

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 2/92

.....,

Kläger und Revisionskläger,

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 23. Juli 1992 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. O t t o und die ehrenamtliche Richterin W a x 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 des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 26. September 1991 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

Der Kläger erstrebt höheres Arbeitslosengeld (Alg) und höhere Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) war der 1961 geborene ledige Kläger von August 1983 bis zum 27. Juli 1984 bei der Firma B. , Motorräder, in R. beschäftigt. Im Anschluß daran bewilligte ihm das Arbeitsamt N. ab 28. Juli 1984 Alg für 104 Tage in Höhe von 50,40 DM wöchentlich, und zwar unter Zugrundelegung der Leistungsgruppe A (Steuerklasse I) und eines wöchentlichen Arbeitsentgelt von 80,-- DM. Dieses Arbeitsentgelt ist aus den Angaben der Arbeitsbescheinigung errechnet worden, denen zufolge der Kläger im Monat Juni 1984 bei einer tariflichen Arbeitszeit von 40 Stunden als Auszubildender ein Monatsgehalt von brutto 341,-- DM erzielt hat (Bescheid vom 25. September 1984, Widerspruchsbescheid vom 6. November 1984). Diese Bewilligung wurde bestandskräftig. Nach Erschöpfung des Alg-Anspruchs bezog der Kläger vom 27. November 1984 an Alhi in Höhe von 45,-- DM und ab 1. Juli 1985 in Höhe von 47,40 DM wöchentlich (Arbeitsentgelt seit dem 1. Juli 1985 85,-- DM).

Noch während des Beschäftigungsverhältnisses, nämlich mit Schreiben vom 24. Juli 1984, hatte der Kläger seinen Arbeitgeber aufgefordert, ihm anstatt der gewährten Ausbildungsvergütung für die Vergangenheit Hilfsarbeiterlohn in Höhe von insgesamt 17.943,95 DM nachzuzahlen. Der Arbeitgeber kam dieser Aufforderung nicht nach. Das Arbeitsgericht wies die Lohnklage ab. Das Landesarbeitsgericht (LAG) verurteilte den Arbeitgeber dagegen zur Zahlung von 8.305,85 DM nebst Zinsen; die weitergehende Klage wies auch das LAG zurück (Urteil vom 25. September 1986). Es begründete die Verurteilung des Arbeitgebers damit, daß der Kläger ab 1. Februar 1984 nicht mehr im Rahmen des zunächst beabsichtigten, dann aber mangels Ausbildungsbefugnis des Arbeitgebers fehlgeschlagenen Ausbildungsverhältnisses beschäftigt worden sei, so daß seine Arbeit zumindest ab 1. Februar 1984 als die eines Hilfsarbeiters entlohnt werden müsse. Das Urteil wurde rechtskräftig.

Am 3. März 1987 beantragte der Kläger, die Bewilligungsbescheide gemäß § 44 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) zu überprüfen. Diesen Antrag lehnte das Arbeitsamt mit der Begründung ab, die Bemessung sei zutreffend erfolgt; der nachträglich zugesprochene Arbeitsentgeltanspruch bleibe unberücksichtigt (Bescheid vom 21. Mai 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. Oktober 1987).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Aufhebung dieses Bescheids verurteilt, über den Überprüfungsantrag des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden; es hat die Berufung zugelassen (Urteil vom 3. September



1990). Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG dieses Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 26. September 1991).

