

## B 7 AL 108/01 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7  
1. Instanz  
SG Dresden (FSS)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
25.05.2000  
2. Instanz  
Sächsisches LSG  
Aktenzeichen  
-

Datum  
11.07.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 108/01 R

Datum  
20.06.2002  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 11. Juli 2001 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Der Kläger wendet sich im Verfahren nach [§ 44](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) gegen einen Aufhebungs- und einen Erstattungsbescheid betreffend das Arbeitslosengeld (Alg) ab Februar 1998.

Das Alg für Februar 1998 in Höhe von DM 1.491,84 wurde dem Kläger zum 28. Februar 1998 ausgezahlt. Mit Veränderungsmitteilung vom 3. März 1998 teilte er dem Arbeitsamt Dresden sinngemäß mit, er stehe seit 1. Februar 1998 für drei Monate als Dokumentarist am I. in Arbeit. Mit einem beigefügten Schreiben bat er um Angabe, wohin das für den Monat Februar überwiesene Alg zurückzuzahlen sei; da er nunmehr einen Arbeitsvertrag für drei Monate rückwirkend zum 1. Februar 1998 erhalten habe, gehe er von der Notwendigkeit der Rückzahlung aus. Der gleichzeitig in Kopie übersandte Arbeitsvertrag sieht eine befristete (Vollzeit-) Beschäftigung vom 1. Februar bis zum 30. April 1998 unter (vorläufiger) Einstufung in die Vergütungsgruppe Vb Bundes-Angestelltentarifvertrag Ost (BAT-Ost) vor und ist für den Arbeitgeber am 27. Februar 1998, vom Kläger am 3. März 1998 unterzeichnet. In der Folgezeit erhielt der Kläger, wie im schriftlichen Arbeitsvertrag vorgesehen, vom Freistaat Sachsen, Landesamt für Finanzen, als "Vergütung/Lohn" bzw "Bezüge" bezeichnete Zahlungen für Februar bis April 1998; für diese drei Monate wurden auch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt.

Mit Bescheid vom 10. März 1998 hob die Beklagte die Bewilligung von Alg mit Wirkung vom 1. Februar 1998 wegen "Arbeitsaufnahme ab 01.02.98" gemäß [§ 117](#) iVm [§ 118](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und [§ 48 Abs 1 Satz 2 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 SGB III](#) auf und forderte mit Erstattungsbescheid vom 27. März 1998, gestützt auf [§ 50 Abs 1 SGB X](#), den für den Zeitraum vom 1. bis 28. Februar 1998 überzahlten Betrag des Alg in Höhe von DM 1.491,84 vom Kläger zurück; Mitte April überwies der Kläger den Erstattungsbetrag. Ein von der Beklagten angestrebtes Ordnungswidrigkeitsverfahren (Bußgeldbescheid vom 22. Juni 1998) wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Dresden vom 25. Februar 1999 nach [§ 47 Abs 2](#) Ordnungswidrigkeitengesetz eingestellt.

Im April 1999 beantragte der Kläger die Überprüfung der Bescheide vom 10. und 27. März 1998. Er sei in der fraglichen Zeit tatsächlich arbeitslos gewesen. Der Arbeitsvertrag habe lediglich formell den Termin auf den 1. Februar 1998 gelegt; seine tatsächliche Tätigkeit habe er jedoch erst am 3. März 1998 begonnen. Mit seinem Begehren hatte der Kläger jedoch keinen Erfolg (ablehnender Bescheid vom 21. Mai 1999, Widerspruchsbescheid vom 19. Oktober 1999; klagabweisender Gerichtsbescheid vom 25. Mai 2000; die Berufung des Klägers zurückweisendes Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts (LSG) vom 11. Juli 2001).

Das LSG hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch nach [§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) auf Rücknahme der Bescheide vom 10. und 27. März 1998, da sich diese nicht als rechtsfehlerhaft erwiesen hätten. Rechtsgrundlage für den Aufhebungsbescheid vom 10. März 1998 sei [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB X](#) iVm [§ 143 Abs 1 SGB III](#). Der Kläger habe nachträglich Einkommen oder Vermögen erzielt, das zum Ruhen seines Anspruchs geführt haben würde. Denn er habe vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 Arbeitsentgelt erzielt, welches gemäß [§ 143 Abs 1 SGB III](#) zum Ruhen des Anspruchs geführt habe. Dem Kläger sei Arbeitsentgelt für drei Monate, nämlich die Zeit vom 1. Februar bis zum 30. April 1998, tatsächlich geleistet worden. Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien - entgegen dem Vertragswortlaut - auf den Monat Februar 1998 kein Arbeitsentgelt entfallen, sondern ein höheres Monatsentgelt nur bezogen auf die Monate März und April 1998 gezahlt werden sollte, beständen nicht. Das Landesamt für Finanzen habe das Arbeitsentgelt entsprechend der

