S 37 Al 1008/93

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Freistaat Bayern
Sozialgericht	Bayerisches Landessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	9
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 37 Al 1008/93
Datum	14.12.1995

2. Instanz

Aktenzeichen	L 9 AL 33/96
Datum	01.07.2003

3. Instanz

Datum	-

I. Die Berufung des KlÃ¤gers gegen das Urteil des Sozialgerichts MÃ¼nchen vom 14.12.1995 wird zurÃ¼ckgewiesen.
II. AuÃergerichtliche Kosten des zweiten Rechtszuges sind nicht zu erstatten.
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die HÃ¶he des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (Alg) ab 04.12.1992 streitig.

I.

Der am 1941 geborene KlÃ¤ger, von Beruf Heizungs- und LÃ¼ftungsbaumeister, der bereits im Zeitraum 15.01.1981 mit 23.09.1985 im Leistungsbezug der Beklagten gestanden hatte, meldete sich am 04.12.1992 arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg. Er stellte sich der Arbeitsvermittlung unbeschrÃ¤nkt zur VerfÃ¼gung, nachdem er noch in einem am 09.11.1992 eingegangenen Antrag angegeben hatte, aus gesundheitlichen GrÃ¼nden die bisherige TÃ¤tigkeit nicht mehr ausÃ¼ben zu kÃ¶nnen. Auf den Lohnsteuerkarten fÃ¼r 1991 und 1992 sowie

1993 war die Steuerklasse I ohne berÃ¼cksichtigungsfÃ¤hige Kinder eingetragen. Nach einer Mitteilung der DAK war er im Zeitraum 07. mit 31.12. 1989, 01.01.1991 mit 16.06.1992 und 01. mit 02.08.1992 arbeitsunfÃ¤hig erkrankt und erhielt in dieser Zeit Krankengeld, in der Zeit vom 17. mit 31.07.1992 bezog er Verletztengeld. AnschlieÃ□end war er vom 03.08. mit 03.12.1992 arbeitsunfÃ¤hig, ohne allerdings Lohnersatzleistungen zu beziehen. Der KlÃ¤ger gab an, im Zeitraum 04. mit 06.12.1989 sowie 01.01. mit 31.12.1990 als GeschÃ¤ftsfÃ¼hrer und vom 17.06. mit 16.07.1992 als Bauleiter beschÃ¤ftigt gewesen zu sein. WÃ¤hrend er in ersterer TÃ¤tigkeit 19 Wochenstunden beschÃ¤ftigt gewesen sei (363 Tage), Ã¼bte er in der letztgenannten BauleitertÃ¤tigkeit (30 Tage) eine BeschÃ¤ftigung in 38,5 Wochenstunden aus. In dieser erzielte er insgesamt 3.967,22 DM brutto monatlich, wohingegen er als GeschÃ¤ftsfÃ¼hrer im Bemessungszeitraum Oktober mit Dezember 1990 monatlich je DM 1.557,- brutto erzielt hatte. Auf der korrespondierenden Arbeitsbescheinigung findet sich der Zusatz: "Herr I. konnte aus gesundheitlichen GrÃ¼nden keine lÃ¤ngere TÃ¤tigkeit als 19 Stunden pro Woche ausÃ¼ben".

Durch Bescheid vom 04.03.1993 gewÃ¤hrte die Beklagte daraufhin Alg ab 04.12.1992 in HÃ¶he von DM 244,80 wÃ¶chentlich auf die Dauer von 676 Wochentagen (Bemessungsentgelt DM 570,-; Leistungssatz 63 v.H.; Leistungsgruppe A/0). Durch Ã□nderungsbescheid vom 04.03.1993 gewÃ¤hrte sie ab 01.01.1993 die Leistung in HÃ¶he von DM 246,60 wÃ¶chentlich weiter (BE DM 570; Leistungssatz 63 v.H.; Leistungsgruppe A/0).

