

Bundessozialgericht

7 RAr 12/83

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 22. August 1984

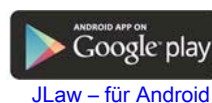
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozial-
gerichts Baden-Württemberg vom 25. Januar 1983 wird zurück-
gewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-2-

G r ü n d e :

I

Der Kläger wendet sich gegen die Versagung von Arbeitslosengeld (Alg).

Nach dem Studium der Chemie, das er 1976 in F. mit dem Diplom abschloß, war der Kläger vom Wintersemester 1976/77 bis Sommersemester 1979 an der Universität T. als ordentlicher Studierender immatrikuliert, um zu promovieren. Daneben war er als wissenschaftliche Hilfskraft tätig. Promotion und wissenschaftliche Hilfstätigkeit fanden im Rahmen eines Forschungsprogramms statt. Die Arbeitszeit des Klägers wurde durch mehrere befristete Arbeitsverträge geregelt. Sie betrug im Monat:

vom 1. 9. 1976 bis 30. 11. 1976	durchschnittlich	85	Stunden
vom 1. 12. 1976 bis 31. 12. 1977	"	86	"
im Januar 1978		80	"
vom 1. 2. 1978 bis 30. 6. 1979	"	86	"
im August 1978		86	"

Der Kläger hatte die Aufgabe, während der Vorlesungszeit Praktika zu betreuen; dies erforderte in der Regel einen Einsatz von deutlich mehr als 20 Stunden in der Woche. Als Ausgleich dafür konnte er sich in der vorlesungsfreien Zeit im wesentlichen ganz seiner Dissertation widmen.



-3-

Im Mai 1979 beendete der Kläger seine Betreuungstätigkeit, brachte seine eigenen Versuche und seine Doktorarbeit zu Ende und gab diese Anfang Dezember 1979 ab. Noch vor Weihnachten 1979 legte er die mündliche Prüfung ab. Seit dem 1. Juli 1980 ist der Kläger bei der Universität T. als wissenschaftlicher Angestellter beschäftigt.

Für die Zeit vom 1. Dezember 1976 bis 31. Dezember 1977 sowie vom 1. Februar 1978 bis 30. Juni 1978 führte die Universität T. Beiträge zur Arbeitslosenversicherung ab.

Am 5. September 1979 meldete sich der Kläger bei der Beklagten arbeitslos und beantragte Alg. Auf die Belehrung der Beklagten hin, daß er allenfalls Arbeitslosenhilfe (Alhi) beanspruchen könne, beantragte er Alhi. Durch Bescheid vom 8. November 1979 lehnte das Arbeitsamt den Antrag ab.

Den Widerspruch, mit dem der Kläger geltend machte, ihm stehe Alg zu, wies die Beklagte mit Bescheid vom 17. Dezember 1979 zurück; in der Begründung befaßte sie sich nur mit einem Anspruch auf Alhi. Mit seiner Klage begehrte der Kläger zunächst Alhi. Nachdem die Beklagte aber einwandte, er sei wegen des Einkommens seiner Ehefrau nicht bedürftig, verlangte er Alg. Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 9. Dezember 1980).

Während des Verfahrens über die Berufung des Klägers hat die Beklagte den Bescheid vom 5. November 1982 erlassen, in dem sie den Antrag des Klägers vom 5. September 1979 auf Gewährung von



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



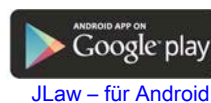
Alg ablehnte.

Durch Urteil vom 25. Januar 1983 hat das Landessozialgericht (LSG) die Berufung des Klägers zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die geänderten Anträge des Klägers stellten eine zulässige Klageänderung dar, da sie als sachdienlich zuzulassen sei und die Beklagte sich darauf eingelassen habe. Es fehle auch nicht an einem gem § 146 AFG erforderlichen Verwaltungsakt über den erhobenen Anspruch oder einem nach §§ 54 Abs 1, 78 Abs 1 Satz 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) vorgeschriebenen Vorverfahren. Obwohl sich die Beklagte im Ablehnungsbescheid vom 8. November 1979 nur mit dem Anspruch auf Alhi auseinander-gesetzt habe, sei darin zugleich eine Ablehnung von Alg zu sehen, da die im Bescheid genannten Gründe auch einem Anspruch auf Alg entgegenstünden. Entsprechendes gelte für den Widerspruchsbescheid. Wenn in diesem auch nicht ausdrücklich über einen Anspruch auf Alg entschieden worden sei, obwohl der Kläger ihn mit dem Widerspruch erhoben habe, so habe die Entscheidung der Beklagten in Wirklichkeit doch beide Ansprüche erfaßt und abgelehnt. Der Ablehnungsbescheid vom 5. November 1982 habe den Bescheid vom 8. November 1979 nur um die vollständige Begründung ergänzt und sei gem §§ 153 Abs 1, 96 SGG Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Ihn greife der Kläger ebenfalls in zulässiger Weise mit der Klage an.

