

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 36/95

.....,

Kläger, Revisionskläger und Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 9. Mai 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. W o l f f, die Richter E i c h e r und H u s m a n n sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. F a l k e n b e r g und die ehrenamtliche Richterin G e p p e r t für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Klägers und der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 28. Februar 1995 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

Streitig ist die Zahlung von höherem Arbeitslosengeld (Alg) ab 1. Januar 1993.

Der Kläger war bis 31. Dezember 1992 als technischer Angestellter bei der Firma L. G. S. & Söhne GmbH & Co. KG (Zeitungsdruck) in Hamburg beschäftigt. Auf entsprechenden Antrag bewilligte das Arbeitsamt (ArbA) ab 1. Januar 1993 Alg in vorläufiger Höhe von 472,20 DM wöchentlich nach einem Bemessungsentgelt von 1.100,00 DM - errechnet aus den in der Arbeitsbescheinigung angegebenen (vollen) Monatsverdiensten - sowie unter Zugrundelegung der Leistungsgruppe C und einer gesetzlichen Nettolohnersatzquote von 63 vH (Bescheid vom 7. Januar 1993).

Zeitgleich fragte das ArbA bei der L. G. S. & Söhne GmbH & Co. KG an, wieso sich aus der Arbeitsbescheinigung, die die Monate Oktober bis Dezember 1992 betraf, unterschiedlich hohe Stundenlöhne ergäben. Die frühere Arbeitgeberin des Klägers teilte mit, der reine Stundenlohn habe immer 27,88 DM betragen; die darüber hinausgehenden Beträge beruhten auf Zuschlägen für Sonntagsarbeit. Das ArbA bewilligte daraufhin unter Abänderung des Bescheids vom 7. Januar 1993 ab 1. Januar 1993 Alg in Höhe von 447,00 DM wöchentlich nach einem aus dem "reinen Stundenlohn" errechneten Bemessungsentgelt von 1.030,00 DM (Bescheid vom 15. Januar 1993; Widerspruchsbescheid vom 23. März 1993).

Die auf höhere Leistung gerichtete Klage blieb erfolglos (Gerichtsbescheid des Sozialgerichts <SG> vom 24. Januar 1994). Während des Klageverfahrens ergingen zwei weitere Bescheide (vom 3. Januar 1994 und 4. Januar 1994). Mit dem ersten setzte die Beklagte den wöchentlichen Alg-Zahlbetrag ab 1. Januar 1994 im Hinblick auf die neue AFG-Leistungsverordnung für das Jahr 1994 und die darin eingearbeitete gesetzliche Absenkung der Lohnersatzquote (63 vH auf 60 vH) auf 418,80 DM herab; mit dem zweiten Bescheid wurde die Leistung wegen Dynamisierung des Bemessungsentgelts (nunmehr 1.090,00 DM) ab 1. Januar 1994 auf 438,60 DM wöchentlich angehoben. Während des Berufungsverfahren ergingen erneut zwei Bescheide (vom 16. Januar 1995 und 17. Januar 1995). Mit dem ersten wurde der Alg-Zahlbetrag ab 2. Januar 1995 unter Anwendung der AFG-Leistungsverordnung für das Jahr 1995 auf 431,40 DM wöchentlich herabgesetzt; mit dem zweiten Bescheid wurde der Zahlbetrag ab 2. Januar 1995 wegen Dynamisierung des Arbeitsentgelts (nunmehr 1.120,00 DM) auf 441,60 DM angehoben.

Die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des SG hatte nur teilweise Erfolg (Urteil des Landessozialgerichts <LSG> vom 28. Februar 1995). Im Ergebnis hat das LSG



