

Im Namen des Volkes

7 RAr 7/86

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche
Verhandlung am 13. Mai 1987

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landes-
sozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 13. Dezember 1985 auf-
gehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

-2-



-2-

G r ü n d e :

I

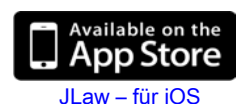
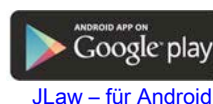
Streitig ist die Höhe von Arbeitslosengeld (Alg).

Der Kläger, der bis Ende August 1983 beschäftigt gewesen ist, meldete sich zum 1. September 1983 arbeitslos und beantragte Alg. Nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) hatte er sein Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt, weil seit Juni 1983 kein Lohn mehr gezahlt worden war. Nach der Arbeitsbescheinigung der Konkursverwalterin des Arbeitgebers vom 6. September 1983, die die Beklagte der Bemessung des Alg zugrunde gelegt hat, ist vor dem Ausscheiden des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis zuletzt der Juli 1983 abgerechnet worden, und zwar mit 186 Arbeitsstunden und einem Arbeitsentgelt von 2.760,16 DM; außerdem soll dem Kläger noch eine Urlaubsabgeltung bis zum 26. September 1983 zugestanden haben bzw gezahlt worden sein.

Aufgrund der Angaben der Konkursverwalterin gewährte die Beklagte dem Kläger ab 27. September 1983 Alg, und zwar in Höhe von 286,20 DM wöchentlich; die Gewährung erfolgte nach einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 595,-- DM (Bescheid vom 23. September 1983). Den Widerspruch, mit dem der Kläger die Berücksichtigung eines Arbeitsentgelts von 3.600,96 DM erstrebte, das - bei im übrigen gleichen Angaben - in einer Arbeitsbescheinigung der Konkursverwalterin vom 8. September 1983 ausgewiesen



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



-3-

worden ist, wies die Beklagte zurück (Widerspruchsbescheid vom 5. Januar 1984). Zur Begründung führte sie aus, das Arbeitsentgelt sei nach dem Brutto-Arbeitsentgelt von 2.760,16 DM bei 186 Arbeitsstunden festzusetzen, das einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 595,-- DM entspreche. Ausweislich der vorgelegten Gehaltsabrechnungen habe der Kläger einen Stundenlohn von 14,56 DM zuzüglich 52,-- DM vermögenswirksamer Leistungen im Monat gehabt; auch dieser Stundenlohn entspreche einem wöchentlichen Arbeitsentgelt von 595,-- DM. Die vom Kläger erzielten Mehrarbeitszuschläge könnten nicht berücksichtigt werden.

Mit Bescheid vom 16. Januar 1984 setzte die Beklagte mit Wirkung vom 2. Januar 1984 das Alg auf 264,60 DM herab; auch diese Leistung beruht auf einem gerundeten wöchentlichen Arbeitsentgelt von 595,-- DM wöchentlich. Den Widerspruch, mit dem der Kläger wiederum geltend machte, daß das Bemessungsentgelt zu gering angesetzt sei, wies die Beklagte zurück (Widerspruchsbescheid vom 16. April 1984).

Die gegen die ergangenen Bescheide erhobenen Klagen hat das Sozialgericht (SG) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und durch Urteil vom 22. April 1985 abgewiesen. Zur Begründung hat das SG ausgeführt, im Juli 1983 habe der Kläger zwar neben 106 Arbeitsstunden zu je 14,56 DM für insgesamt 80 Stunden Urlaubsabgeltung erhalten, wobei der Stundenlohn 25,07 DM betragen habe. Die Urlaubsvergütung, welche unter Berücksichtigung des Gesamtverdienstes während der letzten abgerechneten drei Monate ermittelt worden sei, könne indes beim Alg



nicht zugrunde gelegt werden, da Mehrarbeitszuschläge unberücksichtigt blieben; auch für die 80 Stunden Urlaubsvergütung sei daher der normale Stundenlohn von 14,56 DM in Ansatz zu bringen.

Das LSG hat die vom SG zugelassene Berufung des Klägers zurückgewiesen (Urteil vom 13. Dezember 1985). Zur Begründung seiner Entscheidung hat es ausgeführt, nach § 112 Abs 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) in der seit dem 1. Januar 1982 geltenden Fassung sei für die Alg-Berechnung von dem im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergebe, auszugehen, wobei einmalige und wiederkehrende Zuwendungen (wie hier das im Juli 1983 in Höhe von 50 % der Urlaubsvergütung gezahlte Urlaubsgeld von 1.002,80 DM) unberücksichtigt blieben. Die im vorliegenden Falle streitige Frage, ob die Urlaubsvergütung nach dem höheren Stundenlohn berücksichtigt werden könne, sei zu verneinen. Der erhöhte Urlaubsstundenlohn von 25,07 DM beruhe auf § 23 des Manteltarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer in der eisen- und metallerzeugenden und -verarbeitenden Industrie im Lande Rheinland-Pfalz vom 9. September 1959 idF vom 1. Januar 1979 (MTV). Nach dieser Vorschrift ergebe sich die Urlaubsvergütung nach dem durch den Faktor 65 geteilten, während der letzten abgerechneten 3 Monate bzw 13 Wochen erzielten Gesamtverdienst, zu dem neben Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle Vergütungen für Mehr-, Spätschicht-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie Montagezuschläge gehörten. Damit



-5-

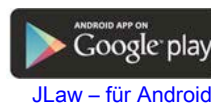
enthalte die Urlaubsvergütung aber Mehrarbeitszuschläge, die seit 1982 beim Alg nicht mehr berücksichtigt werden dürften. Eine andere Entscheidung würde beurlaubte Arbeitnehmer gegenüber tatsächlich tätigen Arbeitnehmern ohne rechtfertigenden Grund begünstigen. Somit sei für die Urlaubsvergütung für die hier in Frage kommenden Urlaubsstunden nur der Normalstundenlohn von 14,56 DM anzusetzen, wie das die Beklagte getan habe.

