

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 17/98 R

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat am 16. September 1998 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e** und **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **M e i d** und **Z ä h r i n g e r** für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 19. November 1997 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](#)

G r ü n d e :

I

Streitig ist die Höhe von Arbeitslosengeld (Alg).

Der im Jahre 1949 geborene, ledige Kläger war seit dem 2. April 1984 bei der DSG (Deutsche Service Gesellschaft der Bahn mbH) beschäftigt. Vom 1. August 1991 bis 31. Juli 1993 hatte er unbezahlten Urlaub; während dieser Zeit war er vom 16. Oktober bis 31. Dezember 1992 bei der E. P. GmbH beschäftigt. Nach Wiederaufnahme seiner Tätigkeit bei der DSG kündigte diese das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1993, was sie mit fehlenden Einsatzmöglichkeiten begründete, und stellte den Kläger ab 4. September 1993 ohne Lohn von der Arbeitsleistung frei.

Der Kläger meldete sich am 10. September 1993 arbeitslos und beantragte Alg, wobei er darauf hinwies, daß er Klage auf Lohn und Kündigungsschutz erhoben habe. Antragsgemäß bewilligte die Beklagte Alg ab 10. September 1993, zunächst in Höhe von 232,20 DM wöchentlich (Bescheid vom 15. November 1993) und schließlich in Höhe von 283,80 DM wöchentlich nach einem Arbeitsentgelt von 680,- DM wöchentlich (Bescheid vom 23. November 1993). Dieses Arbeitsentgelt hatte die Beklagte aus den Verdiensten des Klägers in den Monaten November 1992 (2.574,- DM; 21 Arbeitstage), Dezember 1992 (2.326,50 DM; 23 Arbeitstage), August 1993 (4.342,50 DM; 22 Arbeitstage) und September 1993 (581,04 DM; 3 Arbeitstage) entwickelt.

Am 25. November 1993 verglichen der Kläger und die DSG sich vor dem Arbeitsgericht unter anderem dahin, daß das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1993 endete, der Kläger bis zu diesem Zeitpunkt unter Anrechnung auf seinen Urlaubsanspruch von der Arbeitsleistung freigestellt blieb, eine monatliche Bruttovergütung von 4.200,- DM (unter Berücksichtigung eines Anspruchsübergangs auf das Arbeitsamt) sowie eine Abfindung von 20.000,- DM erhalten sollte. Der Kläger zeigte dies Ende 1993 der Beklagten an, die von der DSG alsbald ihren Aufwand an Alg, Beiträgen zur Krankenversicherung und zur Rentenversicherung bis zum 31. Dezember 1993 geltend machte, und meldete sich erneut arbeitslos.

Mit dem angefochtenen Bescheid bewilligte die Beklagte das Alg ab 3. Januar 1994 in Höhe von 265,80 DM wöchentlich, und zwar nach der Nettolohnersatzquote von 60 vH (keine Kinder), der Leistungsgruppe A (Steuerklasse I) und weiterhin dem Arbeitsentgelt von 680,- DM wöchentlich (Bescheid vom 19. Januar 1994). Dem Widerspruch half die Beklagte ab, soweit der Kläger eine längere Anspruchsdauer geltend machte. Soweit der Kläger mit der Begründung höheres Alg verlangte, daß der Bemessung ein monatlicher Bruttolohn von 4.200,- DM zugrunde zu legen sei, wies die Beklagte den Widerspruch zu-



rück. Sie begründete dies damit, daß die Entscheidung über das Bemessungsentgelt bereits mit Bescheid vom 23. November 1993 getroffen worden sei, gegen den der Kläger nicht fristgerecht Widerspruch eingelegt habe; auch ein Überprüfungsantrag könne keinen Erfolg haben, da der Bemessungszeitraum ab 3. September 1993 rückwärts zu berechnen sei (Widerspruchsbescheid vom 21. März 1994).

