

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
12. Juli 1989

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 58/88

.....

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 12. Juli 1989 durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g** und die Richter **S a t t l e r** und **Dr. H e n k e** sowie die ehrenamtlichen Richterinnen **Dr. N o l t e** und **O b i j o u** für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 10. Februar 1988 aufgehoben, soweit die Berufung des Klägers zurückgewiesen worden ist, und in diesem Umfang 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](#)

G r ü n d e :

I

Der Kläger erstrebt höhere Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Der 1938 geborene, in S. wohnhafte Kläger ist seit 1973 wiederverheiratet. Die jetzige Ehefrau des Klägers, eine Spanierin, ist Telefonistin beim Fernmeldeamt in Madrid, wo sie mit den drei gemeinsamen, dort die Schule besuchenden Kindern (Natalie, geb 1973; Isabel, geb 1974 und Karl-Vicente, geb 1977) wohnt. Sie ist seit 1977 in Spanien sozialversichert und erhält vom spanischen Träger Kindergeld. Das Begehren des Klägers, Kindergeld vom deutschen Träger zu erhalten, hatte keinen Erfolg. Der 1964 geborene Sohn aus erster Ehe wohnt bei der früheren Ehefrau; der Kläger leistet ihm während der Berufsausbildung Unterhalt. Auf den Lohnsteuerkarten des Klägers für die Jahre 1984, 1985 und 1986 ist die Steuerklasse III eingetragen.

Mit "Bewilligungsänderungsbescheid" vom 14. März 1984 bewilligte die Beklagte dem Kläger Alhi ab 21. Januar 1984, und zwar unter Berücksichtigung der Nettolohnersatzquote von 56 vH und der Leistungsgruppe B. Für welche Zeit und in welcher Höhe dem Kläger die Alhi bewilligt worden ist und welche weiteren Berechnungsmerkmale (Arbeitsentgelt, Leistungssatz, zu berücksichtigendes Einkommen) der Bewilligung zugrunde lagen, ist den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) nicht zu entnehmen. Ein weiterer Bescheid erging am 16. März 1984. Den Widerspruch des Klägers, mit dem er geltend machte, daß ihm nach den zutreffenden Eintragungen III/3 in die Lohnsteuerkarte die Leistungsgruppe C und der Vomhundertsatz von 58 zustehe, wies die Beklagte zurück (Widerspruchsbescheid vom 23. Mai 1985). Gleichzeitig wies die Beklagte Widersprüche des Klägers gegen Bescheide vom 17. Oktober 1984, 1. Februar 1985 und 7. März 1985 zurück, mit denen die Beklagte unter Berücksichtigung der gleichen beiden genannten Berechnungsmerkmale Alhi gewährt hatte. Nach Klagerhebung bewilligte die Beklagte Alhi nach den genannten Merkmalen ferner durch Bescheid vom 8. Januar 1986.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen, mit der der Kläger die Aufhebung der ergangenen Bescheide und Verurteilung der Beklagten, nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ab 21. Januar 1984 Alhi nach der Leistungsgruppe C und einem Bemessungssatz von 58 vH zu zahlen, begehrt hat (Urteil vom 29. Juli 1986). Die vom SG zugelassene Berufung hat das LSG mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß in Abänderung der entsprechenden Bescheide für die Zeit ab 1. Januar 1986 ein Vomhundertsatz von 58 zugrunde zu legen ist (Urteil vom 10. Februar 1988).

Zur Begründung seines Urteils hat das LSG zunächst ausgeführt, daß der Kläger gemäß § 111 Abs 2 Nr 1 Buchst b Arbeitsförderungsgesetz (AFG) der Leistungsgruppe B zuzu-



ordnen sei, obwohl auf seiner Steuerkarte weder die Steuerklasse I noch die Klasse II, sondern die Klasse III eingetragen sei. Die Eintragung der Steuerklasse III entspreche nicht der Sach- und Rechtslage; in Wirklichkeit treffe auf den Kläger die Steuerklasse I zu. Die Steuerklasse III komme nur in Betracht, wenn beide Ehegatten nicht dauernd getrennt lebten (§ 38b Nr 3a Einkommensteuergesetz - EStG -), was hier jedoch nicht der Fall sei. Die Ehefrau habe nämlich seit fast zehn Jahren mit ihren Kindern ihren Lebensmittelpunkt in Spanien, auch wenn sie während der Schulferien mit den Kindern nach Deutschland komme. Für eine Verlegung des Lebensmittelpunktes nach Spanien spreche auch, daß sie dorthin gegangen sei, um ihre erblindete Mutter zu pflegen. Von einer Lebensgemeinschaft der Ehegatten in Deutschland könne keine Rede sein. Die Verlegung sei auch auf Dauer erfolgt; denn nach Art der Erkrankung der Mutter und nach fast zehnjährigem Getrenntleben seien keine Anzeichen zu erkennen, daß die Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft in naher Zukunft in S. zu erwarten sei. Daß die Steuerklasse III in den Steuerkarten eingetragen sei, sei im vorliegenden Falle nicht entscheidend. Der Arbeitnehmer sei verpflichtet, die Eintragung ändern zu lassen, wenn die Eintragung von den Verhältnissen zu Beginn des Jahres zugunsten des Arbeitnehmers abweiche (§ 39 Abs 4 Satz 1 EStG). Die langjährige Weigerung des Klägers, dieser Verpflichtung gegenüber den Steuerbehörden nachzukommen, könne nicht folgenlos bleiben. Dem Kläger sei der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengesetzt.