Der Kläger macht mit der Revision eine Verletzung des § 112 Abs 2 AFG geltend. Er räumt ein, daß das anlässlich des Urlaubs zusätzlich zur Urlaubsvergütung zu zahlende Urlaubsgeld das Alg nicht erhöhe. Die Urlaubsvergütung, die nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten drei Monate bestimmt werde, sei hingegen in vollem Umfange zu berücksichtigen. Sie enthalte keine Mehrarbeitszuschläge, auch wenn sich ihre Höhe unter Einschluß von in der Vergangenheit erzielten Mehrarbeitsvergütungen bestimme; indessen sei für die Vorschrift des § 112 Abs 2 AFG nicht maßgeblich, wie sich das Arbeitsentgelt errechne. Mit den Mehrarbeitszuschlägen seien im übrigen nur solche Entgelte gemeint gewesen, die unter besonderen Umständen gezahlt werden und nicht zu dem gewöhnlichen laufenden Arbeitsentgelt gehörten, mit dem der Arbeitnehmer bei jeder Lohnabrechnung rechnen könne. Zu diesem Arbeitsentgelt gehörten aber auch Überstundenvergütungen, da Überstunden jeden Monat neu anfallen könnten und nicht saisonal bedingt seien. Es seien daher die 3.600,96 DM, die der Kläger im Juli 1983 als Vergütung erhalten habe (88 Normalstunden à 14,56 DM = 1.281,28 DM; 18 Überstunden - ohne Mehrarbeitszuschläge - à 14,56 DM = 262,08 DM; vermögenswirksame Leistung

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6-

-6-

52,-- DM; 80 Urlaubsstunden a 25,07 DM = 2.005,60 DM), der Bemessung zugrunde zu legen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

die Urteile des LSG und des SG aufzuheben und die Beklagte in Abänderung der ergangenen Bescheide zu verurteilen, dem Kläger unter Berücksichtigung des im Juli 1983 erzielten Arbeitsentgelts von 3.600,96 DM höheres Alg zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

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

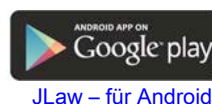
II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet.

Ob dem Kläger ab 27. September 1983 mehr als 286,20 DM und ab



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



2. Januar 1984 mehr als 264,60 DM Alg in der Woche zusteht, läßt sich aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

Für die Zeit bis 31. Dezember 1983 richtet sich die Höhe des Alg nach § 111 AFG in der zuletzt durch das Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) geänderten Fassung. Hiernach beträgt das Alg 68 vH des um die gesetzlichen Abzüge, die bei Arbeitnehmern gewöhnlich anfallen, verminderten Arbeitsentgelts (§ 112 AFG). Die AFG-Leistungsverordnung 1983 vom 23. Dezember 1982 (BGBl I 2038), durch die der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung aufgrund der Ermächtigung des § 111 Abs 2 Satz 1 AFG für die verschiedenen Bemessungsentgelte (§ 112 AFG) die jeweiligen Leistungssätze bestimmt hat, sieht in der Leistungsgruppe C, der der Kläger gemäß § 111 Abs 2 Satz 2 Nr 1 Buchst c AFG angehört (verheiratet/Steuerklasse III), für ein (wöchentliches) Bemessungsentgelt von 595,-- DM die bewilligten 286,20 DM vor. Höheres Alg hat der Kläger bis zum 31. Dezember 1983 daher nur zu beanspruchen, wenn das Alg nach einem höheren Bemessungsentgelt als 595,-- DM zu zahlen ist.

Arbeitsentgelt iS des § 111 Abs 1 AFG (Bemessungsentgelt) ist grundsätzlich das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge, vervielfacht mit der Zahl der Arbeitsstunden, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt (§ 112



Abs 2 Satz 1 AFG idF des AFKG). Einmalige und wiederkehrende Zuwendungen bleiben außer Betracht; dies gilt auch für Zuwendungen, die anteilig gezahlt werden, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Fälligkeitstermin endet (§ 112 Abs 2 Satz 3 AFG idF des AFKG). Das Bemessungsentgelt ist hiernach das Produkt eines Lohnfaktors und eines Zeitfaktors, die beide aus den Lohnbedingungen entwickelt werden, denen der Arbeitslose im Bemessungszeitraum unterlag.

