

## L 9 Ar 91/96

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 30 Ar 116/93  
Datum  
23.02.1996  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 9 Ar 91/96  
Datum  
11.09.1997  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Bei Leiharbeitnehmern ist für die Berechnung des Arbeitslosengeldes als tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit (§ 112 Abs. 4 AFG) der Durchschnittswert von 38,5 Stunden anzusetzen.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 23. Februar 1996 geändert. Die Beklagte wird unter teilweiser Aufhebung des Bescheides vom 11. Februar 1993 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 22. Juni 1993 sowie der Bescheide vom 02. Dezember 1993, 14. Januar 1994, 29. Juli 1994, 17. Dezember 1994, 12. Januar 1995, 14. März 1995 und 28. November 1995 verurteilt, dem Kläger ab 08. Dezember 1992 höheres Arbeitslosengeld und ab 06. August 1994 höhere Anschlußarbeitslosenhilfe unter Berücksichtigung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38 1/2 Stunden nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu bewilligen. Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen zur Hälfte zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Zahlung eines höheren Arbeitslosengeldes (Alg) und einer höheren Arbeitslosenhilfe (Alhi).

Der Kläger war bis November 1992 als Leiharbeiter bei der Firma G. GmbH in B. beschäftigt. Er wurde in der Zeit von 1988 bis 1992 vorwiegend als Helfer im Bereich der Metallindustrie eingesetzt, nämlich für ca. zwei Jahre, daneben aber auch für ca. ein Jahr als Arbeiter in einer Zementfabrik. Am 30.11.1992 meldete er sich arbeitslos und beantragte Alg. Die Beklagte bewilligte ihm dieses durch Bescheid vom 11.02.1993 mit Wirkung ab 08.12.1992. Sie legte der Berechnung des Bemessungsentgeltes das von der Arbeitgeberin eingetragene Arbeitsentgelt für die Monate August bis November 1992 zugrunde und berücksichtigte eine tarifliche regelmäßige Arbeitszeit von 37 Stunden wöchentlich. Auf diese Weise ermittelte sie ein wöchentliches Bemessungsentgelt von 520,- DM. Der Kläger erhob gegen diesen Bescheid Widerspruch, mit dem er geltend machte, er habe im Bemessungszeitraum ein höheres Arbeitsentgelt bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden erzielt. Es seien zudem Spätzulagen zu berücksichtigen. Die Beklagte wies den Widerspruch durch Bescheid vom 22.06.1993 mit der bisherigen Begründung zurück (zugestellt am 29.06.1993).

Hiergegen richtet sich die am 19.07.1993 erhobene Klage. Der Kläger hat zu deren Begründung im wesentlichen vorgetragen, er sei von seiner Arbeitgeberin regelmäßig in Betrieben eingesetzt worden, die eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden gehabt hätten. Es sei unzutreffend, mangels einer tariflichen Regelung allein von dem für die Metallindustrie maßgeblichen Tarifvertrag auszugehen und bei der Berechnung des Bemessungsentgeltes lediglich eine tarifliche Arbeitszeit von 37 Stunden wöchentlich zu berücksichtigen. Dies bedeute eine deutliche Schlechterstellung gegenüber anderen Arbeitnehmern, die z.B. als Leiharbeiter in der Bauindustrie mit einer tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt würden. Hinzu komme, daß er als Helfer auch in völlig anderen Tätigkeitsbereichen eingesetzt worden sei und hätte eingesetzt werden können, so daß andere tarifliche Arbeitszeiten maßgebend gewesen wären. Der Berechnung des Alg sei daher die von ihm ausgeübte 40-Stunden-Woche zugrunde zu legen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 11.02.1993 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.06.1993 sowie der Bescheide vom 02.12.1993, 14.01.1994, 29.07.1994, 15.12.1994, 12.01.1995, 14.03.1995 und 28.11.1995, alle in Gestalt des Anerkenntnisses vom 23.02.1996, zu verurteilen, ihm vom 08.12.1992 an Arbeitslosengeld und vom 06.08.1994 an Arbeitslosenhilfe der Höhe nach gemäß einem Bemessungsentgelt von 570,- DM unter Berücksichtigung der jeweiligen Dynamisierung in gesetzlichem Umfang zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt,

Sie hat die angefochtenen Bescheide für Rechtens gehalten. Sie hat während des Klageverfahrens durch Bescheid vom 23.02.1996 unter Berücksichtigung der vom Kläger geltend gemachten Spätzulagen ein höheres wöchentliches Bemessungsentgelt von 530,-- DM anerkannt. Sie hat darüber hinaus die vom Kläger im Antrag bezeichneten Dynamisierungs- und Anpassungsbescheide sowie den Bescheid vom 06.08.1994 über die Bewilligung von Anschluß-Alhi erlassen.

