

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 106/90

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 18. April 1991 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g, die Richter S a t t l e r und Dr. H e n k e sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. B a a k e und die ehrenamtliche Richterin V o r w e r k für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 14. Dezember 1989 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
[\(mobile App\)](#)



Gründe:

I

Der Kläger verlangt Arbeitslosengeld (Alg) für weitere 52 Wochentage.

Der 1933 geborene Kläger war seit 1969 bei der Firma P. & R. (GmbH & Co), Hamburg, beschäftigt, und zwar zuletzt als Finanzprokurist. Am 27. Mai 1982 wurde er in der damaligen Deutschen Demokratischen Republik verhaftet und im März 1983 vom Militäröbergericht in Berlin wegen Spionage zugunsten der Bundesrepublik Deutschland zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt. Trotz der Inhaftierung zahlte der Arbeitgeber das Gehalt (einschließlich Sozialbeiträge) bis zum 31. Dezember 1982 weiter; das Arbeitsverhältnis wurde dann jedoch zum 31. März 1984 gekündigt.

Am 20. Dezember 1984 wurde der Kläger aus der Haft entlassen. Der Oberkreisdirektor des Landkreises Harburg hat dem Kläger gemäß § 10 Abs 4 des Häftlingshilfegesetzes (HHG) bescheinigt, daß bei ihm die Voraussetzungen der §§ 1 Abs 1 Nr 1 und 9 Abs 1 HHG vorliegen und Ausschließungsgründe nach § 2 Abs 1 Nr 1 und 2 HHG nicht gegeben sind (Bescheinigung vom 5. Februar 1985).

Der Kläger meldete sich am 27. Dezember 1984 beim Arbeitsamt Lüneburg arbeitslos und beantragte Alg. Das Arbeitsamt bewilligte ihm diese Leistung, und zwar für die Dauer von 260 Wochentagen und - letztlich - unter Berücksichtigung eines wöchentlichen Arbeitsentgelts von 1.210,-- DM (Bescheide vom 26. Februar, 22. März und 27. März 1985; Widerspruchsbescheid vom 27. Juni 1985). Das Arbeitsamt begründete seine Entscheidung damit, daß der Kläger nicht aufgrund seiner Beschäftigung nach den Vorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), sondern lediglich nach Maßgabe des HHG und des Heimkehrergesetzes (HkG) einen Anspruch auf Alg erworben habe. Ein Anspruch aufgrund der Beschäftigung ent falle, weil der Kläger innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist (27. Dezember 1981 bis 26. Dezember 1984) lediglich in den 152 Kalendertagen vom 27. Dezember 1981 bis 27. Mai 1982 in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden habe, die mit der Verhaftung beendet worden sei. Als Berechtigter nach § 1 Abs 1 Nr 1 HHG habe der Kläger jedoch gemäß § 9 Abs 1 HHG iVm § 13 HkG die Anwartschaftszeit erfüllt, weil er aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe, keinen Anspruch auf Alg nach dem AFG für die Dauer von 312 Tagen erworben habe. In diesen Fällen richte sich die Dauer des Anspruchs nach der Dauer des Freiheitsentzuges in der sowjetischen Besatzungszone. Da der Kläger 939 Kalendertage in politischer Haft gewesen sei, stehe ihm gemäß § 9 Abs 1 HHG, § 14 HkG, § 106 Abs 1 Satz 3 Nr 3 AFG ein Anspruch auf Heimkehrer-Alg für längstens 260 Wochentage zu. Eine Zusammenrechnung der Zeiten des Freiheitsentzuges mit den Beschäftigungszeiten sähe das Gesetz nicht vor. Nach § 15 HkG richte sich die Höhe des Alg nach dem Arbeitsentgelt iS des § 112 Abs 7 AFG, wobei zugunsten des Klägers die erzielte



Vergütung von 5.249,-- DM als zukünftig erzielbares Arbeitsentgelt zugrunde gelegt worden sei.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage, mit der der Kläger Alg für 312 Wochentage begehrt hat, abgewiesen (Urteil vom 16. Februar 1989). Es hat sein Urteil damit begründet, daß die im Bescheid vom 26. Februar 1985 ausgesprochene Festlegung der Anspruchsdauer nach § 77 Sozialgerichtsgesetz (SGG) bindend geworden sei, weil der Kläger erst während des Widerspruchsverfahrens und nach Ablauf der Widerspruchsfrist die Anspruchsdauer beanstandet habe. Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung des Klägers, die das SG zugelassen hatte, zurückgewiesen (Urteil vom 14. Dezember 1989).

