

L 3 B 49/10 AL

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Grundsicherung für Arbeitsuchende
Abteilung
3
1. Instanz
SG Kiel (SHS)
Aktenzeichen
S 9 AL 42/06
Datum
11.12.2008
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 3 B 49/10 AL
Datum
15.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

1. Hat der Arbeitslose zuletzt Transfer-Kurzarbeitergeld bezogen, so ist der Bemessung des Arbeitslosengeldes das während des Kug-Bezuges ausgefallene Arbeitsentgelt zugrunde zu legen (so bereits Urteil des Senats vom 30.01.2009, L 3 AL 11/08; anders LSG Thüringen, Urteil vom 23.09.2009, [L 10 AL 143/06](#), anhängig BSG B [7 AL 20/10 R](#)).

2. Zu den Maßstäben einer Nichtzulassungsbeschwerde ([§ 144 Abs. 2 SGG](#)).

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Berufung im Urteil des Sozialgerichts Kiel vom 11. Dezember 2008 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten in der Hauptsache über die Höhe des dem Kläger zustehenden Arbeitslosengeldes (Alg). Der 1946 geborene Kläger stand von 1975 bis zum 31. Oktober 2004 in einem Beschäftigungsverhältnis als Chemiewerker bei der N Na GmbH in Nb (im Folgenden: N). Wegen dort aufgetretener wirtschaftlicher Probleme wurde er anschließend vom 1. November 2004 bis 31. Oktober 2005 für ein Jahr bei der V P GmbH in G (im Folgenden: V) eingestellt. Grundlage war ein dreiseitiger Vertrag zwischen der N , der V - einer Transfergesellschaft - und dem Kläger. Die V fungierte als betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (beE) im Sinne von [§ 216b](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch [SGB III]), in der für die vorher bei der N beschäftigten Mitarbeiter Transfer-Kurzarbeit mit null Arbeitsstunden realisiert wurde. In dieser Zeit bezog der Kläger Transferkurzarbeitergeld (Transfer-Kug) nach [§ 216b SGB III](#). Hierzu bescheinigte die V ein Soll-Entgelt vor Übergang in die Transfergesellschaft in Höhe von 3.017,90 EUR.

Zum 1. November 2005 meldete der Kläger sich arbeitslos und beantragte Alg. In der dazu vorgelegten Arbeitsbescheinigung gab die N für die Zeit vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2004 beitragspflichtiges Arbeitsentgelt in Höhe von 36.377,03 EUR einschließlich beitragspflichtiger Einmalzahlungen von 1.120,00 EUR und 562,42 EUR an. Die V führte in der von ihr ausgefüllten Arbeitsbescheinigung aus, dass bei Transfer-Kug nach [§ 216b SGB III](#) das Sollentgelt nach [§ 179 SGB III](#) vor Übergang zugrunde gelegt werde, das sich für den Kläger auf 3.017,90 EUR belaufe. Mit Bescheiden vom 21. Oktober 2005 und 2. Dezember 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2006 bewilligte die Beklagte dem Kläger Alg. Dabei legte sie zuletzt ein Bemessungsentgelt von 103,87 EUR zugrunde und führte dazu in dem Widerspruchsbescheid aus: Gemäß [§§ 130, 131 SGB III](#) sei für die Berechnung des Alg in der Regel als Bemessungsentgelt das durchschnittlich auf den Tag entfallende Arbeitsentgelt der letzten 12 Monate beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten Entgelt-Abrechnungszeiträume zugrunde zu legen; die Entgeltabrechnungszeiträume müssten mindestens 150 Tage umfassen. Nach [§ 131 Abs. 3 Nr. 1 SGB III](#) sei als Arbeitsentgelt für Zeiten, in denen der Arbeitslose Kug bezogen habe, das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das der Arbeitslose ohne den Arbeitsausfall und ohne Mehrarbeit erzielt hätte. Von dieser Regelung würden auch Zeiten des Bezuges von Transfer-Kug erfasst. Als monatliches Soll-Entgelt habe die V einen Betrag von monatlich 3.017,90 EUR angegeben; zusätzlich seien Weihnachtsgeld in Höhe von 1.136,80 EUR (1.200,00 EUR zuzüglich Tarif-Erhöhung um 1,5%) und Urlaubsgeld in Höhe von 562,42 EUR, auf die ohne den Arbeitsausfall Anspruch bestanden hätte, zu berücksichtigen. Damit sei bei dem Kläger im Bemessungszeitraum vom 1. November 2004 bis 31. Oktober 2005 ein Gesamtarbeitsentgelt in Höhe von 37.914,02 EUR zugrunde zu legen, welches einem kalendertäglichen Bemessungsentgelt von 103,87 EUR (37.914,02 EUR: 365 Tage) entspreche. Eine Erweiterung des Bemessungsrahmens auf 2 Jahre komme nur in Betracht, wenn das Bemessungsentgelt im erweiterten Bemessungsrahmen das Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum um mehr als 10% übersteige. Das sei hier nicht der Fall. In der Zeit vom 1. November 2003 bis 30. September 2004 und vom 1. November 2004 bis 31. Oktober 2005 habe der Kläger in 700 Tagen 71.223,43 EUR erzielt, so dass sich ein Bemessungsentgelt von 101,75 EUR täglich ergebe. Eine unbillige Härte liege insoweit nicht vor.

