

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11/7 RAr 109/87

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 23. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , die Richter Dr. G a g e l und S c h n e i d e r - D a n w i t z sowie den ehrenamtlichen Richter H o h m a n n und die ehrenamtliche Richterin B l ä t t e l für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 26. August 1987 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 24. Juni 1985 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die außergerichtlichen Kosten im Berufungs- und Revisionsverfahren zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist, ob die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) das der Klägerin bewilligte Arbeitslosengeld (Alg) auf der Grundlage des § 112 Abs 7 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) nach dem am Wohnsitz der Klägerin maßgeblichen tariflichen, ersatzweise dem ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung zu bemessen hat, für die die Klägerin nach Lebensalter und Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung ihres Berufes und ihrer Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt.

Die 1951 geborene und seit 1969 verheiratete Klägerin war von 1975 bis September 1977 als Laborantin bei einer Laborgemeinschaft mehrerer Ärzte zuletzt mit einem Bruttogehalt von 2.162,-- DM beschäftigt. Bei ihrer Arbeitslosmeldung im Oktober 1977 gab sie an, nur noch halbtags arbeiten zu können, da ihre damals sechsjährige Tochter schulpflichtig geworden sei. Sie bezog Alg bis Oktober 1978. Ab 16. Oktober 1978 war sie wiederum vollschichtig bei der Laborgemeinschaft als Arzthelferin tätig. Am 20. Mai 1982 wurde ihr zweites Kind geboren. Sie bezog Mutterschaftsgeld vom 25. April bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses am 25. November 1982. Ihr Monatsverdienst betrug zuletzt brutto 2.782,-- DM. Vom 1. Januar 1983 bis zum 31. August 1983 war die Klägerin erneut bei der Laborgemeinschaft als Arzthelferin beschäftigt, und zwar halbtags mit einem Gehalt von zuletzt brutto 1.487,-- DM.

Am 21. August 1984 beantragte die Klägerin Alg und erklärte sich zu einer Ganztagsbeschäftigung bereit. Die Beklagte bewilligte Alg für 260 Tage ab der Antragstellung und legte das letzte Entgelt von 1.487,-- DM zugrunde (Bescheid vom 7. September 1984, Widerspruchsbescheid vom 14. November 1984).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte verurteilt, der Alg-Berechnung "das nach näherer Maßgabe des § 112 Abs 7 AFG fiktiv erzielbare Arbeitsentgelt zugrunde zu legen". Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die vom SG zugelassene Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin Verletzung des § 112 Abs 7 AFG. Überdies sei die Feststellung des LSG, die Klägerin habe nur bis zum 4. April 1982 tatsächlich gearbeitet, verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, da beide Beteiligten von einer Beschäftigung bis zum 24. April 1982 aus-



gegangen seien und das Urteil keine Grundlage für eine abweichende Feststellung aufzeige.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG vom 24. Juni 1985 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Beide Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.

II

Auf die Revision der Klägerin war das der Klage stattgebende Urteil des SG wiederherzustellen. Die vom SG ausgesprochene Verurteilung, der Berechnung "das nach näherer Maßgabe des § 112 Abs 7 AFG fiktiv erzielbare Arbeitsentgelt zugrunde zu legen", ist hinsichtlich des begehrten höheren Alg im Sinne eines Grundurteils (vgl BSGE 27, 81 = SozR Nr 6 zu § 130 SGG) zu verstehen, das zur Anwendung der genannten Gesetzesbestimmung die Bezeichnung des maßgebenden Tarifvertrages und der Tarifgruppe sowie die Bezifferung des danach maßgebenden Bemessungsentgelts dem "Betragsverfahren", also zunächst dem Ausführungsbescheid, überläßt. Das ist jedenfalls dann zulässig, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, daß die Anwendung der umstrittenen Gesetzesvorschrift zu Streit führen wird, wie das hier der Fall ist. Unschädlich bleibt, daß in einem solchen Fall nicht geklärt wird, ob die Anwendung der streitigen Berechnungsvorschrift zu einer höheren Leistung führt. In diesem Sinne hat das BSG stets die Klärung einzelner Berechnungselemente, etwa die zusätzliche Anerkennung weiterer Versicherungszeiten, zugelassen. Die Rechtskraft des Grundurteils bezieht sich dann auf das betroffene Berechnungselement (BSG SozR 2200 § 1241 Nr 22).

