
S 19 AL 212/96

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	12
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 19 AL 212/96
Datum	04.10.1999

2. Instanz

Aktenzeichen	L 12 AL 229/99
Datum	04.07.2001

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 04.10.1999 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass dem Kläger Arbeitslosengeld nur in der Zeit vom 13.05.1996 bis 31.07.1997 zusteht, und zwar vom 01.01. - 31.07.1997 in der Höhe des heutigen Teilanerkennnisses.

Im Übrigen wird die Klage gegen den Änderungsbescheid vom September 2000 (ohne Datum) abgewiesen.

Die Beklagte trägt 1/5 der außergerichtlichen Kosten des Klägers für beide Instanzen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des dem Kläger zustehenden Arbeitslosengeldes in der Zeit vom 13.05.1996 bis zum 31.07.1997.

Der im Januar 19 ... geborene Kläger meldete sich am 10.05.1996 mit Wirkung zum

13.05.1996 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. In der Zeit vom 05.04.1983 bis zum 31.12.1994 war er bei der Firma ... e.G. (jetzt: ... GmbH & Co.KG) als Kraftfahrer beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Tarifverträge für Molkereien und Käsereien Nordrhein-Westfalen Anwendung. In der Arbeitsbescheinigung vom 17.06.1996 ist die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit mit 37 Stunden angegeben worden. Das Arbeitsentgelt ist darin für den Zeitraum Juni bis November 1994 bescheinigt worden in Höhe von insgesamt 36.821,11 DM, erzielt in zusammen 1.763,6 Stunden. Nach der Bescheinigung der AOK W ... vom 10.06.1996 bezog der Kläger vom 01.01.1995 bis zum 12.05.1996 Krankengeld bzw. Übergangsgeld.

Mit Bescheid vom 03.07.1996 bewilligte die Beklagte dem Kläger mit Wirkung ab 13.05.1996 für die Dauer von 676 Tagen Arbeitslosengeld in Höhe von 401,40 DM nach der Leistungsgruppe C, erhöhter Leistungssatz. Dabei legte sie ein wöchentliches Bemessungsentgelt von 790,00 DM zugrunde, welches sie aus dem im Zeitraum Juni bis November 1994 erzielten Arbeitsentgelt (siehe oben), geteilt durch die in diesem Zeitraum geleisteten Arbeitsstunden (siehe oben, allerdings legte die Beklagte 1.763,3 Stunden zugrunde) und multipliziert mit der regelmäßigen tariflichen Wochenarbeitszeit ermittelte. Den sich hieraus ergebenden Betrag von gerundet 770,00 DM dynamisierte sie mit Wirkung zum 01.12.1995 auf 790,00 DM wöchentlich und ab 02.12.1996 auf 820,00 DM wöchentlich (Bescheide vom 16.12.1996 und 13.01.1997). Der Kläger erhielt Arbeitslosengeld bis zum 31.07.1997; seitdem steht er wieder in Arbeit.

Den hiergegen gerichteten Widerspruch wies die Widerspruchsstelle der Beklagten mit Widerspruchsbescheid vom 20.09.1996 als unbegründet zurück. Sie stellte darin die einzelnen Berechnungsschritte dar.

Der Kläger hat hiergegen am 07.10.1996 vor dem Sozialgericht Düsseldorf Klage erhoben und unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 11.01.1995 vorgetragen, die Beklagte habe Überstunden, einmalige Vergütungen und Nachtzuschläge nicht berücksichtigt. Er hat sodann Lohnabrechnungen für den Zeitraum Juni bis November 1994, ebenso wie eine zwischen der Firma M ... e. G. und dem Gesamtbetriebsrat dieses Unternehmens ausgehandelte Betriebsordnung sowie eine Verdienstbescheinigung der Milchwerke vom 29.10.1997 über den streitigen Zeitraum vorgelegt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 03.07.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.09.1996 sowie unter Abänderung der Bescheide vom 16.12.1996 und 13.01.1997 zu verurteilen, ihm mit Wirkung vom 13.05.1996 Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung der Verdienstbescheinigung vom 29.10.1997 sowie unter Berücksichtigung der absolvierten Überstunden zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten: Die vorgelegten Unterlagen beinhalteten keine Öffnungsklausel hinsichtlich der regelmäßigen Arbeitszeit der Kraftfahrer. Vielmehr seien ab der 38. Stunde Überstundenzuschläge angefallen bzw. die über die 37. Wochenstunde hinaus geleistete Arbeitszeit bis zur 40. Stunde einem Zeitkonto zugeführt worden, das habe abgefeiert werden können. Die gezahlten Zuschläge seien nicht berücksichtigungsfähig.

Das Sozialgericht hat eine Auskunft des Arbeitgebers des Klägers zu seiner Arbeitszeit eingeholt. In den Antworten vom 16. und 26.02.1998 hat die Firma ... ausgeführt, auf das Arbeitsverhältnis habe der Tarifvertrag für Molkereien und Käseereien Anwendung gefunden. Als regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit in dem streitigen Zeitraum seien 37 Stunden vereinbart worden. Die Frage, ob von der Öffnungsklausel in § 3 Nr. 7 des Manteltarifvertrages Gebrauch gemacht worden sei, hat der Arbeitgeber bejaht.

Das Sozialgericht hat den Leiter der Personalabteilung der Firma ..., Herrn P ..., als Zeuge zu der Frage vernommen, welche Arbeitszeiten mit dem Kläger vereinbart gewesen seien. Außerdem hat der Zeuge die Lohnabrechnungen im einzelnen erläutert. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Anlage 1 der Sitzungsniederschrift vom 20.07.1998 verwiesen.

