

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 37/96 R

.....

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat am 26. März 1998 ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e** und **V o e l z k e** sowie die ehrenamtlichen Richter **G e h r k e n** und **H a n e l** für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 13. März 1996 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



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



Gründe:

I

Die Klägerin erstrebt einen höheren Lohnkostenzuschuß.

Die Klägerin beantragte im Oktober 1993 nach den Richtlinien zur Durchführung der "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose" der Bundesregierung (vom 16. Juni 1989, BAnz 3013, idF der Änderung vom 20. Dezember 1991, BAnz 1992, 45) eine Beschäftigungshilfe für die Einstellung des 1953 geborenen und seit Juni 1992 arbeitslosen R als Maschinenarbeiter am 1. Dezember 1993.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 2. Dezember 1993 bewilligte das Arbeitsamt Iserlohn der Klägerin eine Beschäftigungshilfe für 12 Monate, und zwar in Höhe von 1.256,11 DM monatlich (= 60 % eines Bruttoarbeitsentgelts von 2.093,52 DM) von Dezember 1993 bis Mai 1994 und in Höhe von 837,41 DM (= 40 % von 2.093,52 DM) für Juni bis November 1994. Dem Bruttoarbeitsentgelt von 2.093,52 DM liegt ein Stundenlohn von 13,42 DM zugrunde, nämlich der auf 91,8 % geminderte Ecklohn (ohne Leistungszulage) der Lohngruppe 2 von 14,62 DM ($14,62 \text{ DM} \times 91,8 : 100 = 13,42 \text{ DM}$), den § 9 Nr 3 des Lohnrahmenabkommens für Zeitlohnarbeit der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie in Nordrhein-Westfalen für die ersten acht Wochen der Betriebszugehörigkeit vorsah, und die im Manteltarifvertrag vorgesehene regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 36 Stunden ($13,42 \text{ DM} \times 36 \times 13 : 3 = 2.093,52 \text{ DM}$). Die Klägerin ist tarifgebunden; nach ihren Angaben im Antrag finden die tariflichen Vorschriften Anwendung.

Der Widerspruch, mit dem die Klägerin geltend machte, die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von R betrage 37,25 Stunden und außerdem zahle sie auch in den ersten acht Wochen schon ungekürzten Lohn und die tarifliche Leistungszulage, insgesamt 2.550,00 DM brutto monatlich, hatte keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 14. Juni 1994). Das Sozialgericht hat die Klage und das Landessozialgericht (LSG) die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (Urteile vom 26. Januar 1995 und vom 13. März 1996).

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, Rechtsgrundlage der Klage sei die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und der Beklagten über die Durchführung eines einmaligen Sonderprogramms "Aktion Beschäftigungshilfe für Langzeitarbeitslose" in Verbindung mit den Richtlinien. Nach § 3 der Richtlinien, deren Grundvoraussetzungen im übrigen vorlägen, betrage der Zuschuß die von der Beklagten zugrunde gelegten Prozentsätze des tariflichen oder, soweit eine tarifliche Regelung nicht bestehe, des im Beruf ortsüblichen Arbeitsentgelts zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, dh des Arbeitsentgeltes, das der Arbeitnehmer für den ersten regulären Lohnabrechnungs-