Das Urteil des SG erweist sich auch in der Sache als zutreffend. Die Beklagte ist nach § 112 Abs 7 AFG in der hier anzuwendenden Fassung durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 (HBegleitG) vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) gehalten, das Alg nach dem für die Klägerin in Betracht kommenden Tariflohn bzw dem ortsüblichen Arbeitsentgelt zu bemessen.



Die in § 112 Abs 7 AFG angeordnete Berechnungsweise greift nach dieser Vorschrift ein, wenn es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 bis 6 auszugehen. Die Vorschrift soll einen Ausgleich für diejenigen Fälle schaffen, in denen der Arbeitslose gerade in dem verhältnismäßig kurzen Bemessungszeitraum ein wesentlich geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, als es seiner eigentlichen, während des längeren Zeitraumes ausgeübten Tätigkeit entsprochen hätte. Nach dieser Zielsetzung greift die Vorschrift auch ein, wenn sich der zeitweilig geringere Verdienst nicht aus einer unterschiedlichen Bezahlung für die Zeiteinheit, sondern aus einer verkürzten Arbeitszeit ergibt, wie das LSG im Anschluß an zwei Urteile des Bundessozialgerichts -BSG- (Urteile vom 31. August 1976 - 7 RAr 128/74 - und vom 12. Mai 1982 - 7 RAr 88/80 -, beide unveröffentlicht) zutreffend erkannt hat.

Die Klägerin hat in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung am 21. August 1984, dh in der Zeit vom 21. August 1981 bis zum 20. August 1984 überwiegend eine vollschichtige Tätigkeit ausgeübt. Sie war vom Beginn dieses Zeitraumes bis zum 25. November 1982 vollschichtig beschäftigt. Denn auch die Zeit des Bezuges von Mutterschaftsgeld ab April 1982 war in die Beschäftigungszeit einzubeziehen. Der Begriff der beruflichen Tätigkeit ist weiter als der der versicherungspflichtigen Beschäftigung. Er umfaßt das gesamte versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis, auch soweit dieses auf Zeiten ohne Arbeitsleistung entfällt. Es wäre in sich widersprüchlich, Zeiten von der Anwendung des § 112 Abs 7 AFG auszuschließen, die der Beitragspflicht zur BA unterliegen, bzw beitragspflichtigen Beschäftigungen gleichgestellt sind. Auf dieser Grundlage hat das BSG bereits als berufliche Tätigkeit anerkannt Zeiten der beruflichen Bildung, die der Beitragspflicht unterliegen oder Zeiten einer beitragspflichtigen Beschäftigung gleichstehen (BSGE 62, 43 = SozR 4100 § 112 Nr 31) sowie beitragspflichtige Zeiten des zivilen Ersatzdienstes (BSG SozR 4100 § 112 Nr 35; BSGE 63, 153, 160 = SozR 4100 § 112 Nr 39). Die Zeit vom 25. April bis zum 25. November 1982, für die der Klägerin Mutterschaftsgeld gezahlt wurde, diente nach § 104 Abs 1 Satz 3 AFG in der damals geltenden Fassung durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I S 1497) zur Erfüllung der Anwartschaftszeit. Hiernach waren an sich nicht anrechenbare Zeiten einer Beschäftigung, für die kein Arbeitsentgelt bezahlt wurde, gleichwohl anrechenbar, wenn diese Zeiten jeweils vier Wochen nicht überschritten oder für sie Sonderunterstützung nach dem Mutterschaftsgesetz oder Mutterschaftsgeld gezahlt wurde. Die Regelung ist mit dem HBegleitG 1984 in



