

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 68/89

.....,

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 ohne mündliche Verhandlung am 15. Februar 1990 durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g**, die Richter **K ö n i g** und **D r. H e n k e** sowie die ehrenamtlichen Richterinnen **D r. N o l t e** und **V o r w e r k** für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom 11. April 1989 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin erstrebt höheres Arbeitslosengeld (Alg).

Die 1939 geborene ledige Klägerin war für die Lohnsteuerhilfe Bayern e.V. (Lohnsteuerhilfsverein), München, von 1975 bis 30. Juni 1983 als Leiterin der Beratungsstelle Hamburg tätig. Sie bezog nach dem Dienstvertrag vom 15. August 1978 ein monatliches Bruttogehalt von 2.500,-- DM und zusätzlich jährliche Tantiemezahlungen in Höhe des Differenzbetrages zwischen 63 vH der von der Beratungsstelle vereinnahmten Bruttoeinnahmen und den mit dem Büro verbundenen Ausgaben und Kosten (§ 6 I und II des Dienstvertrages); sie konnte von ihrem Tantiemeanspruch jederzeit Teilbeträge (Tantiemezahlung) abrufen, und zwar insgesamt in jedem Kalenderjahr bis zur Hälfte ihres entsprechenden, am Jahresende voraussichtlich vorhandenen Guthabens (§ 6 V des Dienstvertrages). Gemäß arbeitsgerichtlichem Vergleich vom 16. Juni 1983 endete das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer Kündigung seitens des Arbeitgebers am 30. Juni 1983. Die Klägerin erhielt für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von 12.000,-- DM (§§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz).

Am 7. Juni 1983 meldete die Klägerin sich zum 1. Juli 1983 beim Arbeitsamt arbeitslos und beantragte Alg. Nach der Arbeitsbescheinigung hatte sie im Juni 1983, dem letzten vor dem Ausscheiden abgerechneten Monat, ein festes Monatsentgelt (brutto) in Höhe von 3.250,-- DM erhalten; die wöchentliche Arbeitszeit betrug 40 Stunden. Die Beklagte stellte unter Hinweis auf die Abfindung das Ruhen des Anspruchs auf Alg für die Zeit vom 1. Juli bis 4. September 1983 fest (Bescheid vom 28. Juli 1983). Durch Bescheid vom 4. August 1983 gewährte sie ab 5. September 1983 Alg in Höhe von wöchentlich 330,60 DM unter Zugrundelegung eines Bemessungsentgelts von 750,-- DM und der Leistungsgruppe B (nicht verheiratet, ein Kind). Die Klägerin erhob gegen das Ruhen des Anspruchs auf Alg Widerspruch (Schreiben vom 24. August 1983). Mit Schreiben vom 17. April 1984 bat sie um Neuberechnung des Alg, da der Arbeitgeber die Tantiemen erst jetzt abgerechnet habe; sie habe in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1983 insgesamt 49.917,58 DM verdient. Die Beklagte hob die Entscheidung über das Ruhen des Anspruchs auf Alg auf (Bescheid vom 4. April 1984). Durch Bescheid vom 20. Juni 1984 bewilligte sie der Klägerin Alg ab 1. Juli 1983 für 312 Wochentage in derselben Höhe wie im Bescheid vom 4. August 1983. Mit Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 1984 verwarf sie den Widerspruch gegen den Bescheid vom 4. August 1983 als unzulässig. Zur Begründung führte sie an, der Widerspruch, eingegangen am 18. April 1984, richte sich gegen den Bescheid vom 4. August 1983; er sei nicht innerhalb eines Monats eingelegt worden, so daß der Bescheid vom 4. August 1983 bindend geworden sei; selbst wenn er fristgerecht ergangen wäre, hätte er nicht erfolgreich sein können.



