

Bundessozialgericht

7 RAr 40/86

Im Namen des Volkes

Urteil

Verkündet am
11. Juni 1987

in dem Rechtsstreit

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 11. Juni 1987

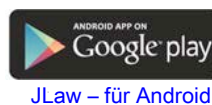
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landes-
sozialgerichts Niedersachsen vom 12. Juni 1986 wird
zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind
nicht zu erstatten.



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



-2-

G r ü n d e :

I

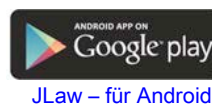
Der Kläger begehrt höheres Arbeitslosengeld (Alg).

Er meldete sich am 16. August 1983 arbeitslos und beantragte Alg, nachdem der Bauunternehmer C. (C.) ihm am gleichen Tage das Arbeitsverhältnis zum 30. August 1983 gekündigt und ihn wegen Zahlungsunfähigkeit mit sofortiger Wirkung von der Arbeit freigestellt hatte. Am 23. August 1983 nahm der Kläger bei der Baugesellschaft R. GmbH (R.) eine andere Beschäftigung auf. Für die Zeit vom 16. bis 22. August 1983 bezog der Kläger Alg, und zwar nach einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 640,-- DM (Verfügung vom 31. August 1983). Die Beklagte gewährte ihm ferner für die Zeit vom 23. Mai bis 22. August 1983 abzüglich des gezahlten Alg Konkursausfallgeld (Kaug; Bescheid vom 7. November 1983). Auf die Kündigungsschutzklage stellte das Arbeitsgericht Verden fest, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 16. August 1983 nicht aufgelöst worden sei (Urteil vom 9. Februar 1984).

Nachdem der Kläger zum 31. Dezember 1983 auch die neue Arbeitsstelle verloren hatte, gewährte die Beklagte ihm ab 2. Januar 1984 Alg, und zwar wiederum nach einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 640,-- DM (Bescheid vom 17. Januar 1984; Widerspruchsbescheid vom 22. Februar 1984). Die Klage, mit der der Kläger die Bemessung des Alg nach dem zuletzt vor dem 2. Januar



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



3-

1984 erzielten höheren Arbeitsentgelt erstrebt, hat das Sozialgericht unter Zulassung der Berufung abgewiesen (Urteil vom 30. September 1985). Letztere hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen (Urteil vom 12. Juni 1986).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, das zuletzt bei dem Arbeitgeber R. erzielte Arbeitsentgelt wäre nur dann dem Alg zugrunde zu legen, wenn am 2. Januar 1984 ein neuer Anspruch auf Alg entstanden wäre. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen, weil der Kläger nicht erneut die Anwartschaftszeit erfüllt habe. Da die Rahmenfrist, innerhalb der die Anwartschaftszeit von 360 Kalendertagen einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung zurückgelegt sein müsse, nicht in eine vorausgegangene Rahmenfrist hineinreiche, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt habe (§ 104 Abs 3 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-), wie das hier am 16. August 1983 der Fall gewesen sei, habe der Lauf der Rahmenfrist erst am 23. August 1983 begonnen. Die Zeit vom 23. August bis 31. Dezember 1983 ergebe aber keine neue Anwartschaft. Etwas anderes hätte nur zu gelten, wenn der Kläger vom 16. bis 22. August 1983 nicht arbeitslos gewesen und kein Alg beantragt und bezogen hätte, was jedoch der Fall gewesen sei. Arbeitslos sei der Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stehe. In einem Beschäftigungsverhältnis stehe der Arbeitnehmer schon dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Verfügungsgewalt nicht mehr beanspruche. An der faktischen Arbeitslosigkeit in der fraglichen Zeit bestehe kein Zweifel, auch wenn das Arbeitsverhältnis weiter bestanden und dem Kläger Kaug gewährt worden sei. Dessen Zahlung habe nur



zur Folge, daß das bezogene Alg nicht auf die Anspruchsdauer angerechnet werde. Der eingetretene Versicherungsfall sei auch nicht nachträglich entfallen. Eine Neubestimmung von Rahmenfrist, Anwartschaft und Anwartschaftsdauer in Fällen, in denen sich der Anspruch auf Arbeitsentgelt bis zum (endgültigen) Ende des Arbeitsverhältnisses habe realisieren lassen, sei im Gesetz nicht vorgesehen. Es sei auch zweifelhaft, ob eine von der Gesetzeslage abweichende Neuregelung rechtspolitisch erwünscht wäre. Schließlich lasse sich der geltend gemachte Anspruch nicht darauf stützen, daß ein Bediensteter der Beklagten dem Kläger am 17. August 1983 erklärt haben solle, daß sich aus der Arbeitslosmeldung keinerlei Auswirkungen auf künftige Ansprüche auf Alg ergeben würden, da eine Verrechnung mit Kaug erfolgen werde und die Tage daher als Arbeitslosigkeit nicht zählen würden. Dieser Rat könne schon deshalb einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht begründen, weil er der im Zeitpunkt der Beratung gegebenen Sachlage entsprochen habe. Es habe, weil der Kläger seinerzeit noch keine neue Arbeitsstelle gehabt habe, für den Bediensteten objektiv keine Veranlassung bestanden, auf theoretische Veränderungen in der Zukunft einzugehen. Außerdem sei zweifelhaft, ob der Rat ursächlich geworden sei; denn der Kläger habe sich schon am Vortage arbeitslos gemeldet gehabt.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung der §§ 104, 112, 117, 125 AFG. Er ist der Auffassung, daß dann, wenn eine Arbeitslosigkeit nur vorläufig bestanden habe, wie das hier wegen der unwirksamen Kündigung in der Zeit vom 16. bis 22. August 1983 der Fall gewesen sei, nach arbeitsgerichtlicher Klärung die



