

**B 11 AL 60/00 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Darmstadt (HES)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
28.01.1997  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
-

Datum  
25.02.2000  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 60/00 R

Datum  
14.12.2000  
Kategorie  
Urteil

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 25. Februar 2000 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft einen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld (Alg). Der Kläger macht geltend, der Berechnung des Alg sei die tarifliche Arbeitszeit von 37 Stunden, nicht aber die im Bemessungszeitraum tatsächlich geleistete Arbeitszeit von 35 Stunden zugrunde zu legen.

Der Kläger arbeitete seit dem 1. April 1957 bei der Druck- und Verlagsgesellschaft mbH als Setzer. Arbeitgeber und Kläger waren tarifgebunden. Der einschlägige Manteltarifvertrag der Druckindustrie sah eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 37 Stunden vor. Eine zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen und zur wirtschaftlichen Konsolidierung geschlossene Betriebsvereinbarung vom 15. Februar 1994 enthielt folgende Regelungen:

" ...

3. Teilzeitregelung

Im Gesamtbetrieb wird die 35-Stunden-Woche unter Verzicht auf Lohnausgleich eingeführt. Die einzelnen Arbeitsverträge werden individuell durch Teilzeitregelungen ergänzt.

3.1. Diese Vereinbarung gilt für alle Beschäftigten der dvg, mit Ausnahme der Auszubildenden und der bisherigen Teilzeitkräfte.

3.2. Mit allen Beschäftigten der dvg, mit Ausnahme der Auszubildenden und der bisherigen Teilzeitkräfte, wird eine Reduzierung der tariflichen Arbeitszeit auf 35 Std/Woche befristet auf die Zeit vom 01.03.1994 bis 31.03.1995 vereinbart.

...

7. Gültigkeit

Diese Betriebsvereinbarung gilt ab 01.03.1994 und endet am 31.03.1995, ohne daß es einer Kündigung bedarf. Dann entfällt auch die Rechtsgrundlage für die Teilzeitregelung mit den einzelnen Mitarbeitern gemäß dieser Vereinbarung."

Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung seitens des Konkursverwalters. Die Beklagte bewilligte dem Kläger auf seinen Antrag Alg in Höhe von 346,20 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 980,- DM, Leistungsgruppe A, allgemeiner Leistungssatz) ab dem 4. Februar 1995 (Bescheid vom 27. März 1995, Widerspruchsbescheid vom 28. April 1995). Bei der Berechnung legte die Beklagte eine wöchentliche Arbeitszeit von 35 Stunden zugrunde. Der Kläger erhält ab 1. März 1996 eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit.

Das Sozialgericht (SG) hat die Bescheide der Beklagten geändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Alg ab dem 4. Februar 1995 nach

einem wöchentlichen Bruttobemessungsentgelt von 1.040,-- DM jährlich dynamisiert ab dem 31. Januar 1996 zu zahlen (Urteil vom 28. Januar 1997). Zur Begründung hat das SG ausgeführt: § 112 Abs 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) enthalte Ausnahmen von dem Grundsatz, daß zur Bestimmung des Bemessungsentgelts das in der Stunde erzielte Arbeitsentgelt mit der Zahl der Arbeitsstunden zu vervielfachen sei, die sich als Durchschnitt der tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergebe. So sehe § 112 Abs 4 Nr 3 AFG vor, daß anstelle der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit die vereinbarte Arbeitszeit maßgeblich sei, wenn nicht nur vorübergehend weniger als die tariflichen oder üblichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart worden seien. Eine solche Rechtsfolge könne aber nur eine wirksame Vereinbarung herbeiführen. Die Betriebsvereinbarung sei im Hinblick auf die Regelung der wöchentlichen Arbeitszeit nichtig, weil sie gegen höherrangige tarifvertragliche Regelungen verstoße. Dies folge entweder aus [§ 87 Abs 1 oder § 77 Abs 3](#) Betriebsverfassungsgesetz. Der Manteltarifvertrag sehe eine abschließende Arbeitszeitregelung vor, die der Betriebsvereinbarung widerspreche. Die Nichtigkeit der Betriebsvereinbarung scheitere auch nicht daran, daß [§ 4 Abs 3](#) Tarifvertragsgesetz für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen trotz einer entgegenstehenden tarifvertraglichen Bestimmung erlaube (Günstigkeitsprinzip).

Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 25. Februar 2000 das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen: Die Sonderregelung des § 112 Abs 4a AFG komme nicht zur Anwendung, da zwar die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit im Bemessungszeitraum gemindert gewesen sei, jedoch diese mit rund 5 % unter der im Gesetz genannten Grenze geblieben sei. Damit sei allein die Geltung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG streitig. Diese Norm sei anzuwenden. Der Kläger habe über einen Zeitraum von elf Monaten zu der reduzierten Stundenzahl gearbeitet. Dieser Zeitraum sei deutlich länger als der Bemessungszeitraum von sechs Monaten. Jedenfalls sei eine Arbeitszeitvereinbarung, die für 13 Monate maßgebend sein solle, nach den Zwecken des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG nicht nur vorübergehend vereinbart. Die in der Betriebsvereinbarung vorgesehene individuelle Vereinbarung sei zwischen den Arbeitsvertragsparteien auch geschlossen und in Vollzug gesetzt worden. Wenn Individualvereinbarungen ohne Verpflichtung geschlossen worden seien, dann könne mit Blick auf die Hoffnung der Erhaltung des Arbeitsplatzes und die objektive Geeignetheit des gewählten Mittels zur Verfolgung des Zwecks durchaus davon ausgegangen werden, daß das Günstigkeitsprinzip eine solche Regelung trage. Im übrigen komme es hierauf nicht an. In der Arbeitslosenversicherung seien von jeher die tatsächlichen Lohn- und Gehaltsverhältnisse maßgebend gewesen (BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 10](#)). Schließlich komme auch eine Bemessung des Alg gemäß § 112 Abs 7 AFG nicht in Betracht, weil die dafür erforderliche unbillige Härte angesichts des letztlich um knapp 6 % divergierenden Arbeitsentgelts nicht gegeben sei.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG. Das LSG berufe sich auf Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), die von diesem im wesentlichen "modifiziert" worden sei. Nach den übereinstimmenden Auffassungen des 7. und des 11. Senats stehe auch eine nachträgliche Vertragserfüllung der Neuberechnung von Alg nicht entgegen. Die Entscheidung des LSG könne jedoch keinen Bestand haben, weil im Rahmen des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG der unbestimmte Rechtsbegriff "vorübergehend" verkannt werde. Die vom LSG angeführte Rechtsprechung habe Sachverhalte zu beurteilen gehabt, die 15 bzw 17 Jahre zurücklägen. Schon die wirtschaftlichen Rahmendaten seien zu dieser Zeit wesentlich andere gewesen. Im übrigen unterscheide sich der vorliegende Fall von bisher entschiedenen dadurch, daß vorliegend über die vorübergehende zeitlich fest umrissene Absenkung der Arbeitszeit eines Dauerarbeitszeitverhältnisses zu entscheiden sei. Der Grundsatz, daß ein Versicherter, der sich sozial adäquat verhalte und versuche, seiner Arbeitslosigkeit zu begegnen, nicht dadurch einen Nachteil erleiden dürfe und schlechter gestellt werden solle als eine Vergleichsperson, die "nur" arbeitslos sei, müsse auch hier greifen. Unter Beachtung dessen sei der Begriff vorübergehend dahingehend auszulegen, daß eine befristete Reduzierung der Arbeitszeit stets als vorübergehend zu betrachten sei, wenn zumindest die Rahmenfrist überwiegend mit der höheren Arbeitszeit zurückgelegt worden sei und die von vornherein befristete Reduzierung der Arbeitszeit auch den Zwecken gedient habe, Arbeitslosigkeit vermeiden zu helfen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 25. Februar 2000 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 28. Januar 1997 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie schließt sich der Rechtsauffassung des LSG an.

II

Die Revision, mit der der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des SG begehrt, ist unbegründet. Der Kläger kann von der Beklagten nicht verlangen, daß ihm Alg nach einem Bemessungsentgelt in Höhe von 1.040,-- DM gezahlt wird, wie das SG entschieden hat.

Nach §§ 111 Abs 1, 112 Abs 1 Satz 1 AFG richtet sich das Alg nach dem Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum in der Woche erzielt hat. Den Bemessungszeitraum, dh die letzten sechs Monate der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs, in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat (vgl § 112 Abs 2 Satz 1 AFG), bilden nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG die Monate August 1994 bis Januar 1995. In dieser Zeit erzielte der Kläger ein Bruttoarbeitsentgelt von 25.926,44 DM. Da der Kläger hierfür 924,5 Stunden gearbeitet hat, erzielte er im Bemessungszeitraum durchschnittlich etwa 28,04 DM in der Stunde. Das durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt ist hier - entgegen der Grundregel des § 112 Abs 3 Satz 1 AFG - nicht mit der Zahl von Arbeitsstunden zu vervielfachen, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit im Bemessungszeitraum ergibt, sondern nach § 112 Abs 4 Nr 3 AFG mit der Zahl der vereinbarten Wochenstunden, die den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden entsprechen. Vervielfältigt mit 35 ergibt das ein gerundetes Arbeitsentgelt von 980,-- DM (25.926,44: 924,5 x 35 = 981,53 DM).

