

## **B 13 R 20/14 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Braunschweig (NSB)  
Aktenzeichen  
S 45 R 518/11  
Datum  
29.05.2012  
2. Instanz  
LSG Niedersachsen-Bremen  
Aktenzeichen  
L 2 R 294/12  
Datum  
04.06.2014  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 13 R 20/14 R  
Datum  
06.09.2017  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

1. Bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage des Übergangsgelds nach dem tariflichen Arbeitsentgelt bleiben Tätigkeiten außer Betracht, die lediglich kurze Zeit ausgeübt oder nur mit Rücksicht auf diejenige Behinderung verrichtet wurden, welche Anlass und Grund für die Bewilligung der Teilhabeleistung war.

2. Eine berufliche Tätigkeit, die länger als sechs Jahre zurückliegt, kann regelmäßig nicht mehr Grundlage für die Ermittlung des tariflichen Arbeitsentgelts sein (Weiterführung von BSG vom 31.1.1980 - [11 RA 8/79](#) = [BSGE 49, 263](#) = [SozR 2200 § 1237a Nr 10](#)).

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 4. Juni 2014 geändert. Die Beklagte wird unter Änderung ihres Bescheides vom 1. Juni 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Juli 2011 und des Bescheides vom 21. August 2014 verurteilt, dem Kläger für die Dauer seiner Teilnahme an dem ab 30. Mai 2011 absolvierten Reha-Vorbereitungslehrgang Übergangsgeld unter Zugrundelegung des Tariflohns eines Sicherheitsmitarbeiters im Revierdienst und unter Berücksichtigung der vom Träger der Grundsicherung in diesem Zeitraum bereits erbrachten Leistungen zu zahlen. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger für alle Rechtszüge ein Fünftel seiner außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Gründe:

I

1

Zwischen den Beteiligten besteht Streit, in welcher Höhe dem Kläger während der Teilnahme an einer Maßnahme der beruflichen Rehabilitation im Jahr 2011 Übergangsgeld (Übg) zusteht.

2

Der 1972 geborene Kläger absolvierte zunächst eine Ausbildung zum Backwarenteilfacharbeiter. Von 1995 bis 1997 schulte er zum Fliesenleger um und war anschließend in diesem Beruf tätig. Bei einem Verkehrsunfall am 1.11.2000 erlitt er schwere Verletzungen, die ua die Implantation einer Hüft-Totalendoprothese zur Folge hatten. Seither kann er die Tätigkeit eines Fliesenlegers nicht mehr ausüben.

3

Der beklagte RV-Träger gewährte dem Kläger zunächst mehrere Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation und anschließend diverse Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben. Von März bis Juni 2003 besuchte er einen Reha-Vorbereitungslehrgang; anschließend bewilligte ihm die Beklagte eine berufliche Integrationsmaßnahme in Gestalt mehrerer Praktika. Das Übg für diese Maßnahmen berechnete sie unter Zugrundelegung der Tätigkeit eines Fliesenlegers. Am 20.5.2004 schloss der Kläger mit seinem letzten Praktikumsbetrieb, der Firma N. Niedersachsen GmbH & Co KG (im Folgenden: N. ), einen unbefristeten Arbeitsvertrag über eine Beschäftigung als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst. Vom 5.7. bis zum 2.8.2006 bewilligte die Beklagte eine weitere Maßnahme zur medizinischen Rehabilitation. Bei deren Abschluss wurde festgehalten, dass der Kläger auf Dauer mit der Tätigkeit als Wachmann nicht zurechtkomme. Daraufhin löste er sein Arbeitsverhältnis bei der Firma N. Ende August 2006 auf.

4

Die Beklagte bewilligte ab 1.3.2007 eine erneute berufspraktische Erprobung und berechnete das Übg für diese Maßnahme unter Heranziehung des Tariflohns eines Sicherheitsmitarbeiters im Revierdienst, da sich der Kläger vom Beruf des Fliesenlegers mittlerweile gelöst habe. Die Bewilligung wurde aufgrund gesundheitlicher Probleme des Klägers während der Beschäftigung bei einem Sicherheitsdienst zum 30.9.2007 aufgehoben. Der Kläger war sodann vom 1.8.2008 bis zum 10.10.2008 als Wachmann in einem Parkhaus versicherungspflichtig beschäftigt. Er musste diese Tätigkeit nach eigenen Angaben aus gesundheitlichen Gründen wieder aufgeben. An einer von der Beklagten im September 2009 bewilligten Weiterbildung zur Schutz- und Sicherheitskraft konnte der Kläger aus familiären Gründen nicht teilnehmen.

5

Nach erneuten Hüftoperationen im Mai 2009, Februar und April 2010 stellte die Orthopädin K. in einem Gutachten vom 24.11.2010 fest, dass der Kläger in seiner letzten beruflichen Tätigkeit als Parkhauswache nicht mehr einsetzbar sei, da für ihn längere Wegstrecken und häufiges Treppensteigen ausgeschlossen seien; weitere Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben würden dringend empfohlen. Daraufhin bewilligte die Beklagte dem Kläger vom 30.5. bis zum 29.7.2011 die Teilnahme an einem Reha-Vorbereitungslehrgang (Bescheid vom 16.5.2011) und anschließend ab 1.8.2011 eine zweijährige Weiterbildung zum Immobilienkaufmann (Bescheid vom 26.7.2011).

6

Die Beklagte setzte mit Bescheid vom 1.6.2011 das Übg für die Dauer des Reha-Vorbereitungslehrgangs auf kalendertäglich 20,86 Euro fest. Dabei zog sie das tarifliche Entgelt eines Sicherheitsmitarbeiters im Objektschutzdienst im April 2011 iHv kalendertäglich 26,81 Euro heran. Da aber das vom Kläger zuletzt vom 1. bis zum 10.10.2008 tatsächlich erzielte Entgelt mit 27,15 Euro bzw - nach Anpassung - 27,81 Euro höher war, wurde der zuletzt genannte kalendertägliche Betrag als Bemessungsentgelt zugrunde gelegt und im Hinblick auf die damals zwei Kinder des Klägers mit 75 vH vervielfältigt. Die Beklagte behielt das Übg für die Zeit vom 30.5. bis zum 30.6.2011 vorsorglich ein. Das Jobcenter des Landkreises P. machte für diesen Zeitraum einen Erstattungsanspruch iHv 607,52 Euro geltend, da der Kläger während des Bezugs von Übg im Jahr 2011 für sich und seine Familie auch Leistungen nach dem SGB II erhalten hatte.

7

Mit seinem Widerspruch gegen den Bescheid vom 1.6.2011 forderte der Kläger, bei der Ermittlung des tariflichen Entgelts die vor dem Unfall von ihm ausgeübte Tätigkeit eines Fliesenlegers zugrunde zu legen; das lehnte die Beklagte ab (Widerspruchsbescheid vom 20.7.2011).

8

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 29.5.2012). Auf die Berufung des Klägers hat das LSG die Beklagte verpflichtet, das Übg für die mit Bescheid vom 16.5.2011 bewilligte Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben "unter Zugrundelegung eines kalendertäglichen Übg-Betrags von 23,40 Euro neu zu berechnen"; im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 4.6.2014).

