

L 3 AL 5167/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 16 AL 1723/09
Datum
23.09.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 3 AL 5167/09
Datum
21.04.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist Beginn und Anspruchsdauer des klägerischen Anspruchs auf Arbeitslosengeld streitig.

Der am 02.01.1951 geborene Kläger war ab 15.03.2001 als Projektmanager bei der Versatel Süd GmbH beschäftigt. Mit Schreiben vom 29.07.2008 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis des Klägers außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30.09.2008. Im Kündigungsschreiben wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass er verpflichtet sei, sich innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, andernfalls könnten Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld entstehen.

Am 31.07.2008 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld. Im schriftlichen Antrag, den er am 22.08.2008 bei der Beklagten einreichte, gab er u.a. an, er mache gegen seinen Arbeitgeber die Wiedereinstellung gerichtlich geltend. Vom Antragsannehmer ist hierzu vermerkt, ein Nachweis folge.

In einer schriftlichen Stellungnahme vom 08.08.2008 schilderte der Kläger den der Kündigung zugrundeliegenden Vorgang und trug vor, er habe eine Anwaltskanzlei mit der Vertretung seiner Interessen beauftragt. Hierzu legte er die mit Schriftsatz vom 06.08.2008 zum Arbeitsgericht Stuttgart erhobene Klage vor, mit der die Feststellung geltend gemacht wurde, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche fristlose Kündigung noch durch die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung beendet worden sei und über den 30.09.2008 hinaus unverändert fortbestehe.

Mit Bescheid vom 22.08.2008 bewilligte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld ab dem 31.07.2008 in Höhe von täglich 60,14 EUR (Lohnsteuerklasse III/allgemeiner Leistungssatz) für die Dauer von 540 Tagen. Die Bewilligung erfolgte gemäß [§ 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) in Bezug auf Höhe, Beginn und Dauer der Leistung vorläufig. Mit Schreiben ebenfalls vom 22.08.2008 wies die Beklagte den Kläger außerdem darauf hin, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Zuerkennung von Ansprüchen aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis ruhen könne und solche Ansprüche ggf. in Höhe der während eines eventuellen Ruhenszeitraums gezahlten Leistungen kraft Gesetzes auf sie übergängen.

Gleichzeitig zeigte die Beklagte dem Arbeitgeber des Klägers den Anspruchsübergang gemäß [§ 143 Abs. 3](#) bzw. [§ 143a Abs. 4 SGB III](#) i.V.m. [§ 115](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) an.

Am 02.12.2008 schlossen der Kläger und sein Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht Stuttgart (Az.: 24 Ca 5865/08) einen Vergleich. Danach endete das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund ordentlicher, fristgemäßer Kündigung des Arbeitgebers unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist aus betrieblichen Gründen mit Wirkung zum 31.01.2009 und der Kläger wurde unter Fortzahlung seiner vertragsgemäßen Vergütung bis zum Beendigungszeitpunkt von der Arbeitsleistung freigestellt. Am 08.12.2008 legte der Arbeitgeber den arbeitsgerichtlichen Vergleich der Beklagten vor und bat um schnellstmögliche Information, ob und in welcher Höhe der Kläger Leistungen von der Agentur für Arbeit bezogen habe. Mit Schreiben vom 09.12.2008 machte daraufhin die Beklagte gegenüber dem Arbeitgeber die Überweisung des für die Zeit vom 31.07.2008 bis 30.11.2008 gewährten Arbeitslosengeldes in Höhe von 7.276,94 EUR geltend.

Den am 09.12.2008 telefonisch gestellten Antrag des Klägers, den Bewilligungsbescheid abzuändern und eine längere Anspruchsdauer festzusetzen, da er am 02.01.2009 das 58. Lebensjahr vollenden werde, wertete die Beklagte als Antrag auf Überprüfung des Bescheides vom 22.08.2008 gemäß [§ 44 SGB X](#), den sie mit Bescheid vom 09.12.2008 ablehnte. Die Anspruchsdauer sei richtig festgesetzt worden. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld sei am 31.07.2008 entstanden. Durch den Anspruch auf Arbeitsentgelt ruhe der Anspruch auf Arbeitslosengeld lediglich nach [§ 143 SGB III](#).

