

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
24. März 1988

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 81/86

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
24. März 1988

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Landes-
sozialgerichts vom 6. November 1986 wird zurückgewiesen.

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 wendet sich gegen die Ablehnung von Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Die 1958 geborene Klägerin ist unverheiratet und Mutter zweier minderjähriger Kinder. Sie lebt mit diesen und H. F. (F.), dem Vater der Kinder, in dessen Einfamilienhaus. Gegenüber der Beklagten gab sie am 26. August 1985 in einem Fragebogen F. als ihren "Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft" an. Daraufhin wurde die von ihr am 22. August 1985 im Anschluß an den Bezug von Mutterschaftsgeld beantragte Wiederbewilligung von Alhi von der Beklagten mangels Bedürftigkeit abgelehnt mit der Begründung, die Klägerin müsse sich das Einkommen des mit ihr in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Partners anrechnen lassen (Bescheid vom 11. Oktober 1985; Widerspruchsbescheid vom 7. Februar 1986). Für die Ermittlung des anzurechnenden Einkommens von F. hat die Beklagte aus dessen Verdiensten in den Monaten Mai bis Juli 1985 ein durchschnittliches Monatseinkommen von 2.703,04 DM zugrunde gelegt. Hier- von hat sie 363,76 DM an Versicherungsbeiträgen und Werbungskosten abgesetzt und ist so zu einem Netto-Monatseinkommen von 2.339,28 DM gelangt. Daraus folge ein Netto-Wocheneinkommen von 539,83 DM, von dem weiterhin gesetzliche Freibeträge abzuziehen seien, nämlich 115,-- DM für F. selbst und 3 x 55,-- DM für drei von ihm unterhaltene Kinder, insgesamt 280,-- DM. Der verbleibende wöchentliche Anrechnungsbetrag von 259,83 DM übersteige den der Klägerin ohne Anrechnung zustehenden Alhi-Wochensatz von 178,20 DM, so daß ihre Bedürftigkeit fehle.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 15. April 1986). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 6. November 1986) und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Alhi könne die Klägerin mangels Bedürftigkeit nicht beanspruchen. Ihre Bedürftigkeit sei zu verneinen, weil das Einkommen des Vaters ihrer beiden Kinder, mit dem die Klägerin in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebe, anzurechnen sei. Dies habe den Wegfall des Alhi-Anspruchs sowohl für die Zeit bis zum 31. Dezember 1985 als auch für die Zeit danach zur Folge. Die Rechtmäßigkeit der Einkommensanrechnung bei eheähnlichen Gemeinschaften ergebe sich für die Zeit nach dem 1. Januar 1986 aus § 137 Abs 2a iVm § 138 Abs 1 Nr 2 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), da nach dieser Bestimmung Ehegatten und eheähnliche Gemeinschaften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung gleichzubehandeln seien. § 137 Abs 2a AFG sei verfassungsgemäß. Er entspreche inhaltlich der Vorgängervorschrift des § 149 Abs 5 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG), dessen Verfassungsmäßigkeit das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bejaht habe. Da die Frage nur einheitlich beantwortet werden könne, müsse gleiches auch für die Neuregelung gelten.



Für die Zeit vor dem 1. Januar 1986 sei die analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG aufgrund des Beschlusses des BVerfG vom 10. Juli 1984 geboten. Danach seien Ehegatten und Partner eheähnlicher Gemeinschaften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung gleichzubehandeln, dh Ehegatteneinkommen und Partnereinkommen in gleicher Weise nach § 138 Abs 1 AFG zu berücksichtigen. Da für Ehegatten zwingend nach der Bestimmung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu verfahren sei, folge hieraus, daß die verfassungsgerichtlich geforderte Gleichbehandlung ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaften verfassungskonform nur durch analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu gewährleisten sei. Der Beschluß des BVerfG habe auch hinsichtlich des Gleichbehandlungspostulats, das die Urteilsformel ergänze, Bindungswirkung gemäß § 31 Abs 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine analoge und verfassungsrechtlich zulässige Lückenschließung seien gegeben.

Die Klägerin habe im fraglichen Zeitraum mit ihrem Lebenspartner in eheähnlicher Gemeinschaft gelebt. Die Annahme einer eheähnlichen Gemeinschaft sei indiziert, wenn zwei erwachsene, verschiedengeschlechtliche Personen gemeinsam ein Zimmer, eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus bewohnten. Auf das Bestehen persönlicher oder geschlechtlicher Beziehungen komme es nicht an. Aus Gründen der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und der Praktikabilität sei eine am äußeren Erscheinungsbild orientierte indizielle Begriffsbestimmung geboten. Da der Begriff eine Zweckschöpfung mit Ordnungsfunktion sei, müsse wie bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten die Tatsache des Zusammenlebens maßgeblicher Anknüpfungspunkt sein.

Die Beklagte sei somit berechtigt gewesen, das Partnereinkommen entsprechend der Grundsätze des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG anzurechnen. Dies sei im Ergebnis fehlerfrei erfolgt. Der Netto-Monatslohn des F. habe 2.339,28 DM betragen. Selbst wenn man, was die Beklagte abgelehnt habe, davon noch Aufwendungen des F. für verschiedene Versicherungen in Höhe von 220,74 DM abziehe, verbleibe jedenfalls ein Netto-Monatseinkommen von 2.118,18 DM. Daraus ergäbe sich ein Netto-Wochenlohn des F. von 488,82 DM ($2.118,18 \text{ DM} : 26 \times 6$). Nach Abzug der vier Freibeträge in Höhe von insgesamt 280,-- DM (§ 138 Abs 1 Nr 2 AFG) verbleibe ein anrechnungsfähiges Wocheneinkommen von 208,82 DM, das den der Klägerin ohne Anrechnung zustehenden Alhi-Wochensatz in Höhe von 178,20 DM übersteige und zum Fehlen ihrer Bedürftigkeit führe.

Mit der Revision rügt die Klägerin eine Verletzung von Art 20 Abs 3, Art 2 Abs 1, Art 3 Abs 1 Grundgesetz (GG) sowie von § 31 BVerfGG und beanstandet die Verfassungsmäßigkeit des § 137 Abs 2a AFG. Die Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf eheähnliche Gemeinschaften vor Inkrafttreten der Neuregelung verstoße gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Art 20 Abs 3 GG), da ohne gesetzliche Grundlage eine Einkommensanrechnung bei eheähnlichen Gemeinschaften vorgenommen werde. Nach dem



eindeutigen Wortlaut des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG sei der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf Ehegatten beschränkt. Unterhaltsleistungen des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft seien nur im Rahmen des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG berücksichtigungsfähig. Der Beschluß des BVerfG vom 10. Juli 1984 könne die fehlende Rechtsgrundlage nicht ersetzen, da diesem keine Bindungswirkung zukomme. Zudem habe das BVerfG eine derartige verbindliche Feststellung weder getroffen noch treffen können, da ihm die verfassungskonforme Auslegung einfachen Bundesrechts verwehrt sei. Unabhängig davon sei für eine analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG kein Raum. Es fehle an einer Regelungslücke im Gesetz, da der Gesetzgeber im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung bewußt den Anwendungsbereich des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf Ehegatten beschränkt und bei eheähnlichen Gemeinschaften entgegen früherem Recht auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verzichtet habe. Zudem fehle es für eine Analogie an der Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte. Weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht seien eheliche und eheähnliche Gemeinschaften gleichwertige Rechtsinstitute. Das Bestehen gesetzlicher Unterhaltsansprüche und -pflichten sei für eheliche Gemeinschaften wesensbestimmend, bei eheähnlichen Gemeinschaften hingegen werde weder Unterhalt geschuldet noch könne solcher beansprucht werden. Durch die analoge Anwendung werde in unzulässiger Weise das Recht des Arbeitslosen und seines Partners auf freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt und dadurch Art 2 Abs 1 GG verletzt. Daß die Gleichbehandlung durch Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu erfolgen habe, finde im Beschluß des BVerfG keine Stütze. Der Hinweis des BVerfG beziehe sich auf § 138 Abs 1 im ganzen, so daß auch § 138 Abs 1 Nr 1 AFG Anwendung finden könne.

Auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1986 fehle eine rechtswirksame Vorschrift für die Anrechnung des Partnereinkommens. Die Bestimmung des § 137 Abs 2a AFG sei wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verfassungswidrig. Zum einen fehle es an der rechtlichen und tatsächlichen Vergleichbarkeit von ehelichen und eheähnlichen Gemeinschaften. Zum anderen bedeute es eine Diskriminierung der Partner eheähnlicher Gemeinschaften, daß sie nur bei belastenden Tatbeständen wie bei der Bedürftigkeitsprüfung den Ehegatten gleichgestellt werden, während dies bei begünstigenden Tatbeständen nicht der Fall sei.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Urteile des Landessozialgerichts und des Sozialgerichts sowie den Bescheid der Beklagten vom 11. Oktober 1985 idG des Widerspruchsbescheides vom 7. Februar 1986 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin ab 22. August 1985 Arbeitslosenhilfe zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.



Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und führt ergänzend aus: Die Bindungswirkung des § 31 Abs 1 BVerfGG erstrecke sich auch auf höchstichterliche Äußerungen zur Frage der Verfassungskonformität einer bestimmten Auslegung einfachen Bundesrechts. Um eine solche handele es sich hier. Zu Unrecht werde von der Klägerin die Verfassungswidrigkeit des § 137 Abs 2a AFG gerügt. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liege nicht vor, da sachliche Gründe für die Gleichbehandlung von Ehegatten und von Partnern eheähnlicher Gemeinschaften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung sprechen. Dies habe das BVerfG bereits 1958 für die inhaltsgleiche Vorschrift des § 149 Abs 5 AVAVG entschieden.

II

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Zutreffend ist das LSG von der Zulässigkeit der Berufung ausgegangen, eine Frage, die auch bei einer zugelassenen Revision von Amts wegen zu prüfen ist. Mit der Berufung gegen das klagabweisende Urteil begehrt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Gewährung von Alhi, die ihr bisher völlig verweigert wurde. Folglich betrifft die Berufung nicht einen dem Berufungsausschluß unterliegenden Höhenstreit iS von § 147 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG). Wie der Senat bereits entschieden hat, gilt dies auch dann, wenn die Klageabweisung durch das SG auf fehlende Bedürftigkeit als Voraussetzung für den Anspruch auf Alhi gestützt ist (BSG SozR 4100 § 138 Nr 15 mwN).

Auch in der Sache hat das LSG im Ergebnis richtig entschieden. Die angefochtenen Bescheide, in denen die Beklagte die Gewährung von Alhi für die Zeit vom 22. August bis 31. Dezember 1985 und ab dem 1. Januar 1986 abgelehnt hat, entsprechen der Rechtslage. Die Klägerin ist nämlich nicht bedürftig, was nach § 134 Abs 1 Nr 3 AFG jedoch Voraussetzung für den Anspruch auf Alhi ist.

Nach § 137 Abs 1 AFG in der hier maßgeblichen Fassung des Einführungsgesetzes zum Einkommensteuerreformgesetz vom 21. Dezember 1974 (BGBl I 3656) ist der Arbeitslose iS des § 134 Abs 1 Nr 3 AFG bedürftig, soweit er seinen Lebensunterhalt und den seines Ehegatten sowie seiner Kinder, für die er Anspruch auf Kindergeld nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) oder auf eine das Kindergeld ausschließende Leistung für Kinder hat, nicht auf andere Weise als durch Alhi bestreitet oder bestreiten kann und das Einkommen, das nach § 138 AFG zu berücksichtigen ist, die Alhi nach § 136 AFG nicht erreicht. Vorliegend schließt jedenfalls die letzte Alternative dieser Vorschrift die Bedürftigkeit der Klägerin aus; denn das Einkommen, das nach § 138 AFG zu berücksichtigen ist, übersteigt nach den bindenden Feststellungen des LSG die Alhi, die der Klägerin nach § 136 AFG zustünde. § 138 AFG konkretisiert in seinem Absatz 1 für bestimmte Perso-



nengruppen den Begriff der Bedürftigkeit, wie er in § 137 Abs 1 AFG allgemein umschrieben ist; seine Regelungen gehen insoweit denen des § 137 Abs 1 AFG vor (st Rechtspr, vgl BSG SozR 4100 § 138 Nr 14 mwN).

Nach § 138 Abs 1 AFG in den seit dem Fünften Gesetz zur Änderung des AFG (5. AFG-ÄndG) vom 23. Juli 1979 (BGBl I 1189) geltenden Fassungen sind im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung zu berücksichtigen das um bestimmte Abzüge (Abs 2) verminderte Einkommen des Arbeitslosen selbst und Leistungen, die er von Dritten erhält oder beanspruchen kann (Nr 1), sowie außerdem ua das Einkommen des von dem Arbeitslosen nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten, soweit es konkret bezifferte Freibeträge übersteigt (Nr 2). Nr 1 und Nr 2 unterscheiden sich dadurch, daß im Falle der Nr 1 festgestellt werden muß, ob und in welcher Höhe der Arbeitslose von Seiten des Dritten Leistungen erhalten hat oder erhalten kann, während bei Nr 2 diese tatsächliche Feststellung entbehrlich ist. Bei Ehegatten wird aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft vermutet, daß derartige gegenseitige Unterhaltsleistungen erfolgen. Die Nr 2 geht auf die Erkenntnis zurück, daß in solchen Haushaltsgemeinschaften "aus einem Topf" gewirtschaftet wird und deshalb die Bedürfnisse der Partner aus den gemeinsamen Beiträgen ohne Rücksicht auf rechtliche Unterhaltsansprüche befriedigt werden. Nr 2 ist lex specialis zu Nr 1 und regelt abschließend, in welcher Weise das Einkommen des mit dem Arbeitslosen zusammenlebenden Ehegatten im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung bei der Alhi zu berücksichtigen ist (vgl BSG SozR 4100 § 138 Nr 14). Eine Berücksichtigung des Einkommens des mit dem Arbeitslosen zusammenlebenden Ehegatten dieser Art hat für die Alhi immer gegolten; entsprechende Vorschriften gab es schon für die Arbeitslosenfürsorge, an deren Stelle die Alhi getreten ist (vgl für viele § 7 Abs 1 Buchst b des Anhangs der Verordnung Nr 117 der britischen Militärregierung vom 22. Dezember 1947, MRABl BZ 652). Zwar führt die Vorschrift des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG dazu, daß zusammenlebende Ehepartner anders als Arbeitslose behandelt werden, die nicht verheiratet sind oder die von ihrem Ehegatten getrennt leben. Jedoch bestehen für diese unterschiedliche Regelung sachliche Gründe; sie liegen in der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung zusammenlebender Ehegatten und der vorrangigen bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflicht. Die Regelung steht daher insoweit sowohl mit Art 3 als auch mit Art 6 GG im Einklang (vgl dazu Beschluß des BVerfG vom 16. Juni 1987 - 1 BvL 4, 6/84 - BVerfGE 75, 382; BSG SozR 4100 § 138 Nr 14). § 138 Abs 1 Nr 2 AFG ist bei der Prüfung der Anspruchsberechtigung der Klägerin heranzuziehen. Diese führt wegen der Höhe des zu berücksichtigenden Einkommens des F. zur Verneinung der Bedürftigkeit der Klägerin iS von § 137 Abs 1 AFG, obwohl die Klägerin mit F. nicht verheiratet ist.