9

Im LSG-Urteil ist ausgeführt, dass nur die Berechnung des Übg-Anspruchs für den Reha-Vorbereitungslehrgang streitgegenständlich sei. Die Beklagte habe bei der Ermittlung des fiktiven tariflichen Arbeitsentgelts des Klägers zutreffend auf dessen Beschäftigung als Sicherheitsmitarbeiter abgestellt; seine frühere Tätigkeit als Fliesenleger sei nicht mehr maßgeblich. Bei der Frage, welche Behinderung bei Ermittlung des fiktiven Einkommens nach [§ 48 S 2 SGB IX](#) außer Betracht zu bleiben habe, sei hier allein die seit 2010 verstärkt aufgetretene Hüftgelenkserkrankung zugrunde zu legen. Diese habe den konkreten Rehabilitationsanlass gebildet, während die Folgen des Unfalls im Jahr 2000 nicht mehr entscheidend seien. Das ergebe sich bereits aus der Lohnersatzfunktion des Übg. Auch der Drei-Jahres-Zeitraum in [§ 48 S 1 Nr 3 SGB IX](#) zeige, dass das Gesetz einen konkreten zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zwischen der Behinderung und der Rehabilitationsmaßnahme verlange. Das Übg habe sich an dem Verdienst zu orientieren, der bei Hinwegdenken des Anlasses für die konkrete Rehabilitationsmaßnahme zu erwarten gewesen wäre. Der Kläger sei nach seinem Unfall erfolgreich als Sicherheitsmitarbeiter in das Arbeitsleben integriert worden; diese Tätigkeit habe er bis 2006 und nochmals 2008 regelmäßig ausüben können. Eine Änderung sei erst durch die weitere Verschlechterung und die Operationen an der Hüfte im Jahr 2010 eingetreten; nur diese Verschlechterung weise den erforderlichen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der hier streitigen Rehabilitationsmaßnahme auf. Als Sicherheitsmitarbeiter im Objektschutzdienst hätte der Kläger nach dem Lohnarbeitsvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Niedersachsen entsprechend der von ihm zuletzt 2008 ausgeübten Tätigkeit einen Stundenlohn von 7,14 Euro erzielt. Daraus ergebe sich kein höheres als das von der Beklagten bewilligte Übg.

10

Jedoch sei im Bescheid vom 1.6.2011 die Bemessungsgrundlage aus dem zuletzt vor Beginn der Leistung tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt fehlerhaft ermittelt worden, weil ein Bemessungszeitraum von lediglich 10 Tagen zugrunde gelegt worden sei. Auf Basis der Lohnabrechnung für September 2008, die zumindest vier Wochen umfasse, errechne sich eine Bemessungsgrundlage von täglich 31,20 Euro zuzüglich des von der Beklagten zutreffend ermittelten Nettohinzurechnungsbetrags für Einmalzahlungen von 0,52 Euro, insgesamt also 31,72 Euro. Das dem Kläger zu gewährende Übg betrage daher 75 % dieses Betrags, "mithin 23,40 Euro".

11

Die Beklagte hat daraufhin durch Bescheid vom 21.8.2014 das Übg des Klägers für die Teilnahme am Reha-Vorbereitungslehrgang ab 30.5.2011 unter zusätzlicher Berücksichtigung der in [§ 50 SGB IX](#) vorgeschriebenen Anpassung auf kalendertäglich 24,40 Euro festgesetzt.

12

Der Kläger rügt mit seiner vom LSG zugelassenen Revision eine Verletzung von [§ 38 S 2](#) und von [§ 48 S 2 SGB IX](#). Ferner macht er

Verfahrensfehler geltend. Das LSG habe die Amtsermittlungspflicht missachtet, weil es nicht weiter aufgeklärt habe, ob er als Sicherheitsmitarbeiter integriert oder aber von vornherein nicht in der Lage gewesen sei, diese Tätigkeit auszuüben. Insoweit habe das LSG auch das rechtliche Gehör verletzt, denn es habe sich mit seinem mehrfachen Vortrag, er sei zu den Tätigkeiten im Wach- und Sicherheitsdienst von Anfang an gesundheitlich nicht in der Lage und somit in diesen Beruf auch niemals "integriert" gewesen, nicht befasst.

13

In der Sache habe das LSG verkannt, dass sich seine beruflichen Fähigkeiten, auf die es nach [§ 48 S 2 SGB IX](#) ebenfalls ankomme, auf die Berufe Bäcker und Fliesenleger beschränkten; im Bereich Wachmann bzw Sicherheitsdienst sei er ungelernert gewesen. Maßgebliche Behinderung im Sinne dieser Vorschrift seien seine Verletzungen aus November 2000. Die Gesundheitsstörungen, die Grundlage der Bewilligung von Leistungen zur beruflichen Teilhabe im Jahr 2011 waren, seien eine unmittelbare Folge des Unfalls im Jahr 2000 gewesen, der zur Aufgabe des erlernten Berufs geführt habe. Die Hüftprobleme im Jahr 2010 folgten aus dieser Behinderung. Die Tätigkeiten im Wach- und Sicherheitsdienst seien sowohl in den Jahren 2004 bis 2006 als auch 2008 nicht leidensgerecht gewesen und auf Kosten seiner Restgesundheit erfolgt. Es dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen, dass er diese "überobligatorisch" ausgeübt und dabei weniger als die Hälfte des im erlernten Beruf erzielten Einkommens verdient habe. Insoweit müsse auch bei [§ 48 S 2 SGB IX](#) in systematischer Hinsicht die Rechtsprechung des BSG berücksichtigt werden, nach der es für den Bezug einer Rente wegen Erwerbsminderung unschädlich sei, wenn der Versicherte eine Erwerbstätigkeit tatsächlich ausübe, die er nur unter unzumutbaren Schmerzen oder sonst auf Kosten seiner Gesundheit verrichten könne (Hinweis auf BSG Urteil vom 30.10.1968 - [4 RJ 177/64](#) - [BSGE 28, 271](#) = SozR Nr 17 zu § 1247 RVO; BSG Urteil vom 27.1.1981 - [5b/5 RJ 58/79](#) - [BSGE 51, 133](#) = [SozR 2200 § 1247 Nr 31](#)).

14

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 4. Juni 2014 zu ändern, das Urteil des Sozialgerichts Braunschweig vom 29. Mai 2012 aufzuheben und die Beklagte unter Änderung des Bescheides vom 1. Juni 2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. Juli 2011 und des Bescheides vom 21. August 2014 zu verurteilen, dem Kläger für die Dauer des mit Bescheid vom 16. Mai 2011 bewilligten Reha-Vorbereitungslehrgangs höheres Übergangsgeld unter Zugrundelegung des im April 2011 an seinem Wohnsitz für seine Beschäftigung als Fliesenleger erzielbaren tariflichen Arbeitsentgelts zu zahlen.

15

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

16

Sie hält die angefochtene Entscheidung des LSG für zutreffend. Behinderung iS von [§ 48 S 2 SGB IX](#) sei nicht jedwede vorhandene Behinderung, sondern nur diejenige Behinderung, die den konkreten Rehabilitationsanlass gebildet habe.

II

17

Die zulässige Revision des Klägers ist teilweise erfolgreich ([§ 170 Abs 2 S 1 SGG](#)). Die angefochtenen Bescheide sind insoweit rechtswidrig und beschweren den Kläger, als sie für die Bemessung des Übg im Rahmen der Bestimmung des einschlägigen tariflichen Arbeitsentgelts die nur kurzzeitig ausgeübte Tätigkeit eines Sicherheitsmitarbeiters im Objektschutzdienst heranziehen ([§ 54 Abs 2 S 1 SGG](#)). Der Kläger hat vielmehr für die Dauer seiner Teilnahme an dem Reha-Vorbereitungslehrgang dem Grunde nach ([§ 130 Abs 1 S 1 SGG](#)) Anspruch auf Übg unter Zugrundelegung des tariflichen Entgelts für eine Beschäftigung als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst. Sein weitergehendes Begehren, das Übg für die ab Mai 2011 absolvierte Maßnahme zur Teilhabe am Arbeitsleben noch auf der Grundlage der von ihm (nach den Feststellungen des LSG) zuletzt im Oktober 2000 ausgeübten Tätigkeit eines Fliesenlegers zu ermitteln, ist unbegründet.