Anspruchsvoraussetzungen neu beurteilt werden müßten. Die Gleichwohlgewährung von Alg nach § 117 Abs 4 AFG, die sich bei rückschauender Betrachtung als keine solche im Rechtssinne erweise, sei eine vorläufige Notlösung des Gesetzes, in der eine notwendige Rückabwicklung vorprogrammiert sei. Ergebe sich bei rückschauender Betrachtung, daß doch ein versicherungspflichtiges und beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestanden habe, müsse dies berücksichtigt werden. Hier habe spätestens im Zeitpunkt der Gewährung des bis zum 22. August 1983 gezahlten Kaug Klarheit darüber bestanden, daß der Kläger bis zu diesem Zeitpunkt einen Entgeltanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gegen seinen früheren Arbeitgeber gehabt habe. Da der Kläger am folgenden Tage eine Arbeit aufgenommen habe, habe er folglich ununterbrochen bis zum 31. Dezember 1983 in Beschäftigungsverhältnissen gestanden. Die vom LSG geteilte Auffassung des erkennenden Senats, wonach der Arbeitslose schon dann in keinem Beschäftigungsverhältnis stehe, wenn dem Arbeitgeber der Verfügungswille fehle, stehe nicht im Einklang mit dem Beschluß des Großen Senats vom 11. Dezember 1973 - GS 1/73 - BSGE 37, 10, 13 und sei auch deshalb unhaltbar, weil die Auffassung dazu führe, daß der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Leistungsrecht anders als im Beitragsrecht gehandhabt werde.

Der Kläger beantragt,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und
die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom
17. Januar 1984 in der Gestalt des Widerspruchs-



-6-

bescheides vom 22. Februar 1984 zu verurteilen, das
Alg ab 2. Januar 1984 nach dem zuletzt bis zum
31. Dezember 1983 erzielten Arbeitsentgelt zu bemessen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie nimmt auf das angefochtene Urteil Bezug und weist auf das in
der Zwischenzeit ergangene Urteil des erkennenden Senats vom
24. Juli 1986 (SozR 4100 § 117 Nr 16) hin. Ergänzend stellt die
Beklagte dar, daß das gerundete wöchentliche Arbeitsentgelt
1.010,-- DM betrüge, würde das bei der Baugesellschaft R. er-
zielte Entgelt der Bemessung zugrunde gelegt.

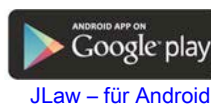
II

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Zu Recht hat die Be-
klagte der Bemessung des Alg das bei dem Bauunternehmer C. er-
zielte Arbeitsentgelt zugrunde gelegt und nicht das Arbeitsent-
gelt, das der Kläger später bei der Baugesellschaft R. erzielt
hat.

Nach § 111 Abs 1 Nr 1 AFG idF des Siebten Gesetzes zur Änderung
des AFG vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484), hier anwendbar
aufgrund der Übergangsregelung des § 242f Abs 3 AFG, beträgt das
Alg für Arbeitslose, die - wie der Kläger - mindestens ein Kind



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



is des § 32 Abs 1, 4 und 5 des Einkommensteuergesetzes haben, 68 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts. Dieses ist grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, einmalige und wiederkehrende Zuwendungen, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (§ 112 Abs 2 Sätze 1 und 3 AFG in der durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz - AFKG - vom 22. Dezember 1981, BGBl I 1497, geänderten Fassung). Bemessungszeitraum sind nach § 112 Abs 3 AFG (in der hier noch maßgebenden, bis zum 31. Dezember 1985 geltenden und zuletzt durch das AFKG geänderten Fassung) die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt bzw in bestimmten Fällen eines von der erbrachten Leistung (Akkordlohn) oder vom Umsatz abhängigen Arbeitsentgelts 60 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Lohnabrechnungszeiträume, die der Kläger bei der Baugesellschaft R. zurückgelegt hat, bilden somit nur dann den Bemessungszeitraum für das Alg, wenn es sich um Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung "vor der Entstehung des Anspruchs" handelte.