Während des Klageverfahrens machte die Klägerin geltend, daß es bei ihrem Schreiben vom 17. April 1984 nicht um einen Widerspruch, sondern um einen Antrag auf Neuberechnung des Alg gehe, der bisher nicht beschieden worden sei. Die Beklagte erklärte sich bereit, über diesen Antrag zu entscheiden. Mit Bescheid vom 13. November 1985 lehnte sie den Antrag auf Neuberechnung des Alg mit dem Hinweis ab, zum einen sei die Tantieme, deren nachträgliche Berücksichtigung die Klägerin erreichen wolle, eine wiederkehrende Leistung iS von § 112 Abs 2 Satz 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), die bei der Bemessung des Alg außer Betracht bleibe; zum anderen sei die Bemessung des Alg nach dem Arbeitsentgelt vorzunehmen, das zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis abgerechnet gewesen sei (§ 112 Abs 3 AFG).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage, mit der die Klägerin die Verurteilung der Beklagten begehrte, bei der Berechnung des Alg auch die Tantieme mit einzubeziehen, unter Zulassung der Berufung abgewiesen (Urteil vom 12. Februar 1986). Vor dem Landessozialgericht (LSG) hat die Klägerin beantragt, (1.) das Urteil des SG und den Bescheid der Beklagten vom 13. November 1985 aufzuheben und die Bescheide vom 4. August 1983 und 20. Juni 1984 zu ändern, (2.) die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin ab 18. April 1984 Alg unter Zugrundelegung des in den Jahren 1982 und 1983 durchschnittlich erzielten Gesamtverdienstes zu zahlen, (3.) die Beklagte zu verurteilen, den Leistungsantrag der Klägerin hinsichtlich des Zeitraumes vom 1. Juli 1983 bis 17. April 1984 nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Das LSG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 11. April 1989). Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres Alg. Die Bescheide vom 4. August 1983 und 20. Juni 1984, durch die der Klägerin Alg ab 1. Juli 1983 in Höhe von wöchentlich 330,60 DM gewährt worden sei, seien bindend geworden. Ein Anspruch auf Rücknahme dieser Bescheide bestehe nicht, und zwar weder für die Zeit ab 18. April 1984 gemäß § 152 Abs 1 AFG noch für die Zeit vom 1. Juli 1983 bis 17. April 1984 gemäß § 44 Zehntes Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB X). Die genannten Bewilligungsbescheide seien nicht rechtswidrig.

Maßgebender Bemessungszeitraum sei der Monat Juni 1983; er sei der letzte vor dem Ausscheiden der Klägerin abgerechnete Monat gewesen (§ 112 Abs 3 Satz 1 AFG). Die Zugrundelegung eines dreimonatigen Bemessungszeitraumes scheitere daran, daß die Klägerin nicht überwiegend im Akkord-Lohn oder gegen ein Arbeitsentgelt beschäftigt gewesen sei, dessen Höhe sich weitgehend nach dem erzielten Umsatz gerichtet habe (§ 112 Abs 3 Satz 2 Nrn 1 und 2 AFG).

Bei den Zahlungen in unterschiedlicher Höhe, welche die Klägerin neben ihrem monatlichen Festgehalt erhalten habe, habe es sich nicht um Provisions-, sondern Tantiemeh-



lungen gehandelt. Diese könnten bei der Ermittlung des Arbeitsentgelts seit dem 1. Januar 1982 keine Berücksichtigung finden. Das ergebe sich aus § 112 Abs 2 Satz 3 AFG. Danach blieben einmalige und wiederkehrende Zuwendungen außer Betracht; dies gelte auch für Zuwendungen, die anteilig gezahlt würden, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Fälligkeitstermin ende.

Für die Bewertung der Zusatzzahlungen als Tantiemen spreche § 6 des Dienstvertrages. Danach sei die Klägerin nicht an einzelnen abgeschlossenen oder vermittelten Geschäften mit einem bestimmten Prozentsatz finanziell beteiligt, wie es für Provisionen typisch sei, sondern nur, wenn die Einnahmen der Beratungsstelle (Mitgliedsbeiträge) die Ausgaben (Gehälter und Bürounkosten) überstiegen, was für Tantiemen charakteristisch sei. Zudem falle ins Gewicht, daß die endgültige Abrechnung der Gewinnbeteiligung für 1983 erst im Frühjahr 1984 erfolgt sei und nicht etwa schon mit dem Ausscheiden der Klägerin aus dem Dienstverhältnis am 30. Juni 1983. Demgegenüber greife nicht der Hinweis der Klägerin durch, daß sich die Zusatzzahlungen am erzielten Überschuß der von ihr geleiteten Zweigstelle, nicht aber am Gesamtgewinn des Lohnsteuerhilfevereins mit seinen zahlreichen Zweigstellen orientiert hätten.

Ob das monatliche Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 3.250,-- DM, das der Berechnung des Alg zugrunde gelegt worden sei, deswegen überhöht gewesen sei, weil darin nach den später vorgelegten Unterlagen und Abrechnungen eine Abschlagszahlung auf die Tantieme in Höhe von 800,-- DM einbegriffen gewesen sei, könne dahinstehen. Die Klägerin sei insoweit nicht beschwert.

