

B 7a AL 36/06 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung

7a
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 3 AL 1305/04

Datum
18.02.2005
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 1226/05

Datum
30.08.2005
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7a AL 36/06 R

Datum
08.02.2007
Kategorie
Urteil

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 30. August 2005 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt Leistungen der Entgeltsicherung für ältere Arbeitnehmer (EGS) für die Zeit vom 1. April 2003 bis zum 30. September 2004.

2

Der im Juni 1945 geborene Kläger war bis 31. Dezember 2002 versicherungspflichtig beschäftigt. Am 17. Dezember 2002 meldete er sich bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg). Die Beklagte bewilligte ihm ab 1. Januar 2003 für die Dauer von 960 Tagen Alg. Am 21. Januar 2003 nahm der Kläger an einer Gruppeninformationsveranstaltung der Beklagten mit dem Titel "Rechte/Pflichten" teil, bei der auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Entgeltsicherungsleistungen für ältere Arbeitnehmer nicht hingewiesen wurde. In der Zeit vom 1. April 2003 bis 30. September 2004 war er bei einem Zeitungsverlag (L Zeitung) als Außendienstmitarbeiter in Vollzeit beschäftigt; die Arbeitsaufnahme teilte der Kläger der Beklagten am 1. April 2003 telefonisch mit. Das Bruttoarbeitsentgelt betrug monatlich 3.580 Euro. Zuvor hatte der neue Arbeitgeber wegen der Einstellung des Klägers zum 1. April 2003 zunächst telefonisch (am 20. März 2003) und dann schriftlich (am 1. April 2003) einen Eingliederungszuschuss beantragt, den die Beklagte für die Zeit vom 1. April 2003 bis 30. Juni 2003 bewilligt hat. Den Antrag des Klägers vom Oktober 2003 auf Gewährung von Entgeltsicherungsleistungen lehnte die Beklagte ab, weil er nicht vor Arbeitsaufnahme gestellt worden sei (Bescheid vom 12. November 2003, Widerspruchsbescheid vom 15. März 2004).

3

Das Sozialgericht (SG) hat der Klage auf Leistung von EGS stattgegeben (Urteil vom 18. Februar 2005). Das Landessozialgericht (LSG) hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 30. August 2005). Das LSG hat zur Begründung ausgeführt, der Anspruch scheitere an der verspäteten Antragstellung. Die Berufung auf die verspätete Antragstellung stelle keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, sodass eine unbillige Härte iS von [§ 324 Abs 1 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) nicht zu bejahen sei. Der Kläger könne sich mangels Pflichtverletzung der Beklagten nicht auf einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch berufen, dessen Anwendbarkeit neben der spezielleren Regelung des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) fraglich sei. Die Beklagte habe auch ihre Pflicht zur Beratung und Auskunft gegenüber dem Kläger nicht verletzt, insbesondere habe kein besonderer Anlass für eine so genannte "Spontanberatung" vorgelegen. Dies wäre nur dann in Betracht gekommen, wenn die Beklagte vor Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses von sämtlichen Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs auf EGS ([§ 421j SGB III](#)) Kenntnis erlangt hätte oder diese Kenntnis zumindest ohne weiteres hätte erlangen können. Vor dem 1. April 2003 sei aber lediglich das Alter des Klägers bekannt gewesen, nicht die Höhe der Vergütung.

4

Hiergegen wendet sich die Revision des Klägers. Er rügt eine Verletzung des [§ 421j SGB III](#) iVm [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#). Die verspätete Antragstellung sei zur Vermeidung einer unbilligen Härte zuzulassen, da er die Antragsfrist unverschuldet versäumt habe. Die Berufung auf die verspätete Antragstellung verstoße gegen Treu und Glauben und gegen [§ 14](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil - (SGB I) sowie das richterrechtliche Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Die Beklagte habe die Pflicht zur Spontanberatung verletzt, als sie bei der Gruppenberatung im Januar 2003 ihn - den Kläger - nicht auf die EGS hingewiesen habe. Das ihm zu Beginn der Arbeitslosigkeit im Dezember 2002 ausgehändigte Merkblatt 1 mit Stand April 2002 habe darüber nicht informiert und sei erst im April 2003 zusammen mit einem besonderen Merkblatt über Entgeltsicherung ("Merkblatt 19") neu aufgelegt worden.

