

L 12 AL 3364/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
12
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 11 AL 3746/05
Datum
02.05.2006
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 12 AL 3364/06
Datum
17.11.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Die Berufung gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 02.05.2006 wird zurückgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe von Arbeitslosengeld im Streit.

Die 1969 geborene Klägerin hat zuletzt vom 15.08.1988 bis zum 01.03.2004 als Schriftsetzerin gearbeitet. Laut Arbeitgeberbescheinigung vom 27.10.2005 hat sie hierbei zuletzt ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von 2.977,87 EUR zuzüglich Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Überstundenentgelt erzielt. Die Klägerin befand sich ab dem 19.11.2003 in Mutterschutz und brachte am 05.01.2004 ein Kind zur Welt. Zum Ende des Mutterschutzes und des Bezugs von Mutterschaftsgeld am 01.03.2004 erhielt sie die Kündigung ihres Arbeitsgebers wegen Betriebsstilllegung. Die Klägerin erhielt hierbei eine Abfindung in Höhe von 5.900 EUR.

Am 07.03.2005 meldete die Klägerin sich bei der Beklagten mit Wirkung vom 29.09.2005 arbeitslos. Bei einem Anruf am 08.03.2005 teilte sie mit, dass die Betreuung ihrer Kinder noch nicht sichergestellt sei und sie deswegen zunächst nicht arbeitslos gemeldet sein wolle (Beratungsvermerk der Beklagten vom 08.03.2005). Am 29.09.2005 meldete die Klägerin sich bei der Beklagten dann erneut arbeitslos (Beratungsvermerk vom selben Tag).

Die Beklagte nahm daraufhin eine fiktive Bemessung des Arbeitslosengeldes vor, weil ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Ende des letzten Versicherungspflichtverhältnisses nicht vorliege. Mit Bescheid vom 14.10.2005 bewilligte die Beklagte der Klägerin Arbeitslosengeld nach einem fiktiven täglichen Arbeitsentgelt von 80,50 EUR nach der Qualifikationsstufe II mit einem täglichen Leistungssatz von 25,56 EUR.

Die Klägerin legte gegen die Höhe des Arbeitslosengeldes Widerspruch ein und trug vor, dass sie nach ihren Berechnungen Arbeitslosengeld nach einem Bemessungsentgelt von 110,58 EUR täglich erhalten müsse. Laut Gesetz dürfe in ihrem Fall eine fiktive Bemessung nicht vorgenommen werden. Die Klägerin bezog sich hierbei auf das Merkblatt 1 der Beklagten für Arbeitslose, S. 31 Abschnitt "Spezielle Vorschriften zur Vermeidung von Nachteilen für Arbeitslose". Da sie in Elternzeit gewesen sei, habe diese Zeit bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums außer Acht zu bleiben.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29.11.2005 als unbegründet zurück. Der Bemessungszeitraum erfasse gemäß § 130 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Dritte Buch (SGB III) grundsätzlich einen Rahmen von einem Jahr, der mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs ende. Bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums blieben gemäß [§ 130 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) Zeiten, in denen Arbeitslose Erziehungsgeld bezogen oder ein Kind unter 3 Jahren betreut und erzogen haben, außer Betracht. Könne ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb des auf 2 Jahre erweiterten Bemessungsrahmens nicht festgestellt werden, sei als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, [§ 132 Abs. 1 SGB III](#). Im Falle der Klägerin sei zu Recht ein fiktives Bemessungsentgelt entsprechend [§ 132 Abs. 2 SGB III](#) in Höhe des Entgelts einer Facharbeiterin festgesetzt worden. Die Klägerin habe aus dem versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnis heraus Mutterschaftsgeld bezogen, weswegen der Bezug dieser Lohnersatzleistung ebenfalls versicherungspflichtig gewesen sei. Nahtlos hieran habe sich die Klägerin in der Erziehungszeit befunden, so dass diese Zeit ebenfalls versicherungspflichtig gewesen sei. Das letzte Versicherungspflichtverhältnis habe daher am 28.09.2005 geendet. Innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens (29.09.2003 bis 28.09.2005) habe die Klägerin

lediglich in der Zeit vom 29.09.2003 bis zum 18.11.2003 (51 Tage) ein Entgelt erzielt. Damit habe sie die geforderten 150 Tage unterschritten, so dass eine fiktive Bemessung vorzunehmen gewesen sei.