Ein anderes Ergebnis rechtfertige sich nicht aus § 112 Abs 7 AFG, wonach bei der Bemessung des Alg von einem bestimmten tariflichen oder vom ortsüblichen Arbeitsentgelt auszugehen sei, wenn es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 bis 6 auszugehen. Bei den der Klägerin zugebilligten Tantiemen handele es sich um wiederkehrende Zuwendungen, die bei der Bemessung des Alg unberücksichtigt zu bleiben hätten. Diese Zusatzzahlungen, auch die auf sie in unterschiedlicher Höhe geleisteten Abschlagszahlungen, gehörten nicht zu dem normalerweise und regelmäßig, dh monatlich laufend ausgezahlten Arbeitsentgelt, mit dem die Klägerin jeden Monat habe rechnen können. Hätten aber Tantieme und die auf sie zu leistenden Abschlagszahlungen bei der Bemessung des Alg außer Ansatz zu bleiben, könne es insoweit auf einen bestimmten Bemessungszeitraum, in dem höhere Tantiemen gezahlt worden seien, nicht ankommen, da auch in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung stets nur das Festgehalt der Klägerin bei der Alg-Bemessung berücksichtigungsfähig gewesen sei. Eine andere Auslegung des § 112 Abs 7 AFG laufe auf eine Umgehung des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG hinaus. Offenbleiben könne mithin, ob die Klägerin ab 1. Juli 1983 ein höheres tarifliches oder ortsübliches Ar-



beitsentgelt als 3.250,-- DM hätte erzielen können oder ob es sich für sie bei ihrer letzten Arbeitsstelle um eine einmalig günstige, nicht wiederkehrende Verdienstmöglichkeit gehandelt habe.

Die Klägerin rügt mit der Revision eine Verletzung von Abs 2 Satz 3 und Abs 7 des § 112 AFG. Zur Begründung trägt sie vor:

Die ihr monatlich ausgezahlten Abschlagszahlungen seien nicht als Tantieme-, sondern Provisionsleistungen anzusehen, die bei der Bemessung des Alg zu beachten seien. Einzuräumen sei, daß diese Zusatzzahlungen in § 6 II des Dienstvertrages als "Tantiemезahlungen" bezeichnet worden seien. Doch sei insoweit eine unschädliche Falschbezeichnung anzunehmen. Dies gehe zT aus dem Dienstvertrag selbst hervor, wonach die Klägerin an den unter ihrer Leitung getätigten Geschäften in Höhe des Differenzbetrages zwischen 63 vH der Einnahmen und den Ausgaben der Zweigstelle beteiligt gewesen sei.

Für das Vorliegen von Tantieme sei die Beteiligung an der Gewinnausschüttung des Unternehmens kennzeichnend, die nicht von der Umsatzleistung des Tantiemeempfängers abhängig sei. Dagegen sei Wesensmerkmal der Provision die Beteiligung des Provisionsempfängers an dem von ihm getätigten Umsatz. Hier habe sich die Beteiligung ausschließlich am Umsatz der von der Klägerin geleiteten Zweigstelle ausgerichtet. Hätte es sich bei den der Klägerin erbrachten Zahlungen tatsächlich um Tantiemen gehandelt, hätten sich diese nicht am Umsatz der Zweigstelle, sondern am Gesamtumsatz des Lohnsteuerhilfevereins orientieren müssen.

Die Höhe der in der Zweigstelle getätigten Vereinseinnahmen sei, wie für Provisionszahlungen typisch, maßgeblich von den von der Klägerin getätigten Arbeiten und Abschlüssen abhängig gewesen. So habe die Klägerin in der Zweigstelle zunächst allein gearbeitet. Aufgrund ihrer Aktivitäten hätten sich die Mitgliedsbeiträge erheblich gesteigert. Durch die Zunahme des Auftragsvolumens seien in der Zweigstelle weitere Mitarbeiter eingestellt worden. Diese neuen Mitarbeiter hätten feste Gehälter, nicht aber zusätzliche Zahlungen bezogen. Allein die Klägerin sei am Gewinn beteiligt gewesen. Bei einer solchen Fallgestaltung könne nicht von Tantieme-, sondern nur von Provisionszahlungen die Rede sein.

