

## L 3 AL 3/19

Land  
Schleswig-Holstein  
Sozialgericht  
Schleswig-Holsteinisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3.  
1. Instanz  
SG Kiel (SHS)  
Aktenzeichen  
S 9 AL 3/19  
Datum  
27.11.2018  
2. Instanz  
Schleswig-Holsteinisches LSG  
Aktenzeichen  
L 3 AL 3/19  
Datum  
17.05.2021  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Kiel vom 27. November 2018 sowie der Bescheid vom 20. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. März 2015 aufgehoben.

Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Instanzen.

Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten – im Rahmen einer endgültigen Leistungsfestsetzung und Erstattung (in Höhe von insgesamt 957,24 EUR) nach § 328 Abs. 3 Sozialgesetzbuch, Drittes Buch (SGB III) – über die Frage, ob der klägerische Anspruch auf Arbeitslosengeld wegen eines Anspruchs auf Auszahlung angesparten Urlaubsgeldes („feriepenge“) ruht.

Der in der Bundesrepublik Deutschland lebende 1973 geborene Kläger war seit Jahren in Dänemark beschäftigt, zuletzt seit dem 24. März 2014 bei C N F in Dänemark. Er erhielt am 17. Dezember 2014 eine Kündigung zum 18. Dezember 2014 wegen schlechten Wetters ausgehändigt. Eine Wiedereinstellung war für das Frühjahr 2015 vorgesehen. Der Kläger meldete sich persönlich arbeitsuchend am 19. Dezember 2014 und teilte mit, dass die PD U1 beantragt sei. Unerwartet wurden sodann Anfang Januar 2015 kommunale Gelder zur Verfügung gestellt, um die Baustelle zu beheizen. Sodann konnten die Arbeiten fortgeführt werden. Daraufhin erfolgte eine Wiederanstellung des Klägers zum 6. Januar 2015. Der Kläger beantragte in diesen Zeitraum keine Auszahlung für Ferientage – „feriepenge“ – bei seinem Arbeitgeber.

Mit Bescheiden vom 12. Januar 2015 bewilligte die Beklagte dem Kläger vorläufig Arbeitslosengeld. Der Grund für die Vorläufigkeit der Bewilligung sei, dass der Vordruck PD U1 noch nicht vorliege. Die Bewilligung erfolgte für den Zeitraum vom 19. Dezember 2014 bis zum 5. Januar 2015. Grund der Befristung sei eine wiederaufgenommene Beschäftigung am 6. Januar 2015. Mit weiterem Bescheid vom 20. Januar 2015 änderte die Beklagte den Beginn des Zahlungsanspruchs. Am 6. Februar 2015 ging der Vordruck PD U1 bei der Beklagten ein. Unter Punkt 4.3 fand sich die Ausführung, dass der Kläger für 25 Ferientage 17.702,43 Dänische Kronen erworben habe.

Mit Bescheid vom 20. Februar 2015 entschied die Beklagte, dass der Kläger für den Zeitraum vom 19. Dezember 2014 bis zum 5. Januar 2015 Arbeitslosengeld in Höhe von 957,24 EUR zu viel erhalten habe. Der Betrag sei von ihm gemäß [§ 328 Abs. 3 SGB III](#) zu erstatten. Er habe keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, da er von seinem bisherigen Arbeitgeber einen finanziellen Ausgleich für nicht genommenen Urlaub erhalten habe. Wäre der Urlaub im Anschluss an das Beschäftigungsverhältnis genommen worden, hätte er bis zum 22. Januar 2015 gedauert. Für diesen Zeitraum ruhe der Anspruch gemäß [§ 137 SGB III](#). Seinen Widerspruch vom 1. März 2015 begründete der Kläger damit, dass er kein Urlaubsgeld bezogen habe. Dies sei in Dänemark auch vor Mai 2015 nicht möglich gewesen. Der Urlaubsanspruch laufe immer von Mai des Folgejahres an für ein Jahr. Das Urlaubsgeld sei eine reguläre Lohnfortzahlung während des Urlaubs und keine zusätzliche Leistung zuzüglich zum Lohn.

Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Bescheid vom 2. März 2015 als unbegründet zurück. [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) regelt, dass der Anspruch für die Zeit des abgegoltenen Urlaubs ruhe, wenn der Arbeitslose wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung erhalten oder zu beanspruchen habe. Laut der Bescheinigung PDU 1 sei dem Kläger eine Urlaubsabgeltung durch den früheren Arbeitgeber gewährt worden. Diese bewirke wie vergleichbare Zahlung inländischer Arbeitgeber ein Ruhen.