Hiergegen wandte der KlÃ¤ger ein, sich bereits am 07.08.1992 persÃ¶nlich arbeitslos gemeldet zu haben und daher seit diesem Zeitpunkt Leistungen beanspruchen zu kÃ¶nnen. DarÃ¼ber hinaus habe er ab 03.08.1997 kein Krankengeld mehr erhalten. Die einschlÃ¤gige Nahtlosigkeitsregelung lege nicht zugrunde, was ein Arbeitsloser aufgrund seiner dauernden Minderung der ErwerbstÃ¤tigkeit erzielen kÃ¶nne, sondern das Einkommen, das er zuletzt als voll ErwerbstÃ¤tiger erzielt habe, Â§ 112 Abs.8 Satz 2 AFG. Hier sei aber mit November und Dezember 1990 ein Einkommen zugrunde gelegt worden, das eingeschrÃ¤nkt gewesen sei. Aus der vorgelegten Arbeitsbescheinigung gehe klar hervor, dass er die TÃ¤tigkeit aus gesundheitlichen GrÃ¼nden nur 19 Wochenstunden habe ausÃ¼ben kÃ¶nnen, wohingegen die normale Arbeitszeit 38,5 Wochenstunden betragen habe. Selbst bei Zugrundelegung des auf 38,5 Wochenstunden hochgerechneten Einkommens aus November und Dezember sei eine Anpassung an das Niveau 1993 vorzunehmen. Zumindest stehe ihm die Leistung aus einem Arbeitsentgelt in HÃ¶he von DM 731,50 wÃ¶chentlich zuzÃ¼glich der fÃ¤lligen Anpassungen zu. AuÃ□erdem mache er eine unbillige HÃ¤rte geltend. Laut Lohnsteuerkarte seien DM 4.154,61 abgerechnet worden. Vorgelegt wurden verschiedene Anlagen, auf deren Einzelheiten Bezug genommen wird. Nach Aktenlage kam der KlÃ¤ger zwei Vorladungen zu einer Untersuchung durch den Ã□rztlichen Dienst der Beklagten nicht nach.

Durch Bescheid vom 22.07.1993 wurde Alg ab 14.06.1993 in HÃ¶he von DM 246,60 weiter bewilligt (BE: DM 570; allgemeiner Leistungssatz; Leistungsgruppe A/0), durch weiteren Bescheid vom 26.07.1993 ab 17.07.1993 in HÃ¶he von DM 256,80

auf Grund einer eingetretenen Dynamisierung (BE DM 600,-).

Der Widerspruch wurde im Wesentlichen mit der BegrÃ¼ndung zurÃ¼ckgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 11.08.1993), zwar habe der KlÃ¤ger am 07.08.1992 persÃ¶nlich vorgesprochen, jedoch habe er dabei erklÃ¤rt, seit 25.06.1992 bis voraussichtlich 18.08.1992 arbeitsunfÃ¤hig erkrankt zu sein. Daher habe seinerzeit die objektive VerfÃ¼gbarkeit nicht vorgelegen. Als Beginn der LeistungsgewÃ¤hrung kÃ¶nne mithin erst der 04.12.1992 in Frage kommen, der Termin der neuen Arbeitslosmeldung. Hinsichtlich der HÃ¶he des Anspruchs habe das Arbeitsamt zugrunde gelegt, dass der KlÃ¤ger nur im Zeitraum 17.06. mit 16.07.1992 38,5 Wochenstunden, im Ãbrigen aber im ganzen Jahr 1990 durchgehend 19 Wochenstunden gearbeitet habe. Die dazwischen gelegenen Zeiten seien im Wesentlichen gleichgestellte Zeiten im Sinne des Â§ 107 AFG gewesen wie z.B. der Bezug von Krankengeld. Eine unbillige HÃ¤rte im Sinne des Â§ 112 Abs.7 AFG liege nicht vor, denn eine VollzeitbeschÃ¤ftigung sei nur an insgesamt 19 Arbeitstagen ausgeÃ¼bt worden. FÃ¼r den Fall der Nahtlosigkeit hÃ¤tte ein Ã¤rztliches Gutachten vorliegen mÃ¼ssen, der KlÃ¤ger habe jedoch keinen der genannten Untersuchungstermine wahrgenommen. Mit dem streitgegenstÃ¤ndlichen Antrag vom 04.12.1992 habe er sich im Ãbrigen der Vermittlung voll zur VerfÃ¼gung gestellt, so dass ein Fall des Â§ 105 a AFG von daher bereits nicht vorliegen kÃ¶nne.

Gegen die Bescheide vom 22. und 26.07.1993 erhob der KlÃ¤ger Widerspruch. Insoweit lieÃ sich die Beklagte dahingehend ein, dass die nach dem angefochtenen Bescheid ergangenen Bewilligungen automatisch in das Klageverfahren einbezogen seien. Der Widerspruch vom 19.08.1993 werde daher als erledigt betrachtet. Durch Bescheid vom 17.09.1993 wurde die Leistungsbewilligung mit Wirkung vom 16.09.1993 wegen Arbeitsaufnahme aufgehoben.

II.

Mit der zum Sozialgericht (SG) MÃ¼nchen erhobenen Klage wandte sich der KlÃ¤ger sowohl gegen den Beginn der LeistungsgewÃ¤hrung als auch gegen die HÃ¶he der Lohnersatzleistung. Im Verhandlungstermin rÃ¤umte er ein, bis 03.12.1992 arbeitsunfÃ¤hig krank gewesen zu sein, er habe sich am 04.12.1992 arbeitslos gemeldet. Nach der Bestellung seines neuen BevollmÃ¤chtigten trug er vor, bei der Arbeitslosmeldung am 07.08.1992 erklÃ¤rt zu haben, seit 25.06.1992 bis voraussichtlich 18.08.1992 arbeitsunfÃ¤hig erkrankt zu sein, damit habe er ab 19.08.1992 der Arbeitsvermittlung zur VerfÃ¼gung gestanden. Dem stehe die bis 03.12.1992 andauernde Krankheit nicht entgegen. Zumindest mÃ¼sse ein HÃ¤rtefall angenommen werden, da er in den vergangenen drei Jahren Ã¼berwiegend eine hÃ¶heres Arbeitseinkommen erzielt habe.