zeitraum erhalte. Maßgebend sei danach das tarifliche oder ortsübliche Arbeitsentgelt, nicht ein höheres Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber gezahlt habe. Das tarifliche Arbeitsentgelt sei zutreffend bestimmt worden. R habe nur der auf 91,8 % geminderte Tariflohn und keine Zulage zugestanden. Die wöchentliche tarifliche Arbeitszeit habe nach § 3 Nr 1 des Manteltarifvertrages 36 Stunden betragen. Zwar könne diese Arbeitszeit für einzelne Arbeitnehmer bis zu 40 Stunden verlängert werden, indes nur für 18 % aller Beschäftigten. Da alle Arbeitnehmer der Klägerin 37,25 Wochenstunden gearbeitet hätten, sei die auch mit R vereinbarte Arbeitszeit von 37,25 Wochenstunden tariflich nicht zulässig gewesen. Insoweit spiele das für Arbeitnehmer geltende Günstigkeitsprinzip keine Rolle, da es vorliegend um die Förderungsfähigkeit von Arbeitsentgelt gehe.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung der §§ 3 ff Tarifvertragsgesetz (TVG). Es fehle eine Bindung an die vom LSG angewendeten tariflichen Vorschriften, da der Arbeitnehmer R einer Gewerkschaft nicht angehöre (§ 3 Abs 1 TVG) und die Tarifverträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden seien (§ 5 TVG). Die Vereinbarung über die individuelle regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit sei im übrigen auch keine betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Frage, an die der Arbeitnehmer bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach § 3 Abs 2, § 4 Abs 1 Satz 2 TVG gebunden werde; denn die entsprechenden Tarifregelungen bestimmten den materiellen Inhalt des Arbeitsvertrages. Im übrigen sei die Vereinbarung einer Arbeitszeit von 37,25 Stunden nach § 4 Abs 3 TVG zulässig, weil eine solche Arbeitszeit eine Änderung der tariflichen Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers bedeute. Schließlich habe das LSG § 3 Abs 3 der Richtlinien verletzt, die ausdrücklich auf die tatsächlich gezahlte Vergütung, hier also auf die gezahlten 2.550,00 DM monatlich abstellten. Die Auffassung des LSG führe im übrigen zur Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. So erhielten Arbeitgeber, die keinem Arbeitgeberverband angehörten, von der Beklagten ohne weiteres die Beschäftigungshilfe unter Zugrundelegung von 40 Stunden pro Woche. Das Ziel der "Aktion Beschäftigungshilfe für Langzeitarbeitslose", nämlich die Förderung der Einstellung dieser Personen, rechtfertige eine Ungleichbehandlung zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern jedoch nicht. Hinzu komme, daß eine Betrachtung im Lichte des Art 9 Abs 3 des Grundgesetzes (GG) geboten sei; denn wenn der nicht tarifgebundene Arbeitgeber bessergestellt werde als der verbandsangehörige, so beeinträchtige dies Entscheidungen im Hinblick auf die positive Koalitionsfreiheit.



Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 2. Dezember 1993 idF des Widerspruchsbescheides vom 14. Juni 1994 zu verurteilen, ihr eine höhere Beschäftigungshilfe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Höhe des Lohnkostenzuschusses bestimme sich allein nach § 3 Abs 2 der Richtlinien, wonach der Zuschuß einen bestimmten Prozentsatz des tariflichen Arbeitsentgelts zu Beginn des Arbeitsverhältnisses ausmache. Die Regelung des § 3 Abs 3 der Richtlinien stelle nur als maßgeblichen zugrunde zu legenden Zeitraum hierfür auf den ersten Lohnabrechnungszeitraum ab. Sie besage nicht, daß das in diesem Bezugszeitraum tatsächlich gezahlte Arbeitsentgelt maßgebend sei, weil Abs 3 sonst im Widerspruch zu Abs 2 stehen würde. Auszugehen sei daher nicht von dem von der Klägerin im ersten Lohnabrechnungszeitraum tatsächlich gezahlten, sondern von dem tariflichen Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer im ersten Lohnabrechnungszeitraum zugestanden habe. Demgegenüber griffen die tarifrechtlichen Erwägungen der Revision nicht durch, weil die Förderungsrichtlinien nicht auf die individuelle arbeitsrechtliche Situation des Arbeitnehmers abstellten, soweit es um Förderungsmaßstäbe gehe.

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

II

Die Revision ist nicht begründet.

1. Als Rechtsgrundlage des Begehrens der Klägerin auf eine höhere Beschäftigungshilfe hat das LSG die 1989 getroffene Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und der Beklagten über die Durchführung eines einmaligen Sonderprogramms "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose" in Verbindung mit den dazu erlassenen Richtlinien angesehen. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Die Klägerin kann ihre Klage auf höhere Beschäftigungshilfe nicht auf eine Rechtsansprüche im Außenverhältnis begründende Rechtsnorm stützen.

a) Zwar ermöglichten auch die §§ 91 ff Arbeitsförderungsgesetz (AFG) Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose, nicht aber für die 1993 vorgenommene Einstellung des damals 40jährigen R; denn die Lohnkostenzuschüsse nach den §§ 97 ff AFG waren nur für Arbeitslose vorgesehen, die mindestens 50 Jahre alt waren (§ 97 Abs 3 AFG in der zuletzt



durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 vom 22. Dezember 1989, BGBl I 2406, geänderten Fassung). Die vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung erlassenen Richtlinien, die im Gegensatz dazu auch die Förderung der Einstellung von Arbeitslosen unter 50 Jahren ermöglichen, verschaffen als solche der Klägerin keine Rechte. Sie gleichen zwar, soweit sie Grund, Höhe und Dauer der Beschäftigungshilfen regeln, gesetzlichen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Mittel wie den §§ 97 ff AFG, ermangeln aber trotz ihres gesetzesvertretenden Inhalts nach der Ordnung des GG der Rechtsnormqualität (vgl BSGE 48, 120, 128 = SozR 4100 § 152 Nr 9; BSGE 54, 286, 289 = SozR 3870 § 8 Nr 1; SozR 3870 § 8 Nr 2; BVerwG 58, 45, 49). Denn der Erlaß von Rechtsnormen ist grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten; wenn das Gesetz hierzu ermächtigt, können Rechtsnormen auch durch Verordnung erlassen werden. Soweit die Haushaltspläne des Bundes Mittel für die "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose" zur Verfügung stellen, ist die Bundesregierung in Ermangelung einer Inhalt, Zweck und Ausmaß des Programms bestimmenden gesetzlichen Ermächtigung nach Art 80 Abs 1 GG zum Erlaß von Rechtsverordnungen nicht in der Lage, Rechtsansprüche von Arbeitgebern gegen die Beklagte unmittelbar auf Förderleistungen aus Bundesmitteln oder auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über solche Mittel zu begründen.

b) Etwas anderes ergibt sich nicht aus der Ermächtigung der Bundesregierung, der Beklagten durch Rechtsverordnung weitere Aufgaben zu übertragen, die im Zusammenhang mit den Aufgaben nach dem AFG stehen (§ 3 Abs 5 1. Halbsatz AFG). Abgesehen davon, daß die Bundesregierung die Richtlinien nicht als Rechtsverordnung erlassen hat, ermöglicht § 3 Abs 5 AFG nur, die Verwaltungszuständigkeit der Beklagten um Aufgaben zu erweitern, die nach der Kompetenzvermutung der Art 30 und 84 GG sonst von den Ländern wahrzunehmen wären; weil diese Interessen der Länder betroffen werden, zählt § 237 AFG die Rechtsverordnung nach § 3 Abs 5 AFG nicht zu den Verordnungen, die der Zustimmung des Bundesrates nicht bedürfen. Zu materiellen Regelungen, also zum Erlaß von beliebigen "Leistungsgesetzen" durch Rechtsverordnung, wenn sie nur mit den gesetzlichen Aufgaben der Beklagten im Zusammenhang stehen, ermächtigt § 3 Abs 5 AFG nicht; mag der Zweck einer solchen Ermächtigung noch anhand der gesetzlichen Aufgaben der Beklagten bestimmbar sein, Inhalt und insbesondere Ausmaß der zu treffenden Regelung wären es keineswegs (so zutreffend Gagel, AFG, Stand 1996, § 3 RdNr 8 f; wohl anderer Ansicht, aber unklar Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, Stand Juli 1997, § 3 Anm 14.1 ff; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wissing, AFG, 3. Aufl, Stand Mai 1996, § 3 Anm 10 ff). Auch die durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 (vom 22. Dezember 1983, BGBl I 1532, 1554) eingefügte Vorschrift des § 3 Abs 5 2. Halbsatz AFG, nach der die Bundesregierung der Beklagten die Durchführung befristeter Arbeitsmarktprogramme durch Verwaltungsvereinbarung übertragen kann, betrifft nur die Verwaltungskompetenz und ermächtigt die Bundesregierung nicht, bezüglich befristeter Arbeitsmarktprogramme durch im GG nicht vorgesehene Rechtsquellenarten Rechtsnormen zu erlassen.