festgesetzten Vergütungsgruppe unter Zuordnung auf die Monate Februar, März und April 1998 errechnet, Sozialversicherungsbeiträge seien für diese drei Monate entrichtet worden. Auch der Kläger selbst sei ausweislich seines Schreibens vom 3. März 1998 von einer Zuordnung des Arbeitsentgelts unter Einschluss des Monats Februar 1998 ausgegangen; schließlich habe der geschäftsführende Direktor des I. auf Anfrage des LSG, weshalb der Arbeitsvertrag ab dem 1. Februar 1998 geschlossen worden sei, mitgeteilt, dass dies entsprechend dem Leistungsumfang der Zuwendungen des Freistaates Sachsen erfolgt sei. Im Übrigen seien auch die tatsächlichen Verhältnisse nicht wesentlich von der vertraglichen Regelung abgewichen: Lediglich für einen Monat sei die Hauptleistungspflicht des Klägers entfallen. Bei dieser Situation bestehe kein Anlass, die vertragliche Regelung - betreffend das Arbeitsentgelt - zurücktreten zu lassen. Auf Grund dieses Arbeitsentgeltanspruches sei der Anspruch auf Alg gemäß [§ 143 Abs 1 SGB III](#) zum Ruhen gekommen. Insoweit komme es nicht auf ein zeitgleiches Entstehen eines Arbeitsentgelt- und eines Alg-Anspruchs an. Durch [§ 143 Abs 1 SGB III](#) solle, entsprechend der Vorgängervorschrift des § 117 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), der Doppelbezug von Arbeitsentgelt und Alg verhindert werden. Im Gegensatz zur Auffassung des Sozialgerichts (SG) führe jedoch die Alg-Zahlung der Beklagten nicht als so genannte "Gleichwohlgewährung" iS des [§ 143 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) zu einem Erstattungsanspruch nach Satz 2 dieser Vorschrift. Denn ein Leistungsfall nach [§ 143 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) (ehemals § 117 Abs 1 Satz 1 AFG) liege nur dann vor, wenn die Bundesanstalt für Arbeit davon ausgehen könne, dass Ansprüche gegen den Arbeitgeber be- oder entstehen könnten (Hinweis auf Bundessozialgericht (BSG) [SozR 3-4100 § 117 Nr 11](#)); diese Leistung ziehe auch die Anzeige des Forderungsübergangs an den Arbeitgeber nach sich. Ein derartiger Anhaltspunkt habe hier jedoch für die Beklagte nicht bestanden. Der Erstattungsanspruch der Beklagten beruhe auf [§ 50 Abs 1 SGB X](#); der Erstattungsbetrag sei auch zutreffend errechnet. Es habe daher dahingestellt bleiben können, ob der Kläger auch in der Zeit vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden sei, denn die Beklagte habe die Bewilligung des Alg gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB X](#) aufheben können; allerdings sprächen die bisherigen Erklärungen in den Akten eher dafür, dass der Kläger im Februar 1998 noch nicht tatsächlich beim I. beschäftigt gewesen sei. Hätte jedoch bereits im Februar 1998 ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers bestanden, kämen als Rechtsgrundlagen für die Aufhebung und Erstattung auch [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 2](#) und 4 SGB X iVm [§ 50 Abs 1 SGB X](#) in Betracht; deren subjektive Voraussetzungen lägen ebenfalls vor.