Das Sozialgericht hat sodann zur Berechnung der Zuschläge eine weitere Auskunft der Firma ... vom 10.12.1998 eingeholt.

Mit Urteil vom 04.10.1999 hat das Sozialgericht die Beklagte unter Abänderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger Arbeitslosengeld mit Wirkung ab 13.05.1996 unter Zugrundelegung eines wöchentlichen Bemessungsentgelts von 890,00 DM bzw. ab 02.12.1996 von 920,00 DM zu gewähren. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. In der Begründung hat es unter anderem ausgeführt: Berücksichtigungsfähig sei nur das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt ([§ 112 Abs. 1 AFG](#)). Die Vorschrift habe auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 11.01.1995 - [1 BvR 892/88](#) - Bedeutung. Zwar habe das BVerfG in diesem Beschluss festgestellt, es sei mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ([Art. 3 Abs. 1 GG](#)) unvereinbar, dass einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, usw.) zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen werde, ohne dass es bei der Berechnung von kurzfristigen Lohnersatzleistungen (z. B. Arbeitslosengeld) berücksichtigt werde. Zugleich habe es aber ausgeführt, dass es ausnahmsweise im Interesse der Rechtssicherheit geboten sei, die weitere Anwendung der betreffenden Normen bis zu einer gesetzlichen Neuregelung längstens bis zum 31.12.1996 zuzulassen. Bis zum Ausscheiden des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis habe der Gesetzgeber keine Neuregelung getroffen. Die danach erfolgten Neuregelungen (Gesetz zur sozialrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt vom 12.12.1996 - BGBl. I S. 1859 - und Art. 1 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24.03.1997 - BGBl. I S. 594 ff. -) fänden keine Anwendung, weil ihnen keine Rückwirkung zukomme. Es bleibe also hier bei der Anwendung von [§ 112 AFG](#). Dies bedeute im einzelnen: Einmalig

erzieltes Arbeitsentgelt wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld könnten nicht berücksichtigt werden. Gleiches gelte grundsätzlich für Überstundenzuschläge (BVerfG vom 03.03.1979 - [1 BvL 30/76](#) -), während das Überstundenentgelt, also der Lohn für die Überstunden ohne Überstundenzuschläge, dem Arbeitsentgelt zuzuschlagen sei. Daher seien bei der Berechnung des der Bemessung zugrunde zu legenden Stundenlohns (Lohnfaktor) die Überstunden einschließlich der Mehrarbeitszuschläge im vollen Umfang zu berücksichtigen.

Aus den Empfehlungen zu § 3 Ziff. 7 des Manteltarifvertrages (Arbeitszeit für Kraftfahrer) in Verbindung mit der Betriebsordnung (II.4) ergebe sich, dass der Kläger zur Mehrarbeit verpflichtet gewesen sei. Diese Mehrarbeit sei tatsächlich auch durchgehend erbracht worden, und zwar mit Zustimmung des Betriebsrates. Dass auch der Arbeitgeber von einer die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinausgehenden Verlängerung der tatsächlichen Arbeitszeit des Klägers ausgegangen sei, mache seine Antwort vom 26.02.1998 unter Ziff. 2 deutlich, wonach von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht worden sei. Bei den Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit und entsprechend dann auch für Samstagarbeit sei zu unterscheiden, ob sie steuer- und damit beitragsfrei seien (dann würden sie nicht berücksichtigt) oder steuer- und damit beitragspflichtig (dann seien sie auch zu berücksichtigen). Mehrarbeitszuschläge seien in diesen Fällen herauszurechnen. Dies ergebe für die Ermittlung des maßgeblichen Stundenlohns (Lohnfaktor) folgendes: Aus den Abrechnungen seien sämtliche Positionen heranzuziehen, die steuer- und beitragspflichtig seien, also einschließlich der Überstunden und Überstundenzuschläge. Bei den Positionen Urlaubsgeld, Lohnfortzahlung und Freischichten, denen eine Durchschnittsberechnung einschließlich der Zuschläge zugrunde liege, brauchten die Mehrarbeitszuschläge nach dem oben ausgeführten nicht herausgerechnet zu werden. Gleiches gelte für die Position Samstagarbeit, bei der es sich um einen Mischzuschlag handele. Nicht berücksichtigt werden könnten dagegen neben den steuer- und beitragsfreien Zuschlägen die steuerfreien Tagegelder und das Urlaubsgeld sowie das Weihnachtsgeld als einmalige Geldzuwendungen. Insgesamt ergebe sich somit ein berücksichtigungsfähiges Einkommen von 41.366,57 DM. Da [§ 112 Abs. 3 Satz 1 AFG](#) der für die weitere Berechnung auf das in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitentgelt abstelle, sei dieser Betrag durch die Zahl der im Bemessungszeitraum tatsächlich geleisteten bzw. für die Zeiten ohne tatsächliche Arbeitsleistung (Urlaubsentgelt, Lohnfortzahlung) zugrunde gelegten Stunden zu teilen, hier also durch die bescheinigte und unstrittige Zahl von insgesamt 1.763,6 Stunden. Hieraus ergebe sich ein Stundenlohn von 23,46 DM. Um auf das wöchentliche Bemessungsentgelt zu kommen, sei dieser Stundenlohn nach der zuvor genannten Vorschrift mit der Zahl der Arbeitsstunden zu vervielfachen, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit des Beschäftigungsverhältnisses im Bemessungszeitraum ergebe (Zeitfaktor).

