

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 66/90

Stadt Dortmund,
Dortmund, Südwall 2 - 4,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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 6. Februar 1992 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g, die Richter S a t t l e r und Dr. H e n k e sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. B a a k e und die ehrenamtliche Richterin O b i j o u für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 14. März 1990 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.



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



Gründe:

I

Die Klägerin beantragte im September 1983 für die Durchführung vorgezogener Ausbesserungsarbeiten in ihrem Westfalenpark eine Förderung nach §§ 91 ff Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Durch Bescheid vom 22. September 1983/Ergänzungsbescheid vom 10. Februar 1984 anerkannte die Beklagte, daß die im Antrag bezeichneten Maßnahmen als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (ABM) nach den Vorschriften des AFG gefördert werden, und zwar zunächst für die Maßnahmedauer vom 1. Dezember 1983 bis 30. Dezember 1984. Sie bewilligte vorbehaltlich eines Schlußbescheides Zuschüsse in Höhe von 100% des förderungsfähigen Arbeitsentgelts aus ihren Mitteln (rd 100.000,-- DM) und zahlte in der Folgezeit entsprechende Leistungen aus. Auf Antrag der Klägerin vom 25. Juni 1984 verlängerte die Beklagte unter entsprechender Änderung des 1. Anerkennungsbescheides die Förderungsfrist und bewilligte für die (Maßnahme-)Zeit bis 30. November 1985 ebenfalls entsprechende Zuschüsse, diese jedoch nur zu 60% aus eigenen Mitteln, und zu je 20% (je rd 21.000,-- DM) aus weiteren Bundesmitteln und aus Mitteln des Landes Nordrhein-Westfalen (Bescheid vom 3. September 1984).

Am 23. Dezember 1985 beantragte die Klägerin die Erstattung eines Übergangsgeldes, das sie gemäß § 58 Abs 2 des Bundesmanteltarifvertrages für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe vom 31. Januar 1962 (BMT-G-II) in Höhe von 560,83 DM an den Arbeitnehmer Günter G. (G.) gezahlt habe. Die Beklagte lehnte diesen Antrag im wesentlichen mit der Begründung ab, das Übergangsgeld stelle kein förderungsfähiges Arbeitsentgelt iS von § 94 AFG und § 10 der ABM-Anordnung (ABM-AO) dar (Bescheid vom 14. April 1986; Widerspruchsbescheid vom 20. Mai 1986).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide antragsgemäß verurteilt, das gemäß § 58 Abs 1 BMT-G-II zu zahlende Übergangsgeld als förderungsfähiges Arbeitsentgelt iS des § 94 AFG iVm § 16 ABM-AO anzuerkennen (Urteil vom 28. Juli 1988).

Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die vom SG zugelassene Berufung der Beklagten das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Im wesentlichen hat es hierzu ausgeführt, schon der Wortlaut des § 94 Abs 1 AFG idF vom 23. Juli 1979 (BGBl I S 1189) und vom 26. April 1985 (BGBl I S 710) lege nahe, daß das erst nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis für Zeiten danach fällige Übergangsgeld nicht zum Arbeitsentgelt im Sinne dieser Vorschrift zähle. Die Leistung müsse typischen Entgeltcharakter haben, was beim Übergangsgeld nach § 58 Abs 1 BMT-G-II fraglich sei. Aber selbst wenn man den Anspruch auf das Übergangsgeld als



einen aufschiebenden Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis ansehen wollte, so führe das zu keiner anderen Beurteilung. Denn der Normzweck des § 94 AFG erfordere die Zahlung des Zuschusses für die während des Arbeitsverhältnisses geleisteten Arbeitsstunden. Dem widerspreche der Charakter des Übergangsgeldes als eines für einen späteren Zeitraum geleisteten Sicherungsmittels. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) sei für die Bemessung des Zuschusses das Arbeitsentgelt maßgebend, welches der Arbeitgeber nach Maßgabe des Tarifvertrages in der Förderzeit an einen Arbeitnehmer zu zahlen habe. Das Übergangsgeld sei weder in noch für die Förderzeit zu zahlen, sondern nur für einen Zeitraum nach Ablauf der Förderzeit.

Auch die Präzisierung des Arbeitsentgeltbegriffs in § 94 AFG als tarifliches, hilfsweise ortsübliches Arbeitsentgelt durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 (BeschFG 1985) vom 26. April 1985 (BGBl I S 710) könne den geltend gemachten Anspruch nicht begründen. Denn das Übergangsgeld werde nach dem BMT-G-II nicht als tarifliches Arbeitsentgelt angesehen. Nach dem - auch rechtshistorischen - Normzweck des § 94 Abs 1 AFG sei als Arbeitsentgelt nur zu berücksichtigen, was die zugewiesenen Arbeitnehmer für die geleistete Arbeitsstunde erhalten hätten. An dieser Auslegung habe sich auch die Vorschrift des § 16 Abs 1 ABM-AO zu orientieren, der Leistungen betreffe, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder tarifvertraglicher Vereinbarungen für Zeiten gezahlt werden, in denen der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung nicht erbracht habe. Arbeitnehmer sei der Zugewiesene aber nur bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, so daß in § 16 ABM-AO das Übergangsgeld nicht als berücksichtigungsfähiges Arbeitsentgelt aufgeführt worden sei.

