

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 82/89

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am
15. Februar 1990 durch den Vorsitzenden Richter **H e n n i g** und die Richter
S a t t l e r und **D r. H e n k e** sowie die ehrenamtlichen Richterinnen **D r. N o l t e**
und **V o r w e r k**
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom
2. März 1989 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

Die Klägerin war vom 1. Oktober 1976 bis zum 30. Juni 1982 in zwei Krankenhäusern als Ärztin beschäftigt, zuletzt im Kinderkrankenhaus R. in H. . Sie verlor ihre Beschäftigung wegen Schließung des Krankenhauses. Anfangs hatte die Klägerin voll gearbeitet (wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden), seit dem 1. Dezember 1981 war ihre wöchentliche Arbeitszeit dagegen auf ihren Antrag hin auf 20 Stunden beschränkt worden; Bereitschaftsdienste leistete sie weiterhin dem Arbeitsanfall entsprechend. Das feste Monatsentgelt für Juni 1982 betrug 2.232,08 DM, die Vergütung für Bereitschaftsdienste 2.505,36 DM; sie ist nach Mitteilung der Krankenhausverwaltung für 110 Bereitschaftsstunden gezahlt worden. Durchschnittlich erzielte die Klägerin im letzten Jahr ihrer Beschäftigung Bereitschaftsdienstvergütungen in Höhe von monatlich 1.822,-- DM.

Die Klägerin meldete sich am 8. Juni 1982 zum 1. Juli 1982 arbeitslos und stellte sich ungeachtet ihres 1979 geborenen Sohnes uneingeschränkt der Arbeitsvermittlung zur Verfügung. Auf den gleichzeitig gestellten Antrag bewilligte die Beklagte Arbeitslosengeld (Alg) ab 1. Juli 1982 in Höhe von 248,40 DM wöchentlich, und zwar unter Zugrundelegung der Leistungsgruppe B (nicht verheiratet, ein Kind) und einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 515,-- DM. Dieses Bemessungsentgelt ist aus einem festen Monatsentgelt von 2.238,58 DM errechnet worden; die Bereitschaftsdienstvergütung blieb außer Betracht (Bescheid vom 22. November 1982, Widerspruchsbescheid vom 8. März 1983). Die Klägerin hat das Alg bis zum 31. Januar 1983 bezogen; danach hat sie eine Beschäftigung aufgenommen.

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte entsprechend dem Hauptantrag der Klägerin unter Abänderung der ergangenen Bescheide verurteilt, das Alg auf der Grundlage eines Entgelts in Höhe der Vergütung nach der Gruppe I b der Vergütungsordnung für angestellte Krankenhausärzte zum Manteltarifvertrag für Angestellte zwischen der Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V. einerseits und der Gewerkschaft ÖTV sowie der DAG andererseits in der seinerzeit geltenden Fassung zu gewähren; es hat die Berufung zugelassen (Urteil vom 18. Oktober 1985). Über den Hilfsantrag der Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, das Alg unter Berücksichtigung von weiteren 60,5 Stunden monatlich als vereinbarte Arbeitszeit zu gewähren, hat das SG nicht



entschieden. Die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen; auch die Anschlußberufung der Klägerin hat das LSG zurückgewiesen, mit der diese beantragt hatte, nach dem erwähnten Hilfsantrag zu erkennen (Urteil vom 2. März 1989).

Zur Begründung seines Urteils hat das LSG zunächst ausgeführt, es sei nicht zu beanstanden, daß die Beklagte für die Bemessung des Alg die vereinbarte Arbeitszeit von 20 Stunden zugrunde gelegt habe. Nach § 112 Abs 2 und Abs 4 Nr 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) sei die vereinbarte Arbeitszeit zugrunde zu legen, wenn nicht nur vorübergehend weniger als die tariflichen oder üblichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart gewesen seien. Vorübergehend könne nur bedeuten, daß sowohl vor als auch nach der Zeit geringerer Arbeitsstundenzahl Zeiten mit höheren Arbeitsstundenzahlen vorangehen bzw nachfolgen müßten. Liege die Zeit geringerer Stundenzahl am Ende eines Arbeitsverhältnisses, wie das hier der Fall sei, könne daher von vorübergehend nicht mehr die Rede sein. Im übrigen sei im vorliegenden Falle auch die Herabsetzungsvereinbarung unbefristet geschlossen worden und eine Erhöhung der Stundenzahl in allernächster Zukunft ersichtlich nicht geplant gewesen. Die Klägerin habe die Herabsetzung der Stundenzahl vereinbart, um auf diese Weise einer vorher arbeitslos gewesenen Freundin die Ausbildung zum Facharzt zu ermöglichen und ihren familiären Verpflichtungen nachkommen zu können. Dennoch seien die angegriffenen Bescheide rechtsfehlerhaft, weil eine unbillige Härte unberücksichtigt geblieben sei. Nach § 112 Abs 7 AFG sei von dem nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelten Einkommen als Bemessungsgrundlage abzuweichen, wenn sich daraus mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeiten eine unbillige Härte ergebe. Dem Wortlaut der Vorschrift zufolge seien die ermittelten Bemessungsentgelte zugrunde zu legen, so daß nicht nur vorübergehend weniger geleistete Arbeitsstunden nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Die Vorschrift sei jedoch jedenfalls analog anzuwenden, wenn die für die Berechnung des Alg maßgebende Arbeitszeit im Bemessungszeitraum im Verhältnis zu der vom Arbeitslosen sonst überwiegend zurückgelegten Arbeitszeit herabgesetzt gewesen sei. Eine Härte, nämlich eine erhebliche Diskrepanz zwischen den jeweils bezogenen Einkommen, sei hier zu bejahen. Dagegen spreche zwar, daß die Klägerin die Herabsetzung der Arbeitszeit selbst herbeigeführt habe. Eine unbillige Härte liege aber nicht nur dann vor, wenn auf den Betroffenen einwirkende Ereignisse zur Herabsetzung der Stundenzahl geführt hätten; es genüge bei willentlich herbeigeführten Ereignissen, daß die Entscheidung auf einem vernünftigen und sinnvoll sozialverträglichen Lebensplan beruhe. Zu berücksichtigen sei auch,



daß die Klägerin den finanziellen Verlust durch die Teilzeitbeschäftigung in nicht unerheblichem Umfange durch Bereitschaftsdienste kompensiert habe, so daß sie nur ein etwa 1.000,-- DM niedriges Einkommen gehabt habe. Dieser - kompensierte - Einkommensverlust würde indes real eintreten, wenn das Alg nur auf der Grundlage einer Arbeitszeit von 20 Stunden berechnet würde.