Im Unterschied zu der Ermittlung des Lohnfaktor (siehe oben) sei hierbei nicht auf die gewöhnliche und regelmäßige Arbeitszeit abzustellen, sondern auf die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit. Dies seien nach dem hier zugrunde zulegenden Manteltarifvertrag für Molkereien und Käsereien im Land Nordrhein-Westfalen vom 09.08.1990 37 Stunden wöchentlich (§ 3 Nr. 1). Hiervon könne nur dann

abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag eine sogenannte Öffnungsklausel enthalte, die für bestimmte Personengruppen eine abweichende regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit erlaube. Dabei müsse es sich um eine nach dem Tarifvertrag regelmäßige Arbeitszeit handeln. Der Manteltarifvertrag enthalte zwar unter § 3 Nr. 7 grundsätzlich eine Öffnungsklausel für die Arbeitszeit der Kraftfahrer, die jedoch durch die Tarifvertragsparteien in den maßgeblichen Empfehlungen nicht ausgefüllt worden sei. Dort heiße es nämlich unter Ziffer 2: "Für die regelmäßige Arbeitszeit gelte § 3, soweit nachstehende Regelungen keine Abweichungen zulassen." Da in den nachfolgenden Bestimmungen lediglich die Mehr-, Sonntags-, Feiertags-, Nacht- und Schichtarbeit durch Rückverweisung auf § 5 des Manteltarifvertrages sowie die höchstzulässige Tageslenkzeit und die Dauer einer Arbeitsschicht geregelt worden seien, bleibe es bei der Rückverweisung auf § 3 des Manteltarifvertrages. Damit sehe der Tarifvertrag aber für Kraftfahrer gerade keine abweichende regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit vor. Tatsächlich sei dies auch entsprechend umgesetzt worden, da der Kläger ab der 38. Wochenstunde Überstundenzuschläge erhalten habe. Dies bedeute, dass der ermittelte Stundenlohn (von 23,46 DM - siehe oben -) hier nur mit der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit multipliziert werden könne. Hieraus ergebe sich ein wöchentliches Bemessungsentgelt von gerundet 870,00 DM ([§ 112 Abs. 10 AFG](#)). Dieses Entgelt sei gem. [§ 112 a AFG](#) in Verbindung mit der AFG Anpassungsverordnung 1995 vom 11.05.1995 (BGBl. I S. 686) mit dem Faktor 1,0218 zu dynamisieren auf gerundet 890,00 DM. Dies sei das wöchentliche Arbeitsentgelt, das der Leistungsgewährung bis zum 30.11.1996 zugrunde zu legen sei. Ab dem 02.12.1996 (der 01.12.1996 sei ein Sonntag gewesen, für den gem. [§ 114 AFG](#) keine Leistungen zu zahlen seien) sei es erneut zu dynamisieren, und zwar gem. der AFG-Anpassungsverordnung 1996 vom 12.06.1996 ([BGBl. I S. 817](#)) mit dem Faktor 1,0342 auf gerundet 920,00 DM.

Soweit der Kläger darüber hinausgehend noch ein Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines höheren wöchentlichen Bemessungsentgelt begehre, nämlich unter Berücksichtigung der einmalig gezahlten Leistungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld beim Lohnfaktor und der tatsächlich geleisteten Stunden beim Zeitfaktor, könne dem mangels entsprechender Rechtsgrundlage nicht gefolgt werden. Insoweit sei die Klage unbegründet.

Gegen dieses ihm am 25.10.1999 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.11.1999 Berufung eingelegt und vorgebracht: Auf sein Arbeitsverhältnis fänden die Tarifverträge für Molkereien und Käsereien Nordrhein-Westfalen Anwendung. Das Arbeitsverhältnis sei aufgrund arbeitgeberseitiger betriebsbedingter Kündigung vom 28.06. zum 31.12.1994 beendet worden. In der Folgezeit habe er zunächst Übergangs- bzw. Krankengeld und sodann Arbeitslosengeld bis zum 31.07.1997 erhalten. Seither sei er nicht mehr arbeitslos. Das Sozialgericht habe die Beklagte zwar verurteilt, Arbeitslosengeld ab 13.05.1996 unter Zugrundelegung eines höheren wöchentlichen Bemessungsentgelts (nämlich 890,00 DM ab 13.05.1996 und 920,00 DM ab 02.12.1996) zu gewähren. Die weitergehende Klage sei jedoch zu Unrecht abgewiesen worden.

Nach der Entscheidung des BVerfG (Beschluss vom 11.01.1995 - BvR 892/88 -) sei

die Regelung, wonach einmalig gezahltes Arbeitsentgelt (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld usw.) zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen werde, ohne dass es bei der Berechnung von kurzfristigen Lohnersatzleistungen (z. B. Arbeitslosengeld, Krankengeld und Übergangsgeld) berücksichtigt werde, für unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Grundgesetzes ([Artikel 3 Abs. 1 GG](#)) erklärt worden. Trotz dieses Verstosses habe das BVerfG es ausnahmsweise im Interesse der Rechtssicherheit für geboten erachtet, die weitere Anwendung der betreffenden Norm bis zu einer gesetzlichen Neuregelung längstens bis zum 31.12.1996 zuzulassen. Der Gesetzgeber sei dem Auftrag, eine mit dem Grundgesetz vereinbare Regelung zu schaffen, für die Zeit nach dem 01.01.1998 (vgl. [§ 132 Abs. 1 SGB III](#)) nachgekommen. Er wäre aber verpflichtet gewesen, eine vergleichbare Regelung schon ab 01.01.1997 zu schaffen. Da er dies nicht getan habe, sei dem Kläger Arbeitslosengeld nach den Grundsätzen zu gewähren, wie sie nunmehr in [§ 132 Abs. 1 SGB III](#) niedergelegt seien (also nach dem im Bemessungszeitraum durch durchschnittlich auf die Wochen entfallenden (tatsächlichen) Entgelt, wobei Entgelt, von dem Beiträge nicht zu erheben sei, außer Betracht bleibe).