18

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind zum einen die vorinstanzlichen Urteile des LSG und des SG sowie der Bescheid der Beklagten vom 1.6.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.7.2011. Zum anderen ist auch der während des Revisionsverfahrens erlassene Bescheid vom 21.8.2014 einzubeziehen. Mit diesem Bescheid setzte die Beklagte die von ihr akzeptierten Vorgaben des LSG-Urteils vorbehaltlos um, berücksichtigte zusätzlich aber auch noch die in [§ 50 SGB IX](#) vorgeschriebene Anpassung der Bemessungsgrundlage und bewilligte deshalb Übg iHv kalendertäglich 24,40 Euro (statt - wie vom LSG ausgeurteilt - 23,40 Euro). Der Bescheid vom 21.8.2014 änderte damit den Bescheid vom 1.6.2011 zugunsten des Klägers und verminderte dessen Beschwer. Das betraf aber lediglich die Bemessung des Übg auf der Basis des tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts ([§§ 46, 47 SGB IX](#)); bei der im Bescheid vom 1.6.2011 enthaltenen und vom Kläger primär angegriffenen Ablehnung einer Bemessung auf der Grundlage eines höheren fiktiven tariflichen Arbeitsentgelts ([§ 48 SGB IX](#)) verblieb es. Im Bescheid vom 21.8.2014 wurde auch kein neuer oder abweichender Sachverhalt zugrunde gelegt. Die Änderung gegenüber der im LSG-Urteil ausgesprochenen Verpflichtung beruhte vielmehr auf einer umfassenden Subsumtion unter Einbeziehung auch des [§ 50 SGB IX](#). In einer solchen Konstellation findet die Sonderregelung in [§ 171 SGG](#) (hier i d F des Vierten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 22.12.2011, [BGBl I 3057](#); zuvor: [§ 171 Abs 2 SGG](#) a F) keine Anwendung. Vielmehr verbleibt es bei der Befugnis des BSG zur Entscheidung über das Revisionsbegehren im Hinblick auf den ursprünglich angefochtenen Verwaltungsakt, und zwar nunmehr in der Gestalt, den dieser durch den ändernden Verwaltungsakt erhalten hat (BSG Urteil vom 8.9.2011 - [B 3 P 2/11 R](#) - [BSGE 109, 96](#) = SozR 4-3300 § 82 Nr 7, RdNr 14; BSG Urteil vom 22.11.2012 - [B 3 KR 19/11 R](#) - [BSGE 112, 201](#) = SozR 4-2500 § 36 Nr 3, RdNr 33; s auch BSG Urteil vom 7.11.2006 - [B 7b AS 18/06 R](#) - BSGE 97, 255 = [SozR 4-4200 § 22 Nr 3](#), RdNr 14 - zur

Nichtanwendung des [§ 171 Abs 2 SGG](#) aF bei teilweiser Klaglosstellung).

19

2. Die auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachtenden Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor.

20

a) Die Berufung des Klägers war ohne vorherige Zulassung durch das SG oder das LSG statthaft (s hierzu zB Senatsurteil vom 10.7.2012 - [B 13 R 26/10 R](#) - SozR 4-2600 § 210 Nr 3 RdNr 12). Seine Klage betrifft einen Verwaltungsakt über eine Geldleistung, welche die Berufungssumme von 750 Euro übersteigt ([§ 144 Abs 1 S 1 Nr 1 SGG](#)).

21

aa) Das LSG hat insoweit einen Betrag von 1835 Euro errechnet. Allerdings eignet sich die Heranziehung der im Informationsdienst "Berufenet" für das Jahr 2014 beispielhaft angeführten tariflichen Bruttogrundvergütung eines Fliesenlegers von 18,19 Euro je Stunde und deren Rückrechnung auf 16,54 Euro (unter der Annahme geschätzter Lohnsteigerungen von 2011 bis 2014 im Umfang von 10 %) allenfalls für eine grobe Abschätzung. Näher liegt es, auf die für Fliesenleger am Wohnsitz des Klägers im Bemessungszeitraum konkret geltenden tariflichen Regelungen zurückzugreifen (vgl [§ 48 S 1 SGB IX](#)). Diese sind zB über die Tarifdatenbank des Statistischen Bundesamtes (unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de)) abrufbar (die Texte der Tarifverträge sind zumeist auch über die Datenbank beck-online zugänglich). Insoweit weist der ab 1.4.2010 bis 30.4.2011 in Niedersachsen anwendbare Lohnvertrag für das Baugewerbe bei selbstständiger Ausführung der Facharbeiten des jeweiligen Berufsbilds einen Stundenlohn von 16,20 Euro aus (mit 25 % zusätzlichem Urlaubsgeld und einer Jahressonderzahlung von 93 Gesamttarifstundenlöhnen). Daraus errechnet sich ein Übg auf tariflicher Grundlage von 48,99 Euro (Stundenlohn 16,20 Euro x 40 Wochenstunden x 52 Wochen = 33 696 Euro; zuzüglich Einmalzahlungen: Urlaubsgeld 972 Euro + Jahressonderzahlung 1506,60 Euro = Jahresentgelt 36 174,60 Euro: 360 = 100,49 Euro; 65 % hiervon = Berechnungsgrundlage 65,32 Euro; 75 % hiervon = kalendertägliches Übg). Selbst wenn zugrunde gelegt wird, dass das Übg für den Reha-Vorbereitungslehrgang gemäß dem hier angefochtenen Bescheid vom 1.6.2011 nur bis zum 29.7.2011 - somit nur für 61 Kalendertage - zu zahlen war, ergibt sich ein Unterschiedsbetrag von (48,99 - 20,86 = 28,13 Euro x 61 =) 1715,93 Euro.

22

bb) Der Differenzbetrag von 1715,93 Euro ist hier nicht um die gesamten vom Grundsicherungsträger in diesem Zeitraum an den Kläger gezahlten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu vermindern. Zwar kommt ein Erstattungsanspruch des Grundsicherungsträgers nach [§ 34b SGB II](#) (in der ab 1.4.2011 bis zum 31.7.2016 geltenden Fassung; nunmehr: [§ 34c SGB II](#) nF) von insgesamt 1550 Euro in Betracht, bei dessen Abzug die Berufungssumme von 750 Euro nicht mehr überschritten würde. Denn die Bedarfsgemeinschaft des Klägers hat entgegen der Annahme des LSG im Juni 2011 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II iHv 1072,90 Euro und im Juli 2011 iHv 477,10 Euro erhalten (s dazu die Anlagen zu dem vom LSG in Bezug genommenen Bescheid des Jobcenters vom 2.8.2011).

23

Dennoch beträgt die Berufungssumme hier mehr als 750 Euro. Die Ermittlung des Werts des Beschwerdegegenstands des Berufungsverfahrens nach [§ 144 Abs 1 S 1 Nr 1 SGG](#) richtet sich danach, was das SG dem Rechtsmittelkläger versagt hat und was er davon mit seinen Berufungsanträgen weiter verfolgt (Senatsbeschluss vom 13.6.2013 - [B 13 R 437/12 B](#) - Juris RdNr 11). Auf die Rechtsansicht des LSG zur materiell-rechtlichen Begründetheit des Verlangens kommt es dabei nicht an (noch offengelassen von BSG Urteil vom 23.2.2011 - [B 11 AL 15/10 R](#) - SozR 4-3250 § 51 Nr 2 RdNr 14; s auch Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 144 RdNr 15: rechtliche Folgewirkungen bleiben bei der Berechnung außer Ansatz). Der Kläger begehrte im Berufungsverfahren die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Übg auf der Grundlage des Tariflohns für Fliesenleger. Eine Absetzung bereits gezahlter Grundsicherungsleistungen von diesem Betrag nahm er in seinen Berufungsantrag nicht auf. Selbst wenn berücksichtigt wird, dass sich der Kläger weder mit seinem Widerspruch noch im sozialgerichtlichen Verfahren gegen den im Bescheid vom 1.6.2011 verfügten Einbehalt des bis zum 30.6.2011 bewilligten Übg im Hinblick auf Erstattungsansprüche anderer Träger wandte (vgl [§ 123 SGG](#)), könnte dieser Umstand lediglich einen Abzug der bis zum 30.6.2011 erbrachten Leistungen des Grundsicherungsträgers rechtfertigen. Es verbleibt dann immer noch ein vom Kläger im Berufungsverfahren für den Monat Juli 2011 geltend gemachter Betrag von wenigstens (29 x 28,13 =) 815,77 Euro.