Zur Begründung seines Urteils hat das LSG zunächst ausgeführt, daß entgegen der Auffassung des SG der Widerspruch des Klägers bezüglich der Dauer des Anspruchs auf Alg nicht unzulässig gewesen sei. Sei ein Widerspruch frist- und formgerecht eingelegt worden, werde grundsätzlich eine Überprüfung des Verfügungssatzes in vollem Umfange begehrt. Das gelte nur dann nicht, wenn eine ausdrückliche Rücknahme oder ein ausdrücklicher Verzicht vorliege. Daran fehle es hier. Der Widerspruch könne daher auch außerhalb der für die Einlegung des Widerspruchs geltenden Frist bis zur Erteilung des Widerspruchsbescheides begründet werden, ohne daß dem die Bestandskraft des angefochtenen Bescheides entgegengehalten werden könne.

Sodann hat das LSG ausgeführt, daß die Beklagte die Alg-Dauer zu Recht auf 260 Wochentage festgesetzt habe. Ein Alg-Anspruch nach den Vorschriften des AFG sei nicht entstanden. Die erforderlichen 360 Kalendertage einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung könnten nur erreicht werden, wenn auch die Zeit vom 27. bzw 28. Mai 1982 bis zum 31. Dezember 1982 berücksichtigt würde, während der der Arbeitgeber das volle Gehalt weitergezahlt und sämtliche Sozialbeiträge abgeführt habe. Das sei jedoch nicht möglich, weil es dem Arbeitgeber seit der Inhaftierung an einem Weisungsrecht gefehlt habe, das für ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis erforderlich sei. Daß der Arbeitgeber seine Leistung aus dem Arbeitsvertrag erbracht habe, genüge ebenso wenig wie das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses. Unerheblich sei auch die tatsächliche Beitragsentrichtung, da es keine Formalversicherung gebe.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 168 Abs 1 Satz 1 AFG. Das LSG habe den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses verkannt. Daß Zeiten, in denen der Arbeitnehmer vorübergehend keine tatsächliche Arbeitsleistung erbringe, für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses unschädlich seien, habe die Rechtsprechung wiederholt anerkannt, nämlich für Zeiten der Krankheit, des Urlaubs, der Geschäftsruhe, der Aus- und Weiterbildung und des Streiks, wenn ein Ende der Unterbrechung und ein Fortsetzen des Beschäftigungsverhältnisses abzusehen sei. Im



Falle einer Internierung oder Verschleppung im Ausland könne nichts anderes gelten. Die Situation des Klägers infolge seiner Inhaftierung habe sich insoweit in nichts von einem erkrankten Angestellten unterschieden, der nach einem Herzinfarkt über den Zeitpunkt der angestrebten Wiederaufnahme der Arbeit im Ungewissen sei. In beiden Fällen sei bei normalem Gang der Entwicklung davon auszugehen, daß in absehbarer Zeit die Arbeit wieder stattfinde, auch wenn der genaue Zeitpunkt nicht zu bestimmen sei. In diesen Fällen sei jedenfalls ein Beschäftigungsverhältnis solange vorhanden, als beide Seiten daran festhielten und insbesondere der Arbeitgeber das Gehalt fortzahle.

Der Kläger beantragt sinngemäß,
die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Beklagte unter Änderung der ergangenen Bescheide zu verurteilen, dem Kläger Alg für insgesamt 312 Wochentage zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie macht geltend, die Rechtsprechung, nach der ein Beschäftigungsverhältnis nicht in jedem Fall unmittelbar mit der Beendigung der tatsächlichen Beschäftigung ende, betreffe Fälle, in denen die fortdauernde Verfügungsmacht des Arbeitgebers nicht in Frage stehe und der Arbeitnehmer sich jedenfalls grundsätzlich weiterhin zur Arbeitsleistung bereithalte. Fehle es hieran, komme es auf die objektiv erkennbare Möglichkeit an, daß die Arbeit vor Ablauf einer bestimmten Frist wieder aufgenommen werde. Diese habe das BSG für die besondere Situation des Arbeitskampfs auf drei Wochen festgesetzt. Diese Frist sei auch bei einer Beurlaubung auf unbestimmte Zeit ohne Fortzahlung des Entgelts maßgeblich; denn die Unsicherheit, ob das Versicherungsverhältnis fortbestehe, könne nur für eine kurze Zeit hingenommen werden. Hiernach könne das beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis des Klägers nicht über den 27. Mai 1982 hinaus angedauert haben. Mit der Inhaftierung sei der Kläger an der Arbeitsleistung und sein Arbeitgeber an der Durchsetzung seines Direktionsrechts auf gänzlich unabsehbare Zeit gehindert gewesen. Eine derartige Situation sei mit Urlaubs- oder Krankheitszeiten nicht vergleichbar, da deren Ende vorhersehbar sei. Vielmehr sei völlig offen gewesen, ob und wann der Kläger wieder auf seinen Arbeitsplatz würde zurückkehren können. Eine Unsicherheit über das Bestehen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses könne allenfalls während eines voraussehbaren kurzen Zeitraums hingenommen werden; ein solcher sei hier überschritten.