Die noch vor Schluß der mündlichen Verhandlung rechtzeitig eingelegte Anschlußberufung müsse ohne Erfolg bleiben. Zu Recht rüge die Klägerin, daß das SG über das von ihr als Hilfsantrag bezeichnete Begehren nicht entschieden habe. Ein Hilfsantrag liege nämlich nicht vor; das Begehren stelle einen eigenständigen Klageanspruch dar, der unabhängig vom Hauptantrag bestehen könne. Diesem Antrag müsse der Erfolg indes versagt bleiben. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres als das nach der tariflichen Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich berechnete Alg. Die von der Klägerin geleisteten Bereitschaftsdienste könnten sich nach den Berechnungsgrundsätzen nur beim Faktor Arbeitszeit oder beim Faktor Arbeitsentgelt pro Stunde auswirken. Beides sei nicht der Fall. Die tarifliche Arbeitszeit werde durch Bereitschaftsdienste nicht erhöht, zumal nach § 112 Abs 7 AFG bereits die volle tarifliche Arbeitszeit von 40 Stunden zugrunde zu legen sei. Das Stundenentgelt erhöhe sich durch Berücksichtigung der Bereitschaftsdienste schon deshalb nicht, weil für diese Stunden kein höheres Entgelt als für normale Arbeitsstunden zu zahlen gewesen sei.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 112 Abs 7 AFG. Sie macht geltend, eine unbillige Härte liege entgegen der Auffassung des LSG nicht vor. Abs 7 des § 112 AFG sei eine restriktiv auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift. Sie solle lediglich sicherstellen, daß der kurze Bemessungszeitraum nicht zur Zugrundelegung eines Arbeitsentgelts führe, das allzu stark von demjenigen abweiche, das dem bisherigen Berufsbild des Arbeitslosen entspreche. Hierbei komme es nicht allein auf die in der Vergangenheit maßgeblichen objektiven Verhältnisse an. Es müßten vielmehr auch diejenigen Umstände berücksichtigt werden, die infolge freier persönlicher Lebensentscheidung des Leistungsempfängers zu seinem weiteren beruflichen Werdegang vor Eintritt der Arbeitslosigkeit nach außen erkennbar eingetreten seien; denn das Bemessungsentgelt solle demjenigen Arbeitsentgelt entsprechen, das der Leistungsempfänger erzielen würde, stünde er weiterhin in einem Arbeitsverhältnis. Von diesen Grundsätzen gehe auch das Gesetz aus, wenn es etwa in § 112 Abs 4 Nr 3 AFG eine Verminderung der Arbeitszeit nur dann maßgeblich sein lasse, wenn diese nicht nur vorübergehend gewesen sei, was sich uU nur anhand der vom Leistungsempfänger selbst getroffenen Entscheidung beurteilen lasse.



Mache man die Beurteilung, ob eine besondere Härte vorliege, alleine von der zeitlichen Dauer eines höheren Arbeitsentgelts während der letzten drei Jahre vor Eintritt der Arbeitslosigkeit abhängig, so führe dies in zahlreichen Fällen zu einer Lohnersatzleistung, die das zuletzt tatsächlich erzielte und der Berufsplanung des Arbeitslosen entsprechende Arbeitsentgelt übersteige. Während das SG seine Entscheidung allein auf die erzielten Einkünfte gestützt habe, habe das LSG subjektive Momente der Klägerin in seine Wertung miteinbezogen. Es habe eine Härte auch deswegen bejaht, weil die freiwillige Reduzierung der wöchentlichen Stundenzahl sich im Rahmen eines vernünftigen, sinnvollen und sozialverträglichen Lebensplanes gehalten habe. Erwägungen dieser Art seien abwegig. Die Höhe der zu gewährenden Lohnersatzleistung könne nicht von der Frage abhängig gemacht werden, wie vernünftig und sinnvoll sich die Lebensplanung des einzelnen nach Ansicht des entscheidenden Gerichts darstelle. Ein solches Kriterium habe mit sachbezogenen Maßstäben nichts mehr zu tun, sondern verlagere die Entscheidung aus der Ebene rechtlich nachvollziehbarer Subsumtion in den Bereich subjektiver sozialer Wertvorstellungen, mit denen sich nahezu jedes beliebige Ergebnis begründen lasse. Weiche der Streitfall nicht von der in § 112 Abs 3 Nr 4 AFG geregelten Grundsituation ab, sei eine Anwendung der Härteklausel nicht gerechtfertigt. So liege der Fall aber hier. Nach der Auffassung des Gesetzgebers entspreche das unter Berücksichtigung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG ermittelte Bemessungsentgelt auch bei vorübergehendem höheren Arbeitsentgelt, beispielsweise durch Vollzeittätigkeit, grundsätzlich der Billigkeit. Zur Prüfung, ob für den Betroffenen gleichwohl eine gegenüber "Normalfällen" höhere finanzielle Einbuße entstehe, sei das Vergleichsentgelt auf die reduzierte Wochenstundenzahl umzurechnen. Das ergebe im vorliegenden Falle, daß das tatsächlich während der Teilzeitbeschäftigung von der Klägerin erzielte wöchentliche Entgelt der Teilzeitbeschäftigung entsprochen habe. Ein Mißverhältnis zu Ungunsten der Klägerin liege somit nicht vor.