Die Klage sei jedoch unbegründet. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Alg, da er innerhalb der Rahmenfrist keine beitragspflichtige Beschäftigung gem § 168 AFG ausgeübt habe. Bei seiner Tätigkeit



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



als wissenschaftliche Hilfskraft habe es sich um eine kurzzeitige Beschäftigung iS von § 102 AFG gehandelt, die gem § 169 Nr 6 AFG beitragsfrei gewesen sei. In den einzelnen Arbeitsverträgen sei jeweils eine monatliche Arbeitszeit von nicht mehr als 86 Stunden vereinbart worden. Wende man die in § 112 Abs 2 Satz 2 AFG angegebene Formel, nach der beim Alg das monatliche Arbeitsentgelt auf die Arbeitswochen verteilt werde, für die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend an (monatliche Arbeitszeit x 3 = 1/4 Jahr : 13 = Wochen im Vierteljahr), so ergebe sich eine wöchentliche Arbeitszeit von 19,85 Stunden, also weniger als 20 Stunden. Art, Ablauf und Umfang der vom Kläger zu verrichtenden Tätigkeit hätten von Anfang an festgelegt oder seien zumindest einschätzbar gewesen. Zeiten wesentlich größerer Arbeitsbelastung (während des Semesters) hätten mit Zeiten ohne solche (während der Semesterferien) in einem Maße abgewechselt, daß die vereinbarte Arbeitszeit im Durchschnitt nicht überschritten worden sei. Dies gelte sowohl insgesamt als auch für die jeweilige Dauer der einzelnen befristeten Arbeitsverhältnisse. In diesem Falle sei die im Arbeitsvertrag festgelegte monatliche Arbeitszeit maßgebend. Die eigene wissenschaftliche Fortbildung habe der Kläger neben der wissenschaftlichen Hilfstätigkeit nach dem Arbeitsvertrag nicht geschuldet. Aus den nach den Arbeitsverträgen geltenden Bestimmungen der §§ 15 Abs 1 Satz 1, 16, Abs 1 iVm §§ 7 und 9 Abs 1 sowie 17 Abs 1 der Reichsassistentenordnung ergebe sich, daß allein die zeitliche Inanspruchnahme durch die wissenschaftliche Hilfstätigkeit für die Beurteilung der Arbeitszeit maßgebend sei. Wie die in § 112 Abs 2 Satz 2 AFG enthaltene Formel zeige, sei bei der Berechnung des Entgelts pro Arbeitsstunde



nicht von der Zahl der Stunden auszugehen, die in dem Bemessungszeitraum konkret gearbeitet worden seien, sondern von einem monatlichen Durchschnittswert. Damit werde dem Umstand Rechnung getragen, daß ein Monatsentgelt in aller Regel ohne Rücksicht auf die im einzelnen Monat wirklich geleisteten Arbeitsstunden gezahlt werde und die durchschnittliche jährliche Arbeitsleistung abgelte. Die Vereinbarung einer monatlich gleichbleibenden Stundenleistung habe auch den Sinn, eine monatlich gleichbleibende Vergütung zu ermöglichen.

Eine im Gesetz vorgesehene Ausnahme von der Kurzzeitigkeit der Beschäftigung liege nicht vor. Vor- und Nacharbeiten seien nach eigenen Angaben des Klägers nicht ins Gewicht gefallen und hätten die wöchentliche Arbeitszeit in der Regel nicht auf mindestens 20 Stunden erhöhen können. Auch durch eine Rechtsvorschrift oder behördliche Anordnung iS von § 102 Abs 2 Nr 2 AFG sei die Arbeitszeit nicht beschränkt worden; denn darunter fielen nur solche Bestimmungen, die eine bestimmte - 20 Stunden nicht erreichende - wöchentliche Arbeitszeit allgemein verbindlich und unabhängig vom Willen der Beteiligten unmittelbar wirksam festlegten. Der Gesetzgeber habe bei dieser Bestimmung an solche Fälle gedacht, in denen der Schutz des Arbeitnehmers eine Beschränkung erfordere, obwohl in der Regel die Tätigkeit, die er ausübe, seine einzige Erwerbsquelle darstelle und trotz der Beschränkung der Arbeitszeit daneben andere Beschäftigungen nicht ausgeübt würden. Sinn der in § 102 Abs 2 AFG enthaltenen Regelung sei es, nur solche Arbeitnehmer in die Versicherungspflicht einzubeziehen, die entweder (wegen Vor- und Nacharbeiten) in Wirk-