24

b) Einer Sachentscheidung des Senats steht auch nicht entgegen, dass das LSG von einer Beiladung des Grundsicherungsträgers zu dem Verfahren abgesehen hat, obwohl dieser von der Entscheidung des Rechtsstreits im Hinblick auf den Umfang des ihm gegen den RV-Träger ggf zustehenden Erstattungsanspruchs aus [§ 104 SGB X](#) ebenfalls betroffen sein kann. Ein Fall der echten notwendigen Beiladung nach [§ 75 Abs 2 Alt 1 SGG](#), dessen Missachtung durch die Vorinstanz im Revisionsverfahren grundsätzlich von Amts wegen zu beachten wäre (stRspr, zuletzt BSG Beschluss vom 14.4.2017 - [B 6 KA 22/17 B](#) - Juris RdNr 6), ist hier nicht gegeben.

25

Gemäß [§ 75 Abs 2 Alt 1 SGG](#) sind Dritte, die an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann, zu dem Verfahren beizuladen. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor (insoweit offengelassen von BSG Urteil vom 23.2.2011 - [B 11 AL 15/10 R](#) - SozR 4-3250 § 51 Nr 2 RdNr 15). Die Notwendigkeit einer einheitlichen Entscheidung ist stets dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über das strittige Rechtsverhältnis zugleich in die Rechtssphäre eines Dritten unmittelbar eingegriffen wird (BSG Urteil vom 7.11.2006 - [B 7b AS 14/06 R](#) - BSGE 97, 242 = SozR 4-4200 § 20 Nr 1, RdNr 18). Notwendig ist die Identität des Streitgegenstands im Verhältnis beider Hauptbeteiligter zu dem Dritten; nicht ausreichend ist hingegen, wenn lediglich die tatsächlichen Verhältnisse eine einheitliche Entscheidung erfordern (Senatsurteil vom 24.10.2013 - [B 13 R 35/12 R](#) - SozR 4-2600 § 118 Nr 12 RdNr 17). Eine Identität des Streitgegenstands besteht jedoch nicht, wenn einerseits ein Leistungsanspruch des Versicherten gegen den vorrangig

verpflichteten RV-Träger und andererseits - bei Bejahung dieses Anspruchs - ein Erstattungsanspruch des nachrangig verpflichteten Grundsicherungsträgers gegen den RV-Träger im Raum stehen. Die Erstattungsansprüche nach den §§ 102 ff SGB X sind nicht von der Rechtsposition des Versicherten abgeleitet, sondern eigenständige Ansprüche (BSG Urteil vom 9.12.1986 - 8 RK 12/85 - BSGE 61, 66, 68 = SozR 2200 § 182 Nr 104 S 222, Juris RdNr 10). Daran ändert auch die Erfüllungsfiktion in § 107 Abs 1 SGB X nichts. Sie macht das tatsächliche Bestehen eines Erstattungsanspruchs im Verhältnis zwischen Grundsicherungsträger und RV-Träger lediglich zur materiell-rechtlichen Vorfrage im Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherten und dem RV-Träger (vgl auch Senatsurteil vom 24.2.2016 - B 13 R 25/15 R - Juris RdNr 13). Nichts anderes ergibt sich daraus, dass in der umgekehrten Konstellation, also im Erstattungsstreit zwischen RV-Träger und Sozialhilfeträger, gerade wegen § 107 Abs 1 SGB X die Beiladung des Versicherten für notwendig erachtet wird (vgl BSG Urteil vom 6.9.1989 - 5 RJ 32/88 - Juris RdNr 15; s hierzu P. Becker, SGB 2011, 84, 86).

26

3. Der Kläger hat für die Dauer seiner Teilnahme an dem von ihm ab dem 30.5.2011 besuchten Reha-Vorbereitungslehrgang Anspruch auf höheres Übg unter Zugrundelegung des Tariflohns eines Sicherheitsmitarbeiters im Revierdienst.

27

a) Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Übg ist § 20 Nr 1 SGB VI (in der hier maßgeblichen, ab 1.1.2007 bis 13.12.2016 geltenden Fassung des Gesetzes zur Förderung ganzjähriger Beschäftigung vom 24.4.2006, BGBl I 926; nunmehr: § 20 Abs 1 Nr 1 SGB VI in der ab 30.12.2016 geltenden Fassung des Bundesteilhabegesetzes vom 23.12.2016, BGBl I 3234). Danach haben Versicherte, die von einem Träger der RV (ua) Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben erhalten, Anspruch auf Übg als ergänzende Leistung zum Lebensunterhalt (§ 44 Abs 1 Nr 1 iVm § 45 Abs 2 Nr 2 SGB IX). Weitere Voraussetzungen als der tatsächliche Erhalt von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben iS von § 16 SGB VI iVm §§ 33 bis 38 SGB IX, also die Teilnahme an einer bewilligten Leistung zur Teilhabe, bestehen nicht (anders bei Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, vgl Senatsurteil vom 12.4.2017 - B 13 R 14/16 R - SozR 4-4200 § 25 Nr 2 RdNr 18 ff). Nach dem Gesamtzusammenhang der tatsächlichen Feststellungen des LSG erfüllte der Kläger diese Voraussetzung während der Dauer des am 30.5.2011 begonnenen Reha-Vorbereitungslehrgangs.

28

b) Die Höhe und Berechnung des während der Teilnahme an einer Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben zu zahlenden Übg richtet sich gemäß § 21 Abs 1 SGB VI (in der ab 1.7.2001 geltenden Fassung des SGB IX vom 19.6.2001, BGBl I 1046) nach den Bestimmungen in Teil 1 Kap 6 des SGB IX, soweit die Regelungen in § 21 Abs 2 bis 4 SGB VI nichts Abweichendes bestimmen. Da abweichende Vorschriften im Fall des Klägers nicht einschlägig sind, ist das Übg hier nach Maßgabe der §§ 46 ff SGB IX zu ermitteln. Hingegen ist die vom Kläger ebenfalls als verletzt gerügte Vorschrift des § 38 S 2 SGB IX für die Bemessung der Höhe des Übg ohne Bedeutung (vgl Luik in juris-PK SGB IX, 2. Aufl 2015, § 38 RdNr 15 ff, 22).

29

Ausgangspunkt für die Berechnung sind danach 80 % des vom Versicherten zuletzt vor Beginn der Teilhabeleistung tatsächlich erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens (brutto), soweit es - bis zur Bemessungsgrenze - der Beitragsberechnung unterliegt (sog Regelentgelt - § 46 Abs 1 S 1 SGB IX - mit weiteren Berechnungsvorgaben in § 47 SGB IX). Dem Regelentgelt wird das vom Versicherten zuletzt erzielte, unter entsprechender Anwendung des § 47 SGB IX ermittelte Nettoarbeitsentgelt gegenübergestellt; das Nettoarbeitsentgelt bildet die Obergrenze des zu berücksichtigenden Regelentgelts (§ 46 Abs 1 S 1 Teils 2 SGB IX). Zudem ist - insoweit ausschließlich für Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben - in einer weiteren Vergleichsbetrachtung zu untersuchen, ob sich eine höhere Bemessungsgrundlage für das Übg ergibt, wenn anstelle des Regelentgelts aus tatsächlich erzieltm Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen 65 % des auf ein Jahr bezogenen tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelts herangezogen werden, also ein "fiktives" bzw "normatives" Arbeitsentgelt (§ 48 S 1 Nr 1 SGB IX). Bei der Ermittlung des Vergleichswerts auf Grundlage des tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelts ist in zeitlicher Hinsicht auf die Verhältnisse im letzten Kalendermonat vor Beginn der Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben abzustellen (§ 48 S 2 Teils 1 SGB IX). In der Sache ist das tarifliche Arbeitsentgelt (bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze) für diejenige Beschäftigung maßgebend, "für die Leistungsempfänger ohne die Behinderung nach ihren beruflichen Fähigkeiten, ihrer bisherigen beruflichen Tätigkeit und nach ihrem Lebensalter in Betracht kämen" (§ 48 S 2 Teils 2 SGB IX).

