

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 82/87

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
24. März 1988

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen vom
21. Mai 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht
zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) für 1985.

Die ledige Klägerin lebte 1985 mit J. S. (S) und der 1984 geborenen gemeinsamen Tochter Nicole im Haus des S zusammen. Sie bezog Alhi. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils stellte die Beklagte mit Wirkung vom 21. Juni 1985 die Zahlung der Alhi mit der Begründung ein, daß es an der Bedürftigkeit fehle: Auch wenn die Klägerin mit S nicht verheiratet sei, müsse dessen Einkommen entsprechend § 138 Abs 1 Nr 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) berücksichtigt werden; denn nichteheliche Gemeinschaften dürften nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 10. Juli 1984 nicht bevorzugt werden. Da S über ein um gesetzliche Unterhalts- und Versicherungsbeträge bereinigtes Nettoeinkommen von 978,84 DM monatlich verfüge, verbleibe ein wöchentlicher Anrechnungsbetrag von 150,89 DM. Damit sei für die Gewährung von Alhi kein Raum; denn dieser Betrag übersteige den Alhi-Leistungssatz von 102,60 DM, der der Klägerin ohne Anrechnung zustehen würde (Bescheid vom 9. Juli 1985, Widerspruchsbescheid vom 7. Oktober 1985).

Ausweislich des Tatbestands des angefochtenen Urteils hat die Beklagte nach Klagerhebung der Klägerin Änderungsbescheide vom 9. und 16. Dezember 1985 sowie vom 11. Februar 1986 erteilt. Wie die Änderungen im einzelnen lauten, ist nicht festgestellt worden; im Urteil ist lediglich vermerkt, daß mit den Änderungsbescheiden unter Ermäßigung des Anrechnungsbetrages erstmals eine Alhi-Zahlung ab 21. Juni 1985 in geringerer Höhe festgestellt worden sei. Durch Urteil vom 13. Februar 1986 hat das Sozialgericht (SG) unter Aufhebung des Widerspruchsbescheides vom 7. Oktober 1985 und Änderung des Bescheids vom 9. Juli 1985 idF der Bescheide vom 9. und 16. Dezember 1985 sowie vom 11. Februar 1986 die Beklagte verurteilt, der Klägerin über den 21. Juni 1985 hinaus Alhi in gesetzlicher Dauer und Höhe zu gewähren, wobei eine Anrechnung des Einkommens des S bis zum 31. Dezember 1985 zu unterbleiben habe. Den weitergehenden Klaganspruch für die Zeit ab 1. Januar 1986 hat das SG abgewiesen; die Berufung hat es zugelassen. Die allein von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen (Urteil vom 21. Mai 1987).



Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, aufgrund der Berufung der Beklagten sei Streitgegenstand allein die Höhe der an die Klägerin für die Zeit vom 21. Juni bis 31. Dezember 1985 zu zahlenden Alhi, wobei die Beteiligten nur über den in § 137 AFG erläuterten Begriff der Bedürftigkeit stritten. Hiernach sei bedürftig, wer seinen Lebensunterhalt nicht auf andere Weise als durch Alhi bestreiten könne, wobei der Zahlbetrag dieser Leistung nicht durch das nach § 138 AFG zu berücksichtigende Einkommen verbraucht sein dürfe. Das sei hier nicht der Fall, insbesondere seien die Voraussetzungen des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG nicht erfüllt. Nach dem klaren Wortlaut der letztgenannten Vorschrift werde lediglich das Einkommen des nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten des Arbeitslosen, nicht aber das Einkommen des eheähnlichen Partners erfaßt. Eine erweiternde oder ergänzende Auslegung lasse die Vorschrift nicht zu. Ihr liege erkennbar die Überlegung zugrunde, daß nur solche Einkommen berücksichtigungsfähig seien, auf die der Arbeitslose einen unterhaltsrechtlichen Anspruch habe. Gerade das aber treffe auf Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft nicht zu. Die Entstehungsgeschichte des § 138 AFG bestätige dies. Der Gesetzgeber habe 1969 bewußt auf eine entsprechende Vorschrift verzichtet. Schließlich stütze auch der Beschluß des BVerfG vom 10. Juli 1984 nicht die Auffassung der Beklagten. Das BVerfG habe § 138 AFG nicht für verfassungswidrig erklärt. Wenn in dem Beschluß ausgeführt worden sei, die Verfassungswidrigkeit des § 139 AFG habe zur Folge, daß die Berücksichtigung von Einkünften eines Arbeitslosen sowohl bei nicht dauernd getrenntlebenden Ehegatten als auch bei unverheiratet zusammenlebenden Personen im Rahmen der Bedürfnisprüfung in gleicher Weise zu erfolgen habe, solange nicht der Gesetzgeber eine andere Lösung finde, liege hierin keine Neuregelung des Rechts der eheähnlichen Gemeinschaften, zu der das BVerfG auch nicht befugt gewesen wäre. Eine Neuregelung habe der Gesetzgeber vorgenommen, indes erst mit Wirkung vom 1. Januar 1986. Daher scheide eine entsprechende Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG für die Zeit davor aus. Einkommen sei auch nach § 138 Abs 1 Nr 1 AFG im vorliegenden Falle nicht anzurechnen. Einen Rechtsanspruch auf Gewährung von Leistungen besitze die Klägerin gegen S nicht. Auch habe die Klägerin von S keine Leistungen erhalten, die als Einkommen zu berücksichtigen seien. Das gelte selbst dann, wenn die beiderseitigen Einkünfte gemeinsam verbraucht sein sollten. Es bleibe offen, ob insoweit die Voraussetzungen des § 138 Abs 3 Nr 7 AFG vorlägen. Bei einem Rechtsanspruch des Arbeitslosen gegenüber einem Dritten werde letzterem eine sog Eigenbedarfsgrenze eingeräumt, damit diesem der Betrag belassen bleibe, der dem Durchschnittsverdiener zustehe. Es sei ein Gebot des Gleichheitssatzes, auch bei den Leistungen, die der Arbeitslose von Dritten erhalte, auf diese Grenze zurückzugreifen. Diese Eigenbedarfsgrenze, die im

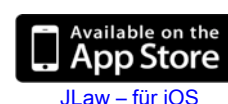


Jahre 1985 bei 1.470,-- DM monatlich gelegen habe, habe S im Jahre 1985 nicht erreicht. Der bereinigte Nettoverdienst von knapp unter 1.000,-- DM, den die Beklagte unter Abzug der gesetzlichen Zahlungsverpflichtungen festgestellt habe, liege darunter. Das habe zur Folge, daß auch nicht ein Teil davon auf die Alhi der Klägerin angerechnet werden könne.