lichkeit regelmäßig einen höheren Zeitaufwand als 20 Stunden hätten oder die eine die Versicherungspflicht auslösende Arbeitszeit nur deshalb nicht erreichen könnten, weil sie mit Rücksicht auf die Gefahren, die eine bestimmte Tätigkeit für sie habe, diese nicht solange ausüben dürften. Eine weitere Ausnahme bestehe dann, wenn ein Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis mit einer in der Regel mindestens 20-stündigen Arbeitszeit stehe, diese Arbeitszeit jedoch (wegen Arbeitsmangels oder wegen eingetretener Naturereignisse) vorübergehend nicht erreichen könne. In allen diesen genannten Fälle übe der Arbeitnehmer einen Hauptberuf aus, finde darin seine Existenzgrundlage, und es bleibe ihm daneben keine Zeit oder Kraft zu einer weiteren versicherungspflichtigen Tätigkeit von mindestens 20 Stunden wöchentlich. Es bestehe kein Anlaß, den Schutz der Arbeitslosenversicherung über den genannten Personenkreis hinaus auszudehnen.

Die Bestimmung von § 83 Abs 2 des Gesetzes über die Universitäten im Lande Baden-Württemberg (Universitätsgesetz -UG-) vom 22. November 1977 (GBl Baden-Württemberg 1977 S 473), auf der die Beschränkung der Arbeitszeit des Klägers beruhe, entspreche den oa Voraussetzungen nicht. Danach dürfe der Umfang der Inanspruchnahme der wissenschaftlichen Hilfskräfte und der Tutoren die Hälfte der Arbeitszeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters zwar nicht erreichen; damit lege sie jedoch selbst keine bestimmte Arbeitszeit fest. Die zulässige Arbeitszeit für wissenschaftliche Hilfskräfte ergebe sich deshalb aus dieser Bestimmung nur mittelbar. Überdies regele § 83 Abs 2 Satz 1 UG die Arbeitszeit der wissenschaftlichen Hilfskräfte an Universitäten nicht



verbindlich, sondern stelle nur eine Handlungsanweisung an die Universitätsbehörden dar, wissenschaftliche Hilfskräfte nicht in größerem Umfange "in Anspruch zu nehmen", ohne sich aber auf die Gültigkeit dagegen verstoßender Arbeitsverträge auszuwirken (vgl Palandt, BGB-Kommentar, 41. Aufl, § 134 Anm 1 und 2). Die Vorschrift wirke nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten, sondern wolle nur den Willen des einen Vertragspartners intern binden. Außerdem gelte die Vorschrift nur für die Tätigkeit von wissenschaftlichen Hilfskräften an Universitäten (in Baden-Württemberg), obwohl wissenschaftliche Hilfskräfte auch in anderen Bereichen beschäftigt würden. Schließlich sei es gerade Sinn der Regelung des § 83 Abs 2 UG, den wissenschaftlichen Hilfskräften eine andere, 20 Stunden erreichende oder übersteigende Tätigkeit zu ermöglichen, sei es die Fortsetzung des Studiums, die Promotion oder etwas anderes. Wie sich aus dem Bericht über die Beratungen des kulturpolitischen Ausschusses zu dem Entwurf des Universitätsgesetzes ergebe, sollten die wissenschaftlichen Hilfskräfte davon abgehalten werden, in der wissenschaftlichen Hilfstätigkeit eine Lebensstellung zu sehen und diese allein zum Broterwerb auszuüben (vgl LT/Drucks 7/2222 S 115 f, § 83).

Da somit schon gem § 169 Nr 6 AFG keine Beitragspflicht bestanden habe, könne offenbleiben, ob die Beschäftigung des Klägers, der als Doktorant immatrikuliert gewesen sei, auch nach §§ 169 Nr 1 AFG, 172 Abs 1 Nr 5 der Reichsversicherungsordnung (RVO) beitragsfrei gewesen sei.

Auch darauf, daß während der Anwartschaftszeit für insgesamt



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



18 Monate Beiträge entrichtet worden seien, lasse sich der vom Kläger erhobene Anspruch nicht stützen, da es nur darauf ankomme, ob eine "Beitragspflicht" bestanden habe. Ebenso wenig lasse sich ein Anspruch daraus herleiten, daß der Kläger auf die Richtigkeit einer Auskunft der Krankenkasse - er sei mit einer monatlichen Arbeitszeit von 86 Stunden in der Arbeitslosenversicherung versichert - vertraut habe. Damit könnte die Beklagte nicht zu einer gesetzwidrigen Leistung verpflichtet werden.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung von §§ 100, 102, 104 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG). Er trägt dazu vor: Aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Vorschrift lasse sich nicht herleiten, daß die Arbeitszeitbeschränkung sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben müsse, so daß auch im vorliegenden Falle § 102 Abs 2 Nr 2 AFG Anwendung finde. Daß § 83 Abs 2 UG keine wöchentliche Arbeitszeit für wissenschaftliche Hilfskräfte nenne, sondern an die Arbeitszeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter anknüpfe, sei unschädlich, da die Arbeitszeit der zuletzt genannten Personengruppe durch Tarifvertrag geregelt sei. Damit sei auch zugleich die Höchstarbeitszeit für wissenschaftliche Hilfskräfte verbindlich festgelegt. Die Arbeitszeitbeschränkung aus § 83 Abs 2 UG wirke sich unmittelbar für die wissenschaftlichen Hilfskräfte an Universitäten im Lande Baden-Württemberg aus, da der Bewerber keine längere wöchentliche Arbeitszeit fordern und die Universität keine längere Arbeitszeit zugestehen dürfe. Das reiche für den Tatbestand des § 102 Abs 2 Nr 2 1. Alternative AFG aus. Die vom Kläger ausgeübte Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist sei somit nicht als kurzzeitig



-10-

zu werten. Auch aus sonstigen Gründen habe eine Beitragsfreiheit nicht bestanden.