Eine besondere Härte ergebe sich auch dann nicht, wenn man die frühere Vollzeittätigkeit der Klägerin als besondere Gestaltung werte. Das ergebe sich schon daraus, daß die Klägerin durch den Bezug von Alg nicht besser gestellt werden dürfe, als es ihren Lohn- und Lebensverhältnissen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit entsprochen habe bzw auch für die nachfolgende Zeit ihrer eigenen Berufsplanung entsprochen hätte. Richtig sei allerdings, daß die der Klägerin tatsächlich zugeflossenen Leistungen das von ihr zuvor erzielte Gesamtentgelt nicht erreicht hätten; hierbei spiele aber die Nichtberücksichtigung des Bereitschaftsdienstentgelts eine wesentliche Rolle. Das von ihr vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zuletzt erzielte Festentgelt würde hingegen bei einer



Bemessung des Alg nach § 112 Abs 7 AFG erreicht oder sogar überschritten werden. Das aber würde zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Klägerin gegenüber anderen Leistungsempfängern führen; denn aufgrund der eigenen, auf langfristige Dauer angelegten Berufsplanung sei zum Zeitpunkt ihrer Arbeitslosmeldung nicht absehbar gewesen, daß sie in angemessener Zeit wieder einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen würde. Es sei daher nicht einzu-sehen, weshalb ihr im Gegensatz zur weit überwiegenden Mehrzahl aller Leistungsempfänger Alg in der ungefähren Höhe des zuletzt erzielten Fest-arbeitsentgelts zustehen solle. Daran vermöge auch nichts zu ändern, daß sich die Klägerin ohne Einschränkung hinsichtlich der Arbeitszeit für die Arbeitsver-mittlung zur Verfügung gestellt habe. Es sei nämlich nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen mit Eintritt der Arbeitslosigkeit das Anliegen der Klägerin, sich nachhaltig um ihr Kind zu kümmern, bedeutungslos geworden sein sollte. Zutreffend sei in den angefochtenen Bescheiden die Frage entschieden, daß bei einer Alg-Gewährung die erzielte Bereitschaftsdienstvergütung nicht mitzu-berücksichtigen sei. Maßgebend sei insoweit, ob der von der Klägerin geleistete Bereitschaftsdienst als Bestandteil ihrer tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit anzusehen sei. Diese Frage sei zu verneinen. Die tariflich als regelmäßig vorgesehene Arbeitszeit der Klägerin habe nach den Feststellungen der Vorinstanzen lediglich 40 Stunden betragen. Auch aus der Anlage 2n Nr 8 Abs 2 zum hier maßgeblichen Manteltarifvertrag ergebe sich eindeutig, daß "zum Zwecke der Vergütungsberechnung" die Zeit des Bereitschaftsdienstes zwar "als Arbeitszeit gewertet" werden sollte, es sich nach dem zugrundeliegenden Tarifvertrag hierbei aber gerade nicht um tarifliche Arbeitszeit handele. Demnach sei bei Bemessung des der Klägerin zustehenden Alg zutreffend eine wöchentliche tarifliche Arbeitszeit von 40 Stunden zugrunde gelegt worden; eine Verlängerung um die Zeiten des Bereitschaftsdienstes sei hiernach nicht in Betracht gekommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des SG und das Urteil des LSG aufzuheben, soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, und die Klage abzuwei-sen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Klägerin führt aus, entgegen der Auffassung des LSG sei die Teilzeitbe-schäftigung nicht für länger als die von der Klägerin bis zu ihrer Kündigung zu-rückgelegte Zeit von sieben Monaten geplant gewesen. Es sei allen Beteiligten



bekannt gewesen, daß wegen der Schließung des Krankenhauses die letzten sieben Monate nur noch eine vorübergehende Tätigkeit gewesen seien. So habe das die Klägerin gesehen und in der Folgezeit sich auch erfolgreich um eine Vollzeitstellung bemüht. Mit Recht habe das LSG berücksichtigt, daß die Klägerin gute Gründe gehabt habe, auf die Teilzeitbeschäftigung überzugehen. Falsch sei die Annahme der Beklagten, die Klägerin habe ihre Arbeitszeit freiwillig reduziert. Die Klägerin sei mit ihrem Kind gezwungen gewesen, die übermäßige Belastung als Ärztin im vollen Dienst abzubauen. Erst nachdem das Kind das Kindergartenalter erreicht habe, habe sie sich um eine Vollzeitbeschäftigung bewerben können. Die Ausführungen der Beklagten berücksichtigten das Grundrecht des Art 6 Abs 2 Grundgesetz (GG), wonach Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht sei, nicht. Was die Einbeziehung der Bereitschaftsdienstvergütung angehe, bestehe wegen der Zurückweisung der Anschlußberufung, gegen die eine Revision nicht eingelegt worden sei, wohl keine Möglichkeit, die Rechtsprechung des erkennenden Senats hierzu zu überprüfen. Indessen sei darauf hinzuweisen, daß das Bundesarbeitsgericht durch Urteil vom 3. Mai 1989 (BB 1989, 1978) zu § 2 des Lohnfortzahlungsgesetzes anders entschieden habe.

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

II

Die Revision der Beklagten ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Ob der Klägerin mehr als die 248,40 DM an Alg zustehen, die die Beklagte ihr bewilligt hat, ist aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht zu entscheiden.

Nach § 111 Abs 1 AFG in der 1982 geltenden, hier anwendbaren Fassung des Einführungsgesetzes zum Einkommensteuerreformgesetz vom 21. Dezember 1974 (BGBl I 3656) beträgt das Alg 68 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 112 AFG). Die AFG-Leistungsverordnung 1982 vom 30. Dezember 1981 (BGBl I 1704), in deren Anlage 2 für die verschiedenen Arbeitsentgelte iS des § 112 AFG (Bemessungsentgelte) nach Minderung um die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallenden gesetzlichen Abzüge unter Berücksichtigung der Netto Lohnersatzquote von 68 vH die jeweiligen Alg-Leistungssätze für 1982 ausge-