Die Revision der Beklagten rügt eine Verletzung der Art 3 und 6 des Grundgesetzes (GG), des § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) und der §§ 137, 138 AFG. Sie führt aus, nach dem Gesetz finde das Einkommen der Person, die mit dem Arbeitslosen in eheähnlicher Gemeinschaft lebe, stelle man auf den Wortlaut ab, zwar erst mit dem Inkrafttreten des Siebten Gesetzes zur Änderung des AFG (7. AFG-ÄndG) Berücksichtigung bei der Bedürftigkeitsprüfung. Der Regelung des § 137 Abs 2a AFG (idF des 7. AFG-ÄndG) komme indes nur klarstellende Bedeutung zu, für Zeiten vor dem 1. Januar 1986 sei § 138 Abs 1 Nr 2 AFG entsprechend anzuwenden; denn der Gesetzgeber sei offenbar davon ausgegangen, daß für die Vergangenheit eine solche Regelung bereits gegolten habe. Dagegen spreche nicht die Tatsache, daß das AFG bis 1986 keine dem § 137 Abs 2a AFG entsprechende Vorschrift gekannt habe. In der Begründung zum Regierungsentwurf sei zu dieser Frage nämlich ausgeführt worden, daß es genüge, wenn Unterhaltsleistungen, die einem Empfänger von Alhi im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft zufließen, bei der Bedürftigkeitsprüfung zu berücksichtigen seien (BR-Drucks 484/67 S 86, 87). Hieraus ergebe sich, daß eine Privilegierung gegenüber Ehegatten nicht gewollt gewesen sei. Es treffe daher nicht zu, wenn das LSG meine, Sinn und Zweck der Vorschrift lasse eine erweiternde oder ergänzende Auslegung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG nicht zu. Völlig übersehen habe das LSG, daß seine Auffassung zu einer Besserstellung der nichtehelichen Gemeinschaft gegenüber der Ehe führe und dies gegen den Grundsatz des Art 6 Abs 1 GG verstoße. Nicht beizupflichten sei der Auffassung des LSG, daß von einer planwidrigen Regelungslücke nicht ausgegangen werden könne. Erkennbar sei das Ziel des Gesetzgebers gewesen, im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung eine Gleichbehandlung von Ehegatten und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft zu erreichen. Die Verwirklichung dieses Zieles sei aus Gründen unzureichender Praktikabilität des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG weitgehend gescheitert. Damit aber sei offenkundig, daß eine planwidrige Regelungslücke vorliege. Die Schließung dieser Lücke habe nach den Grundsätzen lückenfüllender Gesetzesauslegung durch analoge Anwendung von § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu erfolgen. Diese Analogie werde durch den Beschluß des BVerfG vom 10. Juli 1984 gestützt. Das BVerfG habe § 139 Sätze 1 und 2 AFG für verfassungswidrig erklärt, weil sie in ihren Auswirkungen eine



Diskriminierung der Ehe gegenüber eheähnlichen Lebensgemeinschaften darstellten, die durch die Möglichkeiten der Anrechnung von Leistungen Dritter nach § 138 Abs 1 Nr 1 AFG nicht ausgeglichen werden könne. Anders als im Falle des § 139 AFG sei zur Abwendung der Ehegattendiskriminierung durch § 138 Abs 1 Nr 2 AFG ein Ausgleich durch verfassungsgemäße Auslegung möglich. Das BVerfG habe hierzu selbst den Weg gewiesen, wenn es ausgeführt habe, daß die Berücksichtigung von Einkünften eines Arbeitslosen sowohl bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten als auch bei unverheiratet zusammenlebenden Personen im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung in gleicher Weise nach § 138 Abs 1 AFG zu erfolgen habe, solange der Gesetzgeber nicht eine andere Lösung finde. Hieraus folge, daß beide Formen von Lebensgemeinschaften im Rahmen des § 138 Abs 1 AFG völlig gleich zu behandeln seien. Wenn das LSG dazu meine, daß der Interimslösung keine rechtliche Bedeutung zukomme, da sie keine Neuregelung des Rechts darstelle, übersehe es, daß eine verfassungskonforme Auslegung keine neue gesetzliche Regelung sei, sondern nur eine Auslegung bestehender Gesetze. Erweise sich nur eine bestimmte Auslegung als verfassungskonform, liege es durchaus auch in der Kompetenz des BVerfG, dies verbindlich auszusprechen. Jedenfalls sei das BVerfG befugt, bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers der Verwaltung einen gangbaren Weg zu weisen. Die zwingende Folge der Nichtanwendung von § 139 AFG dürfe nicht eine erneute Diskriminierung der Ehe aufgrund einer anderen gesetzlichen Vorschrift, hier des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG, zur Folge haben. Überlegungen dieser Art fänden ihre Stütze in §§ 78 Satz 2, 82 Abs 1 BVerfGG. Hiernach könne das BVerfG weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes gleichfalls für nichtig erklären, wenn sie aus denselben Gründen mit dem GG unvereinbar seien. Da § 138 Abs 1 Nr 2 AFG nur bei verfassungsgemäßer Auslegung nicht für nichtig erklärt zu werden brauche, müsse die Alternative der verfassungskonformen Auslegung gegenüber der Verwaltung in gleicher Weise Bindungswirkung entfalten, wie die Nichtigerklärung. Ansonsten käme man zu dem ungereimten Ergebnis, daß das BVerfG als Verfassungswächter ein verfassungsgemäßes Handeln der Verwaltung nicht sicherstellen könne. Die Befugnis des BVerfG zur verbindlichen Auslegung von § 138 Abs 1 AFG könne somit nicht in Frage gestellt werden. Die gebotene Gleichbehandlung von Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft und Ehepartnern lasse sich nur durch Gleichstellung im Rahmen von § 138 Abs 1 Nr 2 AFG erreichen. Eine Gleichbehandlung eheähnlicher Gemeinschaften gemäß § 138 Abs 1 Nr 1 AFG würde keine volle Gleichstellung mit Ehegatten bewirken und damit wiederum eine Privilegierung ihnen gegenüber enthalten. Hiernach sei eine entsprechende Anwendung von § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf eheähnliche Gemeinschaften vor dem 1. Januar 1986 nicht nur zulässig, sondern auch ge-



