

L 10 Ar 873/90

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
10

1. Instanz
SG Frankfurt (HES)
Aktenzeichen
S 14 Ar 1073/88

Datum
26.04.1990
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 10 Ar 873/90

Datum
28.02.1992
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 26. April 1990 insoweit aufgehoben, als der Bescheid vom 13. April 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 aufgehoben worden ist.

II. Im übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten auch des Berufungsverfahrens zu erstatten.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die rückwirkende Gewährung von Arbeitslosengeld.

Die 1948 geborene Klägerin absolvierte zwischen Oktober 1970 und Juni 1975 ein Hochschulstudium, das sie am 12. Juni 1975 mit der Diplom-Prüfung zum Diplom-Politologen abschloß. Nach zwischenzeitlichem Bezug von Arbeitslosenhilfe war sie vom 10. April 1978 bis 31. März 1983 als Sachbearbeiterin bei der Firma H. O., beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete nach Angaben des Arbeitgebers wegen Wegfall des Arbeitsplatzes aus betriebsbedingten Gründen.

Am 23. März 1983 beantragte die Klägerin unter gleichzeitiger Arbeitslosenmeldung mit Wirkung zum 1. April 1983 die Gewährung von Arbeitslosengeld. Da sie im Antrag angegeben hatte, ab dem 10. April 1983 an der Universität in Frankfurt ein Studium zu beginnen, gewährte ihr die Beklagte das Arbeitslosengeld lediglich für die Zeit vom 1. bis zum 9. April 1984 und hob gleichzeitig die entsprechende Leistungsbewilligung ab 10. April 1983 durch Bescheid vom 13. April 1983 auf. Im hiergegen am 19. April 1983 erhobenen Widerspruch machte die Klägerin geltend, sie sei für den Arbeitsmarkt voll vermittelbar; sie habe ein bereits abgeschlossenes Studium und warte auf eine Vermittlung in eine Arbeitsstelle. Da dies nur sehr schwer möglich sei, versuche sie sich in der Zwischenzeit weiterzubilden, um die Vermittlung zu vereinfachen. Diesem Zweck diene auch das jetzt aufgenommene Studium. Es sei ihr jederzeit möglich, falls sie eine Arbeitschance habe, das Studium fallen zu lassen. Ihr Studium solle nicht zuletzt dazu dienen, weiterhin in einem geregelten "Arbeitsalltag" zu leben und einer "Arbeitsentwöhnung" vorzubeugen. Obwohl der für die Klägerin zuständige Arbeitsvermittler in einem Vermerk vom 17. Mai 1983 ausfuhrte, daß Verfügbarkeit trotz des Studiums durchgehend vorliege, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15. August 1983 den Widerspruch unter Hinweis auf § 118a Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) als unbegründet zurück. Es sei davon auszugehen, daß durch das Studium der Rechtswissenschaften die Arbeitskraft der Klägerin voll in Anspruch genommen werde, so daß der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach der genannten Vorschrift ruhe.

Auf Grund einer Vermittlung der Beklagten war die Klägerin vom 1. Dezember 1984 bis 30. November 1985 als pädagogische Mitarbeiterin bei der Arbeiterwohlfahrt e.V. mit einer tariflichen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden beschäftigt. Ihren am 21. November 1985 mit Wirkung zum 1. Dezember 1985 gestellten Antrag auf Arbeitslosengeld lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 6. Februar 1986 ab, obwohl ihr die Klägerin zuvor unter dem 6. Januar 1986 mitgeteilt hatte, sie sei trotz ihres Studiums jederzeit in der Lage, eine Arbeit aufzunehmen, was sie durch ihre Tätigkeit bei der Arbeiterwohlfahrt bewiesen habe. Sie würde auch ihr Zweitstudium, trotz der inzwischen erreichten höheren Semesterzahl abbrechen, falls sie eine Dauerstellung finde. Seit 1975 suche sie eine solche ohne Erfolg. Eine jetzige Exmatrikulation schaffe nur eine Dauerarbeitslose mehr, die keine Zukunftschance habe. Der Bescheid vom 6. Februar 1986 wurde ebenso wie die vorangegangenen Bescheide vom 13. April und 15. August 1983 zwischen den Beteiligten bindend.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Beschluss vom 18. November 1986 ([BVerfGE 74, 9](#)) die Vorschrift des § 118 a AFG für mit der Verfassung unvereinbar und nichtig erklärt hatte, soweit für Studenten einer Hochschule oder sonstigen Ausbildungsstätte das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld angeordnet worden sei, beantragte die Klägerin mit am 18. September 1987 eingegangenen Schreiben vom 15. September 1987 die Überprüfung ihres "Falles". Sie habe auch zur Zeit ihres Studiums dem Arbeitsmarkt uneingeschränkt zur Verfügung gestanden, weil sie nur studiert habe, um die absehbare "unendliche" Arbeitslosigkeit als Akademiker des Faches Politikwissenschaft zu durchbrechen. Daß einzige ihr vom Arbeitsamt Offenbach vermittelte Arbeitsangebot (Arbeiterwohlfahrt) habe sie dankbar sofort angetreten. Im Jahre 1986 habe sie eigeninitiativ bei der Industriegewerkschaft Metall Arbeit gefunden. Ab 15. April 1987 habe sie mit Rücksicht auf ihre Anmeldung zum Examen nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestanden. Unter Hinweis auf die ergangenen bindenden Verwaltungsakte lehnte die Beklagte den Überprüfungsantrag mit Bescheid vom 13. Oktober 1987 ab.

