

## L 1 AL 43/02

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung

1  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 30 AL 231/01

Datum  
11.03.2002  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 1 AL 43/02

Datum  
25.03.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 11.03.2002 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der am ...1943 geborene Kläger begehrt ab 17.07.2001 Arbeitslosengeld (Alg) anstelle der ihm bewilligten Arbeitslosenhilfe. Umstritten ist, ob er sich entgegenhalten lassen muss, der Anspruch auf Alg sei nach [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) erloschen.

Ihm war ab 02.10.1995 Alg für 676 Wochentage bewilligt worden. Diese Leistung bezog er zunächst bis zum 30.03.1996.

Vom 01.04. bis 30.10.1996 war der Kläger als Geschäftsführer bei der D ... Schaltschrankbau GmbH angestellt. Für die Zeit dieser Beschäftigung nahm die AOK Halle Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung entgegen. Am 30.10.1996 wurde die D ... Schaltschrankbau GmbH von der D ... Geräteindustrie GmbH übernommen, an deren Stammkapital der Kläger mit einem Geschäftsanteil von 35 Prozent beteiligt war. Er war zudem einer von zwei allein vertretungsberechtigten Geschäftsführern der neuen Gesellschaft und unterlag nach seinen eigenen Angaben - zuletzt im Verhandlungstermin bei dem Sozialgericht am 11.03.2002 - in seinem Aufgabenbereich (Marketing, Vertrieb, Informationstechnik und Entwicklung) keinerlei Weisungen. Die AOK Halle verneinte deshalb die Beitragspflicht des Klägers ab 31.10.1996.

Nach der Insolvenz der D ... Geräteindustrie GmbH bezog der Kläger aufgrund des am 02.10.1995 erworbenen Anspruchs vom 16.03. bis 18.04.1999 Alg. Vom 19.04. bis 30.06.1999 war er bei der H.-J. B ... GmbH in Hille als Bereichsleiter versicherungspflichtig beschäftigt. Hier war er ab Mitte Mai 1999 von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt.

Bereits mit Schreiben vom 31.05.1999 hatte der Kläger dem Direktor des Arbeitsamtes S ... seine Absicht mitgeteilt, sich selbständig zu machen. Er bat um Benennung eines Ansprechpartners beim Arbeitsamt. Daraufhin fand Anfang Juni 1999 ein erstes Beratungsgespräch mit dem Arbeitsberater K ... statt. Dem Kläger wurde bei dieser Gelegenheit das Merkblatt "Hinweise und Hilfen für Existenzgründer" (Ausgabe 1998) ausgehändigt.

Am 14.06.1999 meldete sich der Kläger mit Wirkung ab 01.07.1999 arbeitslos und beantragte Alg, das ihm am 29.07.1999 für die Zeit vom 01. bis 31.07.1999 bewilligt wurde. Dem Kläger verblieb danach ein Restanspruch von 542 Wochentagen.

Ebenfalls am 14.06.1999 beantragte der Kläger Überbrückungsgeld zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit als Unternehmensberater ab 01.08.1999. Mit der Rückgabe des ausgefüllten Antragsformulars am 21.06.1999 legte er eine "Kurzbeschreibung der Unternehmensgründung" vom 17.06.1999, einen Lebenslauf, ein umfassendes Unternehmenskonzept, einen mit dem Datum 10.06.1999 sowie der Firmenbezeichnung "ProMediadienste IT-Consulting und Dienstleistung", der Anschrift, der Telefon- und Faxnummer, der E-mail Adresse und der Bankverbindung versehenen Briefbogen des künftigen Unternehmens und die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle - nämlich des Steuerberaters B ... - zur Tragfähigkeit der Existenzgründung nach [§ 57 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) vor. Schließlich reichte der Kläger am 24.06.1999 eine Bescheinigung des Finanzamtes S ... über die Anmeldung seiner selbständigen Tätigkeit ab 01.08.1999 nach. Darauf hin bewilligte die Beklagte dem Kläger Überbrückungsgeld als Zuschuss für die Zeit vom 01.08.1999 bis 31.01.2000 in Höhe von 5.782,95 DM monatlich.