Das Sozialgericht hat unter dem 31.08.1994 eine Auskunft der Firma G. eingeholt. Diese teilte mit, die wöchentliche Arbeitszeit des Klägers habe zwischen 37 und 40 Stunden betragen. Mit ihm sei eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden vereinbart gewesen.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 23.02.1996 die Klage abgewiesen. Es hat die Berechnung der Beklagten für zutreffend gehalten, da der Kläger überwiegend im Bereich der Metallindustrie eingesetzt worden sei und dort nach dem maßgeblichen Tarifvertrag die Arbeitszeit wöchentlich 37 Stunden betragen habe. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Öffnungsklausel in diesem Tarifvertrag lägen nicht vor. Gemäß § 112 Abs. 4 Nr. 2 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) sei im vorliegenden Fall somit die tarifliche Arbeitszeit für gleiche oder ähnliche Beschäftigungen maßgebend - hier 37 Stunden.

Gegen das am 15.03.1996 zugestellte Urteil richtet sich die am 15.04.1996 eingelegte Berufung des Klägers. Er verbleibt zu deren Begründung bei seiner bisherigen Auffassung. Er ist zudem der Meinung, es müßten ausgehend vom Grundgedanken des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 11.01.1995 - [1 BvR 892/88](#) (= BSG SozR - 2200 § 385 Nr. 6; [NZS 1995 S. 312](#)), mit dem Gleichheitssatz sei es unvereinbar, daß einmalig gezahltes Arbeitsentgelt zu Sozialversicherungsbeiträgen herangezogen würde, ohne daß es bei der Berechnung von kurzfristigen Lohnersatzleistungen wie Alg, Alhi, Unterhaltsgeld und Übergangsgeld berücksichtigt werde, auch geleistete Überstunden (Zeitfaktor) in die Berechnung des Alg und der Alhi einbezogen werden, da sie beitragspflichtig gewesen seien. Ihre Außerachtlassung stelle eine wesentliche Schlechterstellung des Klägers dar. Neben eines ohnehin niedrigeren Lohnes, den Arbeitnehmerverleiher zahlten, träte bei der Berücksichtigung einer Wochenarbeitszeit von nur 37 Stunden eine weitere Verschlechterung ein.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 23.02.1996 zu ändern und nach dem Klageantrag erster Instanz mit der Maßgabe zu erkennen, daß ein höheres Bemessungsentgelt als 530,-- DM wöchentlich zugrunde zu legen ist.

Die Beklagte beantragt,

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und verweist darauf, daß der Kläger eine niedrigere Leistung erhalte, weil er nicht auf einem tariflich bezahlten Arbeitsplatz beschäftigt gewesen sei.

Der Bundesverband für Zeitarbeit hat am 16.12.1996 auf Anfrage mitgeteilt, daß für die streitige Zeit keine tarifvertragliche Regelung für gewerbliche und angestellte Leiharbeitnehmer existiert habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und - hinsichtlich der weiteren Erklärungen des Klägers - auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 11.09.1997 Bezug genommen. Die Verwaltungsakte der Beklagten - Stamm-Nr. - ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist zum Teil begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf höheres Alg und höhere Alhi, da der Berechnung dieser Leistungen ein Bemessungsentgelt von mehr als 530,-- DM wöchentlich zugrunde zu legen ist.

Der Senat hat nur über die im Klage- und Berufungsantrag aufgeführten Bescheide entschieden, nachdem die Beteiligten durch Teilvergleich den Rechtsstreit auf die Überprüfung dieser Bescheide beschränkt haben.

Der Kläger hat zum Zeitpunkt seiner Arbeitslosmeldung alle Anspruchsvoraussetzungen nach § 100 AFG für die Zahlung von Alg und ab 06.08.1994 für die Bewilligung von Anschluß-Alhi nach § 134 Abs. 1 AFG erfüllt. Dies bedarf keiner näheren Ausführungen.