Für den Anspruchszeitraum ab 1. Januar 1986 folgt dies ohne weiteres aus dem durch das Siebte Gesetz zur Änderung des AFG - 7. AFG-ÄndG - vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) eingefügten § 137 Abs 2a AFG. Er bestimmt, daß das Einkommen und Vermögen einer Person, die mit dem Arbeitslosen in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, wie



das Einkommen und Vermögen eines nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen ist. Der Wortlaut des § 137 Abs 2a AFG ist eindeutig. Er bedeutet, daß die für nicht dauernd getrennt lebende Ehegatten in § 138 Abs 1 Nr 2 AFG getroffene Regelung über die Berücksichtigung des Einkommens des Ehegatten bei der Bedürftigkeit des Arbeitslosen in gleicher Weise für die Berücksichtigung des Einkommens einer Person gilt, mit der der Arbeitslose in eheähnlicher Gemeinschaft lebt. Dies entsprach auch der Absicht des Gesetzgebers (vgl den Regierungsentwurf eines 7. AFG-ÄndG, BT-Drucks 10/4211, Begründung zu Nr 31 - § 137 -).

Die Klägerin lebte in der streitigen Zeit mit F. in eheähnlicher Gemeinschaft.

Der Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft ist im Gesetz nicht definiert. Er ist deshalb nach seinem Wortsinn, dem Zweck und Zusammenhang der Regelung, in dem er steht, sowie nach Rechtsentwicklung und erkennbaren Absichten des Gesetzgebers zu bestimmen. Nach Auffassung des Senats folgt daraus, daß eine eheähnliche Gemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG gegeben ist, wenn zwei miteinander nicht verheiratete Personen, zwischen denen die Ehe jedoch rechtlich grundsätzlich möglich ist, so wie ein nicht getrennt lebendes Ehepaar in gemeinsamer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft leben, sie also in Übereinstimmung einen gemeinsamen Haushalt so führen, wie es für zusammenlebende Ehegatten typisch ist. Andere Partnerschaften, also zB zwischen Personen gleichen Geschlechts oder zwischen Verwandten, die von Rechts wegen nicht heiraten dürfen, fallen folglich nicht unter § 137 Abs 2a AFG.

Maßgebend dafür ist zum einen die Begriffseingrenzung, die aus dem Wort "eheähnlich" folgt. Dieses enthält einen deutlichen Hinweis im oa Sinn; denn es unterscheidet sich insoweit von anderen gebräuchlichen Bezeichnungen für nichteheliche Gemeinschaften. Zum anderen ist der Regelungszweck zu beachten, Einkommen und Vermögen einer Person, die mit dem Arbeitslosen wie einem Ehegatten zusammenlebt, wie Einkommen und Vermögen eines nicht dauernd getrenntlebenden Ehegatten zu berücksichtigen, um eine Diskriminierung der Ehe zu verhindern. Für das insoweit maßgebliche Vergleichs-paar "Ehe" verlangt das Gesetz nur bestimmte Merkmale, um die Rechtsfolge der Einkommensanrechnung auszulösen. Nach § 138 Abs 1 Nr 2 AFG genügt dafür, daß die Ehe besteht und die Ehegatten nicht dauernd getrennt leben. Das letztgenannte Merkmal ist § 26 Einkommensteuergesetz (EStG) entnommen (vgl Begründung zur Neufassung des § 138 Abs 1 durch das 5. AFG-ÄndG, BT-Drucks 8/2624 S 30) und meint die - nicht endgültig aufgehobene - für Ehen typische Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft, wobei nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) dem Bestehen der Wirtschaftsgemeinschaft besondere Bedeutung zukommt (BFHE 104, 51); unter Lebensgemeinschaft ist dabei die räumliche, persönliche und geistige Gemeinschaft und unter Wirtschaftsgemeinschaft die gemeinsame Erledigung der die Ehegatten gemeinsam betreffenden wirtschaftlichen Fragen ihres Zusammenlebens zu verstehen (BFHE 109, 44, 46). Hieraus



folgt, daß eine bloße Wohngemeinschaft allein nicht den Schluß auf eine eheähnliche Lebensgemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG zuläßt, wie es das LSG angenommen hat. Die Tatsache des Zusammenlebens zweier verschieden geschlechtlicher Personen in einer Wohnung (oder in einem Haus) ist nämlich auch bei Ehegatten kein allein ausreichendes Merkmal dafür, sie lebten zusammen im Sinne von "nicht dauernd getrennt". Das ist zB dann nicht der Fall, wenn Eheleute die gemeinsame Wohnung aufgeteilt haben, wie es häufig zur Herbeiführung der Trennung nach § 1566 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) geschieht, wenn die finanziellen Verhältnisse es keinem Ehepartner erlauben, aus der bisherigen Ehewohnung auszuziehen (BFHE 87, 251); auch nach Scheidungsrecht besteht eine häusliche Gemeinschaft dann nicht, wenn Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben (§ 1567 Abs 1 Satz 2 BGB).