Die Beklagte habe nun mit Änderungsbescheid – ohne Datum – aus September 2000 für die Zeit ab 01.01.1997 das der Leistung zugrunde liegende Bemessungsentgelt im Rahmen einer pauschalierten Regelung um 10 % erhöht, allerdings ausgehend von dem in ihren Bescheiden festgestellten Bemessungsentgelt, nicht aber – was richtig gewesen wäre – von dem im sozialgerichtlichen Urteil festgestellten Bemessungsentgelt. Mit der Berufung begehre der Kläger ferner die Berücksichtigung von Einmalzahlungen (pauschalierte Erhöhung von 10 %) auch bereits für die Zeit vom 13.05. – 31.12.1996. Nach der weiteren Entscheidung des BVerfG vom 24.05.2000 (1 BvL 1 und 4/98 sowie [1 BvL 15/99](#)) stehe fest, dass das Gesetz zur sozialrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt (vom 12.12.1996) den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine dem Gleichheitssatz entsprechende Regelung nicht genügt. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung längstens bis zum 31.12.1996 sollte die beanstandete Regelung (siehe Entscheidung des BVerfG vom 11.01.1995) weiter angewendet werden können. Das BVerfG habe dem Gesetzgeber nunmehr aufgegeben, durch geeignete Regelungen sicherzustellen, dass einmalig gezahlte Arbeitsentgelte bei den Lohnersatzleistungen berücksichtigt werden, soweit über deren Gewährung für die Zeit nach dem 01.01.1997 noch nicht bestandskräftig entschieden worden sei. Bei dem Kläger sei über die Gewährung des Arbeitslosengeldes für den gesamten Bewilligungszeitraum (vgl. Bescheid vom 03.07.1996 – Dauer von 676 Tagen), der teilweise vor und teilweise nach dem 01.01.1997 gelegen habe, noch nicht bestandskräftig entschieden worden. Die Entscheidung des BVerfG sei daher dahingehend zu verstehen, dass sie alle Verfahren betrifft, die nach dem 01.01.1997 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind, jedenfalls, soweit ein einheitlicher Bewilligungszeitraum betroffen ist.

Bezüglich der Berechnung des Arbeitslosengeldes für die Zeit vom 13.05.1996 bis 31.07.1997 sei nach Maßgabe eines Zeitfaktors von mindestens 64,62 Stunden wöchentlich auszugehen. Das BVerfG habe in seiner Entscheidung aus Mai 2000 hervorgehoben, dass dann, wenn der Gesetzgeber es dabei belasse, die Höhe der

jeweiligen Lohnersatzleistungen grundsätzlich den an den beitragspflichtigen Arbeitsentgelten zu orientieren, alle beitragspflichtigen Arbeitsentgelte berücksichtigt werden müssten. Alle Arbeitsentgeltbestandteile, die der Beitragspflicht unterworfen seien, müssten grundsätzlich den gleichen Erfolgswert haben. Das BVerfG habe sich in seiner Entscheidung zwar zwangsläufig ausschließlich mit der Frage der Berücksichtigung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt bei der Gewährung von Lohnersatzleistungen befasst. Aus den Ausführungen sei jedoch der Grundsatz herzuleiten, dass Versicherte mit einem gleichen beitragspflichtigen Arbeitsentgelt auch mit einer gleich hohen Lohnersatzleistung rechnen können müssten. Die Tatsache, dass der Kläger über die im Tarifvertrag für Molkereien und Käsereien vorgesehene regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinaus Arbeitsleistungen erbracht habe, stehe dem nicht entgegen, sondern begründe nach seiner Auffassung gerade diese Gleichbehandlung. Unstreitig habe er im Bemessungszeitraum 1.763,6 Stunden erbracht. Dies ergebe eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von mindestens 64,62 Stunden. Die Ermittlung des Zeitfaktors nach Maßgabe der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit widerspreche im vorliegenden Fall, in dem regelmäßig über diese tarifliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet worden sei, dem Lohnausfallprinzip. Es werde nicht verkannt, dass die Regelungen des SGB III stärker auf eine Sicherung des Lohnausfallprinzips (als des Lohnersatzprinzips) gerichtet seien. Gleichwohl stehe vorliegend die Ausrichtung der Höhe des Arbeitslosengeldes am zeitnahen Lohnniveau dem Referenzprinzip nicht entgegen.

Der Kläger habe ausschließlich als Kraftfahrer gearbeitet. Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände seien nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert, so dass Tarifverträge regelmäßig für einen bestimmten Wirtschaftszweig abgeschlossen würden. Für einen Betrieb gelte grundsätzlich derjenige Tarifvertrag, der dem Schwergewicht der betrieblichen Tätigkeit entspreche. In den Fällen, in denen ein Betrieb mehrere Geschäftszweige umfasse, gelte gleichfalls das Prinzip der Tarifeinheit. Dementsprechend sei der Kläger unter dem Geltungsbereich der Tarifverträge für Molkereien und Käsereien in Nordrhein-Westfalen beschäftigt gewesen, obwohl die von ihm ausgeübte Tätigkeit als Kraftfahrer fachlich näher dem Geltungsbereich des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer der Speditions-, Lagerei- und Transportgewerbes gestanden habe. Der Kläger sei nach seinem Leitberuf als Kraftfahrer anzusehen. Daher sei auch das zu erwartende Lohnniveau (Entgeltausfall) nicht ohne Berücksichtigung des vorgenannten Tarifvertrages zu sehen. Dieser Tarifvertrag sehe eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden vor und ermögliche in § 7 eine Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit auf bis zu höchstens 113 Stunden in der Doppelwoche.

