenden Fall. Die vom LSG auch ohne entsprechenden Wunsch des Klägers als eigenständig für erforderlich gehaltene Beratung über den Ablauf der Frist des § 125 Abs 2 AFG hätte nach seinen Feststellungen einzig zu dem Zweck erfolgen sollen, dem Kläger durch Verzicht auf Ansprüche aus seinem Arbeitsverhältnis den Zugang zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu eröffnen. Ein solches Verhalten kann von der Beklagten nicht erwartet werden; denn es stünde im Widerspruch zu den ihr übertragenen gesetzlichen Aufgaben. Diese sind vor allem darauf gerichtet, Arbeitsverhältnisse herbeizuführen, zu fördern und zu stabilisieren (vgl ua § 2 Nrn 1 bis 6, § 3 Abs 2 Nrn 1 bis 5, § 5 AFG). Die Auffassung des LSG läuft auf das Gegenteil hinaus, wenn es die Beklagte für verpflichtet hält, ungefragt Ratschläge mit dem Ziel zu erteilen, bestehende Arbeitsverhältnisse vorzeitig zu beenden, um anstelle der daraus zustehenden Arbeitgeberleistungen in den Genuß von Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu gelangen, die durch die Beiträge der versicherten Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber aufgebracht werden. Der Senat kann dem nicht beipflichten.

Er setzt sich damit nicht in Widerspruch zu seiner Entscheidung vom 29. September 1987 (BSGE 62, 179, 183 = SozR 4100 § 125 Nr 3), auf die das LSG hingewiesen hat. Dort hat der Senat eine Beratungspflicht der Beklagten über die Rechtsfolgen des § 125 Abs 2 AFG gegenüber einer arbeitslosen Frau bejaht, um diese in die Lage zu versetzen, durch rechtlich zulässige zeitliche Verkürzung ihres Anspruchs auf die Sozialleistung Mutterschaftsgeld (§ 21



Abs 1 Nr 4 SGB I) den Anspruch auf die Sozialleistung Alg (§ 19 Abs 1 Nr 5 SGB I) zu wahren. Wenn der Senat dies nicht als eine Beratung zum Zwecke mißbräuchlicher Umgehung von Rechtsvorschriften iS von § 46 Abs 2 SGB I angesehen und die Beklagte dazu für verpflichtet angesehen hat, dann deshalb, weil es dort um den (teilweisen) Verzicht auf eine Sozialleistung zugunsten der Erhaltung einer anderen Sozialleistung ging. Dasselbe gilt aber nicht für eine Beratung zum Zweck des Verzichts auf Arbeitgeberleistungen zugunsten der Sozialleistung Alg. Eine solche Pflicht der Arbeitsämter auch ohne ausdrückliche Nachfrage des Betroffenen anzunehmen, stünde nach Auffassung des Senats - wie ausgeführt - in diametralem Gegensatz zu den der BA vom Gesetz auferlegten Aufgaben und Pflichten. Aus der Rechtsprechung des BSG zur Wirksamkeit des Verzichts auf Teile einer Ausbildungsvergütung für Ansprüche auf Kindergeld ergibt sich nichts anderes (vgl ua BSGE 61, 54 = SozR 2200 § 583 Nr 5). Dort wurde nur entschieden, daß ein solcher Verzicht rechtlich zulässig und für den Kindergeldanspruch relevant ist, nicht aber, daß den Sozialleistungsträger auch eine dahingehende Beratungspflicht trifft.

Nach allem ergibt sich, daß der Rechtsanspruch des Klägers auf Alg aus der Bewilligung ab 27. Juni 1979 mit Ablauf des 27. Juni 1982 gem § 125 Abs 2 AFG endgültig erloschen ist, so daß ihm ab 1. Juli 1982 ein solcher Anspruch nicht mehr zustand. Folglich besitzt er auch für die Zeit vom 1. Dezember 1982 bis 30. Juni 1983 keinen Anspruch auf Alhi. Insoweit fehlt es beim Kläger einmal an der Voraussetzung des § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst a AFG idF des AFKG, wonach Anspruch auf Alhi nur hat, wer innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung, die dem Antrag auf Alhi vorausging, Alg bezogen hat, ohne daß der Anspruch nach § 119 Abs 3 AFG erloschen ist. Der Kläger hat in dieser Zeit Alg nicht bezogen. Auf die vom LSG vertretene Auffassung, daß diese Voraussetzung auch erfüllt ist, wenn zwar kein Alg bezogen wurde, darauf jedoch ein Anspruch bestand, kommt es wegen Fehlens eines solchen Anspruchs nicht mehr an. Zum zweiten ist auch die Voraussetzung des § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst b AFG idF des AFKG nicht erfüllt, wonach bei fehlendem Alg-Vorbezug aus einer mindestens 150-tägigen beitragspflichtigen Beschäftigung innerhalb der oa Jahresfrist ein Anspruch auf Alhi folgt. Eine solche Beschäftigung hat der Kläger nach den Feststellungen des LSG nicht zurückgelegt. Dabei ist es für beide Tatbestände des § 134 Abs 1 Nr 4 AFG gleichgültig, ob die oa Jahresfrist nach Antragsdaten vom 2. Juni, 1. Juli oder 1. Dezember 1982 zu berechnen ist.



Auf die Revision der Beklagten ist deshalb das Urteil des LSG aufzuheben, soweit es der Berufung des Klägers stattgegeben hat und seine Berufung gegen das klageabweisende Urteil des SG auch in diesem Umfang zurückzuweisen.

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](#)