Hiergegen erhob die Klägerin, die vom 12. Februar bis 12. April 1986 als Stenokontoristin und erneut vom 8. Juli bis 7. Oktober 1986 als Aushilfe bei der Industriegewerkschaft Metall (IG-Metall) beschäftigt war, am 4. November 1987 Widerspruch. Sie machte geltend, daß es ihr um die Zahlung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 23. März 1983 bis 1. Dezember 1984 gehe. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei ihr nach § 44 Sozialgesetzbuch – Verwaltungsverfahren – (SGB X) infolge der geänderten Rechtslage ein neuer Anspruch zugewachsen. Durch Widerspruchsbescheid vom 16. März 1988 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zwar sei § 118 a AFG durch Gesetz vom 14. Dezember 1987 aufgehoben worden. Nach der Übergangsvorschrift des § 242 h Abs. 11 AFG blieben jedoch Entscheidungen, die unter Anwendung des § 118 a AFG bis zum 11. Februar 1987 getroffen worden seien, bestandskräftig. Der Bescheid vom 13. April 1983 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 sei somit rechtmäßig.

Auf die am 5. April 1988 erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) Frankfurt am Main die Beklagte unter Aufhebung ihrer Bescheide vom 15. März 1983 und 13. Oktober 1987 (jeweils in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 15. August 1983 und 16. März 1988) verurteilt, den Antrag der Klägerin auf Überprüfung der Bewilligung von Arbeitslosengeld gemäß [§ 44 SGB X](#) für die Zeit vom 23. März 1983 bis zum 1. Dezember 1984 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Vorliegend seien die Voraussetzungen für die Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes gegeben. Zwar bestehe gemäß § 152 AFG keine Verpflichtung der Arbeitsämter, solche Verwaltungsakte, die unanfechtbar geworden seien, stets auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Die Arbeitsämter hätten aber über die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Der Bescheid vom 13. April 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 sei offensichtlich rechtswidrig; der Ablehnung des Arbeitslosengeldes habe die verfassungswidrige Vorschrift des § 118 a AFG zugrunde gelegen. Einer Überprüfung seitens der Beklagten stehe auch nicht die Übergangsvorschrift des § 242 h Abs. 11 AFG entgegen. Die Beklagte sei mithin verpflichtet, den Antrag auf Überprüfung des Bescheides vom 13. April 1983 erneut zu bescheiden.