Zur Begründung hat das LSG ausgeführt, die Beklagte habe zu Recht die begehrte Neubescheidung abgelehnt. Die ursprünglichen Bewilligungsbescheide seien rechtlich nicht zu beanstanden. Zum erzielten Arbeitsentgelt im Sinne von § 112 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) gehöre nicht der nachträglich erstrittene höhere Lohn. Arbeitsentgelt sei nicht schon erzielt, wenn es erarbeitet sei, ein einklagbarer Anspruch auf das Arbeitsentgelt bestehe oder ein Anspruch auf Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber anerkannt oder dieser Anspruch anderweit festgestellt sei. Maßgebend sei vielmehr der Bezug, wie das Bundessozialgericht (BSG) durch Urteil vom 18. April 1991 - 7 RAR 52/90 - näher dargelegt habe. Anhaltspunkte für eine unbillige Härte im Sinne des § 112 Abs 7 AFG lägen nicht vor, da der Kläger für die Dauer seines Beschäftigungsverhältnisses durchgehend den niedrigeren Lohn aus dem ursprünglich geschlossenen Ausbildungsvertrag erhalten habe. Daß im vorliegenden Falle die Differenz zwischen bezahltem und zustehendem Lohn erheblich größer sei als in dem Fall, den das BSG entschieden habe, sei unerheblich. Alg stelle faktisch Lohnersatz dar; unter diesem Aspekt spiele die Höhe des zu beanspruchenden Lohns keine Rolle. Ebenso helfe dem Kläger nicht, daß für den nachzuzahlenden Lohn Beiträge zur Arbeitslosenversicherung geleistet werden müßten. Ein strenges Äquivalenzprinzip herrsche in der Sozialversicherung gerade nicht; das Sozialstaatsprinzip sei jedenfalls dann gewahrt, wenn angemessener Ersatz für den erlittenen Ausfall gewährt werde; das sei hier durch die Berechnung der Leistung auf Grund tatsächlich erzielten Entgelts gesichert.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 112 AFG. Er macht geltend, der Auffassung des BSG, daß § 112 AFG auf den Bezug abstelle, könne nicht gefolgt werden. Hierbei handele es sich nicht um eine wörtliche und systematische, sondern um eine teleologische Gesetzesinterpretation, die der Problematik nicht gerecht werde. Das Gesetz stelle auf das Lohnniveau des Versicherten vor Eintritt der Arbeitslosigkeit ab. Es treffe eine Aussage über das Ausmaß des Alg, das unabhängig von Fehlern in der Lohnabrechnung zu erbringen sei. Weder der Gedanke der Rationalisierung des Gesetzesvollzugs noch die Bindung des Alg an das tatsächliche Lohnniveau rechtfertigten das Zuflußprinzip, soweit dies die Lohnverhältnisse im Bemessungszeitraum gegen die materielle Lohngerechtigkeit auszuspielen geeignet sei. Der bezweckten Sicherung bestehender Einkommensverhältnisse durch das Alg entspreche es, auch jene Einkommensbestandteile und -erwartungen einzubeziehen, die der Arbeitnehmer von Rechts wegen für sich reklamieren dürfe; sie seien nämlich von der Rechtsordnung dem Arbeitnehmer bestandssicher zugewiesen. Das krasse Mißverhältnis zwischen dem gezahlten Bruttolohn von 341,-- DM und dem von 1.800,93 DM, der dem Kläger zugestanden habe, zeige, daß nur eine sozialrechtstypische Betrachtung maßgeblich sei.



Es könne nicht hingenommen werden, daß die Höhe der Lohnersatzleistungen willkürlich davon abhängen, was der Arbeitgeber in eine falsche Lohnabrechnung eingetragen habe. Die Möglichkeit einer Schadensersatzklage gegenüber dem Arbeitgeber biete keinen ausreichenden Ersatz. Zumindest sei die Beklagte nach § 112 Abs 7 AFG gehalten, die Leistungen nach dem Tariflohn zu bemessen. Die in § 112 Abs 7 AFG angesprochene unbillige Härte sei bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber im Bemessungszeitraum die Zahlung tarifvertraglich gekürzt habe. Entsprechendes habe erst recht zu gelten, wenn der Bemessung ein rechtswidriges "alind", dh eine Entlohnung Auszubildender zugrunde gelegt worden sei.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des LSG die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und verweist auf das Urteil vom 18. April 1991 - 7 RAr 52/90 -. Zu Recht habe das LSG eine Anwendung des § 112 Abs 7 AFG abgelehnt. Zu vergleichen seien nach § 112 Abs 7 AFG neben der Höhe unterschiedlicher Entgelte auch die Dauer der Beschäftigungszeiten, in denen diese Entgelte erzielt worden seien. Entscheidend sei, daß die Beschäftigung bei der Firma B. in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung die überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit gewesen sei.

II

Die Revision, mit der der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des SG verfolgt, ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Ob die Beklagte gemäß § 44 SGB X, § 152 Abs 1 AFG über den Überprüfungsantrag des Klägers erneut zu entscheiden hat, kann auf Grund der vom LSG bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entschieden werden.

