

L 18 AL 268/09

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
18
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 58 AL 5508/08
Datum
21.08.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 18 AL 268/09
Datum
18.04.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 21. August 2009 aufgehoben. Die Beklagte wird unter Änderung des Bescheides vom 27. August 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Oktober 2008 verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 01. Juli 2008 bis 12. Oktober 2008 höheres Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines Bemessungszeitraums vom 01. Juli 2007 bis 30. Juni 2008 zu gewähren.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers im gesamten Verfahren.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten höheres Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis zum 12. Oktober 2008 unter Zugrundelegung eines Bemessungszeitraums vom 01. Juli 2007 bis 30. Juni 2008.

Der 1947 geborene Kläger, der privat kranken- und pflegeversichert ist, war von Dezember 1992 bis Oktober 2006 selbständig tätig. Vom 1. November 2006 bis zum 31. Januar 2007 war er als Ausbilder und vom 11. April 2007 bis zum 31. Januar 2008 als stellvertretender Marktleiter/Ausbilder bei seiner Ehefrau, die per Handelsvertretervertrag einen F-Getränkemarkt betrieb, versicherungspflichtig beschäftigt. Am 1. Februar 2008 fand eine Betriebsübernahme statt, der Rechtsnachfolger der Ehefrau des Klägers weigerte sich jedoch von Anfang an, diesen weiter zu beschäftigen. Nachdem der Rechtsnachfolger vom Kläger aufgefordert worden war, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses iSv [§ 613a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) anzuerkennen und ihn weiter zu beschäftigen, erkannte dieser mit Schreiben vom 11. Februar 2008 den Übergang des Arbeitsverhältnisses an und stellte den Kläger bis auf weiteres von der Erbringung der Arbeitsleistung frei. Mit weiterem Schreiben vom 11. Februar 2008 kündigte er das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Wirkung zum 15. März 2008 entgegen der arbeitsvertraglich vereinbarten Frist von drei Monaten zum Quartalsende. Mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 25. April 2008 stellte das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin fest, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung im Schreiben vom 11. Februar 2008 nicht mit Ablauf des 15. März 2008 geendet habe, sondern bis zum 30. Juni 2008 fortbestehe. Überdies wurde der Rechtsnachfolger der Ehefrau des Klägers verurteilt, an den Kläger 2.100,- EUR brutto abzüglich 650,69 EUR netto nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08. April 2008 zu zahlen (- 28 Ca 3744/08 -).

Zwischenzeitlich hatte sich der Kläger am 29. Januar 2008 bei der Beklagten arbeitslos gemeldet, "gegebenenfalls mit Wirkung vom 1. Februar 2008", und Alg beantragt. Aus der eingereichten Arbeitsbescheinigung seiner Ehefrau vom 11. Februar 2008 ergab sich, dass der Kläger während der Dauer seines Beschäftigungsverhältnisses eine durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit von 37 Stunden pro Woche hatte und beim Ausscheiden aus seinem Beschäftigungsverhältnis für den Abrechnungszeitraum April 2007 ein beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt von 450,- EUR, für die Abrechnungszeiträume Mai 2007 bis August 2007 jeweils 800,- EUR, für den Abrechnungszeitraum September 2007 1.500,- EUR und für die Abrechnungszeiträume Oktober 2007 bis Januar 2008 jeweils 2.100,- EUR (insgesamt 12.550,- EUR) abgerechnet worden waren. Die Beklagte bewilligte dem Kläger daraufhin mit Bescheid vom 28. Februar 2008 für die Zeit ab dem 1. Februar 2008 für die Dauer von 180 Kalendertagen (somit bis zum 30. Juli 2008) - vorläufig - Alg iH eines täglichen Leistungsbetrages von 20,99 EUR (tägliches Bemessungsentgelt = 44,28 EUR/Lohnsteuerklasse III/Lohnsteuertabelle für das Jahr 2008/tägliches Leistungsentgelt = 34,98 EUR und eine Nettolohnersatzquote von 60 vH). Dieser Bescheid erwuchs in Bestandskraft. Mit Bescheid vom 10. März 2008 bewilligte die Beklagte die vorgenannte Leistung abschließend. Mit so genanntem Änderungsbescheid vom 29. April 2008 bewilligte die Beklagte dem Kläger Zuschüsse zu dessen privater Kranken- und Pflegeversicherung; auch dieser Bescheid erwuchs in Bestandskraft.

