

Wird die Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitslosen nach § 137 Abs. 2 SGB III durch die Dreimonatsfrist in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III zeitlich beschränkt?

Anmerkung zu LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 07.03.2024 – L 9 AL 87/22

Jens-Torsten Lehmann*

I. Der Fall

Im Wesentlichen liegt der Entscheidung des LSG der nachfolgende Sachverhalt zu Grunde¹: Die Klägerin begehrt Arbeitslosengeld (Alg) ab dem 01.07.2020. Umstritten ist, ob sie die Anwartschaftszeit erfüllt hat.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin endete durch Aufhebungsvertrag vom 08.05.2019 zum 30.06.2019, da sie in den „Vorruhestand“ gehen wollte. Die Klägerin erhielt eine Abfindung von gut 45.000 EUR, die in Form eines „Überbrückungsgeldes“ ausgezahlt wurde. In der Zeit vom 01.07.2019 bis zum 30.06.2020 erhielt sie monatlich knapp 800,00 EUR, vom 01.07.2020 bis zum 15.08.2021 keine Auszahlung und vom 16.08.2021 bis zum 31.05.2025 wieder monatlich knapp 800,00 EUR.

Am 09.05.2019 erklärte sich die Klägerin gegenüber der beklagten Arbeitsagentur (AA) wie folgt: *„Erklärung zum Anspruchsbeginn: Ich bin über die leistungsrechtlichen Konsequenzen dieser Erklärung umfassend beraten und informiert worden. Mir ist bekannt, dass ich nicht über die AA kran-*

ken-, renten-, und pflegeversichert bin, solange ich kein Alg erhalte. Mein Anspruch auf Alg soll am 01.07.2020 entstehen.“

Nach dem 31.12.2019 stand die Klägerin nicht mehr in einem Versicherungspflichtverhältnis. Sie meldete sich am 28.07.2020 (coronabedingt) telefonisch arbeitslos und beantragte Alg.

Die AA lehnte den Antrag ab. Sie führte aus, die Klägerin sei in der maßgeblichen Rahmenfrist weniger als zwölf Monate versicherungspflichtig beschäftigt gewesen und habe die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Widerspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

II. Rechtsgrundlagen und Begehren der Klägerin

Die maßgeblichen Rechtsgrundlagen zur Lösung des Falles finden sich in §§ 137, 141 SGB III.

§ 137 SGB III benennt in Abs. 1 die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen für die Versicherungsleistung Alg. Die drei Voraussetzungen zur Begründung des Anspruchs auf Alg sind: **Arbeitslosigkeit, Meldung bei der AA sowie Erfüllung der Anwartschaftszeit.** Die Konkretisierung des Erfordernisses der Arbeitslosigkeit erfolgt in § 138 SGB III

* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist als Fachanwalt für Sozialrecht in Cottbus tätig und Mitglied der info also-Redaktion.

¹ LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 1–12.

(Regelfall) und §§ 145–146 SGB III (Sonderformen), die der Meldung in § 141 SGB III sowie der Erfüllung der Anwartschaftszeit in §§ 142, 143 SGB III.

§ 137 Abs. 2 SGB III räumt dem Arbeitslosen bis zur Entscheidung der AA über den Anspruch auf Alg eine Gestaltungsmöglichkeit ein, ob bzw. zu welchem Zeitpunkt der Anspruch entstehen soll. Gemeint ist hier das sogenannte Stammrecht, nicht nur der konkrete Leistungsanspruch². Der Anspruch entsteht, wenn die in § 137 Abs. 1 Nr. 1–3 SGB III genannten Merkmale kumulativ vorliegen (§ 40 Abs. 1 SGB I).

Die **Ausübung des Bestimmungsrechts** in § 137 Abs. 2 SGB III unterliegt zeitlichen Beschränkungen. „Nach hinten raus“ endet es mit der Entscheidung der AA über den Anspruch auf Alg. Die ist unstreitig. Streitig ist hingegen, ob in das Bestimmungsrecht auch „nach vorne hin“ die zeitliche Beschränkung in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III (Dreimonatsfrist) hineingelesen werden muss³. Anders gefragt: Kann das Bestimmungsrecht nur im Zeitfenster der Dreimonatsfrist ausgeübt werden? Und was passiert, wenn diese Zeitvorgabe missachtet wird? Muss dann nach drei Monaten eine erneute Arbeitslosmeldung erfolgen? Erlischt oder endet die Wirkung der früheren Arbeitslosmeldung? Wenn ja, nach welcher Vorschrift?

Genau um die Beantwortung dieser Fragen geht es im LSG-Fall. Die Klägerin will die Wirkung ihrer Erklärung vom 09.05.2019 möglichst lange „konservieren“, damit sie für den begehrten Bezug von Alg ab dem 01.07.2020 nicht aus der Rahmenfrist „fällt“. In diesem Zusammenhang muss nochmals betont werden, dass die Bestimmung des künftigen Alg-Beginns nach § 137 Abs. 2 SGB III nicht nur eine spätere Auszahlung von Alg auslöst, sondern auch das Alg-Stammrecht auf den künftigen Zeitpunkt verschiebt⁴. Im Falle der Klägerin wäre dies der 01.07.2020. Zu diesem Zeitpunkt müssen alle in § 137 Abs. 1 Nr. 1–3 SGB III normierten drei Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Fehlt nur eine Voraussetzung, gibt es kein Alg.

