

<b>Gericht:</b>	BSG 11. Senat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	12.09.2019
<b>Rechtskraft:</b>	ja
<b>Aktenzeichen:</b>	B 11 AL 20/18 R
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:BSG:2019:120919UB11AL2018R0
<b>Dokumenttyp:</b>	Urteil
<b>Quelle:</b>	
<b>Norm:</b>	§ 138 Abs 1 Nr 1 SGB 3 vom 20.12.2011
<b>Zitiervorschlag:</b>	BSG, Urteil vom 12. September 2019 - B 11 AL 20/18 R -, juris

---

**Arbeitslosengeldanspruch - Arbeitslosigkeit - Beschäftigungslosigkeit - widerrufliche Freistellung von der Arbeitsleistung nach Arbeitgeberkündigung - Verzicht auf Verfügungsbefugnis - Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse**

**Orientierungssatz**

Eine Beschäftigungslosigkeit scheidet nicht zwingend schon dann aus, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, einen Arbeitnehmer nur widerruflich von seiner Arbeitsleistung freizustellen, sondern bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. (Rn.19)

Fundstellen

RegNr 33557 (BSG-Intern)

Verfahrensgang

vorgehend SG Freiburg (Breisgau), 27. Januar 2017, S 2 AL 3259/16, Urteil

vorgehend Landessozialgericht Baden-Württemberg 12. Senat, 22. Juni 2018, L 12 AL 1019/17, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

**Literaturnachweise**

ohne Angabe, SozSichplus 2019, Nr 11, 6 (Anmerkung)

**Kommentare**

*Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III*

● Öndül, 2. Auflage 2019, § 138 SGB III

**Tenor**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 22. Juni 2018 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten auch für das Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

**Tatbestand**

1 Streitig ist ein Anspruch auf Alg vom 1.6.2016 bis 20.6.2016.

- 2 Der Kläger ist seit 1989 als Facharbeiter im Produktionsbereich der E. GmbH (im Folgenden: Arbeitgeberin) tätig. Er bezog vom 7.7.2015 bis 12.10.2015 Krankengeld (Krg), vom 13.10.2015 bis 3.11.2015 Übergangsgeld (Übg) und vom 4.11.2015 bis 31.5.2016 erneut Krg. Bereits im Februar 2016 hatte die Arbeitgeberin dem Kläger fristgerecht zum 30.9.2016 gekündigt und ihn widerruflich von der Erfüllung seiner Arbeitspflicht unter Anrechnung seiner Urlaubsansprüche freigestellt (*Schreiben vom 25.2.2016*). Am 30.5.2016 bot der Kläger erneut seine Arbeitsleistung ab 1.6.2016 an. Er gab unter Vorlage entsprechender medizinischer Befundberichte an, dass er nur noch leichte bis mittelschwere Tätigkeiten, zeitweise im Stehen und Gehen, aber überwiegend im Sitzen, vollschichtig ausüben könne. Die Arbeitgeberin lehnte seine Arbeitsleistung ab, weil kein leidensgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung stehe.
- 3 Der Kläger meldete sich zum 1.6.2016 arbeitslos und beantragte Alg. Auf Rückfrage der Beklagten teilte die Arbeitgeberin mit, dass er für den Zeitraum vom 1.6.2016 bis 20.06.2016 ein ärztliches Attest vorgelegt habe, das schweres Heben und Tragen, Überkopparbeiten und Ähnliches ausgeschlossen habe; eine weitere Krankmeldung sei nicht erfolgt (*Telefonat vom 5.7.2016*). Am 21.6.2016 nahm der Kläger seine Arbeit auf einem anderen Arbeitsplatz, der seiner gesundheitlichen Situation entsprach, erneut auf.
- 4 Die Beklagte lehnte die Bewilligung von Alg mit der Begründung ab, dass der Kläger nur widerruflich freigestellt und somit nicht beschäftigungslos gewesen sei (*Bescheid vom 5.7.2016; Widerspruchsbescheid vom 10.8.2016*). Das SG hat die Personalleiterin der Arbeitgeberin als Zeugin vernommen und die Klage abgewiesen (*Urteil vom 27.1.2017*). Der Kläger sei nicht beschäftigungslos im Sinne des SGB III gewesen, weil er sich nicht vom Direktionsrecht seiner Arbeitgeberin gelöst habe. Auch nach der Kündigung habe er sich um eine Wiedereingliederung bemüht. Die Arbeitgeberin habe ihn nur widerruflich freigestellt und sei bemüht gewesen, ihm eine Weiterarbeit im Betrieb zu ermöglichen.
- 5 Das LSG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen (*Urteil vom 22.6.2018*). Der Kläger habe keinen Anspruch auf Alg, weil er nicht arbeitslos gewesen sei. Eine Beschäftigungslosigkeit setze zwingend voraus, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Freistellung tatsächlich endgültig auf seine Verfügungsbefugnis gegenüber dem Arbeitnehmer verzichtet und somit zu erkennen gegeben habe, dass er die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr verlange. Dies sei bei der hier vorliegenden widerruflichen Freistellung nicht der Fall. Nach den Angaben der Personalleiterin der Arbeitgeberin hätte der Kläger jederzeit auf einem frei werdenden Arbeitsplatz eingesetzt werden können. Auch der Kläger habe betont, dass für ihn grundsätzlich leidensgerechte Stellen vorhanden, die möglicherweise nur besetzt gewesen, seien. Letztlich habe die Arbeitgeberin sogar von ihrem Direktionsrecht Gebrauch gemacht und ihn ab 21.6.2016 nicht nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, sondern darüber hinaus leidensgerecht beschäftigt.
- 6 Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 138 Abs 1 Nr 1 SGB III. Das Berufungsgericht verkenne, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne geendet habe, alle Gegebenheiten des Einzelfalls maßgeblich seien. Diese seien insgesamt zu würdigen. Das LSG habe nicht berücksichtigt, dass die Arbeitgeberin den Betriebsrat bereits in der Anhö-