Das Abstellen auf den Bestand einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft als Merkmal für eine eheähnliche Gemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG entspricht der Rechtsentwicklung. Die Vorschrift folgt inhaltlich dem früheren § 149 Abs 5 AVAVG. Schon dessen Ziel war es, im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung bei der Alhi diejenigen Personen, die, obwohl sie miteinander nicht verheiratet sind, wie Ehepaare zusammenleben und zwischen denen die Ehe grundsätzlich möglich ist, genauso zu stellen wie ein rechtmäßig getrautes Ehepaar, das in einer Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft lebt. Nach Auffassung des Ausschusses für Arbeit zum Entwurf des § 141e Abs 3 AVAVG (später § 149 Abs 5 AVAVG) sollte der Begriff auf die wirtschaftliche Seite der eheähnlichen Gemeinschaft eingegrenzt werden und hierfür die Feststellung genügen, daß die Partner in wirtschaftlicher Hinsicht wie Eheleute zusammenleben (BT-Drucks 2/2714 S 18). Für die Begriffsbildung sei maßgeblich, ob die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft in einer Weise gemeinsam wirtschaften, die der bei Ehepaaren üblichen entspricht (Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drucks 2/2101 S 6). Demzufolge wurde sogar angeregt, den Begriff "eheähnlich" durch den Ausdruck "wie Ehepaare zusammenleben" zu ersetzen (vgl Abgeordneter Odenthal, Verhandlungen des 2. Deutschen Bundestages, 135. Sitzung vom 16. März 1956, Protokoll 6971 D). Schon hier zeigt sich, daß mit dieser Regelung nicht beabsichtigt war, den Unterschied im rechtlichen Status zwischen verheirateten und nicht verheirateten Paaren aufzuheben. Vielmehr ging es nur darum, zwei in tatsächlicher Hinsicht gleichartig durchgeführte Gemeinschaften, also zwei gleichartige Lebenssachverhalte gleich zu behandeln. Die "Ähnlichkeit" mit der Ehe erstreckt sich insoweit entscheidend auf die wirtschaftliche Seite der gemeinsamen Lebensführung, weil auch der Begriff der Bedürftigkeit nur im Wirtschaftlichen wurzelt (vgl Draeger/Buchwitz/Schönefelder, Komm z AVAVG, RdNr 2a zu § 149).

Dasselbe gilt für § 137 Abs 2a AFG. In der schon erwähnten Begründung zum Regierungsentwurf eines 7. AFG-ÄndG (aaO) wird dazu auf § 122 des Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) hingewiesen, der eine vergleichbare Regelung enthalte. In der Tat ist dort bestimmt, daß Personen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, hinsichtlich der Vor-



aussetzungen sowie des Umfangs der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden dürfen als Ehegatten. Für sie wird entsprechend § 16 BSHG als Folge der Haushaltsgemeinschaft vermutet, daß sie vom Partner Leistungen zum Lebensunterhalt erhalten, soweit dies nach dessen Einkommen und Vermögen erwartet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zu § 122 BSHG ist eine derartige eheähnliche Gemeinschaft anzunehmen, wenn zwischen einem Mann und einer Frau eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht. Darauf, ob innere Beziehungen oder Verpflichtungen zur Unterhaltsgewährung oder zur gemeinsamen Lebensführung bestehen, komme es ebensowenig an wie darauf, ob die Partner durch geschlechtliche Beziehungen miteinander verbunden seien. Entscheidend ist nach Meinung des BVerwG, ob - wie in einer echten Ehe - "aus einem Topf" gewirtschaftet wird (BVerwGE 15, 306, 312 f; 52, 11, 12 f).

Prinzipiell dasselbe Verständnis ist dem Begriff der eheähnlichen Gemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG zugrunde zu legen. Wie § 149 Abs 5 AVAVG verfolgt diese Vorschrift das Ziel, verheiratete und nicht verheiratete zusammenlebende Paare im Bereich der Alhi bei und wegen gleichartiger tatsächlicher Gestaltung ihrer gemeinsamen Lebensverhältnisse gleich zu behandeln. Da auch bei Ehegatten für die Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG die Feststellung genügt, daß sie verheiratet sind und zusammenleben, ohne daß die Qualität ihrer persönlichen Beziehungen eine Rolle spielt, kann bei der angeordneten Gleichbehandlung für gleichartig zusammenlebende unverheiratete Paare, zwischen denen rechtlich eine Ehe grundsätzlich möglich ist, iS des § 137 Abs 2a AFG nichts wesentlich anderes gelten (vgl dazu auch BVerfGE 9, 20, 32). Ausreichend ist mithin ein nach den äußeren Umständen erkennbares sozialtypisches Verhalten, wie es für zusammenlebende Ehegatten eigentümlich ist.

Diese Betrachtung entspricht dem besonderen Zweck der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi. Sie wird, wie das BVerfG bereits ausgeführt hat, "von dem Grundsatz beherrscht, daß nicht möglicherweise bestehende Rechtsansprüche, sondern die faktischen wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitslosen maßgebend sind" (BVerfGE 9, 20, 29). Ebenso wie bei zusammenlebenden Ehegatten das gemeinsame Wirtschaften in einem Haushalt die unwiderlegbare Vermutung begründet, daß durch ausreichendes Einkommen eines Ehegatten die Bedürftigkeit des arbeitslosen Ehegatten ausgeschlossen wird, bewirkt eine ehetyische Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen nicht verheirateten Personen dasselbe. Deren Vorliegen rechtfertigt deshalb die Annahme einer eheähnlichen Gemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG.

Die Frage, wann eine ehetyische Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft iS des § 137 Abs 2a AFG, also das wie bei Ehepaaren übliche "Wirtschaften aus einem Topf", vorliegt, kann nicht generell und für alle Fälle abschließend beantwortet werden. Es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalles an. Hierbei ist der Erkenntnis Rechnung zu tragen, daß



in der eheähnlichen Gemeinschaft die gesamte Bandbreite von Gestaltungsformen möglich ist, wie sie auch bei zusammenlebenden Ehegatten vorkommen (vgl. Hennig/Kühl/Heuer, Komm z AFG, Stand: April 1986, Anm 5 zu § 137). Ebenso wie bei Ehen, in denen das Zusammenleben der Ehegatten weitgehend deren Disposition überlassen bleibt, sind auch bei eheähnlichen Gemeinschaften aufgrund ihrer von den Partnern bestimmten individuellen Ausgestaltung die vielfältigsten Erscheinungsformen denkbar. Diese Vielfalt hat zur Folge, daß im Einzelfall die besonderen Gestaltungen der gemeinsamen Lebensführung festzustellen sind, um daraus, ggf. indiziell, auf das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft iS einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft schließen zu können (vgl. dazu Schwabe in ZfS 1988, 34, insbes. 44 ff.). Notwendig ist dabei nicht, daß sämtliche in Betracht kommenden Merkmale oder Indizien in jedem Einzelfall vorliegen; ausreichend ist es, wenn im Einzelfall genügend Anhaltspunkte vorhanden und festgestellt sind, die trotz des Fehlens anderer Merkmale den Schluß auf das Bestehen einer ehetyptischen gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung rechtfertigen (vgl. auch dazu BVerwGE 52, 11, insbes. S. 14, 15).