III. Das Antragserfordernis und die „Rahmenfristfalle“

Leistungen der Arbeitsförderung werden nach § 323 Abs. 1 Satz 1 SGB III nur auf Antrag erbracht. Der „richtige“ Zeitpunkt des Antrages ist bedeutsam für den Beginn der Rahmenfrist (§ 143 Abs. 1 SGB III), die wiederum entscheidend ist für die Erfüllung der Anwartschaftszeit (§ 142 SGB III) als Voraussetzung für den Anspruch auf Alg (§ 137 Abs. 1 Nr. 3 SGB III). Geiger⁵ spricht hier anschaulich vom Problem der „**Rahmenfristfalle**“, in welche der Arbeitslose hineintappen kann. Im schlimmsten Fall kann dann eine

beabsichtigte Verschiebung des Alg-Anspruchs – wie im LSG-Fall fast passiert – zu einem anspruchvernichtenden Manöver werden.

Für Alg-Leistungen enthält § 323 Abs. 1 Satz 2 SGB III eine Sondervorschrift. Der Antrag für solche Leistungen gilt danach bereits mit der persönlichen Arbeitslosmeldung als gestellt, sofern der Arbeitslose keine andere Bestimmung trifft⁶. Anders ausgedrückt: Der Antrag wird beim Alg in der Regel durch die Arbeitslosmeldung fingiert. Im Prüfprogramm der LSG-Entscheidung ist insbesondere § 141 Abs. 2 SGB III bedeutsam. Dort wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Wirkung der Arbeitslosmeldung – und damit auch die Fiktion des Antrags nach § 323 Abs. 1 Satz 2 SGB III – erlischt.

Nicht ausreichend für die Antragsfiktion in § 323 Abs. 1 Satz 2 SGB III ist streng dogmatisch die Arbeitsuchendmeldung nach § 38 Abs. 1 SGB III. In der Praxis wird dieses Problem indes selten streitrelevant. Denn zum einen wird die Arbeitsuchendmeldung häufig „uno-actu“ mit der Arbeitslosmeldung verbunden⁷. Zum anderen sind die Voraussetzungen für eine persönliche Arbeitslosmeldung niedrigschwellig. Es reicht aus, wenn der Arbeitslose in der AA erscheint und sinngemäß zum Ausdruck bringt, er sei arbeitslos. In diesem Sinne kann eine dem Grunde nach „nur“ persönlich erfolgte Arbeitsuchendmeldung nach § 38 SGB III jedenfalls als persönliche Arbeitslosmeldung ausgelegt werden. Dies gilt selbst dann, wenn die AA die Vorsprache nur als Arbeitsuchendmeldung erfasst hat⁸. Denn die AA darf nicht nur auf den Wortlaut der Erklärung abstellen. Nach § 2 Abs. 2 HS. 2 SGB I muss sie vielmehr davon ausgehen, dass der Arbeitslose all die Leistungen mit entsprechenden Anträgen begehrt, die ihm den größten Nutzen bringen können („Meistbegünstigungsprinzip“)⁹.

Ergo: Mit der **Arbeitslosmeldung** wird über § 323 Abs. 1 Satz 2 SGB III der **Antrag auf Alg fingiert**, sofern die arbeitslose Person keine weiteren Erklärungen abgibt. **Umgekehrt** kann aber auch ein **Antrag auf Alg als Arbeitslosmeldung gewertet** werden, wenn dem keine besonderen Umstände entgegenstehen¹⁰.

1. Rahmenfrist bei Antrag/Arbeitslosmeldung am 09.05.2019

Nach Ansicht des LSG erfüllt die Klägerin die erforderliche Anwartschaftszeit, weil die Wirkung ihrer **Arbeitslos-**

2 Gutzler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 137 Rn. 12.

3 Vertiefend zum Streitstand LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 21 m.w.N.

4 Geiger, info also 2019, 252, 254; Vertiefend zur Unterscheidung zwischen dem sogenannten Stammrecht und dem konkreten Leistungsanspruch auf Auszahlung auch Gutzler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auflage 2021, § 136 Rn. 2 m.w.N.

5 Geiger, info also 2019, 252, 254.

6 Eine solche ist etwa die Gestaltungsmöglichkeit in § 137 Abs. 2 SGB III, wonach der Anspruch auf Alg erst zu einem späteren Zeitpunkt geltend gemacht werden soll.