die Beklagte unter Abweisung der Klage im übrigen verurteilt, dem Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 1994 höheres Alg nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 1.100,00 DM zu gewähren. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, die vorläufige Bewilligung von Alg (Bescheid vom 7. Januar 1993) habe nicht den Voraussetzungen des § 42 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I) für die Zahlung eines Vorschusses entsprochen, weil zur Feststellung der Leistungshöhe keine längere Zeit erforderlich gewesen sei. Mangels Rücknahmebescheides iS des § 45 Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X) sei die Beklagte bis 31. Dezember 1994 an das höhere Bemessungsentgelt des ersten Bescheides (1.100,00 DM) gebunden, obwohl dieses unter Zugrundelegung eines Stundenlohns von 27,88 DM im Bemessungszeitraum (Oktober bis Dezember 1992) bei einer Wochenarbeitszeit von 37 Stunden richtigerweise bis 31. Dezember 1993 nur 1.030,00 DM und ab 1. Januar 1994 - dynamisiert - 1.090,00 DM betragen hätte. Die dem Kläger gezahlte Antrittsgebühr nach § 7 des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer der Druckindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (MTV) sowie sonstige Sonntags-, Feiertags- und Nachtzuschläge stellten kein berücksichtigungsfähiges Arbeitsentgelt dar und erhöhten deshalb den Stundenlohn nicht. Es handele sich vielmehr um Zuschläge, die nach § 1 der Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung (ArEV) beitrags- und leistungsrechtlich außer Betracht blieben. Sie seien nämlich nach § 3b Abs 1 Nr 2 Einkommensteuergesetz (EStG) lohnsteuerfrei, weil sie den im Gesetz vorgesehenen steuerfreien Anteil nicht überstiegen. Die Höhe des ab 2. Januar 1995 geleisteten Alg ergebe sich aus der AFG-Leistungsverordnung für das Jahr 1995, die zutreffend den Solidaritätszuschlag und den Beitrag zur Pflegeversicherung als bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallende Abzüge vom Arbeitsentgelt leistungsmindernd berücksichtige.

Gegen dieses Urteil haben der Kläger und die Beklagte Revision eingelegt.

Der Kläger rügt eine Verletzung der §§ 111 Abs 1 und 2, 112 Abs 1 und 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) sowie des Art 80 Grundgesetz (GG). Er ist der Ansicht, ihm stehe höheres Alg zu, weil die Antrittsgebühren für Sonntagsarbeit entgegen der Ansicht des LSG steuer- und sozialversicherungspflichtige Einnahmen seien; sie unterfielen nicht § 3b EStG, weshalb auch tatsächlich entsprechende Abzüge vom Gehalt vorgenommen worden seien. Die vom LSG nicht näher beachteten weiteren Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit seien ebenfalls dem Arbeitsentgelt zuzurechnen; nach dem Willen des Gesetzgebers sollten lediglich Mehrarbeitszuschläge außer Betracht bleiben. Zudem fehle es für die die Alg-Höhe ab 1. Januar 1995 mindernde Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags und des Beitrags zur Pflegeversicherung in der AFG-Leistungsverordnung an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art 80 Abs 1 Satz 1 GG genüge. Beim Solidaritätszuschlag handele es sich nicht einmal um einen gewöhnlich anfallenden



Abzug. Er sei nur vorübergehend eingeführt worden, um den mit der Wiedervereinigung verbundenen Mehrbelastungen Rechnung zu tragen; ihm wohne deshalb kein Moment der Dauerhaftigkeit inne, sondern er sei außergewöhnlicher und nur vorübergehender Natur. Anders sei dies zwar beim Arbeitnehmeranteil des Beitrags zur Pflegeversicherung; doch sei der Beitragssatz, der zudem ab 1. Juli 1996 angehoben werde, nicht bundeseinheitlich gleich hoch. Schon aus diesem Grund hätte es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedurft, um ihn in der AFG-Leistungsverordnung für das Jahr 1995 berücksichtigen zu können.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des LSG abzuändern, den Gerichtsbescheid des SG in vollem Umfang aufzuheben, darüber hinaus den Bescheid der Beklagten vom 15. Januar 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 1993 sowie die Bescheide vom 4. Januar 1994 und 17. Januar 1995 abzuändern und die Beklagte zur Zahlung von höherem Alg ab 1. Januar 1993 zu verurteilen.

Der Kläger beantragt außerdem,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG abzuändern und die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des SG in vollem Umfang sowie die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie rügt eine Verletzung des § 42 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 Satz 2 SGB I. Entgegen der Ansicht des LSG seien die Voraussetzungen für eine Vorschußzahlung erfüllt gewesen, weil die Feststellung der Leistungshöhe voraussichtlich längere Zeit erfordert habe. Maßgebend sei nicht rückschauend der tatsächliche, sondern vorausschauend der wahrscheinliche Zeitaufwand. Im Hinblick darauf, daß Arbeitgeberanfragen erfahrungsgemäß nicht unverzüglich beantwortet würden, habe man dem Kläger einen schnellen Bezug von Sozialleistungen ermöglichen wollen. Unabhängig davon könne aber vom Vorschußbescheid ohnedies keine Bindungswirkung bezüglich des darin angenommenen Bemessungsentgelts ausgehen.