Sodann hat das LSG ausgeführt, daß dem Kläger für die Zeit bis zum 31. Dezember 1985 die Alhi nach § 136 Abs 1 AFG nur in Höhe von 56 vH zustehen, weil der Kläger nicht mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 4, 6 und 7 EStG habe. Ein eheliches Kind werde dem Elternteil zugeordnet, in dessen Wohnung es erstmals im Kalenderjahr mit Hauptwohnung gemeldet gewesen sei. Lebten die Ehegatten getrennt, richte sich die Zuordnung ausschließlich danach, wo das Kind erstmals im Kalenderjahr gemeldet sei. Infolgedessen seien die bei den Müttern wohnhaften vier Kinder nicht beim Kläger zu berücksichtigen. Etwas anderes gelte nach § 136 Abs 1 AFG in der seit dem 1. Januar 1986 geltenden Fassung, wonach auch ein im Ausland lebendes Kind berücksichtigt werde, das nicht im Haushalt des Arbeitslosen lebe.

Der Kläger rügt mit der Revision eine Verletzung des § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst b, §§ 113, 136 AFG, §§ 103, 128 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Er macht geltend, nach dem Gesetz sei allein die auf der Lohnsteuerkarte eingetragene Steuerklasse maßgebend. An die eingetragene Klasse sei die Beklagte ausnahmslos gebunden. Eine Prüfung, ob eine eingetragene Steuerklasse den steuerrechtlichen Vorschriften entspreche, sei weder Aufgabe der Beklagten noch könne dies im sozialgerichtlichen Verfahren geprüft werden; denn hierüber habe allein die Finanzverwaltung und ggf die Finanzgerichtsbarkeit zu entscheiden. Im übrigen treffe nicht zu, daß der Kläger von seiner Ehefrau dauernd getrennt lebe. Es habe für ihn daher keine Veranlassung bestanden, die Eintragung auf der Lohn-



steuerkarte ändern zu lassen. Es könne ihm deshalb nicht der Einwand der Arglist oder der Leistungerschleichung entgegengesetzt werden. Die Feststellungen des LSG, der Kläger lebe von seiner Ehefrau dauernd getrennt und die gemeinsamen Kinder seien allein dem Haushalt der Ehefrau zuzuordnen, sei in fehlerhafter Weise zustande gekommen. Das LSG stütze sich offensichtlich auf die von der Ehefrau 1982 abgegebene Erklärung, nach der sie infolge Erkrankung ihrer Mutter sich seit September 1980 vorübergehend in Spanien aufhalte, Mittelpunkt der Lebensbeziehungen aber weiter S. sei. Diese Erklärung reiche zur Feststellung des dauernden Getrenntlebens nicht aus. Das LSG gehe selbst davon aus, daß grundsätzlich die Angaben der Ehegatten, daß sie nicht dauernd getrennt lebten, anzuerkennen seien. Es hätte sich deshalb gedrängt fühlen müssen, die Ehefrau über ihre Lebensumstände in der Zeit von 1984 bis Anfang 1986 und ihren Willen zu vernehmen. Eine Vernehmung hätte ergeben, daß die Ehefrau keineswegs die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft als aufgehoben betrachte und daß die tatsächlichen Verhältnisse, in denen sie lebe, eine solche Annahme nicht rechtfertigten. Was die Feststellungen des LSG, der Kläger habe sich langjährig gesetzwidrig geweigert, die Eintragungen in die Lohnsteuerkarte den tatsächlichen familiären Verhältnissen anzupassen, betreffe, fehle es an der Feststellung der dies begründenden Tatsachen; insoweit sei § 128 SGG verletzt.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des LSG aufzuheben, soweit es die Berufung zurückgewiesen hat, und das Urteil des SG insgesamt aufzuheben,
2. unter Abänderung der Bescheide vom 14. März, 16. März und 17. Oktober 1984, vom 1. Februar und 7. März 1985, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Mai 1985, sowie des Bescheids vom 8. Januar 1986 die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger für Zeiten mit Anspruch auf Alhi seit dem 21. Januar 1984 höhere Alhi zu gewähren, und zwar für alle Anspruchszeiten unter Berücksichtigung der Leistungsgruppe C sowie für Zeiten bis 31. Dezember 1985 zusätzlich unter Berücksichtigung eines Bemessungssatzes von 58 vH,

und hilfsweise,

die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist zur Begründung auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils, die sie für zutreffend hält.



