

Bundessozialgericht

- 7 RAr 59/80 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 25. August 1981
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 10. Juni 1980 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -



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



G r ü n d e :

I

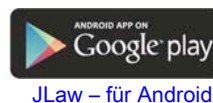
Im Streit ist die Höhe des dem Kläger ab 1. Oktober 1977 gewährten Arbeitslosengeldes (Alg).

Der Kläger war vom 1. Februar 1975 bis 30. September 1977 als Angestellter im Außendienst bei einer privaten Krankenversicherung beschäftigt. Das Entgelt, das er aus dieser Tätigkeit erzielte, setzte sich aus Provisionen und Spesen-erstattung zusammen. Es war ihm ein Garantiebetrug zugesagt worden, auf den seine Arbeitgeberin das Monatsgehalt aufzu-stocken hatte, falls seine sonstigen Bezüge darunter blieben. Etwaige darüberliegende Mehreinkünfte wurden mit dem Auf-stockungsbetrag desselben Kalenderjahres aufgerechnet. Am 30. September 1977 waren die Bezüge des Klägers bis ein-schließlich August 1977 vollständig abgerechnet. In diesem Monat hat er ebenso wie in den Monaten Februar, Mai und Juni 1977 das garantierte Mindesteinkommen durch Provisionen nicht erreicht, so daß ihm einschließlich eines Aufstockungsbetrages von 362,02 DM ein Gesamtentgelt in Höhe von 2.039,65 DM ge-zahlt worden ist. Für September 1977 war nur der garantierte Monatsbetrag von 2.056,82 DM abgerechnet, jedoch nicht die in diesem Monat vermittelten Verträge. Diese wurden erst im November 1977 abgerechnet.

Mit Bescheid vom 24. Oktober 1977 bewilligte das Arbeitsamt ein vorläufiges Alg aufgrund eines wöchentlichen Arbeits-entgelts von 450,-- DM. Diese Leistung wurde in dem Bescheid vom 8. November 1977 nach einem Arbeitsentgelt von 2.056,82 DM (475,-- DM wöchentlich) bemessen. Auf den Widerspruch des Klägers, mit dem er geltend macht, er habe im September 1977 3.541,87 DM verdient, wurde das Alg unter Zugrundelegung eines Monatsverdienstes für den September 1977 von 2.889,87 DM berechnet (Bescheid vom 24. November 1977). Mit Wirkung vom 28. November 1977 wurde mit Bescheid vom 9. Dezember 1977 die Leistung wieder nach einem Arbeitsentgelt von 450,-- DM wöchentlich bemessen. Mit Widerspruchsbescheid von 22. Februar 1978 wurde unter Zurückweisung des Widerspruchs im übrigen und unter Belassung der Überzahlung des Alg ab 1. Oktober 1977



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



- 3 -

entsprechend dem im August 1977 erzielten Arbeitseinkommen (2.039,65 DM) nach einem Bemessungsentgelt von 470,-- DM wöchentlich festgesetzt. Zur Begründung wurde ausgeführt, am Tage des Ausscheidens des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis sei zuletzt der August 1977 abgerechnet worden. Für September seien mindestens die Provisionen noch nicht abgerechnet gewesen.

Mit Urteil vom 29. März 1979 hat das Sozialgericht (SG) Lüneburg die Beklagte antragsgemäß verurteilt, das Alg des Klägers unter Zugrundelegung eines Einheitslohnes von 710,-- DM von Anbeginn neu zu berechnen und ihm den sich ergebenden Mehrbetrag ausbezahlen. Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, Bemessungszeitraum nach § 112 Abs 3 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) sei das gesamte Kalenderjahr 1976, in dem der Kläger insgesamt 37.077,36 DM verdient hatte. Hieraus errechnete es einen Einheitslohn von 710,-- DM.