Mit Änderungsbescheid gleichfalls vom 09.12.2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sein Leistungsanspruch habe sich geändert. Er erhalte vom 01.12.2008 bis 31.01.2009 keine Leistungen, da er Arbeitsentgelt beziehe. Vom 01.02.2009 bis 29.03.2010 belaufe sich der Leistungsbetrag auf täglich 60,14 EUR. Die Zahlung erfolge vorläufig auf der Grundlage von [§ 328 SGB III](#).

Mit weiterem Bescheid vom 09.12.2008 setzte die Beklagte die Leistungen an den Kläger ab 31.07.2008 in folgender Höhe fest:

31.07.2008 - 30.11.2008: Leistungsbetrag täglich 60,14 EUR
01.12.2008 - 31.01.2009: Leistungsbetrag täglich 0,00 EUR
01.02.2009 - 29.03.2010: Leistungsbetrag täglich 60,14 EUR.

Die Zahlung erfolge vorläufig auf der Grundlage des [§ 328 SGB III](#).

Mit weiterem Bescheid vom 09.12.2008 setzte die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab 31.07.2008 in gleicher Höhe abschließend fest.

Mit Schreiben vom 15.12.2008 legte der Kläger gegen die Bescheide vom 09.12.2008 Widerspruch ein und begehrte die Festsetzung einer längeren Anspruchsdauer von 24 Monaten ab 01.02.2009. Die Meldung bei der Beklagten am 31.07.2008 sei nur zur Fristwahrung erfolgt. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren sei er darauf hingewiesen worden, dass bei Abschluss des Vergleichs aufgrund des vereinbarten Beendigungszeitpunkts ein Anspruch auf einen verlängerten Bezug des Arbeitslosengeldes, nämlich für die Dauer von 24 Monaten bestehe. Die entsprechende Auskunft habe er auch von der Service-Hotline der Beklagten erhalten, die er vor Abschluss des arbeitsgerichtlichen Vergleichs nochmals angerufen und erneut die gleiche Auskunft erhalten habe.

Nachdem der Arbeitgeber das dem Kläger vom 31.07.2009 bis zum 31.11.2008 gewährte Arbeitslosengeld der Beklagten erstattet hatte, bewilligte diese dem Kläger mit Änderungsbescheid vom 03.04.2009 Arbeitslosengeld für die Zeit vom 01.02.2009 bis 30.07.2010 mit einem Leistungsbetrag von täglich 60,14 EUR. Zur Begründung führte sie aus, am 01.12.2008 habe sich die Bezugsdauer um 121 Tage erhöht. Dadurch ergebe sich eine mögliche Bezugsdauer bis zum 30.07.2010.

Mit Widerspruchsbescheid vom 09.04.2009 wies sie den Widerspruch gegen den Bescheid vom 09.12.2008 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 03.04.2008 zurück. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe sich am 31.07.2008 arbeitslos gemeldet und Arbeitslosengeld ab dem 31.07.2008 beantragt. Bei der Entstehung des Anspruchs am 31.07.2008 habe er das 55. Lebensjahr, jedoch noch nicht das 58. Lebensjahr vollendet gehabt und deshalb einen Anspruch mit einer Anspruchsdauer von 18 Monaten erworben. Nachdem aufgrund des gerichtlichen Vergleichs das Beschäftigungsverhältnis zum 31.01.2009 geendet habe, sei mit dem Änderungsbescheid vom 03.04.2009 ab 01.02.2009 für 540 Tage Arbeitslosengeld bewilligt worden. Der Widerspruch habe deshalb keinen weiteren Erfolg haben können.

Hiergegen hat der Kläger am 21.04.2009 Klage zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhoben.

Am 01.05.2009 nahm der Kläger eine selbständige hauptberufliche Tätigkeit als freiberuflicher Ingenieur auf. Die Beklagte bewilligte ihm mit Bescheid vom 08.05.2009 einen Gründungszuschuss für die Zeit vom 01.05.2009 bis 31.01.2010. Mit Bescheid vom 30.04.2009 hob sie die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab 01.05.2009 auf.

In der mündlichen Verhandlung vor dem SG hat der Kläger erklärt, die Klage nach Aufhebung der Bewilligung als Feststellungsklage weiterführen zu wollen. Er hat weiter angegeben, im Juli 2008 genügend Rücklagen gehabt zu haben, um die Zeit bis zur Vollendung des 58. Lebensjahres am 02.01.2009 auch ohne Zahlungen der Beklagten überbrücken zu können.