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

Die Revisionen der Beteiligten sind iS der Aufhebung und Zurückverweisung begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG); für eine abschließende Entscheidung fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen des LSG.

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind der Bescheid vom 15. Januar 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. März 1993 (§ 95 SGG), der Bescheid vom 4. Januar 1994, der gemäß § 96 Abs 1 SGG Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens geworden ist, und der Bescheid vom 17. Januar 1995, der gemäß §§ 153 Abs 1, 96 Abs 1 SGG Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind hingegen nicht die Bescheide vom 3. Januar 1994 und 16. Januar 1995, weil sich diese durch die späteren Bescheide vom 4. Januar 1994 bzw 17. Januar 1995 erledigt haben (§ 39 Abs 2 SGB X) und deshalb davon ausgegangen werden muß, daß der Kläger jene Bescheide nicht mehr anfecht (§ 123 SGG). Gegen die angefochtenen Bescheide vom 15. Januar 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. März 1993, vom 4. Januar 1994 und vom 17. Januar 1995 wendet sich der Kläger zutreffend mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 und 4 SGG).

Die Entscheidung des LSG verstößt zwar gegen das Gesetz, soweit ein Anspruch auf höheres Alg allein wegen der Bindungswirkung des vorläufigen für den endgültigen Bewilligungsbescheid zugesprochen worden ist. Ob jedoch ein Anspruch auf höheres Alg aus anderen Gründen, etwa unter Berücksichtigung von Zuschlägen zum Arbeitsentgelt, gerechtfertigt ist, kann nicht entschieden werden.

Die Höhe des dem Kläger zustehenden Alg bestimmt sich nach § 111 AFG (bis 31. Dezember 1993 idF des Gesetzes zur Änderung von Förderungsvoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen <AFGuaÄndG> vom 18. Dezember 1992 - BGBl I 2044; ab 1. Januar 1994 idF des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms <1. SKWPG> vom 21. Dezember 1993 - BGBl I 2353), § 112 Abs 1 und 3 AFG (idF des Achten Gesetzes zur Änderung des AFG vom 14. Dezember 1987 - BGBl I 2602), § 112 Abs 2 AFG (idF des Gesetzes zur Änderung des Bundeserziehungsgeldgesetzes und anderer Vorschriften vom 30. Juni 1989 - BGBl I 1297), § 112a AFG (idF des Gesetzes über Maßnahmen zur Bewältigung der finanziellen Erblasten im Zusammenhang mit der Herstellung der Einheit Deutschlands, zur langfristigen Sicherung des Aufbaus in den neuen Ländern, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Entlastung der öffentlichen Haushalte vom 23. Juni 1993 - BGBl I 944), § 113 AFG (idF des AFGuaÄndG) und ab 1. Januar 1994 dem mit dem 1. SKWPG eingeführten § 242q AFG.

Entgegen der Ansicht des LSG ergibt sich ein Anspruch auf höheres Alg für die Zeit vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 1994 nicht bereits daraus, daß die Beklagte mit



Bescheid vom 7. Januar 1993 zunächst Alg in Höhe von 472,20 DM wöchentlich unter Zugrundelegung eines Bemessungsentgelts von 1.100,00 DM bewilligt hatte; eine von der materiell-rechtlichen Lage abweichende Bindungswirkung (§ 77 SGG) für die angefochtenen Bescheide folgt hieraus nicht. Abgesehen davon, daß nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) - entgegen der nicht näher begründeten Annahme des LSG - das im Bescheid bezeichnete Bemessungsentgelt nicht Gegenstand des Verfügungssatzes ist (vgl insbesondere BSG SozR 4100 § 112 Nr 23), hat sich der Bescheid vom 7. Januar 1993 ohnedies erledigt (§ 39 Abs 2 SGB X). Dieser Bescheid enthielt nämlich lediglich eine einstweilige Regelung iS des § 42 Abs 1 Satz 1 SGB I, die mit Erlaß des endgültigen Bescheides vom 15. Januar 1993 unabhängig davon wirkungslos geworden ist, ob der vorläufige Bescheid rechtmäßig war. Seiner gesonderten Rücknahme nach § 45 SGB X bedurfte es nicht.