wiesen sind, sieht in der Leistungsgruppe B, der die Klägerin gemäß § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst b AFG, hier anwendbar in der Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497), angehört (nicht verheiratet, ein Kind), für ein (wöchentliches) Arbeitsentgelt von 515,-- DM die bewilligten 248,40 DM wöchentlich vor. Der entsprechende Leistungssatz aufgrund der AFG-Leistungsverordnung 1983 vom 23. Dezember 1982 (BGBl I 2038) beträgt zwar nur 246,60 DM; indes sind für Arbeitslose, deren Anspruch auf Alg vor dem 1. Januar 1983 entstanden ist, bis zur Erhöhung des Arbeitsentgelts nach § 112a AFG die Leistungssätze der AFG-Leistungsverordnung 1982 maßgebend, wenn dies - wie hier - für den Berechtigten günstiger ist (§ 2 Abs 2 AFG-Leistungsverordnung 1983). Höheres Alg für die Zeit vom 1. Juli 1982 bis 31. Januar 1983 hätte die Klägerin daher nur zu beanspruchen, wenn die ihr zustehende Leistung nach einem höheren Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) als 515,-- DM zu zahlen wäre. Ob das der Fall ist, kann aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden.

Arbeitsentgelt (Bemessungsentgelt) in diesem Sinne ist nach § 112 AFG, hier anwendbar idF des AFKG, grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (Abs 1 Satz 1). Das dem Alg zugrunde zu legende Bemessungsentgelt ist hiernach das Produkt eines Lohn- und eines Zeitfaktors, die beide den Lohnbedingungen entnommen werden, denen der Arbeitslose im Bemessungszeitraum unterlag. Näheres ergibt sich aus den weiteren Vorschriften der Abs 2 bis 6 des § 112 AFG. Wäre es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart, von dem Arbeitsentgelt nach den Abs 2 bis 6 auszugehen, so ist von dem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen oder mangels einer tariflichen Regelung von dem ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung auszugehen, für die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt (Abs 7). Kann der Arbeitslose infolge tatsächlicher oder rechtlicher Bindungen nicht mehr die Zahl von Arbeitsstunden leisten, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt, so ist bei der Feststellung des Arbeitsentgelts die Zahl der Arbeitsstunden zu-



grunde zu legen, die der Arbeitslose wöchentlich zu leisten imstande ist (vgl Abs 8 Satz 1).

Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen und damit die auf § 112 Abs 7 AFG gestützte Verurteilung der Beklagten durch das SG gebilligt, der Klägerin das Alg auf der Grundlage eines tariflichen Entgelts für eine Vollzeitbeschäftigung zu gewähren, was zu einem Bemessungsentgelt von in etwa 1.000,-- DM (statt 515,-- DM) führen dürfte. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis zu Recht, auch wenn ihre Einwände im wesentlichen fehl gehen.

Die Revision meint grundsätzlich, mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit wäre es nicht unbillig hart iS des § 112 Abs 7 AFG, von dem Arbeitsentgelt nach den Abs 2 bis 6, dh von dem Regelbemessungsentgelt, auszugehen, wenn dessen geringe Höhe darauf zurückzuführen ist, daß bei gleichbleibender Art der Tätigkeit anstelle einer tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit gemäß § 112 Abs 4 Nr 3 AFG eine geringere regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit den Zeitfaktor des Regelbemessungsentgelts bestimmt hat, und es zu dieser geringeren Arbeitszeit aufgrund einer freien persönlichen Lebensentscheidung des Arbeitslosen gekommen ist. Diese Auffassung teilt der Senat nicht.

Der Grundgedanke des § 112 Abs 7 AFG besteht darin, einen Ausgleich für die Fälle zu schaffen, in denen der Arbeitslose gerade in dem verhältnismäßig kurzen Bemessungszeitraum, dessen Lohnbedingungen die Faktoren des Regelbemessungsentgelts zu entnehmen sind, ein wesentlich geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, als es den beitragspflichtigen Tätigkeiten entspricht, die der Arbeitslose überwiegend ausgeübt hat (vgl BSG SozR Nr 5 zu § 90 AVAVG; BSGE 45, 49, 56 f = SozR 4100 § 112 Nr 6; BSGE 53, 186, 191 = SozR 4100 § 112 Nr 20). Entscheidend sind die Unterschiede im Arbeitsentgelt (vgl Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 112 Rz 331 ff). Mit Rücksicht auf die in den letzten drei Jahren überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit kann daher jedes Regelbemessungsentgelt unbillig hart sein (BSGE 62, 43, 48 = SozR 4100 § 112 Nr 31; SozR 4100 § 112 Nrn 35 und 44). Ob es auf den Faktor "durchschnittlich in der Arbeitsstunde im Bemessungszeitraum erzielter Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge" oder den Faktor "regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit" zurückzuführen ist, daß das Regelbemessungsentgelt der überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit in den letzten Jahren nicht gerecht wird, ist gleichgültig. Eine unbillige Härte kann daher auch vorliegen, wenn der Arbeitslose - wie hier die Klägerin als Krankenhausärztin - ununter-



brochen die gleiche Arbeit verrichtet hat (BSG SozR Nr 3 zu § 90 AVAVG; SozR 4100 § 112 Nr 19). Ebensowenig ist eine unbillige Härte ausgeschlossen, wenn der Arbeitslose im Bemessungszeitraum gegenüber der überwiegend ausgeübten Tätigkeit eine geringere regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit gehabt hat (BSG SozR 4100 § 112 Nrn 28, 45 und 47 mwN). Insoweit findet § 112 Abs 7 AFG entgegen der Auffassung des LSG nicht entsprechend, sondern unmittelbar Anwendung; denn Arbeitsentgelt nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ist natürlich auch ein Bemessungsentgelt, dessen Zeitfaktor auf § 112 Abs 4 Nr 3 AFG beruht. Die Rechtsauffassung der Beklagten, wie sie in den geltenden Weisungen zu § 112 Abs 7 AFG zum Ausdruck kommt, weicht hiervon nicht ab (vgl Dienstblatt-Runderlaß Nr 48/84 vom 5. März 1984, Abschnitt IV 2 Abs 1, 2, 6 und 8).