Mit seiner - vom LSG zugelassenen - Revision rügt der Kläger die Verletzung formellen und materiellen Rechts. In materieller Hinsicht verstoße das angegriffene Urteil gegen [§ 44 Abs 1](#) iVm [§ 48 Abs 1 Nr 2 SGB X](#) und [§ 143 Abs 1 SGB III](#). Er habe für die Zeit vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 kein "Arbeitsentgelt" erhalten, da entsprechende Leistungen für die Zeit vor dem Beginn eines Arbeitsverhältnisses nicht "Arbeitsentgelt" im Sinne des Arbeitsrechts seien. Jedenfalls erfasse das Ruhen nach [§ 143 Abs 1 SGB III](#) nicht Zahlungen vor Abschluss des Arbeitsvertrages und der Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung. Eine entsprechende Auslegung wäre zwar mit dem Wortlaut der Norm vereinbar, widerspreche jedoch der Entstehungsgeschichte. Denn die Vorgängervorschrift zu [§ 143 Abs 1 SGB III](#), nämlich § 117 Abs 1 AFG, habe - ebenso wie wiederum ihre Vorläufervorschriften des § 96 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) und § 113 Abs 1 Nr 1 AVAVG aF - nur regeln wollen, dass Alg für die Zeit nicht zu zahlen sei, für die der Arbeitslose noch Arbeitsentgelt beziehe. Dass er (der Kläger) in seinem Schreiben vom 3. März 1998 eine unrichtige Rechtsansicht geäußert habe, könne sich nicht zu seinen Ungunsten auswirken. Entsprechendes gelte für die Art der Berechnung der Zahlung durch das Landesamt für Finanzen und die - rechtsgrundlose - Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen. Ebenso wie bei [§ 143 SGB III](#) sei auch innerhalb der Vorschrift des [§ 142 SGB III](#) erforderlich, dass aus einem Lebenssachverhalt, der vor, spätestens aber während des Alg-Bezugs begründet sein müsse, ein Anspruch auf anderweitige Leistung entstehe; dieses Gleichzeitigkeitsverhältnis sei im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. In formeller Hinsicht rügt der Kläger eine Verletzung des [§ 128 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Das LSG habe das Gesamtergebnis des Verfahrens insoweit nicht ausreichend und umfassend gewürdigt, als es dahingestellt habe bleiben lassen, ob er auch in der Zeit vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 in einem Beschäftigungsverhältnis iS des [§ 25 Abs 1 SGB III](#) gestanden habe. Für diese Feststellung sei nach den freibeweislich eingeholten - und vom LSG als unstreitig festgestellten - Auskünften des I. sowie dem wechselseitigen Parteivortrag kein Raum gewesen. Aus den vom LSG festgestellten Tatsachen ergebe sich zwingend, dass eine Beschäftigung in jener Zeit nicht vorgelegen habe. Hilfsweise rügt der Kläger eine Verletzung des [§ 103 SGG](#). Das LSG habe den Sachverhalt nicht hinreichend ermittelt, sondern vielmehr dahingestellt sein lassen, ob er tatsächlich "beschäftigt" gewesen sei. Da als Rechtsgrundlage für den Aufhebungsbescheid [§ 143 Abs 1 SGB III](#) nicht in Betracht komme, hätte diese Tatsache jedoch der Aufklärung bedurft.

Der Kläger beantragt sinngemäß,  
das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 11. Juli 2001 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Dresden vom 25. Mai 2000 sowie den Bescheid der Beklagten vom 21. Mai 1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Oktober 1999 aufzuheben;  
die Beklagte zu verpflichten, den Aufhebungsbescheid vom 10. März 1998 sowie ihren Erstattungsbescheid vom 27. März 1998 aufzuheben, ihm den von ihm erstatteten Betrag von DM 1.491,84 zurückzuzahlen sowie Alg für den 1. und 2. März 1998 zu zahlen.

Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil und beantragt,  
die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landessozialgerichts vom 11. Juli 2001 zurückzuweisen.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung durch Urteil ([§ 124 Abs 2 SGG](#)) einverstanden erklärt.

II

Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufzuheben, der Rechtsstreit ist an das LSG zurückzuverweisen.

Zwar führen nicht bereits die Verfahrensrügen des Klägers zum Erfolg. Wenn das LSG - wie seine Entscheidungsgründe ausweisen - auf Grund seiner Rechtsauffassung von einer Spruchreihe des Rechtsstreits auch ohne endgültige Aufklärung des Umfangs der Beschäftigung des Klägers im Februar 1998 ausging, war es in keinerlei Hinsicht verpflichtet, bereits vorliegende Beweismittel zu würdigen, um entsprechende Feststellungen - seien sie positiv oder negativ - zu treffen. Hierin liegt weder eine Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 1 noch des [§ 103 SGG](#) (vgl zB BSG vom 23. November 1995, [SozR 3-2500 § 18 Nr 1](#) S 3 f).