Mit Entstehung des Anspruchs ist in § 112 Abs 3 AFG die Entste-



hung des Stammrechts gemeint, also des durch erstmalige Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen entstehenden Rechts des Arbeitnehmers, aufgrund dessen er, vorbehaltlich einer Minderung der Dauer des Anspruchs auf andere Weise als durch Inanspruchnahme (vgl § 110 Abs 1 Satz 1 Nr 2 - 5 AFG), künftig für eine bestimmte Anzahl von Wochentagen bei Arbeitslosigkeit und Verfügbarkeit Alg beziehen kann, solange der Anspruch vor seiner Erschöpfung nicht wegen Eintritts einer zweiten Sperrzeit oder Entstehung eines neuen Anspruchs erlischt (§ 119 Abs 3, § 125 Abs 1 AFG) oder wegen Ablaufs von drei Jahren (bzw seit dem 1. Januar 1986 vier Jahren) nicht mehr geltend gemacht werden kann (§ 125 Abs 2 AFG). Der Bemessung des Alg dürfen somit nur Entgelte aus solchen Beschäftigungen zugrunde gelegt werden, durch die die Anwartschaftszeit iS von § 104 AFG erfüllt worden ist; denn nur bei Erfüllung der Anwartschaftszeit kann ein Anspruch zur Entstehung gelangt sein. Bei erneutem Eintritt von Arbeitslosigkeit ist ein anderer Bemessungszeitraum (und damit ein auf anderer Grundlage zu ermittelndes Bemessungsentgelt) mithin nur maßgebend, wenn nach der vorher eingetretenen Arbeitslosigkeit, die einen Anspruch auf Alg ausgelöst hat, eine die Anwartschaft iS des § 104 AFG erfüllende entsprechend lange beitragspflichtige Beschäftigungszeit zurückgelegt worden ist; Zwischenbeschäftigungen geringeren Umfangs führen nicht zu einem anderen Bemessungszeitraum (BSGE 60, 79, 81 = SozR 4100 § 100 Nr 11; BSG SozR 4100 § 112 Nr 17). Zu Recht haben die Vorinstanzen daher darauf abgehoben, ob der Kläger erneut alle Anspruchsvoraussetzungen des § 100 AFG erfüllt hatte, oder aber ihm ab 2. Januar 1984 lediglich infolge erneuten Eintritts der Arbeitslosigkeit ein früher erworbener



Anspruch wieder zu bewilligen war.

Nach § 100 Abs 1 AFG hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Der Kläger erfüllte, nachdem sein Beschäftigungsverhältnis zur Baugesellschaft R. mit dem 31. Dezember 1983 endete, nach den Feststellungen des LSG alle Anspruchsvoraussetzungen, nicht jedoch erneut die der Anwartschaftszeit. Nach § 104 Abs 1 Satz 1 AFG (idF des AFKG) hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat. Die Rahmenfrist geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG). Sie beträgt drei Jahre, reicht aber nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte (§ 104 Abs 3 AFG). In den letztgenannten Fällen ist die Rahmenfrist verkürzt. Die Verkürzung bewirkt, daß dieselben Beschäftigungszeiten nicht mehrmals zur Erfüllung einer Anwartschaft dienen. Diese Regelung entspricht einem schon immer geltenden Grundsatz der Arbeitslosenversicherung (vgl BSGE 13, 155, 158 f = SozR Nr 3 zu § 85 AVAVG; SozR Nr 5 zu § 90 AVAVG). Da eine Rahmenfrist nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hineinreicht, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte, hat im vorliegenden Falle der Lauf einer der erneuten Arbeitslosigkeit am 2. Januar 1984 unmittelbar vorausgehenden Rahmenfrist nicht vor dem 16. August 1983 beginnen können; denn



bis zum Vortage lief die vorangegangene Rahmenfrist, in der der Kläger eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte, wie die Vorinstanzen zu Recht erkannt haben. Der Kläger erfüllte nämlich am 16. August 1983 alle Voraussetzungen des § 100 Abs 1 AFG für den Anspruch auf Alg.

An der Arbeitslosigkeit zu diesem Zeitpunkt hat es entgegen der Auffassung der Revision nicht gefehlt. Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand zwar schon deshalb über den 16. August 1983 hinaus, weil ihm erst zum 30. August 1983 gekündigt worden war. Indessen war der Kläger arbeitslos geworden, weil der zahlungsunfähige Arbeitgeber ihn von der Arbeit freigestellt hatte, da er den Lohn nicht mehr zahlen konnte. Nach § 101 Abs 1 Satz 1 AFG ist nämlich arbeitslos im Sinne des AFG ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht oder nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausübt. Nach der Rechtsprechung des Senats steht ein Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift schon dann nicht in einem Beschäftigungsverhältnis, wenn das bisherige Beschäftigungsverhältnis sein tatsächliches Ende gefunden hat und eine neue Beschäftigung noch nicht wieder aufgenommen worden ist. Der Senat hat angenommen, daß ein Beschäftigungsverhältnis iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG endet, wenn der Arbeitgeber eine Verfügungsgewalt über den Arbeitnehmer nicht mehr beansprucht und daß infolgedessen ein Arbeitnehmer regelmäßig von dem Zeitpunkt an arbeitslos ist, zu dem der Arbeitgeber aufgrund einer von ihm ausgesprochenen Kündigung das Arbeitsverhältnis als beendet ansieht und weitere Dienste nicht annimmt, auch wenn das Arbeitsverhältnis rechtlich weiterbesteht (Urteil