Die Beklagte hat unter Billigung des LSG als Bemessungszeitraum den Juli 1983 angesehen. Das ist nicht zu beanstanden. Nach § 112 Abs 3 AFG (in der bis zum 31. Dezember 1985 geltenden, hier anzuwendenden Fassung des AFKG) sind Bemessungszeitraum die letzten vor dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Beschäftigungsverhältnis abgerechneten, insgesamt 20 Tage - bzw unter bestimmten, hier nicht gegebenen Voraussetzungen 60 Tage - mit Anspruch auf Arbeitsentgelt umfassenden Lohnabrechnungszeiträume der letzten die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs. Abgerechnet ist ein Lohnabrechnungszeitraum dann, wenn der Arbeitgeber das für diesen Zeitraum erarbeitete Arbeitsentgelt vollständig errechnet hat, so daß dieses aufgrund der Berechnung dem Arbeitnehmer ohne weitere Rechenoperationen ausgezahlt oder überwiesen werden kann (nicht veröffentlichtes Urteil des Senats vom 24. Juli 1986 - 7 RAR 8/84 -). Abgerechnet war den beiden Bescheinigungen der Konkursverwalterin zufolge vor dem Ausscheiden des Klägers aus dem Beschäftigungsverhältnis und damit vor dem 1. September 1983, dem Tag der Entstehung des Anspruchs, der Juli 1983. Dieser



Lohnabrechnungszeitraum umfaßt die erforderlichen 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt, auch wenn der Kläger im Juli 1983 für 10 Urlaubstage Urlaubsentgelt erhalten hat; denn das vom Arbeitgeber während des Urlaubs zu zahlende Entgelt ist seiner Rechtsnatur nach Lohn. Der Arbeitnehmer hat nach § 1 des Bundesurlaubsgesetzes (BUrlG) vom 8. Januar 1963 (BGBl I 2), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Oktober 1974 (BGBl I 2879) Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, dh Anspruch auf Freizeitgewährung unter Fortzahlung des Entgelts. Urlaubsentgelt ist damit nichts anderes als das Arbeitsentgelt, das fortzuzahlen ist, obwohl der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine Arbeit erbringt.

Urlaubsentgelt entspricht dem Begriff des Arbeitsentgelts iS des § 14 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften - (SGB 4), wonach alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung Arbeitsentgelt sind, gleichgültig ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Urlaubsentgelt ist auch nach der aufgrund der Ermächtigung des § 17 SGB 4 erlassenen Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung vom 6. Juli 1977 (BGBl I 1208), hier anwendbar in der zuletzt durch Verordnung vom 9. Dezember 1982 (BGBl I 1625) geänderten Fassung, von dem Begriff des Arbeitsentgelts nicht ausgenommen. Die vorgenannten Bestimmungen gelten zwar nach dem AFG unmittelbar nur für die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit -BA- (vgl § 173a



AFG, § 1 SGB 4). Sie enthalten jedoch bisherige Regelungen ablösende Bestimmungen über den sozialversicherungsrechtlichen Begriff des Arbeitsentgelts, deren allgemeiner Charakter es erlaubt, sie für die Ausfüllung dieses Begriffs im Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung entsprechend heranzuziehen, soweit dort nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist oder die Besonderheiten der jeweiligen Regelung dem entgegenstehen (BSG SozR 4100 § 68 Nr 3). Das ist für den Begriff des Arbeitsentgelts iS des § 112 Abs 3 AFG nicht der Fall. Insbesondere verlangt die Regelung des § 112 Abs 2 - 4 AFG nicht, daß lediglich ein auf tatsächlicher Arbeitsleistung beruhendes Arbeitsentgelt dem Bemessungsentgelt zugrunde gelegt wird. Ein Lohnabrechnungszeitraum umfaßt 20 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt daher auch dann, wenn das letztgenannte Erfordernis nur mit Hilfe von Tagen mit Anspruch auf Urlaubsentgelt erfüllt wird (Schönefelder/Kranz/Wanka, Komm zum AFG, Rdz 8 zu § 112 AFG in der ursprünglichen Fassung; Hennig/Kühl/Heuer, Komm zum AFG, Stand Februar 1987, § 112 Anm 6; Eckert ua, Gemeinschaftskommentar zum AFG, § 112 Rdz 12; Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, § 112 Rdz 19; vgl ferner BSGE 53, 58 = SozR 2200 § 182 Nr 79; BSG SozR 2200 § 1241 Nr 30).

Lohnfaktor des Bemessungsentgelts ist hiernach das im Juli 1983 in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt. Dessen Höhe, die durch Teilung des Arbeitsentgelts durch die Zahl der Arbeitsstunden zu ermitteln ist, kann jedoch aufgrund der bisher vom LSG getroffenen Feststellungen nicht bestimmt werden. Weder das Arbeitsentgelt noch die Zahl der Arbeitsstunden lassen



sich aus den Feststellungen entwickeln.

Nach § 112 Abs 2 Satz 1 AFG kommt es nicht auf das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erarbeitete Arbeitsentgelt, sondern auf das erzielte an. Arbeitsentgelt kann daher dem Bemessungsentgelt nur insoweit zugrunde gelegt werden, als es erzielt worden ist. Erzielt ist nach der Rechtsprechung des Senats nur solches Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer zufließt, so daß er darüber verfügen kann (Urteil vom 14. August 1980 - 7 RAr 103/79 - USK 80169). Der Zufluß muß zwar nicht im Bemessungszeitraum erfolgt sein; es reicht vielmehr aus, wenn der Arbeitnehmer bis zum Tage des Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis das Entgelt tatsächlich "in die Hand bekommen hat" oder es aufgrund der bis dahin erfolgten Abrechnung nur noch des technischen Überweisungsvorgangs bedarf, damit der Arbeitnehmer über das Entgelt verfügen kann (Urteil vom 10. Dezember 1981 - 7 RAr 6/81 - USK 81302). Ob die Bezüge für Juli 1983 oder jedenfalls Teile davon vom Kläger in diesem Sinne überhaupt erzielt worden sind, ist nicht festgestellt worden, obwohl hierfür besondere Veranlassung bestand; denn wenn der Kläger das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt hat, weil seit Juni 1983 kein Lohn mehr gezahlt wurde, wie in dem angefochtenen Urteil ausgeführt worden ist, dürften dem Kläger bis zu seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis kaum die vollen Juli-Bezüge zur Verfügung gestellt worden sein. Aber auch dann, wenn unterstellt wird, daß ein Zufluß (zB nach Abtretung von Ansprüchen auf Konkursausfallgeld an ein Kreditunternehmen) in vollem Umfange erfolgt ist, läßt sich nicht entscheiden, welcher Betrag als im Juli 1983



erzieltes Arbeitsentgelt dem Bemessungsentgelt zugrunde zu legen ist.

