

B 7a AL 22/06 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
7a
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 8 AL 821/04
Datum
15.06.2004
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 AL 2899/04
Datum
17.03.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7a AL 22/06 R
Datum
08.02.2007
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Die Bundesagentur für Arbeit war verpflichtet, einen über 50jährigen Arbeitslosen bei der Arbeitslosmeldung im Februar 2003 auf das mit Wirkung zum 1.1.2003 neu in das SGB III eingefügte Förderinstrument der Entgeltsicherung für ältere Arbeitnehmer hinzuweisen.
2. Unterblieb ein entsprechender Hinweis bei der Arbeitslosmeldung, so hat die Bundesagentur für Arbeit im Regelfall eine verspätete, nach Aufnahme des neuen Beschäftigungsverhältnisses erfolgte, Antragstellung auf Entgeltsicherungsleistungen zuzulassen.
Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 17. März 2006 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. März 2003 bis zum 31. Januar 2005.

2

Der am 11. Oktober 1949 geborene Kläger war bis 31. Dezember 2002 bei einem Zeitungsverlag in O als Außendienstmitarbeiter (Anzeigen) beschäftigt. Das Bruttoarbeitsentgelt betrug zuletzt monatlich 4.500 EUR. Von Mitte Dezember 2002 bis 12. Februar 2003 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt und bezog während dieser Zeit Krankengeld. Am 13. Februar 2003 meldete er sich bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg). Bei der Antragstellung wurde dem Kläger das Merkblatt 1 für Arbeitslose mit dem Stand April 2002 ausgehändigt. Das Merkblatt enthielt keinen Hinweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme von EGS-Leistungen. Die Beklagte bewilligte dem Kläger vom 13. Februar bis 28. Februar 2003 Alg für die Dauer von 780 Tagen in Höhe von 311,15 EUR wöchentlich. Am 13. März 2003 teilte der Kläger der Beklagten durch eine Veränderungsmitteilung schriftlich mit, dass er seit 1. März 2003 eine Tätigkeit (Außendienst/Anzeigen) bei einer anderen Zeitung aufgenommen habe. Die Beschäftigung des Klägers bei dieser Zeitung dauerte bis 31. Januar 2005. Im Anschluss daran war er wieder arbeitslos. Sein monatliches Bruttoarbeitsentgelt betrug bis Juni 2004 ca 3.600 EUR und danach bis Januar 2005 zwischen 2.222,33 EUR (September 2004) und 4.035,66 EUR (Januar 2005). Am 14. Oktober 2003 beantragte der Kläger bei der Beklagten schriftlich die Gewährung von EGS-Leistungen. Hinsichtlich der verspäteten Antragstellung berief er sich auf eine unbillige Härte, weil er zu Beginn seiner Arbeitslosigkeit nicht auf die entsprechende gesetzliche Regelung hingewiesen worden sei. Die Beklagte lehnte die Gewährung von EGS-Leistungen ab, weil kein rechtzeitiger Antrag vorgelegen habe. Die verspätete Antragstellung könne nicht zur Vermeidung einer unbilligen Härte zugelassen werden, weil das Arbeitsverhältnis nicht durch die Arbeitsvermittlung vermittelt worden sei und auch wirtschaftliche Erwägungen eine unbillige Härte nicht begründen könnten (Bescheid vom 9. Dezember 2003; Widerspruchsbescheid vom 12. Februar 2004).

3

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Gerichtsbescheid des SG Freiburg vom 15. Juni 2004). Das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg hat auf die Berufung des Klägers den Gerichtsbescheid des SG aufgehoben und die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. März 2003 bis zum 31. Januar 2005 EGS-Leistungen zu gewähren (Urteil vom 17. März 2006). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, der Kläger erfülle die Voraussetzungen für die

