

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 96/92

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. September 1993 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g, die Richter E i c h e r und Dr. H a m b ü c h e n sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. A n d r e s e n und H a n n i g für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 12. Mai 1992 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Das Verfahren betrifft die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg) für den Zeitraum vom 1. Dezember 1988 bis 6. April 1989.

Der 1939 geborene Kläger meldete sich am 1. Dezember 1988 arbeitslos. Sein seit 1. Mai 1964 bestehendes Arbeitsverhältnis als landwirtschaftlicher Arbeiter bei der Standortverwaltung Unna war weder gekündigt noch in sonstiger Weise aufgelöst; die Tätigkeit wurde jedoch aus gesundheitlichen Gründen seit über zwei Jahren nicht mehr ausgeübt. Von der Allgemeinen Ortskrankenkasse für den Kreis Unna hatte der Kläger in der Zeit vom 15. Juli 1986 bis 6. August 1988 Krankengeld (Krg) bezogen. Ein Antrag auf Gewährung von Erwerbsunfähigkeitsrente war zunächst durch Bescheid der Bundesknappschaft vom 15. Januar 1988 mangels Vorliegens von Erwerbsunfähigkeit (EU) abgelehnt worden; auf einen weiteren Rentenanspruch (vom 14. November 1989) wurde jedoch ab 1. Dezember 1989 Knappschaftsrente wegen EU zuerkannt.

Nachdem der Kläger der Beklagten gegenüber bekundet hatte, er erkenne die "Verfügungsgewalt" seiner Arbeitgeberin weiterhin an und das Beschäftigungsverhältnis sei nicht beendet, lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg ab, weil das Arbeitsverhältnis fortbestehe und der Kläger somit nicht arbeitslos sei (Bescheid vom 2. Februar 1989). Während des Widerspruchsverfahrens teilte die Arbeitgeberin des Klägers der Beklagten mit, daß sie auf die "Verfügungsgewalt" über den Kläger nicht verzichte; sie gehe davon aus, daß der Kläger nach Wiedergenesung bzw. Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit für seine bisherige oder eine andere adäquate Tätigkeit zur Verfügung stehe (Schreiben vom 31. März 1989). Erst als der Kläger die schriftliche Erklärung abgab, er "erkenne die Verfügungsgewalt der Arbeitgeberin nicht mehr an und stelle sein Restleistungsvermögen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung", bewilligte die Beklagte Alg ab 7. April 1989 (Bescheid vom 8. Mai 1989). Soweit es den streitigen Zeitraum betrifft, wurde der Widerspruch jedoch zurückgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 26. Juni 1989).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 1989 idF des Widerspruchsbescheides verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. Dezember 1988 bis 6. April 1989 Alg zu zahlen, die Klage jedoch abgewiesen, soweit sie einen davorliegenden Zeitraum betraf (Urteil vom 21. August 1990). Begründet wurde die Entscheidung damit, daß der Kläger im streitigen Zeitraum trotz Fortbestands des Arbeitsverhältnisses faktisch beschäftigungslos und damit arbeitslos iS des § 101 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) gewesen sei. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils



insgesamt abgewiesen (Urteil vom 12. Mai 1992). Das LSG hat ausgeführt, es könne dahinstehen, ob der Berufungsausschlußgrund des § 147 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in der bis 28. Februar 1993 geltenden Fassung eingreife, also ein Streit um den Beginn der Leistung vorliege. Selbst wenn dies zuträfe, sei die Berufung jedenfalls nach § 150 Nr 2 SGG in der bis 28. Februar 1993 geltenden Fassung zulässig, weil das erstinstanzliche Verfahren an dem von der Beklagten gerügten wesentlichen Mangel leide, daß das Urteil nicht ausreichend mit Gründen versehen sei (§ 136 Abs 1 Nr 6 SGG). Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Alg zu, da er vor dem 7. April 1989 nicht arbeitslos gewesen sei. Er habe sowohl im Antragsvordruck für die Gewährung von Alg als auch im Januar 1989 ebenso wie seine Arbeitgeberin in der Arbeitsbescheinigung und im Schreiben vom 31. März 1989 erklärt, das Beschäftigungsverhältnis bestehe fort.