7 Winkler, in: Böttiger/Körtel/Schauberg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 323 Rn. 8.

8 Geiger, info also 2019, 252, 253.

9 Sartorius, in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsaachen, 3. Auflage 2024, § 17 Rn. 2 m.w.N.

10 LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 17.06.2020 – L 2 AL 58/14, BeckRS 2020, 45010 Rn. 46 m.w.N. Instrukтив zu dieser umgekehrten Konstellation auch die Anmerkung von Körtel, info also 2024, 73 ff. zur Entscheidung des LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 28.09.2023 – L 9 AL 112/23 B ER, BeckRS 2023, 33921, die sich unter anderem mit den neuen Anforderungen an die elektronische Arbeitslosmeldung auseinandersetzt.

meldung am 09.05.2019 auch noch am 01.07.2020 – also gut ein Jahr später – vorhanden war. Die (alte) zweijährige¹¹ Rahmenfrist beginne mit der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg. Werde über den Anspruch auf Alg nach § 137 Abs. 2 SGB III disponiert, sei der so bestimmte Tag für den Beginn der Rahmenfrist maßgeblich. Die Rahmenfrist reiche daher – so das LSG – **vom 01.07.2018 bis zum 30.06.2020**. In diesem Zeitraum habe die Klägerin noch zwölf Monate (01.07.2018 bis 30.06.2019)¹² in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden¹³.

Zum Hintergrund: Die 24-monatige Rahmenfrist wird rückwärts berechnet. Sie endet mit dem 24 Monate zurückliegenden Tag, der das gleiche Datum trägt wie der erste Tag, an dem alle Anspruchsvoraussetzungen (Arbeitslosigkeit, Arbeitslosmeldung, Anwartschaftszeit) erfüllt sind (§ 26 Abs. 1 SGB X). Das bedeutet: Der erste Tag, an dem alle Voraussetzungen des Alg-Anspruchs vorliegen, wird nicht mitgezählt.

2. Rahmenfrist bei Antrag/Arbeitslosmeldung am 28.07.2020

AA und SG gehen demgegenüber von einer erstmaligen (wirksamen) **Arbeitslosmeldung am 28.07.2020** aus. Danach wäre die Klägerin bereits aus der Rahmenfrist „gefallen“. Ihre beabsichtigte Verschiebung des Alg-Anspruchs hätte sich dann – wie es Geiger formuliert – als anspruchvernichtendes Manöver entpuppt.

Konkret hätte die Klägerin bei dieser Sichtweise die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Die Rahmenfrist betrage ab dem 01.01.2020 nunmehr 30 Monate. Sie beginne mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg. Die Rahmenfrist würde demnach vom 28.01.2018 bis zum 27.07.2020 reichen. In dieser Zeit hätte die Klägerin zwar mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden, denn sie war vom 28.01.2018 bis zum 30.06.2019 versicherungspflichtig. Gleichwohl sei hier die Übergangsregelung in § 447 Abs. 1 SGB III zu berücksichtigen. Danach gelte für die Klägerin weiter die alte Rahmenfrist von zwei Jahren. Diese Frist reiche vom **28.07.2018 bis zum 27.07.2020**. In diesem Zeitraum hätte die Klägerin **keine zwölf Monate** in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Denn die Beschäftigung endete in ihrem Fall bereits zum 30.06.2019¹⁴.

IV. Die Entscheidung des LSG

Die **Klägerin beantragt**, das Urteil des SG zu ändern und die AA unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides in der Gestalt des Widerspruchsbescheides zu verurteilen, ihr **Alg ab dem 01.07.2020** zu zahlen. Das LSG hält die statthafte und auch sonst zulässige Berufung der Klägerin für begründet. Erörtert werden klassische und weniger bekannte **Probleme bei der Alg-Bewilligung**.

1. Persönliche Arbeitslosmeldung

Zunächst stellt das LSG noch einmal klar, dass an die **Voraussetzungen einer Arbeitslosmeldung keine allzu hohen Anforderungen** zu stellen sind. Eine wirksame Arbeitslosmeldung liege bereits dann vor, wenn der Arbeitslose in der zuständigen AA erscheine und jedenfalls sinngemäß zum Ausdruck bringe, er sei arbeitslos. Ob darüber hinaus weitere Erklärungen abgegeben werden, sei unerheblich. Unter Zugrundelegung dieses Prüfungsmaßstabes geht das LSG davon aus, dass die Klägerin am 09.05.2019 – nur einen Tag nach Abschluss des Aufhebungsvertrages – wirksam nach § 141 Abs. 1 Satz 1 SGB III mitgeteilt habe, ab dem 01.07.2020¹⁵ arbeitslos zu sein. Verbleibende Zweifel würden zu Lasten der AA gehen, da diese ihre Dokumentationspflichten verletzt habe. Denn Akteninhalt und Verbis-Vermerke würden keinerlei Eintragungen über die erfolgte Vorsprache enthalten¹⁶.