Gewährung von EGS-Leistungen, weil er am 1. März 2003 noch über einen Alg-Restanspruch für 764 Tage verfügt habe. Zudem habe das ihm von dem neuen Arbeitgeber gezahlte Entgelt den ortsüblichen Bedingungen entsprochen. Der verspätete Antrag sei zuzulassen, weil es sich als Verstoß gegen Treu und Glauben darstelle, wenn sich die Beklagte auf die verspätete Antragstellung berufe. Die Beklagte sei auch ohne Nachfrage seitens des Klägers verpflichtet gewesen, ihn über die Möglichkeit der Inanspruchnahme von EGS-Leistungen zu informieren. Zum einen sei diese Leistung am 1. Januar 2003 und damit nur wenige Wochen vor der Arbeitslosmeldung des Klägers als neues Förderinstrument eingeführt worden. Zum anderen habe das dem Kläger ausgehändigte Merkblatt 1 mit dem Stand April 2002 keinen Hinweis auf EGS-Leistungen enthalten. Während in den Ausgaben für die Jahre 2003 und später ein Hinweis auf das "Merkblatt 19 - Entgeltsicherung für ältere Arbeitnehmer" enthalten sei, fehle dieser Hinweis in dem Merkblatt, das der Kläger bei seiner Arbeitslosmeldung erhalten habe. Hinzu komme, dass die Folgen der Nichtgewährung von EGS-Leistungen für den Kläger erheblich seien, sodass eine unbillige Härte zu bejahen sei. Der Beklagten stehe ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum insofern nicht zu. Gehe man davon aus, dass eine unbillige Härte vorliege, weil die Beklagte sich entgegen Treu und Glauben darauf berufe, dass der Kläger die Antragsfrist versäumt habe, so gäbe es keinen sachlichen Grund mehr dafür, einen verspätet gestellten Antrag dennoch nicht zuzulassen. Folglich sei jede andere Entscheidung als die Zulassung des verspäteten Antrags ermessensfehlerhaft.

4

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Revision. Sie rügt eine Verletzung des [§ 324 Abs 1 Satz 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III). Eine unbillige Härte könne vorliegend nicht anerkannt werden, weil die verspätete Antragstellung nicht durch ein Verhalten der Beklagten mitverursacht worden sei. Der Kläger, der zwar bei Antragstellung älter als 50 Jahre gewesen sei, habe bei seiner Veränderungsmitteilung vom 13. März 2003 hinsichtlich seiner Arbeitsaufnahme zum 1. März 2003 keine Angaben zur Höhe des künftigen Arbeitsentgelts gemacht. Die Beschäftigung sei auch nicht von der Beklagten vermittelt worden, sodass ihr die Höhe des neuen Arbeitsentgelts auch nicht aus anderen Gründen bekannt gewesen sei. Auf Grund dieser Umstände habe kein Anlass bzw keine Pflicht zur Beratung bestanden. Eine Pflicht zur Spontanberatung könne nicht allein auf die Tatsache gestützt werden, dass der Kläger bereits das 50. Lebensjahr vollendet gehabt habe. Es würde zu einer maßlosen Überdehnung der Beratungspflichten der Beklagten führen, wenn sie ohne konkrete Anhaltspunkte bei Antragstellern weitere Angaben zu möglicherweise in Betracht kommenden Sozialleistungen abzufragen habe, nur um diesen dann zu entsprechender Antragstellung raten zu können. Allein die Rechtsunkenntnis darüber, dass ein Anspruch auf EGS-Leistungen bei rechtzeitiger Antragstellung bestanden hätte, reiche für die Annahme einer unbilligen Härte nicht. Im Übrigen gelte der Inhalt von Gesetzen nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt allen Normadressaten unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme als bekannt. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger wegen der Ablehnung des Antrags auf EGS-Leistungen sozialhilfebedürftig geworden wäre, seien nicht erkennbar.

5

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 17. März 2006 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Freiburg vom 15. Juni 2004 zurückzuweisen.

