

Urteil

in dem Rechtsstreit

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 ohne mündliche Verhandlung am 1. August 1978 durch die Richter H e n n i g , B e n d e r und Dr. D a n c k w e r sowie die ehrenamtlichen Richter D o y é und W o l f f für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 13. Dezember 1976 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes (Alg) und der Arbeitslosenhilfe (Alhi) des Klägers auch 300,-- DM zu berücksichtigen sind, die er monatlich zusätzlich zu seinem Gehalt in seiner letzten Beschäftigung erhalten hat und die die Beklagte als Überstundenvergütung, der Kläger dagegen als Erschwerniszulage ansieht.

Der Kläger stand zuletzt vom 1. Juli 1973 bis 31. Dezember 1973 in einem Beschäftigungsverhältnis als Erzieher. Neben seinem Gehalt, das zuletzt 2.161,62 DM brutto monatlich betrug, hatte er seit September 1973 eine Pauschale in Höhe von monatlich 300,-- DM erhalten. Die betriebsübliche regelmäßige Arbeitszeit hatte wöchentlich 42 Stunden betragen. Am 3. Januar 1974 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte Alg.

Mit Bescheid vom 6. Februar 1974 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab 1. Januar 1974 Alg nach einem Einheitslohn von wöchentlich 500,-- DM. Bei der Berechnung des Alg ließ die Beklagte die Pauschale außer Betracht, die der Kläger damals selbst als Überstundenpauschale bezeichnet hatte. Gegen den Bescheid erhob der Kläger Widerspruch, mit dem er unter anderem die Höhe des Alg beanstandete.

Nachdem der Anspruch auf Alg am 8. April 1974 erschöpft war, beantragte der Kläger am 28. Mai 1975 die Zahlung von Alhi. Seine Ehefrau bezog zu dieser Zeit Krankengeld. Mit Bescheid vom 4. Juni 1974 lehnte die Beklagte den Antrag auf Alhi ab. Das anzurechnende Einkommen der Ehefrau übersteige trotz Berücksichtigung des gesetzlichen Freibetrages in Höhe von

- 3 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

75,-- DM wöchentlich den Betrag, der dem Kläger ohne dieses Einkommen als Alhi zugestanden hätte. Er sei daher nicht bedürftig. Die Beklagte ging auch bei der Berechnung der Alhi von einem wöchentlichen Einheitslohn von 500,-- DM aus, wobei sie die Pauschale außer Betracht ließ. Auch gegen diesen Bescheid erhob der Kläger Widerspruch.

Der Arbeitgeber des Klägers teilte der Beklagten unter dem 21. Juni 1974 auf Anfrage mit, bei Festsetzung der Höhe der Pauschale (Überstundenpauschale) von monatlich 300,-- DM sei eine Zahl von 30 zu leistenden Überstunden im Monat zugrunde gelegt worden. Mit zwei Widerspruchsbescheiden vom 18. Juli 1974 wies die Beklagte die Widersprüche gegen die Bescheide vom 6. Februar und 4. Juni 1974 zurück und führte aus: Das Alg des Klägers sei unter Außerachtlassung aller Abgeltungen für Mehrarbeit und Überstunden nach dem regelmäßigen gleichbleibenden monatlichen Gehalt von 2.161,62 DM errechnet worden. Dabei habe sich ein durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzieltetes Arbeitsentgelt von 11,87 DM ergeben, das zur Bemessung des Alg und der Alhi nach einem Einheitslohn von 500,-- DM geführt habe. Bei Berücksichtigung der Überstundenpauschale von monatlich 300,-- DM hätten bei der Berechnung des Alg und der Alhi auch die diesem Betrag zugrunde liegenden 30 Überstunden pro Monat mitberücksichtigt werden müssen. Da die Überstundenpauschale auf einem durchschnittlichen Stundenlohn von lediglich 10,-- DM basiere, wäre das für den Kläger ungünstiger gewesen.

Inzwischen hatte der Kläger am 4. Juli 1974 erneut Alhi beantragt, nachdem der Krankengeldbezug seiner Ehefrau am 3. Juli 1974 abgelaufen war. Mit Bescheid vom 10. Juli 1974 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab 4. Juli 1974 Alhi nach einem Einheitslohn von wöchentlich 500,-- DM.