Die Motive der Partner für ihr Zusammenleben und die Art ihrer persönlichen Beziehungen haben in diesem Zusammenhang nur indizielle Bedeutung. Das BVerfG hat es schon 1958 abgelehnt, geschlechtliche Beziehungen zwischen den Partnern als - ggf. festzustellendes - Tatbestandsmerkmal im Rahmen von Rechtsvorschriften über staatliche Hilfe bei Arbeitslosigkeit zuzulassen (vgl. BVerfGE 9, 20, 32 ff.). Liegen jedoch diese oder die o.a. Motive und Beziehungen offen zutage, können daraus Schlüsse auf das Vorhandensein einer eheähnlichen Gemeinschaft gezogen werden. In diesem Sinn zu verwerten sind etwa eigene Erklärungen der Beteiligten, z.B. die Bezeichnung als Verlobte, als Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, ferner gemeinsame Kinder oder eine spätere Eheschließung. Eher gegen das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft müßte es hingegen sprechen, wenn für das Zusammenleben glaubhaft im wesentlichen wirtschaftliche Erwägungen oder Kostengründe geltend gemacht werden. Auch die Frage der Dauer bzw. zeitlichen Begrenzung der Gemeinschaft kann eine Rolle spielen. So erscheint es zweifelhaft, eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft als eheähnlich iS von § 137 Nr. 2a AFG anzunehmen, wenn diese von vornherein aus einleuchtenden sachlichen Gründen nur für eine begrenzte Zeit eingegangen wurde, wie z.B. von Studenten während des Studiums aus Gründen der Kostenersparnis.

Indes bedürfen diese Fragen vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Hier ergeben die Feststellungen des LSG, die die Klägerin nicht angegriffen hat und die deshalb für den Senat bindend sind (§ 163 SGG), daß sie mit F. in eheähnlicher Gemeinschaft iS des § 137 Abs. 2a AFG gelebt hat. Danach wohnte die Klägerin schon länger mit F. in dessen Einfamilienhaus, und zwar zusammen mit ihren beiden minderjährigen Kindern, deren Vater F. ist. Es bestand eine gemeinsame Haushaltsführung. Die Klägerin hat der Beklagten gegenüber F. selbst als ihren Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft bezeichnet.



Diese Umstände erachtet der Senat als ausreichend für die Folgerung, daß die Voraussetzungen des § 137 Abs 2a AFG vorliegen. Dementsprechend muß sich die Klägerin das Einkommen von F. im Rahmen und nach Maßgabe des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG anrechnen lassen.

Diese Rechtsfolge scheitert entgegen der Auffassung der Klägerin nicht an der Unwirksamkeit des § 137 Abs 2a AFG. Der Senat pflichtet dem LSG darin bei, daß die Vorschrift nicht verfassungswidrig ist. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß § 137 Abs 2a AFG inhaltlich dem früheren § 149 Abs 5 AVAVG entspricht. Beide Vorschriften sind nahezu wortgleich und besaßen bzw besitzen dieselbe Zweckrichtung. Diese besteht, was häufig verkannt wird, nicht darin, den rechtlichen Unterschied zwischen Ehen und Nicht-Ehen aufzuheben. Vielmehr geht es nur um die Gleichbehandlung zweier in tatsächlicher Hinsicht gleichartig gestalteter Lebenssachverhalte, um auf diese Weise die verfassungswidrige Benachteiligung von Ehen bei der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi zu vermeiden. In der Begründung zum Regierungsentwurf des 7. AFG-ÄndG ist deshalb dazu (aaO) ausgeführt, daß mit der Einfügung dieser Bestimmung dem Beschluß des BVerfG vom 10. Juli 1984 (BVerfGE 67, 186 = SozR 4100 § 139 Nr 1) Rechnung getragen werden soll. Die Neuregelung habe dementsprechend zum Ziel, bei der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi Partner eheähnlicher Gemeinschaften mit nicht getrennt lebenden Ehegatten gleich zu behandeln. Die Verfassungsmäßigkeit des § 149 Abs 5 AVAVG hat das BVerfG in seinem Beschluß vom 16. Dezember 1958 (BVerfGE 9, 20) bejaht. Die dort angestellten Erwägungen treffen in gleicher Weise auch für die Neuregelung in § 137 Abs 2a AFG zu.

Es ist nichts dafür ersichtlich, daß veränderte tatsächliche Verhältnisse für die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 137 Abs 2a AFG ein anderes Ergebnis rechtfertigen könnten, als es das BVerfG zu § 149 Abs 5 AVAVG gefunden hat. Die Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte ist dieselbe geblieben. Ihr steht nach wie vor nicht entgegen, daß zwischen den Partnern eheähnlicher Gemeinschaften im Gegensatz zu Ehegatten keine gesetzlichen Unterhaltspflichten bestehen. Wie schon ausgeführt, ist diese Unterhaltspflicht nicht das für die Beachtung des Art 3 Abs 1 GG maßgebliche Vergleichselement, sondern die beiden Gemeinschaften gemeinsame Art des "Wirtschaftens aus einem Topf" (so schon BVerfGE 9, 20, 32). Dafür ist es nach wie vor ohne rechtliche Bedeutung, ob der Arbeitslose gegen seinen Gemeinschafts-Partner einen Rechtsanspruch auf Unterstützungsleistungen besitzt oder nicht. Das im Einzelfall tatsächliche Fehlen oder der Fortfall der Mitversorgung des Arbeitslosen rechtfertigt - wenn dies erweislich feststeht - allenfalls den Schluß, daß eine eheähnliche Gemeinschaft iS einer Haushaltsgemeinschaft nicht (mehr) besteht. Auch dies entspricht der Betrachtung des BVerfG (vgl BVerfGE 9, 20, 34).

Im übrigen verlangt das Gleichbehandlungsgebot des Art 3 GG nicht, daß die gleichbehandelten Lebenssachverhalte in allen Einzelheiten übereinstimmen. Art 3 GG verbietet



lediglich, wesentlich Gleiches sachwidrig ungleich oder wesentlich Ungleiches sachwidrig gleich zu behandeln. Mithin genügt eine Übereinstimmung in den wesentlichen Elementen (BVerfGE 42, 64, 72). Der Gleichheitssatz wäre nur dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie einleuchtender Grund für die Differenzierung oder - wie hier - Gleichbehandlung nicht finden ließe (BVerfGE 55, 114, 128). Hieran gemessen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, bei eheähnlichen Gemeinschaften in gleicher Weise wie bei zusammenlebenden Ehegatten eine Einkommensanrechnung nach den Grundsätzen des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG vorzunehmen. Zwar führt dies dazu, daß pauschal das volle Netto-Einkommen des mit dem Arbeitslosen eheähnlich zusammenlebenden Partners angerechnet wird, soweit es die dort genannten Freibeträge überschreitet, ohne daß im Einzelfall geprüft und festgestellt werden müßte, in welcher Höhe er dem Arbeitslosen tatsächlich Unterhaltsleistungen erbracht hat. Indes begründet dies keine sachwidrige Ungleichbehandlung. Die Berechtigung typisierender Regelungen bei der Bedürftigkeitsprüfung ergibt sich aus den praktischen Erfordernissen der Verwaltung, die einerseits in jedem Einzelfall das Bestehen der Anspruchsvoraussetzungen festzustellen, andererseits aber in kurzer Zeit eine Vielzahl von Fällen zu bewältigen hat (BVerfGE 9, 20, 32). Insoweit hat das Bedürfnis nach einer praktischen Regelung gegenüber früher eher zugenommen als Folge der Zunahme eheähnlicher Gemeinschaften.