Nachdem die Beklagte vom Urteil des ArbG vom 25. April 2008 erfahren hatte, hob sie mit Bescheid vom 06. Mai 2008 die Bewilligung von Alg ab dem 1. Mai 2008 mit der Begründung auf, der Kläger habe eine Beschäftigung aufgenommen; auch dieser Bescheid erwuchs in Bestandskraft.

Danach erfüllte der Rechtsnachfolger der Ehefrau des Klägers die auf die Beklagte für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 30. April 2008 in Höhe des gezahlten Alg übergangenen Arbeitsentgeltansprüche des Klägers iHv 1.889,10 EUR (vgl Schreiben vom 13. Mai 2008).

Am 18. Juni 2008 meldete sich der Kläger erneut arbeitslos, gegebenenfalls mit Wirkung zum 1. Juli 2008, und beantragte Alg. Hierzu reichte er eine vom Rechtsnachfolger ausgestellte Arbeitsbescheinigung vom 11. August 2008 ein, in der zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis für die Abrechnungszeiträume vom 1. Februar 2008 bis zum 30. Juni 2008 insgesamt ein beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt von 11.711,55 EUR ausgewiesen worden war. Mit Bescheid vom 27. August 2008 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab dem 1. Juli 2008 erneut Alg für eine Dauer von 180 Kalendertagen (bis zum 30. Dezember 2008) mit einem täglichen Leistungssatz von 20,99 EUR sowie einem Zuschuss zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung. Den Widerspruch gegen diesen Bescheid, mit dem der Kläger einen täglichen Leistungssatz von 28,49 EUR begehrte, den er unter Zugrundelegung eines "Bemessungszeitraums" vom 1. Juli 2007 bis zum 30. Juni 2008 und des während dieses Zeitraums nach seinem Vorbringen abgerechneten Gesamtbruttoverdienstes von 22.000,- EUR berechnete, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 10. Oktober 2008 zurück.

Mit bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 13. Oktober 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31. Oktober 2008 hob die Beklagte sodann die Bewilligung von Alg ab dem 13. Oktober 2008 wegen Ablaufs des Sechswochenzeitraums im Sinne von [§ 126 Abs 1 SGB III](#) auf.

Mit seiner Klage machte der Kläger geltend, im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt werden zu müssen, als hätte er seinen Antrag auf Alg erst zum 1. Juli 2008 gestellt und sich erst zu diesem Zeitpunkt arbeitslos gemeldet. Bei seiner persönlichen Vorsprache bei der Beklagten am 29. Januar 2008 habe er sogleich darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses bis zum 30. Juni 2008 gerichtlich feststellen zu lassen. Zum Beweis dieser Behauptung benenne er seine Ehefrau als Zeugin. Zudem habe am 28. Februar 2008 in der Leistungsabteilung der Beklagten bei der Sachbearbeiterin P eine Beratung stattgefunden. Sie habe ihm erläutert, dass er zwei Möglichkeiten habe. Er könne darauf vertrauen, dass er vor dem ArbG den Kündigungsrechtsstreit gewinne und dann erst für den Zeitraum ab dem 1. Juli 2008 Alg beantragen. Er könne aber auch "auf Nummer sicher gehen" und Alg bereits ab dem 1. Februar 2008 beantragen. Die "sichere Variante" sei für ihn ohne Nachteil. Sollte das ArbG den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. Juni 2008 feststellen, würde der in diesem Zeitraum erzielte Verdienst selbstverständlich in den Bemessungszeitraum und Bemessungsrahmen einfließen. Die Beklagte habe daher nicht nur gegen ihre Hinweis- und Beratungspflichten verstoßen, sondern ihn auch falsch beraten.

