

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 40/87

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am 11. Januar 1989 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g**, die Richter **K ö n i g** und **S a t t l e r** und den ehrenamtlichen Richter **H ö c h s t** sowie die ehrenamtliche Richterin **V o r w e r k** für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Bremen vom 13. November 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



Gründe:

I

Der 1946 geborene Kläger, der Anfang 1979 sein Chemiestudium mit der Diplomprüfung abgeschlossen hat, begehrt höheres Arbeitslosengeld (Alg).

Der Kläger war zuletzt vom 1. April 1980 bis 31. März 1983 wissenschaftlicher Mitarbeiter im Angestelltenverhältnis an der Universität Bremen. Nach dem Arbeitsvertrag vom 25. April 1980 betrug die wöchentliche Arbeitszeit 20 Stunden. Der Kläger wurde in die Vergütungsgruppe IIa Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) eingruppiert. Nach einem Zusatzarbeitsvertrag vom 22. Juli 1981 erhöhte sich für die Zeit vom 1. August 1981 bis 31. Januar 1983 die wöchentliche Arbeitszeit auf 40 Stunden. Entsprechend - etwa um das Doppelte - erhöhte sich das monatliche Arbeitsentgelt für diese Zeit.

Auf seinen Antrag vom 29. März 1983 bewilligte die Beklagte dem Kläger mit Bescheid vom 4. Mai 1983 Alg für 312 Wochentage ab 1. April 1983. Der Leistungsberechnung wurden ein monatliches Entgelt von 2.225,18 DM und eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden zugrunde gelegt. Der Kläger wurde der Leistungsgruppe C zugeordnet.

Nachdem die Arbeitgeberin in einer Arbeitsbescheinigung vom 26. Mai 1983 angegeben hatte, daß dem Kläger wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab 31. März 1983 eine Urlaubsabgeltung gezahlt worden sei und der abgegoltene Urlaub im Anschluß an das Arbeitsverhältnis bis zum 25. April 1983 gedauert hätte, stellte die Beklagte mit Bescheid vom 28. Juli 1983 das Ruhen des Anspruchs auf Alg für die Zeit vom 1. April bis 25. April 1983 fest. Das Vorverfahren über diesen Bescheid ist noch nicht abgeschlossen.

Mit dem Widerspruch gegen den Bescheid vom 4. Mai 1983 machte der Kläger geltend, sein Alg müsse nach § 112 Abs 7 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) bemessen werden. Er habe in den letzten drei Jahren überwiegend eine Ganztätigkeit, nämlich 549 Tage, ausgeübt, denen lediglich 546 Tage mit einer Beschäftigung von 20 Stunden wöchentlich gegenüberstünden. Der Widerspruch wurde mit der Begründung zurückgewiesen, § 112 Abs 7 AFG könne keine Anwendung finden, weil das geringere Entgelt auf die geringere Arbeitszeit zurückzuführen sei (Widerspruchsbescheid vom 31. Oktober 1983).

Das Sozialgericht (SG) hat mit Urteil vom 12. November 1985 die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, das dem Kläger zustehende Alg auf der Grundlage eines monatlichen Bruttoarbeitsentgelts von 5.320,83 DM neu zu berechnen



und ihm hierüber einen neuen Bescheid zu erteilen. Außerdem hat es ausgesprochen, daß der Nachzahlungsbetrag von der Beklagten mit 4 vH in gesetzlichem Umfang zu verzinsen sei. Das SG hat die Berufung zugelassen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Sein Urteil vom 13. November 1986 hat es im wesentlichen wie folgt begründet:

