

L 7/10 AL 108/04

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
7

1. Instanz
SG Darmstadt (HES)
Aktenzeichen
S 1 AL 185/03

Datum
09.10.2003

2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 7/10 AL 108/04

Datum
28.10.2005

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 9. Oktober 2003 und der Bescheid vom 8. November 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2003 aufgehoben, soweit der Zeitraum ab 4. September 2002 betroffen ist. Im Übrigen, soweit der 2. und 3. September 2002 betroffen ist, wird die Berufung zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat der Klägerin fünf Sechstel ihrer außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) ab dem 2. September 2002 bis zum 11. November 2002.

Die Klägerin meldete sich am 16. Mai 2002 arbeitslos und beantragte Alg (BA Blatt 103). Die Arbeitslosigkeit war eingetreten, da die Firma "J." in M. (BA Blatt 130) ihren Betrieb einstellte und ihr betriebsbedingt kündigte. Mit Bescheid vom 15. Juli 2002 bewilligte die Beklagte ab dem 16. Mai 2002 Alg (BA Bl. 134). Durch eine Überschneidungsmitteilung (BA Bl. 136) des Leistungsbezugs vom 25. Oktober 2002 erfuhr die Beklagte erstmalig – so ihre Darstellung – von der Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung bei der Firma O. mbH, die am 2. September 2002 begonnen hatte und am 3. September 2002 endete.

Daraufhin hob die Beklagte das am 15. Juli 2002 bewilligte Alg ab dem 2. September 2002 mit Bescheid vom 8. November 2002 (GA Bl. 102) auf.

Die Klägerin meldete sich am 12. November 2002 erneut arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg. Gegen den Bescheid vom 8. November 2002 legte sie zur Niederschrift bei der Beklagten am 13. November 2002 Widerspruch ein. Diesen begründete sie damit, dass sie sich die Arbeitsstelle selbst besorgt habe und aus gesundheitlichen Gründen die Arbeit nicht mehr habe ausführen können. Es sei weder ein Entgelt seitens des Arbeitgebers noch ein Arbeitsvertrag beiderseits unterschrieben worden (BA Blatt 143). In der durch die Beklagte angeforderten Arbeitsbescheinigung bestätigte die Firma O. mbH unter Ziffer 2.b, dass Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und Krankenkasse abgeführt worden seien. Unter Ziffer 4.a bestätigte die Firma die Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 3. September 2002 durch schriftliche Kündigung (BA Blatt 145 bis 147). Laut Aktenvermerk vom 20. November 2002 teilte die Firma O. mbH auf Nachfrage der Beklagten mit, dass die Klägerin beim Arbeitgeber mündlich gekündigt habe (BA Blatt 148).

Auf dem Fragebogen der Beklagten gab die Klägerin am 25. November 2002 an, dass beim Packen der Ware eine ausgetretene Flüssigkeit eine allergische Hautreaktion bei ihr während des Arbeitens bei der Firma O. mbH erzeugt habe. Am 26. November 2002 bestätigte der Hausarzt der Klägerin, Dr. M., eine allergische Dermatitis auf Seife und Laugenlösung. Aufgrund telefonischer Nachfrage der Beklagten am 18. Dezember 2002 teilte Dr. M. mit, dass die Klägerin im September nicht bei ihm in Behandlung gewesen sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 16. Januar 2003 wies die Beklagte den Widerspruch vom 13. November 2002 gegen den Bescheid vom 8. November 2002 zurück. Sie stützte sich darauf, dass die Klägerin ab dem 2. September 2002 in einem mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Sie sei somit ab dem 2. September 2002 bis zum 3. September 2002 nicht arbeitslos im Sinne der [§§ 117 Abs. 1 Nr. 1, 118 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) gewesen. Sie habe keinen Leistungsanspruch gehabt. Ein weiterer Anspruch auf Arbeitslosengeld setze nach [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) neben der Arbeitslosigkeit eine