Jedoch kann noch nicht abschließend entschieden werden, ob dem Kläger der geltend gemachte Rücknahmeanspruch nach [§ 44 Abs 1 SGB X](#) - und damit auch der (Folgenbeseitigungs-) Anspruch auf Rückzahlung des von ihm erstatteten Betrags in Höhe von DM 1.491,84 (Alg für Februar 1998) sowie der Anspruch auf Auszahlung des bewilligten Alg auch für den 1. und 2. März 1998 - zusteht.

1. Nach [§ 44 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) ist ein - auch unanfechtbarer - Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit aufzuheben, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Diese Vorschrift ist auch auf solche Fälle anwendbar, in denen die Rücknahme eines Aufhebungs- und eines Rückforderungsbescheides begehrt wird (Senatsurteil vom 16. September 1999, [SozR 3-4100 § 101 Nr 10 S 39](#)). Ihre Voraussetzungen liegen im Fall des Klägers jedenfalls dann vor, wenn auf Grund des im Einzelnen zu ermittelnden Sachverhalts die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Bewilligung des Alg mit Wirkung vor dem 3. März 1998 ganz oder teilweise aufheben und/oder das für Februar 1998 gezahlte Alg zurückfordern durfte.

Anders als das LSG meint, ist auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen die Klage nicht bei jeder - noch - denkbaren Sachverhaltsalternative abzuweisen. Das LSG hat offen gelassen, wie sich die tatsächlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und seinem (späteren) Arbeitgeber, dem I., im streitigen Zeitraum vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 gestaltet haben.

Damit ist ungeklärt geblieben, ob der Kläger in jenem Zeitraum ganz oder teilweise

- faktisch beschäftigungslos war (und, wenn ja, ob er Arbeitsentgelt zu beanspruchen hatte oder erhalten hat)

- oder ob er beschäftigt war (und, wenn ja, ob mindestens 15 Stunden wöchentlich oder in zeitlich geringerem Umfang).

Insbesondere dann jedoch, wenn er faktisch beschäftigungslos war und kein Arbeitsentgelt zu beanspruchen oder erhalten hatte, hat der Kläger für den streitigen Zeitraum zu Recht Alg erhalten und war auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einer Rückforderung ausgesetzt.

Das LSG geht für die - von ihm als auf Grund des Akteninhalts am wahrscheinlichsten gehaltene - Alternative, dass der Kläger im streitigen Zeitraum tatsächlich noch nicht beim I. beschäftigt war, von einem Ruhen seines Anspruchs auf Alg gemäß [§ 143 Abs 1 SGB III](#) aus. Der Senat stimmt dem insoweit zu, als diese Vorschrift auch auf solche Fallgestaltungen anwendbar ist, in denen der Betroffene - wie möglicherweise hier - Arbeitsentgelt für eine Zeit faktischer Beschäftigungslosigkeit vor Beginn der tatsächlichen Beschäftigung erhält oder zu beanspruchen hat (2.). Entgegen der Ansicht des LSG kann im vorliegenden Fall jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Zahlungen, die der Kläger für den streitigen Zeitraum erhalten hat, nicht als "Arbeitsentgelt" iS des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) zu werten sind (3.).

2. Nach [§ 143 Abs 1 SGB III](#) ruht "der Anspruch auf Alg ... während der Zeit, für die der Arbeitslose Arbeitsentgelt erhält oder zu beanspruchen hat". Die Vorschrift regelt nicht nur Vorgänge anlässlich der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses - also solche Fälle, in denen der Arbeitslose noch Arbeitsentgelt aus jenem Arbeitsverhältnis erhält oder zu beanspruchen hat, das die Grundlage der Beschäftigung bildete, deren Verlust die Arbeitslosigkeit begründet hat (so jedoch das herkömmliche Verständnis der Norm, deutlich zB bei Winkler in: Gagel, SGB III, § 143 RdNr 4, Stand: 1999; im Ergebnis ebenso Valgolio in: Hauck/Noftz, SGB III, K § 143, RdNr 11; Düe in: Niesel, SGB III, 1998, § 143 RdNr 7, 12; ganz entsprechend auch für die Vorgängervorschrift des § 117 Abs 1 AFG Gagel in: Gagel, AFG, § 117 RdNr 27, Stand: 1998; Masuch in: Gemeinschaftskomm zum AFG, § 117 RdNr 20, Stand: 1997; vgl zB auch die - insoweit nicht tragende - Formulierung im Senatsurteil vom 14. Juli 1994, [SozR 3-4100 § 117 Nr 11 S 71](#), wonach § 117 Abs 1 AFG Fälle der faktischen Beschäftigungslosigkeit "während des Fortbestandes und bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses" erfasst habe). Denn weder dem Wortlaut noch Sinn und Zweck der Vorschrift des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) lässt sich eine entsprechende Einschränkung entnehmen (vgl bereits Senatsurteil vom 14. Februar 1978, [BSGE 46, 20, 24 = SozR 4100 § 117 Nr 2](#), wo es um eine Abfindung für ein nicht ausgeübtes Arbeitsverhältnis ging; bereits damals hat der Senat die Anwendung des § 117 Abs 1 AFG nicht bereits hieran scheitern lassen, sondern im entschiedenen Einzelfall darauf abgestellt, dass es sich nicht um Arbeitsentgelt iS des § 117 Abs 1 AFG handelte).