Die Regelung ist auch sachgerecht; denn sie gibt der Beklagten die Möglichkeit zu einer beschleunigten Bearbeitung und erspart umfangreiche und zeitraubende Einzelfallprüfungen. Dieser Umstand und die Tatsache, daß die Vorschrift des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG bewußt von den unterhaltsrechtlichen Regelungen des BGB abweicht (vgl BSG SozR 4100 § 138 Nr 14), rechtfertigt die Einbeziehung eheähnlicher Gemeinschaften in die typisierende Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG; denn ebensowenig wie bei Ehegatten ist bei eheähnlichen Gemeinschaften, in denen gemeinsam gewirtschaftet wird, im Einzelfall feststellbar, wer von wem und in welchem Umfang Geldleistungen iS des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG erhalten hat.

Die Klägerin kann schließlich nicht mit dem Einwand gehört werden, Art 3 GG sei deshalb verletzt, weil § 137 Abs 2a AFG nicht alle Gemeinschaften gleich erfasse, in denen wie in einer Ehe "aus einem Topf" gewirtschaftet wird, zB nicht Partnerschaften zwischen gleichgeschlechtlichen Personen oder zwischen Verwandten, die nicht heiraten dürfen. Bei der Bestimmung des Personenkreises, auf den eine gesetzliche Vorschrift angewandt werden soll, steht dem Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt des Art 3 GG ein weiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung (BVerfGE 11, 245, 253). Insbesondere bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaften zwischen miteinander nicht verheirateten Personen darstellen, sind typisierende Regelungen vom BVerfG im Grundsatz ständig als verfassungsrechtlich unbedenklich behandelt worden (vgl ua BVerfGE 17, 1, 23; Beschluß vom 15. Dezember 1987 - 1 BvR 563/85 ua -, S 42). Die Beschränkung der Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf eheähnliche



Gemeinschaften im oa Sinn entspricht diesem Recht zur verfassungsgemäßen Typisierung (ebenso: BVerfGE 9, 20, 31, 32; BVerfG vom 16. Juni 1987 - 1 BvL 4/84 und 6/84, S 17).

Entgegen der Auffassung der Klägerin vermag der Senat in der Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Partnern im Recht der Alhi schließlich nicht deshalb einen Verstoß gegen Art 3 GG zu erblicken, weil die Rechtsordnung bei die Ehe begünstigenden Tatbeständen nicht stets in gleicher Weise verfährt (vgl dazu im einzelnen de Witt/Huffmann, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, NJW-Schriftenreihe, Heft 39, 2. Auflage 1986, insbes RdNr 129 ff, 207 ff, 253 ff, 272 ff). Zum einen trifft die Behauptung, eheähnliche Partnerschaften würden gegenüber Ehen grundsätzlich schlechter gestellt, nicht zu. So genießen Ledige zB im Bereich des Kindergeldrechts, im Recht des Erziehungsgeldgesetzes und bei der Ausbildungsförderung in bestimmten Fällen der Bedarfbestimmung den Vorteil, daß das Einkommen ihres Partners einer nichtehelichen Gemeinschaft ohne Belang ist, während bei Verheirateten das Einkommen des Ehegatten berücksichtigt wird (vgl dazu die Darstellung von Schwabe, ZfS 1988, 33, 36, 37; de Witt/Huffmann, aaO, RdNr 284 ff).

Zum anderen erlaubt Art 6 Abs 1 GG derartige Differenzierungen. Nach dieser Vorschrift stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der Rechtsordnung. Dieser verfassungsrechtliche Schutz erstreckt sich mithin gerade nicht auf eheähnliche Gemeinschaften; die Institutsgarantie des Art 6 Abs 1 GG überläßt es vielmehr der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, an welcher Stelle und in welchem Umfang er "Ehen mit und ohne Trauschein" gleich behandeln will, so daß eine unterschiedliche Behandlung nicht stets von vornherein verfassungswidrig ist (vgl Maunz/Düring/Herzog/Scholz, Komm z GG, RdNr 15a zu Art 6). Es mag rechtspolitisch umstritten sein, ob die vorhandenen Differenzierungen immer und überall (noch) angebracht sind. Es ist aber nicht Aufgabe des Gerichts, im Rahmen seiner Entscheidung zur Anwendung des Alhi-Rechts hierüber zu befinden. Im übrigen muß es angesichts der freien Entscheidung der Partner, eine Ehe gerade nicht einzugehen, zweifelhaft erscheinen, ob es diesem Anliegen gerecht würde, dieser Form des Zusammenlebens weitgehend oder gar vollständig die Rechtswirkungen der Ehe beizumessen, neben den Rechten den Partnern insbesondere auch alle Pflichten aufzuerlegen, die die Eheschließung begründet (vgl dazu de Witt/Huffmann, aaO, RdNr 39 ff). Das Fortbestehen von Unterschieden in der rechtlichen Behandlung ist jedenfalls allein kein ausreichender Grund, eine die Gleichbehandlung in bezug auf einen bestimmten tatsächlichen Aspekt anordnende Norm, wie § 137 Abs 2a AFG, für verfassungswidrig zu halten.

Art 6 Abs 1 GG gibt zudem gerade für die von § 137 Abs 2a AFG angeordnete Gleichbehandlung das entscheidende verfassungsrechtliche Argument. Wie schon ausgeführt wurde, beruht diese Vorschrift auf der Erkenntnis, daß das Grundgesetz gesetzliche Re-



gelungen verbietet, die einen ehebenachteiligenden Charakter besitzen. Eine solche Rechtslage wäre gegeben, würde sich die pauschale Bedürftigkeitsprüfung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG nur auf verheiratete Arbeitslose erstrecken dürfen, obwohl zwischen ihnen und Arbeitslosen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, hinsichtlich der tatsächlichen Lebensführung, nämlich der gleichartigen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit dem Partner, keine wesentlichen Unterschiede bestehen. Entspricht in solchen Fällen die Gleichbehandlung dem Verfassungsgebot des Art 6 Abs 1 GG, folgt daraus zugleich, daß Art 3 GG hierdurch nicht wegen fehlender Gleichbehandlung im übrigen verletzt ist; denn das Gebot des Art 6 Abs 1 GG beschränkt die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen des Art 3 GG jedenfalls dann, wenn Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Personen zur Vermeidung von Nachteilen für die Ehe unumgänglich ist (vgl BVerfGE 67, 186, 195 ff). Diese Sach- und Verfassungslage entspricht § 137 Abs 2a AFG.

Auch Art 2 Abs 1 GG wird durch die Vornahme einer Einkommensanrechnung bei eheähnlichen Gemeinschaften nicht verletzt. Zwar trifft es zu, daß der Entschluß, in Gemeinschaft mit einem anderen zu leben, als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Schutz des Art 2 Abs 1 GG genießt (vgl BGHZ 92, 213, 219) und daß die Einkommensanrechnung die Gründung eheähnlicher Gemeinschaften unter Umständen behindern kann, übrigens auch die Schließung von Ehen. Indessen steht die Ausübung dieses Grundrechts unter dem Vorbehalt der Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung, zu der auch § 138 Abs 1 Nr 2 AFG gehört, wie das LSG zu Recht ausführt.