Nach Erhebung der Klage ließ der Kläger durch Schriftsatz seiner Prozeßbevollmächtigten vom 17. Oktober 1994 erklären, daß er seinen Antrag auf Alg vom 10. September 1993 zurücknehme. Die Klage hat das Sozialgericht (SG) abgewiesen (Urteil vom 25. April 1995). Die Berufung hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen (Urteil vom 19. November 1997). Das LSG hat zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe mit Ablauf des 3. September 1993 nicht mehr in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden, weil ihn die DSG von seiner Arbeitsverpflichtung freigestellt habe; es sei unerheblich, daß das Arbeitsverhältnis erst zum 31. Dezember 1993 beendet worden sei. Der Berechnung des Alg sei deshalb ein Bemessungszeitraum vor dem 4. September 1993 zugrunde zu legen. Das in dem Vergleich vereinbarte Entgelt für die Zeit vom 4. September bis 31. Dezember 1993 betreffe einen Zeitraum außerhalb des Bemessungszeitraums. Der Kläger habe seinen am 10. September 1993 gestellten Antrag nach Bewilligung und Auszahlung der Leistungen nicht mehr zurücknehmen können. Er könne einen Anspruch auf höheres Alg schließlich auch nicht aus den Grundsätzen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs herleiten. Die Beklagte habe den Kläger nicht spätestens mit Vorlage der ersten Arbeitsbescheinigung der DSG dahingehend beraten müssen, daß er wegen der zu erwartenden Entgeltnachzahlung seinen Antrag zurücknehmen solle. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn offenkundig gewesen wäre, daß der Kläger ohne Zweifel seinen Entgeltanspruch für die Zeit vom 4. September bis 31. Dezember 1993 durchsetzen werde. Diese Prognose habe die Beklagte angesichts des Prozeßrisikos nicht treffen können.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 14 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) und der Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs: Die Beklagte habe ihre Beratungspflicht verletzt, indem sie den Kläger am 10. September 1993 nicht darauf hingewiesen habe, daß im Falle des § 117 Abs 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) keine Rückabwicklung des Leistungsfalls möglich sei und eine nachträgliche Neubestimmung der Leistungsvoraussetzungen selbst dann nicht erfolgen könne, wenn die Beklagte hinsichtlich des auf sie übergegangenen Anspruchs auf Arbeitsentgelt vollständig befriedigt worden sei. Wäre der Kläger hierüber informiert worden, so hätte er auf die Antragstellung verzichtet, sich erstmals zum 1. Januar 1994 arbeitslos gemeldet und in der Zwischenzeit von seinen Ersparnissen gelebt. Für die Beklagte habe auch ein konkreter Anlaß bestanden, den Kläger ungefragt auf die Rechtslage hinzuweisen, nachdem er bei seiner ersten Vorsprache auf das Verhalten der DSG und seine arbeitsgerichtliche Klage hingewiesen habe. Spätestens nach Eingang der Ar-



beitsbescheinigungen sei für die Beklagte zudem offensichtlich gewesen, daß die vorzeitige Inanspruchnahme von Alg für den Kläger hinsichtlich der Höhe des Alg von Nachteil sei. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die Beklagte dem Kläger deshalb empfehlen müssen, seinen bis dahin noch nicht beschiedenen Antrag zurückzunehmen. Da dies nicht geschehen sei und der Kläger aufgrund des Fehlverhaltens der Beklagten durch seine Antragstellung eine für ihn nachteilige Rechtsgestaltung getroffen habe, sei er berechtigt gewesen, diese Willenserklärung, auch wenn er den Antrag nicht mehr wirksam zurücknehmen könne, nach § 119 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wegen Irrtums anzufechten. Als eine solche Anfechtung sei die im Oktober 1994 erklärte Rücknahme zu verstehen. Die Anfechtung führe dazu, daß die Willenserklärung mit rückwirkender Kraft vernichtet werde, so daß der Alg-Antrag als nicht gestellt gelte. Da der Kläger am 30. Dezember 1993 für die Zeit ab 1. Januar 1994 Alg beantragt habe, sei ihm ab diesem Zeitpunkt aufgrund der Lohnabrechnungszeiträume Dezember 1992 und August bis Dezember 1993 höheres Alg zu gewähren.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

die Urteile des LSG und SG sowie den Widerspruchsbescheid vom 21. März 1994 aufzuheben und die Beklagte in Abänderung ihres Bescheids vom 19. Januar 1994 zu verurteilen, ihm ab 3. Januar 1994 höheres Alg zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt.