Der Kläger beantragt sinngemäß,
die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die
Beklagte unter Aufhebung der Bescheide vom 8. November
1979 und 5. November 1982 in der Gestalt des Wider-
spruchsbescheides vom 17. Dezember 1979 zu verurteilen,
ihm für die Zeit vom 5. September 1979 bis 30. Juni
1980 Alg. zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil des LSG für zutreffend und
schließt sich ihm im Ergebnis und inhaltlich an.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung
ohne mündliche Verhandlung durch Urteil gem § 124 Abs 2 SGG ein-
verstanden erklärt.

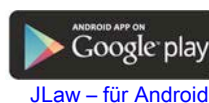
II

Die Revision des Klägers ist nicht begründet.

Die Klage ist zulässig, obwohl der Kläger zunächst einen Anspruch
auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) geltend gemacht und erst während des
Berufungsverfahrens statt dessen die Verurteilung der Beklagten



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



zur Gewährung von Alg begehrt hat. Es handelt sich insoweit um eine zulässige Klageänderung gem § 99 Abs 1 und 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), wie das LSG zutreffend erkannt hat. Die Voraussetzung des nach § 78 Abs 1 Satz 1 SGG erforderlichen Vorverfahrens für die vorliegende Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 und 4 SGG) ist ebenfalls erfüllt.

Zwar hat der Kläger bei seiner Arbeitslosmeldung am 5. September 1979 formell die Gewährung von Alhi beantragt; sein Antrag ist jedoch auch als Antrag auf Alg aufzufassen. Nach den insoweit bindenden Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) hat der Kläger ursprünglich Alg verlangt und erst nach entsprechender Belehrung der Beklagten den Antrag auf Alhi gestellt. Daraus ist ersichtlich, daß der Kläger die ihm zustehende Leistung begehren wollte, so daß es für die Annahme einer entsprechenden Antragstellung nicht darauf ankommt, welchen Vordruck der Kläger benutzt hat (vgl BSGE 49, 114, 115 ff = SozR 4100 § 100 Nr 5). Daß die Beklagte im Ablehnungsbescheid vom 8. November 1979 und im Widerspruchsbescheid ausdrücklich nur über einen etwaigen Alhi-Anspruch entschieden hat, obwohl der Kläger bereits im Widerspruchsverfahren wieder einen Alg-Anspruch geltend gemacht hat, ändert nichts daran, daß sie den Antrag insgesamt abgelehnt hat, wenn auch möglicherweise wegen des Alg mit einer teilweise falschen Begründung. Des während des Berufungsverfahrens von der Beklagten erlassenen Bescheides vom 5. November 1982, mit dem sie den Antrag des Klägers auf Alg vom 5. September 1979 auch ausdrücklich zurückgewiesen hat, hätte es somit nicht mehr bedurft. Das LSG hat zutreffend in diesem Bescheid nur eine Ergän-



-12-

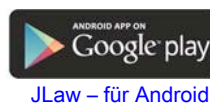
zung des Ablehnungsbescheides vom 8. November 1979 gesehen, der gem §§ 153 Abs 1, 96 SGG Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist.

Zu Recht hat das LSG nicht darüber entschieden, ob dem Kläger ein Anspruch auf Alhi zusteht; denn Streitgegenstand war nur noch der vom Kläger erhobene Anspruch auf Alg. Der Kläger hat nur die Ablehnung des Alg angefochten. Zwar hat er bei Klageerhebung noch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Alhi beantragt, nach dem gegnerischen Vorbringen jedoch seinen Klageantrag geändert und auch in seinem späteren Vorbringen - auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz - nur noch Alg begehrt. Die Ablehnung der Gewährung von Alhi ist mithin gem § 77 SGG bindend geworden, so daß gem § 123 SGG im Klageverfahren nur noch über den vom Kläger erhobenen Anspruch auf Alg zu entscheiden war (vgl BSG vom 12. November 1981 - 7 RAR 69/80 -).

Der geltend gemachte Alg-Anspruch scheitert daran, daß der Kläger nicht iS von §§ 100, 104 AFG die Anwartschaftszeit erfüllt hat. Nach § 104 Abs 1 AFG idF des 5. Gesetzes zur Änderung des AFG (5. AFG-ÄndG) vom 23. Juli 1979 (BGBl I S 1189) hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist 180 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat. Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind, unmittelbar voraus (§ 104 Abs 2 und 3 AFG).