Nach der Arbeitsbescheinigung vom 21. März 1983 sei bei dem Ausscheiden des Klägers der Monat März 1983 abgerechnet gewesen. In diesem Monat habe der Kläger bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden einen monatlichen Verdienst von 2.225,18 DM bezogen. Unter Berücksichtigung dieses Arbeitsentgelts und der Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich habe die Beklagte zutreffend bei der Berechnung des Alg ein Arbeitsentgelt von 513,40 DM - aufgerundet auf 515,- DM - berücksichtigt. Ein höheres Arbeitsentgelt könne nach § 112 Abs 7 AFG in der bis zum 31. Dezember 1983 geltenden Fassung entgegen der Auffassung des SG nicht berücksichtigt werden. Voraussetzung hierfür sei, daß es mit Rücksicht auf die von dem Kläger in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeiten unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach den Abs 2 bis 6 des § 112 AFG auszugehen. Hierbei könne auch eine schwankende Arbeitszeit in dem maßgeblichen Dreijahreszeitraum zur Annahme eines Härtefalls iS von § 112 Abs 7 AFG führen. Dies setze allerdings voraus, daß die Beschäftigung mit der längeren Arbeitszeit überwiegend ausgeübt worden sei. Das treffe hier nicht zu. Die Beschäftigung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden habe ebenso wie die mit der wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden 18 Monate gedauert. Dem Kläger sei zwar einzuräumen, daß, wenn ein Vergleich nach Tagen angestellt werde, die Beschäftigung mit der längeren Arbeitszeit 549 Tage und die mit der kürzeren 546 Tage gedauert habe. Das sei jedoch unerheblich, weil der Kläger nicht wochentäglich, sondern monatlich entlohnt worden sei. Darüber hinaus liege auch die für die Anwendung des § 112 Abs 7 AFG erforderliche unbillige Härte nicht vor. Diese könne zwar nicht, wie die Beklagte meine, schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Kläger während des Dreijahreszeitraumes nicht verschiedene Beschäftigungen ausgeübt habe. Hier sei jedoch zu beachten, daß der Kläger bei Abschluß der Zusatzvereinbarung vom 22. Juli 1981 nicht davon ausgehen können, daß er über den 31. Januar 1983 hinaus mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt werden würde. Bei einem solchen, nach den Vertragsgestaltungen vorhersehbaren Berufsweg sei die Berücksichtigung des im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelts keine unbillige Härte.

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 112 Abs 7 AFG. Er greift die Ausführungen des LSG zur Berechnung des Bemessungsentgelts in Höhe von wöchentlich



515,-- DM nicht an, soweit sie isoliert ihre Grundlage in dem Arbeitsentgelt haben, das der Kläger im März 1983 bezog. Er ist der Auffassung, daß diese Betrachtung jedoch nicht maßgeblich ist, da hier ein Härtefall vorliege, der eine Einstufung nach § 112 Abs 7 AFG erfordere. Ein Härtefall sei immer dann gegeben, wenn die Berechnung des Alg nach § 112 Abs 3 AFG zu einem schlechterdings mit dem Gedanken der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Das sei hier schon deshalb der Fall, weil die Tätigkeit, die 40 Stunden in der Woche gedauert habe, mit ihrem Schwergewicht am Ende der Dreijahresfrist gelegen habe. Zutreffend sei das SG zu dem Ergebnis gelangt, daß die Tätigkeit mit der 40-Stunden-Woche überwiege, weil sie 3 Tage mehr umfasse als die Tätigkeit mit 20 Stunden in der Woche. Soweit das LSG die Tätigkeiten lediglich nach Monaten berücksichtige, stehe dies nicht im Einklang mit der Systematik des AFG. Nahezu sämtliche Berechnungsgrundlagen für Ansprüche nach dem AFG beruhten auf kalendertäglichen Beschäftigungs- oder sonstigen Zeiten. Zu Unrecht habe das Berufungsgericht auch aus der Art der Vertragsgestaltung das Fehlen eines Härtefalls abgelehnt. Schließlich müsse auch berücksichtigt werden, daß der Kläger in der Hälfte seiner Beschäftigungszeit doppelt so viel verdient habe wie in der anderen Hälfte.

