

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 102/94

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1995 durch die Vorsitzende Richterin Dr. W o l f f, die Richter Dr. H e n k e und H u s m a n n sowie den ehrenamtlichen Richter H ö c h s t und die ehrenamtliche Richterin O b i j o u für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Thüringer Landessozialgerichts vom 31. August 1994 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Zwischen den Beteiligten ist streitig, in welcher Höhe die Beklagte der Klägerin für die Zeit vom 27. August 1992 bis 14. Juli 1994 Unterhaltsgeld (Uhg) zu zahlen hat.

Die Klägerin war vom 3. September 1984 bis 26. August 1992 bei der Stadtverwaltung S als Erzieherin beschäftigt, davon die letzten elf Monate im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM). Vom 1. Mai 1991 bis 19. August 1992 arbeitete sie zusätzlich kurzzeitig als Einlegerin in einem Druckerei- und Verlagsbetrieb. Aufgrund ihrer Heirat wurde zum 6. Juni 1992 die bisherige Lohnsteuerklasse II in IV umgeändert. Ein weiterer Steuerklassenwechsel fand nicht statt.

Am 25. August 1992 beantragte die Klägerin bei der Beklagten, ihre Teilnahme an einer Umschulung zur Arzthelferin in der Zeit vom 27. August 1992 bis 14. Juli 1994 zu fördern. Mit Bescheid vom 15. Januar 1993 bewilligte die Beklagte der Klägerin ab 27. August 1992 Uhg in Höhe von wöchentlich 279,60 DM. Der Leistungsberechnung lagen ein wöchentliches Bruttoarbeitsentgelt von 560,00 DM, die Leistungsgruppe A und eine Lohnersatzquote von 73 vH zugrunde. Basis der Berechnung war die Arbeitsbescheinigung der Stadtverwaltung S vom 7. Dezember 1992. Danach hatte die Klägerin in den Monaten Mai bis Juli 1992 ein monatliches Bruttogehalt von jeweils 2.436,42 DM und im August anteilig von 2.043,34 DM erzielt. Ab 1. Januar 1993 erhöhte sich das wöchentliche Uhg auf 281,40 DM (Bescheid vom 18. Januar 1993).

Mit ihrem Widerspruch gegen den Bescheid vom 15. Januar 1993 machte die Klägerin geltend, daß ihr ein wesentlich höheres Arbeitsentgelt zugestanden habe. Dieses klagte sie zur Zeit ein. Der Widerspruch hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 15. April 1993).

Bereits ab 27. Februar 1993 hatte die Beklagte das Bemessungsentgelt auf 610,00 DM dynamisiert und Uhg in Höhe von wöchentlich 301,80 DM gewährt (Bescheid vom 5. März 1993). Ab 27. August 1993 wurde der Klägerin Uhg in Höhe von wöchentlich 336,00 DM auf der Basis eines dynamisierten Bemessungsentgelts von 700,00 DM bewilligt (Bescheid vom 3. September 1993).

Zur Begründung ihrer Klage machte die Klägerin geltend, ihre Arbeitgeberin habe sie zu Unrecht in die Gehaltsgruppe VIb BAT-O eingruppiert. Sie sei in der Gruppe Vc zu entlohnen gewesen. Wegen der unrichtigen Eingruppierung sei ein Schlichtungsverfahren vor der Eingruppierungskommission anhängig.



Das Sozialgericht (SG) hat die Klage mit der Begründung als unzulässig abgewiesen, die Klägerin sei gegenwärtig wegen des noch anhängigen Schlichtungsverfahrens durch die angefochtenen Bescheide nicht beschwert (Urteil vom 30. November 1993). Noch vor Einlegung der Berufung hatte die Beklagte mit Bescheid vom 7. Januar 1994 den Leistungssatz als Folge einer gesetzlichen Änderung ab 1. Januar 1994 auf 307,80 DM herabgesetzt (Herabstufung der Lohnersatzquote von 73 vH auf 68 vH). Der hiergegen erhobene Widerspruch hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 3. März 1994).

Zur Begründung ihrer Berufung legte die Klägerin eine Kopie der Niederschrift über die Sitzung des Arbeitsgerichts S vom 22. März 1994 vor. Danach hatten sich die Parteien dahingehend verglichen, daß die Klägerin in dem Zeitraum vom 1. Dezember 1991 bis 31. August 1992 nach der Vergütungsgruppe Vc BAT-O eingruppiert und der sich daraus ergebende Nettobetrag nachgezahlt werde.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und ihre Klage auf Aufhebung des Bescheides vom 7. Januar 1994 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1994 abgewiesen (Urteil vom 31. August 1994). Zur Begründung ist ausgeführt worden, das SG habe die Klage zu Unrecht als unzulässig abgewiesen. Diese sei jedoch nicht begründet. Der Klägerin stehe kein höheres Uhg zu, als von der Beklagten bewilligt worden sei. Der Bemessungszeitraum umfasse die Zeit vom 1. Juni bis 26. August 1992, also drei abgerechnete Lohnabrechnungszeiträume, die vollständig in die Zeit vom 27. Mai bis 26. August 1992 fielen. Sie enthielten insgesamt 61 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt. Die Arbeitgeberin habe in der Zeit vom 1. Juni bis 31. Juli 1992 bei einer 40-Stunden-Woche jeweils ein monatliches Bruttoentgelt von 2.436,42 DM in 173,3 Stunden und vom 1. bis 26. August 1992 ein anteiliges Bruttoentgelt von 2.043,34 DM in 150,22 Stunden abgerechnet und gezahlt. Daraus habe die Beklagte zutreffend ein gerundetes wöchentliches Bemessungsentgelt von 560,00 DM errechnet. Das Entgelt aus der weiteren Beschäftigung als Einlegerin bleibe außer Betracht, weil es sich um eine kurzzeitige und daher nicht beitragspflichtige Beschäftigung gehandelt habe. Unerheblich sei, daß der Klägerin nach dem arbeitsgerichtlichen Vergleich noch weiteres Arbeitsentgelt für den Bemessungszeitraum zugestanden habe. Die Vereinbarung sei nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis getroffen worden und müsse nach der ständigen Rechtsprechung des 7. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) unberücksichtigt bleiben. Die mit Bescheid vom 7. Januar 1994 erfolgte Leistungskürzung beruhe auf einer Änderung durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 2353). Diese Änderung sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 112 Abs 1 und 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) iVm § 44 Abs 2 Satz 1 AFG sowie einen Verstoß des § 242q Abs 2 Satz 1 und 2 AFG gegen Art 14 Abs 1 Grundgesetz (GG). Das von ihr erarbeitete



zusätzliche Arbeitsentgelt, das ihr wegen der unrichtigen Eingruppierung zunächst vorenthalten worden sei, sei bei der Berechnung des Uhg ab 27. August 1992 zu berücksichtigen. Die gegenteilige Rechtsprechung des BSG, auf die sich das LSG gestützt habe, sei nicht haltbar. Die Leistungskürzung durch das 1. SKWPG verletze Art 14 GG.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben, die Bescheide der Beklagten vom 15. und 18. Januar 1993 und 5. März 1993 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. April 1993, den weiteren Bescheid vom 3. September 1993 sowie den Bescheid vom 7. Januar 1994 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. März 1994 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihr Unterhaltsgeld in wöchentlicher Höhe von 287,40 DM ab 27. August 1992, von 310,20 DM ab 27. Februar 1993 und von 343,20 DM ab 27. August 1993 bis 14. Juli 1994 abzüglich bereits erbrachter Leistungen zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil des LSG für zutreffend.

II

Die Revision der Klägerin ist iS der Zurückverweisung begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>).

Ob die Klägerin Anspruch auf höheres Uhg für die Zeit vom 27. August 1992 bis 14. Juli 1994 hat, läßt sich wegen fehlender Feststellungen des LSG nicht abschließend entscheiden.