30

Geht es - wie hier - um die Ermittlung des fiktiven Arbeitsentgelts gemäß § 48 S 2 SGB IX bei länger andauernden Rehabilitationsprozessen, die letztlich mit einer Verschlimmerung der gesundheitlichen Einschränkungen einhergehen, ist danach grundsätzlich von der Beschäftigung auszugehen, die bei Bewilligung der konkreten Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben zuletzt tatsächlich ausgeübt wurde. Außer Acht zu lassen sind jedoch Tätigkeiten, die nur kurze Zeit verrichtet oder die in allzu lange zurückliegender Zeit ausgeübt wurden, und solche, die nur mit Rücksicht auf diejenige Behinderung ausgeübt wurden, die Grund für die Bewilligung der konkreten Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben ist, also den konkreten Rehabilitationsanlass bildet. Dies folgt aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck des § 48 S 2 SGB IX sowie dem systematischen Zusammenhang, in dem die Vorschrift steht.

31

aa) Der Wortlaut des § 48 S 2 SGB IX gibt allerdings keinen eindeutigen Hinweis darauf, welche Ausprägung der Behinderung für den Ausschluss einer ansonsten für die Ermittlung des Tariflohns in Frage kommenden Beschäftigung maßgeblich sein soll. Die Wendung "für die Leistungsempfänger ohne die Behinderung ( ) in Betracht kämen" ließe es zu, nur die dem Leistungsempfänger (fiktiv) ohne jegliche Behinderungen möglichen Beschäftigungen heranzuziehen. Der Wortsinn schließt es aber auch nicht aus, die maßgebliche Behinderung nach den konkret bei der jeweiligen Rehabilitationsmaßnahme vorherrschenden Verhältnissen zu bestimmen. In diese Richtung weist jedenfalls, dass nicht Leistungsempfänger "ohne Behinderung" als Maßstab dienen sollen, sondern Leistungsempfänger ohne "die" Behinderung.

32

bb) Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt die letztgenannte Auslegung.

33

[§ 48 S 2 SGB IX](#) entspricht im Kern den Regelungen, die erstmals durch das Gesetz über die Angleichung von Leistungen zur Rehabilitation (RehaAngIG - vom 7.8.1974, [BGBl I 1881](#)) nach dem Modell des § 14 RehaAngIG in den einzelnen Sozialleistungsbereichen eingeführt wurden (vgl § 568 Abs 4 S 2 RVO, § 1241a Abs 2 S 2 RVO, § 18a Abs 2 S 2 AVG, § 40a Abs 2 S 2 RKG, § 26a Abs 4 S 2 BVG und § 59a S 2 AFG). Nach den genannten Bestimmungen war das Übg in Sonderfällen zwar noch nicht auf der Grundlage eines tariflichen oder ortsüblichen "fiktiven" Arbeitsentgelts, sondern unter Heranziehung der Anlagen zum FRG "normativ" zu bestimmen. Hierzu wurde - mit an das jeweilige Rechtsgebiet angepassten Bezeichnungen - angeordnet: "Bei der Zuordnung zu einer Leistungsgruppe nach Anlage 1 des Fremdrentengesetzes ist von der Beschäftigung oder Tätigkeit auszugehen, die für den Behinderten nach seinen beruflichen Fähigkeiten und seinem Lebensalter ohne die Behinderung in Betracht käme." Dabei sollte das Übg für berufsfördernde Maßnahmen zur Rehabilitation nur dann "normativ" ermittelt werden, wenn (1) der letzte Tag des Bemessungszeitraums länger als drei Jahre zurücklag, (2) kein Entgelt erzielt wurde oder (3) es "unbillig hart" wäre, das zuvor erzielte Entgelt der Bemessung des Übg zugrunde zu legen.

34

Mit dem Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz (AFKG - vom 22.12.1981, [BGBl I 1497](#)) wurde die Anwendung der Anlagen zum FRG zur "normativen" Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Übg in Sonderfällen aufgegeben. Stattdessen sollte durch die Bezugnahme auf das maßgebliche tarifliche oder ortsübliche Arbeitsentgelt eine "gleichwertige Sicherstellung des Lebensunterhalts" erreicht werden. Die Heranziehung der Tarifentgelte sei aktueller und ermögliche eine bessere Behandlung des Einzelfalls (Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und FDP, [BT-Drucks 9/799 S 50](#) - zu Nr 4 (§ 14 RehaAngIG)). § 14 S 2 RehaAngIG lautete nunmehr: "Maßgebend ist das Arbeitsentgelt in dem letzten Kalendermonat vor dem Beginn der Maßnahme (Bemessungszeitraum) für diejenige Beschäftigung, für die der Behinderte ohne die Behinderung nach seinen beruflichen Fähigkeiten und seinem Lebensalter in Betracht käme". Nur in den rentenrechtlichen Vorschriften ersetzte das AFKG die "unbillige Härte" als Voraussetzung für eine fiktive Ermittlung des Arbeitsentgelts durch die Regelung in § 1241a Abs 1 S 2 RVO (bzw § 18a Abs 1 S 2 AVG, § 40a Abs 1 S 2 RKG), nach der mindestens die Bemessungsgrundlage nach Abs 2, also auf Grundlage einer fiktiven Ermittlung, heranzuziehen und deshalb stets eine solche Vergleichsberechnung vorzunehmen war. Das sollte sicherstellen, dass ein Betreuer, der innerhalb des maßgeblichen Berechnungszeitraums nur geringe Entgelte erzielt hat, nicht schlechter gestellt wird als ein Betreuer, der in dieser Zeit überhaupt nicht gearbeitet bzw keine Beiträge entrichtet hat (Gesetzentwurf [BT-Drucks 9/799 S 53](#) - zu Nr 24 (§ 1241a RVO)).

35

Zum 1.1.1992 führte das RRG 1992 (vom 18.12.1989, [BGBl I 2261](#)) die rentenrechtlichen Vorschriften in [§ 22 Abs 2 SGB VI](#) inhaltsgleich zusammen (jetzt mit der Bezeichnung "Versicherte" statt "Betreuten"). Das SGB IX (vom 19.6.2001, [BGBl I 1046](#)) hob diese Norm sowie die Parallelvorschriften in den anderen Sozialleistungsbereichen ([§ 165 SGB III](#), [§ 51 Abs 3 SGB VII](#) und § 26a Abs 4 BVG) mWv 1.7.2001 auf und ersetzte sie durch [§ 48 SGB IX](#). Der Wortlaut dieser Vorschrift verwendete nunmehr die Begriffe "Leistungsempfänger" bzw "Behinderung". Zudem wurde die bisherige Regelung, die nur auf die "beruflichen Fähigkeiten" und das "Lebensalter" abstellte, um das Merkmal "bisherige berufliche Tätigkeit" ergänzt. Mit [§ 48 SGB IX](#) sollten - einheitlich für alle Rehabilitationsträger - Regelungen zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage für das Übg in den Fällen geschaffen werden, "in denen eine Orientierung an den tatsächlichen Einkommensverhältnissen des Betroffenen vor Beginn der Leistung zu einer nicht angemessenen Höhe des Übg führt" (Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, [BT-Drucks 14/5074 S 110](#) - zu § 48).

36

Diese Entstehungsgeschichte des [§ 48 SGB IX](#) verdeutlicht, dass bei der Bestimmung der tarifvertraglich maßgebenden Beschäftigung die konkrete Behinderung in den Blick zu nehmen ist, welche Anlass für die Erbringung der jeweiligen "Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben" ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass die Regelung - ohne sachliche Änderung - auch für die Ermittlung des Übg in der gesetzlichen Unfallversicherung und im sozialen Entschädigungsrecht heranzuziehen ist. In den genannten Leistungsbereichen war zuvor durch das Abstellen auf die "Verletzung" (§ 568 Abs 4 S 2 RVO), den "Versicherungsfall" ([§ 51 Abs 3 SGB VII](#)) bzw die "Schädigung" (§ 26a Abs 4 S 2 BVG) anstelle des nunmehr verwendeten Begriffs der "Behinderung" offenkundig, dass nicht von einem Leistungsempfänger ohne jede Behinderung ausgegangen werden darf. Zudem kann die Ergänzung der Merkmale "berufliche Fähigkeiten" und "Lebensalter" um das Merkmal "bisherige berufliche Tätigkeit" nur so verstanden werden, dass es bei der Auswahl der in Frage kommenden Beschäftigung nicht mehr nur auf die vom Leistungsempfänger in der Vergangenheit erworbenen beruflichen Fähigkeiten ankommen soll, sondern gerade auch darauf, inwieweit diese zuletzt in einer entsprechenden beruflichen Tätigkeit zur Sicherung des Lebensunterhalts eingesetzt wurden.