Durch Urteil vom 21. August 2009 hat das Sozialgericht (SG) Berlin die Klage abgewiesen, mit der der Kläger zuletzt beantragt hatte, die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 27. August 2008 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Oktober 2008 zu verurteilen, ihm Alg auf der Grundlage eines am 1. Juli 2008 entstandenen Anspruchs zu gewähren. Zur Begründung hat das SG ausgeführt: Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Neuberechnung des Alg-Anspruches nicht zu und ein solcher könne auch nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs fingiert werden. Werde - wie hier - um das Ende eines Arbeitsverhältnisses gestritten, stehe noch nicht fest, ob der Betroffene weiterbeschäftigt werde und ob er noch Entgelt erhalte. Weil er aber bis zu einer Entscheidung über seine Arbeitsgerichtsklage tatsächlich nicht beschäftigt werde und auch kein Arbeitsentgelt erhalte, könne er sich arbeitslos melden und Alg beziehen, um seinen Lebensunterhalt und den Krankenversicherungsschutz sicherzustellen. Um ausschließen, dass bei erfolgreicher Klage zugleich Alg und Arbeitsentgelt gezahlt würden, gehe das nach festgestelltem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zustehende Entgelt in der Höhe, in der zeitgleich Alg gewährt werde, auf die Beklagte über. Eine Neuberechnung des Alg-Anspruches folge hieraus aber nicht. Denn der Alg-Anspruch sei mit der Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 wirksam entstanden. Der Kläger sei seinerzeit nicht beschäftigt, also arbeitslos iSv § 119 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) gewesen, und er habe noch keinen Lohn für die Zeit nach dem 1. Februar 2008 erhalten, so dass der Alg-Anspruch nicht geruht habe. Die Feststellung des ArbG, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 30. Juni 2008 gedauert habe, bedeute nicht, dass der Kläger "eigentlich" am 1. Februar 2008 noch nicht arbeitslos gewesen sei. Denn entscheidend für die Gewährung von Alg sei allein, dass der Kläger nach dem 1. Februar 2008 nicht mehr zur Arbeit habe gehen müssen bzw. nicht mehr beschäftigt worden sei. Der mit der Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 wirksam entstandene Anspruch bestimme sich nach den Berechnungsregeln der [§§ 130 ff SGB III](#). Die Erstattung des in der Zeit vom 1. Februar bis zum 31. Mai 2008 (!) gewährten Alg im Wege des insoweit übergangenen Entgeltanspruches (§ 115 Sozialgesetzbuch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - SGB X -) führe dazu, dass diese Tage den Anspruch nicht minderten, der Kläger das Alg ab dem 1. Juli 2008 also nach der vollen Dauer des am 1. Februar 2008 entstandenen Anspruchs erhalte. Das Arbeitsverhältnis mit Entgelt vom 1. Februar bis zum 31. Mai 2008 (!) zähle im Fall einer späteren, erneuten Arbeitslosigkeit als Versicherungszeit für einen eventuellen Neuanspruch auf Alg, in dessen Berechnung das Entgelt einfließen könne, wenn es im Bemessungszeitraum liege, zumindest zähle diese Zeit für die Entscheidung über die Gesamtdauer eines neu entstandenen Anspruchs. Sollte sich der Kläger zum 1. Februar 2008 aufgrund der geltend gemachten Falschberatung arbeitslos gemeldet haben, könnten die oben genannten Auswirkungen dieses Verhaltens nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches beseitigt werden. Es könne aber offen bleiben, ob der Kläger tatsächlich die behauptete Auskunft erhalten und nur deswegen den Antrag zum 1. Februar 2008 gestellt habe. Vorliegend begehre der Kläger, dass die Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 