Auf die vom SG zugelassene Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 10. Juni 1980 die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen. Es hat sich der von der Beklagten in dem Widerspruchsbescheid vertretenen Auffassung angeschlossen. Zur Begründung hat es ua weiter ausgeführt, der Ansicht des SG, als Bemessungszeitraum müsse wegen der Eigenart des Arbeitsverhältnisses des Klägers das gesamte Kalenderjahr 1976 zugrundegelegt werden, da alle monatlichen Abrechnungen nur vorläufigen Charakter hätten und eine endgültige Abrechnung erst zum Jahresende für das gesamte Kalenderjahr erfolgen könne, sei nicht zu folgen. Die einzelnen Monate seien endgültig und nicht vorläufig abgerechnet worden. Lediglich der Monat September 1977 sei am Tage des Ausscheidens des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis noch nicht abgerechnet gewesen. Es bestünden auch keine Gründe, das Arbeitsentgelt gemäß § 112 Abs 7 AFG fiktiv festzusetzen. Eine unbillige Härte in dieser Vorschrift liege schon deshalb nicht vor, weil bei dem Kläger im Jahre 1977 ein nicht auf außergewöhnlichen Umständen beruhender Leistungsabfall eingetreten sei, der zu niedrigeren Monatsverdiensten geführt habe.



- 4 -

Mit der Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 112 Abs 3 Satz 1 AFG. Er trägt zur Begründung vor, mit dem SG sei davon auszugehen, daß als Bemessungszeitraum für die Berechnung des Alg nur das gesamte Kalenderjahr 1976 in Betracht komme. Nach der Gehaltsvereinbarung, die zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin bestanden habe, hätten eindeutig alle monatlichen Abrechnungen nur vorläufigen Charakter gehabt, während die endgültige Abrechnung für das gesamte Jahr erst mit der Dezemberabrechnung erfolgen sollte. Diese Abrechnungsweise habe das LSG nicht beachtet. Das Gesetz gehe eindeutig davon aus, daß es sich um Lohnabrechnungszeiträume handeln müsse. Es könne somit nicht darauf ankommen, welcher Betrag ihm für den Monat August 1977 endgültig zugestanden habe. Ihm sei auch nur ein Jahreseinkommen garantiert worden. Die Monatseinkünfte seien dagegen wegen der so vereinbarten Verrechnung nicht endgültiger Natur gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 10. Juni 1980 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Lüneburg vom 29. März 1979 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

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

- 5 -



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



II

Die Revision des Klägers ist insoweit begründet, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen ist. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen für eine abschließende Entscheidung nicht aus.

Gemäß § 111 Abs 1 AFG beträgt das Alg 68 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts. Arbeitsentgelt iS dieser Vorschrift ist grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG). Bemessungszeitraum sind gemäß § 112 Abs 3 Satz 1 AFG die letzten, am Tage des Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis abgerechneten insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Der § 112 Abs 3 Satz 2 AFG idF vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189), wonach für Leistungslöhner auf witterungsabhängigen Arbeitsplätzen und in Saison- und Kampagnebetrieben sowie für Arbeitnehmer, deren Entgelt sich weitgehend nach dem erzielten Umsatz richtet, sich die Lohnabrechnungszeiträume auf 60 Tage erhöhen, ist auf Ansprüche auf Alg, die vor dem 1. August 1979 entstanden sind, nicht anzuwenden (§ 112 Abs 10 AFG idF vom 23. Juli 1979).

Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, an die der Senat gemäß § 163 SGG gebunden ist, war der letzte Lohnabrechnungszeitraum, der mindestens 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfaßte und am Tage des Ausscheidens des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis (30. September 1977) auch abgerechnet war, der Monat August 1977. Hingegen war hiernach der Monat September 1977 noch nicht abgerechnet. Eine von § 112 Abs 3 Satz 1 AFG abweichende Festsetzung des Bemessungszeitraums, wie sie das SG entsprechend dem Antrag des Klägers vorgenommen hat, kann somit schon aus tatsächlichen Gründen nicht erfolgen. Soweit der Kläger vorbringt, nach der Gehaltsvereinbarung, die zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin bestanden habe, hätten die monatlichen Abrechnungen nur vorläufigen Charakter gehabt, während