Entgegen der Auffassung der Revision ist eine unbillige Härte auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die geringe Höhe des Regelbemessungsentgelts darauf zurückzuführen ist, daß der Arbeitslose aus freien Stücken zu einer Teilzeitbeschäftigung übergegangen war, wie das hier der Fall sein könnte. Ob eine unbillige Härte vorliegt, ist zum einen nach dem Unterschied zwischen dem Regelbemessungsentgelt und dem Arbeitsentgelt aus der überwiegend ausgeübten Tätigkeit zu beurteilen (BSGE 45, 49, 54 = SozR 4100 § 112 Nr 6; BSGE 53, 186, 191 = SozR 4100 § 112 Nr 20; BSGE 62, 43, 48 = SozR 4100 § 112 Nr 31), zum anderen aber auch nach dem zeitlichen Verhältnis der unterschiedlichen beruflichen Tätigkeiten (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 35). Weshalb das Regelbemessungsentgelt niedriger war, ist dagegen unerheblich. So hat der Senat entschieden, daß einer Anwendung des § 112 Abs 7 AFG nicht entgegensteht, daß der Arbeitslose die überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit aus eigenen Stücken aufgegeben hat (BSGE 63, 153, 162 = SozR 4100 § 112 Nr 39), und daß es unerheblich ist, aus welchen Gründen der Arbeitslose von einer überwiegend ausgeübten beruflichen Vollzeittätigkeit zu einer Teilzeittätigkeit übergegangen ist (BSG SozR 4100 § 112 Nr 45). An dieser Rechtsprechung ist auch angesichts der an ihr geäußerten Kritik (vgl Heuer im Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Januar 1990, § 112 Rz 41) und dem Vorbringen der Revision festzuhalten.

Gegen die Rechtsprechung wird im wesentlichen eingewendet, die überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit sei zwar Ausgangspunkt der Beurteilung, könne aber nicht automatisch eine unbillige Härte begründen. Es könne durchaus ins Gewicht fallen, wenn der Arbeitslose die überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit selbst abschließend aufgegeben habe; denn das Alg sei kein Äquivalent für vergangene Beitragszahlungen (Hennig/Kühl/Heuer aaO). Das



Auseinanderklaffen von Regelbemessungsentgelt und dem Arbeitsentgelt aus der überwiegend ausgeübten Tätigkeit begründet die unbillige Härte nach dieser Auffassung noch nicht, erforderlich sei vielmehr eine zusätzliche Bewertung. Schon nach dem Wortlaut des § 112 Abs 7 AFG ist diese Auffassung nicht gerechtfertigt; danach wird die unbillige Härte des Regelbemessungsentgelts allein anhand der überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit beurteilt, nicht nach den Gründen, die zu dem niedrigen Regelbemessungsentgelt geführt haben. Generell sieht das auch die Beklagte so. In dem schon erwähnten Runderlaß heißt es unter IV 2 Abs 8 Satz 2 ausdrücklich, daß es auf die Gründe, weshalb das Arbeitsentgelt nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG niedriger gewesen sei als das früher erzielte, grundsätzlich nicht ankomme. Diese Betrachtung entspricht der Struktur des § 112 AFG, das Bemessungsentgelt an objektiven Gegebenheiten auszurichten. Will man das Auseinanderklaffen des Regelbemessungsentgelts und des Arbeitsentgelts aus der überwiegend ausgeübten Tätigkeit dagegen nicht genügen lassen, sind bei der erstmaligen Bewilligung von Alg nicht nur weitere Tatsachen zu ermitteln, sondern anschließend alle Umstände zu bewerten, ob sie die Annahme einer unbilligen Härte rechtfertigen. Dieses Verfahren, insbesondere die Berücksichtigung der Gründe, die zu dem niedrigeren Regelbemessungsentgelt geführt haben, widerspräche aber der mit § 112 AFG an sich verfolgten Absicht, das Bemessungsentgelt nach einfach festzustellenden und objektiv überprüfbaren Maßstäben zu bestimmen. Schon ob zB Teilzeitarbeit im Bemessungszeitraum "wegen erfolgloser Bemühungen um Vollzeitarbeit aufgenommen und aufrechterhalten" worden ist, worauf die Beklagte unter IV 2 Abs 8 Satz 3 des schon genannten Runderlasses (im Gegensatz zu dem unmittelbar vorher ausgesprochenen Grundsatz) abzuheben scheint, ist von einer Bewertung des Verhaltens des Arbeitslosen abhängig. Bewertungsfragen ergeben sich vor allem, wenn der Arbeitslose im Bemessungszeitraum ein höheres Arbeitsentgelt hätte erzielen können, hierauf aber aus Gründen verzichtet hat, die er selbst für triftig hält. Der vorliegende Fall und die Auffassung des LSG, daß es dann darauf ankomme, ob die Entscheidung des Arbeitslosen auf einem vernünftigen sozialverträglichen Lebensplan beruhe (vgl auch Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 112 Rz 364 f), geben hierfür ein anschauliches Beispiel. Die Revision wendet sich dagegen zwar mit dem zutreffenden Hinweis, daß die Entscheidung damit von subjektiven sozialen Wertvorstellungen abhängig gemacht werde, mit denen sich nahezu jedes Ergebnis begründen lasse. Die Beklagte übersieht dabei indessen, daß sich derartige Wertungen auch nicht vermeiden lassen, stellte man ua auf die Gründe ab, die zu dem niedrigen Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum geführt haben. So dürfte zB eine - positive - Wertung der Motivation der



Arbeitslosen der Aussage des genannten Dienstblatt-Runderlasses zugrunde liegen, wonach der Annahme einer unbilligen Härte nicht entgegensteht, daß das Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum in einer Beschäftigung als Auszubildender erzielt worden ist (IV 2 Abs 8 Satz 3 aaO).