Gegen dieses ihr am 20. Juli 1990 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer am 17. August 1990 eingelegten Berufung. Sie ist der Auffassung, das angefochtene Urteil sei bereits deshalb fehlerhaft, weil das SG nicht nur den Bescheid vom 13. Oktober 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. März 1988, sondern auch den der Überprüfung zugrunde zu legenden Bescheid vom 13. April 1983 aufgehoben habe. [§ 44 SGB X](#) lasse mit Blick auf § 152 Abs. 1 AFG eine weitgehende Freiheit, sich für oder gegen eine Rücknahme eines rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsaktes zu entscheiden. Er gebe weder der Rechtssicherheit noch der Einzelfallgerechtigkeit den Vorrang. Beide Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips hätten im Rahmen dieser Vorschrift gleichen Rang. Deshalb könne weder allein die Rechtswidrigkeit des früheren Bescheides zu dessen Rücknahme verpflichten, noch könne die eingetretene Bindungswirkung entscheidender Grund für die Ablehnung der Rücknahme sein. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, das der Beklagten eingeräumte Ermessen bei der Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit sei in dem Sinne auf Null reduziert, daß eine Rücknahme auf jeden Fall hätte erfolgen müssen und jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft gewesen wäre. Nur unter dieser Voraussetzung wäre das SG berechtigt gewesen, alle Bescheide, also auch den bestandskräftigen Bescheid, dessen Rücknahme beantragt worden sei, aufzuheben. Eine Ermessensreduzierung auf Null komme vorliegend schon deshalb nicht in Betracht, weil nach wie vor nicht davon ausgegangen werden könne, daß die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt gewesen seien. Die Tatsache, daß § 118 a AFG für nichtig erklärt worden sei, bedeute nicht automatisch, daß Studenten ohne weiteres Leistungen bei Arbeitslosigkeit erhalten könnten. Auch nach der Nichtigerklärung könnten Studenten Arbeitslosengeld nur erhalten, wenn sie alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllten, insbesondere also verfügbar seien. Bei der Prüfung der Verfügbarkeit sei nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, daß ein ordentliches Studium an einer Hochschule die Verfügbarkeit der Studenten regelmäßig ausschließe. Der Studierende könne allerdings glaubhaft machen, daß in seinem Fall das Studium der Verfügbarkeit nicht entgegenstehe. Eine solche Glaubhaftmachung sei nicht erfolgt. Auf Grund ihres Studiums und der tatsächlichen Teilnahme an den entsprechenden Ausbildungsveranstaltungen sei die Klägerin gehindert gewesen, ohne Verzug eine zumutbare Beschäftigung aufzunehmen. Sie habe daher für die Vermittlungstätigkeit aktuell nicht zur Verfügung gestanden, woran auch nichts ihre Erklärung ändere, im Falle des Angebots einer Dauerarbeitsstelle das Studium abbrechen zu wollen. Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 28. Oktober 1987 – [7 RAr 80/86](#) – stehe der Arbeitslose nur dann der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wenn er an jedem Tag, für den er Lohnersatzleistungen begehre, durch nichts gehindert sei, ohne Verzug eine zumutbare Beschäftigung auszuüben. Objektive Verfügbarkeit setze grundsätzlich das Fehlen von Umständen voraus, die eine gleichzeitige Ausübung einer Beschäftigung ausschließen. Auch die Erklärung des Arbeitslosen, solche Umstände im Falle eines Arbeitsangebotes zu beseitigen, könne nach der Rechtsprechung des BSG nicht zur Leistungsgewährung führen.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 26. April 1990 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie weist darauf hin, daß sie während des Studiums für die Arbeitsvermittlung verfügbar gewesen sei. Vom Beginn des Studiums an habe sie ihre Bereitschaft bekundet, das Studium im Falle eines Arbeitsangebotes jederzeit aufzugeben. Sie habe ihre Verfügbarkeit weiterhin dadurch unter Beweis gestellt, daß sie vom 1. Dezember 1984 bis 30. November 1985 auf Vermittlung der Beklagten selbst im Rahmen einer Maßnahme zur Arbeitsbeschaffung bei der Arbeiterwohlfahrt beschäftigt gewesen sei. Angesichts der weiteren Beschäftigungen im Jahre 1986 bei der IG-Metall sei der Vortrag der Beklagten, die Verfügbarkeit sei bislang nicht glaubhaft gemacht worden, unverständlich.