Der Kläger hat am 17. Februar 2006 bei dem Sozialgericht Kiel Klage erhoben und zur Begründung im Wesentlichen geltend gemacht: Die Beklagte habe ein zu geringes Bemessungsentgelt zugrunde gelegt. Er habe Kug erhalten, das durch einen Zuschuss auf 80% des vorherigen Nettoentgelts aufgestockt worden sei. Die Beklagte habe der Alg-Berechnung das Arbeitsentgelt zugrunde gelegt, das sich ohne die Kurzarbeit ergeben habe, nicht jedoch das von ihm zuvor tatsächlich erzielte Arbeitsentgelt. Ohne den Arbeitsausfall hätte er bei der N höheres Arbeitsentgelt erzielt als in der Transfergesellschaft.

Im Übrigen sei die Arbeitsbescheinigung der N insoweit nicht ganz korrekt, als er tatsächlich schon von Dezember 2003 bis März 2004 Kurzarbeit geleistet habe. Die Arbeitsbescheinigung weise das von ihm in diesem Zeitraum tatsächlich erhaltene Arbeitsentgelt aus, das jedoch hochzurechnen sei auf das Entgelt, das er bei der N erhalten hätte, wenn keine Kurzarbeit erfolgt wäre. Er habe einen Stundenlohn von 17,89 EUR bei 39,75 Wochenstunden gehabt.

Ergänzend hat der Kläger eine Mitteilung der Hauptstelle der Beklagten vom 8. Juli 2003 zur Akte gereicht, in der die Auffassung vertreten wird, dass der Lohn aus der Beschäftigung vor der Transfergesellschaft für die Berechnung des Alg zugrunde zu legen sei. Nach dieser Weisungslage sei das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das er ohne den Arbeitsausfall bei seinem ehemaligen Arbeitgeber (nicht bei der Transfergesellschaft) bezogen hätte.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid vom 21. Oktober 2005 sowie den Bescheid vom 2. Dezember 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2006 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihm ab dem 1. November 2005 Alg nach einem höheren Bemessungsentgelt zu gewähren.

Die Beklagte hat unter Bezugnahme auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2006 beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ergänzend hat sie ausgeführt, dass die Berechnung des Alg unter Beachtung der Dienstanweisung vom 8. Juli 2003 erfolgt sei. Sie könne nur von dem Arbeitsentgelt ausgehen, das die N der V als monatliches Sollentgelt angegeben habe.