Zutreffend hat das LSG die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG (idF des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1994 vom 26. Juli 1994 (BeschFG), BGBl I 1786) bejaht. Nach dieser Vorschrift ist, soweit sich aus Abs 4a nichts anderes ergibt, die vereinbarte Arbeitszeit als tarifliche regelmäßige wöchentliche zugrunde zu legen, wenn nicht nur vorübergehend weniger als die tariflichen oder üblichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitsstunden vereinbart worden waren. Der durch das BeschFG 1994 eingefügte Abs 4a Satz 1

des § 112 AFG greift nicht zugunsten des Klägers ein, weil die gegenüber der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eingetretene Verminderung der Arbeitszeit nicht das erforderliche Ausmaß (weniger als 80 vH der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit) erreicht hat.

Der Anwendung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG steht nicht entgegen, daß die in der Betriebsvereinbarung getroffene Arbeitszeitregelung nur den Zeitraum vom 1. März 1994 bis 31. März 1995 umfaßte, denn dabei handelte es sich jedenfalls um eine Vereinbarung nicht nur vorübergehender Natur iS der Vorschrift. Ob eine Arbeitszeitvereinbarung vorübergehender Natur ist, ist grundsätzlich allein nach dem Beschäftigungsverhältnis zu beurteilen, für das die Vereinbarung getroffen worden ist (BSG [SozR 4100 § 112 Nr 28](#); [BSGE 66, 11](#), 15 = [SozR 4100 § 112 Nr 52](#); BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#)). Dabei hat das BSG aus den Zwecken des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG hergeleitet, daß jedenfalls eine Arbeitszeitvereinbarung, die ggf für sechs/sieben Monate maßgebend sein sollte, nicht vorübergehend vereinbart ist ([SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#)). Dem ist weiterhin zuzustimmen, denn nach dem Regelungszusammenhang des § 112 AFG muß sich eine kürzere als die tarifliche oder übliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit an sich immer auf das Bemessungsentgelt auswirken, weil das Bemessungsentgelt ansonsten höher als das Arbeitsentgelt sein könnte, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat. Da ein solches Ergebnis möglichst zu vermeiden ist, kann nach § 112 Abs 4 Nr 3 AFG eine vereinbarte kürzere Arbeitszeit nur unberücksichtigt bleiben, wenn sie nur für ganz wenige Monate getroffen wurde und die Arbeitszeitvereinbarung das Beschäftigungsverhältnis im übrigen nicht prägt (BSG [SozR 4100 § 112 Nr 28](#); [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#)).

Gegen diese aus dem Regelungszusammenhang des § 112 AFG hergeleiteten Grundsätze kann eine Veränderung der "wirtschaftlichen Rahmendaten" nicht ins Feld geführt werden. Eine tendenziell großzügigere Auslegung des Begriffs "nicht nur vorübergehend" ließe sich allenfalls daraus herleiten, daß der Bemessungszeitraum - soweit hier von Belang - durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms vom 21. Dezember 1993 ([BGBl I 2353](#)) von drei auf sechs Monate verlängert worden ist. Dies kann jedoch dahinstehen, da diese Verlängerung des Bemessungszeitraums es jedenfalls nicht rechtfertigt, Zeiträume, die mehr als ein Jahr umfassen sollten, als "vorübergehend" einzustufen. Hierbei ist zusätzlich zu berücksichtigen, daß die durch die Betriebsvereinbarung herabgesetzte Arbeitszeit nahtlos bis zu einer endgültigen Herabsetzung der Arbeitszeit durch den Tarifvertrag gelten sollte.