erneute persönliche Arbeitslosmeldung voraus. Durch die Arbeitsaufnahme, die die Klägerin entgegen ihrer Verpflichtung nicht mitgeteilt habe, sei die Wirkung der früheren Arbeitslosmeldung gemäß § 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III erloschen. Da die Klägerin erst wieder am 12. November 2002 persönlich beim Arbeitsamt vorgesprochen habe, komme frühestens ab diesem Zeitpunkt eine Weitergewährung des Arbeitslosengeldes in Betracht. Über den möglichen Eintritt einer Sperrzeit und den Beginn der Leistungsgewährung sowie über die Erstattung der ab dem 2. September 2002 zu Unrecht gewährten Leistungen würde nach Abschluss der Ermittlungen endgültig entschieden. Der Klägerin sei bekannt gewesen, dass sie eine Arbeitsaufnahme habe unverzüglich mitteilen müssen. Zumindest sei sie dieser Mitteilung grob fahrlässig nicht nachgekommen. Sie habe eindeutige Hinweise in Vordrucken, Merkblättern sowie mündliche Belehrungen missachtet. Im Übrigen habe sie auch das Merkblatt für Arbeitslose erhalten und damit Kenntnis über die dort beispielhaft aufgeführten Mitteilungspflichten gehabt und mit Unterschrift bestätigt.

Am 11. Februar 2003 hat die Klägerin beim Sozialgericht Darmstadt (SG) Klage erhoben. Der Aufhebungsbescheid vom 8. November 2002 sei zu Unrecht ergangen, da die Klägerin nicht am 2. September 2002 in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Es sei weder ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, noch habe die Klägerin Lohn erhalten. "Das Aufhalten" der Klägerin am 2. September 2002 und am 3. September 2002 in dem Betrieb der Firma O. mbH in G. begründe kein Beschäftigungsverhältnis. Sie habe sich jeweils dort acht Stunden aufgehalten mit dem Ziel herauszufinden, ob sie für die spezielle vorgesehene Arbeit überhaupt geeignet sei. Sie habe kein Arbeitsentgelt erhalten und der Arbeitgeber habe keine Abrechnung erteilt. Ein Arbeitsvertrag habe erst nach dem "Versuch" abgeschlossen werden sollen. Es habe sich nicht einmal um ein Probearbeitsverhältnis gehandelt. Der "Eignungsversuch" der Klägerin sei nach der heftigen allergischen Reaktion mit dem Umgang der dort hergestellten Seifen und Laugen beendet worden. Am 3. September 2002 habe sich die Klägerin bei der Firma O. mbH telefonisch gemeldet und erklärt, dass sie beim Arzt gewesen sei und es aufgrund ihrer Hautreaktionen nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommen könne. Diese Umstände habe die Klägerin der Beklagten am 4. September 2005 unter der auf ihrem "Arbeitsamtkärtchen" angegebenen Sammelnummer telefonisch mitgeteilt und angefragt, ob sie persönlich vorbeikommen müsse. Dort habe man die Auskunft erteilt, erst bei Vorliegen eines Arbeitsvertrages sei eine persönliche Vorsprache erforderlich.

Aus dem zwischenzeitlich erstellten arbeitsamtsärztlichen Gutachten vom 4. März 2003 von Frau Dr. S. ging hervor, dass die Klägerin keine Arbeiten bei Nässe, Kälte, Zugluft und Temperaturschwankungen ausführen dürfe. Schmutzarbeiten, Kontakt mit Haut belastenden Stoffen und Feuchtarbeit müssten vermieden werden. Die Klägerin habe eine Leistungseinschränkung bedingt durch eine Hautbelastung. Diese sei auch dauerhaft (BA Blatt 193).