Soweit mit der Klage Ansprüche auf Alhi für die Zeit vor dem Inkrafttreten des § 137 Abs 2a AFG (1. Januar 1986) geltend gemacht werden, fehlt ebenfalls das Merkmal der Bedürftigkeit der Klägerin. Insoweit gilt § 137 Abs 2a AFG zwar nicht unmittelbar. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedeutet dies aber nicht, es fehle für die Anrechnung des Partnereinkommens bei eheähnlichen Gemeinschaften nach Maßgabe des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG an jeglicher Grundlage. § 138 Abs 1 Nr 2 AFG ist nämlich in verfassungskonformer Auslegung dahin zu ergänzen, daß sein Regelungsgehalt sich auch schon vor dem Inkrafttreten des § 137 Abs 2a AFG auf Partner eheähnlicher Gemeinschaften erstreckte. Der Senat folgert dies daraus, daß das Gesetz in dieser Hinsicht eine Lücke enthielt, die durch analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu schließen ist.

Grundlage dafür ist die schon erwähnte verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Paaren im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi, soweit diese in gleichartiger Weise zusammenleben und wirtschaften. Diese Gleichbehandlung hat das BVerfG zur Wahrung des Grundgesetzes im Beschluß vom 10. Juli 1984 (BVerfGE 67, 186 = SozR 4100 § 139 Nr 1) für erforderlich angesehen. Das BVerfG hat dort den § 139 Sätze 1 und 2 AFG als mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG) in Verbindung mit Art 6 Abs 1 GG für unvereinbar und deshalb für nicht-



tig erklärt, weil die Vorschrift "in einer anderweit nicht ausgleichbaren Weise im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegatten gegenüber eheähnlichen Gemeinschaften benachteiligt, obschon die Bedürftigkeit gleich ist". Die Entscheidung des BVerfG fußt mithin auf der Überzeugung, daß Ehegatten und Partner eheähnlicher Gemeinschaften in gleicher tatsächlicher Lebenslage bei der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi nicht in einer die Ehegatten benachteiligenden Weise unterschiedlich behandelt werden dürfen. Jedenfalls insoweit sind die Ausführungen des BVerfG in der Begründung seiner Entscheidung tragend und damit gem § 31 Abs 1 BVerfGG für die übrigen Gerichte verbindlich (vgl BVerfGE 1, 14, 37; 33, 199, 203; 40, 88, 94). Ob der Entscheidung des BVerfG auch insoweit eine Bindungswirkung beikommt, daß bereits vor dem 1. Januar 1986 für die Bedürftigkeitsprüfung des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft die für zusammenlebende Ehegatten geltende Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG anzuwenden ist, bedarf keiner Entscheidung; denn eine andere Rechtsfolge ist bei Beachtung des Gleichbehandlungsgebots schon nach den Regeln des AFG nicht möglich.

§ 138 Abs 1 Nr 2 AFG trifft, wie schon ausgeführt, eine abschließende, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Regelung ua darüber, in welcher Weise das Einkommen des mit dem Arbeitslosen zusammenlebenden Ehegatten im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung bei der Alhi zu berücksichtigen ist. Ist sie jedoch für Ehegatten zwingendes Recht, muß sie analog auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden; denn anders wäre die zwischen beiden Lebensgemeinschaften hier erforderliche Gleichbehandlung nicht gewährleistet. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Wirksamkeit dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes gilt nichts anderes, als schon zu § 137 Abs 2a AFG ausgeführt wurde.

Die rechtssystematischen Voraussetzungen für eine Rechtsanalogie liegen ebenfalls vor; denn das AFG enthält für die Zeit vor dem 1. Januar 1986 insoweit eine Regelungslücke. Bei einer Lücke handelt es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes (vgl BVerfGE 34, 269, 286 f; BSGE 25, 150, 151; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 5. Aufl 1983 S 354 f, 358). Ob sie besteht, beurteilt sich nach der dem Gesetz zugrundeliegenden Regelungsabsicht, dem mit ihm verfolgten Zweck und dem Plan des Gesetzgebers (Larenz, aaO S 358). Eine Lücke bestünde nicht, wenn der Gesetzgeber bewußt und gewollt auf eine Gleichbehandlung von Ehen und eheähnlichen Gemeinschaften bei der Bedürftigkeitsprüfung verzichtet hätte. Dies ist indessen nicht der Fall. Zwar ist richtig, daß bei der Schaffung des AFG die Übernahme des § 149 Abs 5 AVAVG abgelehnt worden ist (vgl BT-Drucks V/2291, S 87, Begründung zu § 137). Hieraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, der Gesetzgeber habe eheähnliche Gemeinschaften gegenüber zusammenlebenden Ehegatten bevorzugen oder eine Bevorzugung auch nur hinnehmen wollen. Die Gesetzesmaterialien sind Beleg dafür, daß der Gesetzgeber ungeachtet der formalgesetzlichen Ausgestaltung des Regelungskomplexes der §§ 137 ff AFG entsprechend dem früheren Rechtszustand eine im wirtschaftlichen Ergeb-



nis gleichartige Behandlung von ehelichen und eheähnlichen Gemeinschaften zu erreichen trachtete. Er meinte allerdings, hierfür genüge es, "daß Unterhaltsleistungen, die einem Empfänger von Arbeitslosenhilfe im Rahmen von eheähnlichen Verhältnissen zufließen, bei der Bedürftigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind" (BT-Drucks V/2291 aaO). Dieses gesetzgeberische Programm ist an tatsächlichen Schwierigkeiten gescheitert, wie das BVerfG in seinem Beschluß vom 10. Juli 1984 (aaO) eindrucksvoll dargelegt hat. Unter Berücksichtigung der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zeigt dies eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte und daher planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes auf; sie führt zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung eheähnlicher Gemeinschaften gegenüber Ehegatten und hätte ohne sachgerechte Ausfüllung zur Folge, daß die Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG, die von der Beklagten bei Ehegatten als zwingendes Recht zu beachten ist, gegen Art 6 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 GG verstoßen würde. Hätte der Gesetzgeber diese Ungleichbehandlung bei Schaffung des AFG vorausgesehen, wäre die Lücke zur Überzeugung des Senats von Anfang an durch Einbeziehung eheähnlicher Gemeinschaften in den Anwendungsbereich des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG geschlossen worden; die Einfügung des § 137 Abs 2a AFG beweist dies.

Daß die Regelungslücke entgegen der klägerischen Auffassung nicht durch die Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 1, sondern durch die analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu schließen ist, ergibt sich aus der tatsächlichen Vergleichbarkeit der eheähnlichen Gemeinschaft in dem schon dargestellten Sinn mit der ehelichen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft, die sie zugleich von anderen Wohn- und sonstigen Haushaltsgemeinschaften unterscheidet.