boten. Unhaltbar seien schließlich die Ausführungen des LSG zur Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG. Wie aus den Gesetzesmaterialien hervorgehe, habe der Gesetzgeber die Ansicht vertreten, daß es zur Berücksichtigung eheähnlicher Lebensgemeinschaften genüge, die dem arbeitslosen Partner einer solchen Gemeinschaft zufließenden Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen. Daraus gehe eindeutig hervor, daß es auf einen Eigenbehalt beim zuwendenden Dritten nicht ankommen solle. Wäre deshalb entgegen der Auffassung der Revision § 138 Abs 1 Nr 1 AFG anzuwenden, so fehlten entsprechende tatsächliche Feststellungen des LSG zur Höhe der erhaltenen Leistungen. Der Rechtsstreit müßte dann zur erneuten Verhandlung und Nachholung dieser Feststellungen zurückverwiesen werden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben, das Urteil des SG zu ändern und die Klage auch insoweit abzuweisen, als die Klägerin für die Zeit vom 21. Juni bis 31. Dezember 1985 die Gewährung von Alhi ohne Anrechnung von Einkommen des S begehrt.

Die Klägerin stellt keinen Antrag.

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

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

Die Vorinstanzen sind übereinstimmend von der Zulässigkeit einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ausgegangen, wie sich aus der vom LSG bestätigten Verurteilung der Beklagten ergibt, an die Klägerin über den 21. Juni 1985 hinaus Alhi in gesetzlicher Dauer und Höhe zu gewähren. Das begegnet nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils Bedenken; denn ihm zufolge könnte die Beklagte mit den angefochtenen Bescheiden eine laufende Alhi-Bewilligung aufgehoben haben. In solchen Fällen ist jedoch nur die Anfechtung der in die ausgesprochene Bewilligung eingreifenden Bescheide zulässig; denn die Aufhebung der eingreifenden Verwaltungsakte hätte ohne weiteres zur Folge, daß der Bewilligungsbescheid in seiner ursprünglichen Fassung wiederhergestellt würde und die Beklagte daraus zur



Leistung von Alhi verpflichtet wäre. In solchen Fällen besteht für die Leistungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis, worauf der Senat wiederholt hingewiesen hat (BSGE 48, 33, 34 = SozR 4100 § 44 Nr 19; BSGE 59, 227, 228 f = SozR 4100 § 134 Nr 29). Die Vorinstanzen wären dagegen zu Recht von der Zulässigkeit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ausgegangen, wenn die Beklagte in Wahrheit nicht eine Bewilligung für den Rest des laufenden Bewilligungszeitraums aufgehoben, sondern nach Ablauf des Bewilligungsabschnittes (§ 139a AFG) die Weiterbewilligung abgelehnt bzw Alhi nur in geringer Höhe bewilligt hätte. Welcher Sachverhalt hier gegeben ist, bedarf in der Revisionsinstanz jedoch keiner näheren Aufklärung. Da aus Gründen materiellen Rechts die Sache sowieso an das LSG zurückverwiesen werden muß, kann die entsprechende Aufklärung dem Berufungsgericht überlassen bleiben.

