

Bundessozialgericht
- 7 RAr 61/81 -

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 Revisionsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am
5. Oktober 1982 in Berlin ohne mündliche Verhandlung
für Recht erkannt:

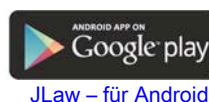
Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landes-
sozialgerichts Bremen vom 5. Februar 1981 aufgehoben. Die
Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts
Bremen vom 30. Juli 1980 wird zurückgewiesen.

Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens sind nicht
zu erstatten.

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I

Der Kläger begehrt von der Beklagten höheres Arbeitslosengeld (Alg) und höhere Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Der am 2. Juni 1920 geborene Kläger hatte von März 1966 bis März 1976 als Maschinist gearbeitet und dabei zuletzt 2.596,51 DM verdient. Die Beklagte bewilligte ihm Alg ab 1. April 1976 in Höhe von 283,-- DM wöchentlich unter Zugrundelegung eines wöchentlichen Bemessungsentgelts von 595,-- DM. Vom 1. Juli bis 31. Dezember 1976 übte der Kläger eine Beschäftigung als Revisor aus, mit der er ein monatliches Bruttoentgelt von 1.400,-- DM erzielte. Ab 1. Januar 1977 bewilligte die Beklagte dem Kläger erneut Alg; sie ging dabei unter Anwendung des § 112 Abs 7 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) ebenfalls von dem in der Beschäftigung als Maschinist erzielten Entgelt mit wöchentlich 595,-- DM aus. Ab 1. Oktober 1977 erhielt der Kläger auf der gleichen Bemessungsbasis Anschluß-Alhi in Höhe von 237,36 DM wöchentlich, die infolge eines Altersruhegeldes seiner Ehefrau um 2,65 DM gekürzt war (Bescheid vom 19. Oktober 1977).

Vom 1. November 1977 bis 30. Juni 1979 war der Kläger als Verwaltungsangestellter und Bote bei der Senatskommission für das Personalwesen (SKP) beschäftigt. Diese Beschäftigung wurde von der Beklagten im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM) nach § 97 AFG durch Zahlung eines Lohnkostenzuschusses gefördert. Die Beschäftigung des Klägers erfolgte aufgrund eines Sonderprogramms für ältere arbeitslose Arbeitnehmer, das nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) gemeinsam von der ~~Landesregierung~~ B~~und~~ und dem Gesamtpersonalrat für das Land und die Stadtgemeinde B~~erlin~~

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

getragen wurde. Der Kläger erzielte hieraus zuletzt 1.856,06 DM monatlich brutto.

Auf seine Arbeitslosmeldung und Antragstellung vom 26. Juni 1979 bewilligte ihm die Beklagte ab 1. Juli 1979 Alg für 234 Wochentage in Höhe von 203,40 DM wöchentlich. Sie ging dabei von dem bei der SKP im Monat Juni 1979 erzielten und abgerechneten Monatsverdienst von 1.856,06 DM aus und berücksichtigte gem § 115 AFG ein Nebeneinkommen aus Hauswarttätigkeit. Der Widerspruch des Klägers, mit dem er Alg in Höhe seines früheren Anspruchs aus der Beschäftigung als Maschinist begehrte, blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 13. November 1979).

Der Kläger hat hiergegen Klage erhoben. Während des Klageverfahrens verfügte die Beklagte am 3. April 1980 eine ungekürzte Leistungsgewährung ab 15. März 1980 wegen Wegfalls des Nebeneinkommens. Ab 31. März 1980 bewilligte sie dem Kläger auf der Grundlage der bisherigen Alg-Bemessung Anschluß-Alhi (Bescheid vom 18. April 1980). Am 6. Juni 1980 verfügte sie ferner die Auszahlung eines Differenzbetrages von 21.19 DM für die Zeit vom 15. - 30. März 1980. Mit Ablauf des 30. Juni 1980 entfiel die Zahlung von Alhi wegen Rentenbezugs.

Das Sozialgericht (SG) Bremen hat die Klage abgewiesen und die Berufung zugelassen (Urteil vom 30. Juli 1980). Auf die Berufung des Klägers hat das LSG Bremen das Urteil des SG sowie die Bescheide der Beklagten vom 20. Juli 1979, 13. November 1979, 3. April 1980, 18. April 1980 und vom 6. Juni 1980 abgeändert und die Beklagte verurteilt, bei der Berechnung des Alg für die Zeit vom 1. Juli 1979 bis 31. Oktober 1979 ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 655,-- DM und bei der Berechnung des Alg vom 1. November 1979 bis 30. März 1980 sowie bei der Berechnung der Alhi vom 31. März 1980 bis 30. Juni 1980

- 4 -



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



- 4 -

ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 685,-- DM zugrunde zu legen.