DemgegenÃ¼ber verwies die Beklagte darauf, dass bis 03.12.1992 durchgehend ArbeitsunfÃ¤higkeit vorgelegen habe, bei der Arbeitslosmeldung vom 07.08.1992 habe der KlÃ¤ger erklÃ¤rt, bis 18.08.1992 krank geschrieben zu sein, das genaue Ende der Erkrankung sei nicht abzusehen gewesen. Nach den vorliegenden Beratungsvermerken habe der Arbeitsvermittler ausdrÃ¼cklich darauf hingewiesen,

dass eine erneute Arbeitslosmeldung nach dem Wegfall der ArbeitsunfÃ¤higkeit erforderlich sei. Die Voraussetzungen des Â§ 105 b AFG ab 07.08.1992 seien nicht erfÃ¼llt, auÃerdem liege erst ab 04.12.1992 eine erneute Arbeitslosmeldung vor. Das SG wies nach Einholung der entsprechenden EinverstÃ¤ndniserklÃ¤rungen von den Beteiligten die Klage durch Urteil ohne mÃ¼ndliche Verhandlung ab. In der aufgrund der Arbeitslosmeldung vom 04.12.1992 feststehenden Rahmenfrist (04.12.1989 mit 03.12.1992) habe der KlÃ¤ger lediglich im Zeitraum 17.06. mit 16.07.1992 wÃ¶chentlich 38,5 Stunden gearbeitet, im Ã¼brigen im Bemessungszeitraum (01.10. mit 31.12.1990) wÃ¶chentlich 19 Stunden. Ein HÃ¤rtefall im Sinne des Â§ 112 Abs.7 AFG liege nicht vor, da der KlÃ¤ger nicht Ã¼berwiegend vollzeitig beschÃ¤ftigt gewesen sei. AuÃerdem habe er bei der Arbeitslosmeldung keinerlei gesundheitliche EinschrÃ¤nkungen angezeigt, im Ãbrigen die Untersuchungstermine vom 01.04. und 06.05.1993 nicht wahrgenommen.

Der Beginn der Leistung ab 04.12.1992 sei ebenso wenig zu beanstanden wie deren HÃ¶he. Bei der Sachlage sei nÃ¤mlich nach der Regelbemessung im Sinne des Â§ 112 Abs.1 mit 3 AFG auf die letzten drei Monate vor der Arbeitslosmeldung abzustellen. In 310,41 Arbeitsstunden habe der KlÃ¤ger DM 7.081,22 erzielt, was einem durchschnittlichen Stundenlohn von DM 22,81 entspreche, der mit der im Bemessungszeitraum geleisteten durchschnittlichen Arbeitszeit von 24,95 Wochenstunden multipliziert das gerundete Bemessungsentgelt von DM 570,- ergebe. Da der KlÃ¤ger im Dreijahreszeitraum vor der Arbeitslosmeldung gemÃ¤Ã Â§ 112 Abs.7 AFG Ã¼berwiegend Teilzeit geleistet habe, sei diese und nicht die an lediglich 19 Tagen geleistete Vollzeit zugrunde zu legen.

III.

Mit der zum Bayerischen Landessozialgericht (LSG) eingelegten Berufung wird ein frÃ¼herer Beginn der Leistung (vor dem 04.12.1992) nicht mehr verfolgt, vielmehr wird lediglich vorgetragen, die HÃ¤rteregelung sei nicht richtig angewandt worden. Unstreitig habe der KlÃ¤ger im Bemessungszeitraum nur knapp vier Monate gearbeitet, davon 19 Wochenstunden vom 01.10. mit 31.12.1990. Nach der HÃ¤rteregelung solle ein in einem kurzen Bemessungszeitraum erzieltes Bemessungsentgelt nicht zugrunde gelegt werden, wenn darin ein Arbeitsentgelt erzielt worden sei, das von dem in der Vergangenheit erzielten abweiche. Der KlÃ¤ger sei in der Rahmenfrist Ã¼berwiegend krank gewesen und habe bereits seit den 80-iger Jahren zeitweilig nicht mehr Vollzeit arbeiten kÃ¶nnen. Ein Vergleich der Verdienste im Bemessungszeitraum mit Verdiensten innerhalb der Rahmenfrist kÃ¶nne schon deswegen nicht vorgenommen werden, weil in beiden ZeitrÃ¤umen relativ niedrige BeschÃ¤ftigungszeiten zurÃ¼ckgelegt worden seien, es sei daher die zweite Alternative des Â§ 112 Abs.7 AFG heranzuziehen und das durchschnittliche tarifliche Arbeitsentgelt zugrunde zu legen. Vorgelegt wurde ein orthopÃ¤disches Gutachten der LVA Schwaben vom 14.02.1989 sowie eine Bescheinigung des Versorgungsamtes Augsburg vom 25.09.1992 Ã¼ber einen GdB von 30, auf deren Einzelheiten verwiesen wird.