II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Die vom LSG getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, eine abschließende Sachentscheidung zu treffen; aufgrund des Urteils des LSG läßt sich nicht einmal beurteilen, ob die vom Kläger gewählte Klageart in vollem Umfange zulässig ist.

Mit seiner Klage erstrebt der Kläger ab 21. Januar 1984 höhere Alhi, also mehr als die Beträge, die ihm die Beklagte durch die angefochtenen Bescheide jeweils zur Auszahlung zugewilligt oder belassen hat. Wird Alhi erstmals, nach Ablauf eines Bewilligungsabschnitts erneut (§ 139a AFG) oder nach einer Unterbrechung des Bezugs (zB wegen Arbeitsaufnahme, Wegfall der Verfügbarkeit oder wegen Bezugs anderer Leistungen) wieder- oder während eines Bewilligungsabschnitts in gleicher Höhe oder höher bewilligt, wie das hier nach Aktenlage für die Zeit ab 24. Februar 1984 (vgl Verfügung vom 14. März 1984, BI 256 der Verwaltungsakten) und ab 17. August 1984 (vgl Verfügung vom 15. Oktober 1984, BI 292 aaO) geschehen zu sein scheint, und macht der Arbeitslose geltend, daß ihm höhere Alhi zustehe, ist die sogenannte kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage gegeben, wie sie den Anträgen zufolge vom Kläger auch erhoben worden ist. Wird durch den oder die angefochtenen Bescheid(e) dagegen Alhi nicht neu oder wiederbewilligt, sondern die schon bewilligte Leistung für den laufenden Bewilligungsabschnitt ganz oder teilweise aufgehoben oder, was hier wohl nur streitig ist, herabgesetzt, ist allein die Anfechtungsklage zulässig, soweit die ausgesprochene Bewilligung reicht. Soweit die Bewilligung reicht, fehlt nämlich für eine Klage auf Leistung das Rechtsschutzbedürfnis; denn da die Bewilligung schon dann wiederhergestellt wird, wenn der abändernde Verwaltungsakt aufgehoben wird, erreicht ein Kläger schon mit der Anfechtungsklage sein Ziel (vgl BSGE 48, 33, 34 = SozR 4100 § 44 Nr 19; BSGE 49, 197, 198 f). Das könnte hinsichtlich des einen oder anderen der vom LSG als angefochten erwähnten Bescheide der Fall sein.

Welcher Klagantrag der richtige ist, kann aufgrund der Ausführungen des LSG nicht beurteilt werden. Dessen Feststellungen sind insoweit unzureichend, weil das LSG nicht erwähnt hat, für welche Zeit und in welcher Höhe dem Kläger Alhi bewilligt worden ist. Das LSG hat damit nicht nur dem Prozeßrecht nicht die allgemein erforderliche Beachtung geschenkt, sondern sich auch gleichzeitig den Blick dafür verstellt, welche während des Vorverfahrens ergangenen Bescheide der Beklagten gemäß § 86 SGG Gegenstand des Vorverfahrens und welche nach Klagerhebung ergangenen Bescheide gemäß § 96 SGG Gegenstand der Gerichtsverfahren geworden sind, was allerdings mangels Rüge durch einen der Beteiligten für das Revisionsverfahren unerheblich ist. Die Beachtung der richtigen Klageart erleichtert in Fällen vorliegender Art übrigens auch die Erkenntnis, ob die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide zusätzlich zu den Vorschriften des Alhi-



Rechts auch davon abhängt, daß die Voraussetzungen der §§ 45, 48 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB 10) vorliegen.

Zwar ist das Revisionsgericht nicht gehindert, insoweit eigene Feststellungen zu treffen, als diese zur Beurteilung der unverzichtbaren Prozeßvoraussetzungen, die von Amts wegen zu prüfen sind, erforderlich sind (BSGE 17, 124, 125 f; SozR Nr 12 zu § 163 SGG; Urteil des Senats vom 13. November 1980 - 7 RAR 62/78 - SozR 6050 Art 69 Nr 5, insoweit nicht abgedruckt); zu diesen gehört die richtige Klageart. Indessen muß das Revisionsgericht dies nicht. Es kann dem Tatrichter auch diese Ermittlungen überlassen, wenn eigene Ermittlungen untunlich sind, weil die Sache sowieso an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß (Meyer-Ladewig, Komm zum SGG, 3. Aufl 1987, § 163 Rdz 6). Das ist hier der Fall. Denn selbst wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, daß die erhobene kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage in vollem Umfange zulässig ist, fehlt es in materieller Hinsicht an Feststellungen, die eine abschließende Entscheidung darüber ermöglichen, ob dem Kläger ab 21. Januar 1984 mehr an Alhi zusteht, als ihm von der Beklagten gewährt worden ist.