5

Der Kläger beantragt, das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

6

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Sie hält die Entscheidung des LSG für zutreffend.

II

8

Die Revision ist iS der Aufhebung der Entscheidung des LSG und der Zurückweisung der Sache an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Der Senat folgt den Ausführungen des LSG zur Ablehnung einer unbilligen Härte im Rahmen von [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) nicht (vgl unter 1). Für eine abschließende Entscheidung fehlen jedoch ausreichende tatsächliche Feststellungen ([§ 163 SGG](#)) zur Nettoentgeltdifferenz ([§ 421j Abs 5 Nr 1 SGB III](#)) und zur Frage, ob das Arbeitsentgelt des Klägers aus dem ab 1. April 2003 eingegangenen Beschäftigungsverhältnis den tariflichen oder ortsüblichen Bedingungen entspricht (vgl unter 2).

9

1. Einem Anspruch des Klägers auf EGS-Leistungen gemäß [§ 421j SGB III](#) (hier idF des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 - [BGBI I 4607](#)) dem Grunde nach ([§ 130 Abs 1 SGG](#)) steht [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) (hier in der Normfassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 - [BGBI I 594](#)) nicht entgegen. Danach dürfen Leistungen der Arbeitsförderung (dazu [§ 3 Abs 4 SGB III](#) idF, die die Norm durch das Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (JobAQTIV-Gesetz) vom 10. Dezember 2001 - [BGBI I 3443](#) - erhalten hat) nur erbracht werden, wenn sie vor Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses beantragt worden sind. Zur Vermeidung unbilliger Härten kann das Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) jedoch eine verspätete Antragstellung zulassen. Nach den besonderen Umständen des Falles liegt eine unbillige Härte iS des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) vor; zudem ist das Ermessen der Beklagten im Hinblick auf die Zulassung der verspäteten Antragstellung unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der EGS auf Null reduziert.

10

[§ 421j SGB III](#) ist durch Art 1 Nr 43 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 ([BGBI I 4607](#)) in das SGB III eingefügt worden und am 1. Januar 2003 in Kraft getreten (Art 14 Abs 1 des genannten Gesetzes). Danach haben Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und ihre Arbeitslosigkeit durch Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung beenden oder vermeiden, Anspruch auf Leistungen der Entgeltsicherung, wenn sie

11

- einen Anspruch auf Alg haben und bei Aufnahme der Beschäftigung noch über einen Restanspruch von mindestens 180 Tagen verfügen oder einen Anspruch auf Alg über mindestens die gleiche Dauer hätten, - ein Arbeitsentgelt beanspruchen können, das den tariflichen oder, wenn eine tarifliche Regelung nicht besteht, ortsüblichen Bedingungen entspricht ([§ 421j Abs 1 SGB III](#)).

12

Die EGS-Leistungen werden als Zuschuss zum Arbeitsentgelt und als zusätzlicher Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung erbracht ([§ 421j Abs 2 Satz 1 SGB III](#)). Der Zuschuss zum Arbeitsentgelt beträgt 50 % der monatlichen Nettoentgeltdifferenz. Diese entspricht dem Unterschiedsbetrag zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt, das sich aus dem der Bemessung des Alg zu Grunde liegenden Arbeitsentgelt ergibt, und dem pauschalierten Nettoentgelt der aufgenommenen Beschäftigung. Der zusätzliche Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung wird nach [§ 163 Abs 9 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - Gesetzliche Rentenversicherung - \(SGB VI\)](#) bemessen und von der Bundesanstalt - jetzt: Bundesagentur - für Arbeit (BA) ent-richtet (Abs 2). Bei Vorliegen der Ausschlussstatbestände des [§ 421j Abs 5 SGB III](#) scheidet die Bewilligung von EGS-Leistungen von vornherein aus.