Der Kläger hat am 18. März 2015 Klage am Sozialgericht Kiel erhoben. Zur Begründung hat er im Wesentlichen vorgetragen, dass die

Voraussetzungen des [§ 328 Abs. 3 SGB III](#) nicht vorlägen. Dies folge schon daraus, dass die Voraussetzungen für eine vorläufige Bewilligung nicht vorgelegen hätten. Die Beklagte hätte endgültig entscheiden müssen. Unter Hinweis auf die Entscheidung [B 14 AS 31/14 R](#) hätte es infolgedessen einer Aufhebung nach § 45 Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch (SGB X), bedurft; eine Erstattung hätte die Beklagte nach [§ 50 SGB X](#) geltend machen müssen. Zudem lägen die Voraussetzungen des [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) nicht vor. Dies folge daraus, dass er – der Kläger – weder eine Zahlung erhalten habe, noch Urlaubsabgeltung hätte beanspruchen können. In Dänemark werde für ein Kalenderjahr von Januar bis Dezember das Geld angespart. Erst im Folgejahr ab Mai könnten sodann die Urlaubsnahme bzw. die Urlaubsabgeltung erfolgen. Er habe daher im Dezember 2014 noch keinen entsprechenden Anspruch gehabt. Auch lägen die Voraussetzungen für eine Gleichwohlgewährung nach [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) vor. Er habe tatsächlich keine Zahlung erhalten. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er die Kündigung erst kurz vor Weihnachten erhalten habe, wäre selbst auf Antragstellung keine Auszahlung bis zur Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses am 6. Januar 2015 erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt hätte ihm dann kein Anspruch mehr zugestanden. Der Anspruch bestehe auch deshalb, weil für den Fall, dass die Urlaubsabgeltung beansprucht werde, er keinen Urlaubsanspruch für das Jahr 2015 mehr habe. So sei allenfalls eine unbezahlte Vorwegnahme möglich.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 20. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. März 2015 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das dänische Urlaubsentgelt sei nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts, [B 11 AL 4/15 R](#), eine funktionell und strukturell mit der deutschen Urlaubsabgeltung vergleichbare Leistung. Insofern finde die Ruhensvorschrift des [§ 157 SGB III](#) Anwendung. Die Voraussetzungen des [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) lägen entgegen der Annahme des Klägers vor; im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte der Kläger, da er damals nicht in Dänemark wohnte und auch nicht mehr in Dänemark arbeitete, gemäß § 30 des dänischen Urlaubsgesetzes einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung gehabt. Die Auszahlung sei innerhalb der ersten sechs Monate nach Beendigung zu beantragen. Die Voraussetzung für eine Gleichwohlgewährung nach [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) lägen nicht vor. Es sei nicht zu erwarten gewesen, dass es nicht zur Auszahlung der Urlaubsabgeltung kommen werde. Auch handele es sich nicht um einen Anspruch des Klägers auf Arbeitsentgelt im Sinne des [§ 115 SGB X](#), wie vom [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) gefordert. Die Konstellation des Forderungsübergangs nach [§ 157 SGB III](#) sei nicht gegeben. Der Kläger habe betreffend die Urlaubsabgeltung keinen Anspruch gegenüber einem Arbeitgeber, sondern allenfalls gegenüber der dänischen Sozialkasse. Ein Einzug der Forderung sei im Falle des Forderungsüberganges daher nicht möglich. Der Kläger habe kein Wahlrecht, ob er seine ihm zustehende Urlaubsabgeltung beansprucht oder einen Antrag auf Arbeitslosengeld nach dem SGB III stelle.

Mit Beschluss vom 12. November 2015 hat das Sozialgericht im Hinblick auf das beim Bundessozialgericht <BSG> anhängige Verfahren [B 11 AL 4/15 R](#) das Ruhen des Verfahrens angeordnet, das auf Antrag der Beklagten fortgeführt und unter dem Aktenzeichen [S 9 AL 153/16](#) bearbeitet wurde.