Die Beträge, die mit der Klage erstrebt werden, hat der Kläger nicht beziffert. Sein Klagziel ergibt sich jedoch hinreichend aus dem Antrag, die Alhi nach der Leistungsgruppe C und einem Bemessungssatz von 58 vH zu zahlen. Der Kläger will also anstelle der gewährten Beträge Leistungen in der Höhe, die sich ergeben, wenn anstelle der Leistungsgruppe B die Leistungsgruppe C und anstelle der Nettolohnersatzquote von 56 vH die von 58 vH zugrunde gelegt wird und es im übrigen bei denjenigen Berechnungsmerkmalen bleibt, die die Beklagte zugrunde gelegt hat.

Ob dem Kläger die so gekennzeichnete höhere Alhi zusteht, richtet sich nach § 136 Abs 1 AFG. Diese Vorschrift ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 (HBegleitG 1984) vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) neu gefaßt worden; das Siebte Gesetz zur Änderung des AFG (7. AFG-ÄndG) vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) änderte § 136 Abs 1 AFG erneut. Hiernach beträgt die Alhi seit dem 1. Januar 1984 in bestimmten Fällen 58 vH und sonst 56 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts. Der Leistungssatz im Einzelfalle, der sich nach näherer Maßgabe der jeweiligen AFG-Leistungsverordnung ergibt, ist neben dem Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) und der Nettolohnersatzquote (Bemessungssatz, Vorphundertssatz) von der Leistungsgruppe des Arbeitslosen abhängig (§ 136 Abs 3 Satz 2, § 111 Abs 2 Satz 2 AFG); die in den fünf Leistungsgruppen unterschiedlich hohen Leistungssätze für das gleiche (Brutto-)Arbeitsentgelt berücksichtigen die unterschiedlich hohen Lohnsteuerabzüge, die je nach Steuerklasse bei Arbeitnehmern vorzunehmen sind. Arbeitsentgelt, Leistungsgruppe und Nettolohnersatzquote bestimmen mithin, welcher Alhi-Leistungssatz im Einzelfalle Anwendung findet. Ist Einkommen zu berücksichtigen (§ 134 Abs 1 Nr 3, § 137 Abs 1 und Abs 2a, § 138 AFG), vermindert sich der Alhi-Leistungssatz



um den zu berücksichtigenden Betrag. Ein Klagebegehren, die Beklagte zu einem höheren Alhi-Betrag zu verurteilen, erfordert daher, daß alle Leistungsmerkmale daraufhin untersucht werden, ob sie das Klagebegehren zu begründen vermögen. Dies setzt grundsätzlich nicht nur die Kenntnis des bewilligten Alhi-Betrages voraus, sondern auch aller Tatsachen, die für die Höhe des Arbeitsentgelts, die richtige Leistungsgruppe und die zutreffende Nettolohnersatzquote und das anzurechnende Einkommen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften von Bedeutung sind. Soweit streitige Bescheide Bewilligungen aufheben, also diese zurücknehmen oder ändern, ist zusätzlich zu der Tatsache der Aufhebung die Kenntnis von solchen Tatsachen erforderlich, von denen nach den §§ 45, 48 SGB 10 die Rechtmäßigkeit einer derartigen Aufhebung abhängig ist.

Hiernach ist aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen keine abschließende Entscheidung möglich, ob das Klagebegehren, seine Zulässigkeit unterstellt, begründet ist. Denn das angefochtene Urteil, das nicht einmal erkennen läßt, für welche Zeiten dem Kläger Alhi bewilligt worden ist, enthält lediglich Feststellungen zur Leistungsgruppe und zur Nettolohnersatzquote. Feststellungen hinsichtlich der bewilligten Alhi-Beträge, hinsichtlich des Arbeitsentgelts und des anzurechnenden Einkommens sind ihm nicht zu entnehmen. Ob die Beklagte insoweit die richtigen Berechnungsmerkmale ihren Bescheiden zugrunde gelegt hat, ist im vorliegenden Falle auch nicht deshalb unerheblich, weil, wie noch zu begründen sein wird, dem Kläger die Alhi jedenfalls schon vom 21. Januar 1984 nach der Nettolohnersatzquote von 58 vH zusteht; denn der Klaganspruch ist auch dann unbegründet, wenn zB ein niedrigeres Arbeitsentgelt als geschehen zugrunde zu legen ist und der Leistungssatz deshalb trotz der Nettolohnersatzquote von 58 vH geringer ist, oder ein höherer Anrechnungsbetrag, zB wegen Einkommens der Ehefrau gemäß § 138 Abs 1 Nr 2 AFG, zu berücksichtigen ist. Die Begründetheit eines mit der Klage geltend gemachten Anspruchs, hier also des Begehrens auf höhere Leistung, ist, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat, unter jedem rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkt zu prüfen, wobei grundsätzlich ggf auch solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, auf die die Beteiligten bislang nicht aufmerksam geworden sind.