Das LSG hat, auch wenn seiner Entscheidung die bezifferte Höhe der Leistung nicht zu entnehmen ist, den Anspruch der Klägerin auf Alhi für die Zeit vom 21. Juni bis 31. Dezember 1985 in Höhe der Alhi nach § 136 AFG bejaht, mithin angenommen, daß die Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten in vollem Umfange iS des § 134 Abs 1 Nr 3, § 137 Abs 1, § 138 AFG bedürftig sei. Es hat hierzu ausgeführt, daß bei der Bedürftigkeitsprüfung nach § 138 Abs 1 AFG weder das Einkommen des S noch aus diesem Einkommen erbrachte Leistungen des S an die Klägerin zu berücksichtigen seien. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

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. § 138 AFG konkretisiert in seinem Absatz 1 für bestimmte Personengruppen 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 Rspr, 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 Ab-



züge (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 unterschiedlichen Regelungen sachliche Gründe; sie liegen in der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung zusammenlebender Ehegatten und der vorrangigen bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflicht. Die Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG 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 Bedürftigkeit heranzuziehen, obwohl die Klägerin in der Zeit, für die sie Alhi geltend macht, mit S nicht verheiratet war, sondern mit ihm in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebte. Das folgt allerdings nicht aus dem durch das 7. AFG-ÄndG vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) eingefügten § 137 Abs 2a AFG, nach dem 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. Denn das 7. AFG-ÄndG ist nach seinem Art 13 erst am 1. Januar 1986 in Kraft getreten und enthält keine Über-



gangsvorschrift, nach der § 137 Abs 2a AFG auch für Leistungsfälle vor dem 1. Januar 1986 anzuwenden ist, wie einer hier vorliegt. Dies bedeutet indessen nicht, daß es für die Anrechnung des Partnereinkommens bei eheähnlichen Gemeinschaften nach Maßgabe des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG an jeglicher Grundlage fehlte. Die Vorschrift ist nämlich in verfassungskonformer Auslegung dahin zu ergänzen, daß ihr 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 enthält, die durch analoge Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu schließen ist.

Grundlage dafür ist die zur Vermeidung einer Diskriminierung der Ehe im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung in der Alhi verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Paaren, soweit diese in gleichartiger Weise zusammenleben und wirtschaften. Diese Gleichbehandlung hat das BVerfG zur Wahrung des Grundgesetzes im Beschluß vom 10. Juli 1984 - 1 BvL 44/80 - (BVerfGE 67, 186 = SozR 4100 § 139 Nr 1) für erforderlich angesehen. Das BVerfG hat dort die Regelung des § 139 Sätze 1 und 2 AFG, nach der dann, wenn Ehegatten, die nicht dauernd getrennt leben, zugleich die Voraussetzungen des Anspruchs auf Alhi erfüllen, Alhi nur einem von ihnen gewährt wird, als mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG) in Verbindung mit Art 6 Abs 1 GG für unvereinbar und deshalb für nichtig erklärt, weil die Vorschrift "in einer anderweit nicht ausgleichbaren Weise im gemeinsamen Haushalt lebende Ehegatten gegenüber eheähnlichen Gemeinschaften benachteiligt, obschon die Bedürftigkeit gleich ist" (BVerfGE 67, 186, 196). 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. Das BVerfG hat hieraus die Folgerung gezogen, "daß die Berücksichtigung von Einkünften eines Arbeitslosen sowohl bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten als auch bei unverheiratet zusammenlebenden Personen im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung in gleicher Weise nach § 138 Abs 1 AFG zu erfolgen hat, solange der Gesetzgeber nicht eine andere Lösung findet" (BVerfGE 67, 186, 198). 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 zukommt, 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 angesichts der abschließenden und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Regelung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG darüber, in welcher Weise das Einkommen des mit dem Arbeitslosen zusammenlebenden Ehegatten im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung bei der Alhi zu berücksichtigen ist, läßt sich die vom BVerfG für die Zeit bis zur gesetzlichen Neuregelung vorgeschriebene gleiche Berücksichtigung von Einkünften eines Arbeitslosen sowohl bei nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten als auch bei unverheiratet zusammenlebenden Personen nach § 138 Abs 1 AFG nur durch entsprechende Anwendung der Nr 2 herbeiführen.