2. Erlöschen der persönlichen Arbeitslosmeldung

Sodann prüft das LSG die Erlöschenstatbestände in § 141 Abs. 2 SGB III, insbesondere vertiefend die Nr. 1. Das LSG verneint diesen Tatbestand. Insbesondere sei die Wirkung der Meldung am 09.05.2019 nicht etwa deshalb erloschen, weil die Klägerin für mehr als sechs Wochen nicht verfügbar und deshalb die Arbeitslosigkeit für mehr als sechs Wochen unterbrochen gewesen sei. Nach **Ansicht des LSG** werde mit der **Arbeitslosmeldung auch grundsätzlich die Arbeitsbereitschaft** zum Ausdruck gebracht. Mithin könne allein aus der Ausübung des Bestimmungsrechts nicht geschlossen werden, dass die subjektive Verfügbarkeit von § 138 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 Nr. 3 u. 4 SGB III fehle. Arbeitslose könnten auch im Zeitraum bis zum durch Erklärung bestimmten Zeitpunkt der Anspruchsentstehung (hier der 01.07.2020) den Vermittlungsbemühungen der AA zur Verfügung stehen. Das Fehlen der Arbeitsbereitschaft könne erst dann angenommen werden, wenn Arbeitslose durch

11 Zu den Änderungen bei der Bemessung der Rahmenfrist Lüdtk/Cormann, in: Böttiger/Körtek/Schaumburg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 143 Rn. 2 und 5.

12 Das LSG datiert hier das Ende des Beschäftigungsverhältnisses auf den 30.09.2019. Hierbei dürfte sich um einen Schreibfehler handeln. Tatsächlich wurde das Beschäftigungsverhältnis nach den Angaben im Tatbestand bereits am 30.06.2019 durch einen Aufhebungsvertrag beendet.

13 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 22.

14 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 23.

15 Das LSG datiert hier den gewünschten Beginn des Alg-Bezugs auf den 01.07.2019. Hierbei dürfte sich um einen Schreibfehler handeln. Tatsächlich ist dies nach den Angaben im Tatbestand der 01.07.2020.

16 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 19; Geiger, info also 2019, 252, 253 geht zu Recht davon aus, dass auch ein in der Praxis häufig zu beobachtendes „Abwimmeln am Tresen“ im Streitfall als ausreichende persönliche Arbeitslosmeldung gewertet werden kann.

eine ausdrückliche Erklärung oder ihr Verhalten konkrete Anhaltspunkte für eine Arbeitsunwilligkeit geben würden¹⁷.

Das LSG zitiert hier zwar die **abweichende Ansicht des LSG Sachsen** im Urteil vom 11.06.2020¹⁸. Danach bringe der Arbeitslose mit seiner Erklärung, der Anspruch auf Alg solle zu einem späteren Zeitpunkt entstehen, zugleich regelmäßig zum Ausdruck, dass er sich bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht dem Regime des SGB III unterwerfen wolle¹⁹. Warum das LSG diese Auffassung aus Sachsen nicht für überzeugend hält und eine abweichende Meinung zu dieser Streitfrage vertritt, wird indes nicht vertiefend thematisiert.

3. Zeitgrenze bei der Ausübung des Gestaltungsrechts

Sodann arbeitet das LSG heraus, dass die Frage, ob der **zeitliche Abstand** zwischen der Arbeitslosmeldung und dem gewünschten Zeitpunkt der Entstehung des Stammrechts **auf drei Monate „gedeckt“** und danach zwingend eine erneute Arbeitslosmeldung erfolgen muss, in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet wird. Konkret wird zu dieser entscheidungserheblichen Frage wie folgt ausgeführt²⁰:

„Soweit in der Literatur vertreten wird, wegen § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III („Eine Meldung ist auch zulässig, wenn die Arbeitslosigkeit noch nicht eingetreten, der Eintritt der Arbeitslosigkeit aber innerhalb der nächsten drei Monate zu erwarten ist“) der zeitliche Abstand zwischen der Arbeitslosmeldung und dem gewünschten Entstehungszeitpunkt des Stammrechts in der Regel nicht mehr als drei Monate betragen dürfe und nach drei Monaten eine erneute Arbeitslosmeldung erfolgen müsse (so Öndül in *JurisPK SGB III* § 137 Rn. 43), folgt der Senat dem nicht. Für eine derartige Einschränkung gibt es keine gesetzliche Grundlage. Die in Bezug genommene Regelung des § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III (in der ab dem 01.01.2022 gF, zuvor § 141 Abs. 1 Satz 2 SGB III) regelt einen anderen Sachverhalt und soll (lediglich) verhindern, dass aufgrund einer allzu frühen Arbeitslosmeldung unnötiger Vermittlungsaufwand entsteht (BSG Urteil vom 18.05.2010 – 7 AL 49/08 R; Valgolio in *Hauck/Noftz, SGB III*, § 141 Rn. 44 mwN). Für die Auslegung des Bestimmungsrechts nach § 137 Abs. 2 SGB III gibt dieser Gesetzeszweck nichts her.“

4. Verfassungswidrigkeit der Übergangsregelung in § 447 Abs. 1 SGB III

Abschließend prüft das LSG noch eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Übergangsregelung in § 447 Abs. 1 SGB III. Denn unter Zugrundelegung der tatsächlichen Annahmen der AA und des SG im Hinblick auf die

nicht mehr vorhandene Wirkung der Arbeitslosmeldung am 09.05.2019 und der erstmalig wirksamen Arbeitslosmeldung am 28.07.2020 würde der Klägerin gerade diese Regelung „auf die Füße fallen“, weil dann die erforderliche Anwartschaftszeit von zwölf Monaten in der zweijährigen Rahmenfrist um nur wenige Tage verfehlt wird. Zur Einordnung: Die ab dem 01.01.2020 geltende Rahmenfrist beträgt 30 Monate. Für Versicherte, die nach dem 31.12.2019 nicht in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden haben, sieht § 447 Abs. 1 SGB III vor, dass weiterhin die (alte) Rahmenfrist von 24 Monaten gilt.