Von dem im Bemessungszeitraum insgesamt erzielten Arbeitsentgelt, zu dem nach seiner Rechtsnatur auch das Urlaubsentgelt zählt, sind die Arbeitsentgeltteile abzusetzen, die nach § 112 Abs 2 AFG beim Bemessungsentgelt nicht berücksichtigt werden dürfen. Das sind einmalige und wiederkehrende Zuwendungen (Satz 3) sowie Mehrarbeitszuschläge (Satz 1).

Nicht zu beanstanden ist, daß die Beklagte das vom LSG beiläufig erwähnte Urlaubsgeld von 1.002,80 DM, das dem Kläger nach § 23 Nr 3 MTV in Höhe von 50 vH des Urlaubsentgelts (= Urlaubsvergütung im Sinne des MTV) zusätzlich vom Arbeitgeber zu gewähren war, nicht mitberücksichtigt hat. Nach der Neufassung des § 112 Abs 2 AFG durch das AFKG, derzufolge einmalige und wiederkehrende Zuwendungen einschließlich solcher Zuwendungen, die anteilig gezahlt werden, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Fälligkeitstermin endet, außer Betracht bleiben, ist die Berücksichtigung einmaliger und wiederkehrender Zuwendungen jeglicher Art ausgeschlossen, wie der Senat schon entschieden hat (BSG SozR 4100 § 112 Nr 25). Wie ein anlässlich des Weihnachtsfestes gezahltes Weihnachtsgeld muß daher ebenfalls ein anlässlich des Urlaubs neben dem Urlaubsentgelt vom Arbeitgeber gewährtes Urlaubsgeld beim Bemessungsentgelt unberücksichtigt bleiben. Das räumt auch der Kläger ein, der zu keinem Zeitpunkt die Berücksichtigung des Urlaubsgeldes geltend gemacht hat. Nicht zu beanstanden ist ferner, daß Mehrarbeitszuschläge unberücksichtigt geblieben sind,



die nach den Angaben der Revision für 18 im Juli 1983 zurückgelegte Mehrarbeitsstunden angefallen sind. Dagegen kann aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht gebilligt werden, daß die Beklagte anstelle des Urlaubsentgelts (von hier 2.005,60 DM) einen Betrag von 1.164,80 DM (= 14,56 DM x 80) angesetzt und die Differenz als Mehrarbeitszuschläge angesehen hat, die nicht mehr zu berücksichtigen seien.

Richtig ist allerdings, daß das Urlaubsentgelt Mehrarbeitsverdienst und damit ggfs Mehrarbeitszuschläge abgilt, die der Arbeitnehmer erarbeitet hätte, wenn er infolge Urlaubs daran nicht gehindert wäre. Richtig ist ferner, daß Urlaubsentgeltteile, die Mehrarbeitszuschläge abgelten, nach § 112 Abs 2 AFG beim Bemessungsentgelt nicht berücksichtigt werden dürfen.

Hat der Arbeitnehmer aufgrund des Urlaubsrechts Anspruch auf Freizeitgewährung unter Fortzahlung des Entgelts, umfaßt das Urlaubsentgelt auch Mehrarbeitsverdienst, der im Urlaub angefallen wäre. Ist das Urlaubsentgelt abweichend von § 11 BUrlG nach dem Lohnausfallprinzip zu berechnen, was in einem Tarifvertrag vereinbart werden kann (§ 13 Abs 1 BUrlG), ergibt sich unmittelbar aus der Urlaubsentgeltberechnung, ob das Urlaubsentgelt Mehrarbeitsverdienst abgilt. Aber auch dann, wenn das Urlaubsentgelt nach der sog Bezugsmethode zu berechnen ist, wie sie modifiziert § 11 BUrlG zugrunde liegt, vergütet das Urlaubsentgelt ggfs ausfallende Mehrarbeit. Die Bezugsmethode soll den Arbeitnehmer während seines Urlaubs grundsätzlich so stellen, als bezöge er den bisherigen Verdienst, ermittelt aus dem Verdienst der letzten



13 Wochen vor Urlaubsbeginn, im Urlaub für ausfallende Arbeitstage weiter. Der Arbeitnehmer erhält damit praktisch auch im Urlaub Mehrarbeitsverdienst, und zwar für jeden Urlaubstag einen Betrag, wie er ihn durchschnittlich an einem Arbeitstag in den 13 Wochen vor dem Urlaub verdient hat. Die Regelung des § 23 Nr 1 MTV, die § 11 BUrlG vorgeht (§ 13 Abs 1 BUrlG) und im vorliegenden Falle Anwendung fand, weicht hiervon nicht ab. Nach ihr beträgt die Urlaubsvergütung je Urlaubstag 1/65 des Gesamtverdienstes während der letzten abgerechneten 3 Monate bzw 13 Wochen (Gesamtverdienst: 65). Zu dem Gesamtverdienst gehören, wie sich aus § 23 Nr 1 Satz 3 MTV unmittelbar ergibt, neben den Lohnfortzahlungen im Krankheitsfalle und Montagezuschlägen Vergütungen für Spätschicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit und für Mehrarbeit. Unter Mehrarbeit versteht der MTV die über die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit (§ 3 Nr 1 MTV) und verwendet damit den gleichen Mehrarbeitsbegriff wie § 112 AFG (vgl dazu das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats vom 18. Februar 1987 - 7 RAR 19/86 -). Sind für Mehrarbeit Mehrarbeitszuschläge zu zahlen, wie das zB § 4 Nr 1 Buchst a MTV vorsieht, gehen auch gezahlte Mehrarbeitszuschläge in das Urlaubsentgelt ein. Da nach Lage des Falles davon ausgegangen werden kann, daß der Kläger in den letzten abgerechneten 3 Monaten bzw 13 Wochen vor dem Urlaub Mehrarbeit geleistet und ihm hierfür Mehrarbeitszuschläge zustanden, enthielt sein Urlaubsentgelt auch Mehrarbeitszuschläge.