Die Regelung des § 117 Abs 1 AFG und, ihm folgend, [§ 143 Abs 1 SGB III](#) bezieht sich im Gegenteil auch auf Vorgänge zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses, also auf Arbeitsentgelt, das für den Zeitraum nach Begründung des Arbeitsverhältnisses, jedoch vor Beginn der faktischen Beschäftigung geschuldet oder gezahlt wird. Zu Unrecht leitet die Revision ihr eingeschränktes Verständnis der streitigen Vorschriften allein aus der Entstehungsgeschichte her.

Zutreffend ist, dass § 117 Abs 1 AFG der früheren Vorschrift des § 96 Abs 1 AVAVG (idF des Gesetzes vom 7. Dezember 1959, [BGBl I 705](#)) entsprechen sollte. Nach § 96 Abs 1 Satz 1 AVAVG ruhte der Anspruch auf Alg für die Zeit, für die der Arbeitslose "noch" Arbeitsentgelt oder Urlaubsgeld bezog oder Arbeitsentgelt zu beanspruchen hatte. Wegen des Wortes "noch" kam es damals nicht auf Ansprüche an, die zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses entstanden. Dieser Rechtslage entsprechend sollte die später als § 117 Abs 1 AFG Gesetz gewordene Bestimmung ursprünglich folgenden Wortlaut erhalten (§ 106 Abs 1 des Entwurfs): "Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht für die Zeit, für die der Arbeitslose noch Arbeitsentgelt oder Urlaubsgeld bezieht oder Arbeitsentgelt zu beanspruchen hat." Das Wort "noch" verschwand jedoch im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens. Die vom Bundestagsausschuss für Arbeit beschlossene Fassung: "Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht in der Zeit, für die der Arbeitslose Arbeitsentgelt erhält oder zu beanspruchen hat" (Gegenüberstellung der Entwurfsfassungen: [BT-Drucks V/4110 S 51](#)) ist sodann vom Bundestag verabschiedet worden. In der hierzu vom Ausschuss gegebenen Begründung (zu [BT-Drucks V/4110 S 20](#)) wird lediglich erläutert, warum ein Ruhen des Anspruchs auf Alg bei Bezug von Urlaubsgeld für sozialpolitisch nicht vertretbar angesehen wurde. Eine Erläuterung des Wegfalls des Wortes "noch" fehlt, woraus jedoch nicht zwingend zu schließen ist, dass insoweit keine Änderung beabsichtigt war. Jedenfalls ist mit der Neufassung eine Auslegung der Norm in dem Sinne möglich, dass sie auch auf Verhältnisse bei Beginn des Arbeits- bzw Beschäftigungsverhältnisses anzuwenden ist.

Damit ist für die Auslegung sowohl des § 117 Abs 1 AFG als auch für die Nachfolgevorschrift, [§ 143 Abs 1 SGB III](#), zuvörderst auf Sinn und Zweck der Regelung abzustellen. Diese aber sind durch Rechtsprechung des Senats geklärt. Wenn ein Anspruch auf Alg - nach § 117 Abs 1 AFG, nunmehr [§ 143 Abs 1 SGB III](#) - für die Zeit ruht, für die der Arbeitslose Arbeitsentgelt erhält oder zu beanspruchen hat, so beruht dies auf der Erwägung, dass der Arbeitslose nicht der Leistungen der Versicherungsgemeinschaft bedarf, solange er keinen Lohnausfall hat (zB Senatsurteil vom 12. Dezember 1984, [SozR 4100 § 117 Nr 13 S 59](#)). Diese Ausgangslage aber ist davon unabhängig, ob es sich um einen Zeitraum vor Beginn oder nach Ende der tatsächlichen Beschäftigung handelt.

3. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des LSG kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger für den streitigen Zeitraum vom 1. Februar bis 2. März 1998 iS des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) - auch nach der unter 2. erläuterten Auslegung dieser Vorschrift -

Arbeitsentgelt weder erhalten noch zu beanspruchen hatte.

Die Vorschrift des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) regelt den Fall der Zahlung von (oder des Anspruchs auf) Arbeitsentgelt trotz Arbeitslosigkeit, dh bei faktischer Beschäftigungslosigkeit (zur Vorgängervorschrift des § 117 Abs 1 AFG vgl [BSGE 73, 90, 94 ff = SozR 3-4100 § 101 Nr 4](#); [BSGE 73, 126, 128 ff = SozR 3-4100 § 101 Nr 5](#); BSG 7. Senat vom 14. Juli 1994, [SozR 3-4100 § 117 Nr 11 S 71](#)); sie setzt das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus. Ein Anwendungsfall tritt typischerweise dann ein, wenn auf Grund eines Kündigungsprozesses festgestellt wird, das Arbeitsverhältnis habe trotz Kündigung noch fortbestanden, oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung freistellt.

Das LSG hat die Einzelheiten der tatsächlichen und damit auch der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und seinem Arbeitgeber im streitigen Zeitraum offen gelassen und angenommen, dass der Kläger jedenfalls auf Grund des am 3. März 1998 abgeschlossenen Arbeitsvertrags und der daraufhin erfolgten Zahlungen iS des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) Arbeitsentgelt auch für Februar 1998 erhalten hat. Diese Annahme trifft jedoch jedenfalls nicht für die - nicht ausgeräumte - Möglichkeit zu, dass im Zeitraum vom 1. Februar bis zum 2. März 1998 zwischen dem Kläger und dem I. noch in keinerlei Hinsicht ein - auch konkludent geschlossenes - Arbeitsverhältnis bestand und insoweit durch den schriftlichen Arbeitsvertrag auch weder ein Streit noch eine rechtliche Unsicherheit beseitigt wurde.

Denn bei einer derartigen Fallkonstellation konnten der Kläger und der I. durch den am 3. März 1998 abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrag nicht rückwirkend ein Arbeitsverhältnis und damit auch nicht rückwirkend einen Anspruch auf Arbeitsentgelt iS des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) entstehen lassen (a); es fehlen auch tatsächliche Feststellungen, dass beide Vertragsparteien die später erfolgten Zahlungen übereinstimmend als Arbeitsentgelt verstanden haben (b).

a) Der Abschluss eines Arbeitsvertrags (s [§ 611](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) mit Wirkung für die Vergangenheit ist nicht möglich. Denn nach [§ 306 BGB](#) (aF) ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Ein Arbeitnehmer aber kann nicht rückwirkend die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbringen (Bundesarbeitsgericht (BAG) vom 28. Juni 2000, [BAGE 95, 171, 175 = AP Nr 6 zu § 1 KSchG 1969](#) Wiedereinstellung). Hat der "Arbeitnehmer" für zurückliegende Zeiten, in denen kein Arbeitsvertrag bestand, Zahlungen zu beanspruchen, so sind diese deshalb nicht als Arbeitsentgelt, sondern rechtlich anders zu werten, etwa - wie in dem vom BAG diskutierten Fall eines Anspruchs auf Wiedereinstellung nach betriebsbedingter Kündigung, deren Voraussetzungen nachträglich entfallen waren - als Schadensersatz in Geld. Im Rahmen des [§ 143 Abs 1 SGB III](#) gilt nichts anderes. Denn diese Vorschrift beschränkt ihren Anwendungsbereich auf "Arbeitsentgelt" und bezieht, anders als zB [§ 143a Abs 1 SGB III](#), keine "ähnlichen Leistungen" ein (s zum früheren § 117 Abs 1 AFG als Vorgängervorschrift des [§ 143 Abs 1 SGB III](#): Senatsurteil vom 10. Dezember 1981 - [7 RAR 55/80](#), EzS 2/10 S 80; entsprechend zu § 117 Abs 1a AFG ausführlich Senatsurteil vom 21. Juni 2001, [SozR 3-4100 § 117 Nr 24 S 172](#)).