die endgültige Abrechnung für das gesamte Jahr erst mit der Dezemberabrechnung erfolgen sollte, was vom LSG ohne Not vernachlässigt sei, greift er die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts an. Dieser Vortrag ist unerheblich, da insoweit zulässige und begründete Revisionsgründe nicht vorgebracht werden (§ 163 2. Halbsatz SGG). Der Kläger rügt damit eine Verletzung des § 128 Abs 1 SGG, nämlich des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung. Seine Rüge entspricht jedoch nicht den Erfordernissen des § 164 Abs 2 Satz 3 SGG. Der Kläger hat nicht dargelegt, inwieweit das LSG bei der Auslegung der Gehaltsvereinbarung die Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung überschritten hat.

Die Berechnung des Alg ist, soweit sie nach dem vom Versicherten tatsächlich im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt vorgenommen worden ist, entsprechend den §§ 111 ff AFG zutreffend erfolgt, was der Kläger auch nicht anzweifelt.

Indessen erscheint es im vorliegenden Falle entgegen der Auffassung des LSG gemäß § 112 Abs 7 AFG unbillig hart, von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 und 3 dieser Vorschrift auszugehen. Das hiernach ermittelte Bemessungsentgelt steht in einem Mißverhältnis zu dem Entgelt, das der Kläger aus der innerhalb der letzten drei Jahre vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielt hat (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 6).

Der Kläger hat nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG vom 1. Februar bis 31. Dezember 1975 im Durchschnitt monatlich 2.847,-- DM verdient; 1976 hatte er einen monatlichen Durchschnittsverdienst von 2.740,-- DM. Das entspricht einem Gesamtdurchschnitt von monatlich 2.796,-- DM in der Zeit vom 1. Februar 1975 bis 31. Dezember 1976. Das der Bemessung zugrundegelegte Arbeitsentgelt für August 1977 in Höhe von 2.039,65 DM lag also um über 25 % unter diesem Durchschnitt. Berücksichtigt man außerdem, daß selbst im letzten Kalenderjahr der Tätigkeit des Klägers der monatliche Verdienst im Durchschnitt 2.231,-- DM betrug, so zeigt sich, daß das hier nach § 112 Abs 2 und 3 AFG ermittelte Bemessungsentgelt im



Mißverhältnis zu dem Entgelt steht, das er aus der in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung von ihm überwiegend ausgeübten Tätigkeit erzielt hat.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß der Kläger in diesem Zeitraum ununterbrochen dieselbe Beschäftigung ausgeübt hat. Sicherlich hat der Gesetzgeber bei der Fassung von § 112 Abs 7 AFG zunächst die Fälle im Auge gehabt, in denen sich das unterschiedliche Entgelt durch die Ausübung verschiedener beruflicher Tätigkeiten ergab. Indessen hat der Senat bereits zu der gleichlautenden Vorschrift des § 90 Abs 7 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) idF vom 7. September 1959 (BGBl I 705) entschieden, daß die hier enthaltene Zielsetzung - Vermeidung unbilliger Härten - auch für die Fälle gilt, in denen der Arbeitslose seine Stellung in dem hier in Betracht kommenden Zeitraum nicht gewechselt hat (BSG SozR Nr 3 zu § 90 AVAVG). Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Die vorausgegangenen Fassungen dieser Vorschrift (§ 105 Abs 2 AVAVG idF vom 29. März 1951 - BGBl I 219; § 105 Abs 2 AVAVG idF vom 23. Dezember 1956 - BGBl I 1018; § 90 Abs 2 AVAVG idF vom 3. April 1957 - BGBl I 322) enthielten noch die Voraussetzungen, daß das vom Arbeitslosen im Bemessungszeitraum bezogene geringere Arbeitsentgelt aus einer berufsfremden oder anderen Tätigkeit als die, die er bisher überwiegend ausgeübt hatte, herrührte. Diese Voraussetzungen sind durch die Neufassung des § 90 Abs 7 AVAVG weggefallen, was ihrer allgemeinen Zielsetzung entsprach, wie die amtliche Begründung zeigt. Dort wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß für die Zukunft eine "großzügigere Behandlung" bei der Bemessung des Alg ermöglicht werden solle (BT-Drucks III/1240 S 14).