Die Auffassung des Senats, nach der es vor allem darauf ankommt, daß der Vergleich beider Entgelte die unbillige Härte ergibt, erleichtert den Arbeitsämtern die Erkenntnis, wann ein Härtefall gegeben ist, und gewährleistet am ehesten eine gleichmäßige Anwendung der Härtevorschrift. Der Einwand der Revision, die Rechtsprechung des Senats führe in zahlreichen Fällen zu einer Lohnersatzleistung, die das zuletzt tatsächlich erzielte und der Berufsplanung des Arbeitslosen entsprechende Arbeitsentgelt übersteige, kann demgegenüber nicht verfangen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß dann, wenn der Arbeitslose nach Aufgabe einer früher ausgeübten beruflichen Tätigkeit wegen Verfalls der Kenntnisse oder aus anderen Gründen nicht mehr in der Lage sein sollte, dieser Tätigkeit nachzugehen, dies entsprechend der Systematik des Gesetzes bei der Rechtsfolge des § 112 Abs 7 AFG zu berücksichtigen ist (BSGE 45, 49, 59 = SozR 4100 § 112 Nr 6; SozR 4100 § 112 Nr 19; BSGE 63, 153, 162 = SozR 4100 § 112 Nr 39). Nichts anderes gilt, wenn der Arbeitslose - zB infolge tatsächlicher oder rechtlicher Bindungen - nicht die Zahl von Arbeitsstunden leisten kann, die die nach § 112 Abs 7 AFG maßgebliche tarifliche Regelung als die regelmäßige wöchentliche Arbeitsstundenzahl vorsieht. In einem solchen Falle ist auch bei einem nach § 112 Abs 7 AFG zu ermittelnden Arbeitsentgelt diesem nur die Zahl von Arbeitsstunden zugrunde zu legen, die der Arbeitslose wöchentlich zu leisten imstande ist (§ 112 Abs 8 AFG). Im übrigen übersteigt, wenn § 112 Abs 7 AFG Anwendung findet, das nach dieser Vorschrift zu bestimmende Bemessungsentgelt immer das Regelbemessungsentgelt, so daß ggf auch die Lohnersatzleistung das tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt übersteigen kann. Das gilt zB in dem auch von der Beklagten anerkannten Härtefall, daß das Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum in einer Beschäftigung als Auszubildender erzielt worden ist (IV 2 Abs 8 Satz 3 des Dienstblatt-Runderlasses 48/84 vom 5. März 1984).

Geht hiernach die Revision fehl, wenn sie meint, in Fällen vorliegender Art komme eine unbillige Härte iS des § 112 Abs 7 AFG von vornherein nicht in Betracht, muß die Revision dennoch zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LSG führen; denn zu Unrecht ist das LSG schon aufgrund der bislang getroffenen Feststellungen davon ausgegangen, daß die Zugangsvoraussetzungen des § 112 Abs 7 AFG vorliegen. Zur Prüfung, ob eine unbillige Härte



vorliegt, ist nämlich das nach § 112 Abs 2 bis 6 AFG ermittelte Bemessungs-entgelt dem Arbeitsentgelt gegenüberzustellen, das der Arbeitslose aus der überwiegend ausgeübten beruflichen Tätigkeit erzielt hat (BSGE 45, 49, 54 = SozR 4100 § 112 Nr 6; BSGE 53, 186, 191 = SozR 4100 § 112 Nr 20). Ob eine solche Gegenüberstellung vorliegend eine unbillige Härte ergibt, läßt sich jedoch nicht entscheiden; denn das Regelbemessungsentgelt ist den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen.

Nach § 112 Abs 2 AFG ist Arbeitsentgelt, wie erwähnt, das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Die Bestimmung des Bemessungszeitraums hat daher regelmäßig jeder weiteren Anwendung des § 112 Abs 2 AFG vorauszugehen (BSGE 64, 179, 180 = SozR 4100 § 112 Nr 43; SozR 4100 § 112 Nr 48).

Bemessungszeitraum sind nach § 112 Abs 3 Satz 1 AFG idF des AFKG die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Abgerechnet ist ein Lohnabrechnungszeitraum, wenn der Arbeitgeber das für diesen Zeitraum erarbeitete Arbeitsentgelt vollständig errechnet hat, so daß das Arbeitsentgelt nunmehr ohne weitere Rechenoperationen an den Arbeitnehmer ausgezahlt oder überwiesen werden kann (BSGE 64, 179, 180 f = SozR 4100 § 112 Nr 43 mwN). Werden neben festen Bezügen von Lohnabrechnungszeitraum zu Lohnabrechnungszeitraum unterschiedlich hohe Vergütungen gewährt, zB Provision vom erzielten Umsatz, Vergütungen für besondere Arbeiten oder für Mehrarbeit, liegt eine Abrechnung erst vor, wenn auch diese Vergütungen errechnet sind. Bei Ärzten, die bei Leistung von Bereitschaftsdiensten neben festen Bezügen Anspruch auf Bereitschaftsdienstvergütungen haben, ist ein Lohnabrechnungszeitraum mithin erst abgerechnet, wenn auch die Bereitschaftsdienstvergütung errechnet ist (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 48). Welcher Lohnabrechnungszeitraum vor dem Ausscheiden der Klägerin aus dem Beschäftigungsverhältnis im Kinderkrankenhaus in diesem Sinne zuletzt abgerechnet war, hat das LSG nicht festgestellt. Infolgedessen läßt sich das Bemessungsentgelt schon mangels Bestimmbarkeit des Bemessungszeitraums nicht errechnen.



Hiernach sind schon zur Beurteilung der Frage, ob die Zugangsvoraussetzungen des § 112 Abs 7 AFG gegeben sind, weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich, so daß das angefochtene Urteil keinen Bestand haben kann, die Sache vielmehr gemäß § 170 Abs 2 SGG an das LSG zurückverwiesen werden muß.

Für die erneute Entscheidung wird aus gegebenem Anlaß auf folgendes hingewiesen:

Sollte der Bemessungszeitraum lediglich Zeiten nach dem 30. November 1981 umfassen, ist der Zeitfaktor des Regelbemessungsentgelts, dh die Zahl der Arbeitsstunden, mit der das im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge zu vervielfältigen ist, der dann geltenden Arbeitszeitvereinbarung zu entnehmen. Als Vervielfältiger ist allgemein die Zahl der Arbeitsstunden anzusetzen, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG). Als tarifliche regelmäßige Arbeitszeit ist jedoch die vereinbarte Arbeitszeit zugrunde zu legen, wenn nicht nur vorübergehend weniger als die tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart waren (§ 112 Abs 4 Nr 3 AFG). Ein solcher Fall könnte dann gegeben sein.