Mit der Revision rügt der Kläger einen Verstoß gegen §§ 147, 150 Nr 2 SGG und gegen §§ 100, 101 AFG. Die Berufung der Beklagten sei gemäß § 147 SGG ausgeschlossen, da es sich um einen sog "Beginnstreit" handle und der vom LSG angenommene Verfahrensmangel nicht vorliege. Das SG habe aber auch in der Sache richtig entschieden. Er sei im streitigen Zeitraum arbeitslos gewesen, da er auf Dauer die Fähigkeit verloren habe, die vertraglich geschuldete Arbeit zu erbringen, und kein Anspruch auf Arbeitsentgelt mehr bestanden habe. Die Arbeitgeberin habe somit das ihr arbeitsvertraglich zustehende Direktionsrecht überhaupt nicht mehr ausüben können; die daraus resultierende faktische Beschäftigungslosigkeit genüge den Anforderungen des § 101 AFG.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Erklärungen des Klägers und seiner Arbeitgeberin zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses und des Direktionsrechts stünden einer Gewährung von Alg für den streitigen Zeitraum entgegen.

II

Die Revision ist iS der Zurückverweisung an das LSG begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG idF des am 1. März 1993 in Kraft getretenen Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 - BGBl I 50), da der Senat in Ermangelung



hinreichender tatsächlicher Feststellungen durch das LSG nicht zu entscheiden in der Lage ist, ob dem Kläger vom 1. Dezember 1988 bis 6. April 1989 Alg zusteht.

Alleine dieser Zeitraum, den der angefochtene Bescheid vom 2. Februar 1989 idF des Widerspruchsbescheids vom 26. Juni 1989 erfaßt, ist in der Revisionsinstanz noch streitbefangen. Nachdem die Beklagte im Widerspruchsverfahren Alg ab 7. April 1989 bewilligt hatte, war erstinstanzlich antragsgemäß noch über den Zeitraum vom 14. November 1988 bis 6. April 1989 zu befinden. Soweit es die Gewährung von Alg für die Zeit vor Dezember 1988 betrifft, hat das SG indes die Klage abgewiesen, ohne daß der Kläger hiergegen Berufung eingelegt hat. Der Revisionsantrag erfaßt deshalb nicht den Zeitraum, über den schon das SG den Kläger abschlägig beschieden hat.

In der Revisionsinstanz fortwirkende Verstöße gegen verfahrensrechtliche Grundsätze, die im öffentlichen Interesse zu beachten und bei einer zulässigen Revision von Amts wegen zu berücksichtigen sind, liegen nicht vor. Insbesondere war die vom SG nicht zugelassene Berufung entgegen der Ansicht des Klägers nicht gemäß §§ 144 ff SGG in der bis 28. Februar 1993 geltenden Fassung (vgl Art 14 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege) ausgeschlossen. Dabei kann dahinstehen, ob hier ein sog Beginnstreit (§ 147 SGG) anzunehmen ist. Denn die Berufung wäre in diesem Falle wegen eines von der Beklagten gerügten wesentlichen Verfahrensmangels zulässig (§ 150 Nr 2 SGG). Im Berufungsverfahren hat die Beklagte dem SG vorgeworfen, es habe dadurch, daß es ausschließlich das Vorliegen von Arbeitslosigkeit im Urteil begründet habe, gegen § 136 Abs 1 Nr 6 SGG verstoßen; danach müßten im Urteil die Entscheidungsgründe dargelegt sein. Hieran fehle es jedoch, wenn nicht zu allen Anspruchselementen, deren es zur Verurteilung bedürfe, Ausführungen enthalten seien.