Nach § 42 Abs 1 Satz 1 SGB I kann der zuständige Leistungsträger Vorschüsse zahlen, wenn ein Anspruch auf Geldleistungen dem Grunde nach besteht und zur Feststellung seiner Höhe voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist; die Höhe des Vorschusses bestimmt der Leistungsträger nach pflichtgemäßem Ermessen. § 42 SGB I ermächtigt - unter anderen Voraussetzungen als der durch das 1. SKWPG geänderte § 147 AFG - zum Erlaß einer "Zwischen"-Regelung bis zur endgültigen Feststellung der Sozialleistung, ohne die spätere endgültige Entscheidung inhaltlich zu binden (BSGE 55, 287, 290 f = SozR 1200 § 42 Nr 2; BSGE 57, 38, 39 = SozR 1200 § 42 Nr 3; BSGE 66, 44, 51 = SozR 5795 § 7 Nr 1; BSGE 67, 104, 109 f = SozR 3-1300 § 32 Nr 2; BSG SozR 1200 § 42 Nr 4 und SozR 3-1200 § 42 Nr 2; SozR 3-1300 § 31 Nr 10; SozR 4150 Art 4 § 2 Nr 1; vgl auch BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994 - 2 RU 12/94 -, unveröffentlicht). Die Vorschußzahlung ist damit begrifflich und ihrem Wesen nach nur vorläufiger Natur; der von vornherein auf Ersetzung durch einen endgültigen Verwaltungsakt angelegte Vorschußbescheid verliert seine Wirkung mit dem endgültigen Bescheid (BSGE 67, 104, 110 = SozR 3-1300 § 32 Nr 2; BSG SozR 1200 § 42 Nr 4; SozR 3-1300 § 31 Nr 10; vgl auch BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994 - 2 RU 12/94 -, unveröffentlicht).

Dies gilt auch für den Bescheid vom 7. Januar 1993, der für den Kläger erkennbar (vgl zu dieser Voraussetzung: BSGE 67, 104, 110 = SozR 3-1300 § 32 Nr 2; SozR 1200 § 42 Nr 4; BSG, Urteil vom 10. August 1983 - 9a RV 33/82 -, unveröffentlicht) nur eine vorläufige Leistung regeln wollte. Es ist nämlich unmißverständlich ausgeführt:

"Die Höhe der Leistung wurde vorläufig festgesetzt.

Die endgültige Festsetzung wird mit Bescheid bekanntgegeben.

...

Beachten Sie bitte folgende Punkte besonders:



1. Soweit die Leistung der Höhe nach vorläufig festgesetzt worden ist, handelt es sich um einen Vorschuß iS des § 42 SGB I. Überzahlte Beträge sind zurückzuzahlen. ..."

Läßt danach der Wortlaut des Bescheides keine Zweifel an seinem vorläufigen Charakter, sind mit seiner Ersetzung durch den endgültigen Bescheid vom 15. Januar 1993 auch dessen Rechtswirkungen entfallen, gleichgültig ob der Vorschußbescheid rechtswidrig oder rechtmäßig war (vgl BSG SozR 3-1300 § 31 Nr 10).

Zur angeblichen Rechtswidrigkeit sei indes angemerkt, daß die Annahme der Beklagten, Feststellungen zur Höhe der Leistung erforderten voraussichtlich eine längere Zeit (§ 42 Abs 1 Satz 1 SGB I), nicht zu beanstanden ist. Sinn und Zweck des § 42 Abs 1 SGB I ist es, bei (voraussichtlich) längeren Bearbeitungszeiten Nachteile und Härten für den Leistungsberechtigten zu vermeiden oder zu überbrücken (BT-Drucks 7/868 S 29 zu § 42). Hierfür erschien ein förmliches Verfahren entbehrlich; die Verwaltung sollte ohne unangemessenen Zeitdruck eine endgültige Entscheidung treffen können (BSGE 55, 287, 290 = SozR 1200 § 42 Nr 2; BSG SozR 3-1200 § 42 Nr 2). Der Sozialleistungsträger sollte also Geldleistungen schnell und unbürokratisch erbringen, wobei nach der Rechtsprechung des BSG für die Vorschußzahlung ausreichend ist, daß zur Überzeugung des Sozialleistungsträgers nach dem aktuellen Stand der Ermittlungen ein Anspruch auf Geldleistungen gegeben ist (BSGE 55, 287, 290 = SozR 1200 § 42 Nr 2; BSG SozR 1200 § 42 Nr 4; SozR 3-1200 § 42 Nr 2). Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte und des Umstandes, daß zur Feststellung der Höhe des Alg-Anspruchs nur "voraussichtlich", also vorausschauend, eine längere Zeit erforderlich sein muß, hat die Beklagte mit dem Vorschußbescheid in zulässiger Weise den Lebensunterhalt des Klägers sicherzustellen versucht (vgl zu dieser Zielsetzung BT-Drucks 7/868 aaO). Es ist nicht ersichtlich, daß sie mit einer alsbaldigen Mitteilung der früheren Arbeitgeberin des Klägers über die unterschiedliche Höhe des Stundenlohns für die Monate Oktober bis Dezember 1992 hätte rechnen müssen. Daß sich die Situation rückschauend anders darstellt, ist ohne Bedeutung.