Im übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten auf den Inhalt der Akte der Beklagte

und der Gerichtsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgemäß eingelegte Berufung ist zulässig, in der Sache jedoch im wesentlichen unbegründet. Da die Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Senats vom 28. Februar 1992 die Klage insoweit zurückgenommen hat, als auch die Frage der Leistungsgewährung für die Zeit vom 23. März 1983 bis zum 9. April 1983 und für den 1. Dezember 1984 im Streit war, war darüber nicht mehr zu befinden. Hinsichtlich der noch streitigen Zeit hat das SG die Beklagte indes zu Recht verurteilt, den Antrag der Klägerin vom 15. September 1987 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Allerdings hat die Beklagte über den Arbeitslosengeldanspruch, den die Klägerin nunmehr noch für die Zeit vom 10. April 1983 bis zum 30. November 1984 geltend macht, bereits mit dem Bescheid vom 13. April 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 entschieden. Dieser Bescheid hat gemäß [§ 77 SGG](#) (negative) Dauerwirkung, soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen oder anderweitig aufgehoben wird ([§ 39 Abs. 2 SGB X](#)). Da es sich bei dem Bescheid vom 13. April 1983 um einen nicht begünstigenden Verwaltungsakt handelt und seine Aufhebung gemäß [§ 48 SGB X](#) mangels entsprechender tatsächlicher Voraussetzungen von vornherein ausscheidet, kommt nur seine Rücknahme unter den Voraussetzungen des [§ 152 Abs. 1 AFG i.V.m. § 44 SGB X](#) in Betracht. Der Senat hat keine Bedenken, den Antrag der Klägerin auf Überprüfung vom 15. September 1987 als Antrag auf Rücknahme des ihrer Ansicht nach rechtswidrigen, nicht begünstigenden Bescheides vom 13. April 1983 und auf rückwirkende Leistungsgewährung, die sie im Widerspruchsverfahren auf die Zeit vom 23. März 1983 bis 1. Dezember 1984 beschränkt hat, auszulegen. Sie steht auch mit der Verfahrensvorgeschichte sowie dem wesentlichen Inhalt des angefochtenen Bescheides vom 13. Oktober 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. März 1988 im Einklang, mit dem die Beklagte die rückwirkende Leistungsgewährung abgelehnt hat.

Die Ablehnung der Rücknahme in dem Bescheid vom 13. Oktober 1987 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. März 1988 war rechtswidrig. Nach [§ 152 Abs. 1 AFG](#) in der Fassung des Gesetzes zur Ergänzung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und zum Schutz der Solidargemeinschaft vor Leistungsmissbrauch (8. Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes) vom 14. Dezember 1987 ([BGBl. I S. 2602](#)) kann ein Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise unter den Voraussetzungen des [§ 44 Abs. 1 SGB X](#) für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Diese Rechtslage galt im übrigen auch bereits vor dem zum 1. Januar 1988 erfolgten Inkrafttreten der Gesetzesänderung ([BSG SozR 1300 § 44 Nr. 26](#)), so daß dahingestellt bleiben kann, ob die jetzt geltende Fassung des [§ 152 Nr. 1 AFG](#) oder [§ 152 Abs. 1 AFG](#) in der Fassung des Gesetzes vom 18. August 1980 ([BGBl. I S. 1469](#)) Anwendung findet.

Der angefochtene Bescheid vom 13. Oktober 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. März 1988 ist rechtswidrig, weil [§ 152 Abs. 1 AFG](#) eine Ermessensvorschrift darstellt, die Beklagte jedoch ohne Ausübung des Ermessens die Rücknahme abgelehnt hat, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen des Rücknahmeermessens gegeben sind.

Die Voraussetzungen des [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) sind erfüllt. Die Beklagte hat bei Erlass des Bescheides vom 13. März 1983 das Recht unrichtig angewandt und deshalb zu Unrecht Sozialleistungen für die Zeit vom 10. April 1983 bis zum 30. November 1984 nicht erbracht. Sie hat den Anspruch der Klägerin auf Arbeitslosengeld in dem Bescheid, dessen Rücknahme begehrt wird, rechtswidrig verneint, nämlich ihre damalige Entscheidung allein auf [§ 118 a AFG](#) gestützt. Diese Vorschrift hat jedoch das BVerfG mit Beschluss vom 18. November 1986 für mit der Verfassung unvereinbar und nichtig erklärt, soweit sie für Studenten einer Hochschule oder sonstigen Ausbildungsstätte das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld anordnete. Daß [§ 79 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz \(BVerfGG\)](#), wonach nicht mehr anfechtbare Entscheidungen, die auf einer vom BVerfG gemäß [§ 78 BVerfGG](#) für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt bleiben, die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte nach [§ 152 AFG](#), [§ 44 SGB X](#) oder ähnliche Vorschriften nicht einschränkt, hat das SG zutreffend unter Hinweis auf das Urteil des BSG vom 8. September 1988 ([SozR 4100 § 152 Nr. 18](#)) dargelegt. Da die verfassungsgerichtliche Entscheidung vom 18. November 1986 Gesetzeskraft hat ([§ 31 Abs. 2 BVerfGG](#)), konnte die Beklagte ihre die Zahlung des Arbeitslosengeldes ablehnende Haltung nicht auf [§ 118 a AFG](#) stützen. Desgleichen vermag sie sich nicht auf [§ 242 h Abs. 11 AFG](#) zu berufen, weil diese Übergangsvorschrift nur Bedeutung hat für Leistungsansprüche von Schülern. Unter diesen rechtlichen Vorgaben käme eine Rücknahme des Bescheides vom 13. März 1983 (in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983) von vornherein nur dann nicht in Betracht, wenn der Klägerin aus anderen Gründen keine Leistungen hätten bewilligt werden dürfen. Das ist indes nicht für die Zeit vom 10. April 1983 bis 30. November 1984 der Fall.