Die Beklagte hat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 04.07.2001 folgendes Teilanerkennnis abgegeben:

Die Beklagte bemisst das Arbeitslosengeld des Klägers vom 01.01. - 31.07.1997 nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 1.010,00 DM.

Der Kläger hat dieses Teilanerkennnis nicht angenommen und beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 04.10.1999 teilweise zu ändern und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 03.07.1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.09.1996 sowie unter Änderung der Bescheide vom 16.12.1996 und 13.01.1997 sowie des Änderungsbescheides aus September 2000 (ohne Datum) zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld vom 13.05.1996 bis 31.07.1997 zu gewähren, ausgehend von einem im Zeitraum Juni bis November 1994 tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt von 45.453,77 DM nach Maßgabe eines Zeitfaktors von mindestens 64,62 Stunden wöchentlich.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung sowie die Klage zurückzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten: Dem Kläger stehe eine pauschale)Erhöhung des Bemessungsentgelts um 10 % (wegen der Nichtberücksichtigung von Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, usw.) bei dem Lohnfaktor erst ab 01.01.1997, nicht aber bereits für das Jahr 1996 zu. Entgegen dem Änderungsbescheid des Arbeitsamtes Wuppertal von September 2000 (ohne Datum) sei die pauschale Erhöhung des Bemessungsentgelts um 10 % für die Zeit vom 01.01. bis 31.07.1997 auf der Grundlage des vom Sozialgericht für diesen Zeitraum festgestellten Bemessungsentgelts von 920,00 DM auszugehen. Hiernach ergebe sich entsprechend dem im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.07.2001 abgegebenen Teilerkenntnis eine Erhöhung des Bemessungsentgelts im vorgenannten Zeitraum auf 1.010,00 DM wöchentlich. Eine Erhöhung des Bemessungsentgelts bereits für 1996 komme dagegen nicht in Betracht. Das Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz ([§ 434 c SGB III](#)) begrenze etwaige Nachzahlungsansprüche ausdrücklich auf die Zeit ab 01.01.1997. Dieser Zeitpunkt entspreche dem Beschluss des BVerfG vom 11.01.1995 ([1 BvR 892/88](#)), wonach der Gesetzgeber aufgefordert worden sei, eine gesetzliche Neuregelung zur Berücksichtigung von einmal gezahltem Arbeitsentgelt für die Zeit ab 01.01.1997 zu schaffen. Die beanstandete Regelung habe insoweit bis einschließlich 31.12.1996 weiterhin Anwendung finden dürfen.

Auf dem weiteren Begehren des Klägers, einen höheren Zeitfaktor als 37 Stunden (wöchentliche tarifliche Arbeitszeit) zugrunde zu legen, könne nicht entsprochen werden. Gem. [§ 112 Abs. 3 AFG](#) werde nämlich auf die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit abgestellt. Vorliegend habe auf das Beschäftigungsverhältnis des Klägers eindeutig der Manteltarifvertrag für Molkereien und Käsereien im Land Nordrhein-Westfalen, gültig ab 01.09.1990 Anwendung gefunden. Dieser Tarifvertrag regle auch die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit der Kraftfahrer. Eine abweichende regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit für Kraftfahrer sehe der Tarifvertrag nicht vor. Über die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsstunden seien deshalb als Mehrarbeit- bzw. Überstunden vergütet worden. Im Übrigen könne gem. [§ 112 Abs. 4 Nr. 2 AFG](#) die tarifliche wöchentliche Arbeitszeit nur dann einem anderen Tarifvertrag für ähnliche oder gleiche Beschäftigungen (hier: als Kraftfahrer) entnommen werden, wenn keine tarifliche Arbeitszeit bestanden habe. Hiervon sei im Fall des Klägers aber nicht auszugehen, so dass ein Rückgriff auf den Manteltarifvertrag für die

gewerblichen Arbeitnehmer des Speditions-, Lagerei- und Transportgewerbes nicht in Betracht komme. Der Vortrag des Klägers, die ausgeübte Tätigkeit habe eine größere Sachnähe zu diesem Manteltarifvertrag, sei nur unter den Aspekt nachvollziehbar, dass ihm ein höheres Arbeitslosengeld verschafft werden solle. Einer Berücksichtigung dieses Tarifvertrages stehe jedoch [§ 112 Abs. 3 AFG](#) entgegen, wonach auf diejenige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit abzustellen sei, die für das im Bemessungszeitraum ausgeübte Beschäftigungsverhältnis gegolten habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der beigezogenen Leistungsakte der Beklagten (Stamm-Nr ...) Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber über das – im Termin zur mündlichen Verhandlung am 04.07.2001 hinaus abgegebene Teilerkenntnis der Beklagten hinaus nicht begründet.