Der Kläger beantragt nach seinem Vorbringen:

das Urteil des LSG Bremen vom 13. November 1986 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Bremen vom 12. November 1985 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Bei dem Vergleich, ob die Bemessung des Alg nach dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt eine unbillige Härte sei, müsse von der jeweiligen monatlichen Beschäftigungsdauer ausgegangen werden. Der Kläger verkenne, daß § 112 AFG nicht von einer tageweisen Berechnung des Alg ausgehe. Schließlich habe das LSG zutreffend erkannt, daß der Kläger im Beschäftigungszeitraum nicht vorübergehend oder zufällig ein geringeres Arbeitsentgelt als in dem übrigen Dreijahreszeitraum erzielt habe, sondern das Arbeitsentgelt, von dem er aufgrund der ihm bekannten vertraglichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses in dem Dreijahreszeitraum ausgehen und auf das er seinen Lebensstandard abstellen mußte. Deshalb sei das Berufungsgericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß eine unbillige Härte iS von § 112 Abs 7 AFG nicht vorliege.

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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

II

Die Revision des Klägers ist iS der Zurückverweisung begründet.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid vom 4. Mai 1983 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31. Oktober 1983. Ob der Bescheid vom 28. Juli 1983 gemäß § 86 SGG in das Verfahren einzubeziehen war, kann mangels einer entsprechenden Verfahrensrüge dahinstehen.

Nach den Feststellungen des LSG besitzt der Kläger dem Grunde nach Anspruch auf Alg zumindest ab 26. April 1983. Dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Die angefochtenen Bescheide haben die Höhe des Alg-Anspruchs jedoch möglicherweise rechtswidrig zu niedrig festgesetzt.

Das Alg richtet sich nach näherer Bestimmung des § 111 AFG und konkretisiert sich in einem bestimmten Prozentsatz des um pauschale Abzüge geminderten Arbeitsentgelts nach § 112 (§ 111 Abs 1 AFG). Der § 111 Abs 2 AFG stellt bestimmte Leistungsgruppen auf, die von den auf der Lohnsteuerkarte des Antragstellers eingetragenen Merkmalen ausgehen. Der individuelle Leistungssatz ergibt sich aus tabellarisch aufgestellten Leistungssätzen, die dem maßgeblichen Entgelt zugeordnet sind. Dies geschieht durch Rechtsverordnung (§ 111 Abs 2 AFG). Hier ist maßgebend die Leistungsverordnung 1983 vom 23. Dezember 1982 (BGBl I 2038) und deren Anlage 2 (§ 1 Nr 2 der Leistungsverordnung 1983). Im Falle des Klägers hat die Beklagte nicht das für die Ermittlung des konkreten Leistungssatzes richtige Arbeitsentgelt iS des § 112 AFG zugrunde gelegt.

Die Grundregel für die Bestimmung des für einen Alg-Anspruch maßgeblichen Arbeitsentgelts enthält § 112 Abs 2 AFG, hier anzuwenden in der seit dem 1. Januar 1982 geltenden Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497). Danach ist Arbeitsentgelt das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Nach § 112 Abs 3 Satz 1 AFG (hier ebenfalls anzuwenden idF des AFKG) sind Bemessungszeitraum die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Der Anspruch des Klägers ist am 1. April 1983 zumindest in Form eines Stammrechts (vgl Urteil



des Senats vom 21. April 1988 - 7 RAr 73/86 - BSGE 63, 153, 155) entstanden. Aus den Feststellungen des LSG folgt, daß zuvor zuletzt der Monat März 1983 seiner beitragspflichtigen Beschäftigung als wissenschaftlicher Mitarbeiter (§ 168 Abs 1 AFG) abgerechnet war und in diesem Monat mehr als 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt lagen. Die für diesen Monat gezahlten 2.225,18 DM gelten nach der Formel des § 112 Abs 2 Satz 2 AFG als in 86,66 Arbeitsstunden erzielt $[(20 \times 13) : 3]$. Das in der Arbeitsstunde im Bemessungszeitraum durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt beträgt hier somit 25,68 DM $(= 2.225,18 : 86,66)$.