§ 107 AFG übernommen worden. Nach § 107 Abs 1 Nr 5 Buchst b AFG stehen den Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleich Zeiten des Bezuges von Mutterschaftsgeld, wenn durch Schwangerschaft oder Mutterschaft eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung oder der Bezug einer laufenden Lohnersatzleistung nach diesem Gesetz unterbrochen worden ist. Der Unterschied, daß § 104 AFG idF des AFKG die Zeit des Beschäftigungsverhältnisses, in der Mutterschaftsgeld bezogen wurde, als Beschäftigungszeit ansieht und nur die Anrechenbarkeit auf die Anwartschaftszeit regelt, während nach § 107 AFG idF des HBegleitG 1984 die Zeit einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleichsteht, ist für die Anwendung des § 112 Abs 7 AFG ohne Bedeutung. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob das beim Bezug des Mutterschaftsgeldes geltende Recht oder das bei Antragstellung geltende Recht maßgebend ist.

Danach war die Klägerin in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung 461 Tage oder etwa 1 1/4 Jahr vollschichtig beschäftigt und nur 243 Tage halbschichtig. Damit überwiegt die vollschichtige Tätigkeit. Das BSG hat die im Schrifttum umstrittene und in der Rechtsprechung zunächst offen gelassene Frage, ob im Hinblick auf die Dreijahresfrist eine Tätigkeit überwiegend erst dann ausgeübt ist, wenn sie länger als 1 1/2 Jahre gedauert hat, oder ob es genügt, wenn sie länger als die anderen beruflichen Tätigkeiten ausgeübt worden ist, mit der im Schrifttum vorherrschenden Ansicht im bereits angeführten Urteil im letzteren Sinne beantwortet (BSGE 63, 153, 161 = SozR 4100 § 112 Nr 39). Für diese Auslegung spricht schon der Wortlaut des Gesetzes, das auf die "überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit", und nicht etwa auf die "in den letzten drei Jahren mehr als 18 Monate ausgeübte Tätigkeit" abhebt, was schon das SG hervorgehoben hat.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist es auch entgegen der Auffassung des LSG "unbillig hart", von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 bis 6 auszugehen. Die Billigkeitsprüfung ist nach § 112 Abs 7 AFG "mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit" vorzunehmen. Das überwiegende Ausüben einer höherentlohnenden Beschäftigung ist damit nicht nur Voraussetzung einer im Gesetz nicht vorgeprägten Billigkeitsprüfung, sondern zugleich Maßstab dieser Prüfung. Daher dürfen zB in die Billigkeitsprüfung nicht andere Zeiträume als der im Gesetz genannte Dreijahreszeitraum einbezogen werden. Nach dem Gesetz ist Bezugspunkt der Billigkeitsprüfung allein die im Dreijahreszeitraum überwiegend ausgeübte Tätigkeit. Das Gesetz verlangt nicht, daß diese für den Lebensstandard prägend war. Eine solche Voraus-



setzung wäre nur sinnvoll, wenn nach der Rechtsfolge der Vorschrift das höhere Entgelt der Alg-Bemessung zugrunde zu legen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach der Rechtsfolge der Vorschrift ist vielmehr von dem (fiktiv) erzielbaren Entgelt auszugehen. Hierfür genügt es nach dem Sinnzusammenhang, daß im Hinblick auf das überwiegend erzielte Entgelt das im Bemessungszeitraum erzielte Entgelt nicht als aussagekräftig angesehen werden kann. Soweit den Ausführungen des LSG zur tatsächlich ausgeübten Arbeit und zur Vollzeitbeschäftigung als eigentliche Tätigkeit eine abweichende Auffassung zu entnehmen ist, kann der Senat dem nicht folgen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung erfordert die Härteprüfung einen Vergleich des nach den Absätzen 2 bis 6 maßgebenden Bemessungsentgelts mit dem Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose aus der überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielt hat (so schon BSGE 45, 49, 54 = SozR 4100 § 112 Nr 6, bestätigt in BSGE 53, 186, 191 = SozR aaO Nr 20; BSG SozR aaO Nr 19; BSGE 62, 43, 48 = SozR aaO Nr 31), was die Berücksichtigung des Zeitverhältnisses der Tätigkeiten im Dreijahreszeitraum einschließt (BSG SozR aaO Nr 35 auf S 165). Nach den Feststellungen des LSG betrug das Entgelt monatlich im Bemessungszeitraum 1.487,-- DM, in der im Dreijahreszeitraum überwiegend ausgeübten Beschäftigung monatlich 2.782,-- DM, so daß der Unterschied etwa 87 vH des im Bemessungszeitraum erzielten Entgelts beträgt. Bei einem so großen Gehaltsunterschied ist die Zugrundelegung des im Bemessungszeitraum erzielten Entgelts unbillig, ohne daß es auf das Zeitverhältnis zwischen der höherentlohten und der tieferentlohten Beschäftigung ankäme.