Dieses Vorbringen wird den Anforderungen an eine Verfahrensrüge im Berufungsverfahren gerecht; der geltend gemachte wesentliche Verfahrensmangel liegt auch vor. Das Bundessozialgericht (BSG) hat bereits mehrfach entschieden, daß Urteilsgründe iS des § 136 Abs 1 Nr 6 SGG fehlen, wenn nur zu einem entscheidungserheblichen Streitpunkt die Erwägungen, die das Gericht zum Urteilsspruch geführt haben, dem Urteil selbst nicht zu entnehmen sind, und daß darin ein wesentlicher Verfahrensmangel zu sehen ist (BSG SozR 1500 § 136 Nrn 1, 8 und 10; SozR 2200 § 1246 Nr 152; BSG, Urteil vom 9. Oktober 1986 - 4b RV 9/86 -<unveröffentlicht>); wegen des im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden Amtsermittlungsprinzips (§ 103 SGG) ist insoweit nicht erforderlich, daß die Beteiligten sich streitig geäußert haben. Zum Mindestinhalt der Entscheidungsgründe gehört deshalb die ausreichende Angabe der angewandten Rechtsnormen und der für erfüllt erachteten Tatbestandsmerkmale sowie der dafür ausschlaggebenden tatsächlichen und rechtlichen Gründe (insbesondere BSG SozR 1500 § 136 Nr 10 mwN). Ob die § 136 Abs 1 Nr 6 SGG nicht genügende Urteilsbegründung einen absoluten Revisionsgrund iS des § 551 Nr 7 Zivilprozeßordnung



iVm § 202 SGG darstellt, so daß unwiderleglich zu vermuten wäre, das Urteil beruhe auf der Gesetzesverletzung, bedarf keiner Entscheidung. Da die schriftlichen Entscheidungsgründe die Erwägungen wiederzugeben haben, die zum Urteilsspruch des Gerichts geführt haben, läßt sich bei im bezeichneten Sinn ungenügender Begründung jedenfalls nicht ausschließen, daß das Urteil unter unvollständiger Prüfung der Sach- und Rechtslage ergangen ist (BSG SozR 1500 § 136 Nr 10).

Das SG begründet seine Entscheidung damit, daß Anspruch auf Alg habe, wer - bei entsprechender Antragstellung und Arbeitslosmeldung - ua arbeitslos sei (§ 100 Abs 1 AFG). Es folgt die Subsumtion unter den Begriff der Arbeitslosigkeit (§ 101 AFG), deren Vorliegen bejaht wird, weil das Beschäftigungsverhältnis faktisch beendet gewesen sei. Mit keinem Wort geht das SG indes auf die übrigen Anspruchsvoraussetzungen ein: die der Anwartschaftszeit (§ 104 AFG) und der Verfügbarkeit (§ 103 AFG). Vornehmlich letztere hätte unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers; Fortbestand des Arbeitsverhältnisses; Erklärungen der Arbeitsvertragsparteien) näher erläutert werden müssen. Daß die Beklagte ab 7. April 1989 Alg bewilligt hat, läßt weder rechtlich noch faktisch den Rückschluß auf eine frühere Verfügbarkeit (§§ 103, 105a AFG) zu.

Ob der Kläger für den streitigen Zeitraum gemäß § 100 AFG einen Anspruch auf Alg besitzt, kann nicht beurteilt werden. Es fehlen Feststellungen auch des LSG zur Anwartschaftszeit (§ 104 AFG iVm § 107 AFG) und Verfügbarkeit (§ 103 AFG, uU iVm § 105a AFG). Ausgehend von der unrichtigen Annahme, der Kläger sei in der Zeit vom 1. Dezember 1988 bis 6. April 1989 nicht arbeitslos iS des § 101 AFG (idF des Sozialgesetzbuchs <SGB> - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - <SGB IV> vom 23. Dezember 1976 - BGBl I 3845) gewesen, ist hierzu im Urteil folgerichtig nichts ausgeführt. Der Anspruch auf Gewährung von Alg scheitert jedoch nicht an einer fehlenden Arbeitslosigkeit des Klägers.