Dieses Ergebnis finde seine Stütze im Arbeitsentgeltbegriff des § 14 Sozialgesetzbuch - Viertes Buch - (SGB IV), denn nach der Rechtsprechung des BSG unterfielen die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung und zur Bundesanstalt für Arbeit (BA) nicht dem Regelungsbereich dieser Vorschrift. Seien diese Leistungen des Arbeitgebers schon für die Zeit des Bestehens des Arbeitsverhältnisses nicht dem Arbeitsentgeltbegriff zuzurechnen, so könne erst recht das vom Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlende Übergangsgeld nicht förderungsfähig sein. Schließlich könne dahinstehen, ob § 16 Abs 2 ABM-AO, nach welchem die Summe des Arbeitsentgelts zur Abgeltung bestimmter Arbeitgeberleistungen jeweils um einen Vomhundertsatz zu erhöhen sei, durch die Ermächtigungsnorm des § 95 AFG gedeckt sei; denn das Übergangsgeld habe § 16 Abs 2 ABM-AO im Gegensatz zu den Beitragsanteilen des Arbeitgebers zur Sozialversicherung und zur BA gerade nicht erfaßt.

Mit der zugelassenen Revision rügt die Klägerin eine Verletzung von § 94 Abs 1 AFG, § 16 Abs 1 ABM-AO und § 14 SGB IV.



Zur Begründung nimmt sie Bezug auf das erstinstanzliche Urteil und macht im wesentlichen weiter geltend, daß dem hier aufgrund Arbeitsvertrages gezahlten und in den §§ 58 ff BMT-G-II geregelten Übergangsgeld tarifvertraglich ausdrücklich weder Arbeitsentgeltcharakter zugestanden noch abgesprochen werde. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) habe jedoch entschieden, daß das Übergangsgeld nach den §§ 62 ff Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) Arbeitsentgelt iS des § 42 Schwerbehindertengesetz aF (SchwbG) darstelle und in diesem Zusammenhang ausgeführt, daß unter Arbeitsentgelt alles zu verstehen sei, was an Geld oder Geldwert für die Leistung abhängiger Arbeit gewährt werde, wozu auch das Übergangsgeld nach dem BAT trotz seines speziellen Charakters gehöre (AP Nr 2 zu § 42 SchwbG aF). Auch aus der Rechtsprechung des BSG (SozR 4100 § 94 Nr 2) zum Arbeitsentgelt iS des § 94 AFG, wonach es zum Wesen des Arbeitsentgelts als Gegenleistung für geleistete Arbeit gehöre, daß der Arbeitende dieses "in die Hand bekomme", es in seine Verfügungsmacht geflossen ist, folge, daß das Übergangsgeld Arbeitsentgelt iS des § 94 Abs 1 AFG sei, da es die genannten Kriterien erfülle. § 94 Abs 1 AFG und § 42 SchwbG aF sprächen gleichermaßen von Arbeitsentgelt, so daß auch das Übergangsgeld nach den §§ 58 ff BMT-G-II der Vorschrift des § 94 Abs 1 AFG unterfalle. Zwar sei es richtig, daß der Rechtsbegriff des Arbeitsentgelts nicht zwingend einheitlich verstanden werden müsse, doch müßten dann die Unterschiede hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, was hier nicht der Fall sei.

Das Übergangsgeld unterfalle überdies der Vorschrift des § 14 Abs 1 SGB IV, die in der Literatur zu § 94 AFG zur Bestimmung des Arbeitsentgelts herangezogen werde. Denn vom Normbereich des § 14 Abs 1 SGB IV seien selbst die einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung umfaßt, die nicht unmittelbar durch die Beschäftigung erzielt würden, sondern nur im Zusammenhang mit ihr stünden. Das Übergangsgeld stehe hier in unmittelbarem Zusammenhang zur geleisteten Arbeit, da der Anspruch hierauf zumindest als Anwartschaft bestanden habe und die Bemessung sich ua nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses richte. Ein mittelbarer Zusammenhang könne jedenfalls nicht in Abrede gestellt werden.

Auch soweit das LSG seine Entscheidung auf § 94 Abs 4 AFG mit der Begründung stütze, der Zuschuß könne sich nur auf ein Äquivalent für innerhalb der Arbeitszeit geleistete Arbeitsstunden beziehen, könne dem nicht gefolgt werden; denn die Zielsetzung dieser Vorschrift gehe allein dahin, daß nur die tarifliche Arbeitszeit förderungsfähig sei, der Arbeitgeber mithin für höheren Arbeitsanfall auf andere Kräfte zurückgreifen solle. Ein weitergehender Normzweck könne der Vorschrift insbesondere im vorliegenden Fall nicht entnommen werden. Ebensowenig könne

- entgegen der Ansicht des LSG - § 16 ABM-AO für die Außerachtlassung des Übergangsgeldes herangezogen werden. Vielmehr spreche die Vorschrift eher dafür, das Übergangsgeld als förderungsfähiges Arbeitsentgelt zu qualifizieren, da auch Zeiten dem



Anwendungsbereich des § 94 Abs 1 AFG unterstellt seien, in denen aufgrund tarifvertraglicher oder gesetzlicher Regelungen Arbeitsentgelt zu zahlen sei, obwohl der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung nicht erbracht habe.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Beklagte verurteilt ist, an die Klägerin 560,83 DM zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung des LSG für zutreffend.