Nach § 44 Abs 1 Satz 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, daß bei seinem Erlass das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind. Ist die Rücknahme erfolgt, werden Sozialleistungen für einen Zeitraum bis zu vier Jahren vor der Rücknahme bzw vor dem Antrag auf Rücknahme erbracht (§ 44 Abs 4 SGB X). Abweichend von § 44 Abs 1 SGB X ist in Angelegenheiten des AFG der Verwaltungsakt lediglich mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen (§ 152 Abs 1 AFG).



Für die Vergangenheit, um die es vorliegend ausschließlich geht, kommt eine Rücknahme nur im Ermessenswege in Betracht (§ 152 Abs 1 2. Halbs AFG in der seit dem 1. Januar 1988 geltenden Fassung des Achten Gesetzes zu Änderung des AFG <8. AFGÄndG> vom 14. Dezember 1987, BGBl I 2602; für die Zeit davor § 44 Abs 2 SGB X; vgl BSGE 61, 184 = SozR 1300 § 44 Nr 26). Voraussetzung ist also, daß bei dem Bescheid vom 25. September 1984 (in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6. November 1984) und den Folgebescheiden das Recht unrichtig angewandt bzw von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden ist.

Das Arbeitsamt ist 1984 bei der Alg-Gewährung und 1987 bei der Überprüfung davon ausgegangen, daß dem Kläger nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bei der Firma B. nicht auf Grund eines früher erworbenen Stammrechts eine Leistung wegen Arbeitslosigkeit zustand, dem Kläger vielmehr Alg unmittelbar nach Erfüllung der Anwartschaftszeit zu bewilligen war. SG und LSG sind dem gefolgt; denn sonst hätten sie für die Bemessung des Alg nicht übereinstimmend darauf abstellen dürfen, was der Kläger bei der Firma B. zuletzt erzielt hat. Der Kläger hat allein durch die Beschäftigung bei der Firma B. in der Rahmenfrist die Anwartschaftszeit von 360 Tagen einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 104 Abs 1, § 168 Abs 1 Satz 1 AFG) erfüllt, wenn diese Beschäftigung, die nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LSG bis zum 27. Juli 1984 gedauert hat, am 1. August 1983 begonnen hat. Das ist zwar nach den Feststellungen des SG der Fall; das LSG hat indes einen bestimmten Tag im August 1983, an dem das Beschäftigungsverhältnis begonnen hat, nicht festgestellt. Dennoch folgt der Senat im Ausgangspunkt dem Arbeitsamt und den Vorinstanzen, da dieser auch von der Revision nicht beanstandet wird.

Die Höhe des dem Kläger hiernach zustehenden Alg richtet sich nach § 111 AFG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) geänderten Fassung. Nach § 111 Abs 1 Nr 2 AFG beträgt das Alg für einen Arbeitslosen ohne Kinder 63 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 112 AFG). Die Anlage 2 der AFG-Leistungsverordnung 1984 vom 13. Januar 1984 (BGBl I 49), in der für die verschiedenen Arbeitsentgelte nach Minderung um die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallenden gesetzlichen Abzüge und unter Berücksichtigung der Nettolohnersatzquoten die jeweiligen Leistungssätze ausgewiesen sind, sieht in der Leistungsgruppe A, der der Kläger gemäß § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst a AFG angehört (Lohnsteuerklasse I) für ein (wöchentliches) Arbeitsentgelt von 80,-- DM als Alg nach § 111 Abs 1 Nr 2 AFG die bewilligten 50,40 DM wöchentlich vor. Ein höheres Alg hätte der Kläger daher nur zu beanspruchen gehabt, wenn ihm Alg nach einem höheren Arbeitsentgelt als 80,-- DM zu zahlen wäre.