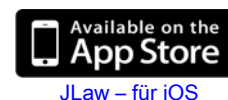
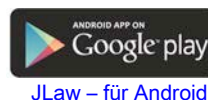
Zur Begründung hat das LSG im wesentlichen ausgeführt: Wegen Versäumung der Berufungsfrist sei dem Kläger gem § 67 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Gegenstand des Verfahrens seien nicht nur die mit der Klage angefochtenen Bescheide, sondern gem § 96 SGG auch die während des Klageverfahrens ergangenen Leistungsbescheide. Sie seien abzuändern, da der Kläger Anspruch auf Bemessung seiner Ansprüche auf Alg und Alhi nach dem höheren Entgelt aus seiner Beschäftigung als Maschinist habe, wie es der Bemessung seiner Ansprüche vor Eintritt in die Beschäftigung bei der SKP zugrunde gelegt war. Dies folge zwar nicht aus § 112 Abs 7 AFG, da der Kläger die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfülle, nämlich einer überwiegend höher entlohten Beschäftigung in den letzten drei Jahren vor seiner Arbeitslosmeldung am 26. Juni 1979. Überwiegend habe der Kläger in dem danach maßgeblichen Zeitraum vom 26. Juni 1976 bis 25. Juni 1979 die Tätigkeit bei der SKP ausgeübt. Aus seiner zeitlich geringeren Tätigkeit als Revisor in diesem Zeitraum habe er zudem weniger verdient als bei der SKP.

Der Anspruch des Klägers folge jedoch aus der Anwendung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG idF des Vierten Gesetzes zur Änderung des AFG vom 12. Dezember 1977 (BGBl I 2557 - 4. AFG-ÄndG -). Die dort getroffene Regelung, daß für die Zeit einer Beschäftigung, die im Rahmen einer Maßnahme zur Arbeitsbeschaffung nach den §§ 91 bis 96 AFG gefördert wurde, mindestens das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist, nach dem zuletzt das Alg oder die Alhi bemessen worden ist, komme auch dem Kläger zugute. Die Beschäftigung des Klägers bei der SKP sei zwar nach § 97 AFG gefördert worden; der an sich eindeutig entgegenstehende Wortlaut des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG sei aber

- 5 -



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



- 5 -

dahin auszulegen, daß er auch nach § 97 AFG geförderte Beschäftigungen erfasse. Das LSG führt dazu des Näheren aus, daß wegen der Rechtsähnlichkeit zwischen Förderungsmaßnahmen nach den §§ 91 - 96 und nach § 97 AFG in ihrer Zielsetzung und ihrer rechtlichen Ausgestaltung nicht angenommen werden könne, der Gesetzgeber habe die Vergünstigung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG für Teilnehmer an allgemeinen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen den nach § 97 AFG geförderten älteren Arbeitnehmern vorenthalten wollen. So könnten zB ältere Arbeitnehmer nach Beendigung einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme eine Berechnung gem § 112 Abs 5 Nr 2a AFG verlangen, wenn sie sowohl der Personengruppe nach § 91 Abs 2 Satz 1 und 2 AFG als auch der nach § 97 Abs 1 Satz 1 und 2 AFG angehörten, und zwar unabhängig davon, auf welche Norm die Beklagte die Zahlung von Zuschüssen im Einzelfalle gestützt hätte. Es könne deshalb offen bleiben, ob das in diesem Rechtsstreit in Rede stehende Sonderprogramm der Stadt I auch die Voraussetzungen nach § 91 AFG erfüllte. Sinn und Zweck der Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach den §§ 91 - 96 und nach § 97 AFG einerseits und der Regelung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG andererseits ließen somit eine planwidrige Lücke in der letztgenannten Vorschrift erkennen. Es könne nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber mit der Vergünstigung einer Förderung nach § 97 AFG einem Teil der älteren Arbeitnehmer gegenüber anderen leistungsrechtliche Nachteile habe zufügen wollen. Wäre ihm diese Lücke im Gesetz bewußt geworden, hätte er sie durch Einbeziehung des nach § 97 AFG geförderten Personenkreises in die Regelung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG geschlossen. Würde somit ein Festhalten am Wortlaut der Vorschrift die gesetzgeberischen Absichten nach einer Verbesserung der Einstellungschancen älterer Arbeitnehmer auf der Leistungsseite ins Gegenteil verkehren, sei es Aufgabe des Richters, die Lücke im Sinne der gesetzgeberischen Intentionen zu schließen. Dies und die dabei zu beachtenden Wertentscheidungen der Verfassung,