II

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Zu entscheiden ist über ein Leistungsbegehren. Die Klägerin will das Übergangsgeld erstattet haben, das sie in Höhe von 560,83 DM an ihren früheren Arbeitnehmer G. gezahlt hat, den sie im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen beschäftigt hatte. Sie hat eine Anfechtungs- und Leistungsklage erhoben, nachdem der Direktor des Arbeitsamtes die beantragte Erstattung abgelehnt hat (Bescheid vom 14. April 1986; Widerspruchsbescheid vom 20. Mai 1986). Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin vor dem SG die Verurteilung zur Anerkennung des Übergangsgeldes als förderungsfähiges Arbeitsentgelt beantragt hat. Nach § 123 SGG entscheidet das Gericht über die vom Kläger erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein. Es kommt deshalb darauf an, was der Kläger mit der Klage in Wirklichkeit erreichen möchte (vgl dazu Meyer-Ladewig, Komm zum SGG, 4. Aufl 1991, § 123 RdNr 3 mwN). Hier ist offenbar, daß die Stadt Dortmund die Erstattung des streitigen Übergangsgeldes erstrebt, wie schon aus ihrem entsprechenden Antrag vom 23. Dezember 1985 deutlich wird. Mit ihrem vor dem Senat gestellten Revisionsantrag hat sie dies erneut klargestellt. Eine im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung ist darin selbst angesichts der Formulierung des Klageantrags vor dem SG nicht zu erblicken (vgl dazu BSGE 65, 272, 275 = SozR 4100 § 78 Nr 8).

In der Revisionsinstanz fortwirkende Verstöße gegen verfahrensrechtliche Grundsätze, die bei einer zulässigen Revision von Amts wegen zu beachten sind, liegen nicht vor. Die Statthaftigkeit der Berufung folgt aus ihrer Zulassung durch das SG (§ 150 Nr 1 SGG). Auch die Klage ist zulässig.



Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten folgt aus § 51 Abs 1 SGG. Das gilt auch, soweit die Erstattung nicht aus Beitragsmitteln der BA (§ 167 AFG) zu erfolgen hätte, sondern - angesichts der Finanzierung der Maßnahme während des zweiten Jahres - aus Haushaltsmitteln des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen. Denn zu den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in Angelegenheiten der übrigen Aufgaben der BA, über die nach § 51 Abs 1 SGG die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit entscheiden, gehört die Förderung der Schaffung von Arbeitsplätzen auch aus diesen Mitteln. Der § 51 Abs 1 SGG unterwirft zwar nicht jegliche öffentlich-rechtliche Tätigkeit der BA und ihrer Dienststellen der Kontrolle der Sozialgerichte; er bestimmt die Zuständigkeit dieser Gerichte jedoch für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in Angelegenheiten der Rechtsgebiete, deren Vollzug der BA durch Gesetz, Rechtsverordnung, internationale Abkommen oder hierauf beruhenden Vorschriften als Aufgabe obliegt (BSG SozR 1200 § 31 Nr 1). Die Förderung der Schaffung von Arbeitsplätzen aus vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (BMA) bereitgestellten Haushaltsmitteln des Bundes ist nach § 96 Abs 3 Satz 1 AFG in der hier noch anzuwendenden ursprünglichen Fassung des Gesetzes vom 25. Juni 1969 (BGBl I 582) Aufgabe der BA; denn nach dieser Vorschrift teilt der Präsident der BA die Bundesmittel nach Weisungen des Bundesministers zu. Nichts anderes gilt hinsichtlich von Landesmitteln, wenn der Präsident auch diese zuteilt und verwaltet, was nach § 96 Abs 3 Satz 2 AFG auf Antrag des Landes möglich ist. Letzteres ist durch eine Verwaltungsvereinbarung vom 29. Oktober 1976 (MinBINRW 1976, 2612) geschehen, nach der der Präsident der BA die von Nordrhein-Westfalen bereitgestellten Haushaltsmittel zur Ergänzung der Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen in bestimmten Fällen den Dienststellen der BA im Land Nordrhein-Westfalen zuteilt, verwaltet und gemäß Richtlinien des zuständigen Landesministers bewilligt. Ungeachtet dessen, wie weit es sich hierbei um Landesrecht handelt, ist der Senat durch § 162 SGG nicht gehindert, dessen Inhalt festzustellen; denn das Revisionsgericht hat das irreversible Recht festzustellen und anzuwenden, wenn es - wie hier - das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen hat (BSGE 34, 163, 166 = SozR Nr 28 zu § 539 RVO).