A

Für die Zeit vom 27. August 1992 bis 31. Dezember 1993 betrug das Uhg gemäß § 44 Abs 2 Satz 1 Nr 1 AFG (idF, die § 44 durch das Schwangeren- und Familienhilfegesetz vom 27. Juli 1992 - BGBl I 1398 - erhalten hat) für einen Teilnehmer, der ua die Voraussetzungen des § 111 Abs 1 Nr 1 AFG (idF, die § 111 durch das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen vom 20. Dezember 1988 - BGBl I 2477 - erhalten hat) erfüllte, 73 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts iS des § 112 AFG (idF des Gesetzes vom 23. September 1990 zum Einigungsvertrag vom 31. August 1990 und der Vereinbarung



vom 18. September 1990 - BGBl II 885), für die übrigen Teilnehmer nach Nr 2 jener Norm 65 vH. Gemäß § 44 Abs 2c AFG werden die Leistungssätze nach Abs 2 jeweils für ein Kalenderjahr durch Rechtsverordnung (sog AFG-LeistungsVO) bestimmt. § 111 Abs 2 Satz 2 bis 6 AFG gilt entsprechend.

Die Höhe des Uhg wird für den Anwender der AFG-LeistungsVO somit durch drei Kriterien beeinflusst: durch die Lohnsteuerklasse, die für die Zuordnung zu einer Leistungsgruppe maßgebend ist (§ 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 AFG), durch den Familienstatus, der den Leistungssatz in Gestalt eines bestimmten Prozentsatzes des um die gewöhnlich anfallenden gesetzlichen Abzüge verminderten Bruttoarbeitsentgelt iS des § 112 AFG bestimmt (§ 44 Abs 2 Satz 1 AFG) und durch eben jenes Bruttoarbeitsentgelt, das als durchschnittlich erzielter wöchentlicher Arbeitsentgelt innerhalb eines Bemessungszeitraumes zu ermitteln ist (§ 112 AFG).

Nach den Feststellungen des LSG hatte die Klägerin seit dem 6. Juni 1992 unverändert die Lohnsteuerklasse IV. Sie war damit für die gesamte Zeit des Leistungsbezuges der Leistungsgruppe A zuzuordnen (§§ 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst a, 113 Abs 1 Satz 2 AFG); ein Fall des § 113 Abs 2 AFG liegt nicht vor (vgl BSG SozR 4100 § 113 Nr 2). Die Bewilligung des Uhg erfolgte nach einer Nettolohnersatzquote von 73 vH. Ob insoweit die Voraussetzungen des § 44 Abs 2 Satz 1 Nr 1 AFG vorgelegen haben, ob also die Klägerin zB ein Kind iS des § 111 Abs 1 Nr 1 AFG iVm § 32 Abs 1, 4 oder 5 Einkommensteuergesetz (EStG) gehabt hat, hat das LSG nicht festgestellt.

Ebenso läßt sich nicht abschließend beantworten, welches Bemessungsentgelt bei der Berechnung zugrunde zu legen ist. Zu berücksichtigen ist dasjenige Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Woche erzielt hat (§ 112 Abs 1 Satz 1 AFG). Der Bemessungszeitraum umfaßt die beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume der letzten drei Monate der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungen vor der Entstehung des Anspruchs, in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat (§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1993 geltenden Fassung durch das 8. AFG-ÄndG vom 14. Dezember 1987 - BGBl 2602). Enthalten die Lohnabrechnungszeiträume weniger als 60 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt, verlängert sich der Bemessungszeitraum um weitere Abrechnungszeiträume, bis 60 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt erreicht sind (§ 112 Abs 2 Satz 3 AFG). Aus dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt ist dann nach der Berechnungsweise des § 112 Abs 3 AFG das durchschnittliche wöchentliche Arbeitsentgelt zu ermitteln. Dies erfolgt in der Weise, daß das im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt (Lohnfaktor) mit der Zahl der Arbeitsstunden vervielfacht wird, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (Zeitfaktor). Arbeitsentgelt, das nach Monaten bemessen ist, gilt als in der Zahl von



Arbeitsstunden erzielt, die sich ergibt, wenn die Zahl der vereinbarten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden mit 13 vervielfacht und durch drei geteilt wird.

Die Bestimmung des Bemessungsentgelts erfordert mithin zunächst als Zwischenschritt die Festlegung des Bemessungszeitraums (vgl BSG SozR 3-4100 § 112 Nr 2 mwN). Dieser Zeitraum ist anhand der überhaupt beim Ausscheiden abgerechneten und zugeflossenen Arbeitsentgelte zu ermitteln. Hierbei ist und bleibt - abweichend von der Bestimmung des Bemessungsentgelts nach § 112 Abs 1 AFG (vgl dazu unten) - das sog strenge Zuflußprinzip maßgebend. Das ergibt sich nicht aus dem Wortlaut, sondern aus Entstehungsgeschichte und Zweck dieser Norm.

Der Begriff "erzielt" ist mehrdeutig. Von seiner sprachlichen Bedeutung her umfaßt er die Elemente des Verdienens (Erarbeitens) und des Zufließens, ohne jedoch eine Aussage zuzulassen, zu welchem Zeitpunkt das Zufließen erfolgt sein muß. Bereits aus der Entstehungsgeschichte des § 112 Abs 3 Satz 1 AFG ergibt sich aber, daß hier nur das im Bemessungszeitraum - spätestens bis zum Ausscheiden - zugeflossene Arbeitsentgelt gemeint sein kann.

Bis zum 31. Dezember 1987 stellte die in § 112 Abs 3 Satz 1 AFG aF getroffene Regelung zur Festlegung des Bemessungszeitraums nur auf das Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis und auf die bis dahin abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume ab, nicht aber auf ein erzielter Arbeitsentgelt. Dies konnte bis Ende 1987 zur Folge haben, daß abgerechnete Lohnabrechnungszeiträume in den Bemessungszeitraum einzubeziehen waren, in denen kein Arbeitsentgelt erzielt wurde, weil das abgerechnete Arbeitsentgelt - zB wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers - nicht zur Auszahlung kam, sich also auf 0,- DM belief (vgl hierzu BSGE 64, 179, 181 = SozR 4100 § 112 Nr 43).

Eine solche Rechtsfolge schließt die zum 1. Januar 1988 in Kraft getretene Gesetzesänderung aus. Das 8. AFG-ÄndG hat nicht nur den bisherigen Abs 3 Satz 1 des § 112 AFG in Abs 2 Satz 1 geändert, sondern zugleich ua folgenden Nebensatz angefügt: "... in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat". Dieser Ergänzung kommt nur dann eine substantielle Bedeutung zu, wenn "erzielt" iS von tatsächlich zugeflossen verstanden wird. Nur so wird in Abweichung vom bisherigen Rechtszustand die Einbeziehung von abgerechneten Lohnabrechnungszeiträumen mit einem Arbeitsentgelt von 0,- DM vermieden.

Die Maßgeblichkeit des strengen Zuflußprinzips bei der Festsetzung des Bemessungszeitraums entspricht auch dem Normzweck. Die existenzsichernde Natur des Arbeitslosengeldes (Alg) erfordert eine beschleunigte Feststellung der Leistung und eine rasche Auszahlung. Dies zwingt zu einfachen Maßstäben bei der Leistungsberechnung



(BVerfGE 63, 255, 262 = SozR 4100 § 111 Nr 6). Welcher Lohn bis zum Ausscheiden abgerechnet und zugeflossen ist, kann die Beklagte anhand der Arbeitsbescheinigung des Arbeitgebers - ggf durch Nachfrage - relativ leicht feststellen und damit auch den Bemessungszeitraum festlegen. Der im Bemessungszeitraum bzw bis zum Ausscheiden abgerechnete und zugeflossene Lohn entspricht im Regelfall zugleich dem "erzielten" Lohn iS des Abs 1 Satz 1 des § 112 AFG. Unabhängig davon, ob und inwieweit das Ergebnis von Lohnstreitigkeiten zu nachträglichen Korrekturen zwingt (vgl dazu unten), garantiert das strenge Zuflußprinzip im Rahmen des Abs 2 Satz 1 die gebotene rasche Berechnung und Auszahlung und entspricht insoweit auch Erfordernissen der Verwaltungspraktikabilität.