Es ist zuzugeben, daß die erforderliche gleiche Berücksichtigung 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. Sie würde eine Mißachtung verfassungsmäßigen Rechts darstellen und ist daher schon aus Rechtsgründen nicht möglich, solange der Gesetzgeber an § 138 Abs 1 Nr 2 AFG festhält.

Eine ausschließliche Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG 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 Höhe der Arbeitslose von seiten des Dritten Leistungen erhalten hat, während bei Nr 2 diese tatsächliche Feststellung entbehrlich ist. Die Regelung der Nr 2 erspart der Beklagten damit umfangreiche und zeitraubende Einzelfallprüfungen und ermöglicht eine beschleunigte Bearbeitung. Sie ist durch die Erkenntnis gerechtfertigt, 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; insoweit weicht Nr 2 vom bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsrecht ab (BSG SozR 4100 § 138 Nr 14). Das Kriterium der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung ist auch für eheähnliche Gemeinschaften typisch und gibt ihnen das besondere Gepräge, das sie von anderen Gemeinschaften unterscheidet; wie bei Ehegatten ist auch bei eheähnlichen Gemeinschaften, in



denen gemeinsam gewirtschaftet wird, im Einzelfall kaum feststellbar, wer von wem und in welchem Umfang Geldleistungen iS des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG erhalten hat. Auch dem Zweck des Gesetzes und den Erfordernissen der Bedürftigkeitsprüfung entspricht es daher, Partner eheähnlicher Gemeinschaften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung gemäß § 138 Abs 1 Nr 2 AFG wie Ehegatten zu behandeln, dh das Partnereinkommen den für Ehegatten geltenden Grundsätzen zu unterwerfen.

Der durch Art 3 Abs 1 und Art 6 Abs 1 GG unter Berücksichtigung des übrigen geltenden Rechts für die Übergangszeit bis zum 1. Januar 1986 gebotenen entsprechenden Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf Arbeitslose, die in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, stehen andere, aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Aspekte nicht entgegen. Eine entsprechende Regelung sah der frühere § 149 Abs 5 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vor und, wie erwähnt, gilt seit dem 1. Januar 1986 gemäß § 137 Abs 2a AFG ausdrücklich, daß das Einkommen einer Person, die mit dem Arbeitslosen in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, wie das Einkommen eines nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen ist. 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 § 137 Abs 2a AFG zu, wie der Senat in dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 24. März 1988 - 7 RAr 81/86 - entschieden hat:

Es ist nichts dafür ersichtlich, daß veränderte tatsächliche Verhältnisse verfassungsrechtlich 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. Die Unterhaltspflicht ist nicht das für die Beachtung des Art 3 Abs 1 GG maßgebliche Vergleichselement, sondern die beiden Gemeinschaften gemeinsame Art des "Wirtschaftens aus einem Topf" (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 im Sinne 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, 31 f). Insoweit hat das Bedürfnis nach einer praktischen Regelung gegenüber früher eher zugenommen als Folge der Zunahme eheähnlicher Gemeinschaften.