Ergänzend weist die Beklagte darauf hin, daß der Kläger bei Annahme einer beitragspflichtigen Beschäftigung bis zum 31. Dezember 1982 einen Alg-Anspruch lediglich für die Dauer von 104 Tagen erworben habe und diese Zeit dann nicht ein zweites Mal anspruchsbegründend iS von § 9 HHG, § 14 HkG sei. Die auf den



letztgenannten Vorschriften beruhende Alg-Anspruchsdauer sei ggf entsprechend herabzusetzen (vgl § 16 HkG).

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).

II

Die Revision des Klägers ist iS der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

Dem Antrage des Klägers nach, ihm - unter entsprechender Änderung der ergangenen Bescheide - Alg für insgesamt 312 Wochentage zu zahlen, scheint die Dauer des dem Kläger in Höhe von 393,-- DM wöchentlich für 260 Wochentage zuerkannten Anspruchs streitig zu sein, den das Arbeitsamt dem Kläger aufgrund des Häftlingshilfsrechts zugewilligt hat. Ein solches Verständnis würde indes weder dem Vorbringen des Klägers, daß ihm schon aufgrund des Arbeitsförderungsrechts ein Anspruch auf Alg zustehe, noch dem bislang nicht gebührend beachteten Umstand gerecht, daß nach den gemäß § 28b HkG (idF des Sechsten Gesetzes zur Änderung des Bundesvertriebenen-gesetzes -BVFG- vom 2. Dezember 1985, BGBl I 2138) hier noch anwendbaren Vorschriften der mit Wirkung vom 1. Januar 1986 aufgehobenen §§ 12 bis 20 HkG (idF des Art 2 des Fünften Gesetzes zur Änderung des AFG - 5. AFGÄndG - vom 23. Juli 1979, BGBl I 1189, zuletzt geändert durch das Arbeitsförderungs- und Rentenversicherungs-Änderungsgesetz -AFG/RVÄndG- vom 20. Dezember 1984, BGBl I 1713) die gleichzeitige Erfüllung der Anwartschaftszeit nach Arbeitsförderungsrecht und nach Häftlingshilfsrecht nicht zu einem, sondern zu zwei Ansprüchen auf Alg mit je eigenem Bemessungsentgelt und Dauer führen, die nacheinander zu beziehen sind, zusammen aber nicht für mehr als 312 bzw in den Fällen des § 20 Abs 1 HkG idF des AFG/RVÄndG 468 Wochentage.

Der Anspruch auf Alg, der aufgrund des Häftlingshilfsrechts erworben wird, ist ua davon abhängig, daß der ehemalige Häftling aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, keinen Anspruch auf Alg nach dem AFG für die Dauer von 312 bzw 468 Tagen erworben hat (§ 9 HHG, §§ 13, 20 Abs 1 HkG). Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn der ehemalige Häftling einen Anspruch auf Alg nach dem AFG für weniger als 312 bzw 468 Tage erworben hat. In diesen Fällen kann ein Anspruch auf Alg nach Arbeitsförderungsrecht mit einem Anspruch auf Alg nach dem Häftlingshilfsrecht zusammentreffen. Dann geht der Anspruch mit dem höheren Leistungssatz, bei gleichhohem Leistungssatz der Anspruch nach dem AFG vor (§ 16 Satz 1 HkG). Beträgt die Dauer beider Ansprüche insgesamt mehr als 312 bzw in den Fällen des § 20 Abs 1 HkG mehr als 468 Tage, so mindert sich der nachrangige Anspruch insoweit, als beide



Ansprüche zusammen 312 bzw 468 Tage übersteigen (§§ 16 Satz 2, 20 Abs 1 HkG). Eine Vereinigung beider Ansprüche zu einem einheitlichen Anspruch ist nicht vorgesehen. Der Arbeitslose erwirbt hiernach gleichzeitig zwei Anspruchsberechtigungen, die sich in der Höhe der Leistung (Arbeitsentgelt, ggf auch im Dynamisierungszeitpunkt) und in der Dauer unterscheiden. Beide Ansprüche kann der Arbeitslose nacheinander beziehen, und zwar zunächst den mit dem höheren Leistungssatz, bei gleichhohen Leistungssätzen den nach dem AFG.