Maßgeblicher Endzeitpunkt für die Festlegung des Dreimonatszeitraums des § 112 Abs 2 Satz 1 AFG ist hier der 26. August 1992. Insoweit kann offenbleiben, an welchen Tatbestand dieser Zeitpunkt anknüpft (Ende des Arbeitsverhältnisses oder des Beschäftigungsverhältnisses, Ende der beitragspflichtigen Beschäftigung oder Ende des letzten abgerechneten Lohnabrechnungszeitraums). Im vorliegenden Fall fallen alle möglichen Anknüpfungspunkte zeitlich zusammen (Ablauf des 26. August 1992). Da sich der Dreimonatszeitraum nach Zeit-, nicht aber Kalendermonaten bestimmt (BSG, Urteil vom 9. Februar 1995 - 7 RAr 2/94 -, zur Veröffentlichung vorgesehen; Gagel, Komm z AFG, Stand Dezember 1994, § 112 Rzn 44 ff), umfaßt dieser hier die Zeit vom 27. Mai bis 26. August 1992.

Ob das LSG zu Recht davon ausgegangen ist, der Bemessungszeitraum umfasse die Zeit vom 1. Juni bis 26. August 1992 (dh drei abgerechnete Lohnabrechnungszeiträume, die vollständig in den Dreimonatszeitraum fielen und insgesamt 61 Tage mit gezahltem Arbeitsentgelt enthielten), mag bezweifelt werden. Denn innerhalb des vorgenannten Dreimonatszeitraums war auch das Arbeitsentgelt für den Monat Mai abgerechnet und erzielt, so daß der Bemessungszeitraum - unter Einbeziehung dieses vollen Monats - bereits am 1. Mai 1992 begonnen haben kann (vgl BSG SozR 3-4100 § 111 Nr 3, S 14). Doch braucht der Senat dem hier nicht nachzugehen. Ebenso kann offenbleiben, ob es richtig ist, wenn für den Lohnabrechnungszeitraum August 1992 einerseits das anteilige Arbeitsentgelt unter Zugrundelegung von 31 Monatstagen, andererseits die anteilige Stundenzahl nach 30 Tagen errechnet worden ist (vgl insoweit zur Ermittlung des täglichen Arbeitsentgelts: BSG SozR 4100 § 117 Nr 2, S 22). Denn es ist nicht auszuschließen, daß das LSG ohnehin eine erneute Berechnung des Bemessungsentgelts unter Berücksichtigung von weiterem Arbeitsentgelt vornehmen muß.

Entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten kann die nachträglich im arbeitsgerichtlichen Vergleich vom 22. März 1994 vereinbarte Höhergruppierung zu einem höheren Bemessungsentgelt iS von § 112 Abs 1 Satz 1 AFG und damit zu einem höheren Uhg führen. Der 7. Senat modifiziert insoweit seine bisherige Rechtsprechung zum reinen



Zuflußprinzip. Auch nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers zugeflossenes Arbeitsentgelt ist zu berücksichtigen, soweit es sich um eine nachträgliche Vertragserfüllung handelt.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats wurde nur dasjenige Arbeitsentgelt iS des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG als "erzielt" angesehen, das der Arbeitnehmer bis zum Tage seines Ausscheidens tatsächlich "in die Hand" bekommen hat bzw das zumindest in der Weise bereits abgerechnet worden ist, daß es nur noch des technischen Überweisungsvorganges bedurfte, damit er darüber verfügen konnte (sog reine Zuflußtheorie: vgl zuletzt Urteile des Senats vom 18. April 1991 - 7 RAr 52/90 -, SozR 3-4100 § 112 Nr 10 und 23. Juli 1992 - 7 RAr 2/92 -, NZA 1993, 621). Diese Rechtsprechung ist zu erweitern.

Hierbei folgt der Senat allerdings nicht der sog Anspruchstheorie, nach der dasjenige Arbeitsentgelt als erzielt anzusehen ist, das der Arbeitslose rechtlich für den Bemessungszeitraum zu beanspruchen hat. Auch hält er die sog modifizierte Zuflußtheorie nicht für überzeugend, wonach der über das Arbeitsentgelt iS der reinen Zuflußtheorie hinausgehende Lohnanspruch dann berücksichtigt werden soll, wenn er vor dem Ende der Beschäftigung geltend gemacht und eingeklagt worden ist (erörtert im Urteil des 11. Senats vom 9. August 1990 - 11 RAr 47/89 -, AuB 1992, 58 und im Urteil des 7. Senats vom 16. März 1983 - 7 RAr 25/82 -, DBIR Nr 2847 zu § 112 AFG; ablehnend das Urteil des 7. Senats vom 18. April 1991, aaO). Der Senat folgt auch nicht der Auffassung des 11. Senats in den Beschlüssen vom 2. Februar 1995 (11 RAr 21/94, 11 RAr 51/94 und 11 RAr 1/94), nach der eine Nachzahlung die Rechtsfolge des § 112 Abs 7 AFG auslösen kann. Diese Rechtsauffassung zwingt nicht nur zu Ermittlungen mit erheblichem Verwaltungsaufwand, sondern kann zu "neuen Ungerechtigkeiten" führen, zB bei einer vorhergehenden unter- oder übertariflichen Lohnvereinbarung.

Der Senat vertritt nunmehr einen vermittelnden Standpunkt (kombinierte Anspruchs- und Zuflußtheorie), der eine Korrektur vertragswidriger Lohnabrechnungen auf der Grundlage des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG ermöglicht. Hierbei hat er auch die im Schrifttum an seiner bisherigen Rechtsprechung geäußerte Kritik berücksichtigt (Gagel, aaO, § 112 Rzn 108 ff; Gagel/Müller, NZA 1993, 577, 578 f; Heuer in Hennig/Kühl/Heuer/Henke, Komm z AFG, Stand Februar 1995, § 112 Rz 9; Faupel, SozSich 1992, 314 f; Valgolio, NZS 1993, 16, 17 ff; Pitschas, <Anm z Urteil des Senats vom 23. November 1988> SGB 1990, 204, 208 ff; Wissing in Knigge/Ketelsen/Marschall/Wissing, Komm z AFG, 3. Aufl, 1993, § 112 Anm 14; ders, SGB 1995, 181; zum Krankengeld: Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Bd II, S 394c, d, mwN; KK-Spitzenverbände, DOK 1979, 952 und DOK 1973, 572, 573 f). Für die modifizierte Senatsauffassung sind folgende Erwägungen ausschlaggebend:



Maßgebend sind vornehmlich verfassungsrechtliche Gesichtspunkte iVm dem Normzweck des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG, die bisher nicht ausreichend berücksichtigt worden sind. Außerdem trägt die modifizierte Zuflußtheorie auch den seit 1986 eingetretenen sachlichen und rechtlichen Änderungen besser Rechnung.

§ 112 Abs 1 Satz 1 AFG muß im Lichte des Art 3 Abs 1 GG dahin ausgelegt werden, daß als "erzielt" iS dieser Regelung auch diejenigen Teile des Arbeitsentgelts zu berücksichtigen sind, die dem Arbeitnehmer nach dem Ausscheiden infolge nachträglicher Vertragserfüllung für den Bemessungszeitraum zugeflossen sind. Denn Arbeitslose, denen Teile des Arbeitsentgelts zunächst rechtswidrig vorenthalten, aber später nachgezahlt worden sind, dürfen bei der Leistungsbemessung nicht schlechter dastehen als diejenigen, deren Arbeitsentgelt rechtzeitig und vollständig ausgezahlt worden ist.