Die Höhe der Leistungen richtet sich gemäß § 111 Abs. 1 AFG nach dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten Arbeitsentgelt (§ 112 AFG). Nach Abs. 1 dieser Vorschrift ist Arbeitsentgelt dasjenige, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Woche erzielt hat. Mehrarbeitszuschläge sowie einmalige und wiederkehrende Zuwendungen bleiben dabei außer Betracht. Der Bemessungszeitraum umfaßt nach Abs. 2 Satz 1 die beim Ausscheiden des Arbeitnehmers abgerechneten Lohnabrechnungszeiträume der letzten drei Monate der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs, in denen der Arbeitslose Arbeitsentgelt erzielt hat. Vorliegend hat die Beklagte daher zu Recht auf das in der Zeit vom 01.08. bis 10.11.1992 erzielte Arbeitsentgelt abgestellt.

Hiervon ausgehend wird nach § 112 Abs. 3 Satz 1 AFG für die Berechnung des in der Woche durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelts das im Bemessungszeitraum durchschnittlich in der Arbeitsstunde erzielte Arbeitsentgelt mit der Zahl der Arbeitsstunden vervielfacht, die sich als Durchschnitt der tariflichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der Beschäftigungsverhältnisse im Bemessungszeitraum ergibt. Eine derartige tarifliche wöchentliche Arbeitszeit hat nach Auskunft des Bundesverbands Zeitarbeit und der früheren Arbeitgeberin der Klägers für Leiharbeitnehmer - weder gewerbliche wie der Kläger noch angestellte - in der hier streitigen Zeit nicht existiert. Demzufolge ist nach § 112 Abs. 4 Nr. 2 AFG als tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit der Berechnung die tarifliche Arbeitszeit zugrunde zu legen, die für gleiche oder ähnliche Beschäftigungen gilt oder, falls auch eine solche tarifliche Regelung nicht bestand, die für gleiche oder ähnliche Beschäftigungen übliche Arbeitszeit.

Die erste Alternative des § 112 Abs. 4 Nr. 2 AFG kommt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht in Betracht. Insbesondere führt die Tatsache, daß der Kläger überwiegend als Helfer in der Metallindustrie beschäftigt gewesen ist, nicht dazu, den für die Metallindustrie geltenden Tarifvertrag als maßgebend anzusehen. Dies scheidet zum einen daran, daß Leiharbeitnehmer während ihrer Beschäftigung nicht selten - wie auch hier - in verschiedenen Branchen eingesetzt werden, ohne daß sich die jeweiligen Beschäftigungen bei den Entleihern gleichen oder sich ähnlich sind, und die von der Beklagten für zutreffend erachtete Schwerpunktbildung im Gesetz keine Stütze findet. Zum anderen ist in diesem Zusammenhang auf den für den Arbeitgeber in Betracht kommenden Tarifvertrag abzustellen. Denn Tarifverträge werden zwischen Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmerverbänden nach Branchen und Regionen abgeschlossen (vgl. Gagel, AFG, Stand Mai 1996, § 112 Rdn 187). Die gleiche oder ähnliche Beschäftigung ergibt sich hiernach aus der Zugehörigkeit von Arbeitgebern zu einer Branche. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß überhaupt kein vergleichbarer Tarifvertrag herangezogen werden kann, da eine Vergleichbarkeit von Verleihunternehmen mit anderen Branchen nicht gegeben ist. Verleiharbeitsunternehmen stellen eine spezielle Gruppe von Arbeitgebern dar, die wegen des Entleihens von Arbeitnehmern in diverse Branchen nicht einer einzelnen zugeordnet werden können. Für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung sind somit "gleiche oder ähnliche" Beschäftigungen im Sinn des § 112 Abs. 4 Nr. 2 1. Alternative AFG nicht feststellbar. Die für die Bemessung des Alg/der Alhi maßgebliche Arbeitszeit kann daher nach dieser Vorschrift jedenfalls nicht unmittelbar bestimmt werden.

Dasselbe gilt für die Anwendbarkeit der Regelung des § 112 Abs. 4 Nr. 2 2. Alternative AFG. Die Arbeitszeit kann nicht "nach der für gleiche oder ähnliche Beschäftigungen üblichen Arbeitszeit" ermittelt werden. Der Kläger hat sich nämlich arbeitsvertraglich damit einverstanden erklärt, mit seinen erworbenen Berufskenntnissen infolge Vermittlung des Verleihers überall dort zu arbeiten, wo er eingesetzt werden kann. Damit ergibt sich für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, daß keine Zuordnung der Beschäftigung zu gleichen oder ähnlichen erfolgen kann.