Mit Urteil vom 23.09.2009 hat das SG festgestellt, dass die Bescheide der Beklagten vom 09.12.2008 in der Fassung des Bescheids vom 03.04.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.04.2009 insoweit rechtswidrig waren, als Arbeitslosengeld für die Dauer von 18 Monaten und nicht für die Dauer von 24 Monaten ab 01.02.2009 bewilligt worden sei. Zur Begründung hat es ausgeführt, es hätten zwar bereits am 31.07.2008 alle Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld vorgelegen. Der Kläger sei jedoch im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu stellen, als ob er von seinem Recht gemäß [§ 118 Abs. 2 SGB III](#), bis zur Entscheidung über den Anspruch zu bestimmen, dass dieser nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen solle, Gebrauch gemacht und als Anspruchsbeginn den 01.02.2009 bestimmt habe. Die Beklagte sei gemäß [§ 14 Erstes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB I\)](#) verpflichtet, bei Vorliegen eines konkreten Anlasses auf klar zutage tretende Gestaltungsmöglichkeiten hinzuweisen, deren Wahrnehmung offensichtlich so zweckmäßig sei, dass ein verständiger Versicherter sie mutmaßlich nutzen würde. Komme die Beklagte dieser Beratungspflicht nicht nach und erleide der Versicherte hierdurch einen rechtlichen Nachteil, habe sie durch Vornahme einer zulässigen Amtshandlung den Zustand herzustellen, der bei einer ordnungsgemäßen Beratung eingetreten wäre. Die Beratungspflichten der Beklagten erstreckten sich auch und gerade auf die gesetzlichen Möglichkeiten, die Dauer des Arbeitslosengeldanspruchs durch entsprechende Dispositionen zu beeinflussen. Angesichts der Angaben des Klägers im Antrag vom 31.07.2008 habe es sich der Beklagten auferlegen müssen, dass für den Kläger eine Verschiebung des Zeitpunkts der Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld in Betracht komme. Denn außer der Tatsache, dass der Kläger bis zum Erreichen der nächsten Altersstufe nur ein halbes Jahr zu überbrücken gehabt hätte, hätten sich aus dem Antrag auch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er diesen Zeitraum ohne Bezug von Arbeitslosengeld überbrücken könne. Er habe nämlich ausführliche Angaben darüber gemacht, warum die Kündigung seiner Meinung nach unwirksam sei und dass er hiergegen gerichtlich vorgehen werde. Zum Zeitpunkt der Antragstellung habe der Kläger berechnete Aussicht gehabt, zeitnah eine Klärung der Rechtswirksamkeit der Kündigung sowie seine Weiterbeschäftigung oder zumindest eine Abfindung zu erwirken, wie auch der weitere, für ein arbeitsgerichtliches Verfahren typische Verlauf, gezeigt habe. Unter diesen Umständen habe es nahegelegen, dass sich der Kläger nicht ohne Weiteres der Aussicht auf eine längere Bezugsdauer von Arbeitslosengeld begeben würde. Die unterbliebene Beratung sei auch kausal für den eingetretenen

Rechtsnachteil des Klägers, der zur Überzeugung der Kammer bei entsprechender Beratung erst einen Anspruch auf Arbeitslosengeld ab dem 01.02.2009 geltend gemacht hätte. Als Rechtsfolge des Herstellungsanspruchs sei der Kläger so zu stellen, als ob er sein Bestimmungsrecht ausgeübt und die Entstehung des Anspruchs auf die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres am 02.01.2009 verschoben hätte. Schließlich gehe auch der Einwand der Beklagten, der Kranken- und Pflegeversicherungsschutz könne nach einer Bewilligung von Arbeitslosengeld nicht mehr rückwirkend beseitigt werden, fehl. Denn ihr hätten gemäß [§ 335 Abs. 3 SGB III](#) Erstattungsansprüche hinsichtlich der Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung gegen den ehemaligen Arbeitgeber des Klägers zugestanden.