Das LSG hat bei der Billigkeitsprüfung zu Unrecht zum Nachteil der Klägerin berücksichtigt, daß das Entgelt für die höher entlohnte Beschäftigung teilweise ohne Arbeitsleistung erzielt wurde. Die Billigkeitsprüfung ist auf die "überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit" in dem Sinne zu beziehen, daß nicht die Arbeitsleistung unabhängig von ihrer Versicherungspflicht, sondern gerade das überwiegend erzielte versicherungspflichtige Entgelt heranzuziehen ist. Zwar kann eine berufliche Tätigkeit außerhalb einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung die Rechtsfolge des § 112 Abs 7 AFG nicht herbeiführen (BSGE 53, 186 = SozR 4100 § 112 Nr 20). Das erlaubt es aber nicht, Fälle der Lohnfortzahlung ohne Arbeitsleistung, etwa an arbeitsunfähig Erkrankte oder an von der Arbeit freigestellte Betriebsratsmitglieder, anders zu behandeln. Eine solche Unterscheidung wäre auch in höchstem Maße unpraktikabel, da aus der Lohnbescheinigung nur die Lohnzahlung als solche hervorgeht. Soweit die Klägerin Mutterschaftsgeld bezogen hat, ist die Gleichstellung mit einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nicht nur als Voraussetzung einer



Billigkeitsprüfung, sondern gerade bei der Billigkeitsprüfung zu beachten. Damit kommt es aus Rechtsgründen auf den Umfang der von der Klägerin tatsächlich ausgeübten Vollzeitarbeit nicht an. Es kann daher dahinstehen, ob die von der Klägerin erhobenen Verfahrensrügen gegen die insoweit vom LSG getroffenen Feststellungen durchgreifen.

Für die Billigkeitsprüfung bleibt ohne Bedeutung, ob der Arbeitslose die Arbeit freiwillig aufgenommen hat und ob die Begrenzung der Arbeitszeit auch seinem Interesse, etwa wegen seiner häuslichen Belastung, entsprochen hat. Wenn sich der Arbeitslose, um der Versichertengemeinschaft nicht zur Last zu fallen, vorübergehend mit einer Halbtagsbeschäftigung begnügt, so wäre es vielmehr in besonderem Maße unbillig, wenn dies bei einer anschließenden Arbeitslosigkeit den Anspruch auf Alg erheblich mindern würde. Auch wäre es sinnwidrig, wenn ein Arbeitnehmer, dem vor Beendigung seines Arbeitsverhältnisses von der BA eine Anschlußarbeit in Teilzeit angeboten wird, diese als unzumutbar ablehnen dürfte, weil im Falle anschließender Arbeitslosigkeit dann nur ein unzureichendes Alg zu erwarten wäre.

Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob es bei der Billigkeitsprüfung zum Nachteil der Klägerin zu berücksichtigen wäre, wenn diese die minderentlohnte Tätigkeit in dem Sinne freiwillig aufgenommen hätte, daß sie sich beim gleichzeitigen Angebot einer Vollzeitarbeit und einer Halbzeitarbeit für die Halbzeitarbeit entschieden hätte. Denn ein solcher Sachverhalt ist weder vom LSG festgestellt noch von der Beklagten behauptet. Die Klägerin war vielmehr nach der vom LSG eingeholten Arbeitgeberauskunft nach dem Ende ihres Mutterschaftsurlaubes (25. November 1982) bis zum 20. August 1984 bestrebt, eine Vollzeitbeschäftigung auszuüben.

Daher war das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz.