Dem widerspricht nicht, dass nach der Rechtsprechung des BAG, wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, mit der einvernehmlichen Rücknahme einer Kündigung und gleichzeitigen Vereinbarung eines späteren Endes des Arbeitsverhältnisses nachträglich ein Anspruch auf Arbeitsentgelt gemäß [§ 615 BGB](#) (Annahmeverzug) für die Zwischenzeit entstehen kann (BAG vom 17. April 1986, AP Nr 40 zu § 615 BGB = [BB 1986, 2202](#), zu B I 1 der Gründe; BAG vom 15. Dezember 1988 - [2 AZR 189/88](#), nicht veröffentlicht, zu II 1a der Gründe). Diese Rechtsprechung hat auch der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Vorgängervorschrift des [§ 143 Abs 1 SGB III](#), der Bestimmung des § 117 Abs 1 AFG (s hierzu bereits oben unter 1.) aufgenommen (Senatsurteil vom 14. Juli 1994, [SozR 3-4100 § 117 Nr 11 S 75](#)). Ihre rechtliche Begründung ist jedoch vor dem Hintergrund der damals entschiedenen Fallkonstellationen zu verstehen; sie trägt nur bei Vereinbarungen, die einen Kündigungsrechtsstreit oder ein ähnliches arbeitsgerichtliches Verfahren beendet haben. Wenn in solchen Fällen die Arbeitsvertragsparteien für einen zurückliegenden Zeitraum vereinbaren, dass ein Arbeitsverhältnis (fort-)bestanden hat, liegt hierin keine beiderseitige Einigung über ein rückwirkend neu begründetes Arbeitsverhältnis, sondern ein jederzeit zulässiger Vergleich, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit tatsächlicher oder rechtlicher Art über das Bestehen einer derartigen Rechtsbeziehung beseitigt wird ([§ 779 BGB](#)).

Eine derartige Fallgestaltung kann hier zwar nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es könnte zwischen dem I. und dem Kläger Ungewissheit bestanden haben, ob sich beide Parteien bereits im Februar 1998 - wenn auch unter Freistellung des Klägers - arbeitsvertraglich gebunden hatten. Entsprechende tatsächliche Feststellungen fehlen jedoch.

b) Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des LSG kann im Sinne der im Berufungsurteil vertretenen Lösung auch nicht weiterhelfen, dass als iS [§ 143 Abs 1 SGB III](#) "erhaltenes" Arbeitsentgelt auch solche Zahlungen erfasst werden, bei denen gerade kein Anspruch auf Arbeitsentgelt bestand, die Leistung jedoch nach dem Willen beider Arbeitsvertragsparteien als solche geleistet und entgegengenommen wurde. Dies hat die Rechtsprechung zu § 117 Abs 1 AFG (jetzt: [§ 143 Abs 1 SGB III](#)) daraus hergeleitet, dass zum Ruhen des Alg-Anspruchs auch nach dieser Vorschrift Arbeitsentgelt nicht nur dann führt, wenn der Arbeitnehmer diese Leistung "zu beanspruchen", sondern ebenso dann, wenn er sie "erhalten" hat (Senatsurteil vom 23. Januar 1997, [SozR 3-4100 § 117 Nr 14 S 97 f](#) unter Bezugnahme auf die entsprechende Formulierung in § 117 Abs 1a AFG (nunmehr: [§ 143 Abs 2 SGB III](#)) und die hierzu ergangene Rechtsprechung: BSG vom 29. Juli 1993 - [11 RAR 17/92](#), EzA § 117 AFG Nr 9; zu dieser Rechtsprechung s auch Senatsurteil vom 21. Juni 2001, [SozR 3-4100 § 117 Nr 24 S 173 f](#)).

Tatsachenfeststellungen über eine dementsprechende Fallgestaltung fehlen freilich. Dies gilt auch dann, wenn man annimmt, das LSG habe für den Kläger die erforderliche Willensrichtung bereits dadurch festgestellt, dass es (S 11, unter I 2 der Entscheidungsgründe) ausführt, der Kläger sei in seinem Schreiben vom 3. März 1998 offenbar selbst von einer Zuordnung des Arbeitsentgelts auch für den Februar 1998 ausgegangen. Eine hiermit übereinstimmende Feststellung für seinen Arbeitgeber fehlt jedoch. Aus der Willensrichtung des Landesamts für Finanzen (das, wie das LSG ausführt, das Arbeitsentgelt entsprechend der festgesetzten Vergütungsgruppe für die drei Monate Februar bis April 1998 errechnet und entsprechende Sozialversicherungsbeiträge abgeführt habe) kann nicht auf die des Arbeitgebers geschlossen werden: Denn nicht der Freistaat Sachsen, sondern der I. war Vertragspartner des Klägers. Dessen Willen aber, für den streitigen Zeitraum Arbeitsentgelt zu zahlen, hat das LSG nicht bereits dadurch festgestellt, dass es auf die Auskunft von dessen geschäftsführendem Direktor hinweist, der Arbeitsvertrag sei bereits zum 1. Februar 1998 geschlossen worden, um dem Leistungsumfang des Freistaates Sachsen zu entsprechen.