Das SG hat die von der Klägerin benannten Zeugen, Herrn F. und Frau S., beide Mitarbeiter bei der Firma O. mbH, auf Grund des Beweisbeschlusses vom 23. September 2003 schriftlich um Stellungnahme gebeten. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 gab Herr F. u. a. an, dass sich die Produktionsleiterin Frau S. und die Klägerin über die Beschäftigung einig gewesen seien und die Klägerin für zwei komplette Frühschichten eingeteilt worden sei und diese auch abgeleistet habe. Von ihm persönlich seien die Personaldaten erfasst und der Arbeitsvertrag ausgehändigt worden. Der Arbeitsvertrag sei durch die Klägerin nicht mehr unterzeichnet und zurückgegeben worden. Er selbst sei für die Arbeitsverträge des Produktionspersonals verantwortlich und könne diese selbstständig unterzeichnen. An anderweitige Absprachen mit der Klägerin könne er sich nicht erinnern und diese seien auch nach den ihm vorliegenden Unterlagen nicht ersichtlich. Die beiden gearbeiteten Tage seien abgerechnet worden. Die Zahlung habe er jedoch auf Scheckzahlung umgestellt, da er ansonsten keine Daten der Klägerin gehabt habe. Die Klägerin habe sich nicht nach ihrem Arbeitsentgelt erkundigt. Eine Allergie sei ihm nicht bekannt. Die Produktionsleiterin Frau S. teilte per Telefax am 8. Oktober 2003 mit, dass sie ein Vorstellungsgespräch mit der Klägerin geführt habe. Die Klägerin habe die Tage am 2. und 3. September 2002 gearbeitet. Warum kein Arbeitsentgelt gezahlt worden sei, entzöge sich ihrer Kenntnis. Ihr sei nicht bekannt gewesen, dass die Klägerin allergisch auf den Umgang mit Seifen und Laugen reagieren würde.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 9. Oktober 2003 abgewiesen. Es begründete die Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die Klägerin mit der Firma O. mbH ein Arbeitsverhältnis eingegangen sei. Die Klägerin habe zwei volle Schichten am 2. und 3. September 2002 gearbeitet. Dies sei durch die Zeugen F. und S. bestätigt worden. Es bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin sich ohne Rechtsgrund oder nur zur Probe oder zur Information im Betrieb der Firma O. Produktionsgesellschaft mbH aufgehalten habe. Für diese Ansicht spreche auch, dass für die Klägerin eine Anmeldung zur Sozialversicherung vorgenommen worden sei. Damit sei die Klägerin am 2. September 2002 durch die Aufnahme einer versicherungspflichtigen, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden, Beschäftigung nicht mehr arbeitslos gewesen. Unerheblich sei die Aufgabe der Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nach zwei Tagen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt des missglückten Arbeitsversuches, da dieses Rechtsinstitut inzwischen durch das Bundessozialgericht (BSG) aufgegeben worden sei. Mit der Arbeitsaufnahme sei daher eine wesentliche Änderung eingetreten, die bis zur erneuten Arbeitslosmeldung am 11. November 2002 fortgewirkt habe. Der Aufhebungsbescheid vom 8. November 2002 sei daher rechtmäßig.

Die Klägerin hat am 14. Mai 2004 Berufung eingelegt. Die streitgegenständlichen Beschäftigungstage bei der Firma O. mbH in G. hätten einem bloßen Kennenlernen gedient, eine voraussichtliche Gestaltung einer evtl. Arbeitsaufnahme sei nicht klar gewesen. Offenbar habe es sich bei der Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Firma O. mbH um ein Missverständnis gehandelt. Die Klägerin habe auch kein Vorstellungsgespräch mit der Vorarbeiterin Frau S. geführt. Vielmehr habe sich ihre Schwägerin, Frau F., zusammen mit ihr um eine Stelle bei der Firma O. mbH beworben. Die Frauen seien lediglich befragt worden, ob sie Interesse an einer Arbeit bei ihnen hätten. Dann habe die Zeugin S. die Personalien aufgenommen. Da die Firma O. mbH Seifen und Laugen herstelle, sei es für die Klägerin von Anfang an klar gewesen, erst einmal ausprobieren zu wollen, ob sie mit der Tätigkeit fertig würde. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag sei weder vorgelegt noch abgeschlossen worden. Die Frau F. und sie selbst seien daher von Anfang an von einem Arbeitsversuch seitens der Klägerin ausgegangen. Die Leistungseinschränkung sei schließlich auch durch das amtsärztliche Gutachten von Frau Dr. S. vom 4. März 2003 bestätigt worden. Die Schwägerin habe einen Arbeitsvertrag erstmalig drei Wochen später zur Unterschrift erhalten, die Klägerin hingegen nicht. Sie gehe davon aus, dass sie mit ihrer Schwägerin verwechselt worden sei. Daher sei zu klären, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Außerdem wolle sie darauf hinweisen, dass die Firma O. mbH erst am 13. November 2002 eine ausgefüllte Arbeitsbescheinigung offensichtlich auf Betreiben der Beklagten vorgelegt habe. Vor diesem Hintergrund müsse die Zeugenaussage des Herrn F. bewertet werden. Sie bezweifle auch das Vorliegen eines Lohnschecks, da sie ja definitiv nicht gearbeitet und daher auch keinen Lohn beansprucht habe. Das versehentlich von der Firma O. mbH Sozialabgaben für die Klägerin geleistet worden seien, sei ihr nicht anzulasten. Sie verweise nochmals darauf, dass sie der Beklagten von dem Arbeitsversuch am 4. September 2002 bei der Firma O. mbH telefonisch berichtet habe. Mit Schreiben vom 12. September 2005 hat die Klägerin die Besucherkarte des Arbeitsamtes D., Geschäftsstelle L., dem Senat vorgelegt. Unter der Rubrik "Anmelde- und Bearbeitungsstelle der Arbeitsvermittlung und Arbeitsberatung" ist die Sammelnummer des Arbeitsamtes L.

angegeben.