c) Ein Rechtsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte läßt sich schließlich nicht auf die Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und der Beklagten über die Durchführung eines einmaligen Sonderprogramms "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose" stützen, die im Zusammenhang mit dem Erlaß der Richtlinien vom 16. Juni 1989 durch die Bundesregierung abgeschlossen worden ist. Allerdings hat der 7. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in dem vom LSG erwähnten nicht veröffentlichten Urteil vom 24. November 1994 - 7 RAr 54/93 - angenommen, die in Art 1 Abs 1 der Vereinbarung vorgesehene Gewährung von Lohnkostenzuschüssen an Arbeitgeber könne einen - die in dem damals anhängigen Verfahren maßgebenden Richtlinien einschließenden - öffentlich-rechtlichen Vertrag zugunsten Dritter, dh der Arbeitgeber, darstellen, aus dem sich Ansprüche der Arbeitgeber gegen die Beklagte stützen ließen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dem zu folgen wäre, wenn über die Förderung der Einstellung eines Langzeitarbeitslosen in der Zeit vom 1. Juli 1989 bis 31. Dezember 1991 zu entscheiden ist, die die Richtlinien in der ursprünglichen Fassung vom 16. Juni 1989 regeln. Allerdings sei bemerkt, daß dem Wortlaut der Vereinbarung nicht zu entnehmen ist, daß jedem Arbeitgeber ein Anspruch gegen die Beklagte zustehen sollte, zumal nach § 1 Abs 3 der Richtlinien ein Rechtsanspruch auf Förderung gerade nicht besteht. Abgesehen davon dürften der Bundesregierung und der Beklagten versagt sein, allgemeine Rechtsansprüche durch Vertrag zu schaffen, die sie nicht auf Grund einer Rechtsetzungsermächtigung, also durch Rechtsverordnung oder Satzung, zu schaffen befugt sind. Doch braucht dies nicht vertieft zu werden. Denn die Vereinbarung ist lediglich über das 1989 vorgesehene Aktionsprogramm abgeschlossen worden, das in den Richtlinien vom 16. Juni 1989 zum Ausdruck gekommen ist. Dieses Programm sah nur die Förderung von Einstellungen in den Jahren 1989 bis 1991 mit einem Ausgabevolumen in den Jahren 1989 bis 1992 von insgesamt 1,5 Milliarden DM vor, die ausdrücklich in Art 1 Abs 3 der Vereinbarung genannt sind. Die Förderung von Einstellungen, die - wie die des R - 1993 vorgenommen worden sind, wird durch die Vereinbarung nicht mehr erfaßt. Daß die Bundesregierung das Aktionsprogramm 1991 zeitlich verlängert und um weitere 650 Millionen DM erhöht hat, so daß schließlich auch Einstellungen in den Jahren 1992 bis 1993 gefördert werden konnten, was Haushaltsmittel bis 1994 erforderte (vgl Titel 683 01 Kapitel 1112 Einzelplan 11 des Bundeshaushaltsplans 1992; Änderung der Richtlinien vom 20. Dezember 1991, BAnz 1992, 45), hat nicht zu einer erneuten Verwaltungsvereinbarung oder einer Ergänzung der 1989 getroffenen Vereinbarung geführt. Auch anläßlich der weiteren Verlängerung des Programms für 1994 (Zweite Änderung der Richtlinien vom 20. Dezember 1993, BAnz 1994, 3) und der Neuauflage für die Jahre 1995 bis 1999 (Richtlinien zur Durchführung der "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose 1995 bis 1999" vom 16. Februar 1995, BAnz 1995, 1686) ist eine Vereinbarung nicht getroffen worden. Eine Verwaltungsvereinbarung wäre aber schon nach § 3 Abs 5 2. Halbsatz AFG erforderlich gewesen. Denn da nach dieser Vorschrift der Beklagten nur die Durchführung befristeter Arbeitsmarktprogramme durch Verwaltungsvereinbarung



übertragen werden darf, erfordert jede zeitliche Verlängerung einer befristeten Aktion eine erneute Vereinbarung; anderenfalls könnte die vom Bundesrechnungshof 1976 und 1978 kritisierte Praxis der Bundesregierung, ohne Beteiligung des Bundesrates und ohne Erstattung entstehender Verwaltungskosten der Beklagten weitere Aufgaben zu übertragen (vgl dazu Bemerkungen des Bundesrechnungshofs zur Bundeshaushaltsrechnung 1978, BT-Drucks 9/38 S 20), die 1983 zu der Ergänzung des § 3 Abs 5 AFG geführt hat, fast ungehindert dadurch fortgesetzt werden, daß die Bundesregierung befristete Programme, deren Durchführung die Beklagte einmal durch Verwaltungsvereinbarung übernommen hat, bei Fristablauf durch Verlängerung der Frist beliebig zeitlich und durch weitere Haushaltsmittel auch in ihrem Umfang ausdehnt.