Zu Unrecht betone das LSG, daß die auf die Tantiemen vorgenommenen Abschlagszahlungen nicht zu dem normalen und regelmäßigen Arbeitsentgelt gehörten, mit dem die Klägerin jeden Monat habe rechnen können, sondern von der jeweiligen Geschäftsentwicklung abhängig gewesen und erst bei der Endabrechnung des Geschäftsjahres festgelegt worden seien. Dem stehe entgegen, daß die Klägerin Abschlagszahlungen erst gar nicht erhalten hätte, wenn sie für die Dauer mehrerer Monate keine Umsätze getätigt hätte. Im übrigen würden Provisionen, die bei der Berechnung des Alg berücksichtigungs-



fähig seien, ebenso wenig wie Tantiemen regelmäßig monatlich und im voraus fest berechenbar gezahlt. Auch der Empfänger von Provisionen könne nicht damit rechnen, daß er Provisionszahlungen künftig in gleicher Höhe wie in der Vergangenheit erhalte. Es sei gerade der Sinn der Provisionszahlung, daß der vom Provisionsempfänger jeweils erwirtschaftete Gewinn honoriert werde. Gleichwohl bedeute diese Abhängigkeit von der jeweiligen Umsatzaktivität nicht, daß Provisionen bei der Berechnung des Alg außer acht gelassen würden.

Zumindest hätte die Berechnung des Alg gemäß § 112 Abs 7 AFG erfolgen müssen. Die der Klägerin zustehenden Zusatzzahlungen seien regelmäßig erbracht worden, weshalb die in den Jahren 1982 und 1983 durchschnittlich erzielten Zusatzleistungen hätten Beachtung finden müssen. Überdies hätte die Klägerin im Hinblick auf ihre berufliche Qualifikation ein höheres Arbeitsentgelt erzielen können, als die Beklagte es bei der Bemessung des Alg zugrunde gelegt habe. Die Klägerin sei kaufmännische Angestellte und habe bereits vor ihrer Tätigkeit beim Lohnsteuerhilfeverein bei einem Hamburger Zeitungsverlag monatlich 4.000,-- DM brutto verdient. Später habe sie in Fortbildungskursen des Lohnsteuerhilfevereins sämtliche Kenntnisse erworben, die mit der Erstellung von Lohnsteuer- und Einkommensteuererklärungen Nichtselbständiger, der diesbezüglichen Beratung, der Prüfung von Steuerbescheiden und der Anfertigung von Einsprüchen zusammenhängen.

Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des LSG und das Urteil des SG sowie den Bescheid der Beklagten vom 13. November 1985 aufzuheben und die Bescheide der Beklagten vom 4. August 1983 und 20. Juni 1984 zu ändern,
2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin ab 18. April 1984 Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung des in den Jahren 1982 und 1983 durchschnittlich erzielten Gesamtverdienstes zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, den Leistungsanspruch der Klägerin hinsichtlich des Zeitraumes vom 1. Juli 1983 bis 17. April 1984 nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie verweist auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, die sie für zutreffend erachtet.



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

II

Die Revision ist nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf höheres Alg.

Streitgegenstand sind der Bescheid vom 20. Juni 1984, der Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 1984 und der Bescheid vom 13. November 1985. Die Beklagte hat durch den Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 1984 eine Sachentscheidung getroffen, indem sie darauf hingewiesen hat, der Widerspruch der Klägerin hätte, selbst wenn er fristgerecht ergangen wäre, nicht erfolgreich sein können. Dies hat zur Folge, daß die Bindungswirkung des Bescheides vom 4. August 1983 (§ 77 SGG) einer neuen Entscheidung darüber, ob die Klägerin ab 1. Juli 1983 einen Anspruch auf höheres Alg hat, als die Beklagte ihr zugesprochen hat, nicht entgegensteht (vgl hierzu etwa BSGE 49, 85, 87 = SozR 1500 § 84 Nr 3; BSG vom 14. September 1989 - 4 REg 7/88 -). Auf die Frage, ob die Klägerin aufgrund ihres Schreibens vom 17. April 1984 einen Anspruch auf Rücknahme der Bewilligungsbescheide sowohl für die Zukunft (ab 18. April 1984) als auch für die Vergangenheit (1. Juli 1983 bis 17. April 1984) hat, kommt es mithin nicht an.

Richtige Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 und Abs 4 SGG). Sie war von der Klägerin vor dem SG erhoben worden. Der Klageantrag, den die Klägerin auf gerichtliche Anregung vor dem LSG gestellt hat, darf der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen. Auch ist der erkennende Senat an die Fassung des Antrages, den die Klägerin vor dem Bundessozialgericht (BSG) konsequenterweise beibehalten hat, nicht gebunden (§ 123 SGG). Dieser Antrag ist deshalb sinngemäß als kombinierter Anfechtungs- und Leistungsantrag auszulegen, so daß die Klage zulässig ist.