Nach klägerischer Auffassung sei die Entscheidung des BSG nicht mit dem vorliegend zu entscheidenden Verfahren vergleichbar, da dem Kläger das „feriepenge“ nicht ausgezahlt worden sei. Zudem habe er eine Beschäftigung bei seinem Arbeitgeber am 6. Januar 2015 wiederaufgenommen. Ab dem 1. Mai 2015 habe er den ihm zustehenden Urlaub – den hier streitgegenständlichen Erholungsurlaub aus dem Jahr 2014 – in Natura in Anspruch genommen, sodass die Voraussetzungen für die Auszahlung seines Urlaubsanspruchs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vorlägen und damit auch nicht die Voraussetzung der Anwendbarkeit des [§ 157 Abs. 2 SGB III](#).

Die Beklagte ist im Weiteren davon ausgegangen, dass sich der Kläger das „feriepenge“ nicht hat auszahlen lassen. Ein Anspruch auf Gleichwohlgewährung nach [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) liege nicht vor. Zum einen sei nicht zu erwarten gewesen, dass das Arbeitsentgelt nicht gezahlt werde. Zudem sei eine Auszahlung in Form der Gewährung von Urlaubstagen in 2015 erfolgt. Insgesamt liege somit der für die Anwendung des [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) geforderte Schwebezustand nicht vor. Für die Anwendung des Ruhens nach [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) reiche es aus, dass der Kläger einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung erworben habe. Das sei zum Zeitpunkt des Anspruchsbeginns zum 19. Dezember 2014 der Fall. Zu diesem Zeitpunkt habe er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung zu beanspruchen. Dieser Anspruch sei nicht fraglich und habe durch ihn nicht verwirklicht werden können.

Dem widerspricht der Kläger. Ein Anspruch auf Auszahlung von angespartem Urlaubsgeld habe der Arbeitnehmer nur, wenn er nicht in Dänemark wohne und dort auch nicht mehr arbeite. Dies sei bei dem Kläger ab 5. Januar 2015 aber nicht der Fall. Im Übrigen habe die Beklagte nicht nach [§ 328 SGB III](#) eine vorläufige Entscheidung treffen dürfen. Sie hätte eine endgültige Entscheidung treffen müssen, sodass die Rückabwicklung sich nach [§ 45 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) richte, deren Voraussetzungen aber nicht gegeben seien. Er verweise auf die Entscheidung des BSG vom 29. April 2015 – [B 14 AS 31/14 R](#).

Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 27. November 2018 hat das Sozialgericht die Klage mit Urteil vom gleichen Tag abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Der Bescheid vom 20. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. März 2015 sei rechtmäßig und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten. Die endgültige Festsetzung der Leistung und die Erstattung richteten sich nach [§ 328 Abs. 3 SGB III](#). In dem Falle der bestandskräftigen vorläufigen Entscheidungen vom 12. Januar 2015 – für die mit der fehlenden Vorlage des Vordrucks PDU 1 auch ein Grund für die vorläufige Gewährung vorgelegen habe – sei eine endgültige Festsetzung und Erstattung gemäß [§ 328 Abs. 3 SGB III](#) von der Beklagten vorzunehmen gewesen. Dieses Vorgehen stelle sich nicht als rechtsfehlerhaft dar. Die von dem Kläger zitierte Rechtsprechung [B 14 AS 31/14 R](#) sei auf diese Konstellation nicht übertragbar. Auch beim Bestehen der Anspruchsvoraussetzungen der [§§ 136, 137 SGB III](#) im Übrigen habe kein Leistungsanspruch des Klägers bestanden, da die Ruhensvoraussetzungen des [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) erfüllt gewesen seien. Die vom Kläger zu beanspruchende Auszahlung des bereits angesparten „feriepenge“ zum Ausgleich des während der Beschäftigung in Dänemark nicht genommenen und bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr nehmabaren Erholungsurlaubs stehe nach der überzeugenden Rechtsprechung des BSG funktional einer Urlaubsabgeltung nach deutschem Recht und deshalb einer Urlaubsabgeltung gleich. Zwar sei es nicht zur Auszahlung einer Urlaubsabgeltung gekommen, aber der Kläger hätte eine Urlaubsabgeltung zu beanspruchen gehabt. Auch insoweit werde auf die Entscheidung des BSG 17. März 2016 ([B 11 AL 4/14 R](#)) verwiesen. Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses könne das „feriepenge“ aufgrund einer gesetzlichen Regelung (§ 30 Dänisches Urlaubsgesetz [ferieloven]) ausgezahlt werden, wenn der Arbeitnehmer nicht in Dänemark wohne und nicht mehr in Dänemark arbeite. Die Auszahlung sei innerhalb der ersten sechs Monate nach Beendigung des