Ist Urlaubsentgelt aber Arbeitsentgelt iS des § 112 Abs 2 Satz 1 AFG, darf seit dem AFGK nur das im Bemessungszeitraum in der Ar-



beitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt "ohne Mehrarbeitszuschläge" dem Bemessungsentgelt zugrunde gelegt werden. Im Urlaubsentgelt enthaltene Mehrarbeitszuschläge dürfen daher bei der Durchschnittslohnabrechnung nicht berücksichtigt werden. Die Neufassung des § 112 Abs 2 AFG durch das AFKG ist im Gesetzgebungsverfahren ua damit gerechtfertigt worden, daß Mehrarbeitszuschläge nicht zu dem gewöhnlichen laufenden Arbeitsentgelt gehören, mit denen der Arbeitnehmer bei jeder Lohnabrechnung rechnen könne (Begründung zu Art 1 § 1 Nr 32 AFKG-Entwurf, BT-Drucks 9/966 S 79). Nachdem schon bisher als Zeitfaktor für das Bemessungsentgelt nicht die tatsächliche Wochenarbeitszeit im Bemessungszeitraum, sondern die ggfs geringere tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit maßgebend war, sollten nunmehr Überstundenvergütungen auch den Lohnfaktor nicht mehr erhöhen (vgl dazu des Näheren das schon genannte Urteil des Senats vom 18. Februar 1987 - 7 RAr 19/86 -). Die Berücksichtigung des Urlaubsentgelts auch insoweit, als es Mehrarbeitszuschläge abgilt, läßt sich daher entgegen der Auffassung der Revision nicht damit begründen, daß der Arbeitnehmer mit solchen Zuschlägen bei jeder Lohnabrechnung rechnen könne, weil Überstunden jeden Monat neu anfallen könnten und nicht saisonal bedingt seien. Vielmehr würde nach der Neufassung der Vorschrift der Gesetzeszweck verfehlt, wenn Urlaubsentgelt ungekürzt zu berücksichtigen wäre, während erarbeitetes Arbeitsentgelt um Mehrarbeitszuschläge gekürzt werden muß. Mit Recht weist das LSG darauf hin, daß andernfalls im Bemessungszeitraum beurlaubte Arbeitnehmer gegenüber nicht beurlaubten Arbeitnehmern begünstigt würden, ohne daß hierfür ein rechtfertigender Grund ersichtlich wäre. Auch der Einwand der



Revision, für die Vorschrift des § 112 Abs 2 AFG sei nicht maßgeblich, wie sich das Arbeitsentgelt errechne, trifft insoweit nicht zu. Gerade weil einmalige und wiederkehrende Zuwendungen außer Betracht bleiben und lediglich das in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt ohne Mehrarbeitszuschläge dem Bemessungsentgelt zugrundegelegt ist, muß geprüft werden, ob Arbeitsentgeltteile dieser Art vorliegen, weil ihre Aussonderung durch das Gesetz vorgeschrieben ist. Das Urlaubsentgelt ist deshalb wie sonstiges Arbeitsentgelt, das Mehrarbeitszuschläge enthält, um solche Zuschläge zu kürzen, bevor durch Teilung des Arbeitsentgelts durch die Anzahl der anzusetzenden Arbeitsstunden das durchschnittlich im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt (Lohnfaktor) ermittelt wird.

Wenn demnach auch die Mehrarbeitszuschläge, die das Urlaubsentgelt des Klägers enthielt, vorab von dem Arbeitsentgelt abzusetzen sind, entspricht es dennoch nicht dem durch § 112 Abs 2 Satz 1 AFG vorgegebenen System, wenn als Arbeitsentgelt für die im Urlaub ausgefallenen Arbeitsstunden der ausgefallene Normalstundenlohn angesetzt wird. Das wäre zutreffend, wenn die Differenz (hier 840,80 DM = 2.005,60 DM - 1.164,80 DM) ausschließlich aus Mehrarbeitszuschlägen bestehen würde; das ist jedoch nicht der Fall. Mehrarbeitszuschläge iS des § 112 Abs 2 Satz 1 AFG sind nämlich lediglich die Zuschläge, die vom Arbeitgeber allein deshalb gezahlt werden, weil Arbeit über die gewöhnliche und regelmäßige Arbeitszeit hinaus erbracht worden ist (vgl dazu das Urteil des Senats vom 18. Februar 1987 - 7 RAR 19/86 -). Zu