II

Die Revision ist im Sinne der Zurückverweisung begründet. Ob dem Kläger für die Zeit ab 3. Januar 1994 höheres Alg zusteht, läßt sich aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

1. Nach § 111 Abs 1 AFG in der seit dem 1. Januar 1994 geltenden Fassung, die die Vorschrift durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 2353) erhalten hat, beträgt das Alg für nichtverheiratete Arbeitslose, die wie der Kläger kein Kind haben, 60 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen,



verminderten Arbeitsentgelts. Die Senkung der Nettolohnersatzquote von 63 auf 60 vH durch das 1. SKWPG gilt nicht nur für neue Ansprüche, sondern auch für solche, die vor dem 1. Januar 1994 entstanden sind (§ 242q Abs 5 AFG). Verfassungsrechtlich ist die Senkung nicht zu beanstanden (BSG SozR 3-4100 § 111 Nr 12; BSGE 78, 201 = SozR 3-4100 § 111 Nr 13). Die AFG-Leistungsverordnung 1994 (vom 22. Dezember 1993, BGBl I 2446), in der die Leistungssätze festgesetzt sind, die sich für die verschiedenen Nettolohnersatzquoten und die verschiedenen Arbeitsentgelte nach Minderung um die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallenden Abzüge ergeben, sieht in der Leistungsgruppe A, der der Kläger gemäß § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst a AFG wegen der auf seiner Lohnsteuerkarte ausgewiesenen Steuerklasse I angehört, für ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 680,- DM die bewilligten 265,80 DM vor. Einen Anspruch auf höheres Alg hätte der Kläger daher nur, wenn die Leistung nach einem höheren Arbeitsentgelt als 680,- DM zu zahlen wäre.

2. Arbeitsentgelt iS des § 111 Abs 1 AFG ist das Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Woche erzielt hat (§ 112 Abs 1 AFG). Anstelle des im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelts ist in bestimmten Fällen von dem tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelt der Beschäftigung auszugehen, für die der Arbeitslose in Betracht kommt (§ 112 Abs 7 AFG).

a) Zutreffend hat sich das LSG nicht wegen Bestandskraft nach § 77 Sozialgerichtsgesetz (SGG) des vom Kläger nicht mit einem Widerspruch angefochtenen Bescheids vom 23. November 1993 gehindert gesehen, die Richtigkeit des der streitigen Bewilligung ab 3. Januar 1994 zugrundeliegenden wöchentlichen Arbeitsentgelts zu überprüfen.

Die Bindungswirkung eines Bescheides erfaßt grundsätzlich lediglich den oder die Verfügungssätze, dh die getroffene Regelung; die Gründe, also die tatsächlichen Annahmen und rechtlichen Erwägungen, die zu der verfügten Regelung geführt haben, entfalten selbständig keine Bindungswirkung (BSGE 72, 206, 207 = SozR 3-4100 § 103a Nr 1; SozR 3-4100 § 136 Nr 3). Dies hat bei der Gewährung von Leistungen der Beklagten zur Folge, daß grundsätzlich nur Entscheidungen über die Art der Leistung (zB Alg), die Dauer (Beginn und Anzahl der Leistungstage) und die Höhe (den zur Auszahlung verfügbaren Wochensatz) bindend werden, nicht dagegen ein der Leistung zugrundeliegendes gerundetes wöchentliches Arbeitsentgelt (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 23). Denn es ist nach den Regelungen der §§ 111 bis 113 AFG lediglich ein Bemessungsfaktor. Etwas anderes gilt nur, wenn das wöchentlich gerundete Arbeitsentgelt, das seinerseits von verschiedenen Faktoren abhängig ist (vgl §§ 112, 112a AFG), ausdrücklich gesondert verfügt worden ist, was für den Betroffenen - auch hinsichtlich der Auswirkungen -, erkennbar sein muß (vgl BSG aaO). Das ist vom LSG nicht festgestellt worden und nach den bei der Beklagten bislang üblichen Bewilligungsbescheiden auch nicht der Fall gewesen.