6

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

7

Er ist der Ansicht, vorliegend habe eine besondere Beratungspflicht der Beklagten bestanden, weil das ausgehändigte Merkblatt einen Hinweis auf die zum 1. Januar 2003 eingeführten EGS-Leistungen nicht enthalten habe. Auf Grund des erst neu geschaffenen und noch nicht allgemein bekannten Anspruchs sei die Beklagte zu einer Spontanberatung verpflichtet gewesen. Der Beklagten sei auch bekannt gewesen, dass er bereits das 50. Lebensjahr vollendet gehabt habe. Der Grundsatz der formellen Publizität von Gesetzen entbinde die Beklagte nicht von einer Beratungspflicht. Hinzu komme, dass eine Nichtgewährung der EGS-Leistungen für ihn erhebliche finanzielle Folgen hätte.

II

8

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Aufhebung des LSG-Urteils und der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Das LSG hat allerdings zu Recht das Vorliegen einer unbilligen Härte im Rahmen von [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) bejaht und damit die verspätete Antragstellung des Klägers zu Recht zugelassen (sogleich unter 1.). Für eine abschließende Entscheidung des Senats fehlen jedoch ausreichende tatsächliche Feststellungen ([§ 163 SGG](#)) dazu, ob das Arbeitsentgelt des Klägers aus dem ab 1. März 2003 neu eingegangenen Beschäftigungsverhältnis den ortsüblichen Bedingungen entsprach. Das LSG hätte hierbei insbesondere berücksichtigen müssen, dass gemäß [§ 421j Abs 1 Nr 2 SGB III](#) 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. Entsprechende Feststellungen des LSG hierzu fehlen ebenfalls (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 - [BGBl I 4607](#)) dem Grunde nach ([§ 130 Abs 1 SGG](#)) steht [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) (hier idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 - [BGBl 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 - [BGBl 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](#) eine verspätete Antragstellung zulassen. Nach den besonderen Umständen des Falles liegt eine unbillige Härte iS des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)

vor.

10

[§ 421j SGB III](#) ist durch Art 1 Nr 43 des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 ([BGBl 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 1. 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, 2. ein Arbeitsentgelt beanspruchen können, das den tariflichen oder, wenn eine tarifliche Regelung nicht besteht, ortsüblichen Bedingungen entspricht ([§ 421j Abs 1 SGB III](#)).

11

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 wird von der Bundesanstalt (jetzt: agentur) für Arbeit (BA) entrichtet (Abs 2). Bei Vorliegen der Ausschlussstatbestände des [§ 421j Abs 5 SGB III](#) scheidet die Bewilligung von EGS-Leistungen von vornherein aus.

12

Die Leistungen nach [§ 421j SGB III](#) werden auf Antrag erbracht (so auch [BT-Drucks 15/25, S 34](#) zu Abs 1). Zwar wird der erforderliche Antrag 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 PK-SGB III, 2. Aufl 2004, § 421j RdNr 61; Kruse in Gagel, SGB III mit SGB II, § 421j RdNr 35, Stand Mai 2003; Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j RdNr 49, Stand April 2003; Voelzke in Hauck/Noftz, SGB III, § 421j RdNr 62, Stand Juni 2006), sodass die EGS-Leistungen nach [§ 323 Abs 1 SGB III](#) regelmäßig eines Antrags bedürfen (Ausnahme: Leistungserbringung von Amts wegen mit Zustimmung des Leistungsempfängers). Der Antrag ist gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) bereits vor Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses zu stellen. Das LSG ist zu Recht davon ausgegangen, dass das leistungsbegründende Ereignis hier in der Aufnahme der Beschäftigung bzw dem Beginn des Arbeitsverhältnisses zum 1. März 2003 zu sehen ist (vgl Schlegel/Becker in Eicher/Schlegel, SGB III, § 421j RdNr 51, Stand Juni 2006; Becker in PK-SGB III, 2. Aufl 2004, § 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 vermieden werden, dass der Antragsteller Dispositionen trifft, die sich im Nachhinein als schädlich erweisen, weil eine Leistung der Arbeitsförderung nicht erbracht werden kann. Zugleich soll der Arbeitsverwaltung Gelegenheit zur Beratung der Betroffenen gegeben werden ([BT-Drucks 13/4941](#) zu § 325). Vorliegend hat der Kläger erst am 14. Oktober 2003 den Antrag auf Gewährung von EGS-Leistungen und damit nach dem Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses gestellt, weil er das neue Beschäftigungsverhältnis bereits am 1. März 2003 aufgenommen hatte.