Gegen das am 09.10.2009 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 06.11.2009 Berufung eingelegt. Sie trägt vor, die Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs lägen nicht vor. Dieser setze voraus, dass der Sozialleistungsträger eine ihm aufgrund Gesetzes oder bestehenden Sozialrechtsverhältnisses obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung, verletzt habe. Vorliegend habe keine solche Beratungspflicht bestanden. Zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung am 31.07.2008 sei der Kläger erst 57 Jahre alt gewesen. Bis zur Vollendung seines 58. Lebensjahres habe es noch 5 Monate gedauert. Ohne Vorliegen weiterer Gesichtspunkte, aus denen sich die Möglichkeit ergebe, dass es dem Arbeitslosen gelinge, die betreffende Zeitspanne aus eigener wirtschaftlicher Kraft zu überbrücken, begründe allein das Alter keine Beratungspflicht. Der Kläger, dessen Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung durch fristlose Kündigung ohne Gewährung einer Abfindung beendet worden sei, habe über keine arbeitgeberseitigen Geldleistungen verfügt, um seinen Lebensunterhalt sicherzustellen. Allein aus dem Umstand, dass der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben habe, habe sie nicht zweifelsfrei erkennen können, dass diese erfolgreich sein werde. Auch sei entgegen der Auffassung des Sozialgerichts nicht davon auszugehen, dass Kündigungsschutzverfahren vor dem Arbeitsgericht stets zeitnah entschieden würden und deshalb nur eine relativ kurze Zeitspanne finanziell überbrückt werden müsse. Mangels ausreichender Kenntnisse über die persönlichen Verhältnisse des Klägers als auch über die genauen Umstände des Arbeitsgerichtsverfahrens hätten sich für sie keine Hinweise für eine zeitnahe Klärung der Rechtswidrigkeit der Kündigung sowie eine insoweit kurze Bezugsdauer von Arbeitslosengeld ergeben, so dass es für sie gerade nicht auf der Hand gelegen habe, dass für den Kläger die Bestimmung über die Entstehung des Anspruchs nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) günstiger sein könne. Nicht nachgewiesen sei im Übrigen, dass der Kläger seinen Lebensunterhalt bis zur Vollendung seines 58. Lebensjahres ohne Weiteres aus seinen Altersrückstellungen hätte überbrücken können. Der Kläger habe nicht überprüfte Angaben zu seinen Vermögensverhältnissen gemacht. Zu berücksichtigen sei weiter, dass auch der Lebensunterhalt der Ehefrau des Klägers, die kein Arbeitsentgelt beziehe, zu bestreiten gewesen sei.

Schließlich bewirke eine Verschiebung der Entstehung des Stammrechts auf Arbeitslosengeld in die Zukunft, dass in der Vergangenheit die Entstehung des Stammrechts auf Arbeitslosengeld und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nicht mehr gegeben seien. Dieser Umstand sei vom SG nicht beachtet worden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 23. September 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Beklagtenakten sowie der Gerichtsakten beider Rechtszüge ergänzend Bezug genommen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß [§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist zulässig. Berufungsausschlussgründe liegen nicht vor.

Die Berufung der Beklagten ist jedoch nicht begründet.

Der vom Kläger im Klageverfahren gestellte Feststellungsantrag ist zulässig, nachdem er aufgrund der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit von mehr als 15 Stunden wöchentlich nicht mehr arbeitslos ist, die Beklagte deshalb die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 01.05.2009 aufgehoben hat und damit - derzeit - kein rechtliches Interesse des Klägers für eine Leistungsklage gegeben ist.

Der dem Begehren des Klägers bei sachgerechter Würdigung ([§123 SGG](#)) zu entnehmende Wechsel von einem Leistungs- zu einem Fortsetzungsfeststellungsantrag ist gem. [§ 131 Abs. 1 Satz 3 SGG](#) zulässig. In dem Übergang zur Fortsetzungsfeststellungsklage liegt keine unzulässige Klageänderung, wie sich aus [§ 99 Abs. 3 Nr. 3 SGG](#) ergibt (BSG Urteil vom 28.09.2005 - [B 6 KA 73/04 R](#) - [SozR 4-2500 § 75 Nr. 3](#)).

Der so ausgelegte Antrag des Klägers ist zulässig und auch nach Auffassung des Senats begründet.

Der Kläger ist im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu stellen, als sei er von der Beklagten über die Gestaltungsmöglichkeit des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) beraten worden und habe dementsprechend bestimmt, dass sein Anspruch auf Arbeitslosengeld am 01.02.2009 entstehen solle. Das SG hat den rechtserheblichen Sachverhalt und die Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zutreffend dargestellt und ausgeführt, aus welchen Gründen dieser Anspruch gegeben ist. Der Senat nimmt hierauf Bezug und sieht deshalb von einer Darstellung der Entscheidungsgründe gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) insoweit ab.