War jedoch der Kläger im streitigen Zeitraum beim I. nicht - auch nicht kurzzeitig ([§ 118 Abs 2 SGB III](#)) - beschäftigt und waren die für den

streitigen Zeitraum erhaltenen Zahlungen kein "Arbeitsentgelt" iS des [§ 143 Abs 1 SGB III](#), so ist die Klage in vollem Umfang begründet.

4. Der Senat sieht beim gegenwärtigen Streitstand davon ab, sämtliche nur denkbaren Varianten der Fallgestaltung und ihre arbeitsförderungsrechtliche Einordnung abschließend zu erörtern.

Es sei lediglich darauf hingewiesen, dass ein Erstattungsanspruch nach Gleichwohlgewährung ([§ 143 Abs 3 Satz 2 SGB III](#)) entgegen der Annahme des LSG nicht bereits deswegen ausscheidet, weil die Beklagte dem Kläger nicht ausdrücklich "gleichwohl" Alg gewährt hat. Eine insoweit qualifizierte Bewilligung wird durch [§ 143 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) nicht verlangt; auch eine Kenntnis der Bundesanstalt für Arbeit, dass "an sich" ein Anspruch des Arbeitslosen gegen seinen Arbeitgeber besteht, ist insoweit nicht erforderlich. Vielmehr ist jeweils nur anhand der objektiven Gegebenheiten zu entscheiden, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind: Das nach [§ 143 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) (früher: § 117 Abs 4 Satz 1 AFG) gewährte Alg ist kein anderes Alg als das, auf das der Arbeitslose nach den [§§ 117 ff SGB III](#) (früher: §§ 100 ff AFG) Anspruch hat und das an sich nach [§ 143 Abs 1 oder 2 SGB III](#) ruht (vgl Senatsurteile vom 24. Juli 1986, [BSGE 60, 168](#), 171 = SozR 4100 § 117 Nr 16; vom 14. Juli 1994, [SozR 3-4100 § 117 Nr 11](#) S 71; vom 3. Dezember 1998, [SozR 3-4100 § 117 Nr 17](#) S 118 f).

Eine Gleichwohlgewährung hinsichtlich des Alg für den 1. und 2. März 1998 kommt freilich von vornherein nicht in Betracht. Für diese Tage hat der Kläger die Leistung nicht erhalten. Insoweit stünde ihm, sollte sein Rücknahmebegehren nach [§ 44 Abs 1 SGB X](#) begründet sein, noch der Auszahlungsanspruch gemäß der ursprünglichen Alg-Bewilligung zu. Ob ein Erstattungsanspruch nach [§ 143 Abs 3 Satz 2 SGB III](#) neben einer Rückforderung nach [§ 50 Abs 1 iVm § 48 Abs 1 SGB X](#) überhaupt bestehen kann, kann in diesem Zusammenhang von vornherein keine Rolle spielen.

Abschließend sei für den Fall, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse im streitigen Zeitraum nicht hinreichend aufklären lassen, auf die im Verfahren nach [§ 44 Abs 1 SGB X](#) geltenden Beweislastregeln hingewiesen: Wendet sich der Betroffene gegen eine bindend gewordene Leistungsentziehung, geht der fehlende Nachweis des Vorliegens der materiellen Leistungsvoraussetzungen - beim Alg zB der Beschäftigungslosigkeit iS des [§ 118 Abs 1](#) und 2 SGB III - zu seinen Lasten (BSG vom 10. Dezember 1985, [SozR 5870 § 2 Nr 44](#); s auch Senatsurteil vom 22. März 1989, [SozR 1300 § 44 Nr 38](#) S 107 f); anders allenfalls, wenn vertrauensschützende Normen des Verwaltungsverfahrensrechts verletzt sind (vgl BSG vom 28. Mai 1997 und vom 4. Februar 1998, [SozR 3-1300 § 44 Nr 21](#) und Nr 24).

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-29