2. Daß der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nicht auf ein für alle geltende Rechtsnorm gestützt werden kann, macht die Klägerin nicht schutzlos. Sie kann vielmehr verlangen, bei der Vergabe der für die "Aktion Beschäftigungshilfen für Langzeitarbeitslose" zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel nach Art 3 Abs 1 GG in gleicher Weise wie andere Arbeitgeber behandelt zu werden, soweit die Vergabe als solche oder die Richtlinien nicht gesetzwidrig sind (vgl BSGE 60, 230, 236 f; BVerwGE 44, 72, 74 f; 8, 4, 10; 34, 278, 281; 36, 323, 327; 61, 15, 18). Die Kontrolle der Verwaltung durch die Gerichte bezieht sich deshalb in solchen Fällen darauf, ob die Verwaltung beim Vollzug von Richtlinien dem allgemeinen Gleichheitssatz dadurch Rechnung getragen hat, daß die durch die Richtlinien bewirkte Ermessensbindung beachtet worden ist (BVerwGE 44, 72, 75). Die von der Verwaltung erlassenen Vorschriften unterliegen dabei zwar keiner eigenständigen richterlichen Auslegung, weil sie nicht wie Gesetze und Rechtsverordnungen schon durch ihr Vorhandensein Rechte des Bürgers begründen; in Sonderheit verbietet sich eine erweiternde Auslegung (BVerwGE 36, 323, 327; BVerwG Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr 101). Da Verwaltungsvorschriften wie die Richtlinien jedoch die tatsächliche Übung vorwegnehmen ("antizipierte Verwaltungspraxis"), sind sie als Willenserklärung der anordnenden Stelle unter Berücksichtigung der tatsächlichen Handhabung auszulegen. Insbesondere wenn der Wortlaut unklar ist oder geltend gemacht wird, die Verwaltungsvorschriften würden - etwa im Einverständnis mit dem Vorschriftengeber - inzwischen abweichend vom Wortlaut gehandhabt, kann die Handhabung in der Praxis nicht außer Betracht bleiben (vgl BVerwGE 44, 136, 138; 52, 193, 199 f; 58, 45, 51 f; BVerwG Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr 101; DVBl 1998, 191).

3. Nach § 3 Abs 2 der Richtlinien beträgt der Lohnkostenzuschuß bei der Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der wie R ein Jahr bis unter zwei Jahre arbeitslos war, in den ersten sechs Monaten 60 vH und in den zweiten sechs Monaten 40 vH des tariflichen oder, soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht, des im Beruf ortsüblichen Arbeitsentgelts zu Beginn des Arbeitsverhältnisses. § 3 Abs 3 der Richtlinien bestimmt, daß nur das Arbeitsentgelt förderungsfähig ist, das der Arbeitnehmer für den ersten regulären Lohnabrechnungszeitraum erhält; einmalige und wiederkehrende Zulagen, Zuschläge oder Zuwen-



dungen bleiben unberücksichtigt. Die Beklagte hat die Beschäftigungshilfe nach den Vomhundertsätzen von 60 und 40 berechnet, was dem Wortlaut der Richtlinien entspricht und von der Klägerin auch nicht beanstandet wird. Sie beanstandet lediglich das der Bemessung der Beschäftigungshilfe zugrunde gelegte Arbeitsentgelt. Die Beklagte hat der Beschäftigungshilfe das Arbeitsentgelt zugrunde gelegt, das sich nach den damals geltenden tariflichen Vorschriften für die Eisen-, Metall- und Elektroindustrie in Nordrhein-Westfalen ergab. Es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte in Anwendung der Richtlinien sonst ein günstigeres Arbeitsentgelt zugrunde legt.

a) Die Auffassung der Klägerin, die Beschäftigungshilfe sei schon deshalb nach den von ihr an R tatsächlich gezahlten 2.550,00 DM monatlich zu berechnen, weil nach § 3 Abs 3 der Richtlinien das Arbeitsentgelt maßgeblich sei, das der Arbeitnehmer für den ersten regulären Lohnabrechnungszeitraum erhalte, stimmt mit dem offenbar gemeinten Sinn der Richtlinien nicht überein. Denn § 3 Abs 3 der Richtlinien ist im Zusammenhang mit § 3 Abs 2 zu sehen und bestimmt nur den maßgeblichen Zeitraum für das in § 3 Abs 2 der Richtlinien erwähnte Arbeitsentgelt "zu Beginn des Arbeitsverhältnisses". § 3 Abs 2 und 3 der Richtlinien ist vergleichbaren Vorschriften des im Zeitpunkt ihres Erlasses (1989) geltenden Arbeitsförderungsrechts nachgebildet, die die an ein bestimmtes Arbeitsentgelt geknüpfte Höhe von Dauerleistungen an Arbeitgeber nach Einstellung von Arbeitslosen näher regeln (§ 49 Abs 2 AFG, § 19 Abs 3 Satz 2 der Anordnung über Fortbildung und Umschulung idF vom 28. Februar 1989, ANBA 473; § 54 Abs 1 AFG, § 21 der Anordnung zur Förderung der Arbeitsaufnahme idF vom 19. Mai 1989, ANBA 997; § 97 Abs 2 AFG, § 6 der Anordnung nach § 99 AFG idF vom 16. März 1988, ANBA 671). Diese Vorschriften sollen nicht nur die Höhe der Förderleistungen regeln, sondern auch ermöglichen, schon unmittelbar nach Einstellung des Arbeitslosen die Förderleistungen für möglichst die gesamte Förderzeit zu bewilligen, damit sie während der Förderzeit entsprechend den betrieblichen Lohn- oder Gehaltszahlungszeiträumen gezahlt werden können (vgl § 3 Abs 4 der Richtlinien). Das aber erforderte es, von vornherein das Arbeitsentgelt festzulegen, nach dem die Förderleistungen zu bemessen sind (vgl das nicht veröffentlichte Urteil des 7. Senats vom 15. Juni 1988 - 7 RAr 79/86 -). Zutreffend hebt das LSG daher hervor, daß § 3 Abs 3 der Richtlinien, der mit § 21 Abs 2 der Anordnung zur Förderung der Arbeitsaufnahme wörtlich übereinstimmt, nur für die Bestimmung des tariflichen bzw ortsüblichen Arbeitsentgelts zu Beginn des Arbeitsverhältnisses auf das Arbeitsentgelt im ersten regelmäßigen Lohnabrechnungszeitraum abstellt. Die Durchführungsanweisungen zu den Richtlinien (Dienstblatt Runderlaß 100/89 vom 1. August 1989) sehen Abweichendes hiervon nicht vor.