Ob dies uneingeschränkt für alle Fälle gilt, in denen der Arbeitslose bei Ausübung derselben Beschäftigung im Bemessungszeitraum ein geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 15. September 1966 (SozR Nr 3 zu § 90 AVAVG) eine Anwendung der in § 112 Abs 7 AFG enthaltenen Grundsätze für geboten gehalten, in denen der Minderverdienst auf Krankheit beruhte. Es bestehen keine Bedenken, eine unbillige Härte auch dann anzunehmen, wenn das geringere Entgelt im Be-



messungszeitraum, wie hier durch die Art der Tätigkeit - Provisionsvertreter mit wechselndem Verdienst -, entsteht. Hier können Unbilligkeiten schon aus der Natur der Tätigkeit entstehen, was den Gesetzgeber auch zu der Neuregelung des § 112 Abs 3 Satz 2 AFG durch das 5. AFG-ÄndG vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) veranlaßt hat (vgl BT-Drucks 8/2624). Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die dieser Tätigkeit immanente Schwankungsbreite des jeweiligen Arbeitsentgelts im Gegensatz zu den Tätigkeiten, in denen das Arbeitsentgelt derartigen Schwankungen nicht unterworfen ist, unter Umständen eine unbillige Härte iS von § 112 Abs 7 AFG erst dann begründen kann, wenn das erzielte Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum in einem stärkeren Maße, als dies üblicherweise vorausgesetzt wird, von dem in der überwiegend ausgeübten Tätigkeit in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung abweicht. Ob dies allgemein der Fall ist und wo jeweils die Grenze liegt, kann hier dahingestellt bleiben. Eine Abweichung des nach § 112 Abs 2 und 3 AFG ermittelten Bemessungsentgeltes von über 25 % von dem Entgelt, das nach § 112 Abs 7 AFG zum Vergleich herangezogen wird, erfüllt auf jeden Fall den Tatbestand einer unbilligen Härte. Das hat das LSG verkannt. Ob eine unbillige Härte vorliegt, ist grundsätzlich durch einen Vergleich zwischen dem nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelten Arbeitsentgelt und dem Entgelt zu ermitteln, das der Arbeitslose innerhalb der letzten drei Jahre vor der Arbeitslosmeldung überwiegend durch berufliche Tätigkeit erzielt hat. Un-erheblich für das Vorliegen einer unbilligen Härte ist daher auch, daß der Minderverdienst nach den Feststellungen des LSG auf einen Leistungsabfall des Klägers zurückzuführen ist. Ein Leistungsabfall kann allenfalls entsprechend der Systematik des Gesetzes bei der Rechtsfolge berücksichtigt werden, die das Vorliegen einer unbilligen Härte gemäß § 112 Abs 7 AFG nach sich zieht (BSG SozR 4100 § 112 Nr 6). Hiernach ist von dem am Wohn- oder Aufenthaltsort des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen oder mangels einer tariflichen Regelung von dem ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung auszugehen, für die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung in Betracht kommt. Hierzu hat das LSG - von seinem Rechtsstandpunkt aus zutreffend - keine Feststellungen getroffen. Es wird dies nachzuholen



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

- 9 -

haben. Auszuschließen ist hierbei nicht, worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, daß sich auch dann für den Kläger kein höheres Bemessungsentgelt ergeben wird, als das tarifvertraglich abgesicherte Mindestgehalt.

Die Sache ist daher gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG an das LSG zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben wird.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)