Die von der Klägerin angemeldeten verfassungsrechtlichen Bedenken teilt das LSG nicht. Die Übergangsregelung des § 447 Abs. 1 SGB III sei nicht verfassungswidrig. Sie verstöße insbesondere nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Dem Gesetzgeber sei es durch Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht verwehrt, zur Regelung bestimmter Lebenssachverhalte Stichtage einzuführen. Das LSG verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechungsvorgaben des BVerfG zu den Stichtagsregelungen, die es als gewahrt ansieht²¹.

V. Anmerkung – Wie lange bleibt eine Arbeitslosmeldung wirksam?

Nachfolgend soll lediglich auf das vom LSG angesprochene Problem zur möglichen Zeitgrenze bei der Ausübung des Gestaltungsrechts eingegangen werden. Um das Ergebnis der nachfolgenden Diskussion vorwegzunehmen: Der Sichtweise des LSG ist vollumfänglich zuzustimmen. Sie ist dogmatisch überzeugend.

1. Überwiegende Auffassung im Schrifttum

Nach summarischer Sichtung spricht sich die Literatur demgegenüber nahezu unisono für eine Zeitgrenze von drei Monaten aus.

Lüdtke und Cormann vertreten zum Beispiel die Auffassung, dass die Ausübung des Bestimmungsrechts in zweifacher Hinsicht zeitlichen Beschränkungen unterliege. Es könne erst mit dem zeitlich frühesten Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung ausgeübt werden. Dies folge – so die Autoren – aus § 141 Abs. 1 Satz 2 SGB III. Sei eine Arbeitslosmeldung noch nicht zulässig, müsse das auch für die Ausübung des Bestimmungsrechts gelten. Die Ausübung des Bestimmungsrechts ende mit der Entscheidung der AA über den Anspruch auf Alg²².

Ähnlich argumentiert **Gutzler**. Seiner Auffassung nach sei eine Ausübung des Wahlrechts erst dann möglich, wenn auch die Möglichkeit zur Arbeitslosmeldung bestehe. Dies sei frühestens dann zulässig, wenn die Arbeitslosigkeit innerhalb einer Frist von drei Monaten ab der Meldung eintrete (§ 141 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Wenn schon eine Meldung

17 LSG Nordrhein-Westfalen, Urte. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 20.

18 LSG Sachsen, Urte. v. 11.06.2020 – L 3 AL III/19, BeckRS 2020, 37058, info also 2021, 63 f.

19 LSG Sachsen, Urte. v. 11.06.2020 – L 3 AL III/19, BeckRS 2020, 37058 Rn. 25, info also 2021, 63, 64.

20 LSG Nordrhein-Westfalen, Urte. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 21.

21 LSG Nordrhein-Westfalen, Urte. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 24.

22 Lüdtke/Cormann, in: Böttiger/Körte/Schaumburg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 137 Rn. 7.

erst drei Monate vor Eintritt der Arbeitslosigkeit erfolgen sollte, würde es bereits aus verwaltungstechnischen Gründen keinen Sinn ergeben, die Ausübung des Wahlrechts, das ja allenfalls zu einer Verschiebung des Anspruchs nach hinten führen könnte, zu einem früheren Zeitpunkt zuzulassen.

2. Eigene Auffassung

Die Begründung fällt bei allen Autoren relativ spärlich aus. Verwiesen wird vorrangig auf die Regelung in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III bzw. die Vorgängervorschrift in § 141 Abs. 1 Satz 2 SGB III, die vom **Wortlaut** her aber nicht wirklich passt²³. Dort heißt es lediglich: „Eine Meldung ist auch zulässig, wenn die Arbeitslosigkeit noch nicht eingetreten, der Eintritt der Arbeitslosigkeit aber innerhalb der nächsten drei Monate zu erwarten ist.“ Die Rechtsfolge „auch zulässig“ deutet zunächst an, dass die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitslosen durch die Regelung erweitert und nicht limitiert werden sollen. Beschrieben wird also eine zusätzliche Möglichkeit, kein zeitlicher Ausschlussstatbestand. Verstärkt wird diese Sichtweise noch durch das Adverb „auch“. Eine zwingend einschränkende Auslegung im Sinne eines „Dreimonatsdeckels“ ergibt sich aus dem Wortlaut jedenfalls nicht, schon gar nicht unmittelbar für die Ausübung des Bestimmungsrechts in § 137 Abs. 2 SGB III. Dort existieren überhaupt keine zeitlichen Vorgaben.