b) Nach den Feststellungen des LSG, von denen der Senat auszugehen hat (§ 163 SGG), hat die Beklagte das der Bemessung des Alg zugrunde zu legende wöchentliche Arbeitsentgelt allein aus den im November und Dezember 1992, August 1993 und den ersten drei Tagen des September 1993 erzielten Arbeitsentgelten errechnet und die Arbeitsentgelte außer Betracht gelassen, die dem Kläger nach dem arbeitsgerichtlichen Vergleich vom 25. November 1993 für die Zeit vom 4. September bis 31. Dezember 1993 zu zahlen waren. Letzteres ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn nach § 112 Abs 2 AFG (in der vor und nach dem 1. SKWPG geltenden Fassung) erfaßt der Bemessungszeitraum nur beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis abgerechnete Lohnabrechnungszeiträume vor der Entstehung des Anspruchs. Der Alg-Anspruch des Klägers ist indes nicht erst am 1. Januar 1994, sondern schon am 10. September 1993 entstanden, so daß die bis dahin nicht abgerechneten bzw nicht zurückgelegten Zeiten vom 4. September bis 31. Dezember 1993 vom Bemessungszeitraum nicht erfaßt werden. Es kann offenbleiben, ob der Kläger zum 1. Januar 1994 die Anspruchsvoraussetzungen der Arbeitslosigkeit, der Verfügbarkeit, der Arbeitslosmeldung und des Antrags erneut erfüllt hat, indem er Ende 1993 den Vergleichsabschluß dem Arbeitsamt angezeigt und sich wieder arbeitslos gemeldet hatte. Denn jedenfalls die Anwartschaftszeit als weitere Voraussetzung des Anspruchs (§ 100 Abs 1, § 104 AFG) erfüllte der Kläger nicht erneut. Nach § 104 Abs 1 Satz 1 AFG hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat. Die Rahmenfrist geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. Sie beträgt drei Jahre, reicht aber nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte (§ 104 Abs 3 AFG). Im vorliegenden Fall hat der Lauf einer Arbeitslosigkeit am 1. Januar 1994 unmittelbar vorausgehenden Rahmenfrist nicht vor dem 10. September 1993 beginnen können; denn bis zum Vortage lief die vorangegangene Rahmenfrist, in der der Kläger die Anwartschaftszeit erfüllt hatte, die ihm den Bezug des Alg ab 10. September 1993 ermöglicht hat. Nach den Feststellungen, von denen das LSG ausgegangen ist, hat der Kläger schon am 10. September 1993 alle Anspruchsvoraussetzungen für Alg erfüllt. Wie das Bundessozialgericht (BSG) wiederholt entschieden hat, können die Anspruchsvoraussetzungen für Alg auch erfüllt sein, wenn das Arbeitsverhältnis noch besteht oder eine Klage gegen eine Kündigung noch rechtshängig ist (vgl BSGE 60, 168, 170 = SozR 4100 § 117 Nr 16; SozR 4100 § 117 Nrn 18, 19 und 20). In Ermangelung besonderer Vorschriften bleibt es in einem solchen Fall hinsichtlich des dem Alg zugrunde zu legenden Arbeitsentgelts bei den bei der Entstehung des Anspruchs vorliegenden Bemessungsmerkmalen, auch wenn die Klage vor dem Arbeitsgericht Erfolg hat und der Arbeitgeber nachträglich Arbeitsentgelt zahlt (vgl BSG SozR 4100 § 117 Nr 19), solange die Anwartschaftszeit nicht erneut zurückgelegt worden ist (vgl BSG SozR 4100 § 117 Nrn 18 und 22).