Nach Auffassung des KlÃ¤gers sei eine besondere HÃ¤rte mit dem BSG schon dann

anzunehmen, wenn aufgrund eines Leistungsabfalls ein Minderverdienst eingetreten sei oder eine geringere regelmÃ¤Ãïige Arbeitszeit zurÃ¼ckgelegt worden sei. Er habe lediglich in der Zeit vom 27.10.1986 mit 15.03.1988 ein Stammkapital an der I. GmbH von DM 20.000,- (aus DM 50.000,-) gehalten, wohingegen sein Bruder G. DM 30.000,- gehalten habe. Die GmbH sei am 08.12.1986 in das Handelsregister eingetragen worden, er habe am 15.03.1988 seinen GeschÃ¤ftsanteil an seinen Vater abgetreten. Eine Anstellung als GeschÃ¤ftsfÃ¼hrer in der Familien GmbH begegne seines Erachtens keinen Bedenken, da schon der geringe Umfang der von ihm erbrachten und dokumentierten Arbeitsleistung zeige, dass er nicht selbstÃ¤ndig tÃ¤tig gewesen sein kÃ¶nne. Vorgelegt wurde ein Gesellschaftsvertrag vom 24.10.1986, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, sowie eine MeisterprÃ¼fungsurkunde des KlÃ¤gers vom 06.06.1962 und eine AbtretungserklÃ¤rung vom 15.03.1988. Auch auf deren Einzelheiten wird ebenso Bezug genommen wie auf den vom KlÃ¤ger ausgefÃ¼llten Feststellungsbogen vom 19.02.2000.

Die Beklagte verweist darauf, dass eine unbillige HÃ¤rte ausscheide, da der KlÃ¤ger in den drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung nicht Ã¼berwiegend ein hÃ¶heres Arbeitsentgelt erzielt habe. Auch in der Rahmenfrist (04.12.1989 mit 03.12. 1992) habe er Ã¼berwiegend Teilzeit geleistet, und zwar Ã¼ber den Bemessungszeitraum 01.10. mit 31.12.1990 hinaus im ganzen Jahr 1990. Die zweite Alternative des Â§ 112 Abs.7 AFG sei nicht gegeben, da der letzte Tag des Bemessungszeitraums (16.07.1992) bei Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld am 04.12.1992 nicht lÃ¤nger als drei Jahre zurÃ¼ckgelegen habe. Es sei im Ãïbrigen fraglich, ob dem Grunde nach bereits ein Anspruch bestehe.

Der Senat hat neben den Leistungsakten der Beklagten die Streitakte des ersten Rechtszuges sowie die erledigte Sozialgerichtsakte S 37 Al 27/95 beigezogen. Auf deren Einzelheiten wird verwiesen.

Der KlÃ¤ger beantragt, das Urteil des SG MÃ¼nchen vom 14.12.1995 aufzuheben und die Beklagte unter AbÃ¤nderung ihrer Bescheide vom 04.03. 1993, 22. und 26.07.1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.08.1993 Alg unter BerÃ¼cksichtigung eines hÃ¶heren Bemessungsentgelts zu gewÃ¤hren.

Die Beklagte stellt den Antrag, die Berufung des KlÃ¤gers gegen das Urteil des SG MÃ¼nchen vom 14.12.1995 zurÃ¼ckzuweisen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mÃ¼ndliche Verhandlung einverstanden erklÃ¤rt.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Streitakten beider RechtszÃ¼ge sowie der Leistungsakte der Beklagten Bezug genommen.

EntscheidungsgrÃ¼nde:

Die mangels einer BeschrÃ¤nkung gemÃ¤Ã Â§ 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) grundsÃ¤tzlich statthafte, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte, und

insgesamt zulÃ¤ssige Berufung des KlÃ¤gers erweist sich als in der Sache nicht begrÃ¼ndet. Wie das SG Ã¼berzeugend dargelegt hat, steht dem KlÃ¤ger ein Anspruch auf hÃ¶heres Alg nicht zu.

Der Senat entscheidet aufgrund des EinverstÃ¤ndnisses der Beteiligten ohne mÃ¼ndliche Verhandlung, Â§ 124 Abs.2 SGG.

Streitgegenstand sind die Bescheide vom 04.03., 22. und 26.07. 1993 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.08.1993, mit denen die HÃ¶he der Lohnersatzleistungen nach dem tatsÃ¤chlich abgerechnete Arbeitsentgelt gewÃ¤hrt worden ist, Â§ 112 Abs.1, 2 Satz 1 AFG.