Arbeitsverhältnisses zu beantragen. Diese Voraussetzungen lägen vor. Er hätte binnen sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, beginnend also am 18. Dezember 2014, einen Anspruch auf Auszahlung der Urlaubsabgeltung gehabt. Einen Antrag habe der Kläger jedoch nicht gestellt. Ein Anspruch auf Auszahlung des Arbeitslosengeldes trotz Vorliegens der Ruhensvoraussetzung wäre allenfalls im Rahmen der Gleichwohlgewährung nach [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) denkbar. Jedoch seien die Voraussetzungen hierfür nach Sinn und Zweck nicht erfüllt. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift lägen nicht vor in der Konstellation, in der kein Anspruch gegen einen Arbeitgeber bestehe. Nach dem dänischen Recht zahle der Arbeitgeber zu jeder Entgeltzahlung weitere 12,5 v.H. an Arbeitsentgelt an eine Urlaubskasse. In dieser Konstellation könne die Beklagte keinen Anspruch nach [§ 115 SGB X](#) gegen die Ferienkasse geltend machen, da diese regelhaft nicht der Arbeitgeber sei.

Dass die Voraussetzungen allein der Gleichwohlgewährung nicht vorlägen, wirke sich nicht unmittelbar zu Lasten des Klägers aus, da diesem nach § 30 des dänischen Urlaubsgesetzes ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung zustehe, den er jederzeit geltend machen könne. Insofern liegt eine entsprechende Schutzbedürftigkeit seitens des Klägers nicht vor. Wenn der Kläger sich darauf berufe, dass er infolgedessen weniger bis keinen Urlaub mehr im Folgejahr 2015 hätte nehmen könne, sei diese Folge in Kauf zu nehmen. Zum einen war schon unklar, ob es überhaupt zu einer erneuten Einstellung kommen werde. Zum anderen ergebe sich dies erst aus der Tätigkeit des Klägers als Grenzgänger im Fassadenputz. Die Lücken im Arbeitsverhältnis resultierten allein daraus, dass der Kläger im Winter keiner Tätigkeit im Fassadenputz nachgehen könne. Allein deshalb, weil es in Dänemark kein der deutschen Winterbeschäftigungsumlage vergleichbares Regelungsinstrument gebe, um diese Lücke aufzufangen, bestehe keine Veranlassung, eine abweichende Auslegung der Gleichwohlgewährung in [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) vorzunehmen.

Gegen dieses, dem Kläger am 18. Dezember 2018 zugegangene Urteil richtet sich dessen am 16. Januar 2019 beim Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht eingegangene Berufung.

Mit der Berufung wiederholt und vertieft der Kläger sein Vorbringen. Er stellt nochmals heraus, dass der Kläger im Unterschied zur zitierten Entscheidung des BSG vom März 2016 die Urlaubsabgeltung von der Ferienkasse im streitgegenständlichen Zeitraum nicht ausgezahlt bekommen habe. Die Regelung des [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) finde auch schon deswegen keine Anwendung, weil der Kläger ab dem 6. Januar 2015 in Dänemark wieder beschäftigt gewesen sei. Er habe im streitigen Zeitraum keinen umsetzbaren Anspruch auf Urlaubsabgeltung gehabt. [§ 157 Abs. 3 SGB III](#) finde auch im Verhältnis zur Ferienkasse Anwendung. Dass diese nicht Arbeitgeber sei, sei nicht entscheidend, denn der Begriff des „Arbeitgebers“ in [§ 115 SGB X](#) sei weit auszulegen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Kiel vom 27. November 2018 sowie den Bescheid vom 20. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. März 2015 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt die angegriffene Entscheidung und verweist auf die Rechtsprechung des BSG a.a.O.

Der Senat hat eine Auskunft des R kontor & Infocenter, P/DK eingeholt.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und dem Vorbringen der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakte Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung ist zulässig.

Sie ist angesichts der Höhe der Erstattungsforderung in Höhe von 957,24 EUR gemäß [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft. Sie ist auch ansonsten zulässig, insbesondere rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist des [§ 151 Abs. 1 SGG](#) erhoben worden.

Die Berufung ist auch begründet.