Auch der gegen § 137 Abs 2a AFG gerichtete Einwand, der ebenso gegen § 138 Abs 1 Nr 2 AFG erhoben wird, daß das Gesetz 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, geht fehl. 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 Ehen und eheähnliche Gemeinschaften im oa Sinn entspricht diesem Recht zur verfassungsgemäßen



Typisierung (ebenso: BVerfGE 9, 20, 31 f; BVerfG vom 16. Juni 1987 - 1 BvL 4, 6/84 -, S 17).

In der Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Partnern im Recht der Alhi ist ein Verstoß gegen Art 3 GG schließlich nicht deshalb zu erblicken, weil die Rechtsordnung bei die Ehe begünstigenden Tatbeständen nicht stets in gleicher Weise verfährt (vgl dazu im einzelnen de Witt/Huffmann, Nichteheleche 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 Bedarfsbestimmung 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 f; 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 gerade nicht auf eheähnliche Gemeinschaften, so daß eine unterschiedliche Behandlung nicht stets von vornherein verfassungswidrig ist (vgl Maunz/Düring/Herzog/Scholz, Komm zum GG, RdNr 15a zu Art 6). 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 Gleichbehandlung in bezug auf einen bestimmten tatsächlichen Aspekt 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 Regelungen 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 selbst die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen des Art 3 GG, wenn Gleichbehandlung von verheirateten und nicht verheirateten Personen zur Vermeidung von Nachteilen für die Ehe unumgänglich ist (vgl BVerfGE 67, 186, 195 ff).

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.

Ist hiernach weder § 149 Abs 5 AVAVG noch § 137 Abs 2a AFG verfassungsrechtlich zu beanstanden gewesen bzw zu beanstanden, kann die entsprechende Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG auf Arbeitslose, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, in der Zwischenzeit, in der weder § 149 Abs 5 AVAVG noch § 137 Abs 2a AFG galt, aus den oa Gründen nicht verfassungswidrig sein.

Der durch Art 3 Abs 1 und Art 6 Abs 1 GG gebotenen entsprechenden Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG steht die Entstehungsgeschichte des AFG nicht entgegen. Entgegen der Auffassung des LSG enthält das Gesetz für die Zeit vor dem 1. Januar 1986 insoweit eine Regelungslücke, dh eine planwidrige Unvollständigkeit (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 Ergebnis 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 war, bis zum 31. Dezember 1985 gegen Art 6 Abs 1 iVm Art 3 Abs 1 GG verstoßen würde.

Die hier vorgenommene Analogie verletzt schließlich 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 ff; 8, 274, 304). Diese Überlegungen gelten auch für die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift. Hier mußte aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 10. Juli 1984 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 schon für die Zeit vor dem 1. Januar 1986, daß das Einkommen einer Person, die mit dem Arbeitslosen in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, wie das Einkommen eines nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu berücksichtigen ist, muß die Bedürftigkeit der Klägerin auch unter Einschluß des Einkommens des S entsprechend § 138 Abs 1 Nr 2 AFG beurteilt werden; denn daß die Klägerin 1985 mit S in einer eheähnlichen Gemeinschaft im Sinne einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft (vgl zu diesem Begriff das zur Veröffentlichung vorgesehene, schon erwähnte Urteil des Senats vom 24. März 1988 - 7 RAR 81/86 -) lebte, ist nicht zweifelhaft. Das Paar hat ein gemeinsames Kind und wohnt zusammen in einem Haus. Die Klägerin hat den Tatbestand einer eheähnlichen Gemeinschaft zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt. Mit ihrer Klage hatte sie lediglich geltend gemacht, daß die Beklagte bei der Berücksichtigung des Einkommens des S nicht alle Aufwendungen abgesetzt habe. Auch die auf das Vorhandensein einer eheähnlichen Gemeinschaft gestützte Abweisung ihrer Klage für die Zeit ab 1. Januar 1986 hat die Klägerin hingenommen. Muß die Bedürftigkeit der Klägerin somit auch unter Einschluß des Einkommens des S entsprechend § 138 Abs 1 Nr 2 AFG beurteilt werden, verdrängt dies die Anwendung des § 138 Abs 1 Nr 1 AFG; der Senat hat daher nicht Stellung zu nehmen, ob den Ausführungen des LSG zu dieser Vorschrift beizupflichten ist.