Zutreffend hat die Beklagte dieses Arbeitsentgelt mit der Zahl der Arbeitsstunden (20) vervielfacht, die der Kläger für die Zeit nach dem 31. Januar 1983 mit seiner Arbeitgeberin vereinbart hatte. Im Regelfall ist zwar als Multiplikator gemäß § 112 Abs 2 Satz 1 AFG die Zahl der Arbeitsstunden anzusetzen, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Dies hätte im vorliegenden Fall zur Folge, daß als Multiplikator die Zahl 40 einzusetzen wäre, nämlich die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit gemäß § 15 BAT. Der Kläger würde also nach dieser Regelung so gestellt werden, als ob er bis zu seiner Arbeitslosigkeit vollschichtig weitergearbeitet hätte. Indessen gilt der Regelfall des § 112 Abs 2 Satz 1 AFG gemäß § 112 Abs 4 Nr 3 AFG dann nicht, wenn nicht nur vorübergehend weniger als die tariflichen oder üblichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart waren; denn dann gilt nach dieser Bestimmung die vereinbarte Arbeitszeit. Das ist hier der Fall.

Wie der Senat bereits entschieden hat (BSG SozR 4100 § 112 Nr 28), ist die Frage, ob eine Arbeitszeitverkürzung vorübergehender Natur ist, allein nach dem Beschäftigungsverhältnis im Bemessungszeitraum zu beurteilen, für das die Vereinbarung getroffen worden ist. Dies hat zur Folge, daß eine Arbeitszeit schon dann nicht nur vorübergehend vereinbart ist, wenn sie für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses gelten soll. Eine kürzere als die tarifliche oder übliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, die für ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart wird, ist mithin unbeschadet der Kürze der Frist in keinem Fall nur vorübergehend vereinbart.

Nach den Feststellungen des LSG war die Arbeitszeit von 20 Stunden von Anfang an in dem Arbeitsvertrag vom 25. April 1980 für den gesamten Beschäftigungszeitraum vom 1. April 1980 bis 31. März 1983 vorgesehen. Die Verlängerung der Arbeitszeit durch den Zusatzvertrag vom 22. Juli 1981 erfolgte hiernach nur, weil vorübergehend für die Zeit vom 1. August 1981 bis 31. Januar 1983 Drittmittel für das Projekt zur Verfügung standen, an dem der Kläger mitarbeitete. Diese längere Arbeitszeit entfiel mit dem 31. Januar 1983. Für die Monate Februar bis März 1983 war damit wieder die in dem Arbeitsvertrag vom 25. April 1980 vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden maßgebend.



Dies bedeutet aber, daß für das im Bemessungszeitraum bestehende Beschäftigungsverhältnis auf Dauer und nicht nur vorübergehend eine Arbeitszeit von 20 Wochenstunden zugrunde zu legen war. Damit ergibt sich nach § 112 Abs 2 bis 4 AFG ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 513,60 DM (= 25,68 x 20), das auf 515,-- DM, also den nächsten durch 5 teilbaren Deutsche-Mark-Betrag, zu runden ist (§ 112 Abs 9 AFG). Gleichwohl scheidet dieses Entgelt für die Bemessung des Alg-Anspruchs des Klägers aus.

Diese Rechtsfolge ergibt sich aus § 112 Abs 7 AFG, der hier in der Fassung des Fünften Gesetzes zur Änderung des AFG (5. AFG-ÄndG) vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) anzuwenden ist. Danach ist das Alg nach dem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen, ersatzweise ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung zu bemessen, für die der Arbeitslose nach Lebensalter und Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufes und seiner Ausbildung in Betracht kommt, wenn es mit Rücksicht auf die von ihm in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 bis 6 auszugehen.