Wenn der Kläger beantragt, ihm statt für 260 Tage für insgesamt 312 Wochentage Alg zu zahlen und dies damit begründet, ihm stehe ein Anspruch auf Alg schon nach dem AFG zu, geht es mithin um die Zahlung von Alg für weitere 52 Wochentage nach Erschöpfung der zuerkannten Leistung von 260 Wochentagen, auf welche Rechtsgrundlage auch immer die Zahlung des Alg für diese weitere Zeit zu stützen ist.

Ob dem Kläger nach Erschöpfung der ihm durch die angefochtenen Bescheide zuerkannten Leistung für weitere 52 Wochentage Alg zu zahlen ist, kann aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden. Allerdings hat der Kläger nicht nur aufgrund des Häftlingshilferechts am 27. Dezember 1984 einen Anspruch auf Alg erworben, sondern gleichzeitig einen weiteren aufgrund des Arbeitsförderungsrechts. Beide Ansprüche zusammen ermöglichten schon im Entstehungszeitpunkt den Bezug von Alg für zusammen 312 Wochentage.

Anspruch auf Alg nach Arbeitsförderungsrecht hat, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat (§ 100 Abs 1 AFG). Nach Lage des Falles waren ab 27. Dezember 1984 alle Anspruchsvoraussetzungen gegeben. Entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten war auch die streitige Anwartschaftszeit erfüllt.

Die Anwartschaftszeit hat nach § 104 Abs 1 Satz 1 AFG erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat. Die Rahmenfrist, die dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar vorausgeht, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG), und drei Jahre beträgt (§ 104 Abs 3 AFG), lief hier vom 27. Dezember 1981 bis 26. Dezember 1984. In dieser Rahmenfrist stand der Kläger vom 27. Dezember 1981 bis zum 31. März 1984 bei der Firma P. & R. in einem Arbeitsverhältnis, in dem er für die Zeit bis zum 31. Dezember 1982 Arbeitsentgelt bezog. Die Zeit nach dem 31. Dezember 1982, für die der Kläger kein Arbeitsentgelt bezogen hat, kann nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit herangezogen werden; denn Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, dienen nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit (§ 104 Abs 1 Satz 2 Nr 1 AFG). Diese Zeit steht - entgegen der vom Kläger im Verwaltungsverfahren vertretenen Auffas-



sung - auch nicht nach § 107 Abs 1 Nr 3 AFG einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gleich. Nach dieser - inzwischen weggefallenen - Vorschrift waren zwar Zeiten einer Beschäftigung, die ein Deutscher iS des Art 116 des Grundgesetzes im Gebiet des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937, aber außerhalb des Geltungsbereichs des AFG ausgeübt hat, gleichgestellt. Diese Vorschrift sollte insbesondere Personen begünstigen, die in das Arbeits- und Wirtschaftsleben des Bundesgebietes eingegliedert werden mußten, nachdem sie aus der damaligen Deutschen Demokratischen Republik geflohen waren (vgl dazu das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats vom 28. Juni 1990 - 7 RAr 114/89 -). Sie erfaßt indes nur Beschäftigungen, dh aufgrund privater Vereinbarung freiwillig eingegangene Verhältnisse (vgl Seewald im Kasseler Kommentar, Stand Januar 1990, § 7 SGB IV Rz 3), nicht auch Arbeiten, die Häftlinge aufgrund öffentlichen Rechts zu leisten haben. Zeiten der Haft in der Deutschen Demokratischen Republik sind nur im Rahmen des Häftlingshilferechts anwartschaftsbegründend, worauf noch zurückzukommen ist. Die Zeit vom 27. Dezember 1981 bis 31. Dezember 1982, die die erforderlichen 360 Tage umfaßt, ist dagegen anwartschaftsbegründend. Denn der Kläger stand in dieser Zeit in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG), und zwar angesichts der Weiterzahlung des Arbeitsentgelts auch in der Zeit, in der er wegen seiner Verhaftung nicht für den Arbeitgeber arbeiten konnte.

Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs 1 Satz 1 AFG grundsätzlich Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Mit Beschäftigung ist nach der Vorschrift des § 7 Abs 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches, die entsprechend gilt (§ 173a AFG), die nichtselbständige Arbeit, insbesondere die in einem Arbeitsverhältnis, gemeint. Hiernach stand der Kläger, der als Finanzprokurist angestellt war, in einem entgeltlichen beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis, was auch die Beklagte für die Zeit bis zu seiner Verhaftung im Mai 1982 nicht in Zweifel zieht. Es stellt sich daher nur die Frage, ob das Beschäftigungsverhältnis mit der Verhaftung oder in deren Folge vor dem 31. Dezember 1982 endete. Das ist entgegen der Auffassung des LSG und der Beklagten nicht der Fall.

Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses kann zwar nicht generalisierend oder abschließend bestimmt werden, zumal er je nach Sinnzusammenhang, in den die einzelne Norm gestellt ist, unterschiedliche Bedeutung erlangen kann (BSGE 37, 10, 12). Seine charakteristischen Merkmale sind aber neben der schon erwähnten Freiwilligkeit und der - von Ausnahmen abgesehen - Entgeltlichkeit die persönliche Abhängigkeit, die sich in der Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers auswirkt (BSGE 37, 10, 13 f; BSGE 41, 41, 52 = SozR 2200 § 1259 Nr 13). Die tatsächliche Ausübung der Beschäftigung ist jedoch nicht stets notwendige Voraussetzung für den Fortbestand eines Beschäftigungsverhältnisses, solange das Arbeitsverhältnis fortbesteht und Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das



Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen (BSGE 13, 263, 264; 33, 254, 257; BSGE 41, 24, 25 f = SozR 2200 § 165 Nr 8; BSGE 41, 41, 52 f = SozR 2200 § 1259 Nr 13).

Wenn in diesem Sinne nicht nur unbezahlter Urlaub (BSGE 12, 190; 20, 154) und Streik (BSGE 33, 254; vgl aber BSGE 37, 10) jeweils von begrenzter Dauer als unschädlich für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses angesehen worden sind, sondern auch Krankheit, bezahlter Urlaub und Freistellung von der Arbeit bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts (BSGE 36, 161; BSGE 41, 24 = SozR 2200 § 165 Nr 8; SozR 2200 § 1227 Nr 4; Urteil des Senats vom 12. Mai 1982 - 7 RAr 1/81 -), so muß dies auch in Fällen wie dem vorliegenden gelten, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer trotz der Verhaftung des Arbeitnehmers vor der Verurteilung an dem Arbeitsvertrag festgehalten haben und der Arbeitgeber für mehr als ein halbes Jahr der Inhaftierung Arbeitsentgelt gezahlt hat.

Neben der Entscheidung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis zunächst unberührt zu lassen, in der schon der Wille zum Ausdruck kommt, das Beschäftigungsverhältnis ungeachtet der Inhaftierung fortzusetzen, fällt für die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses entscheidend die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts ins Gewicht, in der der Fortsetzungswille des Arbeitgebers seinen äußeren Niederschlag und seine Bestätigung findet. Das gilt im gegebenen Fall um so mehr, als der Arbeitgeber erheblich über die sechs Wochen hinaus Arbeitsentgelt gezahlt hat, für die der an der Leistung der Dienste verhinderte Handlungsgehilfe schon von Gesetzes wegen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt behält, wenn unverschuldetes Unglück die Leistung der Dienste verhindert (§ 63 Handelsgesetzbuch). Insbesondere im Hinblick auf die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts unterscheidet sich die Stellung des Klägers nicht von einem Arbeitnehmer, der unter Fortzahlung der Bezüge vorläufig von der Arbeit freigestellt ist, zB um ein Studium zu absolvieren (BSGE 41, 24 = SozR 2200 § 165 Nr 8; SozR 2200 § 1227 Nr 4). Daß der Zweck der Freistellung hier ein anderer ist, hat für das Fortbestehen des Beschäftigungsverhältnisses keine Bedeutung (vgl BSGE 41, 24, 27 = SozR 2200 § 165 Nr 8).

Ebenso ist unerheblich, daß der Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeit durch den seinerzeit noch nicht verurteilten Kläger 1982 nicht absehbar war und der Kläger infolge der Inhaftierung nicht nur kurze Zeit verhindert war, seiner Arbeit nachzukommen. Die Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, daß nach der Rechtsprechung mangels Entgeltzahlung das auf der versicherungspflichtigen Beschäftigung beruhende Versicherungsverhältnis in der Krankenversicherung nach wenigen Wochen endet (BSGE 33, 254). Diese zeitliche Beschränkung des Fortbestands des Versicherungsverhältnisses, die der Gesetzgeber übrigens modifiziert hat (vgl § 192 Abs 1 Nr 1 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs), ist indes wesentlich damit begründet worden, daß das Beschäftigungsverhältnis nicht mehr entgeltlich und damit auch die Grundlage für die Entrichtung von Beiträgen entfallen sei, wenn kein Entgelt