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

- 6 -

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

- 6 -

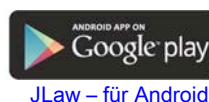
insbesondere das Gebot zur Gleichbehandlung, führten dazu, die Beschäftigung des Klägers bei der SKP entsprechend § 112 Abs 5 Nr 2a AFG bei der Bemessung seiner Leistungsansprüche außer acht zu lassen. Seine Ansprüche seien demnach auf der Grundlage der früheren (nach zuletzt 595,-- DM wöchentlich) Bemessung, wie zugesprochen, zu berechnen.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung von § 112 AFG in Verbindung mit §§ 91 bis 99 AFG. Sie führt mit näherer Begründung aus: § 112 Abs 5 Nr 2a AFG enthalte keine ausfüllungsbedürftige Lücke. Die Auffassung des LSG, der Gesetzgeber verfolge die Absicht, ältere Arbeitnehmer vor leistungsrechtlichen Nachteilen zu schützen, sei unzutreffend. Der § 112 Abs 5 Nr 2a AFG differenziere nicht nach personellen Merkmalen, sondern nach der Dauer einer Beschäftigung. Sie versage ihren Schutz, je länger eine geringer entlohnte Beschäftigung andauere; insoweit seien ältere Arbeitnehmer nicht besser geschützt als andere. Gerade hinsichtlich der Dauer der Förderung bestehe aber ein Unterschied zwischen Förderungen nach den §§ 91 bis 96 AFG und nach § 97 AFG. Solche Unterschiede ergäben sich darüber hinaus nach der Art der zu fördernden Maßnahmen, nach den Förderungsadressaten und nach dem zu fördernden Personenkreis. Der § 112 Abs 5 Nr 2a AFG wolle jedoch nur Nachteile aus einer Zwischenbeschäftigung vermeiden. Weil Maßnahmen nach § 97 AFG jedoch gerade im Gegensatz zu solchen nach §§ 91 bis 96 AFG nicht den Charakter des Vorübergehenden hätten, habe der Gesetzgeber sie bei § 112 Abs 5 Nr 2a AFG unberücksichtigt lassen dürfen, ohne eine Lücke im Gesetz zu hinterlassen. Schließlich könne nach dem unterschiedlichen System der Maßnahmearten die Auffassung des LSG nicht zutreffen, einem Arbeitnehmer könnten Förderungsleistungen zugleich gem den §§ 91 bis 96 AFG und gem § 97 AFG zugute kommen. Infolgedessen ließen sich hieraus auch keine Schlußfolgerungen auf eine vorhandene Lücke im Gesetz ableiten.

- 7 -



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



- 7 -

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die
Berufung des Klägers gegen das Urteil des
SG Bremen zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung des LSG für zutreffend und bezieht
sich im wesentlichen auf die Gründe des Berufungsurteils.

Beide Beteiligte haben sich damit einverstanden erklärt, daß
über die Revision durch Urteil ohne mündliche Verhandlung
entschieden wird (§ 124 Abs 2 SGG).

II

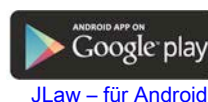
Die Revision der Beklagten ist begründet. Dem Kläger steht
ein höheres Alg und eine höhere Alhi, als sie ihm bewilligt
wurden, nicht zu.

Gegenstand der Klage ist zunächst nur der Bescheid der Be-
klagten vom 20. Juli 1979 in der Gestalt des Widerspruchs-
bescheides vom 13. November 1979 geworden (§ 95 SGG). Der
Kläger hat mit der Klage die darin enthaltene Bemessung seines
Anspruchs auf Alg beanstandet; er begehrt mit der Klage eine
höhere Leistung. Auf der gleichen Bemessungsart beruhen die
während des erstinstanzlichen Verfahrens ergangenen Bescheide
der Beklagten vom 3. April 1980, 18. April 1980 und 6. Juni
1980 über Folgebewilligungen. Das LSG hat deshalb zutreffend
entschieden, daß diese Bescheide gem § 96 SGG ebenfalls Gegen-
stand des Klageverfahrens geworden sind (BSGE 45, 49, 52 =
SozR 1500 § 96 Nr 6). Nachdem das LSG dem Kläger wegen Ver-
säumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen

- 8 -



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



Stand gewährt hat, steht einer Sachentscheidung nichts im Wege (§ 67 Abs 4 Satz 2 SGG).

Aus den Feststellungen des LSG (§ 163 SGG) ergibt sich, daß der Kläger dem Grunde nach Anspruch auf Alg und Anschluß-Alhi hat, deren Höhe die Beklagte auf der Grundlage des von ihr als maßgeblich angesehenen Bemessungsentgelts aus der Beschäftigung des Klägers bei der SKP rechnerisch zutreffend festgesetzt hat. Streitig ist allein, ob sie insoweit von einem höheren Bemessungsentgelt hätte ausgehen müssen, nämlich von demjenigen, welches der Feststellung der Alhi im Bescheid vom 19. Oktober 1977 zugrunde gelegt war. Entgegen der Auffassung des LSG ist das jedoch nicht der Fall.

Nach den §§ 111, 112 Abs 2 AFG richtet sich die Höhe der Alg grundsätzlich nach dem im Bemessungszeitraum in der tariflichen Arbeitszeit durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelt aus beitragspflichtiger Beschäftigung. Der § 112 Abs 3 AFG bestimmt als Bemessungszeitraum den letzten abgerechneten Lohnabrechnungszeitraum vor Entstehung des Anspruchs, wenn er mindestens 20 Arbeitstage mit Lohnanspruch umfaßt. Nach dieser Regelung ist für den geltend gemachten Anspruch auf Alg ab 1. Juli 1979 Bemessungsentgelt das vom Kläger bei der SKP im Juni 1979 erzielte und abgerechnete Bruttomonatsgehalt von 1.856,06 DM. Er ist auch für den ab 31. März 1980 geltend gemachten Anspruch auf Alhi im Anschluß an die Erschöpfung des Alg-Anspruchs maßgeblich geblieben (§ 136 Abs 2 Nr 1 AFG).