Dem Kläger steht Arbeitslosengeld für die Zeit vom 13.05.1996 bis 31.07.1997 zu, und zwar nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt ab 13.05.1996 in Höhe von 890,00 DM ab 02.12.1996 in Höhe von 920,00 DM und ab 01.01.1997 in Höhe von 1.010,00 DM. Die weitergehende Berufung und die Klage gegen den Änderungsbescheid vom September 2000 in der Fassung des Teilerkenntnisses vom 04.07.2001 haben daher keinen Erfolg.

Wegen der rechtlichen Grundlagen für die Berechnung des Arbeitslosengeldes wird zunächst auf die Darstellung in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils des Sozialgerichts Düsseldorf verwiesen. Darüber hinaus nimmt der Senat auf dieses Urteil hinsichtlich der Berechnung des Lohnfaktors (Stundenlohn 23,46 DM) Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Er hält diese Berechnung nach eigener Prüfung und Überzeugungsbildung für zutreffend.

Das Sozialgericht hat ferner zu Recht einen Zeitfaktor von 37 Stunden zugrunde gelegt. Dies ist nämlich die durchschnittliche tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers im Bemessungszeitraum (vgl. [§ 112 Abs. 3 S. 1 AFG](#)). Auf das Beschäftigungsverhältnis des Klägers ist der Manteltarifvertrag für die Molkereien und Käsereien im Land Nordrhein-Westfalen vom 09.08.1990 anwendbar. Er gilt auch für Kraftfahrer. Entgegen der Auffassung des Klägers kann der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Speditions-, Lagerei- und Transportgewerbes nicht angewandt werden. Nach [§ 112 Abs. 4 Nr. 2 AFG](#) ist auf die tarifliche Arbeitszeit für gleiche oder ähnliche Beschäftigungsverhältnisse nur dann abzustellen, wenn keine tarifliche Arbeitszeit bestand. Dies ist aber vorliegend – auch aus der Sicht des Klägers – nicht der Fall, weil der Manteltarifvertrag für die Molkereien und Käsereien galt. Während des Beschäftigungsverhältnisses sind die Arbeitsvertragsparteien (der Kläger und sein Arbeitgeber) auch von der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit von 37 Stunden ausgegangen. Dies ergibt sich aus den vorliegenden Lohnabrechnungen. Denn die

über 37 Stunden wöchentlich hinausgehenden Arbeitsstunden wurden als Überstunden vergütet (Zuschläge 25%). Es ist weder ersichtlich noch vom Kläger vorgetragen worden, dass und welche wöchentlichen Mindeststundenzahl sein Arbeitgeber ihm habe garantieren wollen. Zum anderen spricht der – vom Kläger akzeptierte – Überstundenzuschlag ab der 38. Wochenarbeitsstunde eindeutig gegen die Vereinbarung einer höheren regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit als einer solchen von 37 Stunden, denn dann hätte kein Anlass für die Zahlung eines Überstundenzuschlages bestanden. Soweit der Kläger darauf hinweist, er habe regelmäßig eine höhere Arbeitszeit gehabt, kann diese tatsächlich geleistete Arbeitszeit als Zeitfaktor bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes nicht zugrunde gelegt werden, weil dies nicht die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Klägers ist. Im AFG findet sich keine Grundlage dafür, die tatsächliche wöchentliche Arbeitszeit des Klägers bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes zu berücksichtigen.

Der Senat konnte sich nicht davon überzeugen, dass die Regelung des [§ 112 Abs. 3 AFG](#) verfassungswidrig ist, weil der Arbeitslose auf der einen Seite Beiträge zur Arbeitslosenversicherung (auch) aus dem durch Mehrarbeit erzielten Verdienst entrichtet hat, andererseits dieser Verdienst aus der Mehrarbeit aber bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes keine Berücksichtigung findet. Zu dieser streitigen Frage hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 03.04.1979 ([1 BvL 30/76](#)) bereits ausgeführt: Es sei zutreffend, dass sich das Entgelt für gewöhnlich geleistete Mehrarbeit bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes unterschiedlich auswirken könne. Die Vergütung für regelmäßige Überstunden eines Arbeitnehmers mit tarifvertraglich kürzerer Arbeitszeit wirke sich anders aus als diejenige eines Arbeitnehmers, der weder eine tarifliche noch eine vergleichbare Beschäftigung ausübe. Bei der einen Gruppe werde nur die tarifliche Arbeitszeit berücksichtigt; ein etwaiger Überstundenzuschlag verbessere dabei nur geringfügig den maßgeblichen Durchschnittsverdienst. Bei der anderen Gruppe gehe die übliche Arbeitszeit selbst dann in die Berechnung des Arbeitslosengeldes ein, wenn sie durch Mehrarbeit geprägt sei. Der gesetzlichen Regelung liege jedoch bei diesen unterschiedlichen Berechnungen die gleiche Überlegung zugrunde; diese gehe nämlich für beide Personengruppen davon aus, dass die übliche regelmäßige Arbeitszeit für die Bemessung des Arbeitslosengeldes maßgeblich sein solle. Sie wolle Besonderheiten, die in der Leistung von Überstunden aber auch bei Kurzarbeit vorliegen könnten, unberücksichtigt lassen.