- 4 -



- 4 -

Der Kläger erhob gegen die Widerspruchsbescheide vom 18. Juli 1974 jeweils Klage und das Sozialgericht (SG) verband die beiden Klagen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. Auf Anfrage des Gerichts betonte der ehemalige Arbeitgeber des Klägers, der Überstundenpauschale hätten 30 Überstunden monatlich zugrunde gelegen. Richtig sei, daß der Kläger nicht so viele Überstunden geleistet habe.

Das SG hat die angefochtenen Bescheide sowie den Bescheid vom 10. Juli 1974 abgeändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. Januar bis 8. April 1974 Alg, sowie ab 9. April 1974 Alhi nach einem Einheitslohn von wöchentlich 570,-- DM zu zahlen. Es hat die Berufung zugelassen.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz unter Beweisantritt vorgetragen, bei den 300,-- DM habe es sich nicht um eine Überstundenvergütung gehandelt, sondern um eine Abgeltung für tatsächlich vorhandene Mehrbelastung, unabhängig von der zu leistenden Stundenzahl. Im W D -

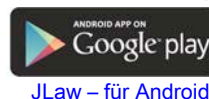
, wo er als Erzieher gearbeitet habe, habe es Gruppenhäuser mit sechs und Häuser mit vier Erziehungskräften gegeben. Nur die Erzieher in den Gruppenhäusern mit vier Planstellen hätten die Zulage von 300,-- DM monatlich erhalten, die als Überstundenpauschale deklariert worden sei. Das habe bei der Dienstenteilung zur Folge gehabt, daß im Wochenenddienst innerhalb der regulären Dienstzeit von damals 42 Stunden während einer Schicht nur ein Erzieher für den Gruppendienst zur Verfügung gestanden habe, während in den anderen Häusern auch über das Wochenende in den Hauptzeiten zwei Erziehungskräfte Dienst getan hätten. Die 300,-- DM hätten den Sinn gehabt, die erhöhte psychische und physische Belastung der Erzieher während der normalen Arbeitszeit gegenüber den Kollegen in den Häusern mit sechs Planstellen auszugleichen. Diese Zahlung sei auch während der Urlaubszeit

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

oder bei Krankheit erfolgt, so daß nicht eine bestimmte Stundenzahl damit hätte abgegolten werden sollen. Die 300,-- DM stellten somit eine Erschwerniszulage dar.

Mit Urteil vom 13. Dezember 1976 hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es hat dazu im wesentlichen ausgeführt:

Es könne dahinstehen, ob die Überstundenpauschale in Höhe von 300,-- DM bei der Ermittlung des erzielten Arbeitsentgeltes außer Betracht bleibe, weil es sich um eine "einmalige Zuwendung" handele (§ 112 Abs 2 Satz 3 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-) oder ob sie nach § 112 Abs 2 Satz 2 AFG als tatsächlich erzielttes Arbeitsentgelt mit zu berücksichtigen sei. Denn selbst wenn man letzteres annehmen würde, könnte dies nichts zu einem höheren Einheitslohn als 500,-- DM führen, wie er der Berechnung des Alg und der Alhi bereits zugrunde liege. Denn bei einer regelmäßigen Mehrarbeit, wie sie hier geleistet worden sei, wäre das im Bemessungszeitraum erzielte Gesamtentgelt der gem § 112 Satz 2 Abs 2 AFG errechneten Zahl von Arbeitsstunden zuzüglich der Mehrarbeitsstunden gegenüber zu stellen. Die Zahl der für die maßgebliche Zeit zu berücksichtigenden Mehrarbeitsstunden wäre mit 30 im Monat zu bewerten, auch wenn man berücksichtige, daß der Kläger im Dezember 1973 tatsächlich keine Überstunden geleistet habe. Daß der Überstundenpauschale 30 Stunden zugrunde gelegen hätten, ergebe sich aus den Auskünften des Arbeitgebers an die Beklagte und an das SG. Weitere Ermittlungen in dieser Richtung erschienen deshalb nicht erforderlich, zumal der Kläger konkret keine geringere Zahl der durchschnittlich angefallenen Mehrarbeitsstunden angegeben habe. Würde man die dem Pauschale zugrunde liegenden 30 Überstunden pro Monat der vereinbarten Arbeitszeit von 42 Stunden wöchentlich nicht hinzurechnen, so würde das zu einer Begünstigung der Arbeitslosen führen, deren Arbeitsentgelt nach Monaten bemessen sei, gegenüber solchen Arbeitslosen, deren Arbeitsentgelt auf andere Weise berechnet werde. Das wäre aber mit dem Grundgedanken des § 112 Abs 2 AFG nicht vereinbar.