Der Revision muß der Erfolg versagt bleiben, weil die Klägerin ab 1. Juli 1983 keinen Anspruch auf höheres Alg hat, als ihr von der Beklagten zugebilligt worden ist.

Dem Grunde nach hat die Klägerin ab 1. Juli 1983 einen Anspruch auf Alg erworben. Sie hat an diesem Tage nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, die für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), alle Voraussetzungen für die Entstehung eines Anspruchs auf Alg erfüllt (§ 100 Abs 1 AFG), insbesondere die Anwartschaftszeit (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG, zuletzt geändert durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz -AFKG- vom 22. Dezember 1981 - BGBl I 1497 -). Auch die Höhe des ihr ab 1. Juli 1983 zustehenden Anspruchs auf Alg unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Sie richtet sich nach § 111 Abs 1 AFG idF des Einführungsgesetzes zum Einkommensteuerreformgesetz (EG-EStG) vom 21. Dezember 1974 (BGBl I 3656). Danach beträgt das Alg 68 vH des um die ge-



gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 112 AFG). Die AFG-Leistungsverordnung 1983 vom 23. Dezember 1982 (BGBl I 2038), in deren Anlage 2 für die verschiedenen Arbeitsentgelte iS des § 112 AFG (Bemessungsentgelte) nach Minderung um die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallenden gesetzlichen Abzüge die jeweiligen Leistungssätze für 1983 ausgewiesen sind, sieht in der Leistungsgruppe B, der die Klägerin gemäß § 111 Abs 2 Satz 1 Nr 1 Buchst b AFG angehört (nicht verheiratet, ein Kind), für ein (wöchentliches) Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) von 750,-- DM die bewilligten 330,60 DM vor. Ein Anspruch auf höheres Alg wäre der Klägerin folglich nur dann zuzuerkennen, wenn die Leistung nach einem höheren Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) als 750,-- DM zu zahlen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall.

Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) in diesem Sinne ist nach § 112 Abs 2 Satz 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1987 geltenden, zuletzt durch das AFKG geänderten Fassung das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Bemessungszeitraum sind nach § 112 Abs 3 Satz 1 AFG idF des AFKG die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt zwanzig Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Abgerechnet ist ein Lohnabrechnungszeitraum, wenn der Arbeitgeber das für diesen Zeitraum erarbeitete Arbeitsentgelt vollständig errechnet hat, so daß das Arbeitsentgelt nunmehr ohne weitere Rechenoperationen an den Arbeitgeber ausgezahlt oder überwiesen werden kann (BSGE 64, 179, 180 f = SozR 4100 § 112 Nr 43; Urteil vom 15. Februar 1990 - 7 RAR 82/89 -). Hier ist nach den unangegriffenen tatsächlichen Feststellungen des LSG letzter abgerechneter Lohnabrechnungszeitraum in diesem Sinne der Monat Juni 1983, in dem die Klägerin ein Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 3.250,-- DM verdiente. Dieses Bruttoarbeitsentgelt gilt nach der Formel des § 112 Abs 2 Satz 2 AFG in der bis zum 31. Dezember 1987 geltenden Fassung als in 173,33 Stunden erzielt ($40 \times 13 : 3$). Das in der Arbeitsstunde im Bemessungszeitraum durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt beträgt hier somit 18,75 DM ($3.250,-- \text{ DM} : 173,33$). Dieser Stundensatz ist mit der Zahl 40, dh der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zu vervielfachen. Das führt, wie von der Beklagten richtig errechnet, zu einem wöchentlichen Arbeitsentgelt von 750,-- DM.

Ein höheres Bemessungsentgelt läßt sich nicht daraus herleiten, daß der Bemessungszeitraum des § 112 Abs 3 Satz 2 AFG idF des AFKG zugrunde gelegt wird. Nach dieser Bestimmung treten an die Stelle der in Satz 1 genannten zwanzig Tage ua dann sechzig Tage, wenn der Arbeitslose im Bemessungszeitraum überwiegend gegen ein Arbeitsentgelt, dessen Höhe sich weitgehend nach dem erzielten Umsatz richtete, beschäftigt war