13

Dass die Leistungen nach [§ 421j SGB III](#) nur auf Antrag erbracht werden (so auch [BT-Drucks 15/25, S 34](#) zu Abs 1), wird zwar nur im Zusammenhang mit der "erneuten Antragstellung" (vgl [§ 421j Abs 7 Satz 2 SGB III](#)) erwähnt. Bei den EGS-Leistungen handelt es sich jedoch um Leistungen der aktiven Arbeitsförderung iS des [§ 3 Abs 4 SGB III](#) (Becker in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 9 RdNr 221; derselbe in Praxiskommentar (PK) - SGB III, 2. Aufl 2004, § 421j RdNr 61; Kruse in Gagel, SGB III mit SGB II, § 421j RdNr 35, Stand

Mai 2005; Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j RdNr 49, Stand April 2003; Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, § 421j RdNr 62, Stand August 2006), sodass [§ 323 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) einen Antrag voraussetzt. Der Antrag ist gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) bereits vor Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses zu stellen.

14

Gleichwohl können nach [§ 323 Abs 1 Satz 3 SGB III](#) Leistungen der aktiven Arbeitsförderung auch von Amts wegen erbracht werden, wenn die Berechtigten zustimmen. Dies scheint der Grundregel des [§ 323 Abs 1 Satz 1 SGB III](#), nach der die Leistungserbringung einen Antrag voraussetzt, zu widersprechen. Ob sich daraus eine Verpflichtung der Beklagten ergibt, der eine Berechtigung des Arbeitslosen gegenübersteht, ist bislang ungeklärt (vgl Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III [§ 323](#) RdNr 41 f, Stand August 2006; Hünecke in Gagel, SGB III mit SGB II, § 323 RdNr 34, Stand Dezember 2006). Nach der Systematik der [§§ 323 - 325 SGB III](#) liegt es jedoch nahe, von einem "einseitigen Dürfen" auszugehen. Die Verwendung des Begriffs "kann" muss nicht zwangsläufig zum Ausdruck bringen, dass die Entscheidung nach Ermessen zu treffen ist. Der Regelungszusammenhang legt nahe, dass es sich hier nicht um ein sog "Ermessens-Kann", sondern um ein sog "Kompetenz-Kann" handelt, das der Verwaltung lediglich die Befugnis einräumt, eine bestimmte Maßnahme durchzuführen (vgl BSG, Urteil vom 26. September 1991 - [4/1 RA 33/90](#) -, = [BSGE 69, 238](#) f = [SozR 3-1200 § 52 Nr 2](#); BSG, Urteil vom 11. November 2003, [B 2 U 55/02 R](#); [BVerwGE 23, 25](#), 29; 43, 339, 342, sowie Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl 2006, § 7, RdNr 9, S 136), wobei diesem rechtlichen Dürfen der Beklagten im Falle des [§ 323 Abs 1 Satz 3 SGB III](#) kein Recht des Leistungsempfängers gegenübersteht. Dies kann der Senat jedoch offen lassen, weil der verspätete Antrag ohnedies zur Vermeidung unbilliger Härten zuzulassen war ([§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)).

15

Das LSG ist zu Recht davon ausgegangen, dass das leistungsbegründende Ereignis hier in der Aufnahme der Beschäftigung bzw dem Beginn des Arbeitsverhältnisses zum 1. April 2003 zu sehen ist (vgl Schlegel/Becker in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j RdNr 51, Stand Juni 2006; Becker in PK-SGB III, aaO, § 421j RdNr 61; vgl zur ähnlichen Situation beim Eingliederungszuschuss BSG [SozR 4-4300 § 324 Nr 2](#) S 11). Mit dem Erfordernis, den Antrag vor dem leistungsbegründenden Ereignis zu stellen, soll der Arbeitsverwaltung Gelegenheit zur Beratung der Betroffenen gegeben werden ([BT-Drucks 13/4941](#) zu § 325). Zugleich soll vermieden werden, dass der Antragsteller Dispositionen trifft, die sich im Nachhinein als schädlich erweisen, weil eine Leistung der Arbeitsförderung nicht erbracht werden kann. Vorliegend hat der Kläger erst am 9. Oktober 2003, damit nach dem Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses, den Antrag auf Gewährung von EGS-Leistungen gestellt.