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 9. Oktober 2003 und den Bescheid der Beklagten vom 8. November 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2003 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht sie sich auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil. Die Klägerin versuche im Wesentlichen darzulegen, dass es sich um einen missglückten Arbeitsversuch gehandelt habe, der keine leistungsrechtlichen Konsequenzen nach sich zöge. Andererseits belege die Klägerin gerade durch ihren Arbeitsversuch selbst, dass sie eine Tätigkeit habe aufnehmen wollen und lediglich durch die aufgetretenen allergischen Hautreaktionen daran gehindert worden sei.

Der Senat hat Beweis erhoben durch die Vernehmung des F., der S. und der F. als Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 9. September und 28. Oktober 2005 verwiesen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte (1 Hefter) Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig ([§ 143 SGG](#)).

Die Berufung ist begründet, soweit es die Aufhebung des streitgegenständlichen Bewilligungsbescheides ab dem 4. September 2002 betrifft. Im Übrigen ist sie unbegründet.

Streitgegenstand ist aufgrund der Prozessklärung der Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 9. September 2005 allein der Aufhebungsbescheid vom 8. November 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2003. Über den Erstattungsbescheid vom 26. April 2004 ist daher nicht zu entscheiden.

Die Bewilligung des Arbeitslosengeldes (Alg) für die Zeit ab dem 4. September 2002 hat die Beklagte zu Unrecht aufgehoben. Der Bescheid vom 8. November 2002 in Form des Widerspruchsbescheides vom 16. Januar 2003 ist insoweit rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Aufhebung der Bewilligungsanordnung (Alg) vom 15. Juli 2002 für den 2. oder 3. September durch dem Bescheid vom 8. November 2002 ist hingegen rechtmäßig, da sie sich an diesen Tagen in einem Arbeitsverhältnis befunden hat.

Die Frage der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Aufhebungsbescheides vom 8. November 2002 beurteilt sich nach [§ 48](#) Sozialgesetzbuch – Zehntes Buch – (SGB X). Gemäß [§ 48 Abs. 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben (Satz 1). Der Verwaltungsakt soll mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse an aufgehoben werden, wenn der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist (Satz 2 Nr. 2).

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin ihre Mitteilungspflichten im Hinblick auf die aufgenommene Tätigkeit bei der Firma O. mbH nicht grob fahrlässig verletzt.

Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat ([§ 48 Abs. 1 Ziff. 2 SGB X](#)). Im Rahmen des [§ 48 Abs. 1 Ziff. 2 SGB X](#) ist ein subjektiver und kein objektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen (vgl. BSG, Urteil vom 23. Juli 1996, Az.: [B 7 RA/R 14/96](#)). Grobe Fahrlässigkeit ist zu bejahen, wenn der Betroffene schon einfache, nahe liegende Überlegungen nicht angestellt und deshalb nicht beachtet hat, was in diesem Fall jedem einleuchten musste (Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. September 2004, Az.: [L 9 AL 2836/03](#)). Entscheidend sind stets die besonderen Umstände des Einzelfalls und die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen, das heißt seine Urteilsfähigkeit und sein Einsichtsvermögen, im Übrigen auch sein Verhalten (Steinwedel, im Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, [§ 45 Rdziff. 39](#)). Unter Berücksichtigung dessen ist vom Arbeitslosen zu verlangen, dass er vom Inhalt der ihm zu übergebenden Merkblätter Kenntnis nimmt und, abhängig von den Umständen des Einzelfalls, im Zweifelsfall bei der Beklagten nachfragt (vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 5. März 2004, Az.: [L 8 AL 3169/03](#)).