Dies ergibt sich nicht bereits aus § 105a Abs 1 AFG (idF des SGB - Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten - vom 4. November 1982 - BGBl I 1450). Danach hat Anspruch auf Alg nach § 100 Abs 1 AFG auch, wer die in den §§ 101 bis 103 AFG genannten Voraussetzungen allein 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 EU iS der gesetzlichen Rentenversicherung festgestellt worden ist. Nach § 101 AFG ist, soweit einschlägig, arbeitslos ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht. § 105a AFG kann, wie bereits der Wortlaut der Vorschrift verdeutlicht, keine Arbeitslosigkeit fingieren, wenn zwischen dem Kläger und seiner Arbeitgeberin weiterhin ein Beschäftigungsverhältnis bestünde; die gesetzliche Fiktion ist vielmehr auf den Fall



beschränkt, daß die Annahme von Arbeitslosigkeit bzw Verfügbarkeit an der bezeichneten gesundheitlichen Leistungsminderung scheitern würde (zur Bedeutung der Vorschrift iVm § 101 AFG: BSGE 44, 29, 31 f = SozR 4100 § 103 Nr 4). § 105a AFG überbrückt also nicht ausnahmslos alle Tatbestandsmerkmale des § 101 AFG (Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, Stand Juni 1993, Erläuterungen zu § 105a Abs 1; Gagel, AFG, Stand August 1992, § 105a RdNr 7; GK-AFG, Stand Juli 1993, § 105a RdNr 2).

Der Kläger war im streitigen Zeitraum Arbeitnehmer iS des § 101 Abs 1 AFG; er strebte eine abhängige Beschäftigung von mehr als geringfügigem Umfang an (vgl zu dieser Voraussetzung: Hennig/Kühl/Heuer/Henke, aaO, § 101 Anm 3 mwN; Gagel, aaO, § 101 RdNr 20 mwN; GK-AFG, § 101 RdNr 4); er stand in der Zeit vom 1. Dezember 1988 bis 6. April 1989 auch nicht in einem Beschäftigungsverhältnis.

Ausgangspunkt jeder Deutung des Begriffs "Beschäftigung" muß nach der ständigen Rechtsprechung des BSG - sieht man von den Merkmalen der Freiwilligkeit und Entgeltlichkeit ab - die persönliche Abhängigkeit einer Person von einer weiteren sein, was sich auf der einen Seite in der Verfügungsbefugnis (Direktionsrecht) und auf der anderen Seite der Dienstbereitschaft auswirkt (BSGE 37, 10, 13 f = SozR Nr 62 zu § 1259 RVO; BSGE 41, 41, 52 = SozR 2200 § 1259 Nr 13; BSGE 65, 21, 22 = SozR 4100 § 137 Nr 12; BSGE 68, 236, 240 = SozR 3-4100 § 104 Nr 6). Gleichwohl läßt sich der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses nicht generalisierend und abschließend für alle Rechtsbereiche und Konstellationen bestimmen. Je nach Sinnzusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt ist, kann und muß er im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck Modifikationen unterliegen (BSGE 37, 10, 12 = SozR Nr 62 zu § 1259 RVO; BSGE 68, 236, 240 = SozR 3-4100 § 104 Nr 6; BSG, Urteil vom 19. März 1992 - 7 RAr 82/91 - <unveröffentlicht>). Hieraus ergeben sich für den leistungsrechtlichen Begriff des § 101 AFG schon gegenüber dem beitragsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses (vgl: BSGE 59, 183, 185 = SozR 4100 § 168 Nr 19; BSG SozR 7910 § 59 Nr 19) Besonderheiten (BSGE 42, 76, 81 f = SozR 4100 § 101 Nr 2; BSG SozR 4100 § 117 Nr 19; Gagel, AFG, § 101 RdNr 5; GK-AFG, § 101 RdNr 14; Gagel, SGB 1981, 253, 255; ders, SGB 1985, 268, 269; Boecken, EzA § 615 BGB Nr 69 S 13, 21).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats steht dementsprechend ein Arbeitnehmer regelmäßig nicht mehr in einem Beschäftigungsverhältnis iS des § 101 AFG, wenn die Beschäftigung (§ 7 SGB IV) faktisch ein Ende gefunden hat; darauf, ob das Arbeitsverhältnis selbst fortbesteht, kommt es dann für die Beurteilung dieser Frage nicht an (BSGE 42, 76, 80 = SozR 4100 § 101 Nr 2; BSGE 60, 168, 170 = SozR 4100 § 117 Nr 16; BSG SozR 4100 § 117 Nrn 19 und 20; BSG USK 79268; BSG, Urteil vom 13. Mai 1981 - 7 RAr 39/80 - <unveröffentlicht>; BSG, Urteil vom 25. August 1981 - 7 RAr 68/80 - <unveröffentlicht>; BSG, Urteil vom 8. Oktober 1981 - 7 RAr 38/80 - <unveröffentlicht>; BSG, Urteil vom 9. August 1990 - 7 RAr 104/88 - <unveröffentlicht>; BSG, Urteil vom