Mit Recht hat das Erstgericht darauf abgestellt, dass gemÃ¤Ã Â§Â§ 111, 112 AFG in der durch Art.1 Â§ 1 Nr.40 des AFKG vom 22.12.1981 geÃ¤nderten Fassung das Alg fÃ¼r Arbeitslose ohne berÃ¼cksichtigungsfÃ¤hige Kinder 63 v.H. des um die gesetzlichen AbzÃ¼ge verminderten Arbeitsentgelts betrÃ¤gt, die bei Arbeitnehmern gewÃ¶hnlich anfallen. Arbeitsentgelt in diesem Sinne ist nach Â§ 112 AFG grundsÃ¤tzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne MehrarbeitszuschlÃ¤ge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmÃ¤Ãigen wÃ¶chentlichen Arbeitszeit der BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnisse 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 unterlegen hat. NÃ¤heres ergibt sich aus den Vorschriften der AbsÃ¤tze 2 mit 6 des Â§ 112 AFG. Der Bemessungszeitraum umfasst dabei die beim Ausscheiden des Arbeitsnehmers abgerechneten LohnabrechnungszeitrÃ¤ume der letzten drei Monate der die Beitragspflicht begrÃ¼ndenden BeschÃ¤ftigung vor der Entstehung des Anspruchs, in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat.

WÃ¤re es mit RÃ¼cksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bte berufliche TÃ¤tigkeit unbillig hart, von dem Arbeitsentgelt nach den AbsÃ¤tzen 2 bis 6 auszugehen, so ist von dem am Wohnsitz oder gewÃ¶hnlichen Aufenthalt des Arbeitslosen maÃgeblichen tariflichen oder mangels einer tariflichen Regelung von dem ortsÃ¼blichen Arbeitsentgelt derjenigen BeschÃ¤ftigung auszugehen, fÃ¼r die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner LeistungsfÃ¤higkeit unter billiger BerÃ¼cksichtigung seines Berufes und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt (Abs.7). Die weitere Alternative der Vorschrift scheidet aus, wie die Beklagte zutreffend dargelegt hat, da der letzte Tag des Bemessungszeitraums bei Entstehung des Anspruchs unstreitig nicht lÃ¤nger als drei Jahre zurÃ¼ckgelegen hat, so dass hierauf nicht weiter einzugehen ist.

Der Grundgedanke des Â§ 112 Abs.7 AFG besteht darin, einen Ausgleich fÃ¼r die FÃ¤lle zu schaffen, in denen der Arbeitslose gerade in einem verhÃ¤ltnismÃ¤Ãig kurzen Bemessungszeitraum, dessen Lohnbedingungen die Faktoren des Regelbemessungsentgelts zu entnehmen sind, ein wesentlich geringeres

Arbeitsentgelt erzielt hat, als es den beitragspflichtigen TÃ¤tigkeiten entspricht, die sonst von ihm Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bt worden sind, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.20. Entscheidend sind die Unterschiede im Arbeitsentgelt. Mit RÃ¼cksicht auf die in den letzten drei Jahren Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bte berufliche TÃ¤tigkeit kann daher jedes Regelbemessungsentgelt unbillig hart sein, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nrn.31, 35, 44. Ob es auf den Faktor "durchschnittlich in der Arbeitsstunde im Bemessungszeitraum erzieltes Arbeitsentgelt ohne MehrarbeitzuschlÃ¤ge" oder den Faktor "regelmÃ¤Ãige wÃ¶chentliche Arbeitszeit" zurÃ¼ckzufÃ¼hren ist, dass das Regelbemessungsentgelt der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten beruflichen TÃ¤tigkeit in den letzten Jahren nicht gerecht wird, ist gleichgÃ¼ltig, vgl. BSG SozR 3-4100 Â§ 112 Nr.2.