Die Annahme der Beklagten, aufgrund der Vereinbarung mit dem Arbeitgeber habe die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin in der Zeit nach dem 30. November 1981 20 Wochenstunden betragen, muß indessen nicht richtig sein. Die Regelmäßigkeit einer vereinbarten Arbeitszeit, auf die § 112 Abs 2 und Abs 4 AFG abhebt, kennzeichnet sich wesentlich dadurch, daß der Arbeitnehmer verpflichtet ist, regelmäßig die vereinbarte Stundenzahl zu arbeiten, andererseits auch Anspruch darauf hat, daß der Arbeitgeber - ungeachtet ob er für die Arbeit Verwendung hat - nach Maßgabe der vereinbarten Arbeitszeit die Vergütung zahlt (vgl das nicht veröffentlichte Urteil des Senats vom 16. August 1989 - 7 RAr 136/88 -). Wird vereinbart, daß der Arbeitnehmer neben einer genannten Wochenstundenzahl weitere Arbeitszeiten zu erbringen hat, von deren regelmäßigem Anfall in einem bestimmten Umfange die Arbeitsvertragsparteien ausgehen, gehören auch die so anfallenden Arbeitsstunden zur regelmäßigen Arbeitszeit. Das gilt auch dann, wenn für die zusätzliche Arbeit Zuschläge in Höhe des Überstunden-(Mehrarbeits-)Zuschlags zu zahlen sind; denn der Charakter der Regelmäßigkeit einer Arbeitszeit geht dadurch nicht verloren (BSG SozR 4100 § 69 Nr 2; Urteil des Senats vom 16. August 1989 - 7 RAr 136/88 -). Wird also zB vereinbart, daß der Arbeitnehmer von montags bis freitags vier (statt der tariflichen acht) Stunden und darüber hinaus



in jeder Woche zwei weitere Stunden zu arbeiten hat, letztere allerdings gegen Überstundenvergütung, beträgt die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 22 Stunden.

Der Berücksichtigung auch zusätzlicher regelmäßiger Arbeitszeit neben einer "normalen" Arbeitszeit beim Zeitfaktor steht der Grundsatz des § 112 Abs 2 und Abs 4 AFG nicht entgegen, nach dem als Zeitfaktor dem Bemessungsentgelt allenfalls die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zugrunde gelegt wird, die der Tarifvertrag vorsieht, ein Tarifvertrag erlaubt oder, falls eine tarifliche Regelung nicht besteht, für gleiche oder ähnliche Beschäftigungen üblich ist. Denn damit wird als Zeitfaktor nur eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausgeschlossen, soweit sie die tarifliche Arbeitszeit übersteigt. Dieser Grundsatz beruht auf der Erwägung, daß nicht unterstellt werden kann, daß der Leistungsempfänger, der im Bemessungszeitraum eine besonders hohe Arbeitsleistung erbracht hat, Gelegenheit haben wird, diese fortlaufend auch in einem anderen Beschäftigungsverhältnis zu erbringen (BSGE 51, 64, 66 = SozR 4100 § 112 Nr 15). Die Nichtberücksichtigung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit, soweit sie die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit übersteigt, soll im übrigen aus Gründen der Vermittelbarkeit gewährleisten, daß das Alg im Regelfall an das normale tarifliche Nettoarbeitsentgelt nicht etwa heranreicht (BSG SozR 4100 § 112 Nr 22 mwN). Von seinem Zweck her greift der Grundsatz daher nicht Platz, solange die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit bzw in Ermangelung einer tariflichen Regelung die übliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nicht erreicht oder überschreitet.

Da die Klägerin nach dem Übergang zur Teilzeitarbeit Bereitschaftsdienste entsprechend dem Arbeitsanfall leisten sollte, könnte die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit um die Arbeitsstunden zu erhöhen sein, die während regelmäßig zu leistender Bereitschaftsdienste regelmäßig anzufallen pflegen. Abzustellen wäre nicht auf die Stunden, die die Bereitschaftsdienste dauern, sondern auf die Stunden, in denen der Arbeitnehmer während der Bereitschaft Arbeit leistet (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 22 S 101 f). Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Klägerin betrüge allerdings, wie von der Beklagten und den Vorinstanzen angenommen, 20 Stunden, wenn die Bereitschaftsdienste durch entsprechende Freizeit (in der normalen Arbeitszeit) abgegolten werden sollten, wie dies nach Nr 8 Abs 4 der Sonderregelungen für Angestellte als Ärzte und Zahnärzte an den in den SR 2a und SR 2b genannten Anstalten und Heimen zum Bundes-Angestelltentarifvertrag (SR 2c BAT in der 1982 geltenden Fassung) möglich ist, mit denen das im vorliegenden Falle anwendbare



Tarifrecht im wesentlichen übereinstimmen dürfte; denn in einem solchen Fall übernimmt der Arbeitnehmer nicht die Verpflichtung zur zusätzlichen Arbeit.