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



Der Kläger hat sich am 5. September 1979 arbeitslos gemeldet und Alg beantragt. Die Rahmenfrist reicht daher vom 5. September 1976 bis 4. September 1979. In diesem Zeitraum hat der Kläger keine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt. Er war zwar während der Rahmenfrist bis zum 31. August 1979 als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität T. tätig, diese Tätigkeit konnte jedoch nach § 169 Nr 6 AFG wegen Kurzzeitigkeit keine Beitragspflicht auslösen.

Nach § 102 Abs 1 AFG ist eine Beschäftigung kurzzeitig, die auf weniger als 20 Stunden wöchentlich der Natur der Sache nach beschränkt zu sein pflegt oder im voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt ist. Das letztere ist hier der Fall. Nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG hatte der Kläger für seine Tätigkeiten als wissenschaftliche Hilfskraft in der Zeit zwischen September 1976 und August 1979 in sechs verschiedenen befristeten Arbeitsverträgen mit der Universität T. Beschäftigungszeiten von 80, 85 und 86 Stunden monatlich vereinbart. Es handelte sich dabei um Durchschnittswerte; ein jeweils im Semester höherer Arbeitseinsatz als der vertraglich vereinbarte sollte dadurch ausgeglichen werden, daß der Kläger während der Semesterferien im wesentlichen ohne Arbeitsbelastung an seiner Dissertation arbeiten konnte. Aus den Feststellungen des LSG ergibt sich ferner, daß der Kläger über die so vereinbarte Tätigkeit hinaus der Universität keine Arbeitsleistung schuldete, so daß die vereinbarten Monatsarbeitszeiten für die Berechnung der für die Anwendung des § 102 AFG maßgeblichen Wochenarbeitszeit maßgeblich sind. Folgt aber aus der Vereinbarung, daß schon nach der Natur der Beschäf-



tigung nicht in jeder Woche eine gleiche Arbeitszeit zurückzulegen ist und zurückgelegt wird und handelt es sich dabei nicht nur um gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer (§ 102 Abs 1 Satz 2 AFG), handelt es sich mithin um schwankende Arbeitszeiten, so kommt es auf den Durchschnitt der Wochenarbeitszeit an. Dies folgt, wie der Senat bereits mit näherer Begründung entschieden hat, aus dem Wesen der notwendigerweise vorausschauenden Betrachtung bei der Frage, ob eine Beschäftigung beitragspflichtig ist oder nicht (vgl BSG vom 19. Juni 1980 - 7 RAr 14/79 - veröffentlicht im Dienstblatt R der BA Nr 2652a zu § 104 AFG; s ferner Hennig/Kühl/Heuer, Komm z AFG, Anm 5 zu § 102 - Juli 1983 -; Krebs, Komm z AFG, RdNr 9 zu § 102 - Mai 1983 -; Schönfelder/Kranz/Wanka, Komm z AFG, RdNr 8 zu § 102 - August 1972 -; Eckert in Gemeinschaftskommentar z AFG, Abschn IV zu § 102 - Juli 1982 -). Dieser Durchschnitt ergibt für die Beschäftigungen des Klägers stets eine Wochenarbeitszeit von weniger als 20 Stunden. Dafür macht es keinen Unterschied, ob man für diese Feststellung von einem Dreimonatszeitraum ausgeht, wie es das LSG getan hat, und daraus, entsprechend der Regel des § 112 Abs 2 Satz 2 AFG (vereinbarte monatliche Arbeitszeit x 3 : 13) die wöchentliche Arbeitszeit ermittelt, oder ob man für jedes vom Kläger vereinbarte Arbeitsverhältnis die tatsächliche Zahl der Kalendertage und daraus die Anzahl der darin enthaltenen Wochen ermittelt, um so unter Berücksichtigung der insgesamt vereinbarten Beschäftigungszeiten die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit zu errechnen. Bei ersterer Methode ergibt sich ein Durchschnitt von 19,85 Wochenstunden, wie das LSG festgestellt hat; nach letzterer Methode könnte für den Kläger im günstigsten Falle, nämlich für



-15-

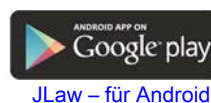
die Beschäftigung vom 1. Januar bis 30. Juni 1979, ein Durchschnitt von 19,95 Wochenstunden errechnet werden. Die in dieser Zeit liegenden 181 Kalendertage entsprechen nämlich 25,86 Wochen; bei Verteilung der (6 x 86 =) insgesamt 516 vereinbarten Arbeitsstunden auf 25,86 Wochen ergibt sich der oa Durchschnittswert. Mithin entfällt Beitragspflicht zur BA für alle in der Rahmenfrist liegende Beschäftigungswochen.