Ob dem Kläger gleichwohl - nach dem Leistungsrecht des AFG - ein Anspruch auf höheres Alg zusteht, hängt von weiteren Feststellungen ab, die das LSG bisher nicht getroffen hat. Es fehlt bereits an ausreichenden Feststellungen zu den Anspruchsvoraussetzungen (§ 100 AFG) der Verfügbarkeit und der Erfüllung der Anwartschaftszeit, aber auch der Dauer des Alg-Anspruchs (§ 106 AFG). Liegen nämlich die Voraussetzungen für den Bezug von Alg nicht bzw für Teilzeiträume nicht vor, so kann auch kein höheres Alg zugesprochen werden. Selbst zu den die Höhe der Leistung unmittelbar regelnden Vorschriften (§§ 111, 112, 112a, 113 AFG) genügen die tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht. Dies gilt für die Ausgangshöhe des Alg ebenso wie für dessen Höhe ab 1. Januar 1994 bzw ab 2. Januar 1995.



Nach § 111 Abs 1 AFG beträgt das Alg für Arbeitslose, die mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 1, 4 und 5 EStG haben, sowie für Arbeitslose, deren Ehegatte mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 1, 4 und 5 EStG hat, wenn beide Ehegatten unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben, bis 31. Dezember 1993 68 vH (Nr 1), für die übrigen Arbeitslosen 63 vH (Nr 2) des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts, ab 1. Januar 1994 67 vH bzw 60 vH. Gemäß § 111 Abs 2 AFG wird der konkrete Leistungssatz generalisierend, nicht individuell, unter Berücksichtigung der Steuerklasse des Arbeitslosen durch Rechtsverordnung bestimmt; für die Höhe des Alg sind dabei drei Kriterien von Bedeutung: der Familienstatus, der die Nettolohnersatzquote des um die gewöhnlich anfallenden gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelts bestimmt, die Lohnsteuerklasse (§ 113 AFG), die für die Leistungsgruppe der AFG-Leistungsverordnung maßgeblich ist, und das regelmäßig zu dynamisierende (§ 112a AFG) Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt).

Weder zum Familienstatus des Klägers noch zur Steuerklasse hat das LSG irgendwelche Feststellungen getroffen. Auch die Feststellungen zum Arbeitsentgelt reichen nicht aus.

Arbeitsentgelt iS des § 111 AFG ist das Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Woche erzielt hat (§ 112 Abs 1 Satz 1 AFG). Der Bemessungszeitraum umfaßt die beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume der letzten drei Monate der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungen vor der Entstehung des Anspruchs, in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat (§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG). Für die Berechnung des in der Woche durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelts wird das im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt (Lohnfaktor) mit der Zahl der Arbeitsstunden vervielfacht, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt - § 112 Abs 3 Satz 1 AFG -(Zeitfaktor). Bei der Ermittlung des im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelts ist allerdings zu beachten, daß gemäß § 112 Abs 1 Satz 2 AFG ua Mehrarbeitszuschläge sowie einmalige und wiederkehrende Zuwendungen bis Ende 1996 außer Betracht bleiben (zu dieser Befristung: BVerfGE 92, 53 ff = SozR 3-2200 § 385 Nr 6) und darüber hinaus bestimmte zusätzliche Einnahmen, soweit sie lohnsteuerfrei sind, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind.