Die Klägerin hat das Merkblatt für Arbeitslose erhalten und unterschrieben. Danach ist der Arbeitslose verpflichtet, unaufgefordert und sofort Änderungen mitzuteilen, die für die Beurteilung seines Leistungsanspruches bedeutsam sein können. Die Klägerin hat - nach eigenem glaubwürdigen Bekunden vor dem Senat - nach Beendigung der Arbeitsaufnahme am 4. September 2002 die auf ihrem persönlichen Kärtchen des Arbeitsamtes D. - Geschäftsstelle L. - unter der Rubrik "Anmelde- und Bearbeitungsstelle der Abteilung Arbeitsvermittlung und Arbeitsberatung" dort angegebene Telefonsammelnummer angerufen und demjenigen, der den Anruf entgegengenommen hat, mitgeteilt, dass sie die aufgrund ihrer Eigeninitiative aufgenommene Beschäftigung bei der Firma O. mbH wegen allergischer Reaktionen nicht weiter ausführen könne. Ziel ihres Anrufs war es - so die Klägerin - zu klären, wie die Sachlage sich nun verhalte und ob sie noch persönlich beim Arbeitsamt vorstellig werden müsste. Der dortige Telefonpartner beim Arbeitsamt L. habe ihr gesagt, da sie ja keinen Arbeitsvertrag hätte, sei alles hinfällig, d. h. die Sache sei in Ordnung. Dies sei der Grund gewesen, warum die Klägerin die Sache habe auf sich beruhen lassen. Der Klägerin ist zwar anzulasten, dass sie nicht darauf bestanden hat, mit ihrer Sachbearbeiterin verbunden zu werden, insoweit ist auch Fahrlässigkeit anzunehmen, jedoch liegt in diesem Verhalten grobe Fahrlässigkeit nicht vor. Aus ihrer subjektiven Sicht ist sie der Aufforderung des Arbeitsamtes, veränderte Sachlagen mitzuteilen, nachgekommen, indem sie die Sammelstelle des Arbeitsamtes angerufen und dort den Sachverhalt geschildert hat. In diesem Verhalten vermag der Senat nicht erkennen, dass die Klägerin die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt hat.

Demzufolge ist damit die Aufhebung von Alg für die Zeit ab dem 4. September 2002 rechtswidrig, da sie das zuständige Arbeitsamt von der Änderung der Verhältnisse in Kenntnis gesetzt hat ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#)).

Die Aufhebung der Bewilligungsanordnung vom 15. Juli 2002 für den 2. und 3. September 2002 ist hingegen rechtmäßig, weil durch die Aufnahme einer Beschäftigung an den streitgegenständlichen Tagen bei der Firma O. mbH (vorübergehend) die Arbeitslosigkeit der Klägerin entfallen war und die Klägerin wissen musste, dass der Alg-Anspruch für diese Tage nicht bestand ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB X](#)).

Anspruch auf Alg hat nur derjenige, der arbeitslos ist. Arbeitslos ist nach § 118 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch – Drittes Buch – (SGB III) ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), wobei die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht ausschließt ([§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Demnach fällt die Arbeitslosigkeit bei Ausübung einer Tätigkeit von 15 Wochenstunden und mehr fort. Die Klägerin hatte laut ausgestelltter Arbeitsbescheinigung der Firma O. mbH vom 11. November 2002 am 2. September 2002 ein Beschäftigungsverhältnis als Produktionshelferin angetreten, welches sie von sich aus am 3. September 2002 wieder beendete. Sie arbeitete zwei Tage vollschichtig. Für ihre Tätigkeit wurden Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet und die Klägerin war in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert. Die wöchentliche Arbeitszeit war auf 35 Stunden pro Woche ausgerichtet. Damit hatte die Klägerin am 2. September 2002 eine über der Grenze des [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) liegende Beschäftigung aufgenommen. Sie kann im Übrigen nicht damit gehört werden, dass durch Aufnahme der Tätigkeit bei der Firma O. mbH kein Arbeitsverhältnis begründet worden sei. Laut der schriftlichen Aussage vom 1. Oktober 2003 des bei der Firma O. mbH für die Arbeitsverträge zuständigen Zeugen F. hatten sich die Produktionsleiterin Frau S. und die Klägerin über die Aufnahme einer Beschäftigung der Klägerin in der Produktion geeinigt. Daraufhin sei sie zur Arbeit eingeteilt worden und habe zwei komplette Frühschichten gearbeitet. Die Klägerin habe sodann am 2. September 2002 ihr Beschäftigungsverhältnis aufgenommen. Die beiden gearbeiteten Tage seien buchungstechnisch abgerechnet worden, wobei es nicht zur Auszahlung mangels Kontenkenntnis des Arbeitgebers, sondern zur Umstellung auf Scheckzahlung für die Klägerin, gekommen sei. Die Produktionsleiterin Frau S. bestätigte in ihrer schriftlich gefertigten Aussage vom 8. Oktober 2003 dem SG gegenüber, dass die Klägerin mit ihr ein Vorstellungsgespräch geführt und diese daraufhin zwei Tage gearbeitet habe. Die Zeugen bestätigten ihre Aussagen auch in der vom Senat am 9. September vorgenommenen Beweisaufnahme. Die Zeugin S. führte darüber hinaus aus, dass ihr in ihrer 10-jährigen Zeit als Produktionsleiterin noch nie ein unentgeltliches Arbeitsverhältnis untergekommen sei. Es habe allerdings manchmal Probearbeitsverhältnisse gegeben, diese wären aber immer vergütet worden. Beide Aussagen sprechen damit gegen einen von der Klägerin behaupteten vereinbarten "Eignungsversuch" ohne Verbindlichkeit.

