

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 108/89

.....

Kläger und Revisionsbeklagter,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 25. April 1990 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g und die Richter K ö n i g und S a t t l e r sowie die ehrenamtlichen Richter D r. O t t o und K o v a r für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 24. April 1989 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu erstatten.



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



Gründe:

I

Streitig ist die Höhe des dem Kläger gewährten Arbeitslosengeldes (Alg).

Der Kläger war zuletzt bis zum 31. Juli 1983 bei der B. und B. Aktiengesellschaft als Stahlrichtmeister in Nigeria beschäftigt. Er erhielt dafür außer einer Auslandszulage in örtlicher Währung ein Bruttomonatsentgelt von 5.197,-- DM, das sich aus einer Grundvergütung von 3.467,-- DM und einer "Überstundenpauschale" von 1.730,-- DM zusammensetzte.

Auf Antrag und Arbeitslosmeldung vom 3. Januar 1984 bewilligte ihm die Beklagte mit Bescheid vom 23. März 1984 Alg in Höhe von 297,60 DM wöchentlich aufgrund eines Arbeitsentgelts von 800,-- DM, der Leistungsgruppe A und einer tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden. Hierbei blieb die "Überstundenpauschale" unberücksichtigt. Der Widerspruch des Klägers, mit dem er ihre Berücksichtigung begehrte, blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 19. Juli 1984).

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte unter Zulassung der Berufung verurteilt, dem Kläger unter Abänderung der angefochtenen Bescheide als Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Arbeitslosengeldes ein Gesamtarbeitsentgelt von 5.197,-- DM monatlich, eine tatsächliche Arbeitszeit von 55 Stunden wöchentlich und eine tarifliche Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich zugrunde zu legen (Urteil vom 27. November 1987).

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Sein Urteil vom 24. April 1989 hat es im wesentlichen wie folgt begründet: Die dem Kläger bewilligte "Überstundenpauschale" müsse bei der Bemessung des Alg berücksichtigt werden. Es handele sich insoweit um keine Mehrarbeitszuschläge, sondern um einen festen und laufenden Teil des monatlichen Entgelts, der im Gegensatz zu den sonst üblichen Mehrarbeitszuschlägen von der Erbringung von Mehrarbeit völlig unabhängig gewesen sei. Außerdem müsse berücksichtigt werden, daß für das Arbeitsverhältnis des Klägers keine feste wöchentliche Arbeitszeit vorgesehen gewesen sei und keine tarifliche Arbeitszeit gegolten habe. Die Beklagte verkenne die Besonderheiten dieses Einzelfalles und den Willen der Arbeitsvertragsparteien. Diese hätten im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit das in Deutschland übliche Grundgehalt um eine Pauschale erhöhen wollen, damit der Arbeitnehmer die in Deutschland übliche Arbeitszeit ebenso pauschal erhöhe. Gegenstand der regelmäßigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen sei also ein Gehalt von einer besonderen Höhe und eine arbeitsstundenmäßige Verpflichtung des Arbeitnehmers ebenfalls von einer besonderen Höhe gewesen. Im Ergebnis habe der pauschalen Erhöhung der Arbeitszeit auf gewöhnliche und regelmäßige



55 Arbeitsstunden wöchentlich die pauschale Erhöhung des Arbeitsentgelts auf ein Monatsentgelt von 5.197,-- DM gegenübergestanden. Das gemäß § 112 Abs 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) entscheidende, in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Bemessungsentgelt betrage danach 21,81 DM ($5.197,-- \text{ DM} \times 3 : 13 : 55$). Das wöchentliche gerundete Bemessungsentgelt betrage dann bei der nach bundesdeutschen Verhältnissen zugrunde zu legenden 40 Stunden-Woche 870,-- DM.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des § 112 Abs 2 AFG in der Fassung vom 22. Dezember 1983. Sie ist der Auffassung, die "Überstundenpauschale" könne bei der Bemessung des dem Kläger zu gewährenden Alg nicht berücksichtigt werden, weil darin Mehrarbeitszuschläge enthalten seien. Dies folge daraus, daß der zuletzt erzielte Normalstundenlohn 20,-- DM betragen habe und demgegenüber die stündliche Überstundenvergütung 26,67 DM.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 24. April 1989 und das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 27. November 1987 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger ist in dem Revisionsverfahren nicht vertreten.

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

II

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Gegenstand des Rechtsstreits ist, ob dem Kläger ab 3. Januar 1984 ein höheres Alg als das bisher gewährte von 297,60 DM wöchentlich zusteht. Das ist deshalb der Fall, weil bei der Leistungsbemessung ein wöchentliches Arbeitsentgelt von mehr als 800,-- DM zugrunde zu legen ist.