Die Ausführungen des LSG, der Kläger habe in den Monaten Oktober, November und Dezember 1992 ohne Zuschläge einen Stundenlohn von 27,88 DM bei einer Wochenarbeitszeit von 37 Stunden erzielt, lassen sich rechnerisch nicht nachvollziehen und ermöglichen allein noch keine Festlegung des Bemessungsentgelts. Es fehlen die Angaben zum Gesamtverdienst, zu den tatsächlichen Arbeitsstunden und zur Tariflichkeit



der vom LSG angegebenen Wochenstundenzahl von 37. Ferner bedarf es noch der Prüfung, ob und inwieweit die neben dem Stundenlohn gezahlten Zuschläge bei der Bestimmung des Bemessungsentgelts berücksichtigt werden müssen. Zwar hat das LSG Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit erwähnt, bei der Anwendung des § 112 Abs 1 AFG aber lediglich den Arbeitsentgeltcharakter der Antrittsgebühren näher erörtert geprüft. Selbst hierbei hat es, ausgehend von einer unzutreffenden Rechtsansicht, die notwendigen tatsächlichen Feststellungen nicht in vollem Umfang getroffen.

Die genannten Zuschläge unterfallen allerdings nicht dem Berücksichtigungsverbot des § 112 Abs 1 Satz 2 AFG. Bei den nach dem MTV zu zahlenden Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit (§ 8 MTV) und den Antrittsgebühren für Sonntagsarbeit (§ 7 MTV) handelt es sich nämlich weder um Mehrarbeitszuschläge noch um einmalige oder wiederkehrende Zuwendungen iS des § 112 Abs 1 Satz 2 AFG.

Mehrarbeitszuschläge sind Zuschläge, die vom Arbeitgeber allein deshalb gezahlt werden, weil die Arbeit über die Zeit hinaus erbracht worden ist, die von den Arbeitsvertragsparteien als die gewöhnliche oder regelmäßige angesehen wird (BSGE 63, 149, 151 = SozR 4100 § 112 Nr 38; BSG SozR 4100 § 112 Nr 29). Unter einmaligen und wiederkehrenden Zuwendungen sind in Abgrenzung zum fortlaufend gezahlten Arbeitsentgelt diejenigen Lohnbestandteile zu verstehen, die nicht in jedem Lohnabrechnungszeitraum, sondern als Gegenleistung für die Arbeit in mehreren Lohnabrechnungszeiträumen in einer Summe gezahlt werden (BSG SozR 3-4100 § 112 Nrn 1 und 11; BSG, Urteil vom 26. November 1992 - 7 RAr 28/92 -, unveröffentlicht). Sowohl die Antrittsgebühren als auch die Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge werden hingegen nur deshalb gewährt, weil der Arbeitnehmer während ungünstig liegender Zeiten arbeitet (vgl zu dieser Voraussetzung in Abgrenzung zum Mehrarbeitszuschlag: BSGE 63, 149, 151 = SozR 4100 § 112 Nr 38), wie sich aus den Regelungen des MTV und den Durchführungsbestimmungen hierzu ergibt. Nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG sind die Zuschläge auch für jeden Lohnabrechnungszeitraum gesondert gezahlt worden.

Daß die Antrittsgebühren und die Lohnzuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit weder Mehrarbeitszuschläge noch Zuwendungen darstellen, hat indes nicht zur Folge, daß sie zwingend zum Arbeitsentgelt iS der §§ 111, 112 AFG gehören und damit in die Höhe des Alg einfließen. Für die Ausfüllung des leistungsrechtlichen Entgeltbegriffs ist vielmehr auf den Arbeitsentgeltbegriff der §§ 14, 17 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung -(SGB IV) iVm der ArEV zurückzugreifen. Dies folgt zwar weder unmittelbar aus diesen Vorschriften (vgl § 1 SGB IV) noch aus dem AFG, weil § 173a AFG nur für die Beitragspflicht auf §§ 14, 17 SGB IV verweist. Ihr allgemeiner Charakter erlaubt es jedoch, sie zur Auslegung des



Begriffs Arbeitsentgelt auch im Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung entsprechend heranzuziehen, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist oder die Besonderheiten der jeweiligen Regelung dem entgegenstehen (BSGE 63, 149, 151 = SozR 4100 § 112 Nr 38; BSG SozR 4100 § 68 Nr 3; SozR 4100 § 112 Nr 30 und 40). Ansonsten würde sich die Höhe des Alg auch aus Arbeitsentgeltbestandteilen ergeben, die überhaupt nicht der Beitragspflicht unterlagen. Es ist mithin von einer grundsätzlichen Identität des Arbeitsentgeltbegriffs im Leistungs- und Beitragsrecht auszugehen (BSG aaO). Insoweit hat der Senat bereits früher darauf verwiesen, daß gleiches schon vom Reichsversicherungsamt zu § 105 des Gesetzes über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) angenommen worden ist und weder spätere Änderungen des AVAVG noch die Einführung des AFG erkennen lassen, daß von der bezeichneten grundsätzlichen Identität abgegangen werden sollte (BSGE 63, 149, 151 f = SozR 4100 § 112 Nr 38).