b) Nicht zu beanstanden ist ferner, daß die Beklagte der Beschäftigungshilfe ein tarifliches und kein anderes (höheres) Arbeitsentgelt zugrunde gelegt hat.



Nach § 3 Abs 2 der Richtlinien beträgt der Lohnkostenzuschuß die genannten Vomhundertsätze "des tariflichen oder, soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht, des im Beruf ortsüblichen Arbeitsentgelts zu Beginn des Arbeitsverhältnisses". Der gegen die Maßgeblichkeit des tariflichen Entgelts erhobene Einwand der Revision, R sei nicht tarifgebunden, ist nicht erheblich. Der Einwand wäre nur erheblich, wenn die Arbeitsämter nach den Vorstellungen des für die Richtlinien verantwortlichen Bundesministeriums das tarifliche Arbeitsentgelts nur zugrunde legen sollten, soweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind, in allen anderen Fällen dagegen das ortsübliche Arbeitsentgelt, und dies der Praxis der Arbeitsämter entspräche. Das kann indes ausgeschlossen werden.

Auch § 3 Abs 2 der Richtlinien ist gesetzlichen Regelungen nachgebildet worden. Auf das ortsübliche Arbeitsentgelt, "soweit eine tarifliche Regelung nicht besteht", wird in § 49 Abs 2, § 54 Abs 1 Satz 2 und § 97 Abs 2 AFG verwiesen (vgl auch § 69, § 112 Abs 7 AFG; ferner § 112 Abs 4 Nr 2 AFG). Diese gesetzlichen Vorschriften lassen sich unschwer dahin verstehen, daß auf das ortsübliche Arbeitsentgelt nur zurückgegriffen werden soll, wenn ein tarifliches Arbeitsentgelt als Maßstab nicht zur Verfügung steht. In diesem Sinne besteht eine tarifliche Regelung schon dann, wenn ein Tarifvertrag nach seinem persönlichen, sachlichen, zeitlichen und räumlichen Geltungsbereich das Arbeitsverhältnis erfaßt. Ein solches Verständnis hat den praktischen Vorteil, daß die Arbeitsämter ortsübliche Arbeitsentgelte nur in (seltenen) Ausnahmefällen zu ermitteln haben; denn immer dann, wenn eine tarifliche Regelung vorhanden ist, die das zu fördernde Arbeitsverhältnis nach ihrem Geltungsbereich erfaßt, ist allein das tarifliche Arbeitsentgelt maßgebend. Darauf, ob der Arbeitgeber, der Arbeitnehmer oder beide tarifgebunden sind, kommt es nicht an. Sofern nicht konkurrierende tarifliche Regelungen vorhanden sind, ist gleichzeitig gewährleistet, daß Beschäftigungshilfen, die Arbeitgeber des gleichen Wirtschaftszweigs innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der tariflichen Regelung für vergleichbare Arbeitnehmer erhalten, nicht nach unterschiedlich hohen Arbeitsentgelten berechnet werden.