Â§ 112 Abs.7 stellt eine Ausnahme von der Regelbemessung der AbsÃ¤tze 1 mit 4 a dar. Diese knÃ¼pft an ein vor der Entstehung des Anspruchs erzieltes Arbeitsentgelt an und unterstellt, dass der Arbeitslose dieses ohne den eingetretenen Verlust des Arbeitsplatzes weiterhin erzielt hÃ¤tte bzw. dies im Fall der BeschÃ¤ftigungsaufnahme erneut erzielen kann. Darin liegt das eigentliche Prinzip der Arbeitlosenversicherung, den wegen Arbeitslosigkeit ausfallenden Lohn teilweise zu ersetzen. Folgerichtig sieht das Gesetz in FÃ¤llen, in denen das nach der Regelbemessung an sich zugrunde zu legende Arbeitsentgelt nicht oder nicht mehr dieser Sachgesetzlichkeit entsprechen wÃ¼rde, selbst Ausnahmen in der Weise vor, dass es die BerÃ¼cksichtigung eines kÃ¼nftig erzielbaren, also fiktiven Entgelts vorschreibt. Diese ausschlieÃlich den zukunftsorientierten Aspekt des Bemessungsprinzips betonende Ausnahme spiegelt sich in der deutlichsten Form in Abs.7 wider, vgl. BSGE 62.43 (47). Entsprechende Ausnahmen stellen die TatbestÃ¤nde dar, die auf die Rechtsfolgen des Abs.7 verweisen. Nach der ersten Variante ist das Alg nach einem fiktiven Lohn zu bemessen, wenn eine Bemessung nach den AbsÃ¤tzen 1 mit 6 mit RÃ¼cksicht auf die in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bte berufliche TÃ¤tigkeit unbillig hart wÃ¤re. Hier liegt der Gedanke des Nachteilsausgleichs zugrunde, der darin besteht, einen Ausgleich fÃ¼r die FÃ¤lle zu schaffen, in denen der Arbeitslose in einem verhÃ¤ltnismÃ¤Ãig kurzen Bemessungszeitraum, aus dessen Lohnbedingungen die Faktoren fÃ¼r die Regelbemessung zu entwickeln sind, ein wesentlich geringeres Arbeitsentgelt erzielt hat, als es der TÃ¤tigkeit entspricht, die er Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bt hat, vgl. BSG SozR 3-4100 Â§ 112 Nrn.2 und 17. Gleiches gilt fÃ¼r die Ausnahmebemessung nach den AbsÃ¤tzen 5 und 6, weil auch insoweit der Bemessungszeitraum AnknÃ¼pfungspunkt ist.

Die genannte Variante erfordert einen Vergleich zwischen dem Bemessungsentgelt und dem Arbeitsentgelt aus der "Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten beruflichen TÃ¤tigkeit". Eine Definition dieses Begriffes wird vom Gesetz nicht vorgenommen. Schon nach dem Wortsinn ist er weiter gefasst als derjenige der BeschÃ¤ftigung als Arbeitnehmer. Dies entsprach durchaus der Absicht des Gesetzgebers, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.20. Der Begriff gestattet die Einbeziehung aller Arten von TÃ¤tigkeiten, die einen Bezug zum Arbeitsmarkt besitzen, sofern sie nur durch eine Qualifizierung als versicherte TÃ¤tigkeit dem System der Arbeitslosenversicherung angehÃ¶ren. Es wÃ¤re ein kaum verstÃ¤ndlicher Widerspruch in sich, wenn berufliche TÃ¤tigkeiten einerseits der Beitragspflicht zur BA unterliegen, Â§ 168 AFG

, oder gleichgestellt sind, Â§ 107 AFG, und damit den Anspruch auf eine Versicherungsleistung auslÃ¶sen kÃ¶nnen, andererseits von der Anwendung des Abs.7 ausgeschlossen wÃ¤ren. Es kommt also auf einen Vergleich mit dem Arbeitsentgelt an, welches im Einzelfall nach jedem beliebigen Sachverhalt der Regelbemessung zugrunde zu legen wÃ¤re, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.31, 35. Nach diesen GrundsÃ¤tzen fallen unter den Begriff der beruflichen TÃ¤tigkeiten selbstverstÃ¤ndlich alle BeschÃ¤ftigungen, die eine Beitragspflicht zur Bundesanstalt fÃ¼r Arbeit begrÃ¼nden und eine Regelbemessung auslÃ¶sen wÃ¼rden, sofern ihre LohnabrechnungszeitrÃ¤ume dem Bemessungszeitraum zuzuordnen wÃ¤ren, aber auch alle SondertatbestÃ¤nde der Abs.5 und 6 werden zureffend subsummiert, vgl. BSG a.a.0. Die HÃ¤rtefallregelung ist im Kontext der Regelungen zur Bemessung des Alg zu sehen, und zwar hier innerhalb des Â§ 112 AFG, der die Regeln fÃ¼r die Ermittlung des Bruttoarbeitsentgelts festlegt, welches mitbestimmend fÃ¼r die HÃ¶he des Alg ist, Â§ 111 Abs.1 AFG.