Ob die Bedürftigkeit der Klägerin nach § 138 Abs 1 Nr 2 AFG mit der Folge zu verneinen ist, daß der Klägerin nicht mehr Alhi zusteht, als die Beklagte bewilligt hat, kann der Senat aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des LSG allerdings nicht abschließend entscheiden. Die Bedürftigkeit ist nach § 137 Abs 1 AFG zu verneinen, soweit das Einkommen, das nach § 138 AFG zu berücksichtigen ist, die Alhi nach § 136 AFG erreicht. Aus den Feststellungen des LSG läßt sich weder das nach § 138 Abs 1 Nr 2 AFG zu berücksichtigende wöchentliche Einkommen des S ableiten noch der wöchentliche Alhi-Satz, auf den die Klägerin nach § 136 AFG Anspruch hätte, noch, was die Beklagte der Klägerin zugebilligt hat. Was das zu berücksichtigende Einkommen des S angeht, ist das LSG nämlich von dem "bereinigten Nettoentgelt" ausgegangen, das die Beklagte im Widerspruchsbescheid errechnet hatte, ohne den Betrag



oder die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich dieser Betrag nach dem Gesetz errechnen läßt, festzustellen. Auch die Höhe des Alhi-Satzes, der nach § 136 AFG zugrunde zu legen ist, hat das LSG nicht festgestellt, wozu es von seiner Rechtsauffassung her auch nicht veranlaßt war. Schließlich hat das LSG nicht erwähnt, für welche Zeit und in welcher Höhe der Klägerin aufgrund der Änderungsbescheide Alhi zugebilligt worden ist. Da es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts ist, die entscheidungserheblichen Tatsachen festzustellen, muß das angefochtene Urteil des LSG daher gemäß § 170 Abs 2 SGG aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Das LSG wird die erforderlichen Feststellungen zu treffen und bei seiner abschließenden Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsgerichts zu befinden haben.

Für das weitere Verfahren wird es sich empfehlen, genau festzustellen, für welche Zeit die Klägerin aufgrund der angefochtenen Bescheide in diesem Verfahren Alhi bzw höhere Alhi geltend machen kann, da ausweislich der dem Senat vorliegenden - unvollständigen - Akten der Beklagten der Anspruch auf Alhi für die Zeit vom 23. Juli bis 17. Dezember 1985 wegen zweier Meldeversäumnisse geruht haben könnte (§ 134 Abs 4, § 132, § 120 AFG). Es wird ferner darauf hingewiesen, daß nach der Rechtsprechung des Senats das auf die Alhi des Arbeitslosen anrechnungsfähige Einkommen seines Partners sich in den Fällen des § 138 Abs 1 Nr 2 AFG nicht um dessen tatsächliche Unterhaltsbeiträge an dritte Personen mindert, sondern ausschließlich um die dort vorgesehenen Freibeträge (BSG SozR 4100 § 138 Nrn 14 und 15). Insoweit ist die von der Beklagten im Widerspruchsbescheid vorgenommene Berechnung, die die durch das 7. AFG-ÄndG erhöhten Freibeträge noch nicht berücksichtigen konnte, auch im Ansatz unrichtig. Auch besteht Veranlassung für den Hinweis, daß das Gericht bei einer Anfechtungsklage den Verwaltungsakt von Amts wegen zu überprüfen hat und hierbei grundsätzlich alle tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Nichts anderes gilt bei der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage. Schließlich dürfte eine Verurteilung der Beklagten, Alhi in gesetzlicher Dauer und Höhe zu gewähren, untunlich, wenn nicht mangels Bestimmtheit unzulässig sein, wenn das Ende der Leistung bestimmt ist und sich die Höhe der Leistung unschwer bestimmen läßt.