Die Klägerin hat deswegen am 19.12.2005 beim Sozialgericht Mannheim (SG) Klage erhoben. Das festgestellte Bemessungsentgelt liege deutlich unter dem zuletzt bezogenen Nettoentgelt. Es handele sich um eine Benachteiligung, die nicht rechtskonform sein könne. Sie habe bereits Mitte 2005 versucht, sich bei der Beklagten arbeitsuchend zu melden. Die Sachbearbeiterin habe jedoch erklärt, es sei sinnvoller, sich der Kindeserziehung zu widmen. Ihr Einwand, dass Kind sei bestens versorgt, sei unbeachtet geblieben. Sie sei dann ohne Antragstellung fortgeschickt worden. Die Heranziehung eines fiktiven Bemessungsentgelts sei unbillig und verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Wenn Versicherungszeiten während der Kindeserziehungszeiten zu berücksichtigen seien, könne das Bemessungsentgelt, welches für die Lohnersatzleistung zugrunde zu legen sei, nicht fiktiv nach allgemeinen Grundsätzen errechnet werden. Es sei eine Orientierung am unmittelbar vor der Erziehungszeit bezogenen Arbeitsentgelt vorzunehmen. Es liege eine Ungleichbehandlung von Arbeitlosen vor, wenn diese Erziehungszeiten zurückgelegt hätten.

Das SG hat die Klage nach Durchführung eines Erörterungstermins am 27.04.2006 mit Gerichtsbescheid vom 02.05.2006 als unbegründet abgewiesen. Die Klägerin sei unmittelbar vor ihrer Antragstellung am 29.09.2005 nach [§ 26 Abs. 2a SGB III](#) wegen der Erziehung eines Kindes unter 3 Jahren versicherungspflichtig gewesen. Die Klägerin habe jedoch weder im Zeitraum vom 29.09.2004 bis zum 28.09.2005 noch im auf 2 Jahre erweiterten Bemessungsrahmen vom 29.09.2003 bis zum 28.09.2005 eine Anspruchsdauer von 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorzuweisen. Im Ergebnis habe die Beklagte daher zu Recht [§ 132 SGB III](#) angewandt, wonach als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen sei. Auch die Wahl der Qualifikationsgruppe II im Rahmen der fiktiven Bemessung nach [§ 132 SGB III](#) sei nicht zu beanstanden. Die Klägerin könne sich auch nicht mit Erfolg auf die Regelung in [§ 130 Abs. 2 Ziff. 3 SGB III](#), weil nach [§ 130 Abs. 3 SGB III](#) der Bemessungsrahmen maximal auf 2 Jahre erweitert werden könne. Auch der Einwand der Klägerin, sie werde als Mutter durch die Inanspruchnahme der Erziehungszeit entgegen der Gewährleistungen in [Art. 3](#) und [Art. 6 Grundgesetz \(GG\)](#) schlechter gestellt, greife nicht. Zum einen werde erst durch [§ 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) der Anspruch auf Arbeitslosengeld aufrecht erhalten, so dass vorliegend gerade zum Schutz des Personenkreises, der sich der Erziehung widme, eine Regelung geschaffen worden sei, die den Bezug von Arbeitslosengeld auch nach einem längeren Zeitraum von bis zu drei Jahren noch sichere. Die Anwartschaftszeit für den Anspruch von Arbeitslosengeld bliebe damit nämlich erhalten, während zum anderen der Gesetzgeber mit der Begrenzung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre eine Grenze für die Anlehnung des Arbeitslosengeldes an den zuletzt erzielten Lohn gesetzt habe. Der Gerichtsbescheid wurde dem Bevollmächtigten der Klägerin am 06.06.2006 zugestellt.

Deswegen haben die Bevollmächtigten der Klägerin am 03.07.2006 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Das festgestellte Bemessungsentgelt liege deutlich unter dem zuletzt bezogenen Nettoentgelt. Die Anwendung der von der Beklagten und dem SG zitierten Vorschriften sei im vorliegenden Fall unbillig und verstoße gegen [Art. 6 Abs. 4 GG](#) sowie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (unter Berufung auf Bundesverfassungsgericht - BVerfG -, Entscheidung vom 28.03.2006 - [1 BvL 10/01](#) - und SG Berlin, Entscheidung vom 29.05.2005 - [S 77 AL 961/06](#) -). Der Schutzauftrag des [Art. 6 Abs. 4 GG](#) bedeute zwar nicht, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen. Untersage er jedoch wie in den [§§ 3](#) und [6](#) Mutterschutzgesetz (MuSchG) der Frau für eine bestimmte Zeit vor und nach der Geburt die Ausübung der versicherungspflichtigen Beschäftigung, so sei er gehalten, die sich aus diesem Verbot unmittelbar ergebenden Nachteile soweit wie möglich auszugleichen. Hierzu müsse auch die Berücksichtigung dieser Zeiten im Bemessungszeitraum gehören. Die Konsequenz aus den mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten dürfe der Frau nicht zum Nachteil gegenüber anderen Arbeitnehmern gereichen, die nicht von solchen Verboten betroffen seien. Das SG habe auch zu Unrecht entschieden, dass die Anwendung der Regelung des [§ 130 Abs. 2 Ziff. 3 SGB III](#) bei der Klägerin zu keinem anderen Ergebnis führen könne. Die Vorschrift sei so auszulegen, dass die in der Vorschrift genannten Erziehungszeiten in der Art und Weise außer Betracht zu bleiben hätten, dass der Bemessungsrahmen entsprechend erweitert werde. Die Auslegung des Gesetzes sei auch noch vom Wortlaut der drei Absätze in [§ 130 SGB III](#) gedeckt. Die Auslegung sei aus Gründen der verfassungskonformen Interpretation der Vorschrift erforderlich. Daher ergebe sich im Falle der Klägerin unter Aussparung der außer Betracht zu bleibenden Erziehungszeiten ein Bemessungsrahmen vom 19.11.2002 bis zum 18.11.2003, welcher den Anspruch der Klägerin auf Gewährung von höherem Arbeitslosengeld stütze.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 02.05.2006 und den Bescheid der Beklagten vom 14.10.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.11.2005 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin höheres Arbeitslosengeld ausgehend von dem Bemessungsgeld ihrer zuletzt ausgeübten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält den Gerichtsbescheid für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten, die Akten des SG und die Akten des Landessozialgerichts Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143f.](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässige Berufung ist nicht begründet. Die Beklagte hat der Klägerin Arbeitslosengeld nach einem fiktiven Arbeitsentgelt in zutreffender Höhe gewährt.