Ergibt sich, daß weniger als die tarifliche regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart waren, war diese Vereinbarung nicht nur von vorübergehender Natur. Ob eine Arbeitszeitvereinbarung vorübergehender Natur ist, ist grundsätzlich allein nach dem Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen, für das die Vereinbarung getroffen worden ist (BSG SozR 4100 § 112 Nr 28). Der Annahme der Vereinbarung einer nicht nur vorübergehenden geringeren als der tariflichen wöchentlichen regelmäßigen Arbeitszeit steht daher nicht entgegen, daß die Klägerin in ihrem früheren Beschäftigungsverhältnis ganztags gearbeitet hat und etwa vorhatte, nach dem infolge Schließung des Kinderkrankenhauses eintretenden Ende ihres Arbeitsverhältnisses wieder eine Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen. Im allgemeinen ist, wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, eine Arbeitszeitvereinbarung nicht nur vorübergehender Natur, wenn die Vereinbarung unbefristet geschlossen und eine Änderung in absehbarer Zeit nicht geplant gewesen ist. Ob dies auch dann gilt, wenn das Ende des Beschäftigungsverhältnisses fest- oder bevorstand, bleibt dahingestellt. Denn jedenfalls ist eine Arbeitszeitvereinbarung, die ggf für sechs oder wie hier sieben Monate maßgebend sein sollte, nach den Zwecken des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG nicht nur vorübergehend vereinbart. Nach dem Regelungszusammenhang des § 112 Abs 2 AFG müssen sich kürzere als die tarifliche oder übliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Bemessungszeitraum an sich immer auf das Bemessungsentgelt auswirken, weil das Bemessungsentgelt andernfalls höher als das Arbeitsentgelt sein könnte, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat. Letzteres widerspräche aber dem Grundsatz des Gesetzes, die Höhe des Alg an das bisher aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung erzielte Arbeitsentgelt anzuknüpfen (vgl BSGE 53, 186, 189 = SozR 4100 § 112 Nr 20). Wenn nach § 112 Abs 4 Nr 3 AFG nun eine nur vorübergehend vereinbarte kürzere als die tarifliche oder übliche Arbeitszeit unberücksichtigt bleibt, kann dies nur für eine für ganz wenige Monate getroffene, das Beschäftigungsverhältnis im übrigen nicht prägende Arbeitszeitvereinbarung gelten (BSG SozR 4100 § 112 Nr 28).

Zur Ermittlung des Lohnfaktors (Durchschnittsstundenlohn) des Regelbemessungsentgelts ist das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt durch die Zahl der Arbeitsstunden zu teilen, für die das Arbeitsentgelt gezahlt worden ist. Von dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt (festes Monatsgehalt und Bereitschaftsdienstvergütungen) sind vorab alle Entgelte, die nicht der Beitragspflicht unterliegen (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 48), sowie die Mehr-



arbeitszuschläge abzusetzen. Nicht die Gesamtvergütung für Mehrarbeit, sondern nur die Zuschläge sind abzusetzen, die vom Arbeitgeber allein deshalb gezahlt worden sind, weil Arbeit über die Arbeitszeit hinaus erbracht worden ist, die Arbeitsvertragsparteien als die gewöhnliche und regelmäßige ansehen (BSG SozR 4100 § 112 Nr 29). Dabei wird zu beachten sein, daß hierzu nicht Zuschläge zählen, die für bestimmte (Spitzen-)Stunden innerhalb einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zu zahlen sind (Urteil des Senats vom 16. August 1989 - 7 RAr 136/88 -; Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 112 Rz 155). Zu berücksichtigen sind von den Bereitschaftsdienstvergütungen also neben dem normalen Stundenlohn auch Vergütungen, die etwa die erzwungene Anwesenheit an einem vom Arbeitgeber zu bestimmenden Ort und die besonderen Nachteile abgelden, die sich durch eine besonders hohe Zahl von erbrachten Bereitschaftsdiensten ergeben (vgl SozR 4100 § 112 Nr 22 S 102). Neben einem Normalstundenlohn dürften die Bereitschaftsdienstvergütungen übrigens nicht nur Mehrarbeitszuschläge enthalten. Die erwähnten Sonderregelungen sehen nämlich eine, wenn auch geringere Bereitschaftsdienstvergütung selbst für den Fall vor, daß geleisteter Bereitschaftsdienst durch entsprechende Arbeitsbefreiung abgegolten wird (Nr 8 Abs 4 Satz 2 SR 2c BAT).

Was die Zahl der Arbeitsstunden angeht, für die das Arbeitsentgelt gezahlt worden ist, treten zu den im Bemessungszeitraum angefallenen "normalen" Arbeitsstunden die im Bereitschaftsdienst erbrachten Arbeitsstunden hinzu, soweit diese nicht durch Freizeit ausgeglichen worden sind. Auch hierbei kommt es auf die Stunden an, in denen der Arbeitnehmer während der Bereitschaft Arbeit geleistet hat, nicht auf die Stunden, in der sich der Arbeitnehmer bereithalten hat und auch nicht auf die Stundenzahl, mit der der Arbeitgeber Zeiten des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit gewertet hat, um den Bereitschaftsdienst einschließlich der geleisteten Arbeit tarifgemäß zu vergüten. Auch insoweit wird auf BSG SozR 4100 § 112 Nr 22 S 101 f hingewiesen.

Das so gemäß § 112 Abs 2 AFG ermittelte Regelbemessungsentgelt ist zur Prüfung nach § 112 Abs 7 AFG dem Arbeitsentgelt aus der Vollzeitbeschäftigung gegenüberzustellen, allerdings ohne solche Lohnbestandteile, deren Berücksichtigung nach § 112 Abs 2 AFG ausgeschlossen ist. Ergibt sich angesichts dieses Vergleichs eine unbillige Härte, die erst bei einem deutlich höheren Entgelt gegeben ist (vgl SozR 4100 § 112 Nr 19; BSGE 62, 43, 48 = SozR 4100 § 112 Nr 31; SozR 4100 § 112 Nr 35; BSGE 63, 153, 162 = SozR 4100 § 112 Nr 39), wird hinsichtlich der Rechtsfolge aus § 112 Abs 7 AFG zu prüfen sein, inwieweit die Klägerin während ihrer Arbeitslosigkeit objektiv verfügbar



war, insbesondere ob einer Vollzeittätigkeit nicht die Betreuung ihres Kindes entgegenstand; denn nur dann ist das Bemessungsentgelt nach § 112 Abs 7 AFG auf der Grundlage der vollen tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zu ermitteln. Schließlich wird das LSG ggf zu beachten haben, daß sich ein nach § 112 Abs 7 AFG maßgebliches Arbeitsentgelt nicht, wie das SG gemeint hat, nach der im Juli 1982, sondern nach der am 30. Juni 1982 geltenden tariflichen Regelung richtet (vgl BSG SozR 4100 § 112 Nr 41).



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)