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, daß die Klägerin Leistung verlangt, obwohl die ABM-Förderung nach den §§ 91 ff AFG im Ermessen der BA steht. Das Verfahren für Verwaltungsentscheidungen über einen ABM-Förderungsantrag ist zweistufig geregelt. In der ersten Stufe entscheidet die BA über die Förderungsfähigkeit der Maßnahme in einem sog Anerkennungsbescheid. Fällt dieser positiv aus, erfolgt in einer zweiten (späteren) Stufe die Entscheidung über die Auszahlung und Abrechnung der Leistungen (vgl dazu das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des BSG vom 16. Oktober 1991 - 11 RAr 1/91 -). Während gegenüber der Ablehnung eines Förderungsantrags in der ersten Stufe wegen des der BA insoweit eingeräumten Ermessens die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG) gegeben



ist (vgl BSG SozR 4100 § 91 Nr 4 und § 92 Nr 1), verfolgt der Kläger, dem bindend ein positiver Anerkennungsbescheid erteilt worden ist, die ihm seiner Meinung nach daraus zustehenden Leistungsansprüche, soweit die BA solche anschließend abgelehnt hat, im Wege der Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG; vgl auch Urteil des Senats vom 12. Dezember 1991 - 7 RAr 26/90 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Hat die BA nämlich mit Erlaß des positiven Anerkennungsbescheides ihr Ermessen ausgeübt, erwachsen dem Berechtigten die aus dieser Anerkennung zustehenden Leistungsansprüche als Rechtsansprüche. Für die Verwendung der Haushaltsmittel des Bundes, die der BMA zur Verstärkung der Förderung nach § 91 AFG bereitstellt, und für die Verwendung der Landesmittel gilt nichts anderes. Die vorläufigen Weisungen des BMA über die Verstärkung der Förderung von allgemeinen Maßnahmen zur Arbeitsbeschaffung nach § 96 AFG vom 9. November 1970 (BANz Nr 214 vom 14. November 1980) idF der Änderung vom 10. Juni 1975 (BANz Nr 109 vom 20. Juni 1975) sehen keine abweichende Verfahrensgestaltung vor. Nr 7 der Weisungen verweist vielmehr ausdrücklich auf die nach § 95 Abs 3 AFG ergangene ABM-AO, in der das zweigeteilte Verfahren geregelt ist. Auch die erwähnte Verwaltungsvereinbarung vom 29. Oktober 1976 bzw die Richtlinien des nordrhein-westfälischen Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales über die Gewährung von Zuschüssen zur Ergänzung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen gem §§ 91 - 97 AFG idF vom 11. Juli 1978 (MinBINRW 1978, 1237) sehen insoweit keine abweichenden Regelungen vor.

An einem in der Revisionsinstanz fortwirkenden Verfahrensmangel leidet das Verfahren der Vorinstanzen nicht deshalb, weil weder der Bund noch das Land Nordrhein-Westfalen beigelegt worden ist. Es ist nämlich kein Fall der notwendigen Beiladung iS des § 75 Abs 2 SGG gegeben, obwohl eine den Bund bzw das Land bindende Entscheidung hinsichtlich einer anteiligen Erstattung aus Bundes- bzw Landesmitteln getroffen werden könnte. Denn Bund und Land müssen sich die im Verfahren ergehenden Entscheidungen ohne Beiladung schon deshalb zurechnen lassen, weil sie sich des Präsidenten der BA - im Falle des Bundes gesetzlich vorgeschrieben, im Falle des Landes aufgrund eigener EntschlieÙung - im Wege der Organleihe bedienen.

Das hergebrachte Rechtsinstitut der Organleihe ist dadurch gekennzeichnet, daß das Organ eines Rechtsträgers (hier der Präsident der BA) ermächtigt und beauftragt wird, einen Aufgabenkomplex eines anderen Rechtsträgers (hier des Bundes bzw des Landes) wahrzunehmen, weil letzterer aus Zweckmäßigkeitgründen kein eigenes Organ gebildet hat. Das entliehene Organ wird als Organ des Entleihers tätig, dessen Weisung er unterworfen ist. Deshalb werden auch die vom entliehenen Organ getroffenen Entscheidungen dem Entleiher zugerechnet (vgl BVerwG DÖV 1976, 319, 320).

Im vorliegenden Fall erstreckt sich die Organleihe auf das Verfahren vor den Sozialgerichten. Denn die Zuteilung und Verwaltung der Drittmittel, die der Präsident der