37

cc) Auch der Sinn und Zweck des [§ 48 SGB IX](#) streitet dafür, dass bei der Bestimmung der maßgebenden Beschäftigung im Grundsatz von der zuletzt tatsächlich ausgeübten, die Einkommensverhältnisse prägenden Beschäftigung auszugehen ist, dabei jedoch eine Tätigkeit unberücksichtigt bleibt, die nur wegen derjenigen Behinderung ausgeübt wurde, welche den Anlass und Grund für die Bewilligung der konkreten Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben bildet. Ausgangspunkt ist insoweit - wie bereits dargelegt - der Zweck der Vorschrift, eine nicht angemessene Höhe des Übg zu vermeiden ([BT-Drucks 14/5074 S 110](#) - zu § 48). Was als unangemessene Höhe anzusehen wäre, ergibt sich wiederum aus dem allgemeinen Zweck des Übg, als Einkommensersatz während der gesamten Rehabilitationsmaßnahme die wirtschaftliche Sicherung des Leistungsempfängers und seiner Familie zu gewährleisten. Deshalb ist das Übg an den bisherigen Einkommensverhältnissen ausgerichtet ([BT-Drucks 7/1237 S 58](#) - zu § 13; s auch Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S 170). Das Ziel einer Absicherung des real vorhandenen Lebensstandards gebietet es aber, grundsätzlich auf die zuletzt ausgeübte Beschäftigung abzustellen und diese nur dann auszusondern, wenn sie nicht geeignet war, den für die konkrete Teilhabeleistung maßgebenden Lebensstandard zu prägen. Das kann etwa bei nur kurzzeitig ausgeübten Beschäftigungen oder auch bei Tätigkeiten

außerhalb des allgemeinen Arbeitsmarkts der Fall sein (vgl zu Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen die verbindliche Entscheidung des Vorstands der DRV Bund vom Januar 2008, RVaktuell 2008, 139). Vor allem aber sind solche - geringer vergüteten - Beschäftigungen auszuklammern, die nur mit Rücksicht auf diejenige Behinderung aufgenommen wurden, deren Auswirkungen im Bereich der Erwerbstätigkeit gerade mit Hilfe der bewilligten Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben für die Zukunft neutralisiert oder wenigstens minimiert werden sollen (s hierzu Welti, aaO, S 74). Denn es soll mit dem Abstellen auf eine Beschäftigung "ohne die Behinderung" bzw "unabhängig von der Behinderung" vermieden werden, dass die soziale Stellung des Behinderten schon während der Rehabilitationsmaßnahme zu seinem Nachteil verändert wird ([BT-Drucks 7/1237 S 59](#) - zu § 14).

38

dd) Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn die systematischen Zusammenhänge der Regelung in [§ 48 S 2 SGB IX](#) betrachtet werden. Die genannte Vorschrift zur Ermittlung der Höhe des Übg setzt die Bewilligung einer Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben voraus. Diese sind (anders als Leistungen zur medizinischen Rehabilitation) vielfach auf eine längere Dauer angelegt (vgl [§ 33 Abs 8 S 2 SGB IX](#): bis zu drei Jahren). Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben werden erbracht, um die Erwerbsfähigkeit behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern, herzustellen oder wiederherzustellen ([§ 33 Abs 1 SGB IX](#); s auch [§ 9 Abs 1 S 1 SGB VI](#) - nunmehr in der ab 14.12.2016 geltenden Fassung des Flexirentengesetzes vom 8.12.2016, [BGBl I 2838](#) (nF)). Ein RV-Träger erbringt diese Leistungen, wenn die versicherungsrechtlichen ([§ 11 SGB VI](#)) und die persönlichen Voraussetzungen ([§ 10 SGB VI](#)) erfüllt sind ([§ 9 Abs 2 SGB VI](#)). Zu den persönlichen Voraussetzungen gehört, dass die Erwerbsfähigkeit des Versicherten wegen Krankheit oder körperlicher, geistiger oder seelischer Behinderung erheblich gefährdet oder gemindert ist ([§ 10 Abs 1 Nr 1 SGB VI](#)). Besteht bereits eine Minderung der Erwerbsfähigkeit, muss die in Anspruch genommene Reha-Maßnahme voraussichtlich dazu führen, dass die Erwerbsfähigkeit wesentlich gebessert oder wiederhergestellt oder eine wesentliche Verschlechterung abgewendet werden kann ([§ 10 Abs 1 Nr 2 Buchst b SGB VI](#)). Ist aber schon eine teilweise Erwerbsminderung ohne Aussicht auf wesentliche Besserung eingetreten, muss die begehrte Maßnahme voraussichtlich dazu führen, dass der bisherige Arbeitsplatz erhalten oder ein anderer in Aussicht stehender Arbeitsplatz erlangt werden kann ([§ 10 Abs 1 Nr 2 Buchst c SGB VI](#) nF).

39

Die Regelung der persönlichen Anspruchsvoraussetzungen für Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gibt somit je nach Ausprägung der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unterschiedliche Teilhabeziele vor. Sie ermöglicht und verlangt eine der jeweiligen Situation angepasste Ausgestaltung länger dauernder Rehabilitationsprozesse (s auch [§ 10 Abs 1 S 2 SGB IX](#)). Wenn aber je nach Art der aktuellen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit unterschiedliche Anforderungen an die Bewilligung einer konkreten Rehabilitationsmaßnahme (Hauptleistung) gestellt werden, liegt es nahe, die diese Leistung rechtfertigende spezifische Ausprägung der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (= Behinderung) im Grundsatz auch zum Ausgangspunkt für die Bestimmung der Höhe des Übg (als ergänzender Leistung zum Lebensunterhalt: [§ 44 Abs 1 Nr 1](#) iVm [§ 45 Abs 1 Nr 3 SGB IX](#)) zu machen.

40

Allerdings können die Bestimmungen in [§ 10 SGB VI](#) zur Konkretisierung des [§ 48 S 2 SGB IX](#) nicht unmittelbar herangezogen werden. Auch wenn es sinnvoll erscheint, bei der Ermittlung der maßgeblichen Beschäftigung sowohl im Rahmen der Leistungsvoraussetzungen für die Reha-Maßnahme als auch bei der Bestimmung der Höhe des für diese Maßnahme zu zahlenden Übg dieselben Kriterien anzuwenden, ist doch zu beachten, dass der Gesetzgeber die Regelungen zum Übg in Teil 1 Kap 6 (§§ 44 bis 54) des SGB IX bereichsübergreifend und einheitlich für alle Rehabilitationsträger normieren wollte (vgl Gesetzentwurf [BT-Drucks 14/5074 S 94](#) (II.2.), 100 (zu § 7); 109 (zu § 45), 110 (zu § 48)). Das Gebot einer einheitlichen Anwendung des [§ 48 SGB IX](#) für alle Rehabilitationsträger schließt es aus, die Vorschrift für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung unter Heranziehung spezifisch rentenrechtlicher Voraussetzungen zu interpretieren. Vielmehr sind - umgekehrt - die Vorschriften des SGB VI zur beruflichen Rehabilitation im Lichte der Bestimmungen des SGB IX auszulegen und anzuwenden (Welti, NJW 2001, 2210, 2211; Luik in juris-PK SGB IX, 2. Aufl 2015, § 33 RdNr 17).