Nichts anderes gilt für die dem Kläger im Anschluß an das Alg zustehende Alhi. Deren Höhe beträgt für Arbeitslose ohne Kinder 56 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 136 Abs 1 Nr 2 AFG idF des Haushaltsbegleitgesetzes 1984). Arbeitsentgelt ist dabei das Arbeitsentgelt, nach dem sich zuletzt das Alg gerichtet hat (§ 136 Abs 2 Nr 1 AFG). In der Leistungsgruppe A sieht die Anlage 3 der AFG-Leistungsverordnung 1984 für ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 80,-- DM als Alhi nach § 136 Abs 1 Nr 2 AFG die bewilligten 45,-- DM wöchentlich vor. Gleiches gilt für die Anlage 3 der AFG-Leistungsverordnung 1985 vom 10. Januar 1985 (BGBl I 43). Für das - dynamisierte - Arbeitsentgelt von 85,-- DM sieht die letztgenannte Leistungsverordnung einen Leistungssatz nach § 136 Abs 1 Nr 2 AFG in Höhe von 47,40 DM vor. Eine höhere Alhi hätte der Kläger daher ebenfalls nur dann zu beanspruchen gehabt, wenn ihm von vornherein das Alg nach einem höheren Arbeitsentgelt als 80,-- DM zu zahlen wäre.

Arbeitsentgelt in diesem Sinne ist nach § 112 Abs 2 AFG (in der hier noch maßgebenden Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes <AFKG> vom 22. Dezember 1981, BGBl I 1497) grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Den Bemessungszeitraum, dh die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume (vgl § 112 Abs 3 AFG in der hier maßgebenden Fassung des AFKG), bildet nach den nicht angegriffenen Feststellungen des LSG der Monat Juni 1984. In dieser Zeit erzielte der Kläger ein Bruttoarbeitsentgelt von 341,-- DM. Da der Kläger einen Monatslohn bei einer 40-Stunden-Woche bezog, erzielte er im Bemessungszeitraum durchschnittlich etwa 1,97 DM in der Stunde (341,-- DM: 173,33 = 1,97 DM). Vervielfältigt mit 40, der Zahl der tariflichen Arbeitsstunden in der Woche, und gerundet auf den nächsten durch fünf teilbaren DM-Betrag (§ 112 Abs 9 AFG), ergibt das ein Arbeitsentgelt von 80,-- DM (341,-- DM: 173,33 x 40 = 78,96 DM).

Daß dem Kläger, wie das LAG später entschieden hat, für die Zeit ab Februar 1984 noch weitere 8.305,85 DM (brutto) zustanden, der Kläger also einen zusätzlichen Betrag im Bemessungszeitraum erarbeitet hatte, ist unerheblich. Denn der Berechnung des Alg wird nur dasjenige Arbeitsentgelt zugrunde gelegt, das erzielt und abgerechnet worden ist.

Mit § 112 Abs 2 und 3 AFG verfolgt das Gesetz das Ziel, das Alg an einem zeitnahen Lohnniveau auszurichten und außerdem eine rasche, einfache und endgültige Bestimmung des Bemessungsentgelts zu ermöglichen (BSG SozR 4100 § 112 Nr 5). Indem der Gesetzgeber prinzipiell das erzielte Arbeitsentgelt der letzten vor dem Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten

Lohnabrechnungszeiträume als maßgebend bezeichnet, hat er dafür Sorge getragen, daß der letzte auf Arbeitseinkommen gegründete Lebensstandard des Arbeitnehmers als Maßstab gilt (BSG aa0). Zugunsten des Bestrebens, unmittelbar nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis eine endgültige Feststellung des Alg vornehmen zu können, hat es der Gesetzgeber für gerechtfertigt gehalten, jene Teile des Arbeitseinkommens unberücksichtigt zu lassen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgerechnet sind; er hat es für ausreichend angesehen, von dem Stand des Arbeitseinkommens auszugehen, der in die bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erteilten Lohnabrechnungen eingegangen war (BSG aa0). Ist hiernach von dem Arbeitseinkommen auszugehen, das in die bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erteilten Lohnabrechnungen eingegangen war, kommt es auf ein höheres Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer von Rechts wegen für den Bemessungszeitraum zugestanden hat, nicht an. Deshalb wirken sich Lohnerhöhungen, die den Bemessungszeitraum erfassen, aber erst nach dem Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem Beschäftigungsverhältnis von den Tarif- bzw Arbeitsvertragsparteien vereinbart worden sind, auf die Höhe des Alg nicht aus (vgl RVA AN 1930, 48; BSGE 12, 55 = SozR Nr 2 zu § 90 AVAVG; BSG SozR 4100 § 112 Nr 3). Selbst Lohnerhöhungen, die noch vor dem Bemessungszeitraum vereinbart worden sind, sich in der letzten vor dem Ausscheiden vorgenommenen Lohnabrechnung aber nicht mehr niedergeschlagen haben, bleiben unberücksichtigt (BSG SozR 4100 § 112 Nr 5). Gleiches gilt, wenn nach dem Ausscheiden rückwirkend eine andere Lohnordnung zugrunde gelegt wird, der Arbeitgeber zB nachträglich einräumt, anstelle der auch nach erfolgreicher Gesellenprüfung gewährten und abgerechneten Lehrlingsvergütung den Tariflohn zu schulden, und diesen zur Auszahlung bringt (Urteil des Senats vom 16. März 1983 - 7 RAr 25/82 - Dienstblatt der Bundesanstalt für Arbeit - Rechtsprechung - AFG § 112 Nr 2847).