Wäre dagegen maßgebend, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind, wie die Revision für die Richtlinien annimmt, wäre das ortsübliche Arbeitsentgelt nicht nur in Ausnahmefällen zu ermitteln. Bei einem Auseinanderfallen des tariflichen und des ortsüblichen Arbeitsentgelts würden tarifgebundene und nicht tarifgebundene Arbeitgeber des gleichen Wirtschaftszweigs und der gleichen Region Beschäftigungshilfen nach unterschiedlich hohen Arbeitsentgelten erhalten, ohne daß sich der Unterschied unmittelbar mit dem Zweck der Beschäftigungshilfen oder der Höhe des tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelts begründen ließe. Die Klägerin weist selbst darauf hin, daß dies auch im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit bedenklich wäre. Außerdem würden tarifgebundene Arbeitgeber für die Einstellung Arbeitnehmer mit gleicher Arbeit unterschiedlich hohe Beschäftigungshilfen erhalten, je nachdem, ob der Arbeitnehmer tarifgebunden ist oder nicht. Es bestünde die Gefahr, daß der Arbeitgeber wegen der unterschiedlichen Höhe der Beschäftigungs-



hilfe die Einstellung von tarifgebundenen oder von nicht tarifgebundenen Langzeitarbeitslosen bevorzugt. Die Beklagte müßte zudem bei der Vermittlung von Arbeitslosen, deren Einstellung sie durch Beschäftigungshilfen fördern will, den Arbeitslosen nach der Zugehörigkeit zu einer gewerkschaftlichen Vereinigung fragen. Das aber ist nur statthaft, wenn die Eigenart des Betriebes oder die Art der Beschäftigung die Befragung rechtfertigt (§ 20 Abs 2 AFG). Diese nicht sachgerechten Folgen verbieten eine Auslegung der §§ 49 Abs 2, 54 Abs 1 und 97 Abs 2 AFG (und der sie ergänzenden Vorschriften der Anordnungen) dahin, daß das tarifliche Arbeitsentgelt für die Beschäftigungshilfe nur maßgeblich ist, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer tarifgebunden sind. Die Gefahr, daß Arbeitgeber des gleichen Wirtschaftszweiges innerhalb der gleichen Region Beschäftigungshilfen nach unterschiedlichen Arbeitsentgelten erhalten könnten, verbietet darüber hinaus, ortsübliche Arbeitsentgelte Beschäftigungshilfen zugrunde zu legen, soweit eine tarifliche Regelung als Maßstab zur Verfügung steht. Nur so läßt sich auch verhindern, daß die unterschiedliche Höhe von Beschäftigungshilfen als Prämie für die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband erscheint.

Es besteht nicht die geringste Veranlassung dafür, daß der Richtliniengeber die Beschäftigungshilfe aus Haushaltsmitteln des Bundes ungeachtet der geschilderten praktischen Schwierigkeiten und der rechtlichen Hindernisse eher nach dem ortsüblichen Arbeitsentgelt bemessen wissen wollte, als das AFG und das ergänzende Anordnungsrecht für vergleichbare Leistungen vorgesehen hat, zumal bei der Anwendung von Verwaltungsvorschriften vornehmlich auf Praktikabilität abzustellen ist. Den Durchführungsbestimmungen ist Gegenteiliges ebenfalls nicht zu entnehmen. Das dort vorgesehene Antragsformular fragt zwar danach, ob auf das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag Anwendung findet sowie nach dem tariflichen bzw ortsüblichen Arbeitsentgelt und der tariflichen bzw ortsüblichen Arbeitszeit, aber nicht danach, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder jedenfalls eine Seite tarifgebunden sind (vgl Dienstblatt Runderlaß 100/89 vom 1. August 1989).

Ob die Beklagte entgegen einer den Richtlinien entsprechenden Praxis aus Gründen der Gleichbehandlung verpflichtet wäre, Beschäftigungshilfen auch an tarifgebundene Arbeitgeber nach dem ortsüblichen Arbeitsentgelt, sofern dieses das tarifliche Arbeitsentgelt übersteigt, zu bemessen, wenn sie ungeachtet einer vorhandenen tariflichen Regelung allgemein bei Beschäftigungshilfen an nicht tarifgebundene Arbeitgeber des gleichen Wirtschaftszweigs das ortsübliche Arbeitsentgelt zugrunde legt, erscheint fraglich, kann aber dahingestellt bleiben. Ein solcher Sachverhalt ist weder festgestellt noch von den Beteiligten in den Tatsacheninstanzen angesprochen worden. Zwar deutet der Vortrag der Klägerin, Arbeitgeber, die keinem Arbeitgeberverband angehörten, erhielten ohne weiteres die Beschäftigungshilfe unter Zugrundelegung von 40 Stunden pro Woche, eine ungleiche Behandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern an, wenn auch nur in Bezug auf den Zeitfaktor des Arbeitsentgelts. Die Klägerin hat dies indes erst in der Revisionsbegründung und damit verspätet geltend gemacht; denn neues



tatsächliches Vorbringen ist in der Revisionsinstanz ausgeschlossen (BVerwG Buchholz 232 BBG § 26 Nr 7; BSGE 67, 183, 186 = SozR 3-4100 § 128a Nr 4).