16

Die Beklagte war hier jedoch gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verpflichtet, die verspätete Antragstellung zur Vermeidung unbilliger Härten zuzulassen. Für die Zulassung einer verspäteten Antragstellung steht das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach [§ 27 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - \(SGB X\)](#) von vornherein nicht zur Verfügung. Dagegen spricht schon, dass das "Nichteinhalten einer gesetzlichen Frist" iS von [§ 27 Abs 1 SGB X](#) der nicht rechtzeitigen Antragstellung nach [§ 323 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) ("verspätete Antragstellung") nicht gleichgesetzt werden kann (vgl Schneider-Danwitz in RVO-SGB-GK, [§ 27 SGB X](#) Anm 19). Zudem stellt die Härtefallregelung in [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) gegenüber der Wiedereinsetzung nach [§ 27 SGB X](#) die speziellere Regelung dar, die zwar der Wiedereinsetzung ähnlich sein mag, diese jedoch verdrängt (vgl Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III, § 324 RdNr 30, Stand August 2006; Hünecke in Gagel, SGB III mit SGB II, § 324 RdNr 16, Stand Dezember 2006; Niesel, SGB III, 3. Aufl 2005, § 324 RdNr 9; Radüge in Hauck/Noftz, SGB III, § 324 RdNr 11, Stand September 2003). Auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als richterrechtlich entwickeltes Rechtsinstitut ist schließlich nur dann zurückzugreifen, wenn spezielle gesetzliche Regelungen nicht zur Verfügung stehen (BSG [SozR 4-4300 § 137 Nr 1](#) S 17; [SozR 3-1300 § 44 Nr 25](#) S 59 f). Vorliegend kann jedoch eine Korrektur im Rahmen des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) herbeigeführt werden.

17

Aus dem Wortlaut des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) ("kann") ergibt sich, dass der Beklagten bei ihrer Entscheidung über die Zulassung des verspäteten Antrags im Normalfall ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum eingeräumt ist (vgl Urteil des Senats vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 22/06 R](#) - RdNr 15, mwN). Vorliegend ist die verspätete Antragstellung indes auf die Verletzung der Hinweispflicht der Beklagten zurückzuführen; darin liegt eine unbillige Härte, und es gibt keinen sachlichen Grund, den verspäteten Antrag nicht zuzulassen. Jede andere Entscheidung wäre ermessensfehlerhaft (BSG, aaO, RdNr 23; vgl zur Ermessensreduzierung auf Null zuletzt die Urteile des Senats vom 6. April 2006 - [B 7a AL 20/05 R](#), und vom 18. August 2005 - [B 7a/7 AL 66/04 R](#) - [SozR 4-4300 § 415 Nr 1](#)).

18

Wie bei jeder Härtefallprüfung sind grundsätzlich alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wobei das Vorliegen einer unbilligen Härte sich am Leistungsziel orientieren muss (vgl Urteil des Senats vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 22/06 R](#) - RdNr 16, mwN). Mit dem neuen Instrument sollten weitere Anreize zur Arbeitsaufnahme geboten werden und zugleich die geringere Alterssicherung durch eine Aufstockung der Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung abgemildert werden. Aus arbeitsmarktpolitischen Gründen sollte die Arbeitslosigkeit in der Altersgruppe der über 50-jährigen abgebaut werden (das Zugangsalter von 55 Jahren wurde auf Vorschlag des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit auf 50 Jahre herabgesetzt; vgl [BT-Drucks 15/77, S 27](#)). Ältere Arbeitnehmer sollten durch den ergänzenden Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung gegenüber dem vorhergehenden Bezug von Alg besser gestellt werden ([BT-Drucks 15/25, S 35](#) zu Abs 2). Beide Ziele, der finanzielle Ausgleich von Einbußen und die soziale Sicherung des Arbeitnehmers beim Erwerb von Ansprüchen in der gesetzlichen Rentenversicherung, stehen hierbei gleichrangig nebeneinander. Durch sie sollte der bereits arbeitslose oder von Arbeitslosigkeit bedrohte Arbeitnehmer motiviert werden, bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz auch solche Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, die niedriger entlohnt werden als die zuletzt ausgeübte Tätigkeit.