Abs.7 ersetzt das an sich nach den AbsÃ¤tzen 1 mit 6 zugrunde zu legende Arbeitsentgelt allein deshalb, weil deren Anwendung im Hinblick auf die innerhalb der letzten drei Jahre Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bte TÃ¤tigkeit unbillig hart erscheint. Da es ausschlieÃlich um Fragen der Bemessung geht, muss die BerÃ¼cksichtigung einer anderen TÃ¤tigkeit bemessungsrelevant sein, d.h. sie mÃ¼sste im Fall ihrer BerÃ¼cksichtigung zu einem hÃ¶heren Arbeitsentgelt und damit zu hÃ¶herem Alg fÃ¼hren. Insoweit bleiben berufliche TÃ¤tigkeiten, die keinen Einfluss auf die Bemessung haben, auÃer Betracht, es sei denn, sie bilden mit einer TÃ¤tigkeit im Sinne der Abs.1 mit 6 eine sachliche Einheit. Wenn in Lohnersatzleistungen ein fÃ¼r die Bemessung nach den AbsÃ¤tzen 1 mit 6 relevanter Tatbestand quasi perpetuiert wird, beispielsweise eine die Beitragspflicht begrÃ¼ndende BeschÃ¤ftigung unterbrochen wird, liegt der Bemessung der anschlieÃend gewÃ¤hrten Lohnersatzleistung das in der vorherigen BeschÃ¤ftigung erzielte Arbeitsentgelt zugrunde. Es handelt sich in Anbetracht des Lohnausfallprinzips quasi um eine wirtschaftlich gesehen Fortsetzung der vorangegangenen BeschÃ¤ftigung. Das hat zur Folge, dass die der Beitragspflicht unterliegende BeschÃ¤ftigung und die anschlieÃenden Lohnersatzleistungen sachlich eine Einheit bilden. Damit ist als berufliche TÃ¤tigkeit im Sinne des Abs.7 die um die Zeit der Lohnersatzleistungen erweiterte BeschÃ¤ftigung anzusehen, sofern sie im Dreijahreszeitraum liegen. Unstreitig dÃ¼rfen also die in Â§ 107 Abs.1 Nr.5 a AFG genannten Lohnersatzleistungen einbezogen werden wie das Krankengeld, BSG SozR 3-4100 Â§ 44, Nr.11 das Ãbergangsgeld, BSG SozR 3-4100 Â§ 112 Nr.7, das Versorgungsgeld und Krankentagegeld. Beim Vergleich der ersten Variante des Abs.7 sind alle beruflichen TÃ¤tigkeiten innerhalb der Dreijahresfrist einzubeziehen, also nicht nur die, die die Anwartschaftszeit fÃ¼r einen neuen Anspruch begrÃ¼ndet haben. Denn Abs.7 enthÃ¤lt keine dem Â§ 104 Abs.3 zweiter Halbsatz vergleichbare EinschrÃ¤nkung.

Das Bemessungsentgelt ist mit dem Arbeitsentgelt in der Ã¼berwiegend in den letzten drei Jahren ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit zu vergleichen. Ãberwiegend bedeutet nicht, dass der Arbeitslose eine bestimmte berufliche TÃ¤tigkeit mehr als die HÃ¤lfte des Dreijahreszeitraums ausgeÃ¼bt haben muss. Ausreichend ist, dass ihre Dauer mehr als die HÃ¤lfte der Zeiten beruflicher TÃ¤tigkeiten in diesem Zeitraum

umfasst, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.39. Diese Voraussetzung ist bei mehr als zwei beruflichen TÃ¤tigkeiten erst dann erfÃ¼llt, wenn die Dauer der besser bezahlten TÃ¤tikeit die Dauer aller anderen zusammengerechnet Ã¼bersteigt, also nicht nur die Dauer jeder einzelnen in Relation zur besser bezahlten. Die besser bezahlte TÃ¤tigkeit muss damit die anderen zeitlich absolut, nicht nur relativ Ã¼bersteigen, vgl. BSG SozR 3-4100 Â§ 44 Nr.11. Im Vergleich zur Dauer der TÃ¤tigkeiten sind nicht LohnabrechnungszeitrÃ¤ume gegenÃ¼berzustellen, sondern die jeweiligen Kalendertage, die die BeschÃ¤ftigung umfassen, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.45. Das Gleiche gilt, soweit SondertatbestÃ¤nde der Abs. 5 und 6 einzubeziehen sind oder soweit TatbestÃ¤nde der AbsÃ¤tze 1 bis 6 mit der Zeit einer Lohnersatzleistung eine Einheit bilden und als solche mit anderen TÃ¤tigkeiten zu vergleichen sind. Unerheblich ist dabei, aus welchen GrÃ¼nden es zu VerÃ¤nderungen in den Lohnbedingungen des Dreijahreszeitraums gekommen ist, eine KausalitÃ¤tsprÃ¼fung erfolgt nÃ¤mlich nicht, vgl. BSG SozR 3-4100 Â§ 112 Nr.2.