19. März 1992 - 7 RAr 82/91 - <unveröffentlicht>; Gagel, AFG, § 101 RdNr 5 ff; GK-AFG, § 101 RdNr 14; Gagel, SGB 1981, 253, 255; ders, SGB 1985, 268, 269; Boecken, aaO, S 21 f). Die Gesamtumstände des Falles lassen nur den Schluß zu, daß das Beschäftigungsverhältnis des Klägers bei seiner Arbeitgeberin im streitigen Zeitraum beendet war.

Aus dem Zusammenhang der Feststellungen des LSG ergibt sich, daß der Kläger zumindest seit 15. Juli 1986 wegen vom Arzt bescheinigter Arbeitsunfähigkeit (AU) nicht mehr gearbeitet hat und ihn seine Arbeitgeberin bis zu einer möglichen Wiedergenesung bzw Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit weder in seiner bisherigen noch in einer anderen Tätigkeit beschäftigen wollte; Arbeitsentgelt wurde letztmals im Juni 1986 gezahlt. Selbst wenn beide Vertragsparteien weiterhin am Arbeitsvertrag festgehalten haben, hat doch die Arbeitgeberin in diesem gesamten Zeitraum ihre (arbeitsrechtliche) faktische Verfügungsmöglichkeit nicht wahrgenommen, weil sie der Ansicht war, den Kläger aus Gesundheitsgründen auf nicht absehbare Zeit nicht einsetzen zu können; sie hat sie nicht einmal als Recht iS einer Verfügungsbefugnis (Direktionsrecht) beansprucht. Für die Forderung der Beklagten nach Abgabe einer formalen Erklärung der Arbeitgeberin über das Ende des Beschäftigungsverhältnisses bzw nach Verzicht auf die Verfügungsbefugnis ist vor diesem tatsächlichen Hintergrund kein Raum. Einem Fehlen solcher Erklärungen könnte ohnedies allein keine wesentliche Bedeutung zukommen; ähnliches gilt für das Fehlen von Erklärungen des Arbeitnehmers. Verlangte man nämlich grundsätzlich den Verzicht auf die Verfügungsbefugnis (als Recht) bzw die Erklärung über die Aufgabe der Dienstbereitschaft, löste man sich vom Grundsatz, daß es für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses iS des § 101 AFG auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt; im Vordergrund ständen dann vielmehr formale Elemente.

Mit dieser Feststellung weicht der Senat nicht vom Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juli 1991 - 5 AZR 383/90 - (EzA § 315 BGB Nr 69) ab. Dort war ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber streitig, der sich geweigert hatte, eine Erklärung über den Verzicht auf seine Verfügungsbefugnis gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit (BA) abzugeben. In der Entscheidung ist darauf hingewiesen, daß derzeit beim BSG ein Revisionsverfahren anhängig sei, in dem zu klären sei, ob die BA auch ohne einen solchen Verzicht des Arbeitgebers Alg zu zahlen habe. Ohne diese Frage - auch nur inzident zu entscheiden, wurde der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch Nichtzahlung von Alg entstanden war, schon abgelehnt, weil die Grenzen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers angesichts der Möglichkeiten, selbst Nachteile über § 128 AFG zu erleiden, überschritten seien.