19

Der Beklagten ist allerdings einzuräumen, dass die bloße Unkenntnis der Existenz der neuen Förderungsleistung seitens des Arbeitslosen eine unbillige Härte noch nicht zu begründen vermag. Eine unbillige Härte iS des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) liegt hingegen immer dann vor, wenn die verspätete Antragstellung - wie vorliegend - die Folge einer fehlerhaften oder unterbliebenen "Beratung" durch die Beklagte ist (vgl Urteil des Senats vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 22/06 R](#) - RdNr 17, sowie Becker in Kasseler Handbuch, aaO, § 109 RdNr 221; Schlegel/Becker in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j RdNr 52, Stand Juni 2006; Kruse in Gagel, SGB III mit SGB II, § 421j RdNr 35, Stand Mai 2005). So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat ihre gegenüber dem Kläger bestehenden Beratungspflichten in Form einer allgemeinen Hinweispflicht verletzt.

20

Rechtsgrundlage für die der Beklagten obliegende Hinweispflicht ist im vorliegenden Fall [§ 14 SGB I](#). Danach hat jeder Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach dem (Sozial-)Gesetzbuch durch die zuständigen Sozialleistungsträger. Zwar kann sich eine Beratungspflicht auch aus [§§ 29, 30 Satz 1 Nr 5 SGB III](#) ergeben, wenn es bei Leistungen der "aktiven" Arbeitsförderung um die individuelle Information unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls geht. Die hier allein in Betracht kommende spontane Hinweispflicht lässt sich aber nur aus [§ 14 SGB I](#) ableiten.

21

Eine solche Hinweispflicht des Versicherungsträgers besteht auch ohne Antrag, wenn anlässlich einer konkreten Sachbearbeitung dem jeweiligen Mitarbeiter eine naheliegende Gestaltungsmöglichkeit ersichtlich ist, die ein verständiger Versicherter wahrnehmen würde, wenn sie ihm bekannt wäre (stRspr; vgl BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) S 8 mit Anmerkung Münder, SGB 2005, 239; BSG [SozR 4-3100 § 60 Nr 1](#); [SozR 3-2600 § 115 Nr 9](#) S 59 mit Anmerkung Köhler, SGB 2003, 407; BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 29](#) S 96 mit Anmerkung Hase, SGB 2001, 593; [SozR 3-4100 § 110 Nr 2](#) S 9; BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 16](#) S 49; BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 6](#) S 13; BSG, Urteil vom 22. Oktober 1998 - [B 5 RJ 56/97 R](#) -, [SGB 1999, 26](#); Meyer, SGB 1985, 57, 61; Funk, SDSRV 39, 51, 54 f). Dabei ist die Frage, ob eine Gestaltungsmöglichkeit klar zutage liegt, allein nach objektiven Merkmalen zu beurteilen (BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 16](#) S 50). Eine derartige Verpflichtung zur "Spontanberatung" trifft den Versicherungsträger insbesondere im Rahmen eines Sozialrechtsverhältnisses. Ein solches Sozialrechtsverhältnis entsteht bereits durch die Arbeitslosmeldung bzw die Antragstellung bei der Beklagten (BSG [SozR 4100 § 44 Nr 9 S 28](#); [SozR 4-4300 § 137 Nr 1 S 3](#)) und ist in jedem Stadium des Verwaltungsverfahrens zu beachten (BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 29](#) S 99).