Die Frage, ob etwas anderes gilt, wenn der Arbeitnehmer im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Bezahlung noch im Laufe des Bemessungszeitraumes die ihm zustehende Entlohnung vergeblich verlangt hat, wie das nach Maßgabe des Urteils des LAG hier der Fall war, hat der Senat im Urteil vom 18. April 1991 (BSG SozR 3-4100 § 112 Nr 10) verneint. An der dort vertretenen Ansicht hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung seiner Ausführungen auf Grund des Revisionsvorbringens fest: Nach § 112 Abs 2 und 3 AFG hat das Arbeitsamt im Regelfall lediglich den Bemessungszeitraum zu ermitteln, das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt, allerdings abzüglich von Mehrarbeitszuschlägen und bestimmten Zuwendungen, die Anzahl von Arbeitsstunden, in denen der Arbeitslose das Arbeitsentgelt erarbeitet hat und die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit. Ob das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt an Hand der tatsächlich geleisteten Arbeit nach Maßgabe des Arbeitsvertrages und einschlägiger Tarifverträge richtig ermittelt worden ist, hat das Arbeitsamt hiernach nicht zu prüfen. Das ist auch bei anderen Sozialleistungen nicht Aufgabe von Sozialleistungsträgern und Sozialgerichten (BSGE 53, 58, 62 = SozR 2200 § 182 Nr 79).



§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG setzt voraus, daß das der Berechnung des Lohnfaktors des Bemessungsentgelts zugrunde zu legende Arbeitsentgelt "erzielt" worden ist. Erzielt ist das Arbeitsentgelt indes nicht schon dann, wenn es erarbeitet ist, ein einklagbarer Anspruch auf das Arbeitsentgelt besteht oder ein Anspruch auf Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber anerkannt oder dieser Anspruch anderweit festgestellt ist. Die Ansicht der Revision, erzielt seien auch Einkommenserwartungen, die dem Arbeitnehmer von der Rechtsordnung bestandssicher zugewiesen seien, geht fehl. Die Bestimmung des § 112 Abs 2 AFG stellt vielmehr auf den Bezug, nicht auf die Rechtsposition ab, wie sich aus dem verwendeten Wort "erzielt" ergibt. Die Rechtsprechung des Senats hat seit Jahren nur das Entgelt als erzielt angesehen, das dem Arbeitnehmer zugeflossen ist, so daß er darüber verfügen kann (vgl Urteil vom 10. Oktober 1978 - 7 RAr 57/77 - USK 78203; SozR 4100 § 112 Nr 11; Urteil vom 7. August 1979 - 7 RAr 17/78 - USK 79159; Urteil vom 10. Dezember 1981 - 7 RAr 6/81 -USK 81301; SozR 3-4100 § 112 Nr 10). Erarbeitetes Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer nicht zufließt, ist hiernach nicht erzielt (vgl SozR 4100 § 44 Nr 10; Urteil vom 14. August 1980 - 7 RAr 103/79 - USK 80169; SozR 4100 § 112 Nr 30; BSGE 64, 179, 181 = SozR 4100 § 112 Nr 43). Die sich hieraus ergebende Folge, daß nur das erzielte Arbeitsentgelt der Alg-Bemessung zugrunde gelegt wird, das abgerechnet ist, entspricht der Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit den Regelungen des § 112 Abs 2 und 3 AFG ua verfolgt hat, das Alg als Lohnersatzleistung nach dem tatsächlichen Lohnniveau der Versicherten, dem wirklich bezogenen Arbeitsentgelt, auszurichten. Das ausgezahlte Arbeitsentgelt, nicht der Lohnanspruch, den der Arbeitnehmer nicht durchsetzt oder jedenfalls bis zu dem Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis noch nicht durchgesetzt hat, bestimmt aber den Lebensstandard, dessen Beibehaltung in dem durch die Nettolohnersatzquote bestimmten Umfang das Alg sichern soll. Bloße Erwartungen und Aussichten, gerichtlich weitere Lohnansprüche auch für die Vergangenheit durchzusetzen, bestimmen entgegen der Ansicht der Revision den Lebensstandard in diesem Sinne nicht. Diese Handhabung unterbindet gleichzeitig Manipulationsversuche, bei denen der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitsamt einen höheren Arbeitsentgeltanspruch ausweist, als er tatsächlich geleistet hat oder zu leisten bereit ist.