Gleichwohl muss sich die Ausübung des Bestimmungsrechts **systematisch** in das Gefüge der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen beim Alg einpassen. Hierfür muss aber nicht die Regelung in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III zur Möglichkeit einer vorzeitigen Arbeitslosmeldung originalgetreu auf die Gestaltungsmöglichkeit in § 137 Abs. 2 SGB III übertragen werden. Mit anderen Worten: Aus dem einseitigen Dürfen des Arbeitslosen in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB III folgt kein Recht der AA zur Festlegung einer Dreimonatsgrenze bei § 137 Abs. 2 SGB III.

Auch der **Gesetzeszweck** spricht hierfür und die Sichtweise des LSG. Denn der Ausnahmeregelung zur vorzeitigen Arbeitslosmeldung liegt der Gedanke einer möglichst zeitnahen Leistungsgewährung zu Grunde²⁴. Die Vorschrift ist im Kontext mit der nach § 38 Abs. 1 SGB III bestehenden Pflicht zur frühzeitigen Arbeitsuchendmeldung zu sehen, die tatsächlich eine zwingende Dreimonatsgrenze statuiert. Dieser Gesetzeszweck in § 141 Abs. 1 Satz 3 SGB deckt sich indes nicht mit dem Sinn und Zweck der Regelung zur Ausübung des Bestimmungsrechts. Denn nach der Gesetzesbegründung zu § 137 Abs. 2 SGB III sollen die Rechte der Versicherten vielmehr gestärkt werden²⁵. Dieser Intention würde eine starre zeitliche Beschränkung zuwiderlaufen.

Gestützt wird diese Ansicht auch mittelbar durch das **neue Online-Identifizierungsverfahren**, welches seit dem 01.01.2022 existiert und das dem Arbeitslosen die Möglichkeit bietet, anstelle einer persönlichen eine elektronische

Arbeitslosmeldung abzugeben. Beabsichtigt ist hier unter anderem eine **zeitliche Flexibilisierung der Arbeitslosmeldung**²⁶. Mit anderen Worten: Online ist faktisch nunmehr auch ohne vorherige Beratung der AA eine „rund um die Uhr“-Arbeitslosmeldung möglich, die auch noch „kurz vor knapp“ zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt und nicht erst am Folgetag einen Alg-Anspruch begründen kann. Demgegenüber entspringt die Möglichkeit einer vorzeitigen persönlichen Arbeitslosmeldung dem diametral entgegengesetzten Bedürfnis des weitsichtig planenden Arbeitslosen, nicht nur taggenau, sondern möglichst frühzeitig und rechtssicher (mit entsprechender Beratung der AA) seine leistungsrechtlichen Obliegenheiten erfüllen zu können. Eine zu starre Auslegung des Bestimmungsrechts nach § 137 Abs. 2 SGB III im Sinne einer festen Zeitgrenze „nach vorne hin“ würde diesen Gedanken nach frühzeitiger Planungssicherheit konterkarieren und den vorausschauend Agierenden benachteiligen.

Für eine zeitliche Flexibilisierung der Arbeitslosmeldung über die Dreimonatsgrenze hinaus spricht letztlich auch der **Grundsatz der Meistbegünstigung**, der die Auslegung aller materiellen und verfahrensrechtlichen Normen im Sozialrecht, also auch die Auslegung des § 137 Abs. 2 SGB III, beeinflusst²⁷. Im Übrigen hat das **BSG** bereits in einer älteren **Entscheidung aus dem Jahr 2010** klargestellt, dass eine vor der Dreimonatsfrist erfolgte Arbeitslosmeldung dem Arbeitslosen jedenfalls dann nicht leistungsrechtlich entgegengehalten werden kann, wenn die AA sie in Kenntnis der Überschreitung der Dreimonatsfrist akzeptiert hat²⁸.

VI. Wie wird das BSG entscheiden?

Das LSG hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen²⁹. Diese ist mittlerweile auch eingelegt worden. Der Fall ist nunmehr beim BSG unter dem Aktenzeichen BSG – B 11 AL 6/24 R anhängig. Dort wird die entscheidungserhebliche Rechtsfrage wie folgt formuliert³⁰:

„Ist die Entstehung des Alg-Anspruchs bei Alg beantragenden Personen, die sich persönlich bei der AA arbeitslos gemeldet und dabei ihr Bestimmungsrecht nach § 137 Absatz 2 SGB III in der Weise ausgeübt haben, dass der Anspruch (erst) zu einem bestimmten späteren, länger als drei Monate in der Zukunft liegenden Zeitpunkt entstehen soll, von einer weiteren Arbeitslosmeldung abhängig, weil die Wirkung der früheren Meldung erloschen ist?“

Ob und wie das BSG über diese Rechtsfrage entscheiden wird, bleibt abzuwarten. Möglich ist zum einen, dass das BSG an die eigene Entscheidung aus dem Jahr 2010 anknüpft und diese weiterentwickelt. Denkbar ist zum anderen, dass das BSG die höchst interessante Rechtsfrage da-

23 Hierauf weist das LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 21 bereits im Besprechungsfall hin.

24 BR-Drucks. 550/96, 178.

25 BT-Drucks. 15/1515, 82.

26 Vertiefend zu den Chancen und Risiken der Online-Arbeitslosmeldung Geiger, info also 2022, 203 ff.

27 Sartorius, in: Berothold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsaachen, 3. Auflage 2024, § 17 Rn. 2 m.w.N.