13

Die Beklagte war hier jedoch verpflichtet, die verspätete Antragstellung zuzulassen. Gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) kann die BA eine verspätete Antragstellung zur Vermeidung unbilliger Härten zulassen. Für die Zulassung einer verspäteten Antragstellung stünden uU zwar auch die Rechtsinstitute der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach [§ 27 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - \(SGB X\)](#) und des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur Verfügung (zur Anwendbarkeit des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs neben der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vgl BSG [SozR 4-1300 § 27 Nr 2](#) S 7 ff). Doch 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 vergleichbar sein mag, diese jedoch verdrängt (ebenso Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III, § 324 RdNr 30, Stand August 2006; Hünecke in Gagel, SGB III mit SGB II, § 324 RdNr 16, Stand Oktober 2005; 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 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 eine Korrektur im Rahmen des [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) herbeigeführt werden.

14

Die Beklagte durfte den Antrag des Klägers auf Gewährung von EGS-Leistungen nicht ablehnen. Sie hätte den Antrag vielmehr gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte zulassen müssen. Das LSG ist zu Recht davon ausgegangen, dass insoweit das Ermessen der Beklagten auf Null geschrumpft ist.

15

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. Der Senat kann hier offen lassen, ob es sich bei dem Begriff der "unbilligen Härte" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der gerichtlich voll überprüfbar ist und der Verwaltung keinerlei Beurteilungsspielraum einräumt (so Kaiser in PK-SGB III, 2. Aufl 2004, § 324 RdNr 6; vgl hierzu auch das Urteil des Senats vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 34/06 R](#)) und bei dessen Vorliegen die BA sodann unter pflichtgemäßer Ausübung des ihr zustehenden Ermessens darüber zu entscheiden hat, ob die verspätete Antragstellung zuzulassen ist (Hünecke in Gagel, SGB III mit SGB II, § 324 RdNr 18, Stand Oktober 2005; Niesel, SGB III, 3. Aufl 2005, § 324 RdNr 11; Leitherer in Eicher/Schlegel, SGB III, § 324 RdNr 34,

Stand August 2006; Radüge in Hauck/Noftz, SGB III, § 324 RdNr 13, Stand September 2003) oder ob der Begriff der Unbilligkeit grundsätzlich nicht losgelöst vom Ermessen der Behörde gewürdigt werden kann, weshalb eine einheitliche Ermessensentscheidung anzunehmen wäre (vgl zu [§ 76 Abs 2 Nr 4](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) [BSGE 83, 292](#), 295 = [SozR 3-2400 § 76 Nr 2](#); zum früheren [§ 131 Abgabenordnung \(AO\)](#) [BVerwGE 39, 355](#), 362 ff). Beide Alternativen führen vorliegend zum gleichen Ergebnis, weil die verspätete Antragstellung allein auf die Verletzung der Hinweis- und Beratungspflicht der Beklagten zurückzuführen ist, sodass eine unbillige Härte vorliegt und es keinen sachlichen Grund gibt, den verspäteten Antrag nicht zuzulassen. Jede andere Entscheidung wäre ermessensfehlerhaft (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](#)).

16

Wie bei jeder Härtefallprüfung sind grundsätzlich alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, wobei das Vorliegen einer unbilligen Härte sich am Leistungsziel orientieren muss (vgl nur BSG [SozR 4-4300 § 158 Nr 2](#) S 6; Eicher in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 16 RdNr 109h; Hünecke in Gagel, SGB III mit SGB II, § 324 RdNr 17). Mit der Einfügung des [§ 421j SGB III](#) hat der Gesetzgeber die Empfehlungen der Kommission "Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt" (sog Hartz-Kommission) zur so genannten Lohnversicherung umgesetzt ([BT-Drucks 15/25, S 34](#) zu § 421j). 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.