Der Senat hält es jedoch für gerechtfertigt und sachgerecht, in entsprechender Anwendung des § 112 Abs. 4 Nr. 2 AFG auf die Spannbreite der tariflichen Arbeitszeiten der verschiedenen Branchen abzustellen, in die ein Verleiher Arbeitnehmer entleihen kann. Der Durchschnitt dieser tariflichen Arbeitszeiten stellt eine dem Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechende übliche Arbeitszeit im Sinn der zweiten Regelung dar. Auf diese Weise wird eine nachvollziehbare Relation zwischen dem Einsatz in Branchen mit hohen Arbeitszeiten und solchen mit niedrigeren während der Beschäftigungsdauer des Leiharbeitnehmers gebildet. Schwankungen werden ausgeglichen. In der hier streitigen Zeit ist daher das Mittel zwischen der niedrigsten tariflichen Arbeitszeit von 37 Stunden wöchentlich und der höchsten von 40 Stunden maßgebend. Die Arbeitgeberin des Klägers ist insoweit zutreffend von einem solchen Einsatzrahmen ausgegangen. Damit ergibt sich, daß iSd § 112 Abs. 4 Nr. 2 2. Alternative AFG als "übliche" Arbeitszeit im Durchschnitt wöchentlich 38,5 Stunden anzusetzen sind, die als Arbeitszeitfaktor in die Leistungsberechnung nach § 112 Abs. 2 AFG einfließen. Für dieses Ergebnis spricht auch die Regelung des § 112 Abs. 4 Nr. 1 AFG, die bei für Teile eines Jahres unterschiedlichen tariflichen Arbeitszeiten ebenfalls auf den Jahresdurchschnitt abstellt. Die Berufung des Klägers ist mithin insoweit erfolgreich, als die Beklagte der Berechnung des Bemessungsentgelts nicht 37 Stunden wöchentlich, sondern 38,5 Stunden zugrunde zu legen hat - was zu einem höheren Bemessungsentgelt als 530,- DM führt.

Eine höhere wöchentliche Arbeitszeit kann der Berechnung der Leistungen jedoch nicht zugrunde gelegt werden. Die Nichtberücksichtigung von über 38,5 Stunden wöchentlich tatsächlich geleisteter Arbeitszeit ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt verfassungswidrig, daß es sich um beitragspflichtige Überstunden gehandelt hat. Sie verstößt insbesondere nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 11.01.1995 - [1 BvR 892/89](#) (aaO) - zur beitragsrechtlichen Behandlung von Einmalzahlungen im Hinblick auf die zu erbringende Leistung - dort Krankengeld - sind nicht auf die Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung von Alg oder Alhi übertragbar. Es ist vielmehr im Sinne des Bundesverfassungsgerichtsbeschlusses vom 03.04.1979 - [1 BvL 30/76](#) (BSG SozR 4100 § 112 Nr. 10) - weiterhin mit [Art. 3 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) und dem Sozialstaatsgebot vereinbar, daß bei der Bemessung des Alg grundsätzlich Überstunden nicht berücksichtigt werden. Denn auf diese Weise werden bei der Ermittlung der für kurzfristige Lohnersatzleistungen maßgeblichen Bemessungsgrundlage Zufälligkeiten gerade in den der Bemessung zugrunde liegenden Lohnzahlungszeiträumen nicht leistungsbestimmend. In der neueren Entscheidung des BVerfG ging es demgegenüber um eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Versichertengruppen mit gleicher Beitragsleistung. Es war nicht hinzunehmen, daß Versicherte, deren Einmalzahlungen ganz oder zum Teil der Beitragspflicht unterliegen, hinsichtlich kurzfristiger Lohnersatzleistungen aus diesen Beiträgen keine Leistungen erhalten, während Versicherte, die lediglich aus laufendem Arbeitsentgelt Beiträge zahlen, voll in den Genuß äquivalenter Leistungen gelangen. Es handelt sich mithin um eine andere Sachlage (vgl. Schlegel in NZS 1997, 201, 206). Darüber hinaus hat das BVerfG in dieser Entscheidung - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die frühere vom 03.04.1979 ([BVerfGE 51, 115](#), 124 = SozR 4100 § 112 Nr. 10) weiter betont, daß es von Verfassungs wegen nicht geboten ist, bei der Bemessung kurzfristiger Lohnersatzleistungen eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Leistungshöhe herzustellen (vgl. auch BSG vom 31.10.1996 - [11 RA R 41/96](#)). Die Nichtberücksichtigung von Überstunden im Rahmen des Zeitfaktors ist daher hinzunehmen. Im übrigen wäre die vom Kläger beanstandete Regelung nach der Entscheidung des BVerfG für die Zeit bis Ende 1996 noch anwendbar gewesen.

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

Der Senat hat die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zugelassen.

Rechtskraft  
Aus  
Login  
NRW  
Saved  
2003-08-13