Die Kurzzeitigkeit der Beschäftigungen des Klägers als wissenschaftliche Hilfskraft ist nicht aus besonderen Umständen des vorliegenden Falles entfallen, wie das LSG zutreffend erkannt hat. In Betracht kämen allenfalls die Ausnahmetatbestände des § 102 Abs 2 AFG.

Nach § 102 Abs 2 Nr 1 AFG ist eine Beschäftigung abweichend von § 102 Abs 1 AFG dann nicht als kurzzeitig anzusehen, wenn sie zwar auf weniger als 20 Stunden wöchentlich beschränkt ist, aber zusammen mit der für die Ausübung erforderlichen Vor- und Nacharbeit die Arbeitskraft des Beschäftigten in der Regel mindestens 20 Stunden wöchentlich in Anspruch nimmt. Unter Vor- bzw Nacharbeiten sind Arbeiten außerhalb der arbeitsvertraglich gezählten Arbeitsstunden zu verstehen, die die eigentliche Beschäftigung erst vorbereiten bzw die nach der Ausübung der Beschäftigung - aber noch im Zusammenhang mit dieser - ausgeführt werden (vgl Schönfelder/Kranz/Wanka aaO RdNr 12; Krebs aaO RdNr 11). Da die vom Kläger als solche bezeichneten Tätigkeiten nach seinen eigenen Angaben nicht ins Gewicht fielen, wie das LSG bindend festgestellt hat, konnte es auch offenlassen, ob diese Tätigkeiten



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



-16-

überhaupt als Vor- bzw Nacharbeiten iS des § 102 AFG anzusehen sind.

Das LSG hat auch zu Recht das Vorliegen der in § 102 Abs 2 Nr 2 AFG genannten Voraussetzungen verneint. Danach gilt ua eine Beschäftigung nicht als kurzzeitig, wenn die Beschränkung darauf zurückzuführen ist, daß durch Rechtsvorschrift oder behördliche Anordnung eine Arbeitszeit von weniger als 20 Stunden wöchentlich vorgeschrieben ist. Zwar bestimmt § 83 Abs 2 Satz 1 UG, daß der Umfang der in Anspruchnahme von wissenschaftlichen Hilfskräften und Tutoren nicht die Hälfte der Arbeitszeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters erreichen darf, so daß sich bei einer tariflich geregelten Arbeitszeit von 40 Stunden in der Woche für die zuletzt genannten Personen (vgl § 15 BAT für Dienstverhältnisse der Angestellten bei öffentlichen Verwaltungen und -Betrieben vom 1. Februar 1977) eine zulässige Arbeitszeit von weniger als 20 Stunden pro Woche für die wissenschaftlichen Hilfskräfte errechnet. Der § 83 Abs 2 Satz 1 UG ist jedoch keine Rechtsvorschrift, die iS von § 102 Abs 2 Nr 2 AFG eine Beschränkung der Arbeitszeit von weniger als 20 Stunden wöchentlich vorschreibt. Ob dies schon daraus folgt, daß die Vorschrift eine höchstzulässige Arbeitszeit der Stundenzahl selbst unmittelbar gar nicht vorschreibt, sondern sie nur eine die Vertragspartner als solche nicht bindende interne Handlungsanweisung darstellt, wie das LSG angenommen hat, bedarf keiner Entscheidung. Ebenso bedarf es keiner Klärung, ob es sich bei der Auffassung des LSG zu diesen Fragen um die Auslegung von Landesrecht handelt, an die der Senat gebunden wäre (§ 162 SGG). Selbst wenn nämlich § 83 Abs 2 Satz 1



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

UG zwingend eine 20 Wochenstunden unterschreitende Arbeitszeit für wissenschaftliche Hilfskräfte und Tutoren vorschreibe, handelte es sich nicht um eine nach § 102 Abs 2 Nr 2 AFG die Kurzzeitigkeit entsprechender Beschäftigungen ausschließende Rechtsvorschrift. .

Der § 102 Abs 2 Nr 2 AFG erfaßt nämlich nur solche Rechtsvorschriften, die die wöchentliche Arbeitszeit eines Beschäftigten aus Gründen beschränkt, die auf sachgerechten Erwägungen zum Schutz des Arbeitnehmers vor schädlichen Folgen einer zeitlich längeren Beschäftigung beruhen. Grundsätzlich darf sich durch die angeordnete Beschränkung der Arbeitszeit und die der Anordnung zugrunde liegende Motivation der Charakter der Tätigkeit als einer solchen, die ein Arbeitnehmer im Hauptberuf ausübt, nicht verändern; denn nur ein solcher Ausgangspunkt könnte es hier - wie im Ergebnis übrigens auch bei den übrigen in § 102 Abs 2 Nr 2 AFG aufgeführten Tatbeständen - rechtfertigen, die betreffende Tätigkeit trotz einer Arbeitszeit von weniger als 20 Wochenstunden als Vollzeitbeschäftigung zu werten, die der Beitragspflicht zur BA zu unterliegen hat und die Anwartschaft auf einen versicherungsmäßigen Anspruch im Falle der Arbeitslosigkeit auslösen muß. Dies gilt zB für Einschränkungen durch Arbeits-, Jugend- oder sonstige Schutzbestimmungen.