ihnen zählen also nicht die Vergütungen, die der Arbeitgeber neben Mehrarbeitszuschlägen für die Mehrarbeit selbst zu zahlen hat; dieser Mehrarbeitsverdienst – im allgemeinen der normale Stundenlohn für die geleistete Mehrarbeit – wird bei der Ermittlung des Lohnfaktors dadurch ausgeglichen, daß sich entsprechend der Mehrarbeit die Anzahl der Arbeitsstunden erhöht, durch die das erzielte Arbeitsentgelt zu teilen ist. Die Differenz zwischen dem Urlaubsentgelt (hier: 200,56 DM = 25,07 DM : 8) und dem "normalen" Arbeitsentgelt (hier: 116,48 DM = 14,56 DM x 8) für einen Arbeitstag enthält aber, insbesondere nach der im vorliegenden Falle vorgeschriebenen Berechnungsformel, anteilig nicht nur Mehrarbeitszuschläge, sondern anteilig auch den sonstigen Mehrarbeitsverdienst und, falls weitere Vergütungen als der Normallohn in den letzten abgerechneten 3 Monaten bzw 13 Wochen angefallen sind, zB Schicht- und Montagezuschläge, anteilig auch diese. Erzieltes Arbeitsentgelt, das nicht unter den Begriff der Mehrarbeitszuschläge fällt, ist aber beim Bemessungsentgelt zu berücksichtigen; nichts anderes gilt, soweit Urlaubsentgelt anderen Mehrverdienst enthält. Das Verfahren der Beklagten widerspricht dem durch § 112 Abs 2 Satz 1 AFG vorgegebenen System und verkürzt den Anspruch des Arbeitslosen, falls das Urlaubsentgelt auf anderem Mehrverdienst als Mehrarbeitszuschlägen beruht. Nur wenn der Gesamtverdienst, auf dem die Berechnung des Urlaubsentgelts beruht, sich lediglich aus Arbeitsentgelten zum Normalstundenlohn und Mehrarbeitszuschlägen zusammensetzen würde, wirkte sich der unrichtige Ansatz, wie ihn die Beklagte vorgenommen hat, letztlich nicht aus, weil gleichzeitig die Anzahl der Arbeitsstunden nicht um anteilige Mehrarbeitsstunden erhöht wor-



den sind, die das Urlaubsentgelt vergütet. Indessen kann in Ermangelung entsprechender Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, daß dem Urlaubsentgelt, das dem Kläger für Juli 1983 zu- stand, keine anderen Vergütungen zugrunde liegen.

In Fällen wie dem vorliegenden ist es daher im allgemeinen geboten, die Mehrarbeitszuschläge aus dem Urlaubsentgelt auszusondern. Bei einem nach der Bezugsmethode ermittelten Urlaubsentgelt geschieht dies dadurch, daß von dem Gesamtverdienst während der letzten abgerechneten 3 Monate bzw 13 Wochen, auf dem das Urlaubsentgelt beruht, alle Mehrarbeitszuschläge, wie sie zB § 4 Nr 1 Buchst a MTV vorsieht (25 vH für die ersten 6 Mehrarbeitsstunden, 40 vH von der 7. Mehrarbeitsstunde an), abgezogen werden. Wird nun der um die Mehrarbeitszuschläge bereinigte Gesamtverdienst durch die Anzahl der Arbeitstage im Referenzzeitraum (im vorliegenden Falle: 65) geteilt, stellt das Ergebnis das um Mehrarbeitszuschläge gekürzte Urlaubsentgelt für einen Urlaubstag dar. Wie hoch im vorliegenden Falle das um die Mehrarbeitszuschläge gekürzte Urlaubsentgelt ist, kann aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht bestimmt werden; denn es ist unbekannt, wie hoch die in den Gesamtverdienst (hier wohl $13.036,40 \text{ DM} = 25,07 \text{ DM} \times 8 \times 65$) eingegangene Summe der Mehrarbeitszuschläge ist.

Auch die Anzahl der Arbeitsstunden, durch die zur Ermittlung des Lohnfaktors das im Bemessungszeitraum erzielte und berücksichtigungsfähige Arbeitsentgelt zu teilen ist, ist aufgrund der Feststellungen des LSG nicht bestimmbar. Der Berechnung der Be-



klagen liegen 106 tatsächlich erbrachte und 80 für die Urlaubstage angesetzte Arbeitsstunden zugrunde. Letzteres trifft nicht zu, weil das Urlaubsentgelt nicht nur den urlaubsbedingten Ausfall von 80 Arbeitsstunden entschädigt, sondern anteilig auch Lohn für Mehrarbeitsstunden enthält.

Der Senat hat allerdings in seinem Urteil vom 7. August 1979 (SozR 4100 § 112 Nr 11) entschieden, daß wegen des im Bemessungszeitraum angefallenen Urlaubsentgelts, das rechnerisch auf Überstundenvergütungen in den drei Monaten vor dem Urlaub zurückgeht, die Arbeitsstundenzahl nicht zu erhöhen ist. An dieser Rechtsprechung, der die Erwägung zugrunde liegt, daß das Arbeitsentgelt lediglich durch die Anzahl der Arbeitsstunden zu teilen sei, die im Bemessungszeitraum erbracht worden sind, kann jedoch nach erneuter Überprüfung nicht festgehalten werden. Wenn der Lohnfaktor des Bemessungsentgelts aus den Lohnbedingungen zu entwickeln ist, denen der Arbeitslose im Bemessungszeitraum unterlag, kann nicht die Anzahl der tatsächlich gearbeiteten Stunden maßgebend sein, sondern nur die Anzahl der Stunden, für die das Entgelt gezahlt worden ist. Dem entspricht es, wenn § 182 Abs 5 Satz 1 RVO für das Krankengeld zur Ermittlung des Durchschnittsstundenlohnes bestimmt, daß das im Bemessungszeitraum erzielte (bereinigte) Arbeitsentgelt durch die Zahl der Stunden zu teilen ist, für die es gezahlt wurde. Die Teilung des Arbeitsentgelts durch die Zahl der Stunden, für die es gezahlt wurde, ist nach dem Zweck des § 182 RVO, der auf ein von Zufällen freies, dem regelmäßigen Arbeitsentgelt entsprechendes Bemessungsentgelt abzielt (vgl BSGE 36, 55, 57 = SozR Nr 59 zu § 182