Die Voraussetzungen nach [§ 328 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) für eine Erstattung der von der Beklagten vorläufig erbrachten Leistungen liegen nicht vor, weil die Voraussetzungen für den Bezug von Alg für den Zeitraum vom 19. Dezember 2014 bis 5. Januar 2015 vorlagen und der Anspruch während dieser Zeit auch nicht nach [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) geruht hat. Auf die Berufung des Klägers ist daher das Urteil des Sozialgerichts Kiel sowie der angefochtene Bescheid vom 20. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. März 2015 aufzuheben.

Der Kläger erfüllte zum 19. Dezember 2014 die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Alg nach den [§§ 136, 137 SGB III](#). Der Kläger war – wie in den Jahren zuvor – vor seiner Arbeitslosmeldung in Dänemark bei Aufrechterhaltung seines Wohnsitzes in Deutschland beschäftigt; dass auf ihn die Bestimmungen des SGB III als sog. Grenzgänger gemäß der VO (EG) 883/2004 in der maßgeblichen Änderungsfassung Anwendung finden, ist zwischen der Beteiligten zu Recht nicht streitig. Bei seiner persönlichen Arbeitslosmeldung am 19. Dezember 2014 lag der Nachweis über ausländische Versicherungs- und Beschäftigungszeiten (PD U1) noch nicht vor, war aber nach seinen Angaben bereits beantragt worden. Die Voraussetzungen für eine endgültige Entscheidung lagen noch nicht vor. Gemäß [§ 328 Abs. 1 Nr. 3 SGB III](#) kann über die Erbringung von Leistungen vorläufig entschieden werden, wenn zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruchs einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers auf Geldleistungen voraussichtlich längere Zeit erforderlich ist, die Voraussetzungen für den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen und die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hat. Da diese Voraussetzungen vorlagen, war die Beklagte daher berechtigt, über den Anspruch des Klägers vorläufig zu entscheiden. In dem Bescheid vom 12. Januar 2015 hat sie auch das Fehlen der PD U1 als Grund der vorläufigen Entscheidung angegeben, ebenso, dass bei Klärung der Voraussetzungen eine abschließende Entscheidung

getroffen wird und unter bestimmten Voraussetzungen eine Anrechnung nach § 328 Abs. 3 Satz 1 SGB III oder eine Erstattung nach [§ 328 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) erfolgen werden. Auch im Zeitpunkt des Erlasses des Änderungsbescheids vom 20. Januar 2015 lag die PD U1 noch nicht vor, sodass auch die in diesem Bescheid erfolgte endgültige Festsetzung der Anspruchsdauer zwar erfolgen, die Leistungsbewilligung selbst aber weiter nur vorläufig erfolgen konnte. Der vom Kläger schon im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Auffassung, dass die Beklagte nicht nach [§ 328 SGB III](#) eine vorläufige Entscheidung hätte treffen dürfen, sondern eine endgültige hätte treffen müssen mit der Folge, dass die Rückabwicklung sich nach [§ 45 SGB X](#) richte, deren Voraussetzungen aber nicht gegeben seien, ist daher nicht zu folgen. Zutreffend weist bereits das Sozialgericht darauf hin, dass die vom Kläger in Bezug genommene Entscheidung des BSG ([B 14 AS 31/14 R](#), Urteil vom 29. April 2015) hier nicht einschlägig ist. Die Bescheinigung PD U1 erreichte die Beklagte erst am 6. Februar 2015. Der mit der vorläufigen Bewilligung verfolgte Zweck einer Zwischenlösung findet dann sein Ende, wenn die entsprechenden Unterlagen eingegangen sind. Die Behörde ist dann aufgefordert, eine abschließende Entscheidung über das streitbefangene Begehren zu treffen und darf sich nicht lediglich auf eine fortschreibende Änderung der vorläufigen Bewilligung beschränken (vgl. BSG a.a.O. Rn. 21). Eine solche abschließende Entscheidung hat die Beklagte mit dem hier streitgegenständlichen Bescheid vom 20. Februar 2015 getroffen.

Der Bescheid hält jedoch einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Die Beklagte war nicht berechtigt, das dem Kläger für die Zeit vom 19. Dezember 2014 bis 5. Januar 2015 gewährte Arbeitslosengeld nach [§ 328 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) erstattet zu verlangen, weil der Alg-Anspruch nicht geruht hat. Die Voraussetzungen für ein Ruhen des Anspruchs nach [§ 157 Abs. 2 SGB III](#) liegen nicht vor. Hiernach ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Zeit des abgolgtenen Urlaubs, wenn die oder der Arbeitslose wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung erhalten oder zu beanspruchen hat.