Diese Auslegung des § 102 Abs 2 Nr 2 AFG folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift; sie ergibt sich jedoch aus ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer Funktion im System der Arbeitslosenversicherung. Der § 102 Abs 2 Nr 2 AFG geht zurück



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



auf eine Vorschrift im Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG), die durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 26. Juli 1930 zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände eingefügt wurde (vgl. RGBI 1930 I 311). Diese Vorschrift ergänzte § 75a Abs 2 Satz 1 AVAVG, der die geringfügige Beschäftigung definierte, um einen Satz 2 dahin, daß geringfügige Beschäftigungen von der Versicherungsfreiheit nach § 75a Abs 1 AVAVG ausgenommen wurden, wenn ua die kürzere Arbeitszeit durch Gesetz oder behördliche Anordnung vorgeschrieben war. Wie sich aus den Gesetzesmaterialien zu der Notverordnung ergibt (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AVAVG, IV. Wahlperiode 1928, Zu Nr 2198, Besonderer Teil, Zu Art I Nr 5 S 8), war dabei nur an vereinzelte Fälle gedacht und zur Erläuterung auf arbeitszeitbeschränkende Bestimmungen für Caisson- oder Bleiarbeiter hingewiesen worden, die wegen der Gefährlichkeit oder besonderen Anstrengung nicht während der vollen üblichen Arbeitszeit diese Tätigkeit ausüben konnten. Diese beispielhafte Aufzählung ist zwar nicht abschließend, zeigt aber, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschrift nur an eine Einschränkung der Arbeitszeit aus schutzrechtlichen Gründen gedacht hat. Die Vorschrift ist - abgesehen von einigen redaktionellen Änderungen - inhaltlich unverändert in das AFG übernommen worden.

Eine nicht in diesem Sinne einschränkende Auslegung des Begriffes "Rechtsvorschrift" würde gegen Sinn und Zweck des § 102 Abs 2 AFG verstoßen. Diese Vorschrift ist eine Ausnahme von Abs 1 des § 102 AFG, der zwar für sich gesehen nur den Begriff der Kurzzeitigkeit

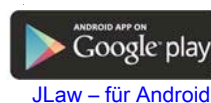


definiert, über die Regeln der Beitragspflicht und -freiheit (§§ 168, 169 Nr 6 AFG) und der Anwartschaftszeiterfüllung als Voraussetzung für den Anspruch auf Alg (§§ 100 Abs 1, 104 Abs 1 AFG) aber zugleich von der individuellen Beschäftigungszeit her den Personenkreis abgrenzt, der in das System zum Schutz gegen Arbeitslosigkeit einbezogen sein soll. Neben dem - selbstverständlichen - Ausgleich der Beitragsfreiheit einer kurzzeitigen Beschäftigung dokumentiert das Gesetz die dem kurzzeitig Beschäftigten fehlende Einordnung in den Kreis der versicherten Vollbeschäftigten dadurch, daß er versicherungstechnisch den Arbeitslosen zugerechnet wird (§ 101 Abs 1 Satz 1 AFG), er also neben der kurzzeitigen Beschäftigung die Versicherungsleistung Alg aus einer anderweitigen Anwartschaft beziehen kann, wenn auch unter teilweiser Verdienstanrechnung (§ 115 AFG).

Eine Durchbrechung dieser Grundsätze - dh die Einbeziehung der unter 20 Wochenstunden Beschäftigten in den Kreis der gegen Arbeitslosigkeit versicherten Arbeitnehmer - verlangt die Berücksichtigung der dargestellten Zusammenhänge. Es kann danach der Sinn des § 102 Abs 2 Nr 2 AFG nur darin liegen, diejenigen Arbeitnehmer in den Versicherungsschutz einzubeziehen, die (wegen Vor- oder Nacharbeiten) in Wirklichkeit regelmäßig einen die Kurzzeitigkeitsgrenze übersteigenden Arbeitsaufwand haben oder die auf Dauer eine die Versicherungspflicht auslösende Beschäftigungszeit wegen der besonderen Gefährlichkeit der Arbeit nicht erreichen dürfen bzw wegen besonders anstrengender Arbeit nicht erreichen können. Eine weitere Ausnahme besteht nur noch für die Arbeitnehmer, die nur vorübergehend wegen Arbeitsmangels oder



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

infolge von Naturereignissen nicht "vollzeitig" arbeiten können. Diese Personen üben in der Regel die durch § 102 Abs 2 AFG begünstigten Beschäftigungen als Hauptberuf aus, und es bleibt ihnen daneben grundsätzlich keine Zeit oder Kraft zu einer weiteren versicherungspflichtigen Tätigkeit.