Ein höheres Bemessungsentgelt ergibt sich zugunsten des Klägers nicht aus der Regelung in § 112 Abs 7 AFG. Danach ist von dem Entgelt einer fiktiven Beschäftigung, die der Arbeitslose noch ausüben könnte, auszugehen, wenn es mit Rücksicht auf die von ihm in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre,



- 9 -

das nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG maßgebliche Arbeitsentgelt zugrunde zu legen. Ein derartiger Sachverhalt ist nicht gegeben. Nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG hat der Kläger in der danach maßgeblichen Zeit vom 26. Juni 1976 bis 25. Juni 1979 überwiegend die Tätigkeit bei der SKP ausgeübt, nämlich vom 1. November 1977 bis 25. Juni 1979. Aus der in der oa maßgeblichen Frist allein noch ausgeübten weiteren Beschäftigung als Revisor vom 1. Juli bis 31. Dezember 1976 hat er zudem ein niedrigeres Entgelt bezogen.

Der Klageanspruch rechtfertigt sich auch nicht aus § 112 Abs 5 Nr 2a AFG idF des 4. AFG-ÄndG. Der § 112 Abs 5 AFG trifft in Ergänzung oder Abweichung von der Grundregel des Absatzes 2 eine Reihe von Sonderbestimmungen für die Feststellung des für die Alg-Bemessung maßgeblichen Arbeitsentgelts. Sofern bei der Bemessung des Alg nach § 112 Abs 2 AFG das Entgelt aus einer Beschäftigung zugrunde gelegt werden muß, die im Rahmen einer Maßnahme zur Arbeitsbeschaffung nach den §§ 91 bis 96 AFG gefördert worden ist, ist nach § 112 Abs 5 Nr 2a AFG maßgeblich mindestens das Arbeitsentgelt, nach dem das Alg oder die Alhi zuletzt bemessen worden ist, sofern der letzte Tag des hierfür maßgeblichen Bemessungszeitraumes bei Entstehung des (neuen) Anspruchs nicht länger als drei Jahre zurückliegt. Diese Regelung will den im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme beitragspflichtig beschäftigten und geförderten Arbeitnehmer, der zuvor Leistungsbezieher war, vor Nachteilen aus einer gegenüber seiner früheren Tätigkeit niedrigeren Entlohnung als Maßstab für die Leistung bei nachfolgender Arbeitslosigkeit schützen (vgl BT-Drucks 8/857, Begründung Teil B zu Artikel 1 Nr 6b - S 8 -). Demselben Zweck sollte die ebenfalls in § 112 Abs 5 Nr 2a AFG enthaltene Außerachtlassung niedriger entlohnter regulärer Zwischenbeschäftigungen für die Bemessung des Alg dienen (vgl BSG vom 22. Juli 1982 - 7 RAR 107/81 -), die allerdings inzwischen entfallen ist (vgl § 112 Abs 5 Nr 4 idF des Arbeits-

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

- 10 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 10 -

förderungs-Konsolidierungsgesetzes -AFKG- vom 22. Dezember 1981 - BGBl I 1497).

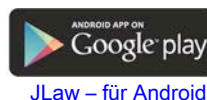
Der Kläger kann sich für seinen Anspruch nicht auf diese Bestimmung stützen. Nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG ist seine Tätigkeit als Verwaltungsangestellter und Bote bei der SKP nicht im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach den §§ 91 bis 96 AFG gefördert worden, sondern im Rahmen einer solchen nach § 97 AFG. Für die Teilnehmer an einer derartigen Arbeitsbeschaffungsmaßnahme ist jedoch im Falle des Eintritts von Arbeitslosigkeit das Zurückgreifen auf ein früheres Bemessungsentgelt gem § 112 Abs 5 Nr 2a AFG nicht vorgesehen.

Das LSG weist selbst darauf hin, daß der Wortlaut des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG insoweit eindeutig ist. Er führt lediglich solche Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen an, die nach den §§ 91 - 96 AFG gefördert worden sind und trifft nur für derartige Sachverhalte die oa begünstigende Regelung. Mithin liegt nicht der Fall einer gänzlich fehlenden Gesetzesbestimmung vor, der vor allem den Weg zur Lückenfüllung durch Richterrecht eröffnet (vgl BSGE 25, 6, 7; 31, 100, 101; 168, 169; 190, 195; 32, 13, 15). Der Wortlaut des Gesetzes erscheint im Gegenteil so unmißverständlich, daß er für die Annahme einer Lücke praktisch keinen Raum bietet (vgl BSGE 33, 52, 54). In solchen Fällen müßten besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, die nach anderen Auslegungskriterien für die Annahme einer gleichwohl bestehenden Gesetzeslücke sprechen (vgl BSGE 14, 238, 241; 17, 105, 107; 39, 91, 93). Dafür reicht es weder, daß die Gesetzeslage für bestimmte Sachverhalte zu einem nicht befriedigenden Ergebnis führt (vgl BSGE 39, 98, 100) noch, daß eine an sich wünschenswerte oder erwünschte Ausnahmeregelung fehlt (vgl BSGE 43, 128, 129). Vielmehr müßte für die anzuwendende Regelung aus ihrem Verhältnis zu der übrigen Rechtsordnung, in der sie steht, klar erkennbar