Die Höhe des Anspruchs auf Arbeitslosengeld richtet sich grundsätzlich nach dem zuletzt erzielten Arbeitsentgelt. Nach [§ 129 SGB III](#) beträgt das Arbeitslosengeld 1. für Arbeitslose, die mindestens ein Kind im Sinne des [§ 32 Abs. 1](#), 3 bis 5 des Einkommensteuergesetzes haben, sowie für Arbeitslose, deren Ehegatte oder Lebenspartner mindestens ein Kind im Sinne des [§ 32 Abs. 1](#), 4 und 5 des Einkommensteuergesetzes hat, wenn beide Ehegatten oder Lebenspartner unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd

getrennt leben, 67 Prozent (erhöhter Leistungssatz), 2. für die übrigen Arbeitslosen 60 Prozent (allgemeiner Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt).

Der Bemessungszeitraum umfasst nach [§ 130 Abs. 1 SGB III](#) die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen; der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr und endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs.

Der Bemessungszeitraum nach dieser Vorschrift ist im Falle der Klägerin, die sich zum 29.09.2005 arbeitslos gemeldet hat, der Zeitraum vom 29.09.2004 bis zum 28.09.2005, denn aufgrund der Regelung in [§ 26 Abs. 2](#) Buchstabe a SGB III unterlag die Klägerin aufgrund der Erziehung ihres weniger als drei Jahre alten Kindes der Versicherungspflicht nach dem SGB III (vgl. zu dieser Vorschrift BSG, Urteil vom 19.01.2005 - B [11a/11 AL 35/04 R -](#)).

Da dieser Zeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitslosengeld enthält, ist der Bemessungsrahmen nach [§ 130 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) auf zwei Jahre zu erweitern. Mithin ist der Bemessungsrahmen im Falle der Klägerin die Zeitspanne vom 29.09.2003 bis zum 28.09.2005.

Auch in diesem Zeitraum kann die Klägerin indes keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorweisen. Zwar hat die Klägerin in ihrem Bemessungsrahmen über 150 Tage Entgelt zuzüglich Mutterschaftsgeld erzielt; das Mutterschaftsgeld ist jedoch kein Arbeitsentgelt im Sinne der [§§ 130 und 132 SGB III](#). Nach der Einführung des neuen Bemessungsrechts durch das Dritte Gesetz für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 ([BGBl. I S. 2848](#)) sollen im Bemessungszeitraum aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und -praktikabilität sowie der Transparenz ausschließlich Zeiten einer versicherungspflichtigen Beschäftigung berücksichtigt werden ([BTD Drucks. 15/1515 S. 71](#) ff, 85 f.; vgl. hierzu Coseriu/Jakob in PK-SGB III, 2. Aufl. 2004, Anhang zu §§ 130 - 139 Rdnrn. 2 ff., 9). Deswegen ist nach [§ 132 Abs. 1 SGB III](#) für die Ermittlung der Höhe des Anspruchs auf Arbeitsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen.

Für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts ist der Arbeitslose nach [§ 132 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspricht, die für die Beschäftigung erforderlich ist, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat. Dabei ist nach Absatz 2 Satz 2 der Vorschrift zu Grunde zu legen für Beschäftigungen, die 1. eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 1), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel der Bezugsgröße, 2. einen Fachschulabschluss, den Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder einen Abschluss in einer vergleichbaren Einrichtung erfordern (Qualifikationsgruppe 2), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertsechzigstel der Bezugsgröße, 3. eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordern (Qualifikationsgruppe 3), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Vierhundertfünfzigstel der Bezugsgröße, 4. keine Ausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 4), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Sechshundertstel der