Für diesen Zeitraum lagen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach weiter, nämlich über den 9. April 1983 hinaus, vor. Nicht nur hatte die Klägerin auf Grund ihrer langjährigen beitragspflichtigen Beschäftigung bei der Firma Honeywell die Anwartschaftszeit erfüllt ([§ 104 AFG](#)), sie war auch arbeitslos ([§ 101 AFG](#)) und stand trotz ihres am 10. April 1983 begonnenen Studiums an der Universität Frankfurt der Arbeitsvermittlung zur Verfügung. Nach [§ 103 Abs. 1 Satz 1 AFG](#) in der für den streitigen Zeitraum anwendbaren Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes vom 22. Dezember 1981 ([BGBl. I S. 1497](#)) steht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wer 1. eine längere als kurzzeitige zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben kann und darf, 2. bereit ist, a) jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen, die er ausüben kann und darf, sowie b) an zumutbaren Maßnahmen zur beruflichen Ausbildung, Fortbildung und Umschulung, zur Verbesserung der Vermittlungsaussichten sowie zur beruflichen Rehabilitation teilzunehmen, sowie 3. das Arbeitsamt täglich aufsuchen kann und für das Arbeitsamt erreichbar ist.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das Erfordernis der sogenannten objektiven Verfügbarkeit erfüllt. Objektive Verfügbarkeit bedeutet, daß der Arbeitslose durch nichts gehindert sein darf, ohne Verzug eine gemäß [§ 103 AFG](#) zumutbare Beschäftigung aufzunehmen. Er muß sich der Vermittlungstätigkeit des Arbeitsamtes aktuell zur Verfügung halten ([BSG SozR 4100 § 103 Nr. 8](#); ständige Rechtsprechung). In diesem Sinne war die Klägerin verfügbar. Sie verfügte nicht nur über ein für die Aufnahme einer mehr als kurzzeitigen Beschäftigung erforderliches physisches und psychisches Leistungsvermögen. Sie konnte eine ihr vermittelte Beschäftigung auch in angemessener Zeit tatsächlich aufnehmen. Des weiteren war sie frei von tatsächlichen und rechtlichen Bindungen, die eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausschließen. Insbesondere stellt die Immatrikulation als ordentlicher Studierender an einer Hochschule nicht eine die Verfügbarkeit beeinträchtigende rechtliche Bindung dar. Sie begründet auch keine tatsächliche Bindung, was allein schon daraus folgt, daß in der sozialen Wirklichkeit viele Studenten die Möglichkeit ergreifen, auf dem Arbeitsmarkt eine Beschäftigung von mehr oder weniger langer Dauer auszuüben ([BSG SozR 4100 § 118 Nr. 5](#) und [§ 134 Nr. 3](#)). Deshalb sind ohne Rücksicht

auf den Umfang ihrer Ausbildung Studierende jedenfalls dann verfügbar, wenn sie ernstlich bereit sind, das Studium zu Gunsten der Aufnahme einer mehr als kurzzeitigen Beschäftigung sofort abzubrechen (vgl. Gagel, AFG, § 103 Anm. 141 f und § 103 a Anm. 31; für kurzfristige, innerhalb eines Studiums liegende Praktikantenzeiten s. BSG [SozR 4100 § 103 Nr. 42](#)).