RVO), sinnvoll. Sie gibt nämlich den durchschnittlichen Stundenverdienst im Normalfalle, in dem Arbeitsentgelt nur für geleistete Arbeit gezahlt wird, richtig wieder und vermeidet gleichzeitig, daß die Höhe des durchschnittlichen Stundenverdienstes davon beeinflußt wird, daß der Arbeitnehmer - abweichend vom Normalfalle - im Bemessungszeitraum Arbeitsentgelt erzielt hat, für das (zB wegen Arbeitsunfähigkeit, wegen Urlaubs oder wegen eines Wochenfeiertages) keine Arbeit zu erbringen war. Da auch § 112 AFG auf ein von Zufällen freies, dem regelmäßigen Arbeitsentgelt entsprechendes Bemessungsentgelt abzielt, kann auf die Formel des § 182 Abs 5 Satz 1 RVO zurückgegriffen werden. Hierfür spricht ferner, daß die Rechenformel des § 112 Abs 2 Satz 2 AFG nicht auf tatsächlich geleistete Arbeitsstunden abstellt, sondern auf eine durchschnittliche Arbeitsstundenzahl nach Maßgabe der vereinbarten Wochenarbeitszeit, für die das Monatsentgelt gezahlt wird. Wären nur Arbeitsstunden zu berücksichtigen, die im Bemessungszeitraum tatsächlich erbracht worden sind, ließe sich in letzter Konsequenz ein durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielter Arbeitsentgelt überhaupt nicht errechnen, wenn der Arbeitslose im Bemessungszeitraum nicht arbeiten mußte, weil er durchgehend Urlaub hatte. Es wäre genauso hoch wie das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitsentgelt (unter Einschluß des Urlaubsentgelts), wenn der Arbeitslose außerhalb des Urlaubs nur eine Stunde gearbeitet hätte. Es würde das im Bemessungszeitraum in der Arbeitsstunde durchschnittlich erzielte Arbeitsentgelt daher verfehlen, wenn dem Umstand nicht Rechnung getragen würde, daß dem Urlaubsentgelt anders als sonstigem Arbeitsentgelt keine Arbeitsstunden gegenüberstehen, in denen die Vergütung tatsäch-



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



lich erarbeitet worden ist. Andernfalls würden Arbeitnehmer, die im Bemessungszeitraum Urlaubsentgelt oder ein anderes Arbeitsentgelt erhalten haben, für das keine Arbeit zu erbringen war, begünstigt werden, ohne daß hierfür ein rechtfertigender Grund ersichtlich wäre.

Ist zur Ermittlung des Durchschnittsarbeitslohns das Arbeitsentgelt somit durch die Zahl der Stunden zu teilen, für die es gezahlt wurde, sind nicht nur Frei- und Fehlstunden und wegen Arbeitsunfähigkeit und Feiertagsruhe ausgefallene Arbeitsstunden zu berücksichtigen, für die Arbeitsentgelt gezahlt worden ist, sondern auch Arbeitsstunden, für die der Arbeitnehmer Urlaubsentgelt erhalten hat (so für das Krankengeld Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung, Stand November 1986, § 182 RVO Anm 4.5 aE; Schmatz/Fischwasser, Vergütung der Arbeitnehmer bei Krankheit und Mutterschaft, Stand September 1986, § 182 RVO Anm V 4 P 230 b; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II Bd 1, Stand Januar 1987, § 182 Anm 18 d; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Stand August 1986, S 564 e). Folgerichtig müssen auch nicht erbrachte Überstunden angesetzt werden, für die Arbeitsentgelt gezahlt worden ist (Heinze in Aye ua, RVO-Gesamtkommentar, § 182 Anm 20 c). Da das Urlaubsentgelt grundsätzlich auch Mehrarbeitsverdienst entschädigt, der im Urlaub erarbeitet wäre, müssen auch die anteiligen Mehrarbeitsstunden mitangesetzt werden.

Wieviele Arbeitsstunden ein Urlaubsentgelt entschädigt, ergibt sich zwangsläufig aus seiner Berechnung. Ist das Urlaubsentgelt



abweichend von § 11 BUrlG nach dem Lohnausfallprinzip zu berechnen, ergibt sich unmittelbar aus seiner Bemessung, für wieviele Arbeitsstunden das Urlaubsentgelt gezahlt worden ist; denn in einem solchen Falle hängt die Berechnung des Urlaubsentgelts davon ab, wieviel Arbeitsstunden für den Arbeitnehmer angefallen wären. Werden die Überstunden durch Pauschalen vergütet kann auf die Zahl der durchschnittlich anfallenden Überstunden zurückgegriffen werden, die solchen Pauschalen zugrundezuliegen pflegen. Wird das Urlaubsentgelt dagegen nach der modifizierten Bezugsmethode berechnet, wie das hier geschehen ist, vergütet das auf den einzelnen Urlaubstag entfallende Urlaubsentgelt sovielen Arbeitsstunden, wie nach dem Durchschnitt der vergangenen 3 Monate bzw 13 Wochen auf den einzelnen regelmäßigen Arbeitstag gefallen sind. Wieviele Arbeitsstunden das sind, ergibt sich, wenn man die Gesamtzahl der in den 3 Monaten bzw 13 Wochen vergüteten Arbeitsstunden durch die Arbeitstage dieser Zeit nach Maßgabe des hier anzuwendenden MTV durch 65 teilt.