rung zur Kündigung im Februar 2016 darüber informiert habe, dass es für ihn im Betrieb weder aktuell noch in den kommenden zwei bis drei Jahren eine freie Stelle gebe bzw. geben werde. Im April 2016 sei eine stufenweise Wiedereingliederung zum zweiten Mal und die Annahme seiner Arbeitsleistung ebenso wie am 30.5.2016 abgelehnt worden. Daher komme der nur widerruflichen Freistellung im Kündigungsschreiben keine Bedeutung zu. Bei zutreffender Würdigung dieser Tatsachen hätte das LSG zu dem Schluss gelangen müssen, dass nach den Umständen des Einzelfalls das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne spätestens mit Ablauf des 31.5.2016 faktisch beendet gewesen sei.

- 7 Der Kläger beantragt,  
die Urteile des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 22. Juni 2018 und des Sozialgerichts Freiburg vom 27. Januar 2017 sowie den Bescheid vom 5. Juli 2016 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 10. August 2016 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 1. bis 20. Juni 2016 zu erbringen.
- 8 Die Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.
- 9 Sie hat sich der Begründung des LSG angeschlossen.

### **Entscheidungsgründe**

- 10 Die zulässige Revision des Klägers ist nicht begründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Das LSG hat seine Berufung gegen das Urteil des SG zu Recht zurückgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Alg vom 1.6.2016 bis 20.6.2016.
- 11 1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid der Beklagten vom 5.7.2016 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.8.2016, mit dem es die Beklagte abgelehnt hat, dem Kläger Alg für den streitigen Zeitraum zu leisten. Zutreffend verfolgt er sein Begehren im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG), gerichtet auf die Aufhebung der Ablehnungsbescheide und Erbringung von Alg dem Grunde nach.
- 12 2. Der Sachentscheidung des Senats entgegenstehende Hindernisse liegen nicht vor. Insbesondere stand der Zulässigkeit der Berufung nicht die Wertgrenze des § 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG in Höhe von 750 Euro entgegen. Unter Berücksichtigung der Mitteilung der Beklagten gegenüber dem Berufungssenat hat sich der Beschwerdewert bei Berufungseinlegung auf 948,80 Euro belaufen.
- 13 3. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Alg vom 1.6.2016 bis 20.6.2016.
- 14 a) Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit ist § 136 Abs 1 Nr 1 SGB III iVm §§ 137 ff SGB III (*sämtliche Vorschriften des SGB III anwendbar in der ab dem 1.4.2012 geltenden Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der*

*Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20.12.2011, BGBl I 2854*). Dies setzt Arbeitslosigkeit, eine Arbeitslosmeldung und die Erfüllung der Anwartschaftszeit voraus. Arbeitslos ist, wer Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer ist und 1. nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), 2. sich bemüht, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen), und 3. den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (§ 137 Abs 1 SGB III, § 138 Abs 1 iVm Abs 5 SGB III).

- 15 b) Ein Anspruch auf Alg scheidet bereits daran, dass der Kläger nicht arbeitslos iS des § 138 Abs 1 Nr 1 SGB III war, weil er weiterhin in einem Beschäftigungsverhältnis mit der bisherigen Arbeitgeberin stand.
- 16 aa) Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist, wie das BSG in ständiger Rechtsprechung betont hat, kontextabhängig und funktionsdifferent auszulegen (*vgl nur BSG vom 28.9.1993 - 11 RAr 69/92 - BSGE 73, 126, 128 = SozR 3-4100 § 101 Nr 5 S 13 f; BSG vom 29.7.2015 - B 12 R 1/15 R - juris RdNr 27; BSG vom 25.4.2002 - B 11 AL 65/01 R - BSGE 89, 243, 249 = SozR 3-4300 § 144 Nr 8 S 18; vgl zuletzt BSG vom 30.8.2018 - B 11 AL 15/17 R - BSGE 126, 217 = SozR 4-4300 § 150 Nr 5, RdNr 26 zum Begriff der Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinne als Voraussetzung für die Konkretisierung des Bemessungszeitraums iS des § 150 Abs 1 Satz 1 SGB III*). Funktion des für die Dauer und die Höhe des Alg-Anspruchs maßgebenden Begriffs des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ist es, den Versicherungsschutz in der Sozial- und Arbeitslosenversicherung zu gewährleisten. Entsprechend geht die Rechtsprechung des BSG davon aus, dass das Beschäftigungsverhältnis im versicherungsrechtlichen Sinne auch bei tatsächlicher Nichtbeschäftigung nicht beendet ist, wenn und solange eine Pflicht des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts besteht. Dies gilt etwa in Fallgestaltungen rechtlich unwirksamer Kündigungen von Arbeitsverträgen, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, der Arbeitgeber sie aber nicht annimmt und dadurch in Annahmeverzug gerät (*BSG vom 5.5.1988 - 12 RK 43/86 - SozR 2400 § 2 Nr 25 S 42; BSG vom 16.2.2005 - B 1 KR 19/03 R - SozR 4-2500 § 47 Nr 2 RdNr 9*).
- 17 Dagegen hat die hier relevante Anspruchsvoraussetzung des Fortbestehens bzw der Beendigung des leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses iS des § 138 Abs 1 Nr 1 SGB III die Funktion, das durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung erfasste Risiko zu bestimmen (*BSG vom 28.9.1993 - 11 RAr 69/92 - BSGE 73, 126, 129 = SozR 3-4100 § 101 Nr 5 S 14; Schlegel, NZA 2005, 972, 973*). Der Arbeitnehmer steht - unbesehen des Fortbestehens eines Arbeitsverhältnisses - regelmäßig nicht mehr in einem leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis, wenn die Beschäftigung faktisch ein Ende gefunden hat, wenn also die das Beschäftigungsverhältnis prägende persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten, die sich in der faktischen Verfügungsgewalt (Direktionsrecht) des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers ausdrückt, entfällt. Dies ist nach einer Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall zu beurteilen. Erklärungen des Arbeitgebers zu seiner weiterhin bestehenden Verfügungsbefugnis und seinem Verfügungswillen sowie des Arbeitnehmers zu einer fortbestehenden Dienstbereitschaft haben als Anzeichen einer faktischen Gebundenheit Bedeutung. Sie können jedoch auch als "leere Hülse" unbeachtlich sein, wenn sie nicht mit den notwendig aufzuklärenden tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmen (*BSG vom 9.9.1993 - 7 RAr 96/92 - BSGE 73, 90, 93 f = SozR 3-4100 § 101 Nr 4 S 7 f; BSG vom 28.9.1993 - 11 RAr*

69/92 - BSGE 73, 126, 129 = SozR 3-4100 § 101 Nr 5 S 13 f; BSG vom 9.2.2006 - B 7a AL 58/05 R - juris RdNr 14; BSG vom 4.7.2012 - B 11 AL 16/11 R - SozR 4-4300 § 123 Nr 6 RdNr 16). An diesen Grundsätzen hält der Senat fest.