vom 4. September 1979 - 7 RAR 51/78 - USK 79268; Urteil vom 13. Mai 1981 - 7 RAR 39/80 - Dienstblatt R der Bundesanstalt für Arbeit - DBI R der BA - Nr 2755a zu § 125 AFG). Ferner hat der Senat entschieden, daß ein Arbeitnehmer arbeitslos ist, wenn der Arbeitgeber bei - unstreitig - fortbestehendem Arbeitsverhältnis bis zu dessen Beendigung den Arbeitnehmer von der Arbeit freistellt, weil er wegen Zahlungsunfähigkeit Löhne nicht erbringen kann (BSG SozR 4100 § 117 Nr 16). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Sie sichert in Fällen dieser Art die alsbaldige Zahlung von Alg (oder Arbeitslosenhilfe) an den plötzlich ohne Arbeitseinkommen dastehenden Arbeitnehmer und ist durch die Regelung des § 117 AFG geboten.

Das Gesetz geht in § 117 AFG davon aus, daß ein Anspruch auf Alg für eine Zeit bestehen kann, für die der Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitsentgelt hat (§ 117 Abs 1 AFG); es sieht die Gewährung von Alg auch für diese Zeiten vor, soweit der Arbeitslose das Arbeitsentgelt tatsächlich nicht erhält (§ 117 Abs 4 AFG). Das Anliegen des Gesetzes, dem Arbeitnehmer bei Nichtzahlung des ihm zustehenden Arbeitsentgelts durch den Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, schon für Zeiten vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses Alg zu erhalten, verbietet es, den Arbeitnehmer noch im Beschäftigungsverhältnis iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG und damit nicht als arbeitslos anzusehen, weil es nicht im Belieben des Arbeitgebers stehen dürfe, sich vor dem rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses seiner Beschäftigungspflicht und den Arbeitnehmer der aus der Beschäftigung folgenden Beitragspflicht in der Sozialversicherung zu entziehen, wie die Revision meint. Die Re-

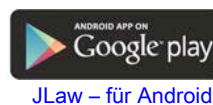


vision verkennt mit ihren Angriffen gegen die Rechtsprechung des Senats, daß diese lediglich die Frage betrifft, wann iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG ein Arbeitnehmer nicht (mehr) in einem Beschäftigungsverhältnis steht, um als Arbeitsloser eine Anspruchsvoraussetzung für Alg bzw Arbeitslosenhilfe erfüllen zu können. Die Bejahung der Arbeitslosigkeit schließt es nicht aus, daß das die Beitragspflicht begründende Beschäftigungsverhältnis nach Maßgabe anderer Vorschriften, etwa des Beitragsrechts, wegen des Schutzcharakters der Sozialversicherung als fortbestehend angesehen wird (so zutreffend Eckert in Gemeinschaftskommentar zum AFG, § 101 Rdz 14; vgl auch Gagel SGB 1981, 253, 255 und SGB 1985, 268, 269). Die Auffassung des Senats, die mit dem Schrifttum übereinstimmt (Schönfelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, § 101 Rdz 10; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Februar 1987, § 101 Anm 4; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, § 101 Rdz 15; Eckert aaO; Gagel/Steinmeyer, Komm zum AFG, Stand Januar 1986, § 101 Rdz 5 ff; Gagel aaO), steht daher auch nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung, derzufolge die Beitragspflicht eines Arbeitnehmers zur Bundesanstalt für Arbeit vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses nicht schon mit der Freistellung von der Arbeit endet, selbst wenn der Arbeitnehmer schon ab Freistellung Alg in Anspruch genommen hat (BSGE 59, 183 = SozR 4100 § 168 Nr 19).

Auch die Anspruchsvoraussetzung der Verfügbarkeit ist nicht zweifelhaft. Zwar fehlte es an der nach § 103 Abs 1 Nr 2 AFG für die Verfügbarkeit erforderlichen Bereitschaft, jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen, die der Arbeitslose ausüben kann und



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



darf, wenn ein Arbeitsloser kein anderes Beschäftigungsverhältnis eingehen will, solange das Schicksal des bisherigen Arbeitsverhältnisses in der Schwebe ist. Indessen schließt allein der Umstand, daß ein Arbeitnehmer zB durch Kündigungsschutzklage den Bestand seines bisherigen Arbeitsverhältnisses zu wahren sucht, Verfügbarkeit des gekündigten Arbeitnehmers nicht aus. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitsleistung in Annahmeverzug gesetzt hat, um seinen Anspruch auf Arbeitsvergütung nicht zu verlieren, wozu in der Regel die Erhebung der Kündigungsschutzklage ausreicht (vgl BAGE 14, 156, 158). Mit dem Annahmeverzug, der erst endet, wenn der Arbeitgeber wieder bereit ist, die geschuldete Arbeitsleistung im Rahmen des bisherigen Vertragsverhältnisses entgegenzunehmen, wird der Arbeitnehmer in der Regel von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei (vgl § 615 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-). Der Arbeitnehmer ist deshalb nicht gehindert, ein anderes Beschäftigungsverhältnis aufzunehmen, was von ihm im übrigen auch erwartet wird; denn er muß sich auf seinen Vergütungsanspruch für die Zeit des Annahmeverzuges anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen (vgl § 615 Satz 2 BGB).