Wie das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zur Behandlung von Einmalzahlungen in der Arbeitslosenversicherung entschieden hat, verstoßen Äquivalenzabweichungen bei Versichertengruppen mit gleicher Beitragsleistung gegen Art 3 Abs 1 GG, wenn dafür ein hinreichender sachlicher Grund nicht ersichtlich ist (Beschuß vom 11. Januar 1995 - 1 BvR 892/88 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Das ist auch der Fall, wenn - wie hier - zwei Versichertengruppen mit gleicher Beitragsleistung leistungsrechtlich nur deshalb unterschiedlich behandelt werden, weil bei der einen Gruppe Lohnanteile verspätet, dh erst nach dem Ausscheiden, ausgezahlt werden. Die nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers infolge nachträglicher Vertragserfüllung gezahlten Lohnbestandteile unterliegen in gleichem Umfang der Beitragspflicht wie der bis zum Ausscheiden gezahlte Lohn. Bleiben derartige Nachzahlungen im Leistungsrecht unberücksichtigt, werden diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber sich objektiv vertragswidrig verhält, bei gleicher Beitragsleistung leistungsrechtlich gegenüber Arbeitnehmern benachteiligt, deren Lohnanspruch korrekt abgerechnet und bis zum Ausscheiden ausgezahlt worden ist. Hierfür läßt sich, auch unter dem Aspekt der Verwaltungspraktikabilität und dem Gebot einer Leistungsberechnung nach möglichst einfachen Maßstäben, kein hinreichender sachlicher Grund anführen, zumal der Arbeitslose insoweit keinen unmittelbaren Einfluß auf die rechtzeitige und vollständige Auszahlung des geschuldeten Lohns nehmen kann. Auch die vom Gesetz bezweckte beschleunigte Feststellung des zu gewährenden Alg bietet insoweit keinen hinreichenden sachlichen Grund; denn das Interesse an rascher Leistungsfeststellung besteht bei Sozialleistungen allgemein (§ 17 Abs 1 Nr 1 SGB I). Ein Korrekturverbot läßt sich weder hieraus noch allgemein aus der Lohnersatzfunktion des Alg (gleiches gilt für das hier relevante Uhg) herleiten. Im Hinblick auf diese Lohnersatzfunktion ist es sachgerecht, bei der Bemessung der Leistung grundsätzlich an den Nettolohn anzuknüpfen, den der Arbeitslose zuletzt vor Eintritt der Arbeitslosigkeit bezogen hat; insoweit kann unterstellt werden, daß er in der Lage ist, auch weiterhin nach



seinen Kenntnissen und Fähigkeiten einen entsprechenden Verdienst zu erzielen (BVerfGE 63, 255, 262 = SozR 4100 § 111 Nr 6). Dabei liegt das Schwergewicht, wie in den Gesetzesmaterialien zum 8. AFG-ÄndG betont worden ist, auf dem zuletzt "verdienten" Entgelt: Der Bemessung liegt der Gedanke zugrunde, daß der Arbeitslose das zuletzt verdiente durchschnittliche Arbeitsentgelt in der Regel auch in Zukunft verdienen könne (vgl BT-Drucks 11/800 S 20 f). Dann aber ist es im Blick auf Art 3 Abs 1 GG sachgerecht, im Rahmen des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG auf das insgesamt für den Bemessungszeitraum zugeflossene Arbeitsentgelt abzustellen, das aus dem schon im Bemessungszeitraum bestehenden Rechtsanspruch resultiert. Hingegen ist es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht geboten, bei der Leistungsbemessung auch diejenigen Entgeltteile zu berücksichtigen, die erst aufgrund rückwirkender Vertragsänderung nachgezahlt werden; insoweit fordert der allgemeine Gleichheitssatz keine Modifizierung der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl schon BSGE 12, 55 = SozR Nr 2 zu § 90 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung <AVAVG>), an der ausdrücklich festgehalten wird (vgl die Entscheidung vom selben Tag - 7 RA 20/94 -, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Durch die aufgezeigte Modifizierung des Zuflußprinzips wird zugleich den seit 1986 eingetretenen tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen effektiver Rechnung getragen, die in der bisherigen Rechtsprechung des Senats noch nicht berücksichtigt werden konnten (sie betraf Sachverhalte aus früheren Zeiträumen). Bei einem Festhalten am strengen Zuflußprinzip ergäben sich für Arbeitslose erheblich stärkere Benachteiligungen.

In tatsächlicher Hinsicht ist eine Änderung dadurch eingetreten, daß sich, insbesondere in den neuen Bundesländern, Fälle untertariflicher Entlohnung oder fehlerhafter Eingruppierung mit späterer Nachzahlung von Arbeitsentgelt aufgrund eines vom Arbeitnehmer angestregten Arbeitsgerichtsverfahrens gehäuft haben (Faupel, SozSich 1992, 314).

In rechtlicher Hinsicht haben sich die negativen Auswirkungen von Lohnverkürzungen gleichfalls verschärft. Dies gilt zwar nicht in vollem Umfang für das hier in Rede stehende Uhg, wirkt sich aber in besonderem Maße auf das Alg und andere Lohnersatzleistungen aus und ist insoweit bei einer Auslegung des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG zu beachten.

Durch das Gesetz zur Verlängerung des Versicherungsschutzes bei Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit vom 27. Juni 1987 (BGBl I 1542) wurde die "Grunddauer" des Alg-Anspruchs von bisher 104 Tagen (= vier Monate) auf 156 Tage (= sechs Monate) erhöht. Des weiteren räumt das Gesetz Arbeitslosen ab dem 42. Lebensjahr nach Maßgabe ihrer Beschäftigungsdauer innerhalb einer auf sieben Jahre erweiterten Rahmenfrist längerwährende Ansprüche ein (vgl § 106 Abs 1 Satz 3 AFG). Die maximale



Anspruchsdauer bei vollendetem 54. Lebensjahr beträgt 832 Tage (= 32 Monate). Gemäß § 249e Abs 3 Nr 1 AFG beträgt das zum 3. Oktober 1990 eingeführte Altersübergangsgeld (Alüg) im Höchstfall 1.560 Tage (= fünf Jahre). Aufgrund der Verweisung auf § 112 AFG in § 249e Abs 3 Nr 2 AFG wirken sich Lohnverkürzungen bei dieser Leistungsart somit über einen erheblichen Zeitraum nachteilig für den Arbeitslosen aus. Hinzu kommen Benachteiligungen in der gesetzlichen Rentenversicherung. Seit dem 1. Januar 1992 sind Bezieher von Alg/Uhg nicht nur versicherungspflichtig (§ 3 Satz 1 Nr 3 Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung - <SGB VI>), sondern die Bezugszeiten sind als Beitragszeiten zu werten, wobei die Höhe der Beiträge und die Anrechnung der Entgeltpunkte von der Höhe der Lohnersatzleistung bzw - ab 1. April 1995 - von der Höhe des der Leistung zugrundeliegenden Arbeitsentgelts (80 vH) abhängig ist (vgl §§ 66 Abs 1 Nr 1, 70 Abs 1, 161 Abs 1, 166 Abs 1 Nr 2 und 276 Abs 1 SGB VI; zum Übergangsrecht vgl § 252 Abs 2 SGB VI).

Von beachtlichem Gewicht ist auch, daß der Gesetzgeber die sich aus dem zunächst sehr kurzen Bemessungszeitraum ergebenden Mißbrauchsmöglichkeiten, denen die bisherige Rechtsprechung des Senats entgegenwirken sollte, eingeschränkt hat. Mit Wirkung zum 1. Januar 1986 wurde die Mindestzahl der Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt von 20 auf 60 erhöht (§ 112 Abs 3 Satz 1 AFG idF des 7. AFG-ÄndG). Wie dargelegt umfaßte der Bemessungszeitraum ab 1. Januar 1988 die beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume der letzten drei Monate der beitragspflichtigen Beschäftigung mit mindestens 60 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt; im Falle einer außergewöhnlichen Entgeltsteigerung waren die letzten zwölf Monate mit mindestens 240 Tagen mit Arbeitsentgeltanspruch maßgeblich (§ 112 Abs 2 AFG idF des 8. AFG-ÄndG). Seit dem 1. Januar 1994 beträgt der Bemessungszeitraum sechs Monate mit einer Mindestzahl von 100 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt (vgl § 112 Abs 2 AFG idF durch das 1. SKWPG). Dies schließt auch nach Auffassung des Gesetzgebers Manipulationen durch kurzfristige Entgelterhöhungen praktisch aus (vgl BR-Drucks 502/93, S 69 und 96 f).