- 6 -

Mit der zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und des § 112 Abs 2 AFG. Das LSG habe sich lediglich auf schriftliche Auskünfte des Arbeitgebers bezogen, ohne seinen, des Klägers, Vortrag zu berücksichtigen, mit dem er unter Beweisantritt dargelegt habe, daß es sich bei dem Pauschale um eine Erschwerungszulage und nicht um eine Überstundenvergütung gehandelt habe. Der Begriff "Überstundenpauschale" habe lediglich als Etikett für die Zulage gedient, mit der in Wirklichkeit die Mehrbelastung einzelner Erzieher während der regulären Arbeitszeit habe abgegolten werden sollen. Die vom Arbeitgeber pauschal angegebene Zahl von 30 Überstunden sei rein fiktiv gewesen. Diese Stunden seien tatsächlich niemals geleistet worden.

Die Auslegung des § 112 Abs 2 AFG durch das Berufungsgericht sei auch sonst nicht zutreffend. Der Gesetzgeber habe gerade nur auf die regelmäßig vereinbarte Arbeitszeit abstellen und Schwankungen durch Überstunden vermeiden wollen. Regelmäßig über einen längeren Zeitraum hinweg geleistete Überstunden seien gewöhnlich durch eine entsprechende Vereinbarung abgedeckt und dann nicht mehr als Überstunden, sondern als regelmäßige Arbeitszeit anzusehen. An einer solchen Vereinbarung habe es in vorliegendem Falle aber gerade gefehlt.

Der Kläger beantragt,
das angefochtene Urteil aufzuheben und die
Berufung der Beklagten gegen das Urteil des
SG Kassel vom 13. Mai 1975 zurückzuweisen.

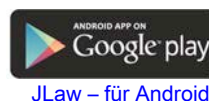
Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

- 7 -



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



-7 -

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

II

Die Revision ist in dem Sinne begründet, daß das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen ist.

Gegenstand des Rechtsstreits sind nicht nur die Bescheide vom 6. Februar 1974 und 4. Juni 1974 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 18. Juli 1974, sondern auch der Bescheid vom 10. Juli 1974, der den Bescheid vom 4. Juni 1974 abgeändert hatte, indem er die Alhi des Klägers, die bisher wegen des Einkommens seiner Ehefrau weggefallen war, neu berechnete. Dieser Bescheid wurde bereits gem § 86 SGG Gegenstand des Vorverfahrens und gelangte auf diese Weise mit in das gerichtliche Verfahren.

Ob der Kläger einen Anspruch auf Alg und auf Alhi hat, der das Entgelt von 300,-- DM mitberücksichtigt, die der Kläger im Berechnungszeitraum zusätzlich erhielt, ist aufgrund der festgestellten Tatsachen noch nicht zu entscheiden. Gem § 111 AFG berechnet sich das Alg nach dem Entgelt, das der Arbeitslose vorher bezogen hatte. Arbeitsentgelt ist dabei das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt, vervielfacht mit der sich aus der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ergebenden Zahl der Arbeitsstunden im Bemessungszeitraum. Arbeitsentgelt, das nach Monaten bemessen ist, gilt als in der Zahl von Arbeitsstunden erzielt, die sich ergibt, wenn die Zahl der vereinbarten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden mit 13

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 8 -

vervielfacht und durch 3 geteilt wird (§ 112 Abs 2 AFG). Nach dieser Berechnungsweise ist gem § 136 Abs 2 Nr 1 AFG auch bei der Bestimmung der Anschluß-Alhi nach § 134 Abs 1 Nr 4 Buchstabe a AFG vorzugehen, um die es im vorliegenden Falle ebenfalls geht. Wie das LSG richtig ausgeführt hat, müssen Überstunden, wenn sie vereinbarungsgemäß und regelmäßig geleistet werden, der Normalarbeitszeit hinzugezählt werden. Sowohl das dafür gezahlte Entgelt wie auch die Zahl der Stunden sind bei der Feststellung des durchschnittlich erzielten Arbeitsentgeltes zu berücksichtigen.