Schließlich hat es auch nicht an der Anspruchsvoraussetzung des Antrags gefehlt. Das LSG hat einen solchen Antrag ausdrücklich festgestellt. Diese Feststellung ist von der Revision weder rechtzeitig noch mit begründeten Revisionsrügen angegriffen worden; der Senat hat sie daher seiner Entscheidung zugrunde zu legen (§ 163 SGG). Entgegen der vom Prozeßbevollmächtigten des



Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht hat die Beklagte den gestellten Antrag auf Alg nicht nach dem Günstigkeitsprinzip als einen den Antrag auf Alg ausschließenden Antrag auf Kaug verstehen müssen. Ein Antrag auf Kaug schließt das Stellen eines Antrags auf Alg nicht aus. Angesichts des Vortrags des Klägers vor dem LSG besteht auch keine Möglichkeit, das Verhalten des Klägers dahin zu werten, daß er keinen Antrag auf Alg stellen wollte oder den üblicherweise mit der Arbeitslosmeldung gestellten Antrag, der keiner Form bedarf und mündlich gestellt werden kann, später wieder zurücknehmen wollte, was bis zur Bewilligung des Alg möglich gewesen wäre (BSGE 60, 79 = SozR 4100 § 100 Nr 11); denn nach den Angaben vor dem LSG hat sich der Kläger ausdrücklich beraten lassen, welche Folgen angesichts zu erwartenden Kaugs eine Arbeitslosmeldung (gemeint: ein Antrag auf Alg) auf zukünftiges Alg habe.

Daß der Kläger nur nach Maßgabe des § 117 Abs 4 Satz 1 AFG Anspruch auf Alg hatte, ändert nichts daran, daß im Falle einer neuen Arbeitslosigkeit eine neue Rahmenfrist gemäß § 104 Abs 3 AFG nicht in die vorangegangene Rahmenfrist hineinreicht, in der der Arbeitslose die zur Gleichwohlgewährung führende Anwartschaft erfüllt hatte. Auch wenn die Beklagte gewissermaßen in Vorleistung für den Arbeitgeber eintritt, zahlt sie kein Arbeitsentgelt, sondern Alg aus der Arbeitslosenversicherung. Das Alg, das dem Arbeitslosen nach § 117 Abs 4 Satz 1 AFG gewährt wird, ist nach Grund, Dauer und Höhe der Leistung kein anderes Alg als das, auf das der Arbeitslose nach den §§ 100 ff AFG Anspruch hat. Der Arbeitslose erhält das Alg, das bei Ansprüchen auf Arbeitsentgelt



an sich ruht (§ 117 Abs 1 AFG), lediglich in der Zeit vorweg, in der er das ihm zustehende Arbeitsentgelt nicht erlangt.

Gegen die Anwendung des § 104 Abs 3 AFG in den Fällen des § 117 Abs 4 Satz 1 AFG läßt sich nicht einwenden, das Alg werde nur vorläufig bis zur Klärung des Endes des Arbeitsverhältnisses oder vorbehaltlich der Zahlung des Arbeitsentgelts gewährt. Abgesehen davon, daß im vorliegenden Falle für die Zeit im August 1983, für die der Kläger das Alg bezogen hat, keine Zweifel am Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt waren, weil die Kündigung erst zum 30. August 1983 ausgesprochen war, hat die Gewährung des Alg auch nach § 117 Abs 4 Satz 1 AFG grundsätzlich endgültig zu erfolgen, wie das hier geschehen ist. Das Gesetz sieht nicht vor, daß die Alg-Bewilligung rückwirkend aufzuheben ist, sobald sich herausstellt, daß das Arbeitsverhältnis über den Tag hinaus, von dem an nach § 117 Abs 4 Satz 1 AFG Alg gewährt worden ist, Bestand gehabt hat. Das ist auch sinnvoll, da die Klärung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses weder die den Eintritt des Versicherungsfalles begründenden Tatsachen oder die Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung beseitigt noch unmittelbar den Ersatz der Aufwendungen der Versicherung bewirkt. Eine Rückabwicklung des Leistungsfalles, insbesondere die rückwirkende Aufhebung der Alg-Bewilligung, ist selbst für den Fall nicht vorgesehen, daß der Arbeitgeber der Beklagten die Aufwendungen für den Versicherungsfall aufgrund des auf die Beklagte bis zur Höhe der erbrachten Leistung übergegangenen Anspruchs auf Arbeitsentgelt (§ 115 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - SGB 10-) und des Anspruchs auf Erstattung der von der Beklagten