Mit Urteil vom 11. Dezember 2008, das im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und sich zur Begründung insbesondere den Inhalt des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2006 zu Eigen gemacht. Ergänzend hat das Sozialgericht ausgeführt, dass die Beklagte die Weisung vom 8. Juli 2003 zutreffend umgesetzt und die einschlägigen Normen in rechtsfehlerfreier Weise berücksichtigt habe. Maßgeblich sei hier das Sollentgelt, das der Kläger bei der N erzielt hätte, einschließlich der Einmalzahlungen, jedoch ohne Mehrarbeit (vgl. [§ 179 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)). Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Bescheinigung des Sollentgelts seien nicht ersichtlich. Soweit der Kläger darauf hingewiesen habe, dass er bereits im Dezember 2003 Kurzarbeit geleistet habe und auch die Arbeitsentgeltbescheinigung der N zu niedrig ausfalle, sei darauf hinzuweisen, dass die im Zeitraum vom 1. November 2003 bis 30. September 2004 erzielten Entgelte hier zur Alg-Bemessung nicht zu berücksichtigen seien, weil sie nicht in den hier maßgeblichen Bemessungszeitraum vom 1. November 2004 bis 31. Oktober 2005 fielen.

Das Urteil ist den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 18. März 2009 zugestellt worden. In der dem Urteil beigefügten Rechtsmittelbelehrung heißt es, das Urteil könne mit der Berufung angefochten werden. Ausführungen zur Frage einer Berufungszulassung enthält das Urteil nicht.

Der Kläger hat gegen das Urteil am 16. April 2009 bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt, über die eine Entscheidung bisher nicht ergangen ist. Zur Begründung macht er unter Wiederholung seines bisherigen Vorbringens geltend: Er habe im Rahmen seiner vorangegangenen Beschäftigung bei der N ein höheres Arbeitsentgelt erzielt als zuletzt bei der Transfergesellschaft; dies sei insbesondere auf sozialversicherungspflichtige Zulagen (nicht Mehrarbeit) zurückzuführen. Das müsse auch bei der Alg-Bemessung berücksichtigt werden. Die Beklagte habe bei ihrer Entscheidung verkannt, dass das Soll-Entgelt der Transfergesellschaft nicht das Arbeitsentgelt sei, das er ohne den Arbeitsausfall erzielt hätte, denn der Arbeitsausfall sei nicht bei der Transfergesellschaft eingetreten, sondern bei seinem vorherigen Arbeitgeber. Somit sei auf das Arbeitsentgelt zurückzugreifen, das er vor Eintritt in die Transfergesellschaft bei seinem Arbeitgeber erzielt habe. Zweifelhaft sei auch, ob die Zeit in der Transfergesellschaft überhaupt Entgeltabrechnungszeiträume enthalte, da er in dieser Zeit kein Arbeitsentgelt erhalten habe, sondern Transfer-Kug. Ein Versicherungspflichtverhältnis könne auch allein durch Kurzarbeit nicht begründet werden.

Der Kläger beantragt im Berufungsverfahren sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Kiel vom 11. Dezember 2008 und den Bescheid vom 21. Oktober 2005 sowie den Bescheid vom 2. Dezember 2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24. Januar 2006 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihm ab dem 1. November 2005 Alg nach einem höheren Bemessungsentgelt zu gewähren.

Die Beklagte beantragt im Berufungsverfahren,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt das angefochtene Urteil und vertieft ihre zugrunde liegende Rechtsauffassung weiter.

Am 16. März 2010 hat der Kläger gegen die Nichtzulassung der Berufung Beschwerde eingelegt und dazu ausgeführt, es sei fraglich, ob die Berufung aufgrund des Streitwertes zulässig sei, so dass er vorsorglich auch auf diesem Wege die Durchführung des Berufungsverfahrens beantrage. In der Sache beziehe er sich auf sein Vorbringen im Berufungsverfahren.

Die Beklagte trägt zum Wert der Beschwerde vor: Aus den in der Leistungsakte dokumentierten Entgeltangaben sei - unabhängig von den