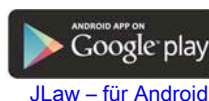
Ob es sich bei der Pauschale von 300,-- DM, die der Kläger monatlich bezogen hat, jedoch um eine Überstundenvergütung gehandelt hat, steht nicht fest. Zwar hat das LSG in tatsächlicher Hinsicht dies aus den Auskünften des Arbeitgebers des Klägers gegenüber der Beklagten und dem SG geschlossen. Der Kläger hat jedoch unter Beweisantritt vorgetragen, daß es sich bei der Bezeichnung der Pauschale als Überstundenentgelt lediglich um eine interne Sprachregelung gehandelt habe, die jedoch den Tatsachen nicht entsprochen habe. Nach § 163 SGG ist das Revisionsgericht an die in dem angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen gebunden. Das gilt jedoch nicht, wenn im Bezug auf diese Feststellung zulässige und begründete Revisionsgründe vorgebracht worden sind. Der Kläger hat das Übergehen seines Tatsachenvortrages und seiner Beweisangebote gerügt und in diesem Vernachlässigen des Tatsachenvortrages des Klägers ist auch der vom Kläger gerügte Verstoß des LSG gegen § 103 SGG zu sehen. Nach § 103 SGG erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. Auf das Vorbringen des Klägers kam es nach der Rechtsauffassung des LSG an und angesichts der in sich schlüssigen Behauptungen des Klägers zur Natur der "Überstundenpauschale" mußte sich das LSG zu weiteren Beweiserhebungen gedrängt fühlen (vgl BSG SozR 1500 § 160a Nr 10). Bereits der Arbeitgeber des Klägers hatte dem Gericht mitgeteilt, daß der Kläger für die Pauschale, die der Arbeitgeber als "Über-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

stunden"-Pauschale bezeichnet hatte, nicht tatsächlich Überstunden in der Höhe geleistet hatte, wie sie angeblich der Pauschale zugrunde lagen. Im Monat Dezember 1973 hatte der Kläger nach der Auskunft des Arbeitgebers gegenüber der Beklagten überhaupt keine Überstunden geleistet und doch die Pauschale erhalten.

Indem das LSG entgegen dem substantiierten und unter Beweis gestellten Tatsachenvortrag des Klägers davon ausging, es habe sich bei der Gehaltszulage um eine Überstundenpauschale und nicht um eine Erschwerniszulage gehandelt, hat es auch § 128 SGG verletzt. Nachdem der Kläger Beweis dafür angeboten hatte, daß er die 300,-- DM monatlich nicht pauschal für Überstunden erhalten hatte, sondern für Mehrleistungen innerhalb der normalen Arbeitszeit, bildete sich das LSG seine Überzeugung nicht mehr "aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens" (§ 128 Abs 1 SGG), wenn es die angebotenen Beweise unberücksichtigt ließ (vgl Meyer-Ladewig Kommentar zum SGG § 128 Anm 14). Diesen Mangel hat der Kläger auch "vorgebracht" (§ 163 SGG), indem er auf das Übergehen seines Beweisantrages und darauf hingewiesen hat, daß die bisherig eingeholten Auskünfte nicht ausreichten, um die von ihm vorgebrachten Tatsachenbehauptungen zu widerlegen. Daraus läßt sich die Rüge der Verletzung des § 128 SGG erkennen. Die Nennung der verletzten Verfahrensvorschrift ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn sich aus dem Vortrag ergibt, welche Verfahrensvorschrift als verletzt angesehen wird (BSG 1, 227; 8, 188).

Auf den genannten Verfahrensmängeln kann das Urteil des LSG auch beruhen. Es ist nicht auszuschließen, daß das LSG zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn es die angebotenen Beweise erhoben hätte. Zur Nachholung der angebotenen Beweise ist die Sache an das LSG zurückzuverweisen.

- 10 -



Falls das LSG zu einem für den Kläger günstigen Ergebnis kommen sollte, würde es auch festzustellen haben, ab wann der Anspruch des Klägers auf Alhi begründet war. Das SG hat die Beklagte zur Zahlung von Alhi ab 9. April 1974 verurteilt, jedoch festgestellt, daß der Antrag des Klägers auf Alhi vom 28. Mai 1974 datierte. Zwar ist es möglich, daß der Antrag auf Alg auch den auf Anschluß-Alhi enthielt. Doch könnte es im Einzelfall aus tatsächlichen Gründen auch anders gewesen sein.

Für die Zeit, in der die Ehefrau des Klägers Krankengeld bezog, ist ggf ein Anspruch des Klägers auf Alhi aufgrund des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG in geringerem Maße gegeben oder ganz entfallen.

Das LSG wird 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](#)