Schon in Ermangelung ausreichender Feststellungen zum Inhalt der angefochtenen Bescheide und zu den vom LSG nicht behandelten Berechnungsmerkmalen muß das angefochtene Urteil daher aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Urteil verletzt Bundesrecht aber auch, was die vom LSG behandelten beiden Berechnungsmerkmale angeht.

Nach § 136 Abs 1 und Abs 3 Satz 2 und § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst c AFG steht den Arbeitslosen die Alhi nach der Leistungsgruppe C zu, auf deren Lohnsteuerkarte die Lohnsteuerklasse III eingetragen ist. Maßgebend ist nach § 113 Abs 1 AFG, der gemäß § 134 Abs 4 AFG für die Alhi entsprechend gilt, die Lohnsteuerklasse, die zu Beginn des Kalenderjahres eingetragen war, in dem der Anspruch entstanden ist. Welche Lohnsteu-



erklasse dies im Falle des Klägers war, hat das LSG nicht festgestellt. Jedoch werden nach § 113 Abs 1 Sätze 2 und 3 AFG spätere Änderungen der eingetragenen Lohnsteuerklasse berücksichtigt, und zwar mit Wirkung des Tages, an dem erstmals die Voraussetzungen für die Änderung vorlagen; das gleiche gilt, wenn auf der für spätere Kalenderjahre ausgestellten Lohnsteuerkarte eine andere Lohnsteuerklasse eingetragen wird. Auch dann, wenn der Anspruch auf Alhi schon vor 1984 entstanden sein sollte, ist hier nach für die streitige Zeit grundsätzlich die Lohnsteuerklasse maßgebend, die auf der Lohnsteuerkarte der Jahre 1984, 1985 und 1986 eingetragen war. Das war nach den Feststellungen des LSG, die von der Beklagten nicht beanstandet werden, die Steuerklasse III.

Ob die von der dafür zuständigen Gemeinde vorgenommene Eintragung der Steuerklasse III zutreffend war, dem Kläger also 1984, 1985 und 1986 nach Maßgabe des Steuerrechts die Steuerklasse III zustand, ist unerheblich. Soweit § 111 Abs 2 Satz 2 AFG für die Zugehörigkeit der Leistungsempfänger zu den Leistungsgruppen auf eine Steuerklasse abhebt, kommt es nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht darauf an, welche Steuerklasse das Steuerrecht für den Arbeitnehmer vorsieht, sondern auf die Steuerklasse, die auf der Lohnsteuerkarte eingetragen ist. Das bestätigt § 113 Abs 1 AFG. Auch seine Vorschriften stellen auf die zu Beginn des Kalenderjahres eingetragene bzw die Änderung der eingetragenen Lohnsteuerklasse ab, setzen also auch im Falle der Änderung der Lohnsteuerklasse voraus, daß eine andere als die bisherige Steuerklasse auf der Steuerkarte eingetragen ist. Hiernach ist für die Beklagte grundsätzlich allein die eingetragene Steuerklasse maßgebend (vgl Ambs ua, Gemeinschaftskommentar zum AFG, Stand April 1989, § 113 Rdz 3; Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 113 Rdz 6; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Juni 1989, § 113 Anm 2; Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rdz 3 und 4 zu § 113 - Fassung 1975 -).

Es gilt insoweit nichts anderes als für den Arbeitgeber, für den die auf der Lohnsteuerkarte seines Arbeitnehmers eingetragene Steuerklasse für den von ihm vorzunehmenden Lohnsteuerabzug nach § 39b Abs 2 Satz 5 EStG ebenfalls verbindlich ist. Wie der Arbeitgeber den Lohnsteuerabzug auch dann nach den Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte vornehmen muß, wenn er erkennt, daß die Eintragungen nicht den tatsächlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers entsprechen (Klein/Flockermann/Kühr, Komm zum EStG, 3. Aufl 1981, § 39b Rdz 3; Hartmann/Böttcher/Nissen/Bordewin, Komm zum EStG, Stand März 1989, § 39b Rdz 21), muß auch die Beklagte dem Arbeitslosen die Lohnersatzleistung nach der Leistungsgruppe gewähren, zu der er nach der in der Lohnsteuerkarte eingetragenen Steuerklasse gehört, obwohl die Eintragung nicht oder nicht mehr richtig ist. Die Maßgeblichkeit der eingetragenen Steuerklasse erleichtert nicht nur die Bewilligung von Leistungen durch die Beklagte, sondern entspricht auch dem Wesen des Lohnersatzes der Alhi. Denn die Alhi soll in Höhe der Nettolohnersatzquote den Nettolohn ersetzen, den der Arbeitslose erzielen würde, wenn er eine Beschäftigung hätte. Es entspricht da-