Demgegenüber bieten weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte und der systematische Zusammenhang der Regelung mit anderen Vorschriften hinreichend sichere Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber den Begriff "erzielt" in § 112 Abs 1 Satz 1 AFG in einem engeren, die nachträgliche Vertragserfüllung ausschließenden Sinne verstanden wissen wollte. Der Begriff selbst schließt jedenfalls nicht zwingend eine Korrektur vertragswidriger Lohnabrechnungen aus.

Offenbleiben kann, ob der erkennende Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung, deren Schwerpunkt auf der Verhinderung von Manipulationen lag, der rechtsgeschichtlichen Entwicklung hinreichend Rechnung getragen hat. Während die bis 1983 ergangenen Entscheidungen keine Hinweise darauf enthalten, daß mit der Anknüpfung an das vor



Eintritt der Arbeitslosigkeit erzielte Entgelt Nachzahlungen als Folge einer verspäteten Vertragserfüllung nicht berücksichtigungsfähig seien, ist erstmals mit Urteil vom 16. März 1983 - 7 RAR 25/82 - (SozSich 1983, 299 = AuB 1984, 92 = DBIR Nr 2847 zu § 112 AFG) ausdrücklich betont worden, daß es allein auf das bis zum Tage des Ausscheidens ohne Versehen oder Rechenfehler abgerechnete und zugeflossene Entgelt ankomme. Demgegenüber sind in Rechtsprechung und Literatur zu vergleichbaren Regelungen im AVAVG gegenteilige Auffassungen vertreten worden.

So hatte das Reichsversicherungsamt (RVA) zu § 105 Abs 2 AVAVG idF vom 16. Juli 1927 (RGBI I 187), der auf das im Durchschnitt der letzten drei Monate vor Arbeitslosmeldung abstellte, entschieden, daß Nachzahlungen zu berücksichtigen seien, auf die der Arbeitslose während der Beschäftigung einen Anspruch gehabt habe (RVA AN 1929, 187). In der Literatur und von der Beklagten wurde diese Rechtsauffassung weiterhin geteilt, auch nachdem das AVAVG mehrfach geändert worden war (Draeger/Buchwitz/Schönefelder, Komm z AVAVG, 1961, § 90 Rz 4; Krebs, Komm z AVAVG, 1957, § 90 Rz 6; Ziff 7 des Erlasses des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 28. Dezember 1964 <Erlaß 18/65>, abgedruckt bei Fangmeyer/Überall, Komm z AVAVG, 5. Aufl, 1969, S 628 f). Insbesondere lassen auch die Gesetzesmaterialien zum Zweiten Änderungsgesetz zum AVAVG (2. AVAVG-ÄndG) vom 7. Dezember 1959 (BGBl I 705), durch das die auch heute noch geltenden Bemessungsgrundsätze (Ermittlung des Bemessungsentgelts als Produkt von Lohn- und Zeitfaktor) mit Wirkung zum 1. Dezember 1959 eingeführt worden sind, nicht erkennen, daß der Gesetzgeber in Abweichung von der genannten Rechtsprechung des RVA nunmehr die nachträgliche Korrektur falsch abgerechneter Löhne ausschließen wollte (BT-Drucks III/1240 S 13; zum Ausschluß nachträglicher Lohn- bzw Vertragsänderungen vgl BSGE 12, 55, 56 = SozR Nr 2 zu § 90 AVAVG). Der Gesetzgeber des AFG vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582) hat für die Bemessung des Alg ausdrücklich auf das bis dahin geltende Recht (§§ 89, 90 AVAVG) verwiesen und sachliche Änderungen nicht vorgenommen (BT-Drucks V/2291, Begründung zu § 101 des Regierungsentwurfs, S 80 f). Auch die nachfolgenden Gesetzesänderungen bieten zumindest keine eindeutigen Hinweise dafür, daß insoweit eine Änderung eintreten sollte (vgl BT-Drucks 7/2722 S 31 f; BT-Drucks 8/4022 S 90 und BT-Drucks 10/3923 S 23).

Rechtssystematische Gesichtspunkte sind im vorliegenden Zusammenhang ebensowenig aufschlußreich. Soweit der AFG-Gesetzgeber bei anderen Lohnersatzleistungen nicht nur auf § 112 AFG Bezug nimmt, sondern den Begriff des "Erzielens" eigenständig verwendet, setzt er dessen Bedeutung als bekannt voraus und verzichtet - wie in § 112 AFG - auf eine Definition (vgl §§ 59 Abs 1 Satz 2 und Abs 3 Satz 1, 59a Satz 1 Nr 2, 68 Abs 1 Satz 2 Nr 1, Abs 2 Satz 1 Nrn 1 und 2 sowie Abs 5, § 136 Abs 2 Satz 2 AFG).



Auch aus der Neufassung des § 115 AFG durch das Siebte Gesetz zur Änderung des AFG (7. AFG-ÄndG) vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) lassen sich entgegen der bisher vom Senat vertretenen Auffassung (BSG SozR 3-4100 § 112 Nr 10; Urteil vom 23. Juli 1992 - 7 RAr 2/92 -, NZA 1993, 621) keine unmißverständlichen Rückschlüsse auf das Begriffsverständnis in § 112 Abs 1 Satz 1 AFG ziehen. Richtig ist, daß der Gesetzgeber § 115 AFG bezüglich der Frage, wann Arbeitseinkommen iS dieser Norm erzielt wird, unter Vermeidung des Wortes "Erzielen" neu gefaßt hat. Er wollte bei der Anrechnung von Arbeitsentgelt auf das Alg sozialpolitisch unerwünschte Ergebnisse verhindern (BT-Drucks 10/3923 S 23). Doch ist daraus nicht notwendig in einem Umkehrschluß zu folgern, daß nachträgliche Korrekturen unrichtiger Abrechnungen oder Lohnzahlungen im Rahmen des § 112 Abs 1 Satz 1 AFG (damals noch Abs 2 Satz 1) unzulässig sein sollten. Jedenfalls enthalten die Materialien hierzu keinen Hinweis.

Der nunmehr vom Senat eingenommene vermittelnde Standpunkt mutet der Beklagten keine unüblichen arbeitsrechtlichen Prüfungen zu, die sie als Massenverwaltung nicht zu leisten imstande wäre. Wie dargelegt, wird mit der zeitlichen Festlegung des Bemessungsrahmens gemäß § 112 Abs 2 Satz 1 AFG bereits in der weit überwiegenden Zahl der Fälle auch der erzielte Lohn iS von § 112 Abs 1 Satz 1 AFG vollständig erfaßt; denn Lohnstreitigkeiten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen nicht den Regelfall dar. In Fällen, in denen die Lohnhöhe streitig ist, dürfte der abgerechnete und zugeflossene Lohn regelmäßig den wesentlichen Teil des Lohns ausmachen, so daß streitig dann nur ein Restbetrag ist. Ob dieser zu berücksichtigen ist, erfordert zunächst die Feststellung, daß der (Rest-)Betrag dem Arbeitslosen tatsächlich zugeflossen ist, wenn auch erst nach seinem Ausscheiden. Ohne diesen Zufluß kommt dessen Berücksichtigung von vornherein nicht in Betracht. Die Folgen einer Nichterweislichkeit trägt der Arbeitslose.