Zu Unrecht meint die Revision ferner, bei der Bemessung der Beschäftigungshilfe sei eine höhere als die Vergütung, die das LSG als tariflich angesehen hat bzw eine höhere Arbeitszeit als die von 36 Stunden, die das LSG ebenfalls als tariflich angesehen hat, zu berücksichtigen, weil entsprechende vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers nach § 4 Abs 3 TVG zulässig seien. Auch insoweit sind die Richtlinien eindeutig. Nach § 3 Abs 2 der Richtlinien ist das tarifliche bzw das im Beruf ortsübliche Arbeitsentgelt zu Beginn des Arbeitsverhältnisses maßgebend, und zwar als Obergrenze, also in keinem Falle ein Arbeitsentgelt das höher ist, auch wenn es zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart und vom Arbeitgeber gezahlt wird. Auch die schon erwähnten Regelungen in § 49 Abs 2, § 54 Abs 1 und § 97 Abs 2 AFG und die ergänzenden Vorschriften des Anordnungsrechts binden die Höhe der dort geregelten Beschäftigungshilfen an Vomhundertsätze des tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelts als Obergrenze. Träfe die Ansicht der Klägerin zu, wäre die Begrenzung der Beschäftigungshilfen an das tarifliche Arbeitsentgelt ohne Sinn. Maßgeblich wäre dann immer das (höhere) tatsächlich vereinbarte Arbeitsentgelt. Das aber widerspräche der offensichtlich beabsichtigten Vereinheitlichung der jeweiligen Förderleistungen. Für die Höhe der Beschäftigungshilfe ist es deshalb unerheblich, daß die Klägerin mit R einen höheren Lohn als den tariflichen und eine höhere als die tarifliche Arbeitszeit vereinbart hat. Auf die Frage, ob auch eine hinsichtlich der tariflichen Arbeitszeit abweichende Abmachung eine Änderung der Regelungen des Tarifvertrags zugunsten des Arbeitnehmers enthält und deshalb nach § 4 Abs 3 TVG zulässig ist, kommt es hiernach nicht an.

c) Revisionsrechtlich ist schließlich nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte der Beschäftigungshilfe ein Arbeitsentgelt von 2.093,52 DM monatlich zugrunde gelegt hat, das sich für R nach den damals geltenden tariflichen Vorschriften für die Eisen-, Metall- und Elektroindustrie in Nordrhein-Westfalen in den ersten acht Wochen der Betriebszugehörigkeit ergab. Denn nach § 3 Abs 2 und 3 der Richtlinien ist das tarifliche bzw ortsübliche Arbeitsentgelt zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, dh hier das tarifliche Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer für den ersten regulären Lohnabrechnungszeitraum erhält, maßgebend.

Soweit das LSG zur Höhe des tariflichen Arbeitsentgeltanspruchs entschieden hat, ist diese Entscheidung für den Senat bindend; denn für die auf die Revision ergehende Entscheidung ist eine Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt solchen Rechts maßgebend, auf dessen Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann (§ 562 Zivilprozeßordnung, § 202 SGG). Die tariflichen Regelungen haben kein Bundesrecht zum Inhalt und der Geltungsbereich der Tarifverträge erstreckt sich auch



nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus, was gemäß § 162 SGG für die Revisibilität von nicht dem Bundesrecht angehörenden sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschriften genügt; denn räumlich gelten die tariflichen Regelungen nur für Nordrhein-Westfalen. Die Klägerin hat auch nicht geltend gemacht, daß nicht nur zufällig, sondern bewußt und gewollt inhaltlich gleiche Vorschriften außerhalb Nordrhein-Westfalens vereinbart sind, auf die es hier ankommt (vgl zur Revisibilität in einem solchen Fall BSGE 50, 121, 123 f = SozR 4100 § 117 Nr 3; BSG SozR 4100 § 117 Nr 14).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 SGG.