komplett hinwegfingiert werde. Dies würde Grundsätzen des SGB III widersprechen. Denn anders als in Fällen einer berechnungsneutralen Verschiebung des Zeitpunkts der Arbeitslosmeldung (um wegen einer anderen Altersstufe einen längeren Anspruch zu erwerben oder einen Verfall des Anspruchs nach [§ 147 SGB III](#) abzuwenden), gehe es hier darum, einen wirksam entstandenen Anspruch, der eine bestimmte Rahmenfrist und Bemessungsgröße gesetzt habe, vollständig außer Acht zu lassen. Dies halte die Kammer für einen nicht mit dem Herstellungsanspruch ausgleichenden Systembruch (Bezugnahme auf Landessozialgericht - LSG - Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26. Februar 2009, [L 1 AL 81/07 - juris](#)). Das SGB III sei von einem leistungsrechtlichen Begriff der Arbeitslosigkeit geprägt. Dazu passend könne Alg auch bei Freistellung im fortbestehenden Arbeitsverhältnis oder, wie hier, im Kündigungsschutzverfahren bezogen werden. Damit korrespondiere eine Berechnung auf der Grundlage der bis zum Wegfall der Beschäftigung abgerechneten Entgelte. Verzugslohnansprüche würden grundsätzlich nicht als Referenzgröße für die Entgeltersatzleistung Alg gelten. Zudem bestehe aus Sicht der Versichertengemeinschaft die Gefahr, dass im Rahmen von Vergleichsverhandlungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien Gesichtspunkte in die Entgeltberechnung einfließen, die bei der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses unbeachtet geblieben wären.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter: Er trägt vor: Die Falschberatung anlässlich des Termins am 28. Februar 2008 sei kausal für die Nichtrücknahme der Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 gewesen. Der Betriebsübergang nach [§ 613a BGB](#) sei am Tage der Beratung schon nicht mehr streitig und die Erfolgsaussichten der Klage gegen die Kündigung seien von vornherein gut gewesen. Wenn er am 28. Februar 2008 durch die Mitarbeiterin P (heute: A) der Beklagten richtig beraten worden wäre, hätte er die Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 sowie den Antrag auf Alg ab dem 1. Februar 2008 zurückgenommen. Er sei hinsichtlich der Bestimmung über den Zeitpunkt des Entstehens seines Anspruches frei gewesen. Im Übrigen sei er nunmehr im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches so zu stellen, als wenn er zutreffend beraten worden wäre. Auch sei er seinerzeit auf das Alg nicht dringend angewiesen gewesen, da seine Ehefrau eine größere Abstandszahlung aus einem Vergleich erhalten habe, weshalb die finanziellen Verhältnisse außerordentlich gut gewesen seien. Der Kläger legt ein Gedächtnisprotokoll vom 28. Februar 2008 über das Beratungsgespräch vom selben Tag vor; hierauf wird Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 21. August 2009 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom 27. August 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Oktober 2008 zu verurteilen, ihm für die Zeit vom 01. Juli 2008 bis 12. Oktober 2008 höheres Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung des SG. Aus den Vermerken zu den Vorsprachen des Klägers sei eine Falschberatung nicht zu erkennen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeuginnen A und RE (Ehefrau des Klägers); hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Anlagen 1 und 2 zur Sitzungsniederschrift vom 18. April 2011 Bezug genommen.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Niederschrift des Erörterungstermins vom 19. November 2009 Bezug genommen.