mehr gezahlt werde (BSGE 33, 254, 261 unter Hinweis auf BSGE 20, 154, 156 f). Bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts bestehen diese finanziellen Erwägungen jedoch nicht, die in der Arbeitslosenversicherung auf der Leistungsseite im übrigen in dem schon erwähnten Satz 2 Nr 1 des § 104 Abs 1 AFG ihre Berücksichtigung gefunden haben. Es besteht daher in Fällen vorliegender Art keine Veranlassung, die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses zeitlich zu beschränken, solange Arbeitsentgelt gezahlt wird (BSGE 41, 24, 27 = SozR 2200 § 165 Nr 8). Auch ergibt der Grundsatz der Solidarität, daß in Fällen vorliegender Art eine beitragspflichtige Beschäftigung vorliegt; denn dieser Grundsatz gebietet, daß sich Arbeitnehmer, solange sie Arbeitsentgelt erhalten, mit Beiträgen an der Finanzierung der Leistungen der Versichertengemeinschaft beteiligen (BSG SozR 4100 § 168 Nr 19). Daß die gleiche Zeit andererseits die Anwartschaft auf spätere Versicherungsleistungen begründet, ist nur eine Folge des Versicherungsprinzips.

Die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Alg nach dem AFG hat der Kläger daher erfüllt. Die Dauer dieses Anspruchs betrug im Zeitpunkt seiner Entstehung 208 und nicht nur 104 Tage, wie die Beklagte für den hier gegebenen Fall meint. Dies folgt aus § 106 Abs 1 Satz 3 Nr 2 AFG idF des Haushaltsbegleitgesetzes 1983 (HBegleitG 1983) vom 20. Dezember 1982 (BGBl I 1857). Nach dieser Vorschrift kommt es auf die Beschäftigungszeiten innerhalb der auf vier Jahre erweiterten Rahmenfrist an. Innerhalb dieser Frist, die hier vom 27. Dezember 1980 bis 26. Dezember 1984 lief, war der Kläger vom 27. Dezember 1980 bis 31. Dezember 1982, also etwas mehr als 720 Kalendertage, beschäftigt. Weitere Zeiten werden nicht berücksichtigt, auch nicht die Zeiten, in denen der Kläger in der Haft arbeiten mußte. 720 Kalendertage begründen aber nach § 106 Abs 1 Satz 3 Nr 2 AFG eine Anspruchsdauer von 208 Tagen. Eine günstigere Anspruchsdauer, wie sie § 106a AFG, eingefügt durch das AFG/RVÄndG, für Arbeitslose vorsah, die das 49. Lebensjahr vollendet haben, kommt dem Kläger nicht zugute; denn § 106a AFG setzte ua voraus, daß der Anspruch auf Alg in der Zeit vom 1. Januar 1985 bis 31. Dezember 1989 entstanden ist; hier ist der Anspruch indessen am 27. Dezember 1984 entstanden.

Der Kläger hat am 27. Dezember 1984 auch die Anspruchsvoraussetzungen für einen Anspruch auf Alg nach dem Häftlingshilferecht erfüllt.

Berechtigte nach § 1 Abs 1 Nr 1 HHG, die insgesamt länger als drei Monate in Gewahrsam gehalten wurden und innerhalb von sechs Monaten nach Entlassung in den Geltungsbereich des HHG zurückkehren, erhalten nach § 9 HHG die für Heimkehrer vorgesehenen Hilfen und Vergünstigungen, sofern ihnen nicht nach anderen Vorschriften Gleichartiges gewährt werden kann. Berechtigte nach § 1 Abs 1 Nr 1 HHG sind ua deutsche Staatsangehörige, die nach dem 8. Mai 1945 in der sowjetischen Besatzungszone aus politischen und nach freiheitlich-demokratischer Auffassung von ihnen nicht zu vertretenden Gründen in Gewahrsam genommen wurden. Der Kläger gehört zu



den hiernach Berechtigten. Das ergibt sich aus der oben erwähnten Bescheinigung des Oberkreisdirektors vom 5. Februar 1985. Diese Bescheinigung ist, solange sie nicht durch die Ausstellungsbehörde geändert oder aufgehoben worden ist, für alle Behörden und Stellen verbindlich, die für die Gewährung von Rechten und Vergünstigungen nach dem HHG zuständig sind. Das folgt aus § 10 Abs 4 und Abs 7 HHG und dem entsprechend anwendbaren § 15 Abs 5 BVFG.