Im Laufe des Monats Juli 2001 gab der Kläger seine selbständige Tätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen auf. Er meldete sich am 17.07.2001

arbeitslos und beantragte Alg. Mit Bescheid vom 21.08.2001 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24.09.2001 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg mit der Begründung ab, der am 02.10.1995 erworbene Anspruch könne nach [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) nicht mehr geltend gemacht werden, weil seit seiner Entstehung vier Jahre verstrichen seien. Der Kläger habe seitdem auch nicht die Anwartschaftszeit für einen neuen Anspruch auf Alg erfüllt. Die Beklagte gewährte dem Kläger stattdessen ab 17.07.2001 Arbeitslosenhilfe in Höhe von 722,26 DM wöchentlich.

Mit seiner am 12.10.2001 erhobenen Klage hat der Kläger den geltend gemachten Anspruch auf Alg weiterverfolgt. Den Hinweis auf Seite 7 des Merkblatts für Existenzgründer ("Sollte die selbständige Tätigkeit aufgegeben werden und tritt erneut Arbeitslosigkeit ein, kann der Anspruch auf Alg wieder geltend gemacht werden, wenn nach seiner Entstehung noch keine vier Jahre verstrichen sind"), habe er so verstanden, dass die dort genannte Frist jeweils mit der letzten Bewilligung der Leistung beginne. Auf die Idee, dass sein Anspruch auf Alg schon mit dem Beginn der ersten Zahlung am 02.10.1995 in diesem Sinne "entstanden" sein könnte, sei er nicht gekommen. Der Arbeitsberater K ... habe ihn hierauf auch nicht hingewiesen. Andernfalls wäre er - so hat der Kläger behauptet - das Risiko der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nicht eingegangen.

Durch Urteil vom 11.03.2002 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Die Entscheidung des Sozialgerichts ist dem Kläger am 21.03.2002 durch Niederlegung zugestellt worden. Der Postbedienstete hat beurkundet, die entsprechende Benachrichtigung in den Hausbriefkasten eingelegt zu haben.

Mit Telefax vom 18.06.2002 hat der Kläger gerügt, er habe noch keine Ausfertigung des Urteils des Sozialgerichts erhalten. Er wolle die Entscheidung anfechten. Mit Schreiben vom 21.06.2002 hat das Sozialgericht den Kläger auf die bereits bewirkte Zustellung hingewiesen.

Am 25.06.2002 hat der Kläger Berufung gegen das Urteil vom 11.03.2002 eingelegt und wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Er behauptet, in seinem Briefkasten keinen Benachrichtigungszettel über die Niederlegung vorgefunden zu haben. In der Sache macht der Kläger geltend, er müsse im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt werden, als sei sein Anspruch auf Alg zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung am 17.07.2001 noch nicht erloschen gewesen. Die Beklagte habe es pflichtwidrig unterlassen, ihn über den Ablauf der Verfallsfrist des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) aufzuklären. Allein durch die Aushändigung des seiner Meinung nach mißverständlich formulierten Merkblattes für Existenzgründer sei die Beklagte ihrer Beratungspflicht nicht nachgekommen. Angesichts des Umstandes, dass der Ablauf der Frist im Sommer 1999 schon unmittelbar bevor gestanden habe, und unter Berücksichtigung der Risiken einer Existenzgründung, habe sich ein weitergehender Beratungsbedarf aufgedrängt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 11.03.2002 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 21.08.2001 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24.09.2001 zu verurteilen, ihm ab 17.07.2001 anstelle der gezahlten Arbeitslosenhilfe Arbeitslosengeld zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie sieht die Voraussetzungen des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs als nicht erfüllt an.

Zu der Frage, ob dem Kläger wegen der Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, hat der Senat Beweis erhoben durch die Vernehmung der Ehefrau des Klägers. Deren Aussage ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift vom 29.08.2002, auf die Bezug genommen wird.