(Nr 2). Die Höhe des Arbeitsentgelts richtet sich, wie der Senat bereits entschieden hat, dann weitgehend nach dem Umsatz, wenn der umsatzbezogene Anteil des Arbeitsentgelts bei mindestens 30 vH liegt (BSG SozR § 112 Nr 24). Ob in dem der Klägerin für den Monat Juni 1983 gezahlten Bruttoarbeitsentgelt von 3.250,-- DM, wie das LSG anzunehmen scheint, eine Abschlagszahlung auf die zu erwartende Tantieme enthalten war und ob diese Abschlagszahlung als umsatzbezogener Anteil des Arbeitsentgelts zu qualifizieren ist, braucht in diesem Zusammenhang nicht entschieden zu werden; selbst wenn dies zutrifft und wenn infolgedessen ein Bemessungszeitraum iS des § 112 Abs 3 Satz 2 AFG idF des AFKG zugrunde zu legen ist, würde das kein höheres Bemessungsentgelt mit sich bringen können. Die Klägerin bezog nach ihrem Dienstvertrag vom 15. August 1978 - abgesehen von den jährlichen Tantiemezahlungen - ein monatliches Bruttogehalt in Höhe von 2.500,-- DM. Aus ihm läßt sich eindeutig kein höheres Bemessungsentgelt ableiten als das, welches die Beklagte der Alg-Bewilligung zugrunde gelegt hat. Die Tantieme- bzw Abschlagszahlungen, die der Klägerin ggf vor Juni 1983 zugeflossen sind, können bei der Bemessung des Alg keine Berücksichtigung finden.

Das folgt aus § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG. Danach bleiben einmalige und wiederkehrende Zuwendungen außer Betracht (Halbs 1); dies gilt auch für Zuwendungen, die anteilig gezahlt werden, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Fälligkeitstermin endet (Halbs 2). Durch diese Neufassung des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG hat der Gesetzgeber die Berücksichtigung von Zuwendungen - sei es, daß sie einmaliger, sei es, daß sie wiederkehrender Natur sind - gänzlich ausgeschlossen. Der Bemessung des Alg sollte nunmehr - ebenso wie der Bemessung des Kurzarbeitergeldes und des Schlechtwettergeldes (§§ 68 Abs 3, 86 AFG idF des AFKG) nur noch dasjenige Arbeitsentgelt zugrunde gelegt werden, mit dem der Arbeitnehmer bei jeder Lohnabrechnung rechnen kann (BT-Drucks 9/996 S 79). Der erkennende Senat hat dies in zwei Urteilen zur Frage der Berücksichtigung des 13. Monatsgehalts des näheren begründet (BSG SozR 4100 § 112 Nr 25; BSG vom 22. März 1989 - 7 RAr 104/87 -; vgl auch BSG SozR 4100 § 112 Nr 30). Auf diese Entscheidungen wird Bezug genommen.

Bei den jährlichen Tantiemezahlungen, die die Klägerin nach ihrem Dienstvertrag zusätzlich zu ihrem Grundgehalt verlangen (§ 6 I und II), und bei den Teilbeträgen, die sie jederzeit abrufen konnte (§ 6 V), handelt es sich um Zuwendungen, die gemäß § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG bei der Bemessung des Alg nicht berücksichtigungsfähig sind. Alle besonderen Zahlungen - wie zB zusätzliche Gehälter im Bank- und Versicherungsgewerbe, Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Gewinnbeteiligungen jeder Art - gehören seit Inkrafttreten des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG nicht mehr zu dem einem Arbeitnehmer normalerweise und regelmäßig, dh monatlich laufend ausgezahlten Arbeitsentgelt (Eckert in Gemeinschaftskomm zum AFG, Stand März 1989, § 112 Rdz 20; Gagel in Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 112 Rdz 161; Heuer in Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand August 1989, § 112 Rdz 6; Wittrock in Knigge/Ketelsen/Mar-

schall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl, § 112 Rdz 9). Dies trifft, wie der Gesetzgeber durch § 112 Abs 2 Satz 3 Halbs 2 AFG idF des AFKG klargestellt hat, auch auf aufgestautes Arbeitsentgelt zu, also auf Zuwendungen, die - wie hier - bei ordentlicher Kündigung des Arbeitgebers vor dem Fälligkeitstermin anteilig zu zahlen sind. Unmaßgeblich ist, aus welchen Motiven die Zusatzzahlungen gewährt werden und ob sie Entgeltcharakter aufweisen. Die Vorschrift des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG stellt ausschließlich auf die Art des regelmäßigen, laufenden Zuflusses ab. Demgemäß spielt es keine Rolle, ob statt der konkret vereinbarten Zusatzzahlungen andere Formen der Zahlung, zB Zahlung in zwölf gleichen Monatsraten zusammen mit dem Festgehalt, hätten vereinbart werden können. Das übersieht die Klägerin, wenn sie sinngemäß vorbringt, sie müsse so behandelt werden, als wären ihr die Zusatzzahlungen in zwölf gleichen Monatsraten zugeflossen. Hätte es sich so verhalten, wären die Raten in der Tat Bestandteil des regelmäßigen, laufenden Gehalts der Klägerin geworden. Der Klägerin hätte dann monatlich ein um ein Zwölftel des Gesamtjahresbetrages erhöhtes laufendes Arbeitsentgelt zur Verfügung gestanden. Ihr regelmäßiger Lebensstandard wäre hiervon bestimmt worden. Dies hätte nach der der Gewährung von Alg innewohnenden Idee des anteiligen Ersatzes eines regelmäßig zufließenden Nettolohns ohne weiteres dazu geführt, daß eine derartige im Bemessungszeitraum ausgezahlte Rate bei der Bemessung des Alg berücksichtigt worden wäre. Maßgebendes Unterscheidungskriterium ist also die Art der Zahlungsweise (laufend - wiederkehrend - einmalig); nicht entscheidend ist, wie einmalige oder wiederkehrende Zuwendungen auch anders - nämlich als laufendes Arbeitsentgelt - hätten verteilt werden können (BSG SozR 4100 § 112 Nrn 25 und 30; BSG vom 22. März 1989 - 7 RAr 104/87 -).