- 18 bb) Im Ergebnis ist das LSG von einem zutreffenden Verständnis des Rechtsbegriffs des leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ausgegangen.
- 19 Anders als die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden zugrunde legt, scheidet eine Beschäftigungslosigkeit nicht zwingend schon dann aus, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, einen Arbeitnehmer nur widerruflich von seiner Arbeitsleistung freizustellen (vgl. *Fachliche Weisungen der BA zu § 138 Nr 138.1.1<3>, Stand 4/2018; in diesem Sinne auch Schweiger, NZS 2013, 767 ff, 768*). Zwar kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei einer nur widerruflichen Freistellung anweisen, seine bisherige Tätigkeit bzw. eine andere arbeitsvertraglich mögliche Tätigkeit für ihn wieder aufzunehmen. Der Arbeitnehmer soll sich in Bereitschaft halten. Dagegen ist der Arbeitnehmer bei einer unwiderruflichen Freistellung bis zu deren Ende, also in der Regel bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, generell nicht mehr verpflichtet, Arbeitsleistungen zu erbringen (vgl. *Fuhlrott/Balupuri-Beckmann, ArbRAktuell 2011, 393*).
- 20 Die von der Beklagten zugrunde gelegte hervorgehobene Bedeutung einer nur widerruflichen Freistellungserklärung gegenüber den tatsächlichen Verhältnissen kann der vom LSG wiedergegebenen Passage des Senatsurteils vom 3.6.2004 (B 11 AL 70/03 R - SozR 4-4300 § 123 Nr 2 RdNr 9) nicht entnommen werden. Dieser Entscheidung lag eine Fallgestaltung zugrunde, in der eine Freistellung nach fristloser Kündigung wegen des Vorwurfs einer Straftat erfolgte und diese Freistellung bei tatsächlicher Nichtbeschäftigung des dortigen Klägers im Ergebnis bereits für sich ausreichend war, um das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Vor diesem Hintergrund hat der Senat betont, dass ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne "trotz eines rechtlich noch bestehenden Arbeitsverhältnisses und unabhängig von der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers bereits dann nicht mehr gegeben" sei, wenn die Arbeitsleistung tatsächlich nicht mehr erbracht werde, weil der Arbeitgeber auf seine Verfügungsbefugnis verzichtet habe (BSG aaO). Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass eine Beschäftigungslosigkeit stets und zwingend voraussetzt, dass der Arbeitgeber tatsächlich und endgültig einen Verzicht auf seine Verfügungsbefugnis erklärt hat und bei einer nur widerruflichen Freistellung das Beschäftigungsverhältnis nicht beendet sein könne. Vielmehr haben die Senate des BSG für Arbeitsförderungsrecht gerade für Fallgestaltungen langfristiger erkrankter bzw. leistungsgeminderter Arbeitnehmer, die tatsächlich nicht mehr beschäftigt werden, entschieden, dass Erklärungen der Arbeitsvertragsparteien zu einem Fortbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses als innere Tatsachen unter Berücksichtigung der nicht abschließend bestimmbareren tatsächlichen Umstände des Einzelfalls (ua Dauer des Krg-Bezugs, längere eingeschränkte gesundheitliche Leistungsfähigkeit, Arbeitslosmeldung, Rentenantragstellung, fehlende betriebliche Einsatzmöglichkeiten) zu würdigen sind (vgl. *BSG vom 9.9.1993 - 7 RAr 96/92 - BSGE 73, 90, 95 = SozR 3-4100 § 101 Nr 4 S 9; BSG vom 28.9.1993 - 11 RAr 69/92 - BSGE 73, 126, 129 = SozR 3-4100 § 101 Nr 5 S 15*).
- 21 In Übereinstimmung mit der dargelegten ständigen Rechtsprechung des BSG ist das LSG ebenfalls davon ausgegangen, dass sich die Beschäftigungslosigkeit im leistungsrecht-