Der Annahme einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses stehen die - ohne rechtliche Notwendigkeit abgegebenen - Erklärungen der Arbeitgeberin des Klägers zum Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses bzw zum Direktionsrecht nicht im Wege; sie widersprechen den tatsächlichen Gegebenheiten und sind deshalb unbeachtlich. Sind



nämlich Erklärungen abgegeben worden, kommen ihnen wegen des Vorrangs der tatsächlichen Verhältnisse nur indizielle Wirkungen zu, deren Bedeutung je nach Art, Inhalt und tatsächlichem Hintergrund unterschiedlich sein kann. Hieraus erwächst dann allerdings das Erfordernis, alle sonstigen (tatsächlichen) Umstände zu erforschen und zu berücksichtigen. Diese decken sich vorliegend gerade nicht mit den formalen Bekundungen der Arbeitgeberin des Klägers, die seit über 2 Jahren und auf nicht absehbare Zeit für den Kläger keine Einsatzmöglichkeit gesehen und kein Arbeitsentgelt mehr gezahlt hat. Ihre Erklärung, sie verzichte nicht auf ihre Verfügungsgewalt, stellt sich vor diesem faktischen Hintergrund gewissermaßen als "leere Hülse" dar. Fehlt aber schon eines der das Beschäftigungsverhältnis prägenden reziproken Elemente (Verfügungsmöglichkeit des Arbeitgebers und Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers), so kann sein Fortbestand nicht angenommen werden. Auf die Erklärungen des Klägers selbst kommt es bei dieser Sachlage entscheidend ebensowenig an wie darauf, welche rechtliche Qualität "Erklärungen" der Arbeitsvertragsparteien zum (Fort-)Bestand des Beschäftigungsverhältnisses bzw des Direktionsrechts überhaupt zukommt. Die Situation des Klägers ist damit vergleichbar der des ohne Zahlung von Arbeitsentgelt freigestellten Arbeitnehmers; in diesem Fall hat das BSG ebenfalls Arbeitslosigkeit angenommen (BSGE 60, 168, 170 = SozR 4100 § 117 Nr 16).

Wenn der Kläger und seine Arbeitgeberin zunächst geäußert haben, das Beschäftigungsverhältnis bestehe noch, so ist darüber hinaus Inhalt und Bedeutung dieser Äußerungen zweifelhaft. Zum einen enthält die Verwendung des Begriffes "Beschäftigungsverhältnis" immer eine - diffizile - rechtliche Wertung (zur ähnlichen Situation der Arbeitsbescheinigung nach § 133 AFG: BSGE 64, 233, 237 = SozR 4100 § 145 Nr 4); zum anderen wird durch die Arbeitslosmeldung die Dienstbereitschaft des Klägers zumindest relativiert (vgl Gagel, AFG, § 101 RdNr 12). Sie zeigt, daß sich der Kläger der Verfügungsmöglichkeit seiner Arbeitgeberin gerade nicht mehr uneingeschränkt unterwirft. Sogar der Sinngehalt der Aussage des Klägers, er unterwerfe sich der Verfügungsgewalt seiner Arbeitgeberin, wird damit fragwürdig und bedürfte einer genauen Prüfung, soweit es hierauf noch ankäme.

Dem gewonnenen Ergebnis widersprechen nicht die Entscheidungen des BSG zu § 104 AFG (Anwartschaftszeit), wo man einerseits zur Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses genügen ließ, daß das Arbeitsverhältnis selbst fortbestand und Arbeitgeber wie Arbeitnehmer noch den Willen zur Fortsetzung auch des Beschäftigungsverhältnisses dokumentierten (BSGE 68, 236, 240 mwN = SozR 3-4100 § 104 Nr 6; BSG, Urteil vom 19. März 1992 - 7 RAr 82/91 - mwN), andererseits für ausreichend erachtete, daß bei faktischer Arbeitslosigkeit noch ein Anspruch auf Arbeitsentgelt bestand. Ersteres wurde bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts während einer Untersuchungshaft des Arbeitnehmers angenommen (vgl BSGE 68, 236 ff = SozR 3-4100 § 104 Nr 6), letzteres, wenn nach faktischer Beschäftigungslosigkeit und Gewährung von



Alg über § 117 Abs 4 AFG im Streit um den rechtlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses später erst dessen Klärung erfolgte (BSG SozR 4100 § 117 Nrn 18, 19, 20 und 22). Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses in diesen Fällen war also entweder die tatsächliche Zahlung von Arbeitsentgelt oder zumindest der Anspruch auf Arbeitsentgelt, jeweils verbunden mit einer Beitragspflicht zur BA. Hier rechtfertigt sich die Annahme eines fortbestehenden Beschäftigungsverhältnisses für die Berechnung der Anwartschaftszeit unter beitragsrechtlichen Gesichtspunkten.