Der Kläger hat nach der PD U1 Bescheinigung aus seiner Beschäftigungszeit vom 24. März 2014 bis 18. Dezember 2014 für 25 Urlaubstage eine entsprechende Abgeltung von 17.702,43 dänischen Kronen (DKK) erhalten oder zu beanspruchen. Der Kläger hat sich diese Urlaubsabgeltung jedoch nicht auszahlen lassen.

Das BSG hat in seinem Urteil vom 17. März 2016 (Az. [B 11 AL 4/15 R](#), dem eine Entscheidung des erkennenden Senats zugrunde lag (vgl. [L 3 AL 55/12](#), Urteil vom 19. Juni 2015) erkannt, dass, wenn bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses in Dänemark das auf einem dänischen Urlaubskonto angesparte Entgelt an den Arbeitnehmer ausbezahlt wird, dessen Anspruch auf Arbeitslosengeld wegen des Bezugs einer Urlaubsabgeltung vergleichbaren Leistung für die Dauer des abgolgtenen Urlaubs ruht. Zur Begründung hat das BSG (siehe Rn. 27 ff) ausgeführt:

„Die Auszahlung des auf dem "feriepenge" angesparten Entgelts zum Ausgleich des während der Beschäftigung in Dänemark nicht genommenen Erholungsurlaubs ist funktional einer Urlaubsabgeltung nach deutschem Recht gleichwertig und deshalb einer Urlaubsabgeltung gleichzustellen. Dem Kläger stand nach dänischem Arbeitsrecht Anspruch auf Urlaub zu, bei dessen Inanspruchnahme er für dessen Dauer das angesparte Urlaubsgeld ausgezahlt erhalten hätte. Auch wenn Urlaub nach dänischem Arbeitsrecht erst nach Ablauf von einem Jahr und fünf Monaten beansprucht werden kann, hätte der Kläger etwa ab Mitte des Jahrs 2010 bezahlten Urlaub nehmen können. Da er aber Erholungsurlaub nicht in Anspruch genommen hat, ist ihm das für die Zeit des Erholungsurlaubs angesparte Urlaubsgeld nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf seinen Antrag hin ausgezahlt worden. Sowohl nach dänischem Recht als auch nach dem BUrlG erwerben frühere Arbeitnehmer einen Geldanspruch, mit dem die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch bestehenden Urlaubsansprüche in Geld abgegolten werden (so zu deutschem Recht jetzt auch BAG Urteil vom 22.9.2015 - [9 AZR 170/14 - NZA 2016, 37](#), für BAGE vorgesehen, unter Aufgabe der früheren Surrogatstheorie). Es handelt es sich in beiden Fällen um von den Arbeitnehmern erarbeitete Ansprüche, die zunächst auf Freistellung von der Arbeit während der Zeit des Erholungsurlaubs gerichtet sind und die sich bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in einen Anspruch auf eine Geldleistung verwandeln, der den Arbeitnehmern selbst zusteht. Die Interessenlage ist in beiden Rechtsordnungen übereinstimmend so gestaltet, dass die Arbeitnehmer entweder am Ende des Arbeitsverhältnisses für den entsprechenden Zeitraum Anspruch auf Zahlung von Entgelt für die Dauer des Erholungsurlaubs haben oder sich diesen Anspruch nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses abgelten lassen. Der Kläger hat angespartes Arbeitsentgelt ausgezahlt erhalten. Der Bezug des dänischen Urlaubsgelds ("feriepenge") führt folglich nach [§ 143 Abs 2 S 1 SGB III](#) aF zum Ruhen des Anspruchs auf Alg. Das für Zeiten des Urlaubs angesparte Entgelt ist dem Kläger tatsächlich ausgezahlt worden, sodass die Voraussetzungen des [§ 143 Abs 2 S 1 Alt 1 SGB III](#) aF vorliegen (dazu Mutschler in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl 2015, [§ 157 SGB III](#) RdNr 11). Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger einen Rechtsanspruch auf die Zahlung hatte (Alt 2; dazu Düe in Brand, SGB III, 7. Aufl 2015, [§ 157 RdNr 24](#)). (...)“