strittigen Rechtsfragen - bereits das für den Kläger günstigste Bemessungsentgelt ermittelt worden. Der Kläger stütze seinen Anspruch allein auf die Behauptung, es seien durch die N möglicherweise unrichtige Arbeitsentgelte bescheinigt worden. Wollte man dem Einwand nachgehen, für die Monate Dezember 2003 bis März 2004 sei wegen eines Kug-Bezuges ein Sollarbeitsentgelt ausgehend von einem Stundenlohn von 17,89 EUR bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 39,75 Stunden zu berücksichtigen, käme man auf ein monatliches Arbeitsentgelt von 3.081,55 EUR (17,89 x 39,75 x 3). Die Summe des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts betrüge dann 38.326,20 EUR. Ausgehend von einem ungerundeten Bemessungsentgelt von 105,50 EUR errechne sich ein täglicher Leistungssatz von 43,27 EUR. Tatsächlich habe der Kläger für 960 Tage jeweils 42,82 EUR erhalten, so dass die Beschwer für den Kläger 432,00 EUR betrage (Differenz von 0,45 EUR täglich x 960 Tage). Die in der Berufungsbegründung erwähnten sozialversicherungspflichtigen Zulagen habe der Kläger nicht näher bezeichnet. Entsprechende Darlegungen dürften aber ohne Weiteres auf der Grundlage von Kontoauszügen, Gehaltsabrechnungen und Entgeltvereinbarungen möglich sein. Angesichts der unspezifizierten Äußerungen des Klägers sehe sie keinen Anlass zu ergänzenden Sachverhaltsfeststellungen. Es werde in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob eine Beschwer auf genügende Weise bezeichnet sei.

Auf wiederholte gerichtliche Aufforderungen, zu dem Vorbringen der Beklagten im Beschwerdeverfahren Stellung zu nehmen, hat sich der Kläger nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten einschließlich der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet. Die Berufung bedarf der Zulassung. Ohne diese ist sie nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ausgeschlossen, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes, den die Beklagte mit 432,00 EUR angegeben hat, den nach dem Gesetz erforderlichen Wert von 750,00 EUR nicht übersteigt. Es geht hier auch nicht um wiederkehrende oder laufende Leistung für mehr als ein Jahr ([§ 144 Abs. 1 Satz 2 SGG](#)). Dass der von der Beklagten angegebene Wert unzutreffend wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen. Der Kläger ist trotz wiederholter Aufforderung zur Stellungnahme der Berechnung nicht entgegengetreten. Soweit er in seiner Berufungsbegründung geltend gemacht hat, es seien sozialversicherungspflichtige Zulagen unberücksichtigt geblieben, ist sein Vorbringen zu wenig konkret und substantiiert, als dass es im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden könnte. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass es dem Kläger ohne weiteres hätte möglich sein müssen, sein Vorbringen anhand von Lohnabrechnungen, Kontoauszügen oder Entgeltvereinbarungen zu konkretisieren. Dies ist indessen trotz des - zu Recht - eindeutigen Hinweises der Beklagten und den wiederholten gerichtlichen Aufforderungen zur Stellungnahme nicht erfolgt.

Das Sozialgericht hat die Berufung nicht zugelassen. Zwar deuten die dem Urteil beigefügte Rechtsmittelbelehrung und die Entscheidungsgründe darauf hin, dass das Sozialgericht die Frage einer Berufungszulassung (wohl auch die Frage der Zulassungsbedürftigkeit) gar nicht geprüft hat; vielmehr dürfte das Sozialgericht die Berufung irrtümlich ohne Zulassung für statthaft gehalten haben. Allein die Verwendung der für eine zulassungsfreie Berufung üblichen Rechtsmittelbelehrung ist keine Entscheidung über die Zulassung, sondern eine falsche Belehrung (Leitherer in Meyer-Ladewig/ Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. § 45 Rz 45). Der Senat ist allerdings durch die insoweit offenbar unzutreffende Rechtsauffassung des Sozialgerichts nicht gehindert, auf die - wegen der falschen Belehrung gemäß § 66 Abs. 2 Satz 1 fristgemäß innerhalb der Jahresfrist eingegangene - Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers über die Berufungszulassung zu entscheiden.