- 11 -



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



sein, daß sie dem Plan des Gesetzes widersprechend unvollständig ist und dies nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen konnte (vgl BVerfGE 34, 269, 286; BSGE 14, 238, 241; 25, 150, 151; 36, 229, 230; 39, 130, 132; 207, 210). Grundsätzlich ist also davon auszugehen, daß der Wortlaut der Norm den Willen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck bringt, sofern sich nicht aus der Entstehungsgeschichte, dem Zweck oder dem Inhalt der Vorschrift konkrete Anhaltspunkte ergeben, die mit hinreichender Sicherheit den Schluß auf ein planwidriges Unterlassen des Gesetzgebers zulassen (vgl BSGE 39, 143, 145; 43, 128, 129).

Das LSG hat solche Anhaltspunkte in der Rechtsähnlichkeit beider Leistungsarten und ihrer vergleichbaren Zielsetzung erblickt. Wenn es dabei auf die Absicht des Gesetzgebers abstellt, mit der Regelung in § 97 AFG eine Verbesserung der Einstellungssituation für ältere Arbeitnehmer zu bewirken, so ist die daraus gezogene Folgerung nicht schlüssig, deshalb liege auch ein Gesetzesplan vor, diesen Personenkreis konzeptionell für die Zeit nach Abschluß der Förderung vor den leistungsrechtlichen Folgen einer geringeren Entlohnung während der geförderten Beschäftigung zu schützen. Maßgebend kann insoweit nur der Plan des Gesetzes sein, wie er für die Bemessung des Alg allgemein gilt und wie sich Ausnahmen hiervon zweckgerichtet in ihn einordnen lassen. Von daher liegen aber nach Auffassung des Senats keine ausreichenden Gründe vor, um angesichts des klaren Wortlauts des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG auf eine Lücke zu schließen, die durch eine den begünstigten Personenkreis ausdehnende Auslegung ausgefüllt werden dürfte und müßte. Ein dies gebietendes Recht ergibt sich weder aus dem Charakter der Vorschrift, noch aus ihrem Sinn und Zweck im Zusammenhang mit einer für den Anwendungsbereich des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG anzunehmenden Identität zwischen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach den §§ 91 bis 96 AFG und Arbeitsbe-



- 12 -

schaffungsmaßnahmen nach § 97 AFG, noch aus zwingenden verfassungsrechtlichen Gründen.

Der § 112 Abs 5 Nr 2a AFG ist eine Ausnahmenvorschrift von dem Grundsatz des § 112 Abs 2 AFG, wonach sich das Alg nach dem in der letzten Beschäftigung vor Eintritt der Arbeitslosigkeit erzielten Entgelt zu richten hat. Es handelt sich hierbei um das die Arbeitslosenversicherung seit jeher beherrschende Prinzip, daß grundsätzlich der letzte auf Arbeitslohn gegründete Lebensstandard des Arbeitnehmers als der Maßstab für die zu gewährende Leistung für ausfallenden Lohn gelten soll (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 5, 12). Gilt nur ausnahmsweise etwas anderes, wie zB in Fällen des § 112 Abs 5 AFG - ebenso nach Abs 7 -, so steht der Charakter einer derartigen Ausnahmenvorschrift vor allem dann einer ausdehnenden (extensiven) Auslegung entgegen, wenn ihr Wortlaut wie bei § 112 Abs 5 Nr 2a AFG für den vorliegenden Sachverhalt eindeutig ist (vgl BSGE 39, 239, 240). Dies umso mehr, als kein Anhaltspunkt dafür gegeben ist, der Gesetzgeber hätte die Einbeziehung der nach § 97 AFG geförderten Beschäftigungszeiten in die Vergünstigung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG übersehen. Der § 97 AFG ist seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahre 1969 ebenso wie die Bestimmungen der §§ 91 bis 96 AFG dessen Bestandteil (vgl BGBI 1969 I 582). Bei Schaffung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG durch das 4. AFG-ÄndG vom 12. Dezember 1977 (BGBI I 2557) konnte dem Gesetzgeber die Existenz des § 97 AFG somit nicht verborgen geblieben sein. In den Motiven dieser Regelung findet sich zwar kein ausdrücklicher Hinweis, warum nach § 97 AFG geförderte Beschäftigungen in die Neuregelung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG nicht aufgenommen wurden (vgl BR-Drucks 305/77 und BT-Drucks 8/1053). Daraus kann aber nicht auf ein Versehen des Gesetzgebers geschlossen werden, wenn er bei § 96 AFG ausdrücklich eine Zäsur für die Begünstigung von Beschäftigungen im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen vornahm.