Dieses Ziel werde für die meisten Fälle durch den Rückgriff auf den jeweiligen Tarifvertrag erreicht, weil Tarifverträge am ehesten Aufschluss über die in den verschiedenen Arbeitsbereichen üblichen Arbeitszeiten gäben. Nur in den verhältnismäßig wenigen Fällen, in denen es an einem solchen Anknüpfungspunkt fehle, greife die Regelung auf die tatsächlich übliche Arbeitszeit zurück. Grundsätzlich werde dieser Maßstab der Forderung nach einer gleichen Behandlung gleicher Lebenssachverhalte gerecht. In Einzelfällen könne dies allerdings dazu führen, dass bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes nicht unerhebliche Unterschiede entstünden, wenn z. B. im Bemessungszeitraum Mehrarbeit geleistet worden sei. Insoweit handele es sich dann um die Folge einer typisierenden Regelung, die insbesondere bei der Ordnung von Massenerscheinungen notwendig

und verfassungsrechtlich grundsätzlich hinnehmbar sei. Für unterschiedliche tarifliche Arbeitszeiten gebe es vernünftige in der Natur der Sache liegende Gründe. Sie könne etwa bei einem LKW-Fahrer oder Beifahrer darin liegen, dass diese Tätigkeiten oft mit langen Wartezeiten verbunden seien. Wenn im Hinblick darauf eine längere Arbeitszeit vereinbart werde, so werde in der Regel der Stundenlohn für solche Arbeitnehmer auch geringer sein als für intensivere Tätigkeiten in kürzeren Arbeitszeiten. Praktisch führten dann die Regelungen des [§ 112 AFG](#) dazu, dass die für die Berechnung des Arbeitslosengeldes maßgeblichen Faktoren – Arbeitszeit und Stundenlohn – zu einem vergleichsweise angemessenen Arbeitslosengeld führten. Es sei auch nicht verfassungswidrig, dass die Überstunden bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes außer Ansatz blieben, obwohl der Beitrag zur Arbeitslosenversicherung auch auf der Grundlage der Überstundenvergütung berechnet worden sei. Die Gesamtleistung an Arbeitslosengeld stehe im Einzelfall typischerweise nicht in einer Beziehung zur jeweiligen Beitragsleistung. Dies sei auch eine Folge dessen, dass alle Arbeitnehmer ohne Berücksichtigung ihres individuellen Arbeitslosenrisikos gleichmäßig zur Beitragsleistung herangezogen würden. Der Gesetzgeber sei durch das Gebot des sozialen Rechtsstaats nicht verpflichtet, eine Ausgestaltung des Systems der Arbeitslosenversicherung vorzusehen, bei der dem Versicherten ein Arbeitslosengeld gewährt werde, das bei Berücksichtigung vorheriger von ihm geleisteter Überstunden ihm annähernd die Aufrechterhaltung seines bisherigen Lebensstandards ermögliche. Es genüge vielmehr den Anforderungen des [Art. 20 Abs. 1 GG](#), wenn dem Arbeitslosen angemessener Ersatz für den Ausfall geleistet werde, den er dadurch erleide, dass er gegenwärtig keinen tariflich bezahlten Arbeitsplatz finde.

Diesen überzeugenden Ausführungen des BVerfG schliesst sich der Senat im vollen Umfang an. Er vermag dem Beschluss des BVerfG vom 24.05.2000 (1 BvL 1 u. 4/98; [1 BvL 15/99](#)) insbesondere nicht zu entnehmen, dass dieses seine Rechtsprechung zur Verfassungsmäßigkeit zur Nichtberücksichtigung von Überstunden aufgeben wollte. Vielmehr wurde auch im Beschluss vom 24.05.2000 ausgeführt, es sei von Verfassungs wegen auch bei der Bemessung kurzfristiger Lohnersatzleistungen nicht geboten, dass eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Höhe der Leistung erzielt werde. Für unterschiedliche Leistungen an Versicherte mit gleicher Beitragsbelastung müsse aber ein hinreichender sachlicher Grund bestehen. Derartige hinreichende sachliche Gründe hatte das BVerfG jedoch bereits in seinem Beschluss vom 03.04.1979 dargestellt. Zur Verfassungswidrigkeit des [§ 112 Abs. 3 AFG](#) enthält der o. g. Beschluss des BVerfG vom 24.05.2000 keinerlei Aussage. Vielmehr wird dort die Aussage des 7. Senats des BSG zitiert, wonach [§ 134 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB III](#) verfassungswidrig sei, weil mangels einer leistungsrechtlichen Kompensation eine Äquivalenzabweichung im Sinne der Entscheidung des BVerfG vorliege und sich der Zweck des Arbeitslosengeldes nach dem SGB III – anders als noch unter der Geltung des AFG – derart deutlich an der Sicherung des bisherigen Lebensstandards orientiere, dass es keinen sachlichen Grund mehr gebe, einmalig gezahltes Arbeitsentgelt unberücksichtigt zu lassen. Der Fall des Klägers ist jedoch nach den Vorschriften des AFG zu entscheiden (vgl. auch die Senatsurteile vom 18.04.2001 – L 12 171/99 – und – [L 12 AL 68/99](#) -).

Im Übrigen hat das Bundessozialgericht (BSG) in einem Urteil vom 14.12.2000 ([B 11 AL 60/00 R](#)) in Kenntnis des o. g. Beschlusses des BVerfG vom 24.05.2000 die Anwendung des [§ 112 Abs. 3 und 4 AFG](#) weiter für unproblematisch gehalten. Diesbezüglich führte das BSG aus: Der in [§ 112 Abs. 3 Satz 1 AFG](#) enthaltene Grundsatz, wonach dem Bemessungsentgelt allenfalls die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zugrunde gelegt werde, beruhe auf der Erwägung, es könne nicht unterstellt werden, dass der Leistungsempfänger, der im Bemessungszeitraum eine besonderes hohe Arbeitszeitleistung erbracht habe, Gelegenheit haben werde, diese fortlaufend auch in einem anderen Beschäftigungsverhältnis zu erbringen. Ferner sollte die Nichtberücksichtigung von Arbeitslosenzeiten, die die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit überstiegen, aus Gründen der Vermittelbarkeit der Arbeitslosen gewährleisten, dass das Arbeitslosengeld im Regelfall an das normale tarifliche Nettoarbeitsentgelt nicht etwa heranreiche. Vor dem Hintergrund des Zwecks der unter der Geltung des AFG noch für erforderlich gehaltenen Begrenzung des Berechnungsfaktors "Arbeitszeit" liege es nahe, die in [§ 112 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Nr. 3 AFG](#) enthaltene Regelung jeweils als Höchstgrenze zu verstehen (vgl. Niesel-Brand, AFG, § 112 Rdnr. 21). Diesen überzeugenden Ausführungen des BSG hat der Senat nichts hinzuzufügen.