Maßstab für die Bestimmung des Rechtsbegriffs der unbilligen Härte ist der Vergleich zwischen den in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung von dem Arbeitslosen ausgeübten beruflichen Tätigkeiten und den daraus erzielten Entgelten. Erst ein deutlich höheres Entgelt aus in dieser Zeit überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeiten als aus der Tätigkeit im Bemessungszeitraum spricht für eine unbillige Härte der Regelbemessung mit der Rechtsfolge des § 112 Abs 7 AFG (vgl dazu die Nachweise in BSGE 62, 43 = SozR 4100 § 112 Nr 31). Diese Rechtsfolge kann nach der Rechtsprechung des Senats entgegen der Auffassung in den angefochtenen Bescheiden auch dann eingreifen, wenn das geringere Entgelt nicht auf einer Änderung der beruflichen Tätigkeit, sondern auf die unterschiedlich geregelte Arbeitszeit zurückzuführen ist. Wie das LSG zutreffend erkannt hat, folgt dies hinsichtlich der unterschiedlichen Arbeitszeit aus der in § 112 Abs 7 AFG enthaltenen Bezugnahme auf § 112 Abs 4 AFG (vgl Urteil des Senats vom 31. August 1976 - 7 RAr 128/74 - Dienstblatt der Bundesanstalt für Arbeit - Rechtsprechung - AFG § 112 Nr 2162).

Der Senat stimmt auch der Auffassung des LSG zu, daß die Beschäftigung mit der längeren Arbeitszeit überwiegend ausgeübt worden sein muß, damit die Voraussetzungen des § 112 Abs 7 AFG vorliegen. Nicht zu folgen vermag der Senat indes dem Berufungsgericht darin, daß der Kläger diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

Das zeitliche Verhältnis der Tätigkeiten, die der Kläger in dem hier maßgeblichen Dreijahreszeitraum mit unterschiedlichen Arbeitszeiten ausgeübt hat, wird allerdings, wenn man auf Monate abstellt, jeweils von der Hälfte des Dreijahreszeitraums bestimmt.



Bei dieser Betrachtung würde keine dieser Tätigkeiten die andere zeitlich überwiegen. Indessen ist bei Tätigkeiten, die nach Monaten gerechnet gleich lang sind, der Monatsmaßstab kein geeignetes Mittel, die überwiegende Tätigkeit zu bestimmen. Die entgegenstehende Auffassung des LSG beruht auf der Annahme, daß entscheidend sei, ob der Arbeitslose nach Tagen oder nach Monaten entlohnt worden ist. Das LSG übersieht jedoch, daß es bei der Beurteilung des Begriffs "überwiegend" um die Feststellung des Umfangs verschiedener Tätigkeiten innerhalb eines bestehenden Zeitraums geht, nämlich der Dreijahresfrist des § 112 Abs 7 AFG. Diese Frist hat ebenso die Funktion einer Rahmenfrist wie die Dreijahresfrist des § 104 Abs 2 AFG und die Jahresfrist des § 134 Abs 1 Nr 4 AFG. Diese Vorschriften ordnen an, daß bestimmte rechtliche Voraussetzungen nur dann für die Leistung relevant sind, wenn sie in dem jeweils in Betracht kommenden zeitlichen Rahmen vorliegen. Wird von bestimmten Merkmalen dieser Rahmen jeweils nur um einen Tag überschritten, dann können diese nicht mehr bei den für die Leistung erforderlichen Voraussetzungen berücksichtigt werden. Das Gesetz sieht also den Tag als einen entscheidenden zeitlichen Maßstab an. Angesichts der vergleichbaren Funktion der Frist des § 112 Abs 7 AFG bietet es sich daher an, bei der Frage, ob und welche beruflichen Tätigkeiten den Dreijahreszeitraum überwiegend ausfüllen, ebenfalls auf Kalendertage abzustellen, wenn dies erforderlich ist, um die Voraussetzungen des gesetzlichen Merkmals des Überwiegens zu ermitteln. Zudem dient diese Auslegung der Rechtsklarheit und der Verwaltungsvereinfachung, wie sie der Gesetzgeber mit der Änderung der Berechnung für die Anwartschaftszeit und die Anspruchsdauer durch das 5. AFG-ÄndG verfolgt hat (vgl BT-Drucks 8/2624 S 27 Nrn 27 und 28). Zugleich werden die Schwierigkeiten vermieden, die bei der Gewichtung von mehreren Beschäftigungszeiten auftreten können, wenn diese keine vollen Monate oder Wochen umfassen. Da nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG die Beschäftigung mit der längeren Arbeitszeit 549 Tage und die mit der kürzeren 546 Tage beträgt, überwiegt hiernach die Beschäftigung mit der längeren Arbeitszeit.