Der Arbeitsberater K ..., der den Beweisaufnahmetermin am 29.08.2002 nicht wahrnehmen konnte, hat dem Berichterstatter am 27.08.2002 fernmündlich mitgeteilt, dass ihm bei der Beratung des Klägers im Juni 1999 das Datum der Entstehung des Anspruchs des Klägers auf Alg wahrscheinlich nicht gegenwärtig gewesen sei. Gesprochen worden sei über diese Frage sicherlich nicht. Da die Existenzgründung schon umfassend vorbereitet gewesen sei, habe er die Aushändigung des Merkblattes für Existenzgründer für ausreichend gehalten. Er habe keinen Anlass gesehen, den Kläger von seiner Entscheidung, sich selbständig zu machen, abzuhalten. Der Beginn der selbständigen Tätigkeit sei nur deshalb auf den 01.08. - und nicht schon den 01.07.1999 - gelegt worden, damit der Kläger durch den einmonatigen Vorbezug von Alg die Förderungsvoraussetzungen des [§ 57 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) in der bis 31.12.2001 gültigen Fassung habe erfüllen können. Die in der Sitzungsniederschrift vom 29.08.2002 protokollierten Angaben des Arbeitsberaters K ... haben die Beteiligten nicht in Zweifel gezogen.

Zur weiteren Sachverhaltsdarstellung bezüglich des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Prozessakte und die Leistungsakte der Beklagten Bezug genommen. Der Inhalt dieser Akten ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist zwar erst am 25.06.2002 eingegangen und somit entgegen der Bestimmung des [§ 151 SGG](#) nicht innerhalb eines Monats nach der Zustellung des mit einer zutreffenden Rechtsmittelbelehrung versehenen Urteils des Sozialgerichts vom 11.03.2002 am 21.03.2002 eingelegt worden. Dem Kläger war aber auf seinen Antrag vom 25.06.2002 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, denn er war nach den Feststellungen des Senats ohne Verschulden gehindert, die Berufungsfrist einzuhalten ([§ 67 Abs. 1 SGG](#)). Er hat glaubhaft gemacht, den Benachrichtigungszettel des Postbediensteten über die am 21.03.2002 bewirkte Niederlegung des Urteils in seinem Briefkasten nicht vorgefunden zu haben. Seine Ehefrau hat dies in ihrer Zeugenaussage nachvollziehbar bestätigt. Für die Darstellung des Klägers spricht auch sein Telefax vom 18.06.2002, mit dem er beim Sozialgericht die Zustellung des Urteils unter Hinweis darauf angemahnt hat, dass er dagegen Berufung einlegen wolle. Die Angaben des Klägers und seiner Ehefrau stehen schließlich nicht in einem unauflösbaren Widerspruch zur Beurkundung des Postbediensteten, die Benachrichtigung über die Niederlegung

in den Hausbriefkasten eingelegt zu haben. Es lässt sich nämlich nicht ausschliessen, dass der Benachrichtigungszettel zwischen der übrigen Post, Zeitungen und Werbung übersehen worden und dann verloren gegangen ist, ohne dass dem Kläger oder seiner Ehefrau ein Verschulden anzulasten wäre.

Das Rechtsmittel ist aber nicht begründet. Der geltend gemachte Anspruch auf Alg steht dem Kläger nicht zu.