- 13 -



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



- 13 -

Aus dem mehrfach vorhandenen Hinweis, daß Bezieher von Alg vor Nachteilen aus zeitlich begrenzten Zwischenbeschäftigungen bewahrt werden sollen (vgl BR-Drucks 305/77, Seite 15, Begründung zu Nr 6 Buchst b des Regierungsentwurfs eines 4. AFG-ÄndG; BT-Drucks 8/1053 Seite 13, Begründung des Ausschlußberichts zu Artikel 1 Nr 6 b), ergibt sich vielmehr, daß die Nichteinbeziehung von nach § 97 AFG geförderten Beschäftigungen in § 112 Abs 5 Nr 2a AFG bewußt erfolgte. Der Beschränkung dieser Begünstigung auf "Zwischenbeschäftigungen" entspricht es, daß auch Beschäftigungen im Rahmen von gem §§ 91 bis 96 AFG geförderten Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nicht unbegrenzt, sondern nur im zeitlichen Rahmen des § 112 Abs 5 Nr 2a Satz 2 AFG (dh innerhalb der letzten drei Jahre) unberücksichtigt bleiben dürfen. Bei aller dem LSG durchaus zuzugebender Gleichartigkeit von Förderungsmaßnahmen nach den §§ 91 bis 97 AFG in der sozialpolitischen Zielsetzung besteht doch insoweit zwischen den allgemeinen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach den §§ 91 bis 96 AFG und den Maßnahmen zur Förderung älterer Arbeitnehmer nach §§ 97 ff AFG ein systematischer Unterschied, als sich ein vom Zeitfaktor her bestimmter Zweck des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG auswirkt. Nur bis zu einer begrenzten Dauer einer "Zwischenbeschäftigung" soll sich diese nicht nachteilig auf die Leistungshöhe auswirken. Wird diese Dauer überschritten, dann unterstellt das Gesetz, daß nicht mehr eine unbeachtliche Zwischenbeschäftigung vorliegt, sondern in den Arbeits- und Einkommensverhältnissen des betreffenden Arbeitnehmers eine tatsächliche Verfestigung eingetreten ist, die nunmehr auch für die Zukunft seinen Möglichkeiten für die Erzielung von Arbeitseinkommen entspricht, so daß für die Gewährleistung eines Arbeitslosenversicherungsschutzes aus einem früheren Lebensstandard kein ausreichender Grund mehr besteht.

Hinsichtlich der Dauer der Förderung nach § 97 AFG tritt insoweit ein konzeptioneller Unterschied zu der Förderung nach den §§ 91 bis 96 AFG zutage, selbst wenn auch die Förderung

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

- 14 -

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

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 14 -

nach den §§ 91 bis 96 AFG ua zum Ziel hat, möglichst eine Beschäftigung von Arbeitslosen in Dauerarbeit zu bewirken. Der insoweit zutreffende Hinweis des LSG auf § 91 Abs 3 Nr 1 AFG übersieht allerdings, daß es sich hierbei nicht um die Förderungsdauer, sondern um ein Förderungsmotiv handelt. Demgegenüber war es ua gerade ein besonderes Anliegen des Bundestagsausschusses für Arbeit, auf dessen Vorschlag der § 97 AFG geschaffen wurde, eine Sonderregelung für die Förderung älterer Arbeitnehmer deshalb einzuführen, um eine dauerhafte Förderung solcher Betriebe zu ermöglichen, die älteren Arbeitnehmern wieder zu einem Arbeitsplatz verhelfen. Der Dauerarbeitsplatz sollte ggf im Wege einer Dauerförderung erreicht werden, sofern erforderlich.

Die auf längere Dauer ausgerichtete Förderung sollte also als echte Arbeitsbeschaffung angesehen werden (vgl BT-Drucks V/4110, S 17, Begründung zu § 89a). Folgerichtig wurde ihre Ausgestaltung von der Bindung an die Förderungskriterien nach den §§ 91 ff AFG freigehalten, als da insbesondere sind die Beschränkung auf Arbeiten, die im öffentlichen Interesse liegen und die ohne Förderung nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt durchgeführt werden (§ 91 Abs 2 AFG). Handelt es sich dort um die Idee des produktiven Einsatzes ohnehin anfallender Unterstützungsmittel für Arbeiten, die im öffentlichen Interesse liegen, steht hier der Dauerbeschäftigungseffekt älterer Arbeitsloser im Vordergrund. Dies kommt auch in der Verschiedenheit des Förderungsadressaten zum Ausdruck; hier ist es der Partner des Arbeitsverhältnisses unmittelbar, der Arbeitgeber (§ 97 Abs 1 Satz 1 AFG), dort der Träger der Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (§§ 91 Abs 2, 92 AFG).