17

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 Beratung durch das Arbeitsamt (jetzt: Agentur für Arbeit) ist, wozu auch eine zu Unrecht unterbliebene Beratung zählt (vgl Becker in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 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 verletzt.

18

Rechtsgrundlage für die Beratungspflicht in Form einer Hinweispflicht sind im vorliegenden Fall die in [§§ 14, 15](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch - Allgemeiner Teil - (SGB I) genannten allgemeinen Hinweis- und Auskunftspflichten der Sozialleistungsträger. Eine umfassendere Beratungspflicht (hier nach [§ 30 Satz 1 Nr 5 SGB III](#)) des Sozialversicherungsträgers besteht zunächst regelmäßig bei einem entsprechenden Beratungs- und Auskunftsbegehren des Versicherten (vgl BSG, Urteil vom 17. August 2000 - [B 13 RJ 87/98 R](#) = [SGB 2000, 616](#); [SozR 3-2600 § 115 Nr 9](#) S 59). Ausnahmsweise besteht jedoch auch dann eine Hinweis- und Beratungspflicht des Versicherungsträgers, 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 BA (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).

19

Die Beklagte war bereits anlässlich der Arbeitslosmeldung und Antragstellung des Klägers am 13. Februar 2003 verpflichtet, ihn auf das neue Förderinstrument des [§ 421j SGB III](#) hinzuweisen (vgl Urteile des Senats vom 8. Februar 2006 - [B 7a AL 36/06 R](#) (Beratungspflicht bei Gruppenveranstaltungen) und vom 2. September 2004 - [B 7 AL 18/04 R](#) = [NZA 2005, 98](#) (zu noch nicht verkündeten Gesetzen); [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) S 8 (allgemein zur Gesetzesänderung); [SozR 3-3200 § 86a Nr 2](#) S 6 (zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens); [SozR 3-1200 § 14 Nr 16](#) S 51 (zu zukünftigen Rechtsentwicklungen); [SozR 4-3100 § 60 Nr 1](#) S 7 (allgemein zu Rechtsänderungen)). Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 wurde im Bundesgesetzblatt Nr 87 am 30. Dezember 2002 verkündet und war zum 1. Januar 2003 in Kraft getreten. Die Beklagte war schon auf Grund des Lebensalters des Klägers verpflichtet, diesen bei seiner Arbeitslosmeldung und Antragstellung auf das in diesem Zeitpunkt noch neue Förderinstrument der Entgeltsicherung hinzuweisen. Dies ergibt sich schon aus der erwähnten Zielsetzung des Gesetzgebers, mit der Neuregelung ältere Arbeitnehmer zu motivieren, sich zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit auch um schlechter bezahlte Tätigkeiten zu bemühen. Dieses Ziel konnte nur erreicht werden, wenn die für die Umsetzung der neu geschaffenen Förderung berufenen Dienststellen der Beklagten das in der Bevölkerung noch unbekannte Instrument bei neu auftretenden Fällen von Arbeitslosigkeit auch bekannt machten.

20

Ein solcher Hinweis ist jedoch nicht erfolgt. Insbesondere enthielt das Merkblatt Nr 1 für Arbeitslose (Stand April 2002) keinen Hinweis auf das neue Förderinstrument. Der Senat kann vor diesem Hintergrund offen lassen, ob ein Hinweis im Merkblatt Nr 1 der Hinweispflicht der