Durch seine Arbeitslosmeldung und Antragstellung vom 17.07.2001 hat er keinen (neuen) Anspruch auf Alg im Sinne von [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) erworben. Er hat die Anwartschaftszeit ([§ 117 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#)) nicht erfüllt, denn er hat in der Rahmenfrist nicht mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden ([§ 123 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#)). In die dreijährige Rahmenfrist werden Zeiten einer mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden selbständigen Tätigkeit nicht eingerechnet ([§ 124 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#)). Sie ist aber auch dann auf höchstens fünf Jahre begrenzt ([§ 124 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#)) und erstreckt sich deshalb hier allenfalls vom 17.07.1996 bis 16.07.2001. In dieser Zeit übte der Kläger bis zum 30.10.1996 und vom 19.04. bis 30.06.1999, insgesamt also nur etwa ein halbes Jahr, eine versicherungspflichtige Tätigkeit aus. Ab 31.10.1996 hat die AOK Halle zu Recht ein Versicherungspflichtverhältnis verneint. Es fehlte ab diesem Zeitpunkt die persönliche Abhängigkeit des Klägers von einem Arbeitgeber. So hat er auch auf die Fragen des Sozialgerichts im Termin am 11.03.2002 erklärt, als Gesellschafter und Geschäftsführer der D ... Geräteindustrie GmbH in seinem eigenen Aufgabenbereich selbständig gearbeitet und keinen Weisungen unterlegen zu haben. Eine abhängige und damit versicherungspflichtige Beschäftigung ([§ 25 SGB III](#)) setzt aber die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Ort, Zeit, Art und Ausführung der Arbeit voraus, die auch bei Diensten höherer Art nicht vollständig entfallen darf. Kann ein Geschäftsführer - wie der Kläger - seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten, ist er dem für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht der Gesellschaft in Bezug auf die Ausführung seiner Arbeit nicht unterworfen (vgl. BSG SozR 4100 § 104 Nr. 8 m.w.N.). Dies hat der Kläger trotz Thematisierung durch das Sozialgericht auch im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt, weshalb der Senat insoweit keine Veranlassung zu weiteren Feststellungen gesehen hat.

Rechte aus dem am 02.10.1995 erworbenen Anspruch auf Alg konnte der Kläger am 17.07.2001 nicht mehr herleiten. Zwar war ihm hieraus am 31.07.1999 ein Restanspruch von 542 Wochentagen verblieben. Diesen Anspruch konnte er aber mit der Arbeitslosmeldung und Antragstellung am 17.07.2001 nach [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) nicht mehr geltend machen, weil zu diesem Zeitpunkt seit seiner Entstehung vier Jahre verstrichen waren. Die Frist beginnt mit dem Erwerb des Stammrechts - hier am 02.10.1995 - (vgl. Niesel, SGB III, 2. Aufl., § 147 Rdn. 4). Sie stellt eine Ausschlussfrist dar, die ohne Hemmungs- und Unterbrechungsmöglichkeit abläuft (BSG SozR 4100 § 125 Nr. 3). Dabei handelt es sich um eine eigentumsrechtlich unbedenkliche Regelung im Sinne von [Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG](#) (BSG SozR 4100 § 7 Nr. 4).

Entgegen der Auffassung des Klägers ist von der Rechtswirkung des Erlöschens des am 02.10.1995 erworbenen Anspruchs auf Alg auch nicht deshalb abzusehen, weil der Kläger im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs so gestellt werden müsste, als habe er den Anspruch wirksam noch vor Ablauf der Verfallsfrist des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) geltend gemacht. Ob sich durch die Anwendung dieser Rechtsfigur der Untergang des Anspruchs überhaupt aus der Welt schaffen lässt (vom BSG bejaht in [SozR 4100 § 125 Nr. 3](#), aber in Frage gestellt und letztlich offengelassen in [SozR 3-4100 § 125 Nr. 1](#)), muss hier nicht entschieden werden. Der Beklagten kann jedenfalls nicht - wie für den Herstellungsanspruch vorausgesetzt - die Verletzung einer aus dem Sozialrechtsverhältnis erwachsenen Nebenpflicht vorgeworfen werden.