Im vorliegenden Fall kann nicht davon die Rede sein, daß die Klägerin einen Anspruch auf regelmäßige, laufende Tantiemезahlungen gehabt hat. Nach dem Dienstvertrag erhielt sie zusätzlich zu ihrem Grundgehalt jährliche Tantiemезahlungen in Höhe des positiven Differenzbetrages zwischen 63 vH der von der Beratungsstelle Hamburg vereinnahmten Bruttoeinnahmen und den mit dem Büro verbundenen Ausgaben und Kosten (§ 6 I und II). Dabei handelte es sich um eine echte Gewinnbeteiligung und nicht, wie die Klägerin meint, um eine Vergütung, die in einem bestimmten Prozentsatz des Wertes eines abgeschlossenen oder vermittelten Geschäfts bemessen wurde (Provision). Daß sich die Gewinnbeteiligung nicht am Gesamtgewinn des Lohnsteuerhilfevereins mit seinen zahlreichen Zweigstellen, sondern am Überschuß der von der Klägerin geleiteten Beratungsstelle orientierte, ist ohne Bedeutung. Entscheidend ist, daß nicht voraussehbar war, wieviele Personen die Leistungen des Lohnsteuerhilfevereins in Anspruch nehmen und Mitgliedsbeiträge entrichten würden. Demzufolge stand erst bei der Endabrechnung des Kalender- bzw Geschäftsjahres fest, in welcher Höhe Tantieme zu leisten war. Fiel der maßgebliche Differenzbetrag negativ aus oder unterschritt er die von der Klägerin abgerufenen Teilbeträge, hatte die Klägerin sogar eine Rückzahlung zu besorgen. Bei dieser Rechtssituation können weder die Tantieme- noch die Abschlagszahlungen, die auf die zu



erwartenden Tantiemen vorgenommen wurden, dem laufenden Arbeitsentgelt zugeordnet werden, mit dem die Klägerin bei jeder Gehaltsabrechnung rechnen konnte.

Sollte der Klägerin - wie sie geltend gemacht hat - im Rahmen der Antragstellung auf Alg versichert worden sein, daß die zu erwartenden Zusatzzahlungen bei der Bemessung des Alg berücksichtigt würden, weil die Tantieme Teil ihres Gehaltes sei, führt das zu keinem der Klägerin günstigeren Ergebnis. Eine von der zuständigen Behörde erteilte Zusicherung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Form (§ 34 Abs 1 Satz 1 SGB X). Daran mangelt es vorliegend.

Die Regelung des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie steht sowohl mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 3 Grundgesetz -GG-) als auch mit der Eigentumsgarantie (Art 14 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 Abs 1, 28 Abs 1 Satz 1 GG) in Einklang. Die Ordnung der Arbeitslosenversicherung wird nicht von der Notwendigkeit einer Äquivalenz zwischen Beitrags- und Versicherungsleistung beherrscht (BSG SozR 4100 § 112 Nr 3; BSGE 43, 255, 256 = SozR 4100 § 80 Nr 1). Für deren Gestaltung besitzt der Gesetzgeber einen weiten Spielraum, der es im Hinblick auf die gesetzlichen Aufgaben der Bundesanstalt für Arbeit (BA) verfassungsrechtlich sogar rechtfertigt, Arbeitsentgelte solcher Arbeitnehmer der Beitragspflicht zur BA zu unterwerfen, die wegen des Bezuges anderweitiger Sozialleistungen im Fall der Arbeitslosigkeit regelmäßig überhaupt kein Alg erhalten können (BVerfGE 53, 313 = SozR 4100 § 168 Nr 12). Der erkennende Senat hat hieraus gefolgert, daß dies erst recht dann gelten muß, wenn ein Teil des Arbeitsentgelts leistungsrechtlich nicht berücksichtigt wird, obwohl es der Beitragspflicht zur BA unterworfen bleibt (BSG SozR 4100 § 112 Nr 25; BSG vom 22. März 1989 - 7 RAr 104/87 -). Selbst wenn die Klägerin für die Tantieme- bzw Abschlagszahlungen Beiträge zur BA entrichtet haben sollte, lassen sich daraus mithin nicht verfassungsrechtliche Bedenken gegen die einschränkende Regelung des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG folgern.