Das sich hier ab 02.12.1996 ergebende Bemessungsentgelt von 920,00 DM ist ab 01.01.1997 entsprechend dem Teilanerkennnis der Beklagten auf 1.010,00 DM zu erhöhen. Entgegen der Auffassung des Klägers ist das Bemessungsentgelt für die Zeit von 13.05. bis 31.12.1996 nicht pauschal um 10 % wegen der Nichtberücksichtigung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt zu erhöhen. Dies ergibt sich aus [§ 434 c SGB III](#) (Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz vom 21.12.2000; BGBl. I S. 1972). Diese Vorschrift begrenzt etwaige Nachzahlungsansprüche ausdrücklich auf die Zeit ab 01.01.1997. Dieser Zeitpunkt entspricht im Übrigen dem Beschluss des BVerfG vom 11.01.1995 ([1 BvR 892/88](#)), wonach der Gesetzgeber aufgefordert wurde, eine gesetzliche Neuregelung zur Berücksichtigung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt für die Zeit ab 01.01.1997 zu schaffen. Die beanstandete Regelung durfte insoweit bis einschließlich 31.12.1996 weiterhin Anwendung finden. Etwas anderes lässt sich auch dem Beschluss des BVerfG vom 24.05.2000 zu den Einmalzahlungen nicht entnehmen. Aus dieser Entscheidung ergibt sich allerdings – entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung – eindeutig, dass das frühere verfassungswidrige Recht (nur) bis zum 31.12.1996 angewendet werden konnte, nicht aber in der Zeit ab 01.01.1997. Die Darlegungen des Klägers, die pauschale Erhöhung müsse auch für die Zeit vor dem 01.01.1997 zum Tragen kommen, ist dagegen nicht überzeugend. Sie berücksichtigt in der letztgenannten Entscheidung des BVerfG losgelöst den ersten Satz des letzten Absatzes (III 3), wonach der Gesetzgeber durch geeignete Regelungen sicher zu stellen hat, dass einmalig gezahltes Arbeitsentgelt bei der Lohnersatzleistung zu berücksichtigen ist, soweit über deren Gewährung für die Zeit nach dem 01.01.1997 noch nicht bestandskräftig entschieden worden ist. Völlig unberücksichtigt bleiben in der Argumentation des Klägers dagegen die Ausführungen des BVerfG in dem darüberstehenden Absatz (III 2). Danach ist [§ 112 Abs. 1 Satz 2 AFG](#) seit dem 01.01.1997 insoweit mit [Artikel 3 Abs. 1 GG](#) unvereinbar, als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt, für das Beiträge entrichtet wurden, bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts nicht berücksichtigt wird. Dass

der 01.01.1997 der entscheidene Stichtag für die Erhöhung des Bemessungsentgelts ist, ergibt sich darüber hinaus eindeutig aus den Ausführungen des BVerfG unter Punkt B. Dort ist ausgeführt worden, an der Entscheidungserheblichkeit der Vorlage in dem Verfahren [1 BvL 1/98](#) fehle es nicht deswegen, weil der für die Bemessung des Arbeitslosengeldes maßgebliche Zeitraum vor den 01.01.1997 liege und damit vor dem Ablauf der im Beschluss des BVerfG vom 11.01.1995 angeordneten vorläufigen Weitergeltung der für verfassungswidrig erklärten Vorschrift. Der Kläger des Ausgangsverfahrens hat auch in der Zeit ab 01.01.1997 Lohnersatzleistungen bezogen. Der Entscheidung des BVerfG ist nicht zu entnehmen, dass das verfassungswidrige Recht auch nach dem 31.12.1996 auf solche Lohnersatzleistungen angewendet werden soll, deren maßgeblicher Bemessungszeitraum vor dem 01.01.1997 liegt. Nach diesen klaren und überzeugenden Ausführungen besteht ein Anspruch des Klägers auf pauschale Erhöhung seines Bemessungsentgeltes bereits für den Zeitraum 13.05. bis 31.12.1996 nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Bei der Festlegung des von der Beklagten zu tragenden Anteils der außergerichtlichen Kosten des Klägers für beide Instanzen hat der Senat berücksichtigt, dass nach dem erstinstanzlichen Urteil die Bemessungsentgelte jeweils um gut 12 % erhöht wurden und darüber hinaus für die Zeit von Januar bis Juli 1997 (nicht aber für die Zeit vom 13.05. bis 31.12.1996) eine weitere Erhöhung um 10 % erfolgte.

Der Senat hat die Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen, weil die Rechtssache im Hinblick auf den o. g. Beschluss des BVerfG vom 24.05.2000 grundsätzliche Bedeutung hat.

Erstellt am: 25.04.2006

Zuletzt verändert am: 25.04.2006