Beschäftigungslosigkeit ist schließlich nicht deshalb zu verneinen, weil der Kläger uU arbeitsunfähig iS des Krankenversicherungsrechts war. AU und Arbeitslosigkeit schließen sich begrifflich nicht aus, da sich AU mit gewissen Ausnahmen grundsätzlich an der zuletzt ausgeübten oder arbeitsrechtlich geschuldeten Tätigkeit mißt (BSGE 69, 180 ff = SozR 3-2200 § 182 Nr 9 mwN) und deren Vorliegen somit nichts über die Bereitschaft und Fähigkeit zur Wahrnehmung anderer Tätigkeiten aussagt. Strebt ein Arbeitnehmer solche Tätigkeiten an, insbesondere wenn sie ihm vom Arbeitgeber nicht angeboten werden, besteht kein Grund, Arbeitslosigkeit einzig und alleine wegen der gleichzeitigen AU zu verneinen. Dem entspricht die Regelung des § 118 Abs 1 Nr 2 AFG. Danach ruht ein Anspruch auf Alg während der Zeit, für die dem Arbeitslosen ein Anspruch auf ua Krg zuerkannt ist. Die Rechtsfolge des Ruhens eines Anspruchs setzt also seine grundsätzliche Entstehung, damit bei Alg und Arbeitslosenhilfe die Bejahung von Arbeitslosigkeit iS des § 101 AFG, voraus.

Die Beschäftigungslosigkeit des Klägers war, wie es § 101 AFG verlangt, auch nur vorübergehend. Dem Terminus "vorübergehend" in § 101 Abs 1 Satz 1 AFG kommt ein über die Sinnbedeutung "nicht endgültig" hinausgehender Gehalt nicht zu (BSGE 42, 76, 83 = SozR 4100 § 101 Nr 2). Vorübergehend ist eine Beschäftigungslosigkeit bereits dann, wenn - wie hier - der Arbeitslose nicht für immer oder für unbestimmte Zeit aus dem Arbeitsleben als abhängig Beschäftigter ausgeschieden ist (vgl BSGE 42, 76, 80 f = SozR 4100 § 101 Nr 2). Daß der Kläger im streitigen Zeitraum möglicherweise bloß vorübergehende Arbeitsverhältnisse bis zu einer Wiederaufnahme der Tätigkeit bei seiner bisherigen Arbeitgeberin eingehen wollte, ist für § 101 AFG ohne Belang. Arbeitslosigkeit setzt nicht voraus, daß eine zeitlich unbegrenzte Arbeitnehmertätigkeit oder eine solche von nicht unbedeutender Dauer angestrebt wird (BSGE 42, 76, 84 = SozR 4100 § 101 Nr 2; BSG, Urteil vom 20. März 1984 - 7 RAr 7/83 - <unveröffentlicht>).

Scheitert der Anspruch des Klägers somit nicht an fehlender Arbeitslosigkeit, so bedarf es der Feststellungen zu den Voraussetzungen des § 103 AFG (subjektive und objektive Verfügbarkeit unter Einschluß der Erreichbarkeit) - eventuell des § 105a AFG - und des § 104 AFG (Anwartschaftszeit) in der jeweils maßgeblichen Fassung, die das LSG nunmehr zu treffen hat. Dabei wird sowohl die objektive als auch die subjektive



Verfügbarkeit des Klägers wegen des rechtlichen Fortbestands des Arbeitsverhältnisses, der Erklärungen der Vertragsparteien zum Beschäftigungsverhältnis und der Leistungsfähigkeit des Klägers einer besonderen Prüfung bedürfen. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das LSG auch über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)