22

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte bereits bei der Arbeitslosmeldung des Klägers am 17. Dezember 2002 verpflichtet gewesen wäre, ihn auf das neue Förderinstrument des [§ 421j SGB III](#) hinzuweisen. Denn das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 wurde im Bundesgesetzblatt Nr 87 erst am 30. Dezember 2002 verkündet und war erst zum 1. Januar 2003 in Kraft getreten (vgl Urteil des Senats vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 22/06 R](#) - (Beratungspflicht bei Arbeitslosmeldung und Antragstellung); Urteil des Senats vom 2. September 2004 - [B 7 AL 18/04 R](#) -, [NZA 2005, 98](#) (zu noch nicht verkündeten Gesetzen); BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) S 8 (allgemein zur Gesetzesänderung); BSG [SozR 3-3200 § 86a Nr 2](#) S 6 (zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens); BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 16](#) S 51 (zu zukünftigen Rechtsentwicklungen); BSG [SozR 4-3100 § 60 Nr 1](#) S 7 (allgemein zu Rechtsänderungen)). Spätestens anlässlich der Gruppenberatung am 21. Januar 2003 hat die Beklagte jedoch ihre Hinweispflicht verletzt. Die Beklagte hätte sich auf Grund des zum 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Förderinstruments gedrängt fühlen müssen, allgemein auf dieses neue Förderinstrument hinzuweisen (vgl zur Gruppenberatung Urteil des Senats vom 5. September 2006 - [B 7a AL 70/05 R](#) - RdNr 18, zur Veröffentlichung im SozR vorgesehen).

23

Ein solcher Hinweis ist jedoch nicht erfolgt. Sinn einer Gruppenberatung ist es, die Beteiligten, auch wenn es sich um eine Vielzahl von Personen handelt, allgemein über die möglichen Folgen einer Alg-Antragstellung sowie über die Inanspruchnahme ihrer Rechte (so hieß auch der Titel der Veranstaltung: "Rechte/Pflichten") zu informieren. Die Beklagte hätte jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass es eine gesetzliche Möglichkeit für ältere Arbeitnehmer gibt, bei Aufnahme einer niedriger bezahlten Beschäftigung unter den Voraussetzungen des [§ 421j SGB III](#) EGS - Leistungen zu erhalten. Gleichzeitig hätten die Teilnehmer dann auf eine konkrete Beratung verwiesen werden können. Auf Grund der Tatsache, dass das neue Förderinstrument der EGS erst wenige Wochen zuvor in Kraft getreten war, bestand sogar eine gesteigerte Informationspflicht. Denn die Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass das Instrument der EGS-Leistungen zu diesem Zeitpunkt der Allgemeinheit bekannt war. Sinn und Zweck von [§ 421j SGB III](#) (Abbau der Arbeitslosigkeit von älteren Arbeitnehmern; Sicherung der Ansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung) setzen vielmehr ein Aktivwerden der Beklagten zur Erreichung der genannten Zwecke voraus. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund von [§ 2 Abs 2 SGB I](#), wonach die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden sollen. Eben diesem Ziel dient auch die allgemeine Hinweis- und Beratungspflicht. Es gehört daher zu den Pflichten der Sozialleistungsträger, den von ihnen zu betreuenden Bürgern zu den Rechten, insbesondere zu den Leistungen zu verhelfen, die ihnen das Gesetz zugedacht hat (BSG [SozR 4100 § 44 Nr 9 S 28 mwN](#)). Eine derartige Hinweispflicht der Beklagten konnte auch nicht, wie das LSG angenommen hat, davon abhängen, ob sich bereits eine Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses konkret abzeichnete. Denn der Hinweis auf die ESG-Leistungen sollte ja gerade die Motivation des Arbeitslosen bei der Suche nach einem Arbeitsplatz beeinflussen.