Die Förderung nach den §§ 91 bis 96 AFG schließt damit ersichtlich an die sog wertschaffende Arbeitslosenhilfe des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) an (vgl BT-Drucks V/2291, S 77, Begründung zu § 84)

- 15 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

und wird deshalb dem Versicherungsbereich zugerechnet, die Förderung des § 97 AFG findet hingegen in dieser Form im AVAVG kein Vorbild und wird funktionell dem Vermittlungsbereich zugeordnet (vgl. Hennig/Kühl/Heuer, Komm z AFG, Stand September 1982, Vorbemerkung vor § 91). Während deshalb in § 97 AFG eine Begrenzung der Förderung der Dauer nach nicht vorgenommen wurde, ist diese durch die Ermächtigung der Bundesanstalt für Arbeit (BA) zur Bestimmung der Förderungsfrist für die Förderung nach den §§ 91 ff AFG bereits im Gesetz angelegt (§ 95 Abs 3 AFG). Übrigens ist es für den selbständigen Charakter beider Förderungsarten kennzeichnend, daß für sie unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen geschaffen wurden (§ 95 Abs 3 AFG einerseits, § 99 AFG andererseits). Davon wurde in dem dargestellten Sinne Gebrauch gemacht. Die Anordnung (AnO) der BA nach § 99 AFG vom 31. Oktober 1969 (ANBA 1970 S 1) enthielt zunächst überhaupt keine Aussage über eine zeitliche Begrenzung der Förderung; § 5 der Anordnung idF der 2. Änderungs-AnO vom 3. Oktober 1979 (ANBA 1980 S 12) sagt dann ausdrücklich, daß der Lohnkostenzuschuß zeitlich unbegrenzt gewährt werden kann. Demgegenüber enthielt § 14 der ABM-AnO gem § 95 Abs 3 AFG vom 2. Mai 1972 (ANBA S 508) bereits die Begrenzung der Förderung auf in der Regel 12 Monate. Nach § 8 der ABM-AnO gem § 95 Abs 3 AFG vom 25. Juni 1980 (ANBA S 1130) beträgt die Regelförderungsfrist ebenfalls 1 Jahr; sie kann nur ausnahmsweise verlängert werden, aber höchstens bis zu drei Jahren. Wenn entsprechend § 97 Abs 2 AFG idF des AFKG in der letzten Fassung der Anordnung nach § 99 AFG vom 16. März 1982 (ANBA S 535) eine Befristung der Förderung auf im Ergebnis höchstens fünf Jahre festgelegt wurde (§ 6 Abs 2), dann liegt dies immer noch erheblich über den Werten der Anordnung nach § 95 Abs 3 AFG als Maßstab für die Kennzeichnung einer iSd § 112 Abs 5 Nr 2a AFG unschädlichen Zwischenbeschäftigung (ein bis höchstens drei Jahre).

Auch sonst lassen beide Förderungsarten zahlreiche Unter-



- 16 -

schiedlichkeiten erkennen, wie die Vorschriften des Gesetzes und der Anordnungen belegen und auf die auch das ISG hingewiesen hat. Infolgedessen kann man trotz der vom ISG dargestellten Übereinstimmungen, die besonders in der sozialpolitischen Zielsetzung und in der Ausgestaltung beider Förderungsarten als Ermessensleistung bestehen, nicht von einer konzeptionellen Übereinstimmung zwischen ihnen derart sprechen, daß ihre Beachtlichkeit im Zusammenhang mit einer Folgeregelung wie in § 112 Abs 5 Nr 2a AFG notwendigerweise stets einheitlich sein müßte, jede Unterschiedlichkeit bei der Auswirkung mithin als planwidrig zu verstehen wäre. Insbesondere spricht die unterschiedliche zeitliche Inanspruchnahmefähigkeit dagegen, daß für die nach § 97 AFG zu fördernde Beschäftigung rechtspolitisch dasselbe Bedürfnis nach Aufrechterhaltung eines früheren Besitzstandes in bezug auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit besteht wie für Beschäftigungen, die nach den §§ 91 - 96 AFG gefördert worden sind. Wenn nämlich § 112 Abs 5 Nr 2a Satz 2 AFG Bemessungen nach vorhergehenden Ansprüchen generell ausschließt, die im Ergebnis mehr als drei Jahre zurückliegen und wenn nach § 97 AFG geförderte Beschäftigungen nach dem Plan dieser Vorschrift nicht nur auf diesen, sondern sogar auf noch längere Zeiträume angelegt sind, bestand weder ein Anlaß noch ein Bedürfnis, sie generell von der Beachtlichkeit für jede Neubemessung auszuschließen, wie es für Förderungen gem den §§ 91 - 96 AFG - nach der für sie vorgesehenen Dauer sinnvoll - vorgesehen wurde, Infolgedessen ist keinesfalls die Schlußfolgerung des ISG gerechtfertigt, es lägen sichere Anhaltspunkte dafür vor, daß die Nichterwähnung des § 97 AFG in § 112 Abs 5 Nr 2a AFG eine planwidrige und vom Gesetzgeber mit Gewißheit nicht gewollte Unvollständigkeit darstellte, die eine ausdehnende Auslegung gegen den eindeutig anderen Wortlaut zuließe. Daß es für diese Frage nicht auf eine im Einzelfalle vergleichbare Sachlage ankommen kann, sondern nur auf das beiden Maßnahmearten zugrunde liegende unterschied-