Ein der Klägerin günstigeres Ergebnis läßt sich entgegen ihrer Ansicht schließlich nicht aus § 112 Abs 7 AFG in der bis zum 1. Januar 1984 geltenden Fassung des AFG gewinnen. Danach ist von dem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Arbeitslosen (§ 129 AFG) 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 Berufes und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt, wenn es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem Arbeitsentgelt nach den Absätzen 2 bis 6 auszugehen. Zur Prüfung, ob eine unbillige Härte vorliegt, ist das nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelte Bemessungsentgelt dem Arbeitsentgelt gegenüberzustellen, das der Arbeitslose aus der



überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielt hat (BSGE 45, 49, 54 = SozR 4100 § 112 Nr 6; BSGE 53, 186, 191 = SozR 4100 § 112 Nr 20), wobei unerheblich ist, ob der Arbeitslose seine berufliche Tätigkeit in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung gewechselt hat oder nicht (BSG SozR 4100 § 112 Nr 19). Hier vermag die Gegenüberstellung des Bemessungsentgelts gemäß § 112 Abs 2 und 3 AFG mit dem früheren Arbeitsentgelt der Klägerin nicht zur Annahme einer unbilligen Härte zu führen. Schon die Übergangsvorschrift des Art 1 § 2 Nr 11 AFKG läßt erkennen, daß der Gesetzgeber die Nichtberücksichtigung von Zuwendungen iS des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts für Alg-Ansprüche, die - wie hier - ab 1. Januar 1982 entstanden sind, nicht als eine unbillige Härte angesehen haben kann. Vor allem aber hat der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG als solcher unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß besondere Zahlungen, die bei der Regelbemessung des Alg grundsätzlich außer Betracht zu bleiben haben, nicht über die Härteklausel des § 112 Abs 7 AFG berücksichtigungsfähig werden sollen (aA wohl Heuer in Hennig/Kühl/Heuer, aaO, § 112 Rdz 6). Dies gilt um so mehr, als nach Ansicht der BA eine unbillige Härte gemäß § 112 Abs 7 AFG schon dann gegeben ist, wenn das früher erzielte Arbeitsentgelt das Bemessungsentgelt nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG um mehr als 10 vH übersteigt (Dienstblatt-Runderlaß 48/84 vom 5. März 1984 RdNr 11 Abs 8). Die Einbeziehung einmaliger oder wiederkehrender Zuwendungen in die Vergleichsberechnung nach § 112 Abs 7 AFG würde bei Zugrundelegung dieses Härte-Maßstabes zur Folge haben, daß praktisch für alle Arbeitslosen, die in den letzten drei Jahren regelmäßig zB ein 13. und 14. Monatsgehalt bezogen haben, das Alg nicht mehr nach den allgemeinen Regeln, sondern weitgehend nach § 112 Abs 7 AFG zu bemessen wäre. Vielfach ergäbe sich dies - insbesondere in Fällen der vorliegenden Art - sogar bei Zugrundelegung der Auffassung des erkennenden Senats, wonach eine unbillige Härte iS des § 112 Abs 7 AFG jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn das frühere Arbeitsentgelt überwiegend um 25 vH höher war als das Arbeitsentgelt gemäß § 112 Abs 2 und 3 AFG (BSG SozR 4100 § 112 Nr 19). Es geht deshalb nach Auffassung des Senats nicht an, daß der generelle Ausschluß besonderer Zahlungen iS des § 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts auf dem Umweg über die Zugangsvoraussetzungen des § 112 Abs 7 AFG wieder eingeführt wird.

Der Revision der Klägerin konnte nach alldem kein Erfolg beschieden sein.

Die Kostenentscheidung leitet sich aus § 193 SGG ab.