24

Dieses Ergebnis führt nicht zu einer Überspannung der Hinweispflichten der Beklagten. Denn sie war nicht verpflichtet, alle bei ihr gemeldeten und potentiell durch die Neuregelung des [§ 421j SGB III](#) betroffenen Arbeitslosen zu ermitteln und sie individuell über die Änderungen zum 1. Januar 2003 zu informieren (vgl hierzu BSG [SozR 3-1200 § 14 Nr 29](#) S 97). Die Informationspflicht wird vielmehr nur durch eine Kontaktaufnahme des Versicherten zur Beklagten (hier im Rahmen einer Informationsveranstaltung oder aber durch eine Arbeitslosmeldung; hierzu Senatsurteil vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 22/06 R](#) -, RdNr 21) nach Inkrafttreten eines neuen Gesetzes begründet, das Leistungsansprüche der Versicherten vorsieht.

25

Gegen eine solche gesteigerte Informationspflicht kann nicht eingewandt werden, dass der Inhalt eines Gesetzes mit seiner Verkündung dem Normadressaten gegenüber grundsätzlich als bekannt zu gelten hat, und zwar unabhängig davon, wann das Gesetz ihm tatsächlich zur Kenntnis gelangt ist (so genannte formelle Publizität; vgl BSG [SozR 4-3800 § 1 Nr 9](#) S 55; [SozR 4-2600 § 6 Nr 5](#) S 20; [SozR 4-3100 § 60 Nr 1](#) S 7). Der Grundsatz der formellen Publizität von Gesetzen wird bei einer konkreten Kontaktaufnahme mit dem Leistungsträger durch die Hinweispflicht nach [§ 14 SGB I](#) bzw ggf durch die umfassendere Beratungspflicht gemäß [§§ 29, 30 SGB III](#) überlagert und bei einem Fehlverhalten (falsche oder irreführende Auskunft oder sonstiges rechts- oder treuwidriges Verhalten) des Sozialleistungsträgers aufgehoben (BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) S 7).

26

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände war die Beklagte gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verpflichtet, die verspätete Antragstellung des Klägers zuzulassen, ohne dass dies eines gesonderten Ausspruchs bedurfte. Jede andere Entscheidung wäre auf Grund der Verletzung der Beratungspflicht aus [§§ 14 SGB I](#) ermessensfehlerhaft gewesen (Senatsurteil vom 8. Februar 2007 - B 7b AL 22/06 R -, RdNr 23).

27

2. Ob der Kläger allerdings alle Voraussetzungen für die Gewährung von EGS-Leistungen gemäß [§ 421j SGB III](#) erfüllt, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Es fehlen insbesondere ausreichende tatsächliche Feststellungen zur Nettoentgeltdifferenz und zum tariflichen bzw ortsüblichen Arbeitsentgelt iS von [§ 421j Abs 1 Nr 2 SGB III](#). Mit der letzteren gesetzlichen Voraussetzung soll vermieden werden, dass die Arbeitsvertragsparteien Vereinbarungen zu Lasten der Arbeitslosenversicherung treffen, indem sie das vereinbarte Arbeitsentgelt mindern, um damit für den älteren Arbeitnehmer die Leistungen der Entgeltsicherung zu steigern (vgl [BT-Drucks 15/25, S 34](#) zu Abs 1). Das LSG wird hierbei zu beachten haben, dass das ortsübliche Arbeitsentgelt nur dann maßgeblich ist, wenn keine Tarifgebundenheit vorliegt und auch nicht auf einen Tarifvertrag zurückgegriffen werden kann, der für das Arbeitsverhältnis gelten würde, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden wären (Senatsurteil vom 8. Februar 2007 - B 7b AL 22/06 R -, RdNr 24; vgl auch BSG [SozR 4100 § 112 Nr 27](#) S 122 zu § 112 Abs 7 AFG; wie hier Becker in PK-SGB III, aaO, § 421j RdNr 19; Marschner in GK-SGB III, § 421j RdNr 12, Stand Dezember 2004; aA Kruse in Gagel, SGB III mit SGB II, § 421j RdNr 11, Stand Mai 2005). Das LSG wird daher zu ermitteln haben, ob für das Arbeitsverhältnis des Klägers bei dem neuen Arbeitgeber Tarifgebundenheit vorlag, oder ob - mangels Tarifbindung - auf einen räumlich und sachlich einschlägigen Tarifvertrag zurückzugreifen ist, der für das Arbeitsverhältnis gelten würde, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden wären. Erst wenn beide Voraussetzungen des [§ 421 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verneint werden müssten, wäre auf das ortsübliche Arbeitsentgelt abzustellen.