Die Leistungsakte der Beklagten und die Gerichtsakte haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige und auf Gewährung von höherem Alg in dem streitigen Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis 12. Oktober 2008 gerichtete kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ist begründet. Der Kläger konnte seine Klage auf den Erlass eines Grundurteils gemäß [§ 130 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) beschränken. Die Berufung ist auch statthaft (vgl. [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)), da der Senat bei verständiger Würdigung des Begehrens des Klägers auf Gewährung von höherem Alg davon ausgeht, dass die Differenz zwischen dem bereits für den Streitzeitraum gewährten Alg (= täglich 20,99 EUR) und dem begehrten "höheren" Alg kalendertäglich 8,56 EUR, mithin 873,12 EUR für 102 Kalendertage (Bemessungsrahmen vom 1. Juli 2007 bis 30. Juni 2008, abgerechnetes Arbeitsentgelt nach Arbeitgeberbescheinigung = 23.211,55 EUR, Bemessungsentgelt = 63,42 EUR, Abzug Sozialversicherung = 13,32 EUR, Abzug Lohnsteuer = 0,85 EUR, Leistungsentgelt = 49,25 EUR, Leistungsbetrag = 29,55 EUR), beträgt.

Dem Kläger steht in dem streitigen Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 12. Oktober 2008 höheres Alg unter Zugrundelegung eines Bemessungszeitraums vom 01. Juli 2007 bis 30. Juni 2008 zu.

Gemäß [§ 129 SGB III](#) in der seit dem 1. August 2001 geltenden und vorliegend anwendbaren Fassung beträgt das Alg für Arbeitslose, die mindestens ein Kind im Sinne der dort genannten Vorschriften haben, 67 % (erhöhter Leistungssatz), für die übrigen Arbeitslosen 60 % (allgemeiner Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Bemessungsentgelt ist das durchschnittliche auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat ([§ 131 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden und hier anwendbaren Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 - [BGBl I 2848](#) -; im Folgenden: Gesetz vom 23. Dezember 2003).

Nach [§ 130 Abs. 1 SGB III](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 umfasst der Bemessungszeitraum die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr, er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs. Bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums ist zunächst der Bemessungsrahmen festzulegen, der sich vom Ende des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor Entstehung des Anspruches rückwärts kalendermäßig nach Wochen berechnet. Den eigentlichen Bemessungszeitraum bilden die in diesem Rahmen fallenden berücksichtigungsfähigen Entgeltabrechnungszeiträume, sofern sie die erforderliche Mindestzahl von Arbeitswochen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt erhalten (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 26](#)).

Der Bemessungsrahmen läuft hier zunächst vom 1. Februar 2007 bis zum 31. Januar 2008, da das Stammrecht des Klägers auf Alg am 1. Februar 2008 mit seiner Arbeitslosmeldung entstand. Entgegen seiner Auffassung endet der Bemessungsrahmen grundsätzlich nicht erst mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 30. Juni 2008. Denn der Kläger war bereits am 1. Februar 2008 beschäftigungslos und damit auch arbeitslos im Sinne der [§§ 118 Abs. 1, 119 Abs. 1 SGB III](#) in den ab 1. Januar 2005 geltenden Fassungen. Der Kläger hatte bereits am 1. Februar 2008 alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Alg erfüllt. Er war arbeitslos, bei der Beklagten arbeitslos gemeldet und hatte die Anwartschaftszeit erfüllt ([§ 118 Abs. 1 SGB III](#) in der ab dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung). Nach [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) in der ab 1. Januar 2005 geltenden Fassung ist ein Arbeitnehmer arbeitslos, der nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), sich bemüht, seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) und den Vermittlungsbemühungen

der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Insbesondere war der Kläger entgegen seiner Auffassung beschäftigungslos am 1. Februar 2008. Wann im leistungsrechtlichen Sinne Beschäftigungslosigkeit vorliegt, ergibt sich aus [§ 119 Abs 1 Nr 1 SGB III](#). Die Vorschrift knüpft nicht an den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses an, sondern an die tatsächlichen Verhältnisse. Beschäftigungslosigkeit ist deshalb mit der tatsächlichen Nichtbeschäftigung des Klägers unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts gegeben (vgl BSG [SozR 3-4300 § 144 Nr 8](#) und [SozR 3-4300 § 123 Nr 2](#)). Ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne ist trotz eines rechtlichen noch bestehenden Arbeitsverhältnisses und unabhängig von der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers bereits dann nicht mehr gegeben, wenn die Arbeitsleistung dann nicht mehr erbracht wird, weil der Arbeitgeber auf seine Verfügungsbefugnis verzichtet hat oder das Arbeitsverhältnis aufgrund einer von ihm ausgesprochenen Kündigung als beendet ansieht und weitere Dienste des Arbeitnehmers nicht annimmt (vgl BSG aaO mwN). Dies war beim Kläger bereits am 1. Februar 2008 der Fall. Somit waren vorliegend alle Voraussetzungen für einen Anspruch des Klägers auf Alg bereits am 1. Februar 2008 erfüllt.