Gemäß § 14 Abs 1 SGB IV gehören deshalb zum Arbeitsentgelt iS des § 112 Abs 1 AFG ua alle laufenden Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Einschränkend hierzu bestimmt aber § 1 der aufgrund der in § 17 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB IV enthaltenen Ermächtigung erlassenen ArEV (hier idF der Verordnung zur Änderung der ArEV und der Sachbezugsverordnung 1989 vom 12. Dezember 1989 - BGBl I 2177), daß ua laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse sowie ähnliche Einnahmen, die zusätzlich zu Löhnen oder Gehältern gewährt werden, nicht dem Arbeitsentgelt zuzurechnen sind, soweit sie lohnsteuerfrei sind und sich nicht aus dem - vorliegend nicht einschlägigen - § 3 ArEV etwas anderes ergibt. Leistungsrechtlich unbeachtlich ist mithin Arbeitsentgelt, für das Lohnsteuerfreiheit besteht.

Die steuerrechtliche Beurteilung der dem Kläger gewährten Zulagen (Antrittsgebühr, Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge) richtet sich nach §§ 3b, 52 Abs 3 EStG in der seit 1. Januar 1990 geltenden Fassung. Nach § 3b Abs 1 EStG sind Zuschläge, die für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt werden, steuerfrei, soweit sie für Nachtarbeit 25 vH (Nr 1), vorbehaltlich der Nr 3 und 4 für Sonntagsarbeit 50 vH (Nr 2), vorbehaltlich der Nr 4 für Arbeit am 31. Dezember ab 14.00 Uhr und an gesetzlichen Feiertagen 125 vH (Nr 3) und für Arbeit am 24. Dezember ab 14.00 Uhr, am 25. und 26. Dezember 150 vH des Grundlohns (Nr 4) nicht übersteigen. Ob und inwieweit dies für gezahlte Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge (§ 8 MTV) der Fall war, hat das LSG nicht geprüft, sondern sich ausschließlich mit den Antrittsgebühren (§ 7 Abs 5 MTV) befaßt.



Soweit es die Antrittsgebühren des § 7 MTV betrifft, ist es allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß sie von § 3b EStG erfaßt werden. Bei ihnen handelt es sich um durch § 3b EStG steuerbegünstigte reine Zeitzuschläge, die für eine ungünstig liegende Arbeitszeit gezahlt werden und die dadurch bedingten Erschwernisse psychischer Art abgelden sollen (vgl. zum früheren § 34a EStG: BFHE 75, 302, 305). Dem Vorbringen des Klägers, das Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 22. Juni 1962 (BFHE aaO) sei im Hinblick auf die zwischenzeitlichen Änderungen des EStG nicht mehr einschlägig, kann nicht gefolgt werden. Die Entscheidung des BFH erging, wie aus den Urteilsgründen ersichtlich ist (BFHE 75, 302, 304 f), zu einer Regelung des Manteltarifvertrags für das graphische Gewerbe, die sich inhaltlich nicht essentiell von der Regelung des § 7 MTV unterscheidet; gleiches gilt für § 3b EStG, der den gleichen Begriff der steuerbegünstigten Zuschläge verwendet wie § 34a EStG, zu dem die Entscheidung des BFH ergangen ist (vgl. zur Rechtsentwicklung: Dankmeyer/Giloy, Einkommensteuer, Stand April 1996, § 3b RdNr. 5 ff).