Ergänzend ist Folgendes auszuführen: Entgegen der Auffassung der Beklagten lagen vorliegend offen zu Tage liegende Gestaltungsmöglichkeiten vor, die Anlass zu einer Spontanberatung gegeben haben. Die Beklagte wusste bei Antragstellung, dass der Kläger in wenigen Monaten sein 58. Lebensjahr vollenden werde und dass bei Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld nach diesem Datum eine längere Anspruchsdauer bestehen würde. Der Umstand, dass noch mehrere Monate bis zur Vollendung des 58. Lebensjahres zu überbrücken waren, stand einer Spontanberatung nicht entgegen, sondern hätte eine solche vielmehr gerade geboten erscheinen lassen müssen (BSG, Urteil vom 05.09.2006 - [B 7a AL 70/05 R](#) - in juris). Denn der Kläger hätte abwägen müssen, ob er für eine Zeit von weniger als 6 Monaten Leistungen nicht geltend macht, dafür jedoch einen um 6 Monate längeren Anspruch erwirbt.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Kläger aufgrund der Regelung in [§ 37b SGB III](#) zur unverzüglichen Arbeitssuchendmeldung verpflichtet war und deshalb nicht die Möglichkeit hatte, seine versicherungsrechtlichen Belange durch Bestimmung des Zeitpunkts der Arbeitslosmeldung wahrzunehmen. Der Beklagten war weiter bekannt, dass der Kläger gegen die fristlose Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben hatte. Es liegt damit genau die Konstellation vor, über die auch das LSG Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 29.01.2007 - [L 1 AL 62/06](#) - zu entscheiden hatte, dass nämlich der Kläger hinreichend zu erkennen gegeben hat, dass die Arbeitslosigkeit auf einer fristlosen Kündigung beruhte, gegen die er sich zur Wehr setzte.

Unbeachtlich ist, ob der Kläger tatsächlich zur Überbrückung ggf. auf seine Altersvorsorgebeiträge hätte zurückgreifen können und in welcher Weise er seine Krankenversicherung sichergestellt hätte. Diese Überlegungen hätte der Kläger nämlich erst nach sachgerechter Information durch die Beklagte anstellen müssen. Erst nach einer Beratung hätte er abwägen können und müssen, ob er den Antrag mit Wirkung zu einem späteren Zeitpunkt stellt. Auch hier schließt sich der Senat den Ausführungen des BSG an, wonach die mit der Notwendigkeit zur Überbrückung von fünf Monaten einhergehenden weiteren Nachteile (Krankenversicherungsschutz/Rentenversicherungsbeitrag) keinen Grund darstellten, von vornherein auf eine sich aufdrängende Beratung zu verzichten, sondern in die individuelle Beratung hätten einfließen müssen (BSG, a.a.O.).

Auch die weitere Voraussetzung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, dass der erlittene Nachteil mit verwaltungskonformen Mitteln im Rahmen der gesetzlichen Regelung, also durch eine vom Gesetz vorgesehene zulässige und rechtmäßige Amtshandlung ausgeglichen werden kann, ist erfüllt.

Zutreffend ist zwar, dass das Stammrecht auf Arbeitslosengeld nicht zugleich am 31.07.2008 und am 01.02.2009 entstehen kann. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das SG jedoch nicht entschieden, dass aufgrund der Arbeitslosmeldung des Klägers am 31.07.2008 das Stammrecht auf Arbeitslosengeld zum einen am 31.07.2008 und zum anderen am 01.02.2009 entstanden ist. Das SG hat vielmehr entschieden, dass das Stammrecht - zunächst und ohne Berücksichtigung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs - am 31.07.2008 entstanden, sodann aber aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf den 01.02.2009 zu verschieben ist.