BA nach § 96 Abs 3 AFG ua gegenüber ABM-Trägern vorzunehmen hat, schließt die Last ein, an Stelle des Bundes bzw des Landes von solchen Trägern wegen der Zuteilung und Verwaltung dieser Mittel gerichtlich in Anspruch genommen zu werden. Das gilt jedenfalls für solche Verfahren vor den Sozialgerichten, wie sie bei der Förderung der Beschaffung von Arbeitsplätzen zu entstehen pflegen und für die der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gerade deshalb begründet ist, weil eine Aufgabe der BA betroffen ist. Es ist kein Grund ersichtlich, daß die einheitliche Verwaltung von Mitteln der BA, des Bundes und des Landes für den gleichen Zweck, wie sie § 96 Abs 3 AFG vorsieht bzw ermöglicht, nicht mehr Platz greifen soll, wenn der Träger einer ABM wegen der Förderung oder ihrer Abwicklung Klage erhebt. Ist die BA, deren Dienststellen, also auch der Präsident, als solche vor den Sozialgerichten nicht verklagt werden können (§ 70 SGG), hiernach auch insoweit, als nach § 96 Abs 3 AFG der Präsident Mittel des Bundes und eines Landes zuzuteilen und zu verwalten hat, die richtige Beklagte, nimmt sie in einer Art Prozeßstandschaft die diesbezüglichen staatlichen Interessen des Bundes und des Landes wahr. Wird aber die BA funktional als Prozeßstandschafter für Bund und Land tätig, entfällt deren notwendige Beiladung, wie auch sonst zum Prozeß des Prozeßstandschafters nicht beizuladen ist, wessen Rechte der Prozeßstandschafter geltend zu machen befugt ist (BSGE 33, 64, 66 = SozR Nr 5 zu § 143 I AVAVG; BSGE 38, 98, 99 = SozR 4100 § 69 Nr 1). Daß die BA ggf an Vorgaben des Bundes oder des Landes Nordrhein-Westfalen gebunden ist, insbesondere etwa Weisungen oder zumindest der Aufsicht unterliegt, ändert daran nichts. Es gilt insoweit nichts anderes als sonst im Verwaltungsprozeß, in dem die zu Weisungen befugte Aufsichtsbehörde bzw die Körperschaft, bei der diese Behörde errichtet ist, nicht notwendig beizuladen ist (BVerwGE 31, 233, 235 f), und zwar selbst dann nicht, wenn die beklagte kommunale Stelle über Landesmittel verfügt (vgl BVerwG Buchholz 310 § 65 VwGO Nr 13).

In der Sache hat das LSG die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erstattung des streitigen Übergangsgeldes.

Aus Mitteln der BA kann die Klägerin die Erstattung des Übergangsgeldes nicht verlangen, weil es nicht zum erstattungsfähigen Arbeitsentgelt iS des § 94 Abs 1 AFG gehört, der hier idF des Fünften Gesetzes zur Änderung des AFG - 5. AFG-ÄndG - vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) anzuwenden ist. Gem § 94 Abs 1 AFG idF des 5. AFG-ÄndG beträgt der Zuschuß mindestens 60 vH des Arbeitsentgelts, das zugewiesene Arbeitnehmer für die innerhalb der Arbeitszeit iS des § 69 AFG geleisteten Arbeitsstunden erhalten haben (Satz 1). Nach § 94 Abs 1 AFG idF des BeschFG 1985, das am 1. Mai 1985 in Kraft trat, soll der Zuschuß mindestens 60 vH des tariflichen oder, soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht, des für vergleichbare Beschäftigungen ortsüblichen Arbeitsentgelts betragen (Satz 1 Halbs 1). Der Zuschuß wird nur für die von den zugewiesenen Arbeitnehmern innerhalb der Arbeitszeit des § 69 AFG geleisteten Arbeitsstunden gezahlt (Satz 2).



Das in Rede stehende Übergangsgeld unterfällt nicht dem Normbereich des § 94 Abs 1 AFG. Weder idF des 5. AFG-ÄndG noch idF des BeschFG 1985 sagt § 94 AFG, was Arbeitsentgelt ist (BSG SozR 4100 § 94 Nr 2 = Breithaupt 1989, 516). Nach der Rechtsprechung des BSG ist jedoch die Definition des Arbeitsentgeltbegriffs in §§ 14 und 17 SGB IV auch zur Bestimmung dieses Begriffs im Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung heranzuziehen, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist oder die Besonderheiten der jeweiligen Regelungen dem entgegenstehen (BSG SozR 4100 § 97 Nr 3). Gemäß § 14 SGB IV sind Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf diese Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden (Abs 1).

Der Rechtscharakter des Übergangsgeldes ist zweifelhaft. Nach § 58 Abs 1 des BMT-G-II, der hier in den Fassungen des 31. Ergänzungstarifvertrages vom 31. August 1984 und des 32. Ergänzungstarifvertrages vom 12. Dezember 1984 - beide in Kraft ab 1. Januar 1985 - anzuwenden ist (vgl die Nachweise bei Scheuring-Willers, BMT-G-II, 3. Aufl), erhält das Übergangsgeld ein Arbeiter beim Ausscheiden, wenn eine durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von mindestens 30 Stunden vereinbart war und er am Tage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses a) das 21. Lebensjahr vollendet hat und b) in einem ununterbrochenen Arbeitsverhältnis von mindestens einem Jahr bei demselben Arbeitgeber gestanden hat. Das Übergangsgeld wird ua nicht gewährt, wenn sich unmittelbar an das beendete Arbeitsverhältnis eine neue mit Einkommen verbundene Beschäftigung anschließt (§ 58 Ziff f BMT-G-II). Die Höhe des Übergangsgeldes folgt aus § 59 BMT-G-II.