lichen Sinn nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Im Rahmen seiner Beweiswürdigung hat das Berufungsgericht neben der Erklärung der nur widerruflichen Freistellung durch die Arbeitgeberin auch die nach Lage des Einzelfalls relevanten tatsächlichen Umstände einbezogen. Der Senat ist an die Tatsachenfeststellungen des LSG gebunden, weil der Kläger in Bezug auf diese Feststellungen keine zulässigen und begründeten Revisionsgründe vorgebracht hat (§ 163 SGG). Auf dieser Grundlage war davon auszugehen, dass für ihn jederzeit ein Arbeitsplatz hätte frei werden können und die Arbeitgeberin entsprechend dem Inhalt der nur widerruflichen Freistellung auch nach den tatsächlichen Umständen nicht auf ihr Direktionsrecht verzichtet hat. Ein Ende des Beschäftigungsverhältnisses aufgrund eines Wegfalls der Dienstbereitschaft des Klägers hat das Berufungsgericht gleichfalls geprüft. Es hat dies jedoch trotz dessen Arbeitslosmeldung mit der tatsächlichen Feststellung verneint, dass er sich durchgehend um eine Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit bemüht habe.

- 22 Soweit der Kläger meint, bei Einbeziehung weiterer Umstände (Betriebsratsanhörung im Februar 2016, Ablehnung der Wiedereingliederung im April 2016, Weigerung der Annahme seiner Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin Ende Mai 2016, Wegfall des Arbeitsentgelts ab 1.6.2016) habe das LSG zu dem Schluss gelangen müssen, dass das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis spätestens mit Ablauf des Monats Mai 2016 faktisch beendet gewesen sei, rügt er sinngemäß, das LSG habe - entgegen § 128 Abs 1 Satz 1 SGG - seine Überzeugung nicht aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnen. Diese Rüge ist nicht hinreichend substantiiert. Nach § 164 Abs 2 Satz 3 SGG muss die Revisionsbegründung, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben. Daran fehlt es hier. So hat der Kläger sich nicht damit befasst, dass das Berufungsgericht in den Tatbestand des angegriffenen Urteils aufgenommen hat, dass die Arbeitgeberin noch am 30.5.2016 die Annahme der Arbeitsleistung abgelehnt hat. Das LSG hat seine Überzeugung, dass für den Kläger auch unter Berücksichtigung seines Gesundheitszustandes jederzeit ein Arbeitsplatz hätte frei werden können und die Arbeitgeberin nicht auf ihr Direktionsrecht verzichtet habe, aufgrund der zeitlich nachfolgenden Vernehmung der Personalleiterin durch das SG sowie der Wiederaufnahme der Beschäftigung bereits am 21.6.2016, also unter Einbeziehung weiterer tatsächlicher Gesichtspunkte, gebildet.
- 23 Unter Berücksichtigung des in § 128 Abs 1 Satz 1 SGG erfassten Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung kann ein Revisionsführer nicht schon mit dem Vorbringen gehört werden, dass das dem Rechtsstreit zugrunde liegende Tatsachenmaterial abweichend vom Vordergericht zu würdigen sei. Die Beweiswürdigung eines Tatsachengerichts ist regelmäßig nur am Maßstab der Einhaltung des Prozessrechts zu messen und daraufhin zu überprüfen, ob es die verfahrensrechtlichen Grenzen der vorgenommenen Würdigung überschritten und zB gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat (*vgl etwa BSG vom 19.5.1978 - 8 RU 98/77 - juris RdNr 16; BSG vom 8.11.2005 - B 1 KR 18/04 R - SozR 4-2500 § 44 Nr 7 RdNr 16*). Eine derartige Rüge lässt sich der Revisionsbegründung weder ausdrücklich noch sinngemäß entnehmen.
- 24 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.