3. Die Entstehung des Anspruchs auf Alg am 10. September 1993 entfällt nicht, weil der Kläger vor dem SG die Rücknahme seines im September 1993 gestellten Antrags erklärt hat.

a) Allerdings kann der Arbeitslose den Antrag auf Alg, der materiell-rechtliche Voraussetzung des Anspruchs ist (vgl § 100 Abs 1 AFG; BSGE 42, 199, 202 = SozR 4100 § 151 Nr 5), wie eine bürgerlich-rechtliche Willenserklärung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antrag dem zuständigen Arbeitsamt zugeht, frei widerrufen (§ 130 Abs 1 BGB) und darüber hinaus bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verwaltungsentscheidung, die auf den Antrag hin ergeht, wirksam wird (BSGE 9, 7, 12; 60, 79, 82 f = SozR 4100 § 100 Nr 11; vgl SozR 3-1200 § 16 Nr 2; BSGE 68, 144 = SozR 3-1200 § 53 Nr 1). Danach ist ein Widerruf des Antrags dagegen unwirksam; der Versichertengemeinschaft entstünden unzumutbare Nachteile, weil sich der gewährte Versicherungsschutz nicht mit allen Folgen rückabwickeln läßt (BSGE 60, 79, 84 = SozR 4100 § 100 Nr 11). Eine Rückabwicklung wäre, wie in den Fällen des § 117 Abs 4 AFG, zudem vom Gesetz nicht gewollt. Hiernach hat der Kläger seinen im September 1993 gestellten Antrag nicht wirksam widerrufen, weil er nicht bis zur Alg-Bewilligung im November 1993, sondern erst im Oktober 1994 die Rücknahme erklärt hat.

b) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Rücknahme des Antrags, als Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung (§ 119 BGB) verstanden, bewirke jedenfalls, daß der Alg-Antrag als nicht gestellt gelte. Es kann offenbleiben, inwieweit ein Alg-Antrag wegen Irrtums noch angefochten werden kann, nachdem die Alg-Bewilligung wie hier bindend geworden ist. Ebenso bedarf keiner Entscheidung, ob eine im Oktober 1994 erklärte Anfechtung des Klägers, wenn sie denn möglich wäre, noch ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) iS des § 121 BGB erklärt worden wäre, nachdem die Beklagte im Widerspruchsbescheid und vor dem SG, insbesondere im Schriftsatz vom 29. August 1994, zu treffend dargestellt hatte, daß und warum das dem Alg zugrunde zu legende Bemessungsentgelt sich nicht infolge des Vergleichs oder der aufgrund des Vergleichs erbrachten Zahlungen des Arbeitgebers ändert (vgl zur Überlegungsfrist bei Anfechtung einer öffentlich-rechtlichen Willenserklärung BVerwG Buchholz 316 § 22 VwVfG Nr 1). Denn selbst wenn unterstellt wird, der Kläger habe bei der Stellung des Alg-Antrags erwartet, sein Alg werde neu bemessen, wenn seine Klage auf Lohn für die Zeit bis 31. Dezember 1993 vor dem Arbeitsgericht Erfolg habe, berechtigt ihn dies auch bei entsprechender Anwendung des § 119 BGB nicht zur Anfechtung. Der Kläger hat gewußt, daß er mit seinem Antrag auf Alg die Leistung auslöst, auf die er aufgrund der §§ 100 ff AFG am Tage der Antragstellung Anspruch hat. Wenn er annahm, das Alg werde im Falle eines für ihn erfolgreichen Abschlusses des Arbeitsgerichtsprozesses neu und günstiger bemessen, betraf dies eine spätere und nur eventuell eintretende Rechtsfolge, nicht jedoch den Inhalt seiner Erklärung, ab 10. September 1993 Alg beziehen zu wollen. Zwar wird angenommen, ein Irrtum über die Rechtsfolge genüge für eine Anfechtung, wenn in Verkennung