Derartige Erwägungen liegen nach den Feststellungen des LSG den Arbeitszeitbeschränkungen gem § 83 Abs 2 UG nicht zugrunde. Zum einen soll den wissenschaftlichen Hilfskräften und Tutoren durch die Arbeitszeitbeschränkung gerade eine andere, mehr als kurzzeitige Tätigkeit ermöglicht werden, zB zur Fortsetzung ihrer wissenschaftlichen Ausbildung; der tatsächliche Verlauf der Beschäftigung des Klägers gibt dafür ein nachdrückliches Beispiel. Zum anderen sollte dadurch der Auffassung begegnet werden, diese Tätigkeit könne als Hauptberuf im Sinne einer Lebensstellung ausgeübt werden; es sollte gerade bewirkt werden, daß der "Arbeitsplatz" alsbald für nachrückende Hilfskräfte und Tutoren zur Verfügung steht. Arbeitsschutzrechtliche Motive sind darin nicht zu erblicken und spielten auch sonst keine Rolle.

Im übrigen stand es, da eine Promotion auch ohne gleichzeitige Ausübung einer Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft möglich ist, im freien Willen des Klägers, während der Vorbereitung und Fertigstellung seiner Dissertation nebenher als wissenschaftliche Hilfskraft weniger als 20 Stunden zu arbeiten und nicht in der Arbeitslosenversicherung versichert zu sein oder sich um eine Halbtagsbeschäftigung auf dem freien Arbeitsmarkt zu bemühen und dadurch die von ihm begehrte Absicherung im Falle der späteren,



einen Leistungsanspruch auch sonst begründenden Arbeitslosigkeit zu erlangen. Es besteht somit auch aus derartigen Gründen kein Anlaß, den Schutz der Arbeitslosenversicherung in Fällen der vorliegenden Art über den im Zusammenhang mit § 102 Abs 2 AFG genannten Personenkreis hinaus auszudehnen.

Entfällt die Beitragspflicht der in Rede stehenden Beschäftigungen des Klägers bereits nach § 169 Nr 6 iVm § 102 Abs 1 AFG und erfüllt er deshalb nicht die Anwartschaftszeit nach § 104 Abs 1 AFG, bedarf es keiner Erörterung mehr, ob Beitragsfreiheit noch aus anderen Gründen anzunehmen ist oder ob es an anderen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg fehlt.

Auf die tatsächliche Entrichtung von Beiträgen zur BA allein kann der Anspruch nicht wirksam gestützt werden. Die zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Alg (§ 100 Abs 1 AFG) gehörende Erfüllung der Anwartschaftszeit iS des § 104 Abs 1 AFG setzt die entsprechend lange Ausübung einer beitragspflichtigen Beschäftigung in der Rahmenfrist voraus. Ebenso wie es dem Anspruchserwerb nicht schadet, wenn trotz einer solchen Beschäftigung Beiträge nicht entrichtet worden sind, begründet allein die Entrichtung der Beiträge ohne beitragspflichtige Beschäftigung den Anspruch nicht.

Schließlich läßt sich der Anspruch des Klägers nicht daraus herleiten, daß er auf die Richtigkeit einer Auskunft der Krankenkasse vertraut habe, er sei bei einer monatlichen Arbeitszeit von 86 Stunden in der Arbeitslosenversicherung versichert. Zwar kann



die unrichtige Rechtsauskunft eines Versicherungsträgers diese verpflichten, auf Verlangen des Versicherten den Zustand herzustellen, der ohne die unrichtige Auskunft bestehen würde; jedoch kann mit einem solchen Herstellungsanspruch nur das verlangt werden, was in dem betreffenden Rechtsgebiet seiner Art nach zulässig und nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist (BSGE 49, 76; 50, 88, 91). Ungeachtet der Frage, ob die Beklagte überhaupt für eine unrichtige Auskunft der Krankenkasse einzustehen hätte (vgl dazu BSGE 51, 89, 94 ff), kann sich der Kläger in diesem Verfahren mithin deshalb nicht auf ein solches Geschehen berufen, weil es dazu führen soll, daß die Beklagte ihm Alg gewährt, obwohl er eine gesetzliche Voraussetzung dafür, nämlich die Anwartschaftszeit, nicht erfüllt. Die Geltendmachung eines Herstellungsanspruchs kann aber nicht zu der Verpflichtung eines Versicherungsträgers zu gesetzwidrigem Verhalten führen.

Ob dem Kläger wegen des behaupteten Fehlverhaltens der Krankenkasse gegen diese ein Schadensersatzanspruch zusteht, ist nicht vor den Sozialgerichten und nicht in diesem Verfahren zu prüfen.



Die Revision des Klägers muß nach allem mit der Kostenfolge aus
§ 193 SGG zurückgewiesen werden.



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