Allerdings hat die Beklagte zutreffend auf die Rechtsprechung des 7. Senates des BSG hingewiesen, nach der ein Student der Arbeitsvermittlung im Sinne des § 103 AFG objektiv nicht zur Verfügung stehe, wenn er ein reguläres Hochschulstudium so betreibe, daß dadurch jegliche marktübliche Berufstätigkeit von mehr als kurzzeitigem Umfang ausgeschlossen sei. Der Student könne eine hiernach fehlende Verfügbarkeit nicht dadurch herstellen, daß er bereit sei, sein Studium im Falle eines zumutbaren Arbeitsangebotes abzubrechen. Dadurch werde eine sinnvolle Freizeitbeschäftigung nicht ausgeschlossen. Der Arbeitslose könne wie jeder andere, insbesondere wie jeder Berufstätige Beschäftigungen aus Liebhaberei, aus kulturellen, karitativen, sportlichen oder gesundheitlichen Interessen und zum Zeitvertreib nachgehen. Es sei offenkundig, daß eine derartige Nutzung der Freizeit allein weder die Bereitschaft noch die Möglichkeit beeinträchtige, anstelle dessen auch eine Beschäftigung im Arbeitsverhältnis auszuüben. Eine Betätigung stehe jedenfalls dann im Gegensatz zu den Anforderungen der objektiven Verfügbarkeit, wenn sie auf längere Dauer angelegt und planvoll gestaltet sei sowie derart betrieben werde, daß sie die für eine Berufstätigkeit erforderliche Zeit vollständig in Anspruch nehme, die mithin für jeden Tag, an dem sie statfinde, die Möglichkeit ausschließe, berufstätig zu sein. Diese Rechtsprechung vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Der erkennende Senat hat bereits mit Urteil vom 21. Juni 1991 (info also 1991, 183) dargelegt, daß dann, wenn eine Bildungsmaßnahme – wie vorliegend – nicht mit tatsächlichen oder rechtlichen Bindungen des Arbeitslosen einhergeht, die Bildungsmaßnahme die Verfügbarkeit des Arbeitslosen ebensowenig wie andere zulässige Freizeitbeschäftigungen beeinträchtigt. Die Folgerung des 7. Senats des BSG, der Arbeitslose müsse sich der Vermittlungstätigkeit des Arbeitsamts aktuell zur Verfügung halten und damit werde folglich ein Zustand der Verhältnisse des Arbeitslosen beschrieben, wie er von vornherein täglich vorhanden sein muß, erscheint logisch nicht haltbar. Diese Verpflichtung des Arbeitslosen wirft stets erst die Frage auf, ob und wie sie als erfüllt anzusehen ist; diese Frage kann entgegen der angeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade nicht "folglich" schon beantwortet sein. Daran hält der erkennende Senat fest.