41

Ausgehend von dieser Gesetzessystematik ist es daher geboten, [§ 48 S 2 SGB IX](#) in Übereinstimmung mit den in [§ 33 SGB IX](#) für alle Leistungsbereiche nach Gegenstand, Umfang und Ausführung einheitlich und abschließend normierten Vorgaben für Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (vgl [BT-Drucks 14/5074 S 97](#) - Teil 1 Kap 5) zu interpretieren. Eine solche Auslegung bestätigt jedoch das eingangs dargelegte Ergebnis. Denn nach [§ 33 Abs 1 SGB IX](#) werden die erforderlichen Leistungen erbracht, um die Erwerbsfähigkeit behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern, herzustellen oder wiederherzustellen, um ihre Teilhabe am Arbeitsleben möglichst auf Dauer zu sichern. Bei der Auswahl der konkreten Teilhabeleistung ist gemäß [§ 33 Abs 4 SGB IX](#) neben der Eignung, Neigung sowie der Lage und Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt auch die "bisherige Tätigkeit" angemessen zu berücksichtigen. Hiernach ist sowohl bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzung, nämlich ob die Erwerbsfähigkeit bedroht oder beeinträchtigt ist, als auch bei der Auswahl einer konkreten Leistung grundsätzlich von dem zuletzt innegehabten Arbeitsplatz auszugehen (Luik in juris-PK SGB IX, 2. Aufl 2015, § 33 RdNr 85; Götze in Hauck/Noftz, SGB IX, K § 33 RdNr 9 - Stand der Einzelkommentierung November 2015; Hohmann in Wiegand (Hrsg), SGB IX Teil 1, § 33 RdNr 96 - Stand der Einzelkommentierung März 2007; Wendt in Gemeinschaftskommentar zum SGB IX, § 33 RdNr 16, 87 - Stand der Einzelkommentierung Dezember 2014; Vogt in Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 4. Aufl 2015, § 33 RdNr 29; Bieritz-Harder in Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, 3. Aufl 2010, § 33 RdNr 10, 42; Knittel, SGB IX, 10. Aufl 2017, § 33 RdNr 109 f; s auch Kater in Kasseler Kommentar, [§ 10 SGB VI](#) RdNr 3a, 3b - Stand Einzelkommentierung März 2017). In die Betrachtung können jedoch, soweit erforderlich, auch alle weiteren beruflichen Tätigkeiten in den letzten Jahren einbezogen werden, sofern sie nicht in allzu lange zurückliegender Zeit ausgeübt wurden (so zu § 14a Abs 2 S 2 AVG: BSG Urteil vom 31.1.1980 - [11 RA 8/79](#) - [BSGE 49, 263](#), 267 = [SozR 2200 § 1237a Nr 10](#) S 18 - Juris RdNr 20). Nicht maßgeblich sind aber Tätigkeiten, die nur verhältnismäßig kurze Zeit verrichtet wurden (BSG aaO). Ungeachtet dieser teilweisen Deckungsgleichheit der Tatbestandsmerkmale in [§ 33 SGB IX](#) und in [§ 48 S 2 SGB IX](#), was die bisherige berufliche Tätigkeit als Ausgangspunkt anbelangt, sind im jeweiligen Regelungszusammenhang allerdings noch weitere Merkmale zu beachten. Hierzu gehört insbesondere im Rahmen des [§ 48 S 2 SGB IX](#) das nur dort erwähnte Merkmal "ohne die Behinderung", das den Kreis der berücksichtigungsfähigen bisherigen Tätigkeiten weiter begrenzen kann.

42

c) Nach diesen Maßstäben kann der Kläger für die Dauer seiner Teilnahme an dem Reha-Vorbereitungslehrgang ein höheres kalendertägliches Übg als die von der Beklagten im Bescheid vom 1.6.2011 in Gestalt des Bescheids vom 21.8.2014 bewilligten 24,40 Euro verlangen. Für den ab 30.5.2011 absolvierten Reha-Vorbereitungslehrgang ist als maßgebende "Beschäftigung ohne die Behinderung" iS von [§ 48 S 2 SGB IX](#) die von Mai 2004 bis August 2006 ausgeübte Tätigkeit als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst zugrunde zu legen (dazu unter cc). Insoweit kann weder auf die im Jahr 2008 lediglich kurzzeitig verrichtete Tätigkeit als Sicherheitsmitarbeiter im Objektdienst - Aufsicht im Parkhaus - (aa) noch auf die mehr als 10 Jahre zurückliegende Tätigkeit als Fliesenleger abgestellt werden (bb). Auf der Basis des Tariflohns eines Sicherheitsmitarbeiters im Revierdienst errechnet sich ein höheres kalendertägliches Übg (dd).

43

aa) Nicht statthaft ist es, der fiktiven Berechnung des Übg die vom Kläger im Jahr 2008 nur zweieinhalb Monate lang ausgeübte Tätigkeit eines Sicherheitsmitarbeiters im Objektdienst (Aufsicht im Parkhaus) zugrunde zu legen. Zwar handelt es sich dabei um die vom Kläger zuletzt vor Bewilligung der Teilhabeleistung versicherungspflichtig verrichtete Tätigkeit. Die lediglich kurzzeitig ausgeübte Tätigkeit ist aber von vornherein nicht geeignet, maßgebende Beschäftigung iS des [§ 48 S 2 SGB IX](#) zu sein. Sie erstreckte sich nicht einmal über die nach [§ 622 Abs 3 BGB](#) für ein Arbeitsverhältnis längstmögliche Probezeit von sechs Monaten hinaus. Die soziale Stellung und die Lebensgrundlage des Klägers vor Beginn der Maßnahme zur Teilhabe (s hierzu BSG Urteil vom 9.5.1984 - [4 RJ 65/83](#) - Juris RdNr 11 am Ende; BSG Urteil vom 28.2.1991 - [4/1 RA 71/90](#) - [SozR 3-2200 § 182 Nr 7](#) S 28 - Juris RdNr 32; BSG Urteil vom 26.8.1992 - [9b RA 19/91](#) - Juris RdNr 11 am Ende) vermochte sie nicht nachhaltig zu prägen. Das gilt unabhängig davon, ob der Kläger diese Beschäftigung - was das LSG nicht ausdrücklich festgestellt hat, wofür aber manches spricht - aus denselben gesundheitlichen Gründen aufgeben musste, deren Auswirkungen auf seine Erwerbsfähigkeit auch zur Bewilligung der weiteren Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben im Mai 2011 geführt haben (zu solchen Fallgestaltungen s auch BSG Urteil vom 31.1.1980 - [11 RA 8/79](#) - [BSGE 49, 263](#), 267 = [SozR 2200 § 1237a Nr 10](#) S 19; BSG Urteil vom 15.3.1988 - [4/11a RA 18/87](#) - [SozR 2200 § 1241 Nr 32](#) S 112).

44

bb) Ausgeschlossen ist es zugleich, zur Ermittlung des Übg für die im Mai 2011 bewilligte Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben auf die vom Kläger zuletzt vor mehr als zehn Jahren ausgeübte Beschäftigung als Fliesenleger abzustellen. Bislang nicht näher konkretisiert ist allerdings, welche Zeitspanne "in den letzten Jahren, wenn auch nicht aus allzu lange zurückliegender Zeit" umfassen kann (vgl BSG Urteil vom 31.1.1980 - [11 RA 8/79](#) - [BSGE 49, 263](#), 267 = [SozR 2200 § 1237a Nr 10](#) S 18, Juris RdNr 20; s auch Götze in Hauck/Noftz, SGB IX, K § 33 RdNr 9, Stand Einzelkommentierung November 2015; Bieritz-Harder in Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, 3. Aufl 2010, § 33 RdNr 10; Knittel, SGB IX, 10. Aufl 2017, § 33 RdNr 110). Soweit das LSG - anknüpfend an [§ 48 S 1 Nr 3 SGB IX](#) - nur einen "noch überschaubaren Zeitraum von bis zu drei Jahren" berücksichtigen will, lässt es außer Acht, dass die genannte Vorschrift die Ermittlung eines fiktiven Arbeitsentgelts auf tariflicher Grundlage gerade auch für Fallgestaltungen vorsieht, bei denen in den letzten drei Jahren keinerlei Beschäftigung vorlag. Deshalb muss, wenn die Norm in einer solchen Konstellation nicht leerlaufen soll, eine berufliche Tätigkeit auch dann berücksichtigungsfähig sein, wenn sie mehr als drei Jahre zurückliegt. Unter Beachtung des aufgezeigten Sinns und Zwecks des [§ 48 S 2 SGB IX](#), den realen Lebensstandard während der Maßnahme zur Teilhabe am Arbeitsleben zu erhalten, ist es nach Auffassung des erkennenden Senats aber jedenfalls für die Berechnung des Übg in der Regel ausgeschlossen, auf solche Beschäftigungen zurückzugreifen, die mehr als das Doppelte des im Gesetz erwähnten Zeitraums, mithin schon länger als sechs Jahre zurückliegen.