Zu den für Heimkehrer vorgesehenen Hilfen und Vergünstigungen, die im Falle des § 9 Abs 1 HHG Berechtigte nach § 1 Abs 1 Nr 1 HHG erhalten, gehört nach § 12 HkG Alg. Diese Leistung wird, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, grundsätzlich nach Maßgabe des AFG gewährt. Die Anwartschaftszeit gilt indes nach § 13 HkG am Tage der ersten Arbeitslosmeldung nach der Heimkehr, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch vorliegen, hier also am 27. Dezember 1984, als erfüllt, wenn der Heimkehrer aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, keinen Anspruch auf Alg nach dem AFG für die Dauer von 312 Tagen erworben hat, was nach den obigen Ausführungen hier der Fall ist.

Die Dauer dieses Anspruchs auf Alg richtet sich nach der Dauer der Kriegsgefangenschaft, Internierung oder Verschleppung (§ 14 Satz 1 HkG). Bei der entsprechenden Anwendung nach dem HHG ist die Dauer der Ingewahrsamsnahme in der sowjetischen Besatzungszone maßgebend. Von den 939 Tagen, die der Kläger im Gewahrsam der Deutschen Demokratischen Republik verbracht hat, müssen allerdings die Tage vom 27. Mai bis 31. Dezember 1982 unberücksichtigt bleiben, die schon einen Anspruch auf Alg nach dem AFG begründet haben; denn die für Heimkehrer vorgesehenen Hilfen und Vergünstigungen erhalten ehemalige Häftlinge nach § 9 Abs 1 HHG nur, sofern ihnen nicht nach anderen Vorschriften Gleichartiges gewährt werden kann. Die Dauer des Anspruchs auf Alg aufgrund des Häftlingshilferechts richtet sich daher nach den verbleibenden 720 Tagen der Haft. Diese begründen bei entsprechender Anwendung des § 106 Abs 1 Satz 3 Nr 2 AFG wiederum eine Anspruchsdauer von 208 Tagen. Zwar ist nach dem Wortlaut des § 14 Satz 2 HkG nicht § 106 Abs 1 Satz 3 AFG, sondern § 106 Abs 1 Satz 2 AFG entsprechend anzuwenden. Nach der mit der Neufassung des Abschnitts V des HkG durch das 5. AFGÄndG verfolgten Absicht, ua die Vorschriften über das Heimkehrer-Alg dem Recht des AFG anzugleichen (Begründung zu Art 2 5. AFGÄndG, BT-Drucks 8/2624 S 33), und der Neufassung des § 106 Abs 1 AFG durch das HBegleitG 1983 muß die Verweisung in § 14 Satz 2 HkG jedoch auf die Sätze 2 und 3 des § 106 Abs 1 AFG bezogen werden. Denn während das AFG idF des 5. AFGÄndG zur Regelung der Dauer des Anspruchs auf Alg nach der jeweiligen Dauer der zurückgelegten beitragspflichtigen Beschäftigung mit Satz 2 des § 106 Abs 1 AFG auskam, ist das seit dem HBegleitG 1983 nicht mehr der Fall. Was sich bis dahin aus Satz 2 ergab, ist in der hier anwendbaren Fassung des § 106 AFG in den Sätzen 2 und 3 des Abs 1 geregelt. Dagegen findet § 106a AFG hier keine Anwendung, obwohl die



Vorschrift nach § 20 Abs 1 HkG, eingefügt durch das AFG/RVÄndG, für Heimkehrer, die das 49. Lebensjahr vollendet haben, entsprechend gilt; denn dies setzt wiederum voraus, daß der Anspruch auf Alg in der Zeit vom 1. Januar 1985 bis zum 31. Dezember 1989 entstanden ist, woran es hier fehlt.

Der Kläger hat hiernach am 27. Dezember 1984 zwei Ansprüche auf Alg jeweils mit einer Dauer von 208 Tagen erworben. Trifft ein Anspruch auf Alg nach dem Häftlingshilfsrecht mit einem Anspruch auf Alg nach dem AFG zusammen und beträgt die Dauer beider Ansprüche insgesamt mehr als 312 Tage, wie das hier der Fall ist, so mindert sich nach dem schon erwähnten § 16 Satz 2 HkG der nachrangige Anspruch insoweit, als beide Ansprüche zusammen 312 Tage übersteigen. Bei Heimkehrern, die das 49. Lebensjahr vollendet haben, tritt in den Fällen des § 16 Satz 2 HkG an die Stelle der Anspruchsdauer von 312 Tagen die Anspruchsdauer von 468 Tagen (§ 20 Abs 1 HkG); diese Vergünstigung gilt indes wiederum nur bei Ansprüchen, die in der Zeit vom 1. Januar 1985 bis zum 31. Dezember 1989 entstanden sind, und kommt hier daher nicht zur Anwendung. Nachrangig ist der Anspruch mit dem niedrigeren Leistungssatz, bei gleichhohem Leistungssatz der Anspruch nach dem HHG (vgl § 16 Satz 1 HkG). Trifft es zu, daß der Kläger in dem letzten, 1984 keine drei Jahre zurückliegenden Bemessungszeitraum Dezember 1982 ein Arbeitsentgelt von 5.249,-- DM erzielt hat, das höchste Tarifgehalt des für den Kläger in Betracht kommenden Tarifvertrags bei Antragstellung im Dezember 1984 dagegen 3.334,-- DM betrug, wie das Arbeitsamt im Widerspruchsbescheid ausgeführt hat, dürfte der Anspruch nach dem AFG vorrangig, der Anspruch nach dem HHG dagegen der nachrangige sein. Denn während das dem Anspruch nach dem AFG zugrunde zu legende Arbeitsentgelt gemäß § 112 Abs 2, 3 und 9, § 112a AFG dann 1.280,-- DM in der Woche betrüge, wäre der Anspruch nach dem HHG gemäß § 15 HkG,