Soweit die Beklagte zur Berufungsbegründung weiter vorträgt, das SG habe völlig außer Acht gelassen, dass infolge der Verschiebung der Entstehung des Stammrechts auf den 01.02.2009 die Leistungsbewilligung für die Zeit vom 31.07.2008 bis 31.01.2009 rechtswidrig werde und deshalb aufzuheben sei, ist auszuführen, dass das SG dies völlig zutreffend außer Acht gelassen hat, da die Aufhebung und Rückforderung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Denn zum einen hat die Aufhebung und Rückforderung durch Verwaltungsakt zu erfolgen. Bisher ist ein solcher nicht erlassen worden. Zum anderen dürfte eine Rückforderung gegen den Kläger nicht mehr in Betracht kommen, wenn das geleistete Arbeitslosengeld - wie hier - bereits durch den Arbeitgeber erstattet worden ist.

Schließlich stellt sich vorliegend auch nicht die vom BSG angesprochene Problematik, dass nach einer Aufhebung der Arbeitslosengeld-Bewilligung der Leistungsbezieher die Krankenversicherungs- und Pflegeversicherungsbeiträge gem. [§ 335 Abs. 1 SGB III](#) zu erstatten hat. Denn der Kläger hat bis zum 31.01.2009 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden, aus dem für ihn die Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden sind, so dass allenfalls gem. [§ 335 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) ein Anspruch der Beklagten gegen die Krankenkasse, bei welcher der Kläger versicherungspflichtig war, bestehen kann.

Zur Überzeugung des Senats war die Verletzung der Beratungspflicht durch die Beklagte auch kausal dafür, dass der Kläger von dem Wahlrecht nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) nicht Gebrauch gemacht und als Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs den 01.02.2009 bestimmt hat. Denn zum einen hätte - bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der hilfsweise ausgesprochenen Kündigung zum 30.09.2008 - lediglich die Zeit ab dem 01.10.2008 überbrückt werden müssen. Bei Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung hätte der dann naheliegende Eintritt einer Sperrzeit zu einem Ruhen des Anspruchs für bis zu 12 Wochen geführt, sodass auch in dieser Konstellation die Wahl eines späteren Zeitpunkts für das Entstehen des Anspruchs nahegelegen hätte. Zum anderen ist der Senat davon überzeugt, dass der Kläger aufgrund seiner finanziellen Rücklagen in der Lage gewesen wäre, den Zeitraum bis zur Vollendung seines 58. Lebensjahres ohne die Gewährung von Arbeitslosengeld zu überbrücken. Dahingestellt bleiben kann, ob dem Kläger tatsächlich sofort verfügbare Mittel in Höhe von 100.000,00 EUR bereitstanden, denn zur Überbrückung des Zeitraums ohne Leistungsbezug ist ein weit geringerer Betrag ausreichend.

Dahingestellt bleiben kann deshalb, ob das Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers über die Entstehung des Anspruchs nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) bereits mit der vorläufigen Entscheidung über den Anspruch oder erst mit der endgültigen Entscheidung entfällt und ob die Berufung ggf. bereits aus diesem Grund zurückzuweisen ist. Weder die Gesetzesmaterialien noch die Literatur setzen sich mit dieser Differenzierung auseinander.

Nach [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) kann über die Erbringung von Geldleistungen vorläufig entschieden werden, wenn zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruchs eines Arbeitnehmers auf Geldleistungen voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist, die Voraussetzungen für den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen und der Arbeitnehmer die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hat. Eine solche vorläufige Entscheidung hat die Beklagte vorliegend getroffen. Diese vorläufige Entscheidung erzeugt nur Bindungswirkung bezüglich der vorläufigen Leistungsgewährung, nicht aber bezüglich des Anspruchs auf die begehrte Leistung. Erweist sich die vorläufige Entscheidung als unrichtig, muss eine endgültige Entscheidung ergehen, mit der sich die vorläufige Entscheidung anderweitig erledigt ([§ 39 Abs. 2 SGB X](#); Winkler in LPK - SGB III [§ 328](#) Rn. 259). Dies könnte dafür sprechen, dass dem Arbeitnehmer das Bestimmungsrecht des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) bis zur endgültigen Entscheidung über den Anspruch zusteht. Für ein Bestimmungsrecht lediglich bis zum Erlass der vorläufigen Entscheidung spricht dagegen, dass auch eine vorläufige Entscheidung eine Entscheidung darstellt, aufgrund derer auch bereits Leistungen erbracht werden.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, nachdem die Frage, ob das Bestimmungsrecht nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) auch noch nach einer vorläufigen Bewilligung ausgeübt werden kann, nicht entscheidungserheblich ist.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-04-26