Das wöchentliche Arbeitsentgelt, das der Leistungsbemessung zugrunde zu legen ist, ist das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (§ 112 Abs 2 Satz 1 AFG in der seit dem 1. Januar 1982 geltenden Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes vom 22. Dezember 1981 - BGBl I 1497 - -AFKG-). Bemessungszeitraum sind die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeit-



räume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs (§ 112 Abs 3 Satz 1 AFG idF des AFKG). Nach den Feststellungen des LSG, an die der Senat gemäß § 163 Sozialgerichtsgesetz (SGG) gebunden ist, war dies der Juli 1983. Die Beitragspflicht der Auslandsbeschäftigung folgt aus §§ 168 Abs 1, 173a AFG iVm § 4 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Viertes Buch - (SGB IV). In diesem Monat hat der Kläger 5.197,-- DM erzielt. Von diesem Betrag sind Mehrarbeitszuschläge nicht abzusetzen; denn solche Zuschläge sind darin nicht enthalten. In Betracht kommt insoweit nur die sog Überstundenpauschale von 1.730,-- DM.

Mehrarbeitszuschläge iS von § 112 Abs 2 Satz 1 AFG sind, wie der Senat bereits entschieden hat, Zuschläge, die vom Arbeitgeber allein deshalb gezahlt worden sind, weil Arbeit über die Arbeitszeitdauer hinaus erbracht worden ist, die die Arbeitsvertragsparteien als die gewöhnliche und regelmäßige ansehen (BSG SozR 4100 § 112 Nr 29). Das trifft auf die dem Kläger gewährte Überstundenpauschale nicht zu. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, an die der Senat gemäß § 163 SGG gebunden ist, handelt es sich hierbei um einen festen und laufenden Teil des monatlichen Entgelts, der im Gegensatz zu den üblichen Mehrarbeitszuschlägen von der Erbringung von Mehrarbeit völlig unabhängig war. Für diesen Charakter der Pauschale als laufendes gewöhnliches Arbeitsentgelt, mit dem der Kläger regelmäßig bei jeder Lohnabrechnung rechnen konnte (vgl BT-Drs 9/966 S 79, Begr zu Art 1 § 1 Nr 32 des Entwurfs eines AFKG), spricht insbesondere, daß für das vorliegende Arbeitsverhältnis weder eine feste wöchentliche Arbeitszeit noch eine tarifliche Arbeitszeit galt. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG wollten die Arbeitsvertragsparteien, wie sich aus dem Arbeitsvertrag und den Erklärungen der früheren Arbeitgeberin ergibt, im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit das in Deutschland übliche Grundgehalt um eine Pauschale erhöhen, damit der Arbeitnehmer die in Deutschland übliche Arbeitszeit ebenso pauschal erhöht. Gegenstand der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen war hiernach ein regelmäßiges Gehalt von einer besonderen Höhe als Gegenleistung für eine dementsprechende regelmäßige arbeitsstundenmäßige Verpflichtung des Klägers von ebenfalls besonderer Höhe. Im Ergebnis stand - so die Feststellungen des LSG - der pauschalen Erhöhung der Arbeitszeit auf gewöhnliche und regelmäßige 55 Arbeitsstunden wöchentlich die pauschale Erhöhung des Arbeitsentgelts auf ein Monatsentgelt von 5.197,-- DM gegenüber. Diese tatsächlichen Feststellungen lassen nicht den Schluß zu, daß die Überstundenpauschale allein deshalb gewährt worden ist, weil Arbeit über die Arbeitszeitdauer hinaus erbracht worden ist, die die Arbeitsvertragsparteien als die gewöhnliche und regelmäßige angesehen haben.

Die Revision der Beklagten verkennt dies, wenn sie den Mehrarbeitszuschlags-Charakter der hier streitigen Pauschale damit belegen will, daß sie den Stundenlohn aus der Grundvergütung anhand einer 40-Stunden-Woche dem (höheren) Stundenlohn aus der Pauschale anhand der übersteigenden wöchentlichen Arbeitszeit (15 Stunden) gegenüberstellt. Nach den Feststellungen des LSG lag den Vereinbarungen des Klägers und seiner



Arbeitgeberin eine solche Betrachtung nicht zugrunde. Vielmehr sollten Grundvergütung und Pauschale insgesamt diejenige Arbeitszeit entgelten, die der Kläger in Nigeria im Durchschnitt gewöhnlich und regelmäßig zu leisten hatte und von der sich die Vertragsparteien einig waren, daß sie erheblich länger war, als die übliche 40-Stunden-Woche bei einer Beschäftigung in der Bundesrepublik. Die Aufteilung des Gesamtentgelts in zwei Bestandteile findet ihre Erklärung in der vom LSG festgestellten Mitteilung der Arbeitgeberin, daß dadurch vermieden werden sollte, dem Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch auf die Pauschale für spätere Tätigkeiten im Inland einzuräumen, also auch dann noch auf ein gewöhnliches und regelmäßiges Gesamtentgelt in dieser Höhe.

Es handelt sich bei der Überstundenpauschale auch nicht um von der Bemessung beim Alg ausgeschlossene einmalige oder wiederkehrende Zuwendungen iS von § 112 Abs 2 Satz 3 AFG; denn die Überstundenpauschale war nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG ein fester und laufender Teil des monatlichen Entgelts (BSG SozR 4100 § 112 Nr 25).

Die vom LSG vorgenommene Berechnung des Bemessungsentgelts läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagte hat dies auch nicht geltend gemacht. Ihre Revision muß nach allem zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