Eine allgemeine Pflicht der Beklagten, Leistungsbezieher regelmässig über den Ablauf der Verfallsfrist des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) aufzuklären, besteht nicht (BSG [SozR 4100 § 125 Nr. 3](#) und [SozR 3-4100 § 125 Nr. 1](#)). Gleichwohl hat der Arbeitsberater K ... dem Kläger im Juni 1999 das Merkblatt für Existenzgründer ausgehändigt, das zutreffend den Wortlaut des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) wiedergibt. Die Beklagte hat allerdings stets individuell zu beraten, wenn der Anspruchsinhaber einen entsprechenden Wunsch erkennen lässt. Der Kläger hat einen über das Merkblatt hinausgehenden Beratungsbedarf nicht angemeldet. Er gibt nämlich an, den Hinweis im Merkblatt so verstanden zu haben, dass die dort genannte Frist jeweils mit der letzten Bewilligung der Leistung beginne. Auf die Idee, dass der Anspruch auf Alg schon mit dem Beginn der ersten Zahlung am 02.10.1995 entstanden sein könnte, sei er gar nicht gekommen. Ohne eine entsprechende Nachfrage musste sich dem Arbeitsberater ein weitergehender Beratungsbedarf auch nicht aufdrängen. Zwar stand der Verfall des am 02.10.1995 erworbenen Anspruchs auf Alg im Juli 1999 kurz bevor. Der Kläger hatte seinem Arbeitsberater aber schon vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit zum 01.07.1999 ein tragfähiges Konzept für eine Existenzgründung vorgelegt. Das Ziel des vom Kläger vermissten Hinweises auf die Tragweite des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) hätte daher allein darin bestehen können, trotz des schon entwickelten Konzepts für eine selbständige Tätigkeit des Klägers als Unternehmensberater den Weg zur Inanspruchnahme von Alg zu eröffnen. Der Zweck der Beratung darf aber nicht im Widerspruch zu den gesetzlichen Aufgaben des Sozialleistungsträgers stehen (BSG [SozR 3-4100 § 125 Nr. 1](#)). Nach [§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) sind die Leistungen der Arbeitsförderung darauf auszurichten, das Entstehen von Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder die Dauer der Arbeitslosigkeit zu verkürzen. [§ 4 SGB III](#) statuiert den Vorrang der Vermittlung: Entgeltersatzleistungen bei Arbeitslosigkeit - also insbesondere Alg und Arbeitslosenhilfe - sind nur nachrangig zu erbringen. Ein Vorwurf könnte dem Arbeitsberater K ... allenfalls dann gemacht werden, wenn das vom Kläger vorgelegte Konzept für eine Unternehmensgründung "auf tönernen Füßen" gestanden hätte. Das Gegenteil war aber der Fall. Der Kläger verfügt über umfassende Erfahrungen auf den Gebieten Marketing, Vertrieb, Informationstechnik und Entwicklung. Schon im Juni 1999 - also vor Ablauf seines Beschäftigungsverhältnisses bei der H.-J. B ... GmbH am 30.06.1999 - legte er ein professionell aufgemachtes Unternehmenskonzept für die "ProMediadienste IT-Consulting und Dienstleistung" mit Marktanalyse, Umsatzzielen und Kostenplanung vor. Außerdem präsentierte er den Briefbogen seines künftigen Unternehmens, die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle zur Tragfähigkeit der Existenzgründung nach [§ 57 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) und eine Bescheinigung des Finanzamtes S ... über die Anmeldung der Unternehmensberatung ab 01.08.1999. Tatsächlich plante der Kläger die Aufnahme seiner selbständigen Tätigkeit zum 01.07.1999, so dass er überhaupt nicht arbeitslos geworden wäre. So hat er mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 03.12.2002 die Aussage des Arbeitsberaters K ... bestätigt, der Beginn der selbständigen Tätigkeit sei nur deshalb auf den 01.08.1999 verschoben worden, um durch den einmonatigen Vorbezug von Alg die Förderungsvoraussetzungen des [§ 57 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) in der bis 31.12.2001 gültigen Fassung zu erfüllen.

Nach alledem musste sich dem Arbeitsberater ein weitergehender Beratungsbedarf zur Tragweite der Verfallsklausel des [§ 147 Abs. 2 SGB III](#) nicht aufdrängen. Dies gilt umso mehr, als dem Kläger - anders als dem von der Entscheidung des BSG [SozR 3-4100 § 125 Nr. 1](#) betroffenen Arbeitslosen - der Anspruch auf Anschlussarbeitslosenhilfe erhalten blieb, weil sich die hierfür maßgebliche Vorfrist nach [§ 192 Satz 2 Nr. 2 SGB III](#) um die Zeiten der selbständigen Tätigkeit verlängert hat.

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

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#)) sind nicht erfüllt.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-09-25