Von jeher sind im übrigen in der Arbeitslosenversicherung die tatsächlichen Lohn- und Gehaltsverhältnisse im Bemessungszeitraum maßgebend gewesen (vgl RVA AN 1928, 119 und 1930, 48; BSGE 12, 55 = SozR Nr 2 zu § 90 AVAVG), die durch das Bruttoentgelt bestimmt werden, das dem Arbeitnehmer nach Abzug der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge zur Verfügung gestellt wird. Hieran hat das AFG nichts geändert (vgl Begründung zu § 101 Abs 2 bis 4 AFG - Entwurf, BT-Drucks V/2291 S 80 ff). Auch die durch das AFKG wieder aufgehobene Regelung des § 112 Abs 2 Sätze 3 und 4 durch Art II § 2 Nr 10 des Gesetzes vom 18. August 1980 (BGBl I 1469), nach der bestimmte wiederkehrende Zuwendungen mit dem auf eine Woche entfallenden



Anteil auch dann berücksichtigt wurden, wenn die Zuwendung nicht im Bemessungszeitraum zu zahlen war, ging davon aus, daß an sich nach § 112 Abs 2 AFG nur solches Arbeitsentgelt erzielt ist, das dem Arbeitnehmer im bzw für den Bemessungszeitraum gezahlt worden ist (vgl Begründung zu § 112 Abs 2 Sätze 3 und 4 AFG, BT-Drucks 8/4022 S 90). Ebenso hat die anlässlich der Erweiterung des Bemessungszeitraums für Sonderfälle im Interesse der Rechtsklarheit vorgenommene redaktionelle Neufassung des § 112 AFG durch das 8. AFGÄndG auf das Arbeitsentgelt abgestellt, das der Arbeitslose im - zuletzt vor dem Ausscheiden abgerechneten - Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Woche "erzielt" hat (§ 112 Abs 1 AFG nF). Angesichts der Kritik an der Rechtsprechung des Senats zu § 112 AFG, die meint, daß nicht das zugeflossene, sondern das erarbeitete Arbeitsentgelt, also der bloße Anspruch, maßgebend sein soll (so insbesondere Gagel, AFG, Stand Mai 1991, § 112 Rz 108 ff), und angesichts des Umstands, daß die Rechtsprechung des Senats zu der Frage, wann iS des § 115 AFG Arbeitseinkommen erzielt wird (BSG SozR 4100 § 115 Nr 1), den Gesetzgeber veranlaßt hat, im Siebten Gesetz zur Änderung des AFG vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) den § 115 AFG unter Vermeidung des Wortes "erzielen" neu zu fassen, um bei der Anrechnung von während der Arbeitslosigkeit erarbeitetem Arbeitsentgelt auf das Alg sozialpolitisch unerwünschte Ergebnisse zu verhindern (vgl Begründung zur Neufassung des § 115 AFG, BT-Drucks 10/3923 S 23), kann dies nur dahin verstanden werden, daß auch künftig der Bemessung des Alg nur abgerechnetes und erzielter, nicht auch schon erarbeiteter Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist.