Der Kläger hat bis zur erstmaligen Entscheidung über den Anspruch auf Alg, die in der vorläufigen Bewilligung durch den Bescheid vom 28. Februar 2008 (endgültige Bewilligung mit Bescheid vom 10. März 2008) zu sehen ist, gegenüber der Beklagten keinen Gebrauch von der seit 1. Januar 2005 bestehenden Möglichkeit gemacht, zu bestimmen, dass der Anspruch nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt entstehen soll ([§ 118 Abs. 2 SGB III](#) in der Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 2003). Damit hat er auch nicht rechtzeitig gegenüber der Beklagten festgelegt, dass sein Stammrecht auf Alg später, nämlich erst zum 1. Juli 2008, entstehen soll.

Der Kläger ist jedoch aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so zu stellen, als habe er auf der Grundlage des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) eine Bestimmung dahingehend getroffen, dass das Stammrecht erst zum 1. Juli 2008 entstehen sollte.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), die der Senat seiner Entscheidung zugrunde legt, hat es schon vor Inkrafttreten des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) zu den Pflichten der Beklagten gehört, den Arbeitslosen über die Möglichkeit zu beraten, die Dauer des Alg-Anspruchs durch geeignete und gesetzlich zulässige Dispositionen zu gestalten (vgl BSG, Urteil vom 5. September 2006 - [B 7a AL 70/05 R - juris](#) -). Diese Verpflichtung besteht in besonderer Weise seit dem 1. Januar 2005. Denn die Vorschrift des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) soll gerade dem bis zum 31. Dezember 2004 bestehenden Zustand abhelfen, wonach der Arbeitslose die Möglichkeit der Anspruchsentstehung nach Arbeitslosmeldung und damit die Anspruchsdauer nicht mehr beeinflussen konnte. Dies könne, so die amtliche Begründung des Fraktionsentwurfs, in Einzelfällen zu erheblichen Nachteilen etwa dann führen, wenn der Arbeitslose bei einer späteren Anspruchsentstehung ein höheres Lebensalter erreicht habe und deshalb einen Anspruch mit längerer Dauer erwerben könnte (FraktE, [BT-Drucks 15/1515 S 82](#)). Das damit erklärte Ziel, die Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitslosen gerade hinsichtlich einer längeren Anspruchsdauer deutlich zu erweitern, lässt sich jedoch wirksam nur erreichen, wenn die Beklagte Arbeitslose in geeigneten Fällen auch spontan über ihr Bestimmungsrecht nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) berät (vgl LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29. Januar 2007, [L 1 AL 62/06 - juris](#) -).

Zur Überzeugung des Senats hat ein derartiger geeigneter Fall hier vorgelegen. Der Kläger hätte durch Ausübung des Bestimmungsrechts nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) die Entstehung seines Alg-Stammrechts auf den 1. Juli 2008 verschieben und damit in den Genuss eines höheren Alg-Anspruchs kommen können. Die Beratungspflicht der Beklagten insoweit besteht jedenfalls dann, wenn nach den Angaben des Arbeitslosen bei Arbeitslosmeldung oder in unmittelbarem Zusammenhang damit konkrete Anhaltspunkte für die Möglichkeit erkennbar sind, dass es dem Arbeitslosen gelingen wird, die betreffende Zeitspanne aus eigener wirtschaftlicher Kraft ohne Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung zu überbrücken. Beratungsanlass gibt es, wenn der Arbeitslose - wie hier der Kläger - hinreichend deutlich zu erkennen gibt, dass die Arbeitslosigkeit auf einer fristlosen Kündigung beruht, gegen die er sich arbeitsgerichtlich zur Wehr setzt. In diesem Fall ist nämlich nach allgemeiner Erfahrung zumindest bei den Arbeitsgerichten mit einer zeitnahen Terminierung zu rechnen, wobei bereits im Gutetermin mit nennenswerter Häufigkeit statt der fristlosen eine fristgerechte Kündigung oder aber eine fristlose Kündigung mit sozialer Auslauffrist vereinbart wird. Im vorliegenden Fall war auf die Kündigungsschutzklage vom 28. Februar 2008 der Gutetermin bereits zum 19. März 2008 und der Kammertermin zum 25. April 2008 bestimmt worden. Dass es nicht schon im Gutetermin, sondern erst im Kammertermin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2008 im Urteilswege gekommen ist, war bei Arbeitslosmeldung zum 1. Februar 2008 und auch bei dem Beratungsgespräch am 28. Februar 2008 noch nicht absehbar und konnte die Beklagte daher von ihrer Beratungspflicht nicht entbinden.

Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens und insbesondere unter Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Verhandlungstermin steht zur Überzeugung des Senats zwar fest, dass die Beklagte ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Beratung des Klägers im Rahmen eines persönlichen Gesprächs zwischen dem Kläger und der Zeugin A am 28. Februar 2008 nachgekommen ist. Die Beratung der Beklagten ist aber nach den Feststellungen des Senats nicht vollständig bzw. missverständlich gewesen mit der Folge, dass der Kläger sein Gestaltungsrecht nicht sachgerecht ausüben konnte. Die Zeugin A (früher: P) konnte sich an den konkreten Verlauf und Inhalt des Beratungsgesprächs am 28. Februar 2008 nicht mehr erinnern. Sie konnte insoweit nur aussagen, dass sie in Fällen, die mit dem vorliegenden vergleichbar seien, stets darauf hinweise, dass das Dispositionsrecht nach [§ 118 Abs 2 SGB III](#) nur solange ausgeübt werden könne, solange der Anspruch auf Alg noch nicht entstanden sei. In diesem Zusammenhang spricht zwar die bereits lange Tätigkeit für die Beklagte seit dem Jahr 2000 für die Richtigkeit dieser Angaben. Aus den Bekundungen der Zeugin A zur üblichen Verfahrensweise ergibt sich indes nicht, dass sie den Kläger auch zutreffend anlässlich der hier in Rede stehenden konkreten Beratung aufgeklärt hat, insbesondere über den Umstand, dass das Dispositionsrecht (nur) bis zur erstmaligen Entscheidung über den Anspruch ausgeübt werden kann, danach aber eine "Neuberechnung" auch bei gerichtlicher Feststellung des Fortbestands der Arbeitsverhältnisses bis zum 30. Juni 2008 ausgeschlossen ist. Eine derartige Beratung wäre insbesondere vor dem Hintergrund zwingend gewesen, dass der vorläufige Bewilligungsbescheid vom 28. Februar 2008 - wie in der Akte der Beklagten dokumentiert - dem Kläger anlässlich der Vorsprache am 28. Februar 2008 bekannt gegeben worden ist, und zwar zeitlich vor der Bekanntgabe des Bewilligungsbescheides. Eine derart auf den Einzelfall bezogene Beratung hat die Zeugin A indes nicht bestätigen können. Die - durchweg glaubhafte - Aussage der bei dem Beratungsgespräch ebenfalls anwesenden Ehefrau des Klägers hingegen stützt dessen Vorbringen, wonach die Beratung durch die Zeugin A (früher: P) dahingehend erfolgt ist, dass im Falle des Obsiegens im arbeitsgerichtlichen Verfahren der Anspruch auf Alg ohnehin "neu" berechnet werde. Die von der Beklagten bestrittene Logik dieser Verfahrensweise liegt aus laienhafter Sicht jedenfalls aus für den Senat nachvollziehbaren Gründen darin, dass für weitere Monate Arbeitsentgelt geleistet wird und auch Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abgeführt werden, hingegen geleistetes Alg durch den Arbeitgeber im Wege des Anspruchsüberganges erstattet werden muss, so dass nicht von der Hand zu weisen ist, dass der Kläger aus seiner Sicht nachvollziehen konnte, dass im Falle seines Obsiegens vor dem ArbG sein Anspruch auf Alg neu berechnet werden würde. Dies deckt sich auch mit den persönlich durch den Kläger getätigten Aufzeichnungen des

Beratungsgesprächs vom 28. Februar 2008, wonach ihm nach Auskunft der Zeugin A keine "Nachteile" entstünden, wenn er Alg bereits ab 1. Februar 2008 beziehe, und der Zeitraum vom 1. Februar 2008 bis 30. Juni 2008 gegebenenfalls mit "eingerechnet" werde.