§ 112 Abs 7 und 9 AFG nach einem wöchentlichen Arbeitsentgelt von 770,-- DM zu bemessen, das aus den erwähnten tariflichen 3.334,-- DM zu entwickeln ist. Maßgeblich im Falle des § 112 Abs 7 AFG ist nämlich, sofern eine tarifliche Regelung vorliegt, nur das tarifliche Arbeitsentgelt am Tag vor dem Tag, für den das Alg bemessen wird (vgl dazu BSG SozR 4100 § 112 Nr 41), nicht das tarifliche Arbeitsentgelt der früheren Beschäftigung und in keinem Fall ein übertarifliches Arbeitsentgelt, wie im Widerspruchsbescheid angenommen worden ist.

Welcher Anspruch indessen tatsächlich nachrangig ist und deshalb gemäß § 16 Satz 2 HkG in bezug auf seine Dauer zu mindern ist, kann im gegenwärtigen Verfahrensstand dahingestellt bleiben. In jedem Falle kann der Kläger, nachdem er aufgrund der bisher vom Arbeitsamt ausgesprochenen Bewilligung für 260 Wochentage Alg bezogen hat, für weitere 52 Tage Alg beziehen, sofern er nach dem Bezug der 260 Wochentage weiterhin arbeitslos war und der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stand, weil er aus den am 27. Dezember 1984 erworbenen zwei Ansprüchen jedenfalls Alg für 312 Tage beziehen



kann. Ob diese Dauer beider Ansprüche zusammen sich aufgrund der mit dem AFG/RVÄndG eingefügten Übergangsvorschriften des § 242d AFG und des § 20 Abs 2 HkG darüber hinaus mit Wirkung vom 1. Januar 1985, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes, auf 468 Tage erhöht hat, ist mit Rücksicht auf den auf 312 Wochentage beschränkten Klagantrag nicht zu entscheiden. Der Senat beschränkt sich insoweit auf den Hinweis, daß bei der Schaffung der genannten Übergangsvorschriften möglicherweise die Fälle nicht beachtet worden sind, in denen der Berechtigte sowohl nach dem AFG als auch nach dem HkG Ansprüche auf Alg erworben hat, beide Ansprüche aber nur zusammen eine Dauer von 312 Tagen erreichen.

Hat der Kläger hiernach am 27. Dezember zwei Ansprüche auf Alg mit einer Dauer von zusammen jedenfalls 312 Wochentagen erworben, steht damit noch nicht fest, daß ihm, wie er es verlangt, das Alg für weitere 52 Tage zu zahlen ist. Das setzt nach § 100 Abs 1 AFG, wie schon erwähnt, ferner voraus, daß der Kläger nach Ausschöpfung der schon zuerkannten Bezugsdauer weiterhin an 52 Wochentagen arbeitslos war und der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stand. Insoweit fehlt es an Feststellungen, zu denen das LSG von seiner Rechtsauffassung her nicht veranlaßt war. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat daher verwehrt. Das angefochtene Urteil muß vielmehr aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das LSG zurückverwiesen werden, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

Für den Fall, daß dem Kläger noch Alg zu zahlen ist, wird darauf hingewiesen, daß dann auch noch über die Höhe des zu zahlenden Alg zu entscheiden sein wird. Aus der ausgesprochenen Bewilligung ergibt sich insoweit keine Bindung; denn die bisher bewilligte Höhe betraf lediglich die 260 Wochentage. Es wird daher zu prüfen sein, welcher der beiden Ansprüche 1984 tatsächlich der Anspruch mit dem höheren Leistungssatz war und welcher Anspruch nach 260 Wochentagen noch zu zahlen ist.