Daß das Bemessungsentgelt wegen der Anbindung an die Lohnbedingungen in dem verhältnismäßig kurzen Bemessungszeitraum und dessen Bestimmung nach den zuletzt abgerechneten Lohnabrechnungszeiträumen von Zufälligkeiten abhängen kann, berücksichtigt das Gesetz. Es hat nämlich durch die Vorschrift des § 112 Abs 7 AFG, auf deren Anwendung im vorliegenden Falle noch zurückzukommen ist, für den Fall Vorsorge getroffen, daß der Arbeitnehmer gerade in dem verhältnismäßig kurzen Bemessungszeitraum ein wesentlich geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, als es seiner eigentlichen, während eines längeren Zeitraums ausgeübten beruflichen Tätigkeit entsprochen hätte.

Auch in anderen Zusammenhängen, in denen es bei der Bemessung von Sozialleistungen auf die Höhe des Arbeitsentgelts ankommt, hat das BSG übrigens nur auf das abgerechnete und im Bemessungszeitraum tatsächlich gezahlte Arbeitseinkommen abgestellt und nicht auf bloß errechnete Ansprüche (vgl BSGE 52, 102 = SozR 2200 § 182 Nr 75; SozR 2200 § 1241 Nrn 3, 4, 15, 18, 30). Dabei ist ua betont worden, eine Bemessung der lohnersetzen Sozialleistung an errechneten Arbeitsentgeltansprüchen anstelle des effektiv erzielten Arbeitslohns werde der Unmittelbarkeit des Lohnersatzes nicht mehr Rechnung tragen; eine solche Systemänderung sei dem Gesetzgeber vorbehalten (BSGE 52, 102, 105 = SozR 2200 § 182 Nr 75).



Die Auffassung, bei der Bemessung von Alg sei jedweder Fehler in der Lohnabrechnung des Arbeitgebers zu berichtigen (vgl Pitschas SGB 1990, 208, 209), kann sich hiernach nicht auf das Gesetz und dessen Bemessungsmaßstäbe stützen. Sie würde letztlich zu einer - staatlichen - Überprüfung des Lohnanspruches des Arbeitslosen im Bemessungszeitraum durch die Arbeitsämter führen und Streitigkeiten über den richtigen Lohn als Vorfrage von den Arbeitsgerichten auf die Sozialgerichte verlagern, ohne daß an diesen Entscheidungen die Arbeitgeber zwingend zu beteiligen wären und die Ergebnisse die Arbeitgeber binden könnten. Den Arbeitsämtern wäre auch keine einfache, allein nach Maßstäben des AFG zu erfolgende Bestimmung des Bemessungsentgelts möglich, die Bestimmung des Bemessungsentgelts könnte auch nicht rasch erfolgen, weil das Arbeitsamt zunächst erst den richtigen Lohn ermitteln müßte. Ließe man Ausnahmen zu, müßte ferner befürchtet werden, daß die anlässlich der ersten Alg-Bewilligung vorgenommene Bestimmung des Bemessungsentgelts nicht endgültig wäre; jedenfalls wenn der Arbeitnehmer wegen eines Arbeitsentgeltanspruchs das Arbeitsgericht angerufen hat und dieses zu einem anderen Ergebnis als das Arbeitsamt gekommen ist, muß mit Versuchen gerechnet werden, nachträglich die Höhe des Alg neu zu bestimmen. Gegen eine Ausnahme spricht schließlich, daß auch der Arbeitnehmer, in dessen letzten Abrechnungen eine beschlossene Lohnerhöhung nicht mehr eingegangen ist, in Kauf nehmen muß, daß das Alg nach einem Arbeitsentgelt bemessen wird, das seinem wahren Anspruch auf Arbeitsentgelt im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem letzten Beschäftigungsverhältnis nicht entsprach (BSG SozR 4100 § 112 Nr 5). Etwas anderes ergibt sich auch nicht in Fällen, in denen der tarifgebundene Arbeitgeber gegenüber dem tarifgebundenen Arbeitnehmer eine tarifliche Vorschrift nicht beachtet, oder wenn eine tarifliche Vorschrift unbeachtet geblieben ist, die für allgemeinverbindlich erklärt worden ist, oder wie im vorliegenden Fall, wenn der Arbeitgeber eine der tatsächlichen Beschäftigungsart nicht entsprechende Lohnordnung zugrunde gelegt hat (hier Ausbildungsvergütung statt Hilfsarbeiterlohn).