Erst wenn der nachträgliche Zufluß festgestellt worden ist, ist ggf - in Abgrenzung zu einer rückwirkenden Vertragsänderung, die unbeachtlich wäre - zu prüfen, ob es sich bei der Nachzahlung um eine nachträgliche Vertragserfüllung handelt. Diese Prüfung verlangt nicht zwangsläufig und stets eine volle arbeitsrechtliche Untersuchung. Es geht hierbei nur um die rechtliche Zuordnung des Realaktes der Zahlung zu einer bestehenden Verpflichtung (bzw um eine andere Erfüllungshandlung), zu deren Klärung die Vertragsparteien im Streitfall auch einvernehmliche Regelungen treffen können. Wurde der Arbeitgeber durch kontradiktorisches Urteil des Arbeitsgerichts zur nachträglichen Vertragserfüllung verurteilt, folgt schon hieraus der Charakter der Zahlung auf die titulierte Schuld als nachträgliche Vertragserfüllung. In den übrigen Fällen wird es unter Umständen darauf ankommen, ob die Vertragsparteien davon ausgegangen sind, daß derartige Ansprüche während des Bemessungszeitraums noch nicht bestanden haben oder ob die vergleichsweise zugestandene Nachzahlung einem bereits im



Bemessungszeitraum erworbenen Anspruch entspricht, dieser also zur Klärung von Zweifeln auf der Grundlage des bisherigen Arbeitsvertrages festgelegt werden sollte.

Nach den vom LSG festgestellten Umständen handelt es sich im vorliegenden Fall um eine nachträgliche Vertragserfüllung. Anhaltspunkte, die dagegen sprechen - etwa, daß die Beteiligten etwas anderes gewollt als vereinbart oder zu Lasten der Beklagten manipuliert haben -, sind nicht erkennbar. Das LSG mag dies im Zusammenhang mit den noch weiter zu treffenden Feststellungen, insbesondere zu der Frage, ob der Klägerin das im arbeitsgerichtlichen Vergleich vom 22. März 1994 vereinbarte Arbeitsentgelt tatsächlich zugeflossen ist und ob die Arbeitgeberin insoweit von ihrem Widerrufsvorbehalt keinen Gebrauch gemacht hat, ggf noch überprüfen.

Der Senat weicht nicht von § 41 Abs 2 und 3 SGG von der Rechtsprechung anderer Senate ab. Insbesondere widerspricht das modifizierte Zuflußprinzip nicht der Rechtsprechung des BSG zu den Bemessungsgrundsätzen für das Krankengeld und - kraft entsprechender Verweisung im Rehabilitationsrecht - das Übergangs- und Verletztengeld. Hier ist allerdings - insoweit in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Senats - sowohl auf einen im Bemessungszeitraum erarbeiteten als auch tatsächlich zugeflossenen Regellohn abgestellt worden (vgl zum Krankengeld: BSG SozR 3-2200 § 182 Nr 16; BSGE 52, 102, 105 = SozR 2200 § 182 Nr 75; zum Übergangsgeld <Übg>: BSG SozR 2200 § 1241 Nrn 3, 4, 15, 18, 22 und 30; ferner BSGE 46, 203, 206 ff = SozR 2200 § 1241 Nr 9; zum Verletztengeld: BSGE 42, 163, 168 = SozR 2200 § 561 Nr 3). Die Frage, ob im Bemessungszeitraum falsch ermitteltes Arbeitsentgelt bei der Bemessung zu berücksichtigen ist, ist jedoch bisher für diese Leistungsbereiche nicht entschieden, für den Bereich der Krankenversicherung ausdrücklich offengelassen worden (BSGE 53, 58, 62 = SozR 2200 § 182 Nr 79).

Im Beitragsrecht hatte das BSG nach dem bis zum 1. Juli 1977 geltenden Recht, insbesondere unter dem Einfluß des Steuerrechts, zunächst die strenge Zuflußtheorie entwickelt, an dieser Rechtsprechung jedoch später nicht mehr festgehalten (vgl BSGE 54, 136, 139 f = SozR 2200 § 393 Nr 9; BSGE 59, 183, 189 = SozR 4100 § 168 Nr 19; BSGE 66, 34, 38 ff = SozR 2200 § 385 Nr 22; BSGE 75, 92 = SozR 3-2200 § 385 Nr 5).

Der Senat weicht auch nicht von Entscheidungen des 11. Senats ab, der gleichfalls für den Aufgabenbereich der Bundesanstalt für Arbeit (BA) zuständig ist. Dieser hat im Urteil vom 9. August 1990 - 11 RAr 47/89 - (AuB 1992, 58 f) offengelassen, ob er der Zuflußtheorie folgt oder sich für eine modifizierte Zuflußtheorie oder die Anspruchstheorie entscheiden würde. Er ist erstmals in den Beschlüssen vom 2. Februar 1995 (aaO) der bisherigen Rechtsprechung des erkennenden Senats entgegengetreten. Diese Beschlüsse stellen jedoch keine Entscheidungen dar, von denen nicht ohne Anrufung des



Großen Senats des BSG abgewichen werden dürfte. Entscheidungen iS des § 41 Abs 2 und 3 SGG sind nur verfahrensabschließende Urteile oder Beschlüsse. Um solche handelt es sich bei den Beschlüssen des 11. Senats vom 2. Februar 1995 nicht. Diese sollen vielmehr eine verfahrensabschließende Entscheidung erst vorbereiten.

B

Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist die von der Beklagten mit Wirkung zum 1. Januar 1994 vorgenommene Kürzung der Leistung von 336,- DM auf 307,80 DM (Bescheid vom 7. Januar 1994). Allerdings wird das LSG noch zu prüfen haben, ob der Fall der Klägerin derart gewichtige Besonderheiten aufweist, daß aus verfassungsrechtlicher Sicht eine schonendere Übergangsregelung geboten gewesen wäre.

Die Kürzung stützt sich auf die zum 1. Januar 1994 in Kraft getretene Änderung des § 44 Abs 2 Satz 1 Nr 1 AFG durch Art 1 Nr 27 des 1. SKWPG. Nunmehr beträgt das Uhg für einen Teilnehmer, der die Voraussetzungen des § 111 Abs 1 Nr 1 AFG erfüllt (Arbeitsloser mit Kind iS des Einkommensteuerrechts), statt bisher 73 vH nur noch 67 vH des pauschaliert berechneten Nettoarbeitsentgelts. Eine günstigere Regelung ist allerdings für Teilnehmer geschaffen worden, die - wie die Klägerin - vor dem 1. Januar 1994 in die Maßnahme eingetreten sind und Uhg beantragt haben. Sie erhalten gemäß § 242q Abs 2 Satz 1 AFG Uhg iH von 68 vH des Nettoarbeitsentgelts.

Gemäß § 242q Abs 2 Satz 2 AFG muß die Beklagte über bereits zuerkannte Ansprüche neu entscheiden. Sie hatte somit die im Fall der Klägerin zuletzt mit Bescheid vom 3. September 1993 für die Zeit ab 27. August 1993 festgesetzte Bewilligung abzuändern, und zwar gemäß Satz 3 dieser Vorschrift rückwirkend zum 1. Januar 1994. Diese Norm ist lex specialis gegenüber § 48 Abs 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren (SGB X). Inwieweit sich für die Beklagte eine gleiche Verpflichtung zur rückwirkenden Aufhebung aus § 111 Abs 2 Satz 6 AFG ergibt, kann dahinstehen.

Ob die Klägerin durch die eingetretene Rechtsänderung in ihren Grundrechten verletzt wird, beurteilt sich vorrangig nach Art 14 Abs 1 GG, und zwar auch dann, wenn diese Norm als Bestandteil eines umfassenden verfassungsrechtlichen Schutzkonzeptes, das sowohl die Art 3 Abs 1, 12 Abs 1, 14 Abs 1 und 20 Abs 1 GG umfaßt, angesehen wird (vgl hierzu Gagel, aaO, Vor 100 (E) Rzn 34 ff; Jaeger, SGB 1994, 111, 116). Einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art 14 Abs 1 GG hat das LSG im Grundsatz mit zutreffenden Erwägungen verneint.