Die angeführte Rechtsprechung des 7. Senats des BSG erscheint auch verfassungsrechtlich nicht haltbar. Mit ihrer Entscheidung, ein Studium an der Universität durchzuführen, hat die Klägerin von ihrem in [Artikel 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) verbürgten Recht der Freiheit der Berufswahl Gebrauch gemacht. Dieses Recht umfaßt auch die Freiheit, durch weitere Ausbildungen die Voraussetzungen für die Ausübung anderer Berufe, als sie bisher ausgeübt wurden, zu schaffen. Die Freiheit der Berufswahl ist nämlich nicht beschränkt auf den erstmaligen Zugang zu einem Beruf, sondern erstreckt sich auf den das ganze Berufsleben durchziehenden Prozeß der Berufsfindung ([BVerfGE 7, 377](#), 401; [17, 269](#), 276). Aus der verfassungsrechtlichen Garantie dieses Rechts folgt die Unzulässigkeit von gesetzlichen Behinderungen in der Ausübung dieses Rechts, die nicht durch Gründe des Gemeinwohls zwingend geboten sind ([BVerfGE 7, 377](#), 405). Insbesondere darf durch das öffentliche Leistungsrecht der Zugang zu einem gewählten Beruf nicht erschwert oder wirtschaftlich unmöglich gemacht werden ([BVerfGE 82, 209](#), 223; 228 f), weshalb im Zweifel die gesetzlichen Vorschriften in diesem Rechtsbereich zugunsten der Berufsfreiheit auszulegen sind. Deshalb hat eine mit [Art. 12 GG](#) nicht mehr zu vereinbarende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit die Rechtsprechung des BSG etwa auch zu Recht angenommen, wenn durch Berufswahlentscheidungen des Arbeitslosen dessen durch Beitragsleistung erworbener Anspruch auf Arbeitslosengeld ausgeschlossen oder eingeengt wird. § 103 AFG enthalte keinen Anhalt dafür, daß eine so entscheidende Maßnahme der Steuerung des späteren beruflichen Lebens anders zu behandeln sei als sonstige persönliche Lebensumstände, die den Arbeitslosen an einer vollschichtigen Tätigkeit hinderten und deren Beseitigung nicht zumutbar sei (BSG SozR 4100 § 103 Nr. 6). Nach Auffassung des Senats geht es nicht an, solche den Arbeitslosen zeitlich ebenso wie eine Ausbildung in Anspruch nehmende Tätigkeiten, die seinen kulturellen, karitativen, sportlichen und gesundheitlichen Interessen entspricht, anders zu beurteilen, als solche Tätigkeiten, die Ausdruck einer Berufswahlentscheidung im Sinne des [Artikel 12 Abs. 1 GG](#) sind (Gagel a.a.O. § 103 a Anm. 33; Wissing, Ein Numerus clausus für studierwillige Arbeitslose, in: Festschrift für Simon, 1987, Seite 829, 841 f). Die Verfassung steht einer Auslegung des § 103 AFG entgegen, die dieser Entscheidung nicht genügende Beachtung schenkt und den – auf die Lohnersatzleistung Arbeitslosengeld im Regelfall angewiesenen – Arbeitslosen faktisch zwingt, seine berufsbezogene Entscheidung entweder gänzlich rückgängig zu machen oder seine Tätigkeit (hier: Studium) doch in erheblichem Umfang zu reduzieren.

Auch daß die Interessen der Versichertengemeinschaft an einer unverzüglichen Beendigung der Arbeitslosigkeit gegen die Rechtssprechung des 7. Senats des BSG sprechen, hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 21. Juni 1991 bereits deutlich gemacht. Es ist kein Grund ersichtlich, die Teilnahme des Arbeitslosen an einer Ausbildung durch Verweigerung des Arbeitslosengeld zu "bestrafen". Die solchermaßen aktiv verbrachte Zeit der Arbeitslosigkeit entspricht vielmehr den Interessen der Versichertengemeinschaft. Zahlreiche Untersuchungen haben belegt, daß Arbeitslosigkeit zu schwersten psychischen und sozialen Belastungen führen kann (vgl. Gagel a.a.O. vor § 100 – C – Anm. 1 ff. mit zahlreichen Nachweisen). Gerade auf diesen sozialen Aspekt hat auch die Klägerin anschaulich hingewiesen und in ihrem Widerspruchsschreiben vom 18. April 1983 verdeutlicht, ihr jetzt während der Arbeitslosigkeit aufgenommenes Studium solle dazu dienen, weiterhin in einem geregelten "Arbeitsalltag" zu leben und einer "Arbeitsentwöhnung" vorzubeugen.

Vor diesem Hintergrund hat es der 11. Senat des BSG – ohne die Frage zu vertiefen – zu Recht als bedenklich angesehen, in Fällen einer längeren Arbeitslosigkeit jede auf längere Dauer und planvoll gestaltete Tätigkeit während der üblichen Arbeitszeit unabhängig von einem Aufgabewillen auszuschließen (BSG [SozR 4100 § 103 Nr. 42](#)). Zutreffend hat er in seinem Urteil vom 27. Juli 1989 – [11 RAr 7/88](#) aber bereits erkennen lassen, daß an den Nachweis eines solchen Aufgabewillens Hohe Anforderungen zu stellen sind. Diesen Nachweis hält der Senat vorliegend für erbracht. Er ist darüber hinaus der Überzeugung, daß die Klägerin, sofern für sie im streitigen Zeitraum die mit Wirkung vom 1. August 1979 aufgehobene Ruhensvorschrift des § 118 Abs. 2 AFG Anwendung finden sollte, die nach dieser Vorschrift bestehende Vermutung, daß ein Student während eines Hochschulbesuchs der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung steht, widerlegt hat (zur Auslegung des § 118 Abs. 2 AFG a.F. s. BSG SozR 4100 § 118 Nr. 5).