In der Rechtsprechung des BAG wird der Rechtscharakter des Übergangsgeldes nach den §§ 62 ff BAT, die wortgleich mit den §§ 58 ff BMT-G-II sind, nicht einheitlich beantwortet. Einerseits betont das BAG, dem Übergangsgeld komme in einem weiteren Sinne auch Entgeltcharakter zu. Gleichwohl sei das Übergangsgeld aber nicht in erster Linie eigentliches Entgelt für die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit iS von § 611 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vielmehr werde es, wie schon die Bezeichnung "Übergangsgeld" besage, in Erfüllung einer tariflich normierten, weiterwirkenden arbeitgeberischen Fürsorgepflicht gewährt, um dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer seine bisherigen Bezüge für einen Übergangszeitraum zu sichern (BAG AP Nr 2 zu § 62 BAT mwN). Andererseits führt das BAG aus (AP Nr 5 zu § 70 BAT; AP Nr 188 zu § 242 Ruhegehalt), daß das Übergangsgeld nach §§ 62 ff BAT keine Versorgungsleistung sei, sondern ein sonstiger Anspruch aus dem Arbeitsvertrag, nämlich eine besondere Leistung des Arbeitgebers mit echtem Entgeltcharakter. Diese Leistung werde mit Rücksicht auf die bisher geleisteten Dienste des Arbeitnehmers erbracht und richte sich



demgemäß in Höhe und Dauer nach dem Umfang und der Dauer der bisherigen Leistungen des Arbeitnehmers. Bei dem Übergangsgeld handele es sich um eine Gegenleistung des Arbeitgebers mit Entgeltcharakter für die geleisteten Dienste.

Fraglich erscheint in Bezug auf § 14 SGG IV bereits, ob das Übergangsgeld noch im "Zusammenhang mit der Beschäftigung" erzielt wird. Nach der Rechtsprechung des BSG kann dies besonders bei einmaligen Einnahmen wie einer Abfindung zutreffen. Auch solche Einnahmen müssen jedoch, um als Arbeitsentgelt aufgrund einer versicherungspflichtigen Beschäftigung beitragspflichtig zu sein, sich zeitlich der versicherungspflichtigen Beschäftigung zuordnen lassen, dh auf die Zeit der Beschäftigung und der Versicherungspflicht entfallen. Dies trifft auf eine Abfindung, die wegen der Beendigung der Beschäftigung gezahlt wird, grundsätzlich nicht zu. Soweit es sich bei ihr um eine echte Abfindung, und nicht um eine Nachzahlung von während der Beschäftigung verdientem Entgelt handelt, soll die Abfindung den Arbeitnehmer dafür entschädigen, daß er seine bisherige Beschäftigung nicht fortsetzen kann, mithin gehindert ist, aus dieser Beschäftigung künftig Arbeitsentgelt zu erzielen. Eine solche Abfindung, die als Entschädigung für den Wegfall künftiger Verdienstmöglichkeiten gezahlt wird, ist zeitlich nicht der früheren Beschäftigung zuzuordnen (BSGE 66, 219, 220 = SozR 3-2400 § 14 Nr 2).

Zwar geht es hier nicht um eine Abfindung im eigentlichen Sinne, doch spricht viel dafür, das Übergangsgeld im Hinblick auf den Arbeitsentgeltbegriff nach § 14 SGB IV einer echten Abfindung gleichzustellen mit der Folge, daß es nicht als Arbeitsentgelt in diesem sozialrechtlichen Sinn zu qualifizieren wäre. Denn das Übergangsgeld wird für das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis gezahlt und bezweckt die Aufrechterhaltung des sozialen Status jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum danach. Auch wenn es demnach durch den Bestand des Arbeitsverhältnisses in der Vergangenheit verdient wurde, ist es doch untrennbar mit dessen Beendigung verbunden und wird in erster Linie dadurch ausgelöst (BAG AP Nr 11 zu § 62 BAT). Für die strukturelle Gleichartigkeit von Übergangsgeld und echter Abfindung spricht weiter, daß gemäß § 58 Abs 2 Ziff d BMT-G-II kein Übergangsgeld gewährt wird, wenn der Arbeiter eine Abfindung aufgrund des Kündigungsschutzgesetzes erhält. Die Tarifvertragsparteien gehen also davon aus, daß beide Leistungen nicht gemeinsam erbracht werden können. Dies kann jedoch seinen Sinn nur dadurch erfahren, daß beiden Geldern zumindest annähernd die gleiche Funktion zukommt (verneinend zur Beitragspflicht von Übergangsgeld Töns KrV 1992, 49 f mwN).