seiner rechtlichen Bedeutung ein Rechtsgeschäft erklärt worden ist, das eine von der gewollten wesentlich verschiedene Rechtswirkung erzeugt. Davon kann indes keine Rede sein, wenn irrtumsfrei Alg beantragt wird und mit der gewollten und erstrebten Entstehung des Anspruchs Nebenfolgen (hier: die Unabänderbarkeit des anfänglichen Bemessungsentgelts) hervorgebracht werden, die nicht erkannt und nicht gewollt sind. Es handelt sich insoweit um einen Irrtum über die Rechtslage, der unbeachtlich ist (vgl RGZ 98, 136, 138 f; OLG Karlsruhe NJW 1989, 907, 908).

c) Nach den vom LSG getroffenen Feststellungen kann der Kläger auch nicht verlangen, im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt zu werden, als ob er den Alg-Antrag vor der Bewilligung im November 1993 zurückgenommen hätte. Nach der ständigen Rechtsprechung kann die Verletzung von Pflichten, die dem Versicherungsträger gegenüber den Versicherten aus dem Sozialrechtsverhältnis obliegen, für die Versicherten einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch begründen (vgl ausführlich BSG SozR 3-2600 § 58 Nr 2). Zu diesen Pflichten gehören vor allem Dienstleistungen wie Auskunft, Beratung und eine verständnisvolle Förderung des Versicherten (BSGE 46, 124, 126 = SozR 2200 § 1290 Nr 11 mwN). Diese Pflichten sind verletzt, wenn sie, obwohl ein konkreter Anlaß zu Auskunft, Beratung oder Hinweisen bestanden hat, nicht oder nur unzureichend erfüllt worden sind (BSG SozR 1200 § 14 Nr 15; BSGE 60, 79, 85 = SozR 4100 § 100 Nr 11; SozR 3-1200 § 14 Nr 12). Es ist indes nicht ersichtlich, daß die Beklagte eine solche dem Kläger gegenüber obliegende Pflicht verletzt hat. Der Kläger hat nämlich weder um Beratung oder Auskunft (§§ 14, 15 SGB I) gebeten noch bestand Anlaß zur Spontanberatung.

Der Versicherungsträger ist auch dann, wenn der Versicherte nicht ausdrücklich Auskunft oder Beratung verlangt, gehalten, den Versicherten bei Vorliegen eines konkreten Anlasses von sich aus "spontan" auf klar zutage liegende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, deren Wahrnehmung offensichtlich so zweckmäßig ist, daß sie ein verständiger Versicherter mutmaßlich nutzen würde, um sozialrechtliche Nachteile zu vermeiden. Dabei ist die Frage, ob eine Gestaltungsmöglichkeit klar zutage liegt, allein nach den objektiven Merkmalen zu beurteilen, die in dem Zeitpunkt gegeben waren, in dem die Beratung hätte erfolgen müssen.

Allerdings hätte die Beklagte dem Kläger den Widerruf des am 10. September 1993 gestellten Alg-Antrags nahelegen müssen, wenn der Antrag noch im Januar 1994 unbeschieden gewesen wäre (vgl BSGE 60, 79, 86 = SozR 4100 § 100 Nr 11). Im November 1993 war dies indes nicht der Fall. Das LSG hat eine Hinweispflicht der Beklagten zu diesem Zeitpunkt mit der Begründung abgelehnt, daß nicht offenkundig gewesen sei, daß der Kläger seinen Entgeltanspruch für die Zeit vom 4. September bis 31. Dezember 1993 durchsetzen werde. Zutreffend hat das LSG darauf hingewiesen, daß die Beklagte eine solche Prognose nicht habe treffen können. Es ist nicht Aufgabe der Beklagten, Progno-