Dieses Verständnis der in § 112 Abs 4 Nr 3 AFG getroffenen Regelung wird schließlich durch die Sonderregelung des § 112 Abs 4a Satz 1 AFG für Teilzeitbeschäftigte, deren Arbeitszeit im Bemessungszeitraum aufgrund einer Teilzeitvereinbarung "nicht nur vorübergehend" gemindert war, bestätigt. Denn im Rahmen dieser Regelung findet eine längere regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit nur Anwendung, wenn sie für den Arbeitslosen während eines sechs Monate umfassenden zusammenhängenden Zeitraums galt. Der Regelung kann deshalb die Wertung des Gesetzgebers entnommen werden, daß er der Geltung einer arbeitszeitlichen Regelung über einen zusammenhängenden Zeitraum von mindestens sechs Monaten wesentliche Bedeutung beimißt.

Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Auffassung des LSG, daß die Berücksichtigung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden unter Anwendung des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG nicht von der arbeitsrechtlichen Wirksamkeit der zugrundeliegenden Betriebsvereinbarung bzw einzelvertraglichen Abrede abhängt. Denn für das Verständnis des Begriffs "vereinbarte Arbeitszeit" iS des § 112 Abs 4 Nr 3 AFG kann nichts anderes gelten, als für den Begriff der "tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit" iS des § 112 Abs 3 Satz 1 AFG, da der Gesetzgeber mit beiden Vorschriften einen im wesentlichen übereinstimmenden Zweck verfolgt.

Der in § 112 Abs 3 Satz 1 AFG enthaltene Grundsatz, wonach dem Bemessungsentgelt allenfalls die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zugrunde gelegt wird, beruht auf der Erwägung, daß nicht unterstellt werden kann, daß der Leistungsempfänger, der im Bemessungszeitraum eine besonders hohe Arbeitszeitleistung erbracht hat, Gelegenheit haben wird, diese fortlaufend auch in einem anderen Beschäftigungsverhältnis zu erbringen ([BSGE 51, 64](#), 66 = [SozR 4100 § 112 Nr 15](#); BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#)). Ferner soll die Nichtberücksichtigung von Arbeitszeiten, die die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit übersteigen, aus Gründen der Vermittelbarkeit des Arbeitslosen gewährleisten, daß das Alg im Regelfall an das normale tarifliche Nettoarbeitsentgelt nicht etwa heranreicht (BSG [SozR 4100 § 112 Nr 22](#) mwN). Vor dem Hintergrund des Zwecks der unter der Geltung des AFG noch für erforderlich gehaltenen Begrenzung des Berechnungsfaktors "Arbeitszeit" liegt es nahe, die in § 112 Abs 3 Satz 1 und Abs 4 Nr 3 AFG enthaltene Regelung jeweils als Höchstgrenze zu verstehen. Deshalb führt auch eine arbeitsrechtlich unwirksame Herabsetzung der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit nur zur Berücksichtigung der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden, denn das Arbeitslosengeld dient nicht zur Auffüllung eines einvernehmlich nur teilweise erfüllten Arbeitsvertrages (Gagel, AFG, § 112 RdNr 142a, Stand: Januar 1996; Brand in: Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 112 RdNr 19).

Dieses Verständnis der Bemessungsvorschriften, das als Zeitfaktor höchstens die tatsächlich geleistete Arbeitszeit bis zur tariflichen bzw vereinbarten Arbeitszeit berücksichtigt, steht in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des BSG zum Faktor "Arbeitsentgelt" bei einer nachträglichen Vertragserfüllung. Danach sind zwar auch Teile des Arbeitsentgelts, die dem Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden iS einer nachträglichen Vertragserfüllung zugeflossen sind, dem Bemessungsentgelt hinzuzurechnen ([BSGE 76, 162](#) = [SozR 3-4100 § 112 Nr 22](#); [SozR 3-4100 § 112 Nr 25](#)), jedoch wird auf das Erfordernis des Zuflusses des Arbeitsentgelts nicht verzichtet (anders nun § 134 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers). Nichts anderes gilt für den Faktor Arbeitszeit, denn auch hier kann eine tarifwidrige Herabsetzung der Arbeitszeit durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien nicht mit Erfolg ausschließlich bei der Beantragung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung geltend gemacht werden.

Schließlich ist dem LSG auch darin zu folgen, daß es mit Rücksicht auf die in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit nicht unbillig hart iS des § 112 Abs 7 AFG ist, von dem Regelbemessungsentgelt auszugehen. Zwar ist eine unbillige Härte nicht deshalb ausgeschlossen, weil die tatsächlich geleistete Arbeitszeit herabgesetzt worden ist (vgl BSG [SozR 4100 § 112 Nr 45](#); [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#)), jedoch fehlt es an einer Erheblichkeit der Differenz der unterschiedlichen Arbeitsentgelte.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193](#) Sozialgerichtsgesetz.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-19