Beklagten genügt hätte (vgl. [BSGE 92, 267](#), 278 = [SozR 4-4300 § 137 Nr 1](#) S 12 f). Die Beklagte hätte den über 50-jährigen Kläger jedenfalls darauf hinweisen müssen, dass es eine gesetzliche Möglichkeit gibt, bei Aufnahme einer niedriger bezahlten Beschäftigung unter den Voraussetzungen des [§ 421j SGB III](#) EGS-Leistungen zu erhalten. Dass bei der Arbeitslosmeldung noch keine konkrete, auf ein bestimmtes künftiges Arbeitsverhältnis abzielende Beratung möglich war, liegt auf der Hand. Erforderlich war aber ein genereller Hinweis auf das neue Instrument. Gleichzeitig hätte der Kläger dann auf eine (zukünftige) konkrete Beratung verwiesen werden können. Diese Beratungspflicht war auch für die Beklagte erkennbar, weil das maßgebliche Kriterium für die Inanspruchnahme von EGS-Leistungen das Alter des Arbeitslosen ist und gerade dieses der Beklagten bei der Arbeitslosmeldung bekannt war. Der Kläger gehörte zu einer klar abgrenzbaren Gruppe von potenziell Anspruchsberechtigten (vgl. BSG [SozR 4-1200 § 14 Nr 5](#) S 11; BSG, Urteil vom 22. Oktober 1998 - [B 5 RJ 56/97 R](#) = [SGb 1999, 26](#); Becker in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 9 RdNr 221; Funk, SDSRV 39, 51, 55). Von daher war es für die Hinweis- und Beratungspflicht der Beklagten auch nicht von Bedeutung, ob sich bei der Arbeitslosmeldung am 13. Februar 2003 bereits die Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses zum 1. März 2003 konkret abzeichnete oder erkennbar war. Im Rahmen der Arbeitslosmeldung und Antragstellung hätte es genügt, den Kläger allgemein auf die neue Rechtslage hinzuweisen.

21

Dieses Ergebnis führt auch nicht zu einer Überspannung der Hinweis- und Beratungspflichten 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). Allein die konkrete Kontaktaufnahme des Versicherten zur Beklagten (beispielsweise im Rahmen einer Arbeitslosmeldung oder einer Informationsveranstaltung; hierzu Senatsurteil vom 8. Februar 2007 - [B 7a AL 36/06 R](#)) kurz nach Inkrafttreten eines neuen Gesetzes, das Leistungsansprüche der Versicherten neu regelt, begründet die gesteigerte Informationspflicht.

22

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 Beratungs- und Hinweispflicht nach [§§ 14, 15 SGB I](#) bzw ggf gemäß [§ 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).

23

Unter Berücksichtigung dieser Umstände war die Beklagte im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung gemäß [§ 324 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verpflichtet, die verspätete Antragstellung des Klägers zuzulassen. Jede andere Entscheidung wäre auf Grund der Verletzung der Hinweis- und Beratungspflicht aus [§§ 14, 15 SGB I](#) ermessensfehlerhaft gewesen (Ermessensreduzierung auf Null).

24

2. Ob der Kläger allerdings alle Voraussetzungen für die Gewährung von EGS-Leistungen gemäß [§ 421j SGB III](#) erfüllt, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Zwar verfügte der Kläger zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme noch über einen Restanspruch auf Alg von 764 Tagen ([§ 421j Abs 1 Nr 1 SGB III](#)). Es fehlen jedoch ausreichende tatsächliche Feststellungen zur Entgeltdifferenz und zum tariflichen bzw ortsüblichen Arbeitsentgelt iS von [§ 421j Abs 1 Nr 2 SGB III](#). Mit dieser 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 hat das Arbeitsentgelt bei dem neuen Arbeitgeber ab 1. März 2003 zwar als ortsüblich erachtet. Hierbei hat es aber unberücksichtigt gelassen, dass das ortsübliche Arbeitsentgelt nur dann und nur hilfsweise 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 (BSG [SozR 4100 § 112 Nr 27 S 122](#) zu [§ 112 Abs 7 Arbeitsförderungs-gesetz \(AFG\)](#); wie hier Becker in PK-SGB III, 2. Aufl 2004, [§ 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 Tarifvertrag zurückzugreifen ist, der für das Arbeitsverhältnis gelten würde, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden wären. Nur wenn beide Voraussetzungen des [§ 421 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) verneint werden können, ist auf das ortsübliche Arbeitsentgelt abzustellen. Das LSG wird darüber hinaus zu prüfen haben, ob Ausschlussgründe, insbesondere nach [§ 421j Abs 5 Nr 1](#) und 3 SGB III, vorliegen.

25

Das LSG wird ggf auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2007-06-06