her dem gesetzlichen System der Anbindung der Alhi an den Nettolohn, in gleicher Weise wie beim Abzug der Lohnsteuer für die Zuordnung zu einer der Leistungsgruppen die eingetragene Lohnsteuerklasse maßgebend sein zu lassen. Nur wenn Ehegatten die Steuerklassen gewechselt haben, sieht § 113 Abs 2 Satz 2 AFG unter bestimmten Voraussetzungen vor, daß anstelle der eingetragenen Steuerklasse für die Höhe der Alhi eine andere Steuerklasse maßgebend ist, worauf noch zurückzukommen ist. Dementsprechend hat der Senat ständig die Beklagte bestätigt, wenn sie aufgrund eines Steuerklassenwechsels vorgenommene Eintragungen berücksichtigt hatte, obwohl sich dies nach Maßgabe des § 113 Abs 2 AFG zum Nachteil des Arbeitslosen auswirkte (vgl BSGE 61, 45 = SozR 4100 § 113 Nr 5; SozR 4100 § 113 Nrn 6 und 7).

Die grundsätzliche Maßgeblichkeit der eingetragenen Steuerklasse hat das LSG wohl nicht verkannt; es meint indessen, die Beklagte könne dem Kläger den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten, weil er sich gesetzwidrig seit Jahren weigere, eine Änderung der Steuerklasse vorzunehmen, wie sie durch das Steuerrecht geboten sei. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Geltendmachung einer günstigeren Leistungsgruppe aufgrund einer fehlerhaft eingetragenen Steuerklasse auf der Lohnsteuerkarte durch einen Arbeitslosen als unzulässig angesehen werden müßte, wenn die Eintragung der zutreffenden Steuerklasse von der Mitwirkung des Arbeitslosen, zB von seinem Antrag, abhängig wäre. In einem solchen Falle könnte in der Tat ins Feld geführt werden, daß andernfalls die Höhe der von der Beklagten zu leistenden Lohnersatzleistungen allein vom Verhalten des Arbeitslosen abhinge. Eine solche Fallgestaltung könnte auch rechtfertigen, daß ausnahmsweise anstelle der für die Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte zuständigen Stellen die Arbeitsämter und im Rechtsstreit anstelle der nach § 33 Abs 1 Nr 1 Finanzgerichtsordnung zuständigen Finanzgerichte (vgl OVG Münster DVBl 1963, 561) die Sozialgerichte über die zutreffende Steuerklasse zu befinden hätten.

Indessen ist eine Änderung der Eintragung einer Steuerklasse, die unrichtig vorgenommen worden ist, von einem Antrag des Arbeitnehmers nicht abhängig. Dieser ist zwar nach § 39 Abs 4 Satz 1 EStG verpflichtet, die Eintragung der Steuerklasse auf der Lohnsteuerkarte umgehend ändern zu lassen, wenn die Eintragung von den Verhältnissen zu Beginn des Kalenderjahres zu seinen Gunsten abweicht. Kommt der Arbeitnehmer jedoch seiner Verpflichtung nicht nach, so hat gemäß § 39 Abs 4 Satz 3 EStG die für die Eintragung dieses Besteuerungsmerkmals zuständige Stelle, im Falle der Steuerklasse die Gemeinde, die Eintragung von Amts wegen zu ändern. Die Beklagte kann daher wie jede andere Behörde darauf hinwirken, daß die unrichtig eingetragene Steuerklasse berichtigt wird, indem sie unter Hinweis auf die leistungsrechtlichen, im Falle der Alhi den Haushalt des Bundes belastenden, Folgen bei der Gemeinde eine Berichtigung anregt. Es ist dann Sache der dafür zuständigen Gemeinde (und im Streitfall der die Tätigkeit der



Gemeinden insoweit kontrollierenden Finanzgerichte), den Sachverhalt zu ermitteln und die zutreffende Steuerklasse zu bestimmen. Dabei kommt eine Berichtigung auch noch nach Ablauf des Kalenderjahres in Betracht, für das die Lohnsteuerkarte gilt, weil insoweit ein Bedürfnis besteht (vgl. BFHE 108, 92). Der Einwand der Beklagten, eine solche Anregung sei hier wegen des Schutzes der Sozialdaten nicht möglich, geht fehl. Abgesehen davon, daß eine solche Anregung die Offenbarung personenbezogener Daten nicht unbedingt erfordert, übersieht die Beklagte, daß eine Offenbarung personenbezogener Daten zulässig ist, soweit diese für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nach dem Sozialgesetzbuch durch einen Sozialleistungsträger erforderlich ist (§ 69 Abs 1 Nr 1 SGB 10). Es ist unbestritten, daß der Sozialdatenschutz die Offenbarung von Daten für die Erfüllung eigener Aufgaben der offenbarenden Stelle, insbesondere im Zusammenhang mit Eigenermittlungen, nicht hindert (vgl. Hauck/Haines, Komm zum SGB - X/1,2 -, Stand Mai 1988, § 69 Rdz 12). Daß in jedem Falle eine Offenbarung nur zulässig ist, soweit sie erforderlich ist, steht auf einem anderen Blatt.