Der Vergleich zwischen den von dem Kläger in dem hier maßgeblichen Dreijahreszeitraum überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeiten ergibt, daß die Bemessung des Alg nach dem im März 1983 erzielten Arbeitsentgelt unbillig hart wäre. Maßgeblich ist einmal das zeitliche Verhältnis dieser Tätigkeiten zueinander und die erheblich unterschiedliche Höhe im Entgelt. In zeitlichem Umfang unterscheiden sich die Tätigkeiten voneinander nur um wenige Tage, so daß zweifelhaft ist, ob diese Differenz allein geeignet ist, die Bemessung nach dem zuletzt erzielten Arbeitsentgelt als unbillig hart erscheinen zu lassen. Indes ergibt sich dies aufgrund der Entgelte, die der Kläger während der überwiegend ausgeübten Tätigkeit erzielt hat. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG hat der Kläger in dieser Zeit annähernd das Doppelte von dem verdient, was für die Bemessung des Alg nach § 112 Abs 2 bis 4 AFG zugrunde zu legen ist. Allein dies erfüllt



den Tatbestand einer unbilligen Härte. Diese Rechtsfolge hat der Senat bereits bei einer Differenz von 25 vH anerkannt (BSG SozR 4100 § 112 Nr 19).

Die Annahme einer unbilligen Härte ist entgegen der Auffassung des LSG auch nicht deshalb auszuschließen, weil der Kläger bei Abschluß der Zusatzvereinbarung nicht davon ausgehen konnte, daß er über den 31. Januar 1983 hinaus mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden weiterbeschäftigt würde. Das LSG und mit ihm die Beklagte verkennen, daß es nach § 112 Abs 7 AFG allein maßgebend ist, ob mit Rücksicht auf die überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit die Bemessung unbillig hart erscheint. Daher ist es grundsätzlich unerheblich, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 21. April 1988 - 7 RAr 73/86 - (BSGE 63, 153, 162) ausgeführt hat, aus welchen Gründen das Arbeitsentgelt nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG niedriger war als das früher überwiegend erzielte. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob der Arbeitslose vorhersehen konnte, daß er nach Beendigung der überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit mit einem geringeren Lebensstandard rechnen mußte, weil ihm dann nur noch der Lohn aus einer Halbtagsbeschäftigung zur Verfügung steht. Dies gilt umso mehr, wenn - wie hier - auch die letztere Tätigkeit nur vorübergehenden Charakter besitzt und der Arbeitnehmer nach deren Auslaufen für eine Vollzeitbeschäftigung zur Verfügung steht, was im vorliegenden Fall nicht zweifelhaft ist.

Ist hiernach dem streitigen Alg das erzielbare tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung zugrunde zu legen, für die der Kläger in Betracht kommt, ist dem Senat in Ermangelung der erforderlichen Feststellungen eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits versagt. Das LSG hat, was von seinem Rechtsstandpunkt aus auch nicht erforderlich war, weder festgestellt, für welche Tätigkeiten der Kläger im April 1983 in Betracht gekommen ist, noch welches Arbeitsentgelt aufgrund dieser Tätigkeiten erzielbar war.

Die Sache muß deshalb an das LSG zurückverwiesen werden, damit dieses die erforderlichen Feststellungen nachholen kann. Es wird dann auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