sen über den Ausgang von arbeitsgerichtlichen Verfahren zu stellen, zumal ihr weder das vollständige Parteivorbringen noch die wahren Verhältnisse bekannt zu sein pflegen. Im übrigen wird ein Arbeitgeber, in Sonderheit einer, der im Besitz der öffentlichen Hand steht, im Regelfall triftige Gründe haben, wenn er einen Arbeitnehmer, dem er gekündigt hat, bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freistellt, ohne Lohn zu zahlen. Der Widerruf des Antrags und ein neuer Antrag vom 1. Januar 1994 wäre zudem für den Kläger nur von Vorteil gewesen, wenn er auf alsbaldige Alg-Zahlungen nicht angewiesen war und eine für ihn günstige Regelung einschließlich entsprechende Abrechnungen und Zahlungen des Arbeitgebers noch vor dem 31. Dezember 1993 zu erwarten gewesen wären. Es ist aber weder ersichtlich, daß der Beklagten bekannt gewesen ist, daß der Kläger, wie in der Revision geltend gemacht wird, über Ersparnisse verfügte, noch, wann der Güetermin vor dem Arbeitsgericht stattfinden sollte.

4. Ist das LSG hiernach zutreffend davon ausgegangen, daß nur vor dem 4. September 1993 liegende Lohnabrechnungszeiträume den Bemessungszeitraum bilden, kann dennoch aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht bestätigt werden, daß das wöchentliche Arbeitsentgelt 680,- DM nicht überschreitet.

Auch wenn unterstellt wird, daß beim Ausscheiden des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis im September 1993 die Arbeitszeiten bis dahin im Sinne des § 112 Abs 2 AFG abgerechnet waren (vgl dazu BSGE 76, 162, 164 ff = SozR 3-4100 § 112 Nr 22), was das LSG nicht festgestellt hat, und daher die Arbeitsentgelte für November und Dezember 1992, August 1993 und für die Tage vom 1. bis 3. September 1993 zu berücksichtigen sind, ergibt sich nicht, daß das wöchentliche Arbeitsentgelt 680,- DM beträgt. Zur Berechnung des in der Woche durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelts ist nämlich nach § 112 Abs 3 AFG das im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt mit der Zahl der Arbeitsstunden zu vervielfachen, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Diese Berechnung erfordert nicht nur die Feststellung des erzielten (um Mehrarbeitszuschläge bereinigten) Arbeitsentgelts, sondern auch die Feststellung der Anzahl der erbrachten Arbeitsstunden und der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit (en). Hieran fehlt es; das LSG hat nur das Arbeitsentgelt und die Anzahl der Arbeitstage, nicht aber die erbrachten Arbeitsstunden und die tariflichen wöchentlichen Arbeitszeiten festgestellt.

Darüber hinaus ist keine Prüfung möglich, ob es mit Rücksicht auf die von dem Kläger in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach § 112 Abs 1 bis 6 AFG auszugehen und dies nach § 112 Abs 7 AFG zu einem günstigeren Arbeitsentgelt führt. Auch insoweit fehlen Feststellungen des LSG, zB zu den Arbeitslöhnen des Klägers von September 1990 bis Juli 1991, obwohl die Fallgestaltung nahelegt, daß infolge der gebotenen Einbe-



ziehung der im November und Dezember 1992 erzielten Arbeitsentgelte das Bemessungsentgelt nicht dem Arbeitsentgelt entspricht, das der Kläger in den letzten Jahren überwiegend erreicht hat.

Fehlt es hiernach für die zutreffende Bestimmung des wöchentlichen Arbeitsentgelts an weiteren Feststellungen, muß das angefochtene Urteil gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG mit den ihm zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen werden, damit die fehlenden Feststellungen nachgeholt werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bei der erneuten Entscheidung, bei der das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird, sollte das LSG seine Feststellung überprüfen, daß die Beklagte auch die Zeit vom 1. bis 3. September 1993 in den Bemessungszeitraum einbezogen hat; sowohl nach der auf Blatt 12 der Behördenakte eingetragenen Arbeitsentgeltsumme als auch nach dem dort vermerkten Dynamisierungs-Stichtag ist dies nicht der Fall.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)