Daß die Klägerin zu einer sofortigen Aufgabe ihres Studiums bereit war ist nicht nur ihrem Schreiben vom 18. April 1983 zu entnehmen, in dem sie ausdrücklich erklärte, sie warte auf eine Vermittlung in eine Arbeitsstelle und es sei ihr jederzeit möglich, das Studium im Falle einer "Arbeitschance fallen zu lassen". Auch in ihrem Schreiben vom 6. Januar 1985 hat sie nochmals darauf hingewiesen, sie sei trotz ihres Studiums jederzeit in der Lage, eine Arbeit aufzunehmen. Sie würde sogar trotz der inzwischen erreichten hohen Semesterzahl das Studium sofort abbrechen, falls sie eine Dauerstellung finden würde. Vornehmlich hat die Klägerin ihren Aufgabewillen jedoch dadurch unter Beweis gestellt, daß sie auch während des Studiums Beschäftigungen, die mehr als kurzzeitig waren, aufnahm. Nicht nur war sie aufgrund einer Vermittlung der Beklagten in der Zeit vom 1. Dezember 1984 bis 30. November 1985 vollschichtig als pädagogische Mitarbeiterin bei der

Arbeiterwohlfahrt tätig, sie suchte auch eigeninitiativ Arbeitsmöglichkeiten, die sie 1986 bei der IG-Metall, mithin sogar zu einer Zeit fand, als sie bereits eine erhebliche Studienzeit (Semesterzahl) zurückgelegt hatte. Die während des Studiums aufgenommenen beitragspflichtigen Beschäftigungen hatten offenbar keine negativen Auswirkungen auf ihre Ausbildung. Dies unterstreicht die Ernstlichkeit ihres Aufgabewillens ebenso wie der Umstand, daß die Klägerin bereits mit der erfolgreich abgelegten Prüfung zum Diplom-Politologen über einen berufsqualifizierenden Abschluß verfügte.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich auch, daß an der subjektiven Verfügbarkeit (§ 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AFG) der Klägerin keine Zweifel bestehen. Sie war auch nach dem 9. April 1983 bereit, jede zumutbare Beschäftigung anzunehmen. Diese Bereitschaft hat sie nicht nur anläßlich der am 25. März 1983 erfolgten Antragstellung und Arbeitslosmeldung zum Ausdruck gebracht, sondern sie auch im Widerspruchsschreiben vom 18. April 1983 eindeutig gegenüber der Beklagten erklärt. Darüber hinaus hat die Klägerin ihre Bereitschaft besonders deutlich dadurch unterstrichen, daß sie während ihres Studiums ihr angebotene Arbeitsmöglichkeiten auch tatsächlich wahrnahm.

Schließlich konnte die Klägerin auch im Sinne des § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AFG das Arbeitsamt täglich aufsuchen und war für das Arbeitsamt erreichbar. Dies wird auch von der Beklagten nicht bestritten.

Da der Bescheid vom 13. April 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 nach alledem rechtswidrig ist, soweit die Zeit vom 10. April 1983 bis 30. November 1984 betroffen ist, hätte die Beklagte über dessen Rücknahme eine Ermessensentscheidung treffen müssen. Die fehlende Ermessensausübung führt zur Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 13. Oktober 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. März 1988. Die Beklagte hat deshalb entsprechend dem Urteil des SG über den Rücknahmeantrag der Klägerin unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats nach pflichtgemäßem Ermessen erneut zu entscheiden ([§ 131 Abs. 3 SGG](#)).

Die Berufung der Beklagten ist lediglich insoweit begründet, als sie sich auch gegen die Aufhebung ihres Bescheides vom 13. April 1983 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. August 1983 durch das SG wendet. Zutreffend hat die Beklagte dargelegt, daß diese Entscheidung des SG nur dann gerechtfertigt wäre, wenn eine Reduzierung des Ermessens "auf Null" gegeben wäre. Dies ist jedoch selbst nach Auffassung des SG nicht der Fall, weil es in den Entscheidungsgründen die Beklagte lediglich für verpflichtet gehalten hat, den Antrag der Klägerin auf Überprüfung des Bescheides vom 13. April 1983 neu zu bescheiden.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#), diejenige über die Zulassung der Revision auf [§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-03-11