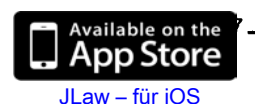
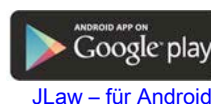


geleisteten Beiträge zur Krankenversicherung und zur gesetzlichen Rentenversicherung für den Alg-Empfänger (§§ 160 Abs 1, 166a AFG) im wesentlichen ersetzt hat. Nichts anderes gilt daher, wenn die Arbeitslosenversicherung insoweit durch die Konkursausfallversicherung als befriedigt gilt, wie das hier anzunehmen ist (vgl dazu BSG SozR 4100 § 117 Nr 16). Auch wenn die Beklagte vom Alg-Empfänger das Alg erstattet verlangt, weil das Arbeitsentgelt trotz des Überganges des Anspruchs auf die Beklagte an den Arbeitslosen gelangt ist (§ 117 Abs 4 Satz 2 AFG), setzt dies nicht die Aufhebung der Alg-Bewilligung voraus, wie der Senat schon zu § 152 Abs 2 AFG (in der ursprünglichen, bis zum 31. Dezember 1980 geltenden Fassung des Gesetzes) entschieden hat (Urteil vom 20. Juni 1978 - 7/12/7 RAr 126/75 - DBI R der BA Nr 2360a zu § 152 AFG); das hat seinen Grund darin, daß in diesen Fällen nicht eigentlich Alg erstattet, sondern das Arbeitsentgelt an das Arbeitsamt ausgekehrt wird, das aufgrund des gesetzlichen Überganges des Arbeitsentgeltanspruchs infolge der Alg-Zahlung diesem in Höhe des Alg zugestanden hat (§ 117 Abs 4 Satz 1 AFG, § 115 SGB 10). Der Übergang des Anspruchs auf Arbeitsentgelt ist im übrigen keine Besonderheit der Gleichwohlgewährung, sondern Ausfluß des auch in der Arbeitslosenversicherung geltenden allgemeinen Prinzips der Schadensversicherung, die Aufwendungen der Versicherung auf den beim Versicherten eingetretenen versicherten Schaden zu begrenzen, indem Ansprüche des Versicherten, die das versicherte Risiko betreffen, in Höhe der Versicherungsleistung auf die Versicherung übergehen.

Der im Schrifttum vertretenen Ansicht, das Gesetz enthalte eine



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



durch die Rechtsprechung auszufüllende Lücke, weil es für den Fall der Gleichwohlgewährung keine Korrektur der Rahmenfrist bzw keine Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen vorsehe (Gagel/Steinmeyer, Komm zum AFG, Stand Januar 1986, § 104 Rdz 30; Gagel/Gagel, aaO, § 117 Rdz 204 ff), vermag der Senat nicht zu folgen. Eine dem Plan des Gesetzes widersprechende Lücke liegt nicht vor. Der Gesetzgeber hat von einer Lösung, wie sie vorgeschlagen wird, abgesehen, obwohl das Problem bald nach Einführung der Arbeitslosenversicherung aufgedeckt worden ist. Schon das Reichsversicherungsamt hatte sich mit der Frage zu befassen, ob dann, wenn für die Zeit nach dem tatsächlichen Ende der Beschäftigung eine Lohnzahlung zu erfolgen und Beiträge zur Arbeitslosenversicherung nachzuentrichten sind, die Anwartschaftszeit von dem Zeitpunkt, bis zu dem die Nachzahlung reicht, nach rückwärts erneut zu berechnen ist. Es hat diese Frage bejaht, allerdings in einem Falle, in dem es bis zur Klärung des Endes des Arbeitsverhältnisses nicht zu Leistungen der Arbeitslosenversicherung gekommen war (GE 3531 AN 1929 IV 354). In der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des AVAVG vom 17. März 1955 (BT-Drucks II/1274), in dessen § 113 Abs 2 erstmals positiv die Verpflichtung zur Zahlung von Alg für die Fälle vorgesehen war, daß der Arbeitslose das an sich zum Ruhen führende Arbeitsentgelt nicht erhielt, ist im Zusammenhang mit der Erstattung der von der Arbeitslosenversicherung getragenen Beiträge zur Krankenversicherung der Arbeitslosen durch den Arbeitgeber die Fragestellung angesprochen worden, indessen nicht in dem Sinne, daß im Falle der Gleichwohlgewährung später eine Korrektur der Rahmenfrist bzw eine Neubestimmung der Leistungs-



voraussetzungen zu erfolgen hätte. Es ist damals nämlich lediglich ausgeführt worden, daß die Dauer des Anspruchs auf Alg durch die vorläufige Gewährung des Alg nicht gemindert wird, wenn und soweit der Arbeitgeber Beträge aufgrund des Forderungsübergangs tatsächlich abführt (aaO S 134). Eine Problemlösung wurde also allein auf dem Wege der "Gutschrift" bei der durch Bezug eingetretenen Minderung der Dauer des Anspruchs nach Maßgabe der ersetzten Aufwendungen gesucht, nicht auf dem Wege der Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen.