Ein verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz ist zwar auch für den Uhg-Anspruch zu bejahen (BVerfGE 76, 220, 235 ff = SozR 4100 § 242b Nr 3); dies macht ihn jedoch nicht "immun gegen Abbaumaßnahmen" des Gesetzgebers (BSG SozR 3-4100 § 116 Nr 2



mwN). Die konkrete Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die der Gesetzgeber gemäß Art 14 Abs 1 Satz 2 GG vorzunehmen hat (ständige Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 53, 257, 292; 58, 81, 109 f; 70, 101, 110; 72, 9, 22; 76, 220, 238). Die sich hieraus ergebende Gestaltungsfreiheit besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Der Gesetzgeber hat insbesondere die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes zu beachten.

Es besteht eine Vergleichbarkeit mit derjenigen Situation, die den Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. Januar 1984 ebenfalls zu Eingriffen in das Leistungsniveau veranlaßt hat. Seinerzeit ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) der Leistungssatz für das erhöhte Uhg von 75 vH auf 70 vH herabgesetzt worden (durch das 7. AFG-ÄndG wieder auf 73 vH heraufgesetzt). Anlaß war die defizitäre Haushaltslage des Bundes und der BA. Die Übergangsregelung des Halbs 1 in § 242b Abs 1 Satz 1 AFG (aufgehoben durch das 3. Rechtsbereinigungsgesetz vom 28. Juni 1990 - BGBl I 1221) bestimmte, daß das neue Recht ua auch auf Uhg-Ansprüche anzuwenden ist, die vor dem 1. Januar 1984 entstanden waren.

Das BVerfG (BVerfGE 76, 220, 239 ff = SozR 4100 § 242b Nr 3) hat im Hinblick auf die damalige Haushaltslage in den Regelungen des § 242b Abs 1 AFG keinen Verstoß gegen Art 14 Abs 1 GG gesehen (vgl hierzu auch die mit Verfassungsbeschwerden angefochtenen vorangegangenen Urteile des BSG vom 21. August 1986 - 11b RAr 13/86 und 11b RAr 9/86; ferner zum § 242b Abs 1 AFG: BSG SozR 4100 § 242b Nr 1 <Uhg>; BSG SozR 4100 § 242b Nr 2 <Übg>; BSG, Urteil vom 22. Januar 1985 - 7 RAr 34/85 - <Alg>; Urteil vom 18. Februar 1987 - 7 RAr 86/85 - <Alhi>). Die Erwägungen in diesen Entscheidungen zu § 242b Abs 1 AFG tragen auch die hier zu beurteilenden Regelungen in § 242q Abs 2 AFG, zumal die Haushaltslage bei Bund und BA im Jahre 1993 wesentlich dramatischer als im Jahre 1983 war. Die Eingriffe verletzen auch jetzt nicht die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes.

Verhältnismäßig ist ein Eingriff, wenn er geeignet und erforderlich ist, das gesetzliche Ziel zu erreichen, nicht gegen das Übermaßverbot verstößt und wenn er für den Betroffenen zumutbar ist (BVerfGE 58, 137, 148; 72, 9, 23; 76, 220, 238).

Welches Ziel ein Gesetz verfolgt, ist vorrangig anhand der Gesetzesmaterialien zu ermitteln. Nach dem Entwurf der Bundesregierung vom 4. September 1993 (BT-Drucks 12/5502 S 19) sind die Absenkungen der Leistungssätze im AFG (neben Uhg sind auch Alg, Arbeitslosenhilfe, Kurzarbeitergeld, Übg, Eingliederungsgeld und -hilfe sowie Schlechtwettergeld betroffen) als Bestandteil des Konsolidierungsprogramms für die öffentlichen Haushalte vorgenommen worden. Wegen einer tiefgreifenden Rezession in den alten Bundesländern, verbunden mit verminderten Einnahmen und vermehrten



Ausgaben, sowie wegen der besonderen Belastungen der Beitragszahler zur BA, bedingt durch die wirtschaftlichen Umstrukturierungsprozesse in den neuen Bundesländern, drohten beim Bund ein Anstieg der Nettokreditaufnahme von 67 Milliarden (Mrd) DM im Jahre 1993 auf über 90 Mrd DM im Jahre 1994 sowie ein Defizit im Haushalt der BA von rund 18 Mrd DM (vgl hierzu auch Buttler, SozSich 1993, 294, 295).

In diesem Zusammenhang steht die Überleitungsvorschrift des § 242q Abs 2 Satz 1 bis 4 AFG. Der Gesetzgeber hat eine Kürzung nicht nur neuer, dh ab 1. Januar 1994 entstehender, sondern auch der bereits vor diesem Zeitpunkt entstandenen Uhg-Ansprüche für erforderlich angesehen, um durch rasch greifende Maßnahmen die schwierige Finanzlage des Bundes und der BA zu konsolidieren. Diese Regelungsziele liegen im öffentlichen Interesse. Sie dienen ua dazu, die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Arbeitsförderung im Interesse aller zu erhalten und sie veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen (vgl zu dieser Problematik: BVerfGE 53, 257, 293; 58, 81, 110).

Die getroffenen Maßnahmen sind geeignet, die Finanzentwicklung ab 1994 zu stabilisieren und damit indirekt die Haushalte des Bundes und der BA zu entlasten. Der Gesetzgeber (BT-Drucks 12/5502, aaO) erwartete für 1994 von allen Maßnahmen Gesamteinsparungen von 13,320 Mrd DM auf seiten des Bundes und 9,35 Mrd DM auf seiten der BA. Der für die Absenkung für Uhg und Übg genannte Betrag von 0,9 Mrd DM ist nicht weiter aufgeschlüsselt worden. Dies ist nicht erheblich. Es handelt sich insoweit um eine Prognose, die sich im Rahmen der dem Gesetzgeber zuzubilligenden Einschätzungsprärogative hält (vgl hierzu BVerfGE 76, 220, 240). Ende November 1993 nahmen im "Bundesgebiet West" 224.892 Personen an Maßnahmen zur beruflichen Fortbildung und Umschulung in Vollzeitunterricht oder in einer Beschäftigung teil (ANBA 1994, 75). Die Beschäftigungen betrafen offensichtlich die mit angegebenen 1.076 Einarbeitungsfälle, so daß sich die hier relevante Zahl auf 223.816 Teilnehmer mit Anspruch auf Uhg verringert. Für das "Bundesgebiet Ost" sind keine exakten Angaben möglich. Die von der BA veröffentlichten Statistiken nennen nur die Zahl der gemeldeten Eintritte in Bildungsmaßnahmen, nicht aber den jeweiligen Gesamtbestand der Teilnehmer (vgl ANBA 1994, 74).

Die für die feststellbare erhebliche Teilnehmerzahl zu erbringenden Leistungen stützen die Prognose des Gesetzgebers. Uhg-Zahlungen für Teilnehmer an Maßnahmen zur beruflichen Fortbildung und Umschulung beliefen sich für das gesamte Jahr 1993 im "Bundesgebiet West" auf 4,3916 Mrd DM und im "Bundesgebiet Ost" auf 6,5581 Mrd DM, insgesamt also auf 10,9497 Mrd DM (ANBA Beilagen 1994, Heft "Berufliche Weiterbildung", S 77). Dies entsprach für das Jahr 1993 einem monatlichen finanziellen Aufwand von 0,912475 Mrd DM. Somit war die Prognose nicht unrealistisch, daß gerade auch die Einbeziehung laufender Leistungsfälle ua beim Uhg geeignet war, zur Konsolidierung der Finanzentwicklung beizutragen.



Die Einbeziehung laufender Leistungsfälle war zugleich erforderlich. Auch wenn sich der Spareffekt nicht exakt aufschlüsseln läßt, zeigen schon die Teilnehmerzahlen, daß der Effekt nicht unwesentlich war. An der Erforderlichkeit würde es nur fehlen, wenn evident wäre, daß die Einsparungen mit weniger eingreifenden Mitteln hätten erreicht werden können. Es liegt auf der Hand, daß das gesetzliche Sparziel bei einer Herausnahme der laufenden Fälle erst später erreicht worden wäre. Ob die Einsparungen durch Kürzungen in anderen Bereichen hätten bewirkt werden können, ist nicht zu prüfen. Solche Entscheidungen liegen in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (BVerfGE 76, 220, 240 f).