Die PrÃ¼fung einer unbilligen HÃ¤rte erfordert den Vergleich, d.h. die GegenÃ¼berstellung von Arbeitsentgelten. Es ist das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt mit dem Arbeitsentgelt aus der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit zu vergleichen. Das bedeutet, dass zunÃ¤chst das Bemessungsentgelt zu ermitteln ist, vgl. BSG SozR 3-4100 Â§ 112 Nrn.1, 2, 17, 19, und zwar entweder das nach der Regelbemessung der Abs.1 mit 4 a zu ermittelnde oder das dem Bemessungszeitraum aufgrund der AusnahmetatbestÃ¤nde der Abs.5 und 6 zuzuordnende Entgelt, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.44. Das aus der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit zu berÃ¼cksichtigende Entgelt ist, soweit es sich um eine BeschÃ¤ftigung gehandelt hat, nicht in jedem Fall in der tatsÃ¤chlich erzielten HÃ¶he zu berÃ¼cksichtigen. Die Bemessung nach Abs.7 soll nÃ¤mlich nur einen Nachteil ausgleichen, welcher lediglich dann besteht, wenn die BerÃ¼cksichtigung eines anderen Arbeitsentgelts zu einem hÃ¶heren Bemessungsentgelt und damit zu einem hÃ¶heren Alg gefÃ¼hrt hÃ¤tte. Somit ist das in einer Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten BeschÃ¤ftigung erzielte Entgelt ebenfalls nach den Kriterien der Abs.1 bis 4 a als Bemessungsentgelt zu berechnen.

Auch der Begriff der "unbilligen HÃ¤rte" zwischen dem Bemessungsentgelt und dem Arbeitsentgelt in der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit wird vom Gesetz selbst nicht definiert. Das BSG hat verschiedentlich betont, dass das Arbeitsentgelt in der Ã¼berwiegend ausgeÃ¼bten TÃ¤tigkeit wesentlich bzw. deutlich hÃ¶her liegen mÃ¼sse, vgl. BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.31, 40 SozR 3-4100 Â§ 112 Nr.2. Konkret ist eine Differenz von einem Drittel (BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.39), dann von 26.v.H. (BSG SozR 4100 Â§ 112 Nr.6), aber auch von 25. v.H. bezeichnet worden (BSG SozR 4100 112 Nr.19). Die letztgenannte Differenz ist daher in jedem Fall als wesentlich anzusehen. DarÃ¼ber hinaus lÃ¤sst die Bundesanstalt auch eine Differenz von 10 % genÃ¼gen, vgl. DurchfÃ¼hrungsanweisung der BA zu Â§ 112 AFG Ziffn. 7.2 Abs.8, ebenso Gagel, AFG, Â§ 112 Rdz.363.

Bereits eine GegenÃ¼berstellung des im Bemessungszeitraums richtigerweise nach Â§ 112 Abs. 2 AFG zugrunde zu legenden Entgelts aus den letzten abgerechneten 60 BeschÃ¤ftigungstagen, in denen monatlich DM 1.547 brutto erzielt worden sind,

entspricht dem im Gesamtjahr 1990 erzielten Arbeitsentgelt von gleichfalls DM 1.557,- monatlich. Wenn die mit diesen tatsÃ¤chlichen Arbeitszeiten anzusetzenden Lohnersatzzeiten (Verletztengeld und Krankengeld) mitherangezogen werden, verdeutlicht sich dieses noch mehr. Eine Differenz ergibt sich nach allem nicht, so dass ein Spielraum fÃ¼r eine vom KlÃ¤ger beanspruchte besondere HÃ¤rte nicht gegeben ist, wie das SG zutreffend und Ã¼berzeugend dargelegt hat.

Auch sonst ergibt sich ein hÃ¶herer Anspruch nicht. Denn der im Gegensatz zur Angabe in der Arbeitsbescheinigung auf der Steuerkarte eingetragene geringfÃ¼gig hÃ¶here Bruttobetrag war wegen der darin enthaltenen Einmalleistungen nach der seinerzeit maÃgeblichen Rechtslage nicht zu berÃ¼cksichtigen. Auch sonstige GrÃ¼nde fÃ¼r eine hÃ¶here Bemessung und damit ein hÃ¶heres Alg sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Das erstinstanzielle Urteil ist damit ebenso wenig zu beanstanden wie die zugrundeliegenden Bescheide der Beklagten.

Die Kostenfolge ergibt sich aus den Vorschriften der Â§Â§ 183, 193 SGG. Im Hinblick auf den Verfahrensausgang konnte die Beklagte, welche fÃ¼r das Berufungsverfahren keine Veranlassung gegeben hat, nicht zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet werden, die dem KlÃ¤ger zu dessen zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstanden sind.

GrÃ¼nde fÃ¼r die Zulassung der Revision nach Â§ 160 Abs.2 Nrn.1 und 2 SGG liegen nicht vor. Weder wirft dieses Urteil nÃ¤mlich eine entscheidungserhebliche hÃ¶chstrichterlich bisher ungeklÃ¤rte Rechtsfrage grundsÃ¤tzlicher Art auf, noch weicht es ab von einer Entscheidung des BSG, des Gemeinsamen Senats der obersten GerichtshÃ¶fe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts und beruht hierauf.

Erstellt am: 13.10.2003

Zuletzt verändert am: 22.12.2024