28

Der Anspruch auf Entgeltsicherung setzt weiter voraus, dass die neu aufgenommene Beschäftigung gegenüber der früheren Tätigkeit eine Nettoentgeltdifferenz von monatlich mindestens 50 Euro zu Lasten des Arbeitnehmers ausweist. Das vom Gesetzgeber bei den Ausschlussgründen nach [§ 421j Abs 5 Nr 1 SGB III](#) und bei der Ermittlung der Höhe des Zuschusses zum Arbeitsentgelt, nicht aber bei den Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 421j Abs 1 SGB III](#) aufgeführte Kriterium des Nettoentgeltdifferenz (vgl [§ 421j Abs 2 Satz 2 SGB III](#)) bildet insoweit gleichzeitig ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Denn die Gewährung einer Entgeltsicherung scheidet bereits dann zwingend aus, wenn die neu eingegangene Beschäftigung gegenüber der früheren nicht geringer oder gar höher entlohnt wird (vgl Becker in Kasseler Handbuch, aaO, § 9 RdNr 180; Schlegel/Becker in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j Rz 36, Stand August 2006; siehe auch die geplante Gesetzesänderung durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen, [BT-Drucks 16/4371](#)).

29

Ein Anspruch auf Entgeltsicherung ist ausgeschlossen, wenn die - jeweils monatsweise zu vergleichende - Nettoentgeltdifferenz des [§ 421j Abs 2 Satz 3 SGB III](#) zwischen dem pauschalierten Nettoarbeitsentgelt aus der alten und der neuen Beschäftigung geringer als 50 Euro im Monat ist ([§ 421j Abs 5 Nr 1 SGB III](#)). Bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz (zur Ermittlung vgl [§ 421j Abs 2 Satz 3 SGB III](#)) ist zunächst das dem Alg-Anspruch zugrunde liegende pauschalierte Nettoentgelt zu ermitteln, das sich aus dem pauschal um die gesetzlichen Entgeltabzüge, die bei Arbeitnehmern unter Berücksichtigung der Lohnsteuerklasse gewöhnlich anfallen, verminderten Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitnehmer im Bemessungszeitraum erzielt hat. Die konkreten pauschalierten Nettoarbeitsentgelte sind bis zum 31. Dezember 2004 der SGB III-Leistungsentgeltverordnung zu entnehmen. Als Vergleichswert wird aus dem Bruttoentgelt der neuen Beschäftigung wiederum unter Heranziehung der Leistungsentgeltverordnung das pauschalierte Nettoentgelt monatlich ermittelt. Weicht die Arbeitszeit in der neuen Beschäftigung von der Arbeitszeit der letzten Beschäftigung ab, so wird insoweit allein das Verhältnis der regelmäßigen vereinbarten Arbeitszeiten zugrunde gelegt ([§ 421j Abs 3 Satz 1 SGB III](#)). Die Entgeltsicherung ist vorliegend nicht durch [§ 421j Abs 5 Nr 5 SGB III](#) ausgeschlossen. Die dort angesprochenen Maßnahmen für Beschäftigte nach dem Sechsten Kapitel des SGB III betreffen allesamt Leistungen an einen Träger. Bei dem an den Arbeitgeber des Klägers gezahlten Eingliederungszuschuss nach [§ 218 SGB III](#) handelt es sich jedoch um Leistungen an einen Arbeitgeber nach dem Fünften Kapitel des SGB III. Das LSG wird allerdings zu prüfen haben, ob andere Ausschlussgründe nach [§ 421j Abs 5 SGB III](#) vorliegen und ggf über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2007-08-03