Angesichts der Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG läßt sich die gleiche Berücksichtigung von Einkünften eines Arbeitslosen sowohl bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten als auch bei unverheiratet zusammenlebenden Personen nach § 138 Abs 1 AFG, die nach dem Beschluß des BVerfG vom 10. Juli 1984 (aaO) zu erfolgen hatte, solange der Gesetzgeber nach der Nichtigerklärung des § 139 AFG nicht eine andere Lösung findet, anders nicht herbeiführen. Der Klägerin ist zuzugeben, daß die erforderliche Gleichbehandlung formal herbeigeführt wäre, wenn auch auf nicht dauernd getrennt lebende Ehegatten ausschließlich § 138 Abs 1 Nr 1 AFG angewandt worden wäre. Finanzielle Zuwendungen von Seiten des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft hätten dann ebenso wie Zuwendungen der Ehegatten als "Leistungen eines Dritten, die der Arbeitslose erhält", berücksichtigt werden müssen. Eine solche Verfahrensweise bedeutete indes die Nichtanwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG und stellt eine Mißachtung geltenden verfassungsmäßigen Rechts dar. Sie ist daher schon aus Rechtsgründen nicht möglich, solange der Gesetzgeber an § 138 Abs 1 Nr 2 AFG festhält. Diese Verfahrensweise hätte überdies nicht dem Zweck des Gesetzes und den Erfordernissen der Bedürftigkeitsprüfung entsprochen. Wie schon erwähnt, unterscheiden sich § 138 Abs 1 Nr 1 und Nr 2 AFG dadurch, daß im Falle der Nr 1 ausdrücklich festgestellt werden muß, ob und in welcher Hö-



he der Arbeitslose von Seiten des Dritten Leistungen erhalten hat, während bei Nr 2 diese tatsächliche Feststellung entbehrlich ist. Nr 2 geht auf die Erkenntnis zurück, daß in Haushaltsgemeinschaften von Eheleuten "aus einem Topf" gewirtschaftet wird und deshalb die Bedürfnisse der Partner aus den gemeinsamen Beiträgen ohne Rücksicht auf rechtliche Unterhaltsansprüche befriedigt werden (BSG SozR 4100 § 138 Nr 14). Gerade dieses Kriterium der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung ist auch typisch für eine eheähnliche Gemeinschaft im oa Sinne und gibt ihr das besondere Gepräge, das sie von anderen Wohn- und Haushaltsgemeinschaften unterscheidet und es rechtfertigt, Partner eheähnlicher Gemeinschaften im Gegensatz zu den Mitgliedern anderer Haushaltsgemeinschaften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung wie Ehegatten zu behandeln, dh das Partnereinkommen den für Ehegatten geltenden Grundsätzen zu unterwerfen.

Die hier vorgenommene Analogie verletzt nicht den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art 20 Abs 3 GG). Das Rechtsstaatsprinzip garantiert Rechtssicherheit, die ihrerseits für den Bürger vor allem Vertrauensschutz bedeutet (BVerfGE 18, 429, 439; 23, 12, 32). Soweit der Gesetzgeber - was nicht geschehen ist - rückwirkend die Anwendbarkeit des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf eheähnliche Gemeinschaften vor dem 1. Januar 1986 bestimmt hätte, wäre dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden gewesen, da ausnahmsweise belastende gesetzliche Regelungen auch auf zurückliegende Sachverhalte erstreckt werden dürfen, wenn das Vertrauen der Betroffenen auf das Unterbleiben einer solchen Regelung, hier auf die Nichtanrechnung des Partnereinkommens, sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Letzteres ist der Fall, wenn der Bürger nach der rechtlichen Situation in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge vom Gesetz zurückverlegt wird, mit dieser Regelung rechnen mußte (BVerfGE 1, 264, 280; 2, 237, 264 f; 8, 274, 304). Diese Überlegungen gelten auch für die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift auf zurückliegende Sachverhalte. Hier mußte damit gerechnet werden, daß fortan bis zu einer gesetzlichen Neuregelung § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auch auf eheähnliche Gemeinschaften angewendet würde, weil sich die gebotene gleiche Berücksichtigung der Einkünfte des Arbeitslosen, lebt er in einer Ehe oder einem eheähnlichen Verhältnis, angesichts des im übrigen geltenden Gesetzesrechts nicht anders herbeiführen läßt. Soweit Betroffene darauf vertraut haben sollten, daß entgegen den Ausführungen des BVerfG von der gleichen Berücksichtigung des Partnereinkommens abgesehen wird, wäre das Vertrauen nicht schutzwürdig.

Ergibt sich nach allem, daß die Bedürftigkeit der Klägerin nach Maßgabe des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu beurteilen war, erweist sich die Entscheidung des LSG im Ergebnis als zutreffend, daß der angefochtene Verwaltungsakt nicht rechtswidrig ist. Den Feststellungen des LSG zufolge hatte F., der Partner der Klägerin, im streitigen Anspruchszeitraum ein im Sinne von § 138 Abs 1 Nr 2 iVm Abs 2 AFG zu berücksichtigendes Netto-Einkommen von monatlich mindestens 2.118,18 DM. Die Klägerin hat diese Feststellungen des LSG mit der Revision nicht angegriffen, so daß sie für den Senat bindend sind (§ 163 SGG).



Dem Senat ist es folglich verwehrt, der Frage nachzugehen, ob die Beklagte rechtmäßig gehandelt hat, das Einkommen des F. in dem streitigen Leistungszeitraum ab 22. August 1985 nach dessen Verdiensten in den Monaten Mai bis Juli 1985 zu ermitteln.

Aufgrund des bindend festgestellten Netto-Monatseinkommens des F. ist das LSG zu dem Ergebnis gelangt, daß das daraus folgende wöchentliche Einkommen auch nach Abzug der F. zustehenden Freibeträge gem § 138 Abs 1 Nr 2 AFG den der Klägerin ohne Einkommensanrechnung zustehenden Alhi-Wochensatz übersteigt. Diesen hat das LSG mit 178,20 DM festgestellt; auch hiervon hat der Senat auszugehen, weil die Klägerin diese Feststellung ebenfalls nicht angegriffen hat. Von dem daraus sich ergebenden Netto-Wocheneinkommen des F. hat das LSG zutreffend die Freibeträge nach § 138 Abs 1 Nr 2 AFG in Höhe von 280,-- DM abgesetzt ($1 \times 115,-- + 3 \times 55,--$).

Das Netto-Wocheneinkommen des F. hat das LSG mit 488,82 DM festgestellt. Ob die dazu verwendete Rechenmethode ($2.118,18 : 26 \times 6$) zutrifft, kann dahinstehen. Selbst wenn nämlich der Divisor die jeweils tatsächliche Monatstagezahl wäre, und der Multiplikator die Kalendertage einer Woche (7), ergäbe sich für die Klägerin kein günstigeres Ergebnis. Das anrechnungsfähige Einkommen des F. betrüge dann immer noch wöchentlich mindestens 198,29 DM ($2.118,18 : 31 \times 7 = 478,29 - 280 = 198,29$ DM). Auch dieser Betrag übersteige den der Klägerin nach den Feststellungen des LSG rechnerisch zustehenden Alhi-Wochensatz. Dasselbe gilt für die offenbar von der Beklagten unter entsprechender Anwendung von § 112 Abs 2 Satz 2 AFG benutzte Methode der Berechnung des wöchentlichen Nettoeinkommens ($2.118,18 \times 3 : 13 = 488,81 - 280 = 208,81$ DM). Aus allem folgt, daß die Klägerin nicht bedürftig ist des § 137 Abs 1 AFG und deshalb der Klageanspruch nicht begründet ist.

Der Revision der Klägerin muß deshalb der Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