Schon um die vorgegebene Ordnung zu wahren, nach der die Beklagte, abgesehen vom Falle des § 113 Abs 2 Satz 2 AFG, von der eingetragenen Steuerklasse auszugehen hat, und um eine unterschiedliche Beurteilung steuerrechtlicher Gegebenheiten zu verhindern, muß die Beklagte auf diesen Weg verwiesen werden. Solange die Beklagte sich nicht an die zuständige Gemeinde wendet, kann sie nicht dem Arbeitslosen Rechtsmißbrauch vorwerfen; denn sie muß sich selbst vorhalten lassen, nicht das getan zu haben, was zu einer Überprüfung der eingetragenen Steuerklasse durch die dafür zuständigen Stellen führt.

Es kommt mithin nicht darauf an, ob die Voraussetzungen für die Steuerklasse III erfüllt sind, ob also ua der Kläger und seine Ehefrau 1984, 1985 und 1986 unbeschränkt einkommensteuerpflichtig waren und nicht dauernd getrennt lebten (§ 38b Satz 2 Nr 3 EStG). Es bedarf daher keiner Stellungnahme, ob die diesbezüglichen Revisionsrügen des Klägers greifen.

Nach Maßgabe des § 113 Abs 1 AFG wäre hiernach die Steuerklasse III zugrunde zu legen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Eintragung der Steuerklasse III auf den Lohnsteuerkarten des Klägers für die Jahre 1984, 1985 und 1986 nach der Entstehung des Anspruchs auf einen Steuerklassenwechsel zwischen den Ehegatten zurückzuführen wäre. Haben nämlich Ehegatten die Steuerklassen gewechselt, so werden zwar grundsätzlich die neu eingetragenen Lohnsteuerklassen berücksichtigt. Entsprechen die neu eingetragenen Lohnsteuerklassen an dem Tage, an dem die Änderung wirksam wird, aber offensichtlich nicht dem Verhältnis der monatlichen Arbeitslöhne beider Ehegatten, so sind die diesem Verhältnis entsprechenden Lohnsteuerklassen für die Höhe der Alhi maßgebend (§ 113 Abs 2 Satz 2 AFG). Ist ein solcher Fall gegeben, wäre an Stelle der Steuerklasse III die Steuerklasse IV oder die Steuerklasse V maßgebend. Das hätte zur



Folge, daß die Alhi nach der Leistungsgruppe A oder der Leistungsgruppe D zu zahlen wäre. Ob ein Steuerklassenwechsel vorgenommen worden ist, hat das LSG nicht festgestellt; entsprechend fehlen Feststellungen, ob etwa neu eingetragene Lohnsteuerklassen am Tage, an dem die Änderung wirksam geworden ist, dem Verhältnis der monatlichen Arbeitslöhne beider Ehegatten entsprochen haben.

Auch den Ausführungen des LSG über die Nettolohnersatzquote für die Zeit bis zum 31. Dezember 1985 ist nicht zu folgen. Es hat seinem Urteil § 136 Abs 1 AFG in der Fassung des HBegleitG 1984 zugrunde gelegt, jedoch zu Unrecht, wie § 242f Abs 3 AFG, eingefügt durch das 7. AFG-ÄndG, ergibt.

Nach § 136 Abs 1 AFG idF des HBegleitG 1984 betrug die Alhi für Arbeitslose, die mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 4, 6 und 7 EStG haben, 58 vH (Nr 1) und für die übrigen Arbeitslosen 56 vH (Nr 2) des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts. Durch das 7. AFG-ÄndG erhielt § 136 Abs 1 Nr 1 AFG eine neue Fassung. Nunmehr kommt die höhere Nettolohnersatzquote allen Arbeitslosen zugute, die mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 1, 4 und 5 EStG haben. Diese Änderung paßte die Vorschrift an die Änderung des § 32 EStG in der zuletzt durch das Gesetz vom 26. Juni 1985 (BGBl I 1153) geänderten Fassung an, durch die ein Kind steuerrechtlich nunmehr auch bei dem Elternteil berücksichtigt wird, der das Kind nicht in seinem Haushalt aufgenommen hat (vgl Begründung zur Änderung der §§ 111 und 136 AFG, BT-Drucks 10/4211 S 23 f und 26).