Auch die Anhörung der Zeugin F. vor dem Senat am 28. Oktober 2005 führt zu keiner anderen Bewertung, da diese über die Vereinbarung eines möglicherweise unentgeltlichen Eignungsversuches überhaupt keine Aussage machen konnte. Unabhängig davon weist der Senat darauf hin, dass mit der Neuregelung des [§ 122 Abs. 2 SGB III](#) der Gesetzgeber die Unterbrechung der Arbeitslosigkeit nicht an die Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung geknüpft hat. Grund dafür ist, auch die Fälle zu erfassen, in denen die Arbeitslosigkeit durch die Aufnahme einer mehr als geringfügigen versicherungsfreien Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit unterbrochen wird. Mit Beschäftigung sind also auch versicherungsfreie Tätigkeiten gemeint (Valgolio, in Hauck/Noftz, SGB III, § 122 Rziff. 34; Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. April 2003, Az.: [L 1 AL 4/03](#)). Entscheidend für die Annahme des Merkmals Beschäftigung i. S. d. [§ 122 Abs. 2 SGB III](#) ist, die voraussichtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt seiner Begründung (BSG, Urteil vom 15. Dezember 1999, [B 11 AL 53/99 R](#)). Die Merkmale und Umstände, wie sie beim Beginn der Beschäftigung vorgelegen haben, sind auch dann maßgebend, wenn die Beurteilung erst nach Beendigung der Beschäftigung erfolgt (BSG, Urteil vom 30. Mai 1978, Az.: [7 RAr 48/77](#)). Wie bereits ausgeführt, geht der erkennende Senat davon aus, dass sich die Beteiligten über die Aufnahme einer Vollzeitstätigkeit geeinigt hatten und die begonnene Tätigkeit nur beendet wurde, weil die Klägerin massive allergische Hautreaktionen zeigte. Ohne diese gesundheitliche Beeinträchtigung hätte das Arbeitsverhältnis seinen Fortgang genommen. Dieses bestreitet nicht einmal die Klägerin. Ist aber eine Vollzeitstätigkeit aufgenommen worden, kommt es wegen der Maßgeblichkeit der vorausschauenden Beurteilungen auf die zeitliche Dauer der Beschäftigung nicht an (vgl. BSG, Urteil vom 17. März 1981, Az.: [B 7 RAr 19/80](#)). Es ist daher unerheblich, dass die Klägerin nur zwei Tage vollzeitig beschäftigt gewesen ist.

Für eine Beschäftigung von weniger als 15 Stunden gibt es ebenso wie für einen behaupteten Eignungsversuch keine Anhaltspunkte. Selbst wenn es sich um eine versuchsweise Probearbeit für wenige Tage gehandelt hätte, hätte dies die Arbeitslosigkeit entfallen lassen. Denn aus einem Probearbeitsverhältnis ergeben sich dieselben Rechte und Pflichten wie aus einem sonstigen Arbeitsverhältnis (Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 11. Auflage, § 40 Rz. 1 und 6). Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht aus dem Rechtsinstitut des missglückten Arbeitsversuchs herleiten. Die Rechtsfigur des missglückten Arbeitsversuches ist seit dem In-Kraft-Treten des Sozialgesetzbuches – Fünftes Buch – (SGB V seit dem 1. Januar 1989) nicht mehr anzuwenden (vgl. BSG, Urteil vom 23. Juli 1996, Az.: [B 7 RAr 14/96](#)). Bei der Aufnahme einer mehr als kurzzeitigen Beschäftigung – wie vorliegend – handelt es sich jedenfalls um eine tatsächliche Gegebenheit, die nicht ungeschehen gemacht werden kann (vgl. auch: BSG, Urteil vom 4. Dezember 1997, Az.: [B 12 RK 3/97](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-09-11