Anhand der tatsächlichen Feststellungen des LSG läßt sich jedoch nicht beurteilen, ob und in welchem Umfang die Antrittsgebühren steuerfrei waren. Insoweit hat das LSG ohne nähere rechtliche Erläuterung nur ausgeführt, Steuerfreiheit sei anzunehmen, weil die nach § 7 MTV zu zahlende Antrittsgebühr in Höhe von maximal 16 vH des tariflichen Wochenlohns nicht die Grenze des § 3b Abs 1 Nr 2 EStG übersteige. Es muß angenommen werden, daß das Berufungsgericht die Grundsätze verkannt hat, die bei der Bestimmung des steuerfreien Anteils der Lohnzuschläge zu beachten sind. Die Steuerfreiheit der Antrittsgebühr kann nämlich nicht in der Weise beurteilt werden, daß der die Höhe der Antrittsgebühr bestimmende Prozentsatz (pauschalierter prozentualer Anteil am tariflichen Wochenlohn - maximal 16 vH) als solcher mit dem in § 3b EStG bezeichneten Prozentsatz (50 vH) verglichen wird. Diese Vorgehensweise übersieht, daß sich die Höhe der Antrittsgebühren nach § 7 Nr 5a MTV prozentual am Wochenlohn und einer Arbeitszeit von bis zu oder mehr als drei Stunden (8 oder 16 vH) orientiert, während sich der prozentuale Grenzwert des § 3b EStG auf den Stundenlohn bezieht (§ 3b Abs 2 Satz 1 EStG). Zur Entscheidung darüber, ob und inwieweit der Vom-Hundert-Satz des § 3b EStG überschritten wurde, hätte das LSG mithin die gezahlten Antrittsgebühren auf die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden umrechnen müssen. Dies wird es nachzuholen und dabei zu beachten haben, daß neben der Antrittsgebühr Zuschläge für Sonntags- und/oder Feiertagsarbeit gezahlt worden sind. Die einkommensteuerrechtlichen Grenzwerte könnten bereits durch diese den gleichen Sachverhalt erfassenden Zuschläge überschritten sein. Eine eventuell steuerrechtlich vorzunehmende Kumulation mehrerer Zuschläge würde auch erklären, warum die frühere Arbeitgeberin des Klägers aus den Antrittsgebühren Beiträge und Steuern entrichtet hat. Die Zahlung von Steuern allein kann indes nicht die Berücksichtigung von Zuschlägen bei der Bemessung des Alg rechtfertigen; entscheidend ist die materielle Rechtslage, also einzig die Steuerpflichtigkeit.



Ist schon das Ausgangsbemessungsentgelt anhand der tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht bestimmbar, können auch die Bescheide vom 4. Januar 1994 und 17. Januar 1995 nicht abschließend auf ihre Rechtmäßigkeit untersucht werden. Die Absenkung des Alg-Zahlbetrags mit Wirkung ab 1. Januar 1994 war jedenfalls nicht schon mangels Anhörung des Klägers rechtswidrig. Einer solchen bedurfte es gemäß § 24 Abs 2 Nr 4 SGB X nicht, weil der Bescheid vom 4. Januar aufgrund einer die Beklagte bindenden, eine Vielzahl von Normadressaten treffenden und alle Betroffenen nach einem identischen Maßstab belastenden Rechtsvorschrift ergangen ist, soweit es nicht den den Kläger begünstigenden Teil der Dynamisierung des Bemessungsentgelts betrifft (vgl BSGE 69, 247, 250 = SozR 3-1300 § 24 Nr 4). Die mit Bescheid vom 4. Januar 1994 unter Berücksichtigung der AFG-Leistungsverordnung für das Jahr 1994 erfolgte Minderung des Alg - wegen Herabsetzung der Nettolohnersatzquote rückwirkend ab 1. Januar 1994 - ist verfassungsrechtlich zulässig, wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat (BSGE 76, 162, 173 ff; BSG, Urteil vom 8. Februar 1996 - 11 RAr 63/95 -, zur Veröffentlichung vorgesehen; Urteil vom 9. Mai 1996 - 7 RAr 66/95 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Nichts anderes gilt für die leistungsmindernde Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags und der Beiträge zur Pflegeversicherung bei der Neuberechnung der Leistung ab 2. Januar 1995. Hierin hat das BSG ebenfalls keinen Verfassungsverstoß gesehen (BSGE 76, 207 ff; BSG, Urteil vom 8. Februar 1996 - 11 RAr 63/95 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Wegen § 114 AFG war eine Änderung der Leistungshöhe auch erst ab 2. Januar und nicht bereits - im Hinblick auf § 112a AFG - ab 1. Januar 1995 erforderlich.

Bei seiner erneuten Entscheidung wird das LSG außerdem zu prüfen haben, ob die Beklagte einen Erstattungs- bzw Verrechnungsbescheid gemäß § 42 SGB I erlassen hat, gegen den sich der Kläger mit seinem Widerspruch und der anschließenden Klage dann wohl ebenfalls gewehrt hätte; es wird ggf weitere, erst während des Revisionsverfahrens ergangene Folgebescheide, etwa für die Zeit ab 1. Januar 1996, gemäß § 96 SGG zu beachten haben (BSGE 74, 96, 101 = SozR 3-4100 § 112 Nr 17). Schließlich wird das LSG über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