Der Erforderlichkeit von Leistungskürzungen läßt sich auch nicht entgegenhalten, das Haushaltsdefizit der BA beruhe im wesentlichen auf Arbeitsmarktkosten in den neuen Bundesländern, deren Hauptlast die Beitragszahler in den alten Bundesländern zu tragen hätten, obwohl die Kosten der deutschen Vereinigung kein versicherbares Risiko und damit von der Gesamtbevölkerung (= Finanzierung aus Steuermitteln) zu tragen seien (so Buttler, aaO, S 296). Abgesehen davon, daß es gerade Aufgabe der Solidargemeinschaft in der Arbeitslosenversicherung ist, ua auch strukturelle Probleme in regionalen Bereichen des Bundesgebietes aufzufangen, hat die defizitäre Lage der Haushalte auch Ursachen in den alten Bundesländern, nämlich in der 1993 eingetretenen ausgeprägten Rezession (so auch Buttler, aaO, S 294), verbunden mit einer Zunahme von Kurzarbeit und Entlassungen. Dies hat insgesamt zu erhöhten Ausgaben der BA bei verminderten Einnahmen geführt (vgl insoweit BT-Drucks 12/5502 S 19), die die getroffenen Maßnahmen erforderten.

Die Herabsetzung verstößt nicht gegen das Übermaßverbot und stellt keine unzumutbare Belastung dar. Das erhöhte Uhg ist von 73 vH auf 68 vH (im übrigen von 65 vH auf 63 vH, vgl § 242q Abs 2 Satz 1 AFG) gekürzt worden, auch wenn sich gleichzeitig durch weitere Änderungen (etwa bei den Beitragssätzen) effektiv eine noch höhere Verminderung ergibt (vgl BVerfGE, aaO, S 242: für 1984 um ca 7,35 vH). Sie belief sich im Falle der Klägerin auf 8,4 vH (Herabsetzung des Leistungssatzes von wöchentlich 336,- DM auf 307,80 DM), entspricht damit aber immer noch der Höhe des Alg, das die Klägerin ohne die Umschulung erhalten hätte.

Ob eine Einbeziehung des Art 12 Abs 1 GG (so Jaeger, aaO, 111, 116) zu einem erhöhten verfassungsrechtlichen Schutz eines Teilnehmers an einer geförderten Bildungsmaßnahme führt oder ob im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung nach Art 14 Abs 1 GG ohnehin gleiche Aspekte zu berücksichtigen sind, kann dahinstehen. Denn teilhaberechtliche Aspekte im Rahmen der Förderung von Bildungsmaßnahmen ergeben sich im vorliegenden Fall allenfalls insoweit, als bei der Verwendung von bereitgestellten Mitteln die Ausbildungsfreiheit im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz und dem



Sozialstaatsprinzip zu berücksichtigen ist (Rittstieg in Alternativ-Komm z GG, 2. Aufl, Art 12 Rz 150). Gerade diese Aspekte prägen aber die Zumutbarkeitsprüfung in Art 14 Abs 1 GG. Insoweit bestehen hier keine verfassungsrechtlichen Bedenken, weil alle Teilnehmer in gleichem Maße Leistungskürzungen unterliegen und Leistungen in Höhe des Alg verbleiben, die keine Bedenken hinsichtlich der Anforderungen des Sozialstaatsprinzips aufwerfen.

Ob über diesen Prüfungsmaßstab hinaus aus der Eigenanstrengung und Disposition durch Lebensplanung und Qualifikation erworbene Uhg-Ansprüche mit einem "ungleich höheren" Besitzstand auszustatten sind, als ihn die "zufallsabhängige" Versicherungsleistung (Alg) zu erreichen vermag, könnte zweifelhaft sein. Jedenfalls kann nicht generalisierend unterstellt werden, daß durch Kürzungen von Uhg "ins Werk Gesetztes niedergerissen" wird (vgl Jaeger, aaO, S 116 f). Nach den statistischen Unterlagen der Beklagten (ANBA 1994, 75) waren Ende November 1993 von insgesamt 224.892 Teilnehmern an Maßnahmen mit Vollzeitunterricht/Beschäftigung 136.827 vorher arbeitslos, also 60,8 vH. Wegen der geringen Zahl der Einarbeitungsfälle (siehe oben), kann die Prozentzahl im wesentlichen auf die Teilnehmer an Maßnahmen der Fortbildung und Umschulung mit Anspruch auf Uhg übertragen werden. Dies besagt nicht, daß die restlichen 39,2 vH vorher in einem Arbeitsverhältnis gestanden und dieses allein deshalb gekündigt haben, um an einer Maßnahme teilzunehmen. Von den 39,2 vH werden auch Teilnehmer erfaßt, die von Arbeitslosigkeit bedroht waren (§ 44 Abs 2 Satz 2 Nr 2 AFG aF) oder vor Maßnahmebeginn keine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und nicht arbeitslos gemeldet waren, aber dennoch über § 46 Abs 1 AFG Anspruch auf Uhg hatten. In jedem Fall zeigt die Prozentzahl der vorher arbeitslos gemeldeten Teilnehmer, daß die eindeutige Mehrheit nicht langfristige private Planungen und Investitionen hinsichtlich ihrer Teilnahme vorgenommen hat. Die Leistungskürzung zum 1. Januar 1994 hat sie auf den finanziellen Status vor Beginn der Maßnahme zurückgeführt, allerdings immer noch verbunden mit der Aussicht, durch die vermittelte Qualifikation bessere Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt zu haben. Für diesen Personenkreis kann somit jedenfalls nicht generell von unzumutbaren Eingriffen in erworbene Ansprüche gesprochen werden.

Anderes kann sich im Einzelfall für Teilnehmer ergeben, die zB einen "festen" Arbeitsplatz aufgegeben oder sonstige Investitionen getroffen haben, um sich weiter zu qualifizieren. Hier könnte möglicherweise das Fehlen von differenzierenden Übergangsvorschriften verfassungswidrig sein (Gebot der Ungleichbehandlung aus Art 3 Abs 1 GG). Unzumutbar wird die Leistungskürzung in solchen Fällen aber nur dann, wenn dadurch die Maßnahme unter zumutbaren Bedingungen nicht mehr zu Ende geführt werden konnte. Ob im Fall der Klägerin eine derartige Ausnahmesituation gegeben ist, läßt sich den Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Nicht nur die Höhe der Kürzung, sondern auch der Umstand, daß sie zuletzt - nur noch - im Rahmen einer ABM beschäftigt und damit unmittelbar von



Arbeitslosigkeit bedroht war, spricht gegen die Annahme eines Ausnahmefalls. Insoweit wird das LSG jedoch weitere Ermittlungen durchzuführen haben. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt bedarf es jedenfalls noch keiner Entscheidung darüber, wie diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen wäre (verfassungskonforme Auslegung oder Vorlage an das BVerfG).

Schließlich kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg auf einen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz berufen. Die Eingriffe in den laufenden Leistungsbezug sind auch unter dem rechtsstaatlichen Aspekt der sog unechten Rückwirkung verfassungsrechtlich unbedenklich. Insoweit ergeben sich keine anderen Gesichtspunkte, als sie vom BVerfG zur Haushaltslage 1984 aufgezeigt worden sind (BVerfGE, aaO, S 245 ff).

Wegen der aufgezeigten fehlenden Feststellungen des LSG konnte der Senat nicht abschließend entscheiden, ob der Klägerin für den hier streitigen Zeitraum Uhg in zutreffender Höhe bewilligt worden ist. Darüber hinaus fehlen ausdrückliche Feststellungen des LSG, ob die Klägerin die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach erfüllt hatte. Auch bei einem Höhenstreit - wie hier - ist die Klage aber ua nur begründet, wenn zugleich die Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach vorliegen (vgl hierzu BSGE 74, 199, 201 = SozR 3-4100 § 59 Nr 5). Die Sache mußte daher zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen werden.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)