Dem kann die Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass zwischen der Arbeitslosmeldung und dem 1. Juli 2008 fünf Monate gelegen haben. Wie das BSG bereits entschieden hat, steht auch ein längerer zu überbrückender Zeitraum einer Beratungspflicht nicht von vornherein entgegen (vgl. BSG, Urteil vom 5. September 2006 - [B 7a AL 70/05 R](#), aaO; im konkreten Fall fünf Monate zuzüglich eines Ruhezeitraums von sieben Monaten). Vielmehr sind die mit einer solchen Überbrückung verbundenen individuellen Umstände, die einer Ausübung des Bestimmungsrechts nach [§ 118 SGB III](#) gegebenenfalls entgegenstehen könnten (z.B. die Frage des zwischenzeitlichen Kranken- und Pflegeversicherungsschutzes), gerade im Rahmen der Beratung zu erörtern. Sie machen sie daher keinesfalls entbehrlich.

Die Beklagte konnte die konkreten, ihre Pflicht zur vollständigen und zutreffenden Beratung auslösenden Gesichtspunkte auch anlässlich der Arbeitslosmeldung des Klägers bzw. in unmittelbarem Zusammenhang feststellen. Die Sachbearbeitung wusste bereits bei Antragsabgabe von dem bevorstehenden Arbeitsrechtsstreit vor dem ArbG, denn der Kläger hatte dies bereits in seinem Antrag vom 2. Februar 2008 angegeben und die Beklagte hat im Weiteren alle relevanten Schriftstücke aus dem Arbeitsgerichtsprozess (Kündigungsschutzklage vom 28. Februar 2008, Niederschriften über den Güetermin vom 19. März 2008 und den Kammertermin am 25. April 2008 sowie Urteil vom selben Tage) in Kopie erhalten. Der Kläger hat zudem von Anfang an seinen Willen deutlich gemacht, im Arbeitsverhältnis mit dem F Getränkemarkt H zu verbleiben. Die Frage, ob der Betriebsübergang nach [§ 613a BGB](#) im Streit steht, war bereits mit Schreiben vom 11. Februar 2008 zugunsten des Klägers geklärt worden.

Sind somit die Voraussetzungen eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs erfüllt, so hätte der Kläger bei ordnungsgemäßer, zutreffender Beratung auch die Entscheidung getroffen, die Entstehung des Anspruchs auf Alg nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) auf den 1. Juli 2008 zu verschieben. Wie sein Prozessbevollmächtigter im Berufungsverfahren mit nachvollziehbaren Erwägungen erläutert hat, ist er von Anfang an von guten Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage jedenfalls im Sinne des später tatsächlich ergangenen Urteils ausgegangen und hat den Kläger auch entsprechend beraten. Dieser hatte zudem die Möglichkeit, den Zeitraum bis zur Wiederaufnahme der Entgeltzahlungen durch den Arbeitgeber durch eigene finanzielle Mittel zu überbrücken. Insofern hat er durch geeignete Unterlagen glaubhaft dargelegt, dass ausreichende finanzielle Mittel auf den Konten des Klägers und seiner Ehefrau vorhanden waren, um den Zeitraum von fünf Monaten zu überbrücken. Für den Senat bestehen angesichts dessen keine durchgreifenden Bedenken, dass der Kläger sich gegebenenfalls für eine Überbrückung entschieden hätte.

Weitere wirtschaftliche Risiken waren für den Fall der Überbrückung nicht ersichtlich. Die Anspruchsdauer verkürzt sich im Falle des Klägers auch nicht aus anderen Gründen. Insbesondere ist keine Sperrzeit eingetreten, die zu einer Verkürzung der Anspruchsdauer führen würde ([§§ 128 Abs. 1 Nr. 4, 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#)).

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

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2011-07-05