Dieser Lösung, die sich an die Regelung der Frage anlehnt, wie es sich auf die Dauer des Anspruchs auswirkt, wenn wegen Nebenverdienstes Alg nicht in voller Höhe zu zahlen ist (vgl § 110 Abs 1 Nr 1 AFG), ist die Praxis gefolgt. Der Senat hat sie schon in seinem Urteil vom 4. September 1979 - 7 RAr 51/78 - USK 79268 unter Hinweis auf die einhellige Kommentarliteratur gebilligt (Gagel/Gagel, aaO, § 117 Rdz 203; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Februar 1987, § 110 Anm 2 und § 117 Anm 10; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, § 117 Rdz 37; Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rdz 21 zu § 117 in der ursprünglichen Fassung). In dem Urteil des BSG in SozR 4100 § 117 Nr 16 hat der Senat hierzu ausgeführt, daß aus Gründen der Billigkeit von dem Zeitpunkt an, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt in Höhe des Alg an die Bundesanstalt zahlt, der Arbeitnehmer das empfangene Alg erstattet oder ein zum Schadensersatz Verpflichteter die BA entschädigt, die eingetretene Minderung der Dauer des Anspruchs auf Alg entfällt. Gleiches gilt, wenn und soweit die Arbeitslosenversicherung durch die Konkurs-



ausfallversicherung als befriedigt gilt (BSG aaO), was im Falle des Klägers dazu geführt hat, daß ihm das Alg ab 2. Januar 1984 wiederum für 312 Wochentage bewilligt worden ist.

Gegen eine spätere Korrektur der Rahmenfrist bzw eine Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen spricht ferner, daß Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Sozialversicherung, nach dem für die Berechnung einer vom Eintritt des Versicherungsfalles abhängigen Leistung die Verhältnisse zur Zeit des Eintritts maßgebend sind, einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfen (vgl BSGE 42, 163, 167 = SozR 2200 § 561 Nr 3). Schließlich muß darauf hingewiesen werden, daß eine Korrektur der Rahmenfrist bzw eine Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen nach endgültiger Klärung des Endes des Arbeitsverhältnisses dann, wenn die Arbeitslosenversicherung ihre Aufwendungen nicht erstattet erhält, zur Folge hätte, daß einem Arbeitslosen für mehr Tage Alg zu zahlen ist, als er Anspruch auf Alg hat.

Der Senat verkennt nicht, daß der Arbeitnehmer einen Nachteil in der Arbeitslosenversicherung erleiden kann, wenn er vorzeitig gezwungen ist, diese Versicherung in Anspruch zu nehmen. Hinsichtlich der Dauer des Anspruchs auf Alg ist es von Nachteil, wenn die bis zu der dem ersten Tage der ersten Arbeitslosigkeit zurückgelegten Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung nicht ausreichen, um einen Anspruch mit einer längeren Dauer des Anspruchs auf Alg entstehen zu lassen. Das gilt in Sonderheit, wenn die nach der Rahmenfrist zurückgelegten Zeiten beitragspflichtiger Beschäftigung, die zur Begründung des An-



spruchs mit der längeren Dauer fehlten, nicht ausreichen, eine neue Anwartschaft zu begründen und in Ermangelung einer Anschlußbeschäftigung später verfallen. Ebenso kann es hinsichtlich der Höhe des Alg von Nachteil sein, daß es für die Bemessung von Alg auf Lohnabrechnungszeiträume vor der ersten Arbeitslosigkeit ankommt, wenn bei ordnungsgemäßer Beendigung des ersten Arbeitsverhältnisses ein für den Arbeitnehmer günstigerer Bemessungszeitraum zugrunde zu legen wäre, wie der vorliegende Fall zeigt.

Indessen kann sich umgekehrt für den Arbeitnehmer auch als vorteilhaft erweisen, daß der Anspruch auf Alg schon mit der ersten Arbeitslosigkeit entstanden ist. Die Bindung der Rahmenfrist an den Tag der ersten Arbeitslosigkeit, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind, ist von Vorteil, wenn die Rahmenfrist Zeiten beitragspflichtiger Beschäftigung erfaßt, auf die bei einem späteren Beginn der Rahmenfrist nicht zurückgegriffen werden könnte; denn es ist möglich, daß nur durch diese Zeiten die Anwartschaftszeit erfüllt bzw eine längere Dauer des Anspruchs auf Alg begründet wird. Die nach der Rahmenfrist zurückgelegten Zeiten beitragspflichtiger Beschäftigung stehen dann zur Begründung eines späteren Anspruchs auf Alg zur Verfügung. In Sonderheit kann sich aber hinsichtlich der Höhe des Alg die frühe Entstehung des Anspruchs auf Alg als vorteilhaft erweisen, wenn der Arbeitnehmer in späteren Lohnabrechnungszeiträumen ein geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat. Läge dieser Fall hier vor, hätte der Kläger gegen die Rechtsanwendung der Beklagten wohl kaum Einwendungen erhoben. Daß es im vorliegenden Falle für den Arbeitslosen nachteilig ist, daß nach der Gleich-



wohlgewährung gem § 117 Abs 4 AFG eine Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen nicht vorgesehen ist, gibt dem Senat daher keine Veranlassung, von der gesetzlichen Systematik abzuweichen.

Nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist, in der der Kläger eine Anwartschaft erfüllt hatte, hätte die bis zum 1. Januar 1984 laufende Rahmenfrist allerdings hineingereicht, wenn die Beklagte die erfolgte Alg-Bewilligung für die Zeit vom 16. bis 22. August 1983 wegen Fehlens der Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit rückwirkend aufgehoben hätte (vgl dazu Urteil des Senats vom 18. Februar 1987 - 7 RAR 41/85 -). Das ist hier indessen nicht geschehen. Die Beklagte hat ihre Alg-Bewilligung insbesondere nicht dadurch aufgehoben, daß sie als Träger der Konkursausfallversicherung dem Kläger das Kaug nur abzüglich des gezahlten Alg vom 16. bis 22. August 1983 in Höhe von 304,80 DM gewährt hat. Die Bewilligung des Kaug hat die Alg-Bewilligung unberührt gelassen. Mit der Kürzung des Kaug um 304,80 DM hat die Beklagte lediglich insoweit einen Anspruch des Klägers auf Kaug verneint. Dem liegt die - vom Senat gebilligte (SozR 4100 § 117 Nr 16) - Rechtsauffassung zugrunde, daß der Übergang des Anspruchs auf Arbeitsentgelt in Höhe des Alg auf die BA (§ 117 Abs 4 AFG, § 115 SGB 10) auch zur Folge habe, daß der Arbeitslosenversicherung insoweit gemäß § 141k Abs 1 AFG der Anspruch auf Kaug gegen die Konkursausfallversicherung wächst.

Hat im vorliegenden Falle der Lauf einer der erneuten Arbeitslosigkeit am 2. Januar 1984 unmittelbar vorausgehenden Rahmenfrist demnach nicht vor dem 16. August 1983 begonnen, so hat der



Kläger in dieser Rahmenfrist zur Erfüllung der Anwartschaftszeit 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 104 Abs 1 AFG) schon deshalb nicht zurücklegen können, weil die Rahmenfrist weniger als 360 Kalendertage umfaßt hat. Die Beklagte hat daher nach den Vorschriften des AFG zu Recht das Alg wiederum nach dem Arbeitsentgelt bemessen, das der Kläger zuletzt bei dem Arbeitgeber C. erzielt hat. Daß sich aus diesem Arbeitsentgelt ein höheres Bemessungsentgelt als das gerundete wöchentliche Arbeitsentgelt von 640,-- DM ergibt, das die Beklagte dem Alg zugrunde gelegt hat, ist nicht ersichtlich und vom Kläger auch nicht geltend gemacht worden.

Schließlich kann der Kläger nicht aufgrund eines Herstellungsanspruchs geltend machen, wegen unrichtiger oder nicht ausreichender Beratung so gestellt werden zu müssen, als ob er am 16. August 1983 kein Alg beantragt oder den Antrag vor der Bewilligung des Alg zurückgenommen hätte. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch voraus, daß eine Nebenpflicht zur Auskunft, Beratung und verständnisvollen Förderung des Versicherten nicht oder nur unzureichend erfüllt worden ist, obwohl ein konkreter Anlaß zu einem bestimmten Rat bestanden hat. Letzteres war hier jedoch nicht der Fall. Im Nachhinein steht zwar fest, daß der Kläger in Ansehung der Höhe des Alg besser gefahren wäre, wenn er sich anläßlich der Freistellung durch den Arbeitgeber C. zwar arbeitslos gemeldet und nur Kaug, aber kein Alg beantragt oder den gestellten Alg-Antrag alsbald nach Aufnahme der Beschäftigung bei der Baugesellschaft R. zurückgenommen hätte. Indessen wäre eine Empfeh-



lung der Beklagten, Alg nicht zu beantragen bzw den Antrag zurückzunehmen, nur angezeigt gewesen, wenn im Zeitpunkt der Beratung bekannt oder für den Berater mit Sicherheit absehbar gewesen wäre, daß der Kläger alsbald in Arbeit vermittelt werde, diese Beschäftigung vor Zurücklegung einer neuen Anwartschaftszeit wieder verlieren und in der neuen Beschäftigung ein Arbeitsentgelt erzielen würde, das in jedem Falle zu einem günstigeren Bemessungsentgelt führen müßte, als es dem Kläger aufgrund der Beschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber zustand. Daß dies der Fall gewesen ist, hat das LSG nicht festgestellt und ist im übrigen vom Kläger nicht behauptet worden. Das LSG hat daher einen Herstellungsanspruch zu Recht verneint.

Haben die Vorinstanzen die Klage zu Recht abgewiesen, bleibt die Revision ohne Erfolg.

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](#)