Einer abschließenden Stellungnahme des Senats zu diesen Fragen bedarf es jedoch nicht; denn allein aus dem Regelungsgehalt des § 94 Abs 1 AFG folgt bereits, daß das Übergangsgeld nicht dem dort enthaltenen Begriff des Arbeitsentgelts unterfällt, welches einer Förderung nach Maßgabe der §§ 91 ff AFG zugänglich ist. § 94 regelt zwar die



Höhe des möglichen Zuschusses im Sinne einer Bemessungsvorschrift. Er legt jedoch zugleich fest, welche Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen einer ABM-Förderung erstattungsfähig sind. Nach § 94 Abs 1 AFG wird der Zuschuß nur für die von den zugewiesenen Arbeitnehmern innerhalb der Arbeitszeit des § 69 geleisteten Arbeitsstunden gezahlt. Gemäß § 69 AFG ist Arbeitszeit im Sinne der Vorschriften über das Kurzarbeitergeld die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit, soweit sie die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit oder, wenn eine solche nicht besteht, die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit gleicher oder ähnlicher Betriebe nicht überschreitet.

Der Hinweis des § 94 Abs 1 AFG auf die Arbeitszeit iS des § 69 AFG erhellt, daß zuschußfähiges Arbeitsentgelt nur ein solches sein kann, das für Zeiten innerhalb eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses gewährt wird oder zu gewähren ist; denn eine regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit iS des § 69 kann schon begrifflich nicht außerhalb eines Arbeitsverhältnisses liegen. § 69 AFG verbietet zwar auch die Berücksichtigung von Arbeitsentgelten, die für Zeiten außerhalb der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit anfallen. Er stellt aber grundsätzlich auf das Arbeitsentgelt für geleistete Arbeitsstunden ab. Mit ihrem Hinweis, durch die Verweisung auf § 69 AFG sollte nur ein erhöhter Arbeitsanfall vom Maßnahmeträger aufgefangen werden, verkennt die Klägerin dies ebenso wie mit ihrer Auffassung, für die Berücksichtigung des Übergangsgeldes als Arbeitsentgelt iS des § 94 Abs 1 AFG genüge es, daß ein Zusammenhang zwischen der geleisteten Arbeit und dem Übergangsgeld bestehe.

Zu Unrecht beruft sich die Klägerin für ihre Auffassung ferner auf § 16 der ABM-AO, der hier idF vom 13. Dezember 1984 (ANBA 1985, 71) anzuwenden ist. Danach gelten als förderungsfähiges Arbeitsentgelt iS des § 94 AFG auch Leistungen, die an die zugewiesenen Arbeitnehmer (§ 93 Abs 1 AFG) aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder tarifvertraglicher Vereinbarungen für Zeiten gezahlt worden sind, in denen diese Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung nicht erbracht haben. Offenbleiben kann, ob diese Regelung ermächtigungskonform ist (vgl hierzu BSG SozR 4100 § 94 Nr 1), ebenso, ob das streitige Übergangsgeld hier eine Leistung ist, die aufgrund tarifvertraglicher Vereinbarung gezahlt wurde. Denn das Übergangsgeld unterfällt ohnedies nicht dem Regelungsgehalt des § 16 ABM-AO. Die Vorschrift verlangt, daß die Leistung für Zeiten gezahlt werden muß, in denen der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung nicht erbracht hat. Sie setzt erkennbar voraus, daß für diese Zeiten arbeitsvertraglich an sich eine Arbeitspflicht bestanden haben muß und erfaßt deshalb diejenigen Sachverhalte, in denen während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Arbeitgeberaufwendungen auch für Zeiten anfallen, in denen vom beschäftigten Arbeitnehmer eine tatsächliche Arbeitsleistung nicht erwartet wird, zB während des Urlaubs im Rahmen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder während des Mutterschutzes (vgl Bieback in Gagel, Komm zum AFG, Stand Oktober 1991, § 94 RdNr 55 ff).