Da den Feststellungen des LSG nicht zu entnehmen ist, wieviele Arbeitsstunden durch den Gesamtverdienst vergütet worden sind, auf der das dem Kläger im Juli 1983 zustehende Urlaubsentgelt beruht, läßt sich die Gesamtzahl der zu berücksichtigenden Arbeitsstunden ebenfalls nicht bestimmen.

Kann somit aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht entschieden werden, ob das Bemessungsentgelt mehr als 595,-- DM beträgt, fehlt für die Zeit nach dem 31. Dezember 1983 eine weitere Feststellung.



Für diese Zeit bestimmt § 111 Abs 1 idF des Art 17 Nr 16 des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532), daß das Alg für Arbeitslose, die mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 4, 6 und 7 des Einkommensteuergesetzes (EStG) haben, 68 vH (Nr 1), für die übrigen Arbeitslosen dagegen 63 vH des verminderten Arbeitsentgelts beträgt (Nr 2). Nach dem gleichzeitig eingeführten § 242b Abs 1 AFG gilt § 111 Abs 1 AFG in der vom 1. Januar 1984 an geltenden Fassung von diesem Zeitpunkt an auch für Ansprüche, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind. Durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (BGBl I 2484) hat § 111 Abs 1 Nr 1 eine neue Fassung erhalten. Nunmehr beträgt das Alg nicht nur für Arbeitslose, die mindestens ein Kind iS des § 32 Abs 1, 4 und 5 EStG haben, 68 vH, sondern auch für Arbeitslose, deren Ehegatte mindestens ein Kind im Sinne dieser Vorschriften hat, wenn beide Ehegatten unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben. Diese Änderung ist zwar erst zum 1. Januar 1986 in Kraft getreten. Nach der gleichzeitig eingeführten Übergangsvorschrift des § 242f Abs 3 AFG gilt die Neufassung in- dessen auch für Zeiten mit Anspruch auf Alg vor dem 1. Januar 1986, wenn die Entscheidung über den Anspruch auf Alg am 1. Januar 1986 noch nicht unanfechtbar war. Letzteres war hier aufgrund der Revision des Klägers der Fall. Diese nach dem Erlaß des angefochtenen Urteils eingetretene Änderung des für den streitigen Anspruch maßgeblichen materiellen Rechts ist vom Revisionsgericht zu berücksichtigen. Dieses entscheidet den Rechtsstreit zwar aufgrund der vom Tatrichter getroffenen Feststellungen, aber nach Maßgabe des im Zeitpunkt seiner eigenen Entscheidung gel-



tenden Rechts; es muß deshalb grundsätzlich auch noch jedes nach Erlaß des angefochtenen Urteils ergangene neue Gesetz berücksichtigen, sofern dies nach seinem Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis erfaßt (BSGE 2, 188, 192; 3, 95, 103 f; 3, 234, 237; 19, 260, 261; 54, 223, 224).

Ob der Kläger nun zu der Gruppe der Arbeitslosen mit der höheren Nettolohnersatzquote nach § 111 Abs 1 Nr 1 AFG (nF) gehört, läßt sich aufgrund der Feststellungen des LSG nicht entscheiden. Der Umstand, daß das LSG die Herabsetzung des Alg zum 2. Januar 1984 nicht beanstandet hat, läßt zwar vermuten, daß der Kläger kein ihm einkommensteuerrechtlich zurechenbares Kind hatte. Ob jedoch die Ehefrau des Klägers ein solches Kind hatte, kann den Feststellungen des LSG nicht entnommen werden, was sich allein daraus erklärt, daß es auf einen solchen Tatbestand nach dem im Zeitpunkt der Entscheidung des LSG geltenden Recht nicht ankam.

Fällt der Kläger nicht unter § 111 Abs 1 Nr 1 AFG, muß er sich nach § 111 Abs 1 Nr 2 AFG ab 1. Januar 1984 mit der allgemeinen Nettolohnersatzquote von 63 vH zufriedengeben, auch wenn dies eine Herabsetzung des Alg zur Folge hat. Wie der Senat schon entschieden hat, ist die Überleitungsvorschrift des § 242b Abs 1 AFG verfassungsgemäß, soweit nach ihr § 111 Abs 1 AFG in der seit dem 1. Januar 1984 geltenden Fassung von diesem Zeitpunkt an für Ansprüche auf Alg gilt, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind (Urteil vom 18. Februar 1987 - 7 RAr 34/85 -). Da die AFG-Leistungsverordnung 1984 vom 13. Januar 1984 (BGBl I 49) in der Leistungsgruppe C für ein wöchentliches Bemessungsentgelt von



595,-- DM Alg nach § 111 Abs 1 Nr 2 AFG in Höhe der bewilligten 264,60 DM vorsieht, hätte der Kläger höheres Alg nach dem 31. Dezember 1983 ebenfalls nur zu beanspruchen, wenn das Alg nach einem höheren Bemessungsentgelt zu zahlen ist.

Hiernach muß das Urteil des LSG aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden und danach erneut entschieden werden kann, ob dem Kläger höheres Alg zusteht. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)