28 BSG, Urt. v. 18.05.2010 – B 7 AL 49/08 R, BeckRS 2010, 72935.

29 LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 07.03.2024 – L 9 AL 87/22, BeckRS 2024, 22331 Rn. 26.

30 https://www.bsg.bund.de/SharedDocs/Rechtsfragen/DE/B_11_AL_06_24_R.html (abgerufen am: 01.12.2024).

hinstehen lässt und den Fall über einen ungeschriebenen Erlöschungstatbestand oder den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch löst. Beide Gesichtspunkte werden vom LSG nicht angesprochen, obwohl sich vertiefende Gedanken hierzu lohnen. Die nachfolgenden Ausführungen stellen keine abschließende Bewertung dar, sondern sollen lediglich als Denkanstoß dienen.

1. Ungeschriebener Erlöschungstatbestand

Ob die Wirkung der Arbeitslosmeldung vom 09.05.2019 noch am 01.07.2022 vorhanden war, prüft das LSG vorrangig am Maßstab der vom Gesetzgeber aufgezählten Erlöschungstatbestände. Problematisiert wird bei § 141 Abs. 2 Nr. 1 SGB III vor allem die Frage der Verfügbarkeit. Hierbei gerät aus dem Blick, dass es sich bei den in Abs. 3 bzw. der Vorgängervorschrift in Abs. 2 genannten **Erlöschungsgründen nicht um eine abschließende Aufzählung** handelt. Dies stellte das BSG bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 klar und hob exemplarisch einige ungeschriebene Erlöschungsgründe hervor. In den Urteilsgründen heißt es hierzu wie folgt³¹:

„Bei den dort genannten Gründen [...] für ein Erlöschen der Wirkung der Arbeitslosmeldung handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung von Erlöschungsgründen, sondern zum Zwecke der Klarstellung von Zweifelsfragen zur Dauer der materiellen Wirkung der persönlichen Arbeitslosmeldung um eine Aufzählung von Fallkonstellationen, bei denen die Wirkung der Arbeitslosmeldung spätestens erlischt [...]. Insoweit handelt es sich um rechtliche Erlöschungsgründe, die allerdings voraussetzen, dass tatsächlich eine Meldung vorliegt. Dies schließt jedoch andere Gründe für die Unwirksamkeit einer Arbeitslosmeldung nicht aus. So kann der Leistungsempfänger die Arbeitslosmeldung bereits von vornherein zeitlich beschränken, indem er erklärt, nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt arbeitslos zu sein. Ebenso kann dann aber ein Leistungsempfänger – wie im vorliegenden Falle – durch die Tatsachenerklärung, wieder in Arbeit zu sein, die Wirkung der Arbeitslosmeldung beseitigen.“

Diese Rechtsprechung wurde weiter fortentwickelt. So konkretisierte das BSG im Jahr 2014, dass die Wirkung der Arbeitslosmeldung auch bei einer mehr als sechswöchigen Unterbrechung der Arbeitslosigkeit nach zwischenzeitlicher Teilnahme an einer medizinischen Reha-Maßnahme entfallen könne, wenn der bei Entlassung weiterhin arbeitsunfähige Arbeitslose die Aufhebung der Bewilligung von Alg wegen anderweitigen Leistungsbezugs (Krankengeld) bestandskräftig werden lasse³².

Ob das BSG im anhängigen Revisionsverfahren seine Rechtsprechung möglicherweise auch für eine neue Fallgruppe zum Bestimmungsrecht nach § 137 Abs. 2 SGB III erweitern wird, bleibt offen.

31 BSG, Ur. v. 07.09.2000 – B 7 AL 2/00 R, BeckRS 2000, 41457 Rn. 14.

32 BSG Ur. v. 11.03.2014 – B 11 AL 4/14 R, BeckRS 2014, 68766 amtlicher Leitzatz.

2. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

Die Ausführungen im Tatbestand der LSG-Entscheidung zur Erklärung der Klägerin am 09.05.2019 einerseits, wonach sie umfassend über die leistungsrechtlichen Konsequenzen beraten und informiert worden sein soll, sowie die Verletzung der Dokumentationspflichten der AA andererseits sind zudem eine „Steilvorlage“ für die Prüfung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Die Beratungs- und Betreuungspflichten in den §§ 13–17 SGB I gelten auch für die AA. Nach § 2 Abs. 2 SGB I ist bei der Auslegung der sozialrechtlichen Vorschriften sicherzustellen, dass die sozialen Rechte möglichst effektiv verwirklicht werden. Beratungsfehler können vor diesem Hintergrund nach der ständigen Rechtsprechung des BSG zu einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch führen³³. Über die Möglichkeit eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ist insbesondere dann nachzudenken, wenn der **Arbeitslose über sein Wahlrecht nach § 137 Abs. 2 SGB III** bei entsprechender Fallkonstellation **nicht hinreichend beraten** wird³⁴.