- 17 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 17 -

liche Konzept in seinen Bezug zur Regelung in § 112 Abs 5 Nr 2a AFG, bedarf keiner näheren Begründung. An der Rechtsfolge vermag es deshalb nichts zu ändern, daß die Beschäftigung des Klägers bei der SKP die nach § 97 AFG mögliche Dauer der Förderung aus Gründen nicht erreicht hat, die auf dem Entschluß der Arbeitsvertragsparteien beruhten, das Arbeitsverhältnis bis zum 30. Juni 1979 zu befristen.

Der Senat vermag dem LSG auch nicht zu folgen, daß sich ein anderes Ergebnis aus der Erwägung rechtfertigen könnte, auch älteren Arbeitnehmern stünden die Förderungsmöglichkeiten nach den §§ 91 - 96 AFG zur Verfügung, so daß sie in diesem Falle eine Berechnung ihres Alg-Anspruchs gem § 112 Abs 5 Nr 2a AFG begehren könnten, selbst wenn die Beklagte die Förderung im Einzelfalle (gleichwohl) auf § 97 AFG gestützt hätte. Abgesehen davon, daß dies schon angesichts der für beide Leistungsarten unterschiedlichen Förderungsvoraussetzungen, Förderungsadressaten und Förderungsmodalitäten (vgl im einzelnen §§ 91 bis 96 und §§ 97 ff AFG sowie die oa Anordnungen) kaum möglich erscheint, schließen Leistungen nach § 97 AFG gem dem Grundsatz der Spezialität solche nach den §§ 91 bis 96 AFG aus. Die BA hat dies in der ABM-Anordnung sogar ausdrücklich bestimmt, ohne daß hiergegen unter dem Gesichtspunkt der Ermächtigungsüberschreitung Bedenken erhoben werden könnten (vgl § 7 Abs 1 der ABM-Anordnung vom 2. Mai 1982, bzw § 9 Abs 3 der ABM-Verordnung vom 23. Juni 1980). Die vom LSG angenommene Fallgestaltung kann also von Rechts wegen garnicht eintreten. Im übrigen kommt es für die Anwendung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG darauf an, nach welcher Vorschrift eine Beschäftigung im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (tatsächlich) gefördert worden ist und nicht, nach welcher Vorschrift sie möglicherweise (auch) hätte gefördert werden können. Selbst wenn deshalb einmal eine Förderung ermessensfehlerhaft auf die nichtzutreffende Norm gestützt worden sein sollte, änderte dies an

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

- 18 -



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



- 18 -

der Wirksamkeit und Tatbestandswirkung eines derartigen bindend gewordenen Bescheides (vgl. dazu Hennig in Sgb 1962, 68 ff) in bezug auf seine Gültigkeit für die Anwendung oder Nichtanwendung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG nichts.

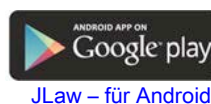
Aufgrund der dargestellten Bedeutung des § 112 Abs 5 Nr 2a AFG vermag der Senat in der Nichteinbeziehung von nach § 97 AFG geförderten Beschäftigungen keinen Verstoß gegen Verfassungsgrundsätze zu erblicken, die im Wege einer extensiven - verfassungskonformen - Auslegung zu einer abweichenden Rechtsfolge zwängen (vgl. BVerfGE 40, 65, 81 mwN). Insbesondere liegt in der Regelung keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art 3 Grundgesetz (GG). Dies wäre nur der Fall, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 55, 72, 88 mwN). Gerade solche Unterschiede bestehen aber - wie dargelegt - zwischen Berechtigten, die im Rahmen von allgemeinen Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach den §§ 91 bis 96 AFG Anspruch auf Förderung einer Beschäftigung haben können, und älteren Arbeitnehmern hinsichtlich einer Förderung gem § 97 AFG, jedenfalls in bezug auf die Berücksichtigung bzw Nichtberücksichtigung solcher Beschäftigungen für Leistungsansprüche gem § 112 Abs 5 Nr 2a AFG.

Infolgedessen mußten die Ansprüche des Klägers auf Alg bzw Alhi auf der Grundlage seines gem § 112 Abs 3 AFG maßgeblichen Entgelts iSd § 112 Abs 2 AFG aus der Beschäftigung bei der SKP bemessen werden. Das SG hat die hiergegen gerichtete

- 19 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 19 -

Klage zu Recht abgewiesen. Auf die Revision der Beklagten ist deshalb die entgegenstehende Entscheidung des ISG aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der Anwendung von § 193 SGG.

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](#)