Letztlich scheitert der Klageanspruch deshalb vor allem daran, daß er Leistungen betrifft, die die Klägerin für Zeiten nach dem Ende der ABM erbracht hat. Ein wesentlicher Maßstab für die Begrenzung des förderungsfähigen Arbeitsentgelts ist nach dem Konzept der §§ 91 ff AFG die zeitliche Dauer der von der BA anerkannten ABM, die sog Förderungsfrist (vgl § 95 Abs 3 Satz 1 AFG) oder Förderungsdauer (§ 9 Abs 1 und 2 ABM-AO idF vom 13. Dezember 1984). Sie bestimmt nicht nur den Zeitraum, für den überhaupt eine Förderung erfolgt, sondern konkretisiert zugleich einen Förderungsrahmen dahin, daß nur solche Arbeitgeberleistungen dem Arbeitsentgeltbegriff des § 94 Abs 1 unterfallen können, die der Arbeitgeber für in diesem Zeitraum liegende Arbeitsstunden (mit oder ohne Arbeitsleistung) zu erbringen hat. Nur diese Betrachtung entspricht dem rechtspolitischen Anliegen der ABM-Förderung. Sie will den Entgeltaufwand des Arbeitgebers für Arbeiten in konkret bestimmten Maßnahmen subventionieren (vgl dazu Hennig/Kühl/Heuer/Henke, Komm zum AFG, Stand: Januar 1992, Vorbem vor §§ 91 - 99; Bieback in Gagel, aaO, vor § 91 Erl III und IV). Maß und Grenze dafür ergibt sich aus der Maßnahme als solcher, in zeitlicher Hinsicht damit auch aus deren Förderungsdauer. So liegt auf der Hand, daß der Träger (= Arbeitgeber) keine Förderung erhalten kann für Arbeitsentgelte, die er dem in der Maßnahme zugewiesenen Arbeitnehmer für Zeiten nach deren Beendigung zahlt, weil er diesen Arbeitnehmer - einem vorrangigen Ziel der ABM-Förderung entsprechend - danach weiterbeschäftigt. Daran ändert es nichts, daß es sich hierbei unstreitig um Arbeitsentgelt im arbeitsrechtlichen Sinn handelt und dieses nach Grund und möglicherweise sogar nach Höhe auf die vorangegangene ABM-Beschäftigung zurückzuführen ist. Handelt es sich aber selbst bei solchen Arbeitgeberleistungen nicht um (förderungsfähige) Arbeitsentgelte iS des § 94 Abs 1 AFG, gilt dasselbe in gleicher Weise für andere Arbeitgeberleistungen, die wie das streitige Übergangsgeld für Zeiten nach Ablauf der Maßnahme erbracht werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei arbeitsrechtlich um Arbeitsentgelt handelt oder nicht. So hat der Senat schon zu der Regelung des § 54 AFG, wonach der Arbeitgeber zur beruflichen Eingliederung von arbeitslosen oder von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmern ua Zuschüsse zum tariflichen, hilfsweise ortsüblichen Arbeitsentgelt erhalten kann, entschieden, daß als Arbeitsentgelt in diesem Sinn nur anzusehen ist, was der Arbeitgeber in der Förderzeit an den Arbeitnehmer zu zahlen hat, weil der Zweck dieser sog Eingliederungsbeihilfe darin besteht, den Arbeitgeber um einen bestimmten Vomhundertsatz des Arbeitsentgelts in der Förderzeit zu entlasten; ein Urlaubsgeld scheidet deshalb für die Bemessung des Zuschusses nach § 54 AFG aus, wenn es in der Förderzeit nicht zu zahlen ist (Urteil vom 15. Juni 1988 - 7 RAr 79/86 - verkürzt veröffentlicht in VdK-Mitt 1988, 34; SozSich 1989, 27). Für die der Struktur nach vergleichbare Regelung des berücksichtigungsfähigen Arbeitsentgelts nach § 94 Abs 1 AFG gilt dasselbe. Hier wie dort scheiden Arbeitgeberleistungen für eine Förderung, damit für eine Erstattung, aus, wenn sie für Zeiten nach Ablauf der Förderungsdauer erbracht worden sind.



Aus den zur Verstärkung der Förderung nach § 91 AFG vom BMA bereitgestellten Haushaltsmitteln des Bundes kommt eine Erstattung ebenfalls nicht in Betracht. Denn aus den oa Weisungen des Bundesministers, insbesondere aus den Nrn 1, 4 und 7 folgt, daß die Bundesmittel nach den für die ABM-Förderung maßgeblichen materiellen Vorschriften des AFG vergeben werden sollten, mithin nur die Erstattung von Arbeitsentgelt iS des § 94 Abs 1 AFG innerhalb der Förderzeit möglich ist. Kommt daher eine Erstattung aus den Bundesmitteln nicht in Betracht, verletzt die angefochtene Entscheidung des Direktors des Arbeitsamtes Dortmund die Klägerin selbst dann nicht in ihren Rechten, wenn dieser nicht befugt gewesen sein sollte, auch über diese Mittel zu verfügen, die nach dem Gesetz der Präsident der BA zuteilt; über die Zuständigkeit des Direktors des Arbeitsamtes Dortmund ist hier deshalb nicht zu befinden.

Schließlich kann auch nicht beanstandet werden, daß eine Erstattung aus den Landesmitteln nicht bewilligt worden ist. Denn auch den für die Vergabe der Landesmittel maßgeblichen Verwaltungsvorschriften kann nicht entnommen werden, daß die Vergabe nach vom materiellen AFG-Recht abweichenden Regelungen vorgenommen werden sollte. Im Gegenteil verweist Nr 7 Satz 2 der Richtlinien ausdrücklich auf die Bestimmungen des AFG. Auch die Verwaltungsvorschriften des Landes beinhalten also lediglich eine Aufstokung der Förderung im Rahmen einer nach AFG-Recht geförderten Maßnahme. Mithin kann nicht beanstandet werden, wenn eine Erstattung aus Landesmitteln abgelehnt wird, wenn, wie hier, eine Erstattung nach § 94 AFG nicht vorgesehen ist. Es ist deshalb auch insoweit nicht zu entscheiden, ob der Direktor des Arbeitsamtes für Entscheidungen dieser Art zuständig war (vgl dazu aber Nr 5 der Richtlinien). Ebenso braucht sich der Senat nicht mit den Bedenken verfassungsrechtlicher Art zu befassen, die gegenüber einer Regelung wie in § 96 Abs 3 Satz 2 AFG aF wegen der daraus folgenden "Mischverwaltung" erhoben worden sind (vgl Bieback in Gagel, aaO, § 96 RdNr 16).

Die Revision der Klägerin ist nach allem zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