Bereits das Sozialgericht hat in seinen Entscheidungsgründen im Anschluss an das BSG darauf abgestellt, dass der Kläger im vorliegenden Fall das „feriepenge“ nicht ausbezahlt bekommen hatte, dass der Kläger aber, da er nicht in Dänemark wohnte und dort auch nicht mehr gearbeitet hat, eine Urlaubsabgeltung hätte beanspruchen können, wenn er einen entsprechenden Antrag gestellt hätte. Ob dies ausreichend ist für das Ruhen des Anspruchs nach [§ 157 Abs. 2 Satz 1](#) 2. Alt. SGB III, könnte vorliegend in zweierlei Hinsicht problematisch sein. Zwar hätte der Kläger einen solchen Auszahlungsantrag innerhalb der ersten sechs Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beantragen können (§ 30 ferieloven). Vorliegend hatte sich die Situation für den Kläger aber insoweit geändert, als er bei seinem früheren Arbeitgeber ab dem 5. Januar 2015 wieder gearbeitet hat. Er hätte daher, um ab dem 19. Dezember 2014 in den Genuss der Urlaubsabgeltung zu kommen, bereits am 18. Dezember 2014 einen entsprechenden Antrag stellen müssen, nichtwissend, dass er ab dem 5. Januar 2015 wieder in Arbeit sein würde. Denn dass dies der Fall sein würde, hat er erst kurz vor Arbeitsaufnahme erfahren und war für ihn nicht absehbar. Nach seinen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung erster Instanz wurden Anfang Januar 2015 überraschend Gelder bewilligt, die eine Beheizung der Baustelle und damit eine Weiterarbeit überhaupt erst ermöglichten. Rein praktisch dürfte eine Beantragung für den Kläger damit gar nicht möglich gewesen sein. Hinzu kommt aber: Der Kläger hatte - wie in den Jahren zuvor - die begründete Aussicht im Frühjahr unter günstigeren Witterungsverhältnissen wieder bei seinem früheren Arbeitgeber eingestellt zu werden. Unter Berücksichtigung der - seinerzeitigen - dänischen Urlaubsregelung war nach den glaubhaften Ausführungen des Klägers vor dem Senat seine damalige Interessenlage daher darauf gerichtet, seinen zukünftigen Urlaubsanspruch aus 2015 mit den Ansparungen aus 2014 zu finanzieren und sich das dänische Urlaubsgeld für den Lebensunterhalt gerade nicht auszahlen zu lassen. Der erkennende Senat hatte bereits in seiner Entscheidung [L 3 AL 55/12](#) ausgeführt, dass im dänischen wie im deutschen Recht ein Anspruch auf bezahlten Urlaub besteht - wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung -, dass aber eine Parallelität der Interessenlagen, nämlich durch die Ruhensregelung Doppelleistungen zu vermeiden, bei Auszahlung der deutschen Urlaubsabgeltung wie auch des dänischen Urlaubsgelds gelten muss. Allerdings hatte der Senat schon in seiner Entscheidung die Frage aufgeworfen, ob auch dann eine verfassungs- und europarechtswidrige Ungleichbehandlung des Klägers verneint werden kann, wenn - wie hier - ein Arbeitnehmer nur wegen der Ruhensregelung gezwungen wäre, sich das Urlaubsgeld für den Lebensunterhalt auszahlen lassen zu müssen, obwohl damit eigentlich ein zukünftiger Urlaubsanspruch