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist jedoch nicht begründet. Ein Berufungszulassungsgrund im Sinne des [§ 144 Abs. 2 SGG](#) liegt nicht vor. Danach ist die Berufung zuzulassen, wenn

1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, 2. das Urteil von einer Entscheidung des Landessozialgerichts, des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder 3. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Soweit der Kläger sinngemäß geltend macht, das von der V bescheinigte Sollentgelt sei unzutreffend berechnet, weil er bei der N aufgrund sozialversicherungspflichtiger Zulagen ein höheres Arbeitsentgelt erzielt habe, ist damit weder die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache noch eine Abweichung im Sinne von [§ 144 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) dargetan; einen Verfahrensfehler hat der Kläger nicht bezeichnet. Allein die Frage, ob die Entscheidung des Sozialgerichts inhaltlich zutreffend ist, ist im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde nicht zu prüfen. Insbesondere bezieht sich der in [§ 144 Abs. 2 Nr. 3 SGG](#) als Zulassungsgrund erwähnte Verfahrensmangel nicht auf den sachlichen Inhalt des Urteils, sondern auf das prozessuale Vorgehen des Gerichts (vgl. allg. Leitherer, a.a.O., § 144 Rz 32). Mängel sind insoweit im vorliegenden Fall weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Ein Zulassungsgrund ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger in den Vordergrund gestellten Auffassung, dass der Alg-Bemessung in seinem Fall nicht das Soll-Entgelt bei der V zugrunde gelegt werden dürfe, sondern das in der vorangegangenen Beschäftigung bei der N erzielte Arbeitsentgelt. Auszugehen ist von der gesetzlichen Regelung des [§ 131 Abs. 3 Nr. 2 SGB III](#), wonach der Bemessung für Zeiten, in denen der Arbeitslose Kug bezogen hat, das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist, das der Arbeitslose ohne den Arbeitsausfall und ohne Mehrarbeit erzielt hätte. Hierzu hat der Senat mit Urteil vom 30. Januar 2009 (L 3 AL 11/08) entschieden, dass nach dieser Regelung das während des Kug-Bezuges ausgefallene Arbeitsentgelt zugrunde zu legen sei; das Gesetz stelle damit ausdrücklich nicht auf das beim vorherigen Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsentgelt ab. Zwar hat das Thüringer LSG mit Urteil vom 23. September 2009 ([L 10 AL 143/06](#) (juris)) eine andere Rechtsauffassung vertreten und ausgeführt, dass bei der Alg-Bemessung weder der Zeitraum der arbeitsvertraglich mit einer Transfergesellschaft vereinbarten "Kurzarbeit Null" - also vollständige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht - noch das während dessen bezogene Kug berücksichtigt werden könne (Revision anhängig beim Bundessozialgericht, Az. B [7 AL 20/10 R](#)). Damit liegt hier indessen keine Abweichung von einer Entscheidung des LSG im Sinne von [§ 144 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) vor. Denn zur Begründung einer Divergenz kommt es insoweit nur auf Entscheidungen des Berufungsgerichts, nicht jedoch eines anderen LSG an (Leitherer, a.a.O., § 144 Rz 30), so dass es auf das Urteil des Thüringer LSG insoweit nicht ankommt.

Der Senat misst dem Rechtsstreit insoweit allerdings auch keine grundsätzliche Bedeutung bei, die hier zur Zulassung der Berufung führen könnte. Für die Annahme grundsätzlicher Bedeutung ist erforderlich, dass die Streitsache eine bisher nicht geklärte Rechtsfrage aufwirft, deren Klärung im allgemeinen Interesse liegt, um die Rechtseinheit zu erhalten und die Weiterentwicklung des Rechts fördern. Diese Rechtsfrage muss klärungsbedürftig und klärungsfähig sein (vgl. Leitherer, a.a.O., § 144 Anm. 28). Vorliegend fehlt die Klärungsbedürftigkeit, weil die Beklagte entsprechend ihrer damaligen Weisungslage vom 8. Juli 2003 tatsächlich das Arbeitsentgelt zugrunde gelegt hat, das der Kläger bei der N erzielt hätte. Dem Begehren des Klägers ist insoweit - dem Grunde nach - Rechnung getragen worden. Ob dies im Einzelfall rechnerisch zutreffend umgesetzt worden ist, vermag eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht zu begründen.

Nach allem kann die Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung folgt aus einer entsprechenden Anwendung von [§ 193 SGG](#) und orientiert sich am Ausgang des Verfahrens.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2011-11-22