Das 7. AFG-ÄndG ist nach seinem Art 13 zwar erst am 1. Januar 1986 in Kraft getreten. Aus der Überleitungsvorschrift des § 242f Abs 3 AFG ergibt sich jedoch, daß § 136 Abs 1 Nr 1 AFG in der seit dem 1. Januar 1986 geltenden Fassung auch für Zeiten mit Anspruch auf Alhi vor dem 1. Januar 1986 gilt, wenn die Entscheidung über den Anspruch auf Alhi, wie hier infolge des Rechtsstreits, am 1. Januar 1986 noch nicht unanfechtbar war. Zwar bezieht sich § 242f Abs 3 Satz 1 AFG unmittelbar auf den die Nettolohnersatzquote des Arbeitslosengeldes (Alg) von 68 vH neu regelnden § 111 Abs 1 Nr 1 AFG und auf Alg-Ansprüche für Zeiten vor dem 1. Januar 1986. Nach § 242f Abs 3 Satz 2 gilt jedoch Satz 1 für Ansprüche auf Unterhaltsgeld, Übergangsgeld, Kurzarbeitergeld, Schlechtwettergeld und, was hier entscheidend ist, auf Alhi entsprechend. Mit Rücksicht auf die gleichzeitige Änderung von § 111 Abs 1 Nr 1 und § 136 Abs 1 Nr 1 AFG kann entsprechende Geltung bezüglich der Alhi nur bedeuten, daß auch die Neufassung des § 136 Abs 1 Nr 1 AFG anzuwenden ist, wenn noch über einen Anspruch auf Alhi für die Zeit vor dem 1. Januar 1986 befunden werden muß. Die Gesetzesmaterialien bestätigen dieses Ergebnis. Die Vorschrift beruht auf einem Vorschlag des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung. Sie ist dahin erläutert worden, daß die Arbeitslose mit Kindern, die nicht im Haushalt des Arbeitslosen leben, begünstigende Regelung "rückwirkend für die Lohnersatzleistungen nach dem AFG" gelten soll, wenn die Entscheidung über den



Anspruch bei Inkrafttreten der Neuregelung noch nicht unanfechtbar war (vgl Begründung zu § 242f AFG-Entwurf, BT-Drucks 10/4483 S 13).

Die Voraussetzungen des § 136 Abs 1 Nr 1 AFG in der neuen Fassung erfüllt der Kläger, wie das LSG für die Zeit ab 1. Januar 1986 nicht verkannt hat. Er hat allein in seinem 1977 geborenen Sohn Karl-Vicente mindestens ein Kind iS der §§ 32 Abs 1, 4 und 5 EStG. Dafür genügt es, daß Karl-Vicente im ersten Grade mit dem Kläger verwandt ist (§ 32 Abs 1 Nr 1 EStG, § 1589 BGB) und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (vgl § 32 Abs 4 EStG). Daß das Kind bei seiner Mutter lebt, ist unerheblich. Die Zuordnung eines Kindes an einen Elternteil, die das bisherige Recht nach Maßgabe des Wohnsitzes des Kindes zur Einräumung eines Steuerfreibetrages vorgesehen hatte, hat die Neufassung des § 32 EStG fallen gelassen. Sie räumt grundsätzlich jedem Elternteil den Kinderfreibetrag für ein zu berücksichtigendes Kind ein (§ 32 Abs 6 EStG). Die Änderung des § 136 Abs 1 Nr 1 AFG durch das 7. AFG-ÄndG hat daher zur Folge, daß nunmehr auch der Arbeitslose in den Genuß der höheren Nettolohnersatzquote kommt, der ein Kind hat, das nicht in seinem Haushalt lebt. Damit berücksichtigt das Gesetz, daß auch der Arbeitslose, in dessen Haushalt das Kind nicht lebt, einer besonderen Belastung unterliegt (vgl BT-Drucks 10/4211 S 23 f). Der höheren Nettolohnersatzquote steht auch der Wohnort Karl-Vicentes in Spanien nicht entgegen. Zwar kann nach § 32 Abs 2 EStG ein Kind nur berücksichtigt werden, wenn es zu Beginn des Kalenderjahres unbeschränkt einkommensteuerpflichtig war oder im Laufe des Kalenderjahres geworden ist, was im allgemeinen voraussetzt, daß das Kind im Inland lebt. Indessen hat § 136 Abs 1 Nr 1 AFG nur auf die Abs 1, 4 und 5 EStG abgestellt, nicht auch auf Abs 2. Das ist bewußt geschehen; auch dem Arbeitslosen, dessen Kind im Ausland wohnt, sollte die höhere Nettolohnersatzquote eingeräumt werden, um der besonderen Belastung der Arbeitslosen (mit unterhaltsberechtigten) Kindern gerecht zu werden (vgl BT-Drucks aaO).

Hiernach steht dem Kläger die Alhi nicht erst ab 1. Januar 1986, sondern schon vom 21. Januar 1984 an nach der Nettolohnersatzquote von 58 vH zu.

Für die erneute Entscheidung, die auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu umfassen hat, wird auf § 96 SGG hingewiesen. Auch sollte das LSG beachten, daß der Kläger entgegen den vom LSG bisher getroffenen Feststellungen nach den in den Verwaltungsakten befindlichen Zahlungsnachweisen die Alhi 1984 und 1985 zeitweilig in Höhe von 58 vH des Nettoarbeitsentgelts bekommen zu haben scheint.