im Falle einer erneuten Beschäftigung in Dänemark hätte finanziert werden sollen. So ist die Situation hier. Denn in Dänemark bestand jedenfalls im entscheidungserheblichen Zeitraum nicht wie in Deutschland ein Urlaubssystem, in dem ein Urlaubsgewährungsanspruch gegenüber einem bestimmten Arbeitgeber sukzessive erworben wird, der nur im Beendigungsfall ausnahmsweise zu einem Abgeltungsanspruch führt, sondern ein von vorherin auf einen Geldleistungsanspruch gerichtetes arbeitgeberunabhängiges „Ansparsystem“. Dieses führt dazu, dass in einer mehrmonatigen Ansparphase gar kein Urlaub genommen werden kann. Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte sich der Kläger nach § 30 ferieloven das angesparte Urlaubsgeld zwar auszahlen lassen können, weil er im Gegensatz zum dänischen Arbeitnehmer nicht im Centralen Personenregister – was mit dem deutschen Einwohnermeldeamt vergleichbar ist – gemeldet war. Das Urlaubsgeld konnte aber auch auf dem Urlaubskonto verbleiben, um gerade in Fällen wie dem vorliegenden den Urlaubsanspruch zu erhalten, wenn eine erneute Arbeitsaufnahme in Dänemark erwartet wurde (siehe auch die Auskunft des Region S- S1 , Rkantor & Infocenter: danach bestand nach dem dänischen Recht zum streitigen Zeitpunkt 2014/2015 tatsächlich keine Verpflichtung des Grenzgängers in einer Situation des Klägers, sich das Urlaubsgeld auszahlen zu müssen. Er sollte es gerade auf dem Konto belassen können, um bei einem neuen Arbeitsverhältnis nicht erst 16 Monate arbeiten zu müssen, um mit der Familie gemeinsam Urlaub machen zu können). Insofern ist eine der Regelung des [§ 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz \(BUrlG\)](#) entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers auf Abgeltung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gegeben. Es besteht damit eine Vergleichbarkeit mit den Regelungen des Urlaubsrechts im deutschen Baugewerbe, wo eine Abgeltung gerade deshalb bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterbleibt, damit der Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt für einen evtl. bei einem anderen Arbeitgeber in natura genommenen Urlaub einsetzen kann (vgl. insoweit auch Valgolio in Hauck/Noftz SGB, 01/21, § 157 SGB III, Rn. 65a).

Weiter ist zu berücksichtigen, dass eine vermeintliche Verpflichtung des Klägers, einen Abgeltungsanspruch gegenüber der dänischen Urlaubskasse geltend zu machen, zu einer Behinderung der Freizügigkeit des Klägers geführt hätte. Denn dann wäre er gezwungen, bei einer neuen Aufnahme einer Tätigkeit in Dänemark zunächst einen bezahlten Urlaubsanspruch erst wieder aufbauen zu müssen.

Die Ungleichbehandlung ergäbe sich daraus, dass bei einem deutschen Arbeitnehmer, der dem Urlaubskassensystem unterliegt und z.B. im Bereich Bau beschäftigt ist - und damit nach deutschem Recht (vgl. § 4 BUrlG) erst nach sechs Monaten erstmalig den vollen Urlaubsanspruch erwirbt - die Urlaubsabgeltung unterbleibt. Um Nachteile bei der Urlaubsregelung zu vermeiden, ist für diese Arbeitnehmer das Urlaubskassenverfahren geschaffen worden. Die Teilnahme an diesem Urlaubskassenverfahren (SOKA) ist Pflicht aufgrund der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge u.a. des Baugewerbes. Nach § 8 Ziff. 8 des BRTV für das Baugewerbe könnte der Kläger nach beendetem Arbeitsverhältnis im Fall der Arbeitslosigkeit keine Abgeltung beantragen, da er noch ins Baugewerbe zurückkehren könnte. Bei einer erneuten Beschäftigung im Baugewerbe werden die angesparten Urlaubsansprüche des laufenden Jahres und des Vorjahres von dem Baubetrieb übernommen, bei dem der Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis aufnimmt. Einen Entschädigungsanspruch würde der Arbeitnehmer, der nicht in die Baubranche zurückkehrt, erst dann haben, wenn der Urlaubsanspruch verfallen ist (z.B. für verfallene Ansprüche aus 2019 mit der Möglichkeit der Beantragung vom 1.1.2021 bis 31.12.2021; vgl. insoweit auch Hauck/Noftz SGB, 01/21, § 157 SGB III, Rn. 63ff). Das bedeutet, dass der in Dänemark im Baugewerbe tätige Kläger in Deutschland keinen Urlaubsabgeltungsanspruch hätte geltend machen können. Diese Besonderheiten im Baugewerbe hat die Beklagte in ihren fachlichen Weisungen gesehen und berücksichtigt (s. 157.2). Danach sind Leistungen einer Urlaubskasse nach Tarifverträgen u.a. des Baugewerbes beim Ruhen wegen Urlaubsabgeltung nicht zu berücksichtigen.

Die Entscheidung widerspricht im Ergebnis auch nicht der Entscheidung des BSG. Denn wesentlicher Unterschied zu der vorliegenden Konstellation ist, dass im dort zu entscheidenden Fall eine Auszahlung tatsächlich erfolgt war, hier aber nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt der Sachentscheidung.

Der Senat hat die Revision nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) zugelassen, weil höchstrichterliche Rechtsprechung zu der vorliegenden Fallgestaltung nicht vorliegt.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2021-12-29