Im vorliegenden Fall kommen auch die Ausführungen nicht zum Zuge, die der Senat in SozR 4100 § 112 Nr 5 hinsichtlich der Berücksichtigung einer falschen Lohnabrechnung gemacht hat. Dort ist ausgeführt worden, daß das für den abgerechneten Lohnabrechnungszeitraum geltende Gehaltsniveau maßgebend ist, auch wenn es fehlerhaft berechnet worden sei, dann allerdings in der richtig berechneten Höhe. Wie der Senat bereits im Urteil vom 18. April 1991 (SozR 3-4100 § 112 Nr 10) ausgeführt hat, kann dahingestellt bleiben, ob hieran uneingeschränkt festzuhalten ist. Gemeint waren seinerzeit lediglich einfache Fehler der Abrechnung, die der Arbeitgeber alsbald berichtigt, nicht Korrekturen, zu deren Vornahme der Arbeitgeber erst durch einen Rechtsstreit über die Anwendbarkeit tariflicher Vorschriften oder der maßgeblichen Lohnordnung veranlaßt werden muß.



Dem Kläger ist hiernach das Alg zu Recht nach dem Arbeitsentgelt von 80,-- DM wöchentlich bewilligt worden, wenn sich nicht aus § 112 Abs 7 AFG etwas anderes ergibt. Nach dieser Vorschrift ist von dem am Wohnsitz des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen Arbeitsentgelts derjenigen Beschäftigten auszugehen, für die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt, wenn es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelten Arbeitsentgelt auszugehen. Das LSG hat einen Härtefall schon deshalb verneint, weil der Kläger für die Dauer seines - knapp einjährigen - Beschäftigungsverhältnisses durchgehend die niedrigere Ausbildungsvergütung bekommen habe. § 112 Abs 7 AFG setzt aber voraus, daß das nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelte Bemessungsentgelt in einem Mißverhältnis zu dem Entgelt steht, das der Arbeitslose aus der innerhalb der letzten drei Jahre vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielt hat (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 28). Die Argumentation des LSG träfe zu, wenn der Kläger in den letzten drei Jahren ausschließlich in dem Beschäftigungsverhältnis bei der Firma B. gestanden hätte, wie das von der Beklagten im Revisionsverfahren vorgetragen wird. Hätte der Kläger davor aber zB nur etwas mehr als ein Jahr Hilfsarbeiterlohn innerhalb des Drei-Jahres-Zeitraumes erzielt, wäre angesichts des deutlich höheren Hilfsarbeiterlohns eine Härte zu bejahen (vgl BSGE 63, 153, 161 = SozR 4100 § 112 Nr 39). Was der Kläger aber vor August 1983 getan hat, ist den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen. Das Urteil des LSG enthält keine Ausführungen zum beruflichen Lebensweg des Klägers bis August 1983. Ob § 112 Abs 7 AFG Platz greift, kann daher auf Grund der bisher vom LSG getroffenen Feststellungen nicht abschließend beantwortet werden.

Eine entsprechende Anwendung des § 112 Abs 7 AFG, wie sie der Kläger fordert, kommt allerdings nicht in Betracht. Sie widerspräche dem Grundgedanken der Härteklausele. Diese besteht nämlich darin, einen Ausgleich für die Fälle zu schaffen, in denen der Arbeitnehmer gerade in dem verhältnismäßig kurzen Bemessungszeitraum ein wesentlich geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, als es seiner eigentlichen, während des längeren Zeitraums ausgeübten beruflichen Tätigkeit entsprochen hätte (BSG SozR Nr 5 zu § 90 AVAVG; BSGE 53, 186, 191 = SozR 4100 § 112 Nr 20). Das setzt eine berufliche Tätigkeit während eines längeren Zeitraums und - grundsätzlich - einen entsprechend höheren Lohn voraus.

Die Revision muß daher gemäß § 170 Abs 2 AFG zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das LSG führen, damit das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen trifft und auf Grund der neuen Feststellungen erneut entscheidet.



Bei der erneuten Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)