Nach der **Rechtsprechung des BSG**³⁵ kann die fehlende Verfügbarkeit für die Arbeitsvermittlung zwar nicht nachträglich im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches ersetzt werden. Denn – so der Gedankengang – die Verfügbarkeit hänge von einer tatsächlichen Verhaltensweise des Arbeitslosen ab. Sie herzustellen falle nicht in die Verfügungsmacht der AA. Sie könne also nicht durch eine rechtmäßige Amtshandlung der AA ersetzt werden. Eine **Verschiebung des Zeitpunktes der Arbeitslosmeldung auf einen späteren Zeitpunkt** ist gleichwohl über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch möglich. Denn – so das Argument – hier werde keine Tatsachenhandlung fingiert, sondern lediglich der Zeitpunkt der bereits vorgenommenen Tatsachenhandlung verschoben. Eine solche Verschiebung entspreche zudem der gesetzlichen Regelung in § 137 Abs. 2 SGB III³⁶.

Bienert³⁷ thematisiert in seiner Anmerkung zur Entscheidung des LSG Sachsen, Urteil vom 12.07.2018 – L 3 AL 76/16³⁸ die Wahlmöglichkeit des Arbeitslosen nach § 137 Abs. 2 SGB III und den Anwendungsbereich des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs. Letzterer wird von ihm mit überzeugenden Argumenten bejaht, wobei er im Tatsächlichen die Frage eines Beratungsfehlers der AA problematisiert und im Rechtlichen die Entscheidungen des BSG zur Verschiebung eines Alg-Anspruchs.

Auch **Geiger**³⁹ beschäftigt sich in seiner Anmerkung zur Entscheidung des LSG Bayern, Urteil vom 08.03.2023 –

33 Söhngen, in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsa- chen, 3. Auflage 2024, § 17 Rn. 20 m.w.N.

34 Gutzler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Auf- lage 2021, § 137 Rn. 15; Lüdtk/Cormann, in: Böttiger/Kör- tek/Schaumburg, SGB III, 3. Auflage 2019, § 137 Rn. 7.

35 BSG, Ur. v. 15.05.1985 – 7 RA 103/83, BeckRS 1980, 41325.

36 Söhngen, in: Berchtold/Karmanski/Richter, Prozesse in Sozialsa- chen, 3. Auflage 2024, § 17 Rn. 31 unter Verweis auf SG Berlin, Ur. v. 25. 08. 2006 – S 58 AL 1203/05, info also 2007, 24 ff.

37 Bienert, info also 2019, 51 ff.

38 LSG Sachsen, Ur. v. 12.07.2018 – L 3 AL 76/16, BeckRS 2018, 25501, info also 2019, 62 ff.

39 Geiger, info also 2024, 25 ff.

L 10 AL 120/21⁴⁰ mit der Frage, ob eine nachträgliche Korrektur des Antrags auf Alg im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs möglich ist. Er bejaht dies und beruft sich hier unter anderem auf eine Entscheidung des BSG aus dem Jahr 1999 zu § 100 Abs. 1 AFG⁴¹, wonach bei wirksamer Arbeitslosmeldung ein Alg-Antrag im Wege des Herstellungsanspruchs verschoben werden könne.

Sollte das BSG im anhängigen Revisionsverfahren entgegen der Ansicht des LSG davon ausgehen, dass die Wirkung der Arbeitslosmeldung vom 09.05.2019 am 01.07.2020 nicht mehr vorhanden wäre, drängt sich zumindest die Prüfung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs auf. Die Angaben im Tatbestand der LSG-Entscheidung sind hier relativ

dünn. Die Klägerin hat zwar ausdrücklich erklärt, umfassend über die leistungsrechtlichen Konsequenzen ihrer Erklärung zur Verschiebung des Zeitpunktes der Arbeitslosmeldung beraten und informiert worden zu sein. Zum Umfang und Tiefe der Beratung werden indes keinerlei Angaben gemacht. Vor dem Hintergrund der tatsächlichen und rechtlichen Gemengelage spricht viel dafür, dass die AA bereits im Mai 2019 gehalten war, die Klägerin über die Wirkungsdauer ihres Antrages zu sensibilisieren, auf das Problem der „Rahmenfristfalle“ aufmerksam zu machen und höchst vorsorglich auf eine nochmalige zeitnahe Antragstellung vor dem 01.07.2020 hinzuweisen. Diese nach § 137 Abs. 2 SGB III zulässige Gestaltungsmöglichkeit drängte sich hier als geradezu offensichtlich zweckmäßig auf und wäre mutmaßlich von jedem verständigen Arbeitslosen als „Plan B“ genutzt worden.

40 LSG Bayern, Urt. v. 08.03.2023 – L 10 AL 120/21, BeckRS 2023, 5188, info also 2024, 25 ff.

41 BSG, Urt. v. 05.08.1999 – B 7 AL 38/98.