45

cc) Abzustellen ist vielmehr auf die letzte vor Bewilligung der Teilhabeleistung nicht nur kurzfristig ausgeübte oder aus sonstigen Gründen auszusondernde Beschäftigung. Das ist hier die vom Kläger ab Mai 2004 bis August 2006, also mehr als zwei Jahre lang verrichtete Tätigkeit eines Sicherheitsmitarbeiters im Revierdienst. Ihr ging der Kläger auch noch ab Mai 2005 und damit innerhalb des zeitlichen Rahmens von sechs Jahren vor Bewilligung der konkreten Teilhabeleistung (s oben bb) nach. Die Heranziehung dieser Tätigkeit im Rahmen der fiktiven Vergleichsberechnung hat auch nicht zu unterbleiben, weil der Kläger diese Tätigkeit nur wegen der - bzw mit Rücksicht auf die - Behinderung aufgenommen und ausgeübt hatte, die auch Anlass und Grund für die im Mai 2011 bewilligte Teilhabeleistung war. Dafür ist auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des LSG, die mangels durchgreifender Verfahrensrügen (s unter 4.) für den Senat bindend sind ([§ 163 SGG](#)), kein Anhaltspunkt ersichtlich.

46

Maßgeblich ist insoweit - wie bereits dargelegt - diejenige körperliche, geistige oder seelische Behinderung, welche zu einer erheblichen Gefährdung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers im Mai 2011 führte und unter diesem Aspekt seine Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigte ([§ 10 Abs 1 Nr 1 SGB VI](#) iVm [§ 33 Abs 1](#), [§ 2 Abs 1 SGB IX](#)). Insoweit sind nicht einzelne Krankheiten im medizinischen Sinne, sondern ist ein Gesamtzustand der Behinderung mit dessen konkreten Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit von Bedeutung (vgl BSG Urteil vom 10.9.1997 - [9 RVs 15/96](#) - [BSGE 81, 50](#), 53 = [SozR 3-3870 § 3 Nr 7](#) S 16; s auch Masuch, Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, S 216; Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, 2005, S 59). Hierzu hat das LSG unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Gutachten der Sachverständigen K. vom 28.9.2010 festgestellt, dass nur die Folgen der beim Kläger "zeitlich erst nach erfolgreicher Integration in den Beruf des Sicherheitsmitarbeiters" aufgetretenen Verschlechterung der Hüftgelenkerkrankung den erforderlichen sachlichen Zusammenhang mit der streitbetroffenen Rehabilitationsmaßnahme (Reha-Vorbereitungslehrgang) aufwiesen. Als "erfolgreiche Integration" hat das LSG dabei die Beschäftigung des Klägers als Sicherheitsmitarbeiter "bis August 2006" - also in der Tätigkeit als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst von Mai 2004 bis August 2006 - angesehen. Es hat damit zum Ausdruck gebracht, dass nach seiner Überzeugung die Verschlimmerung der Hüftgelenkerkrankung, deren negative Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit des Klägers zur Bewilligung der weiteren Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben im Mai 2011 geführt haben, als Behinderung in zeitlicher Hinsicht erst nach dem Ende der Beschäftigung des Klägers als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst (bis August 2006) Bedeutung erlangt hat. Daraus ergibt sich zugleich, dass diese Ausprägung der Behinderung jedenfalls für die Aufnahme der Beschäftigung als Sicherheitsmitarbeiter im Revierdienst im Mai 2004 und ihre weitere Ausübung über das Jahr 2005 hinaus noch keine Rolle gespielt haben kann.

47

dd) Für eine Beschäftigung als Sicherheitsmitarbeiter im Revidierdienst hätte der Kläger nach den Verhältnissen im letzten Kalendermonat vor Beginn der Leistung (April 2011) fiktiv ein tarifliches Arbeitsentgelt - bezogen auf ein Jahr - von ca 19 300 Euro erzielt (vgl. Lohntarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe im Land Niedersachsen vom 9.3.2010: Stundenlohn 9,10 Euro bei 40 Stunden/Woche und je 1 % des Bruttojahreslohns als Urlaubs- bzw. Weihnachtsgeld). Hieraus errechnet sich ein ÜbG iHv (19 300 Euro x 65 % = 12 545 Euro : 360 = 34,85 Euro x 75 % =) kalendertäglich ca 26 Euro, was günstiger ist als das bislang gemäß §§ 46, 47 SGB IX bewilligte ÜbG iHv 24,40 Euro (§ 48 S 1 Nr 1 SGB IX). Die Zahlung eines höheren Betrags kann der Kläger allerdings von der Beklagten nur verlangen, soweit der Anspruch nicht aufgrund eines Erstattungsanspruchs des Grundsicherungsträgers für die von ihm in dieser Zeit erbrachten Leistungen nach dem SGB II bereits als erfüllt gilt (§ 107 Abs 1 SGB X; s. dazu BSG Urteil vom 30.3.2004 - B 1 KR 30/02 R - SozR 4-2500 § 44 Nr 1 RdNr 5; BSG Urteil vom 12.3.2013 - B 1 KR 7/12 R - Juris RdNr 12).

48

4. Die vom Kläger erhobenen Verfahrensrügen gebieten keine andere Entscheidung.

49

a) Mit dem Vorbringen, das LSG habe seine Verpflichtung zur Amtsermittlung (§ 103 SGG) verletzt, weil es nicht aufgeklärt habe, ob er "als Sicherheitsmitarbeiter integriert war oder nicht oder ob er vielmehr von Anfang an nicht in der Lage gewesen war, diese Tätigkeit auszuüben", hat der Kläger einen Verfahrensmangel nicht ausreichend bezeichnet (§ 164 Abs 2 S 3 Teils 3 SGG). Insbesondere hat er nicht aufgezeigt, weshalb sich das LSG auf der Grundlage seiner Rechtsansicht zu den von ihm geforderten weiteren Ermittlungen hätte gedrängt fühlen müssen und welcher Beweismittel es sich dabei hätte bedienen sollen (s. hierzu Senatsurteil vom 17.2.1998 - B 13 RJ 73/97 R - Juris RdNr 16; BSG Urteil vom 21.4.2015 - B 1 KR 9/15 R - BSGE 118, 225 = SozR 4-2500 § 109 Nr 45, RdNr 25).

50

b) Die Rüge, das LSG habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, greift ebenfalls nicht durch. Der Kläger beanstandet insoweit, das LSG habe den von ihm im Verlauf des Verfahrens mehrfach angebrachten Vortrag, er sei von Anfang an für die Tätigkeiten im Wach- und Sicherheitsdienst gesundheitlich nicht in der Lage und niemals in den Beruf des Sicherheitsmitarbeiters integriert gewesen, nicht zur Kenntnis genommen und auch nicht in die Urteilsgründe aufgenommen. Aus der ausdrücklichen Wiedergabe dieses Vortrags im Tatbestand des LSG-Urteils (Urteilsumdruck S 6, 2. Abs) ergibt sich jedoch, dass der behauptete Verfahrensmangel nicht vorliegt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör bietet keinen Schutz davor, dass das Gericht die Rechtsansicht eines Beteiligten nicht teilt (stRspr, vgl. BVerfG (Kammer) Beschluss vom 27.5.2016 - 1 BvR 1890/15 - SozR 4-1100 Art 103 Nr 4 RdNr 14).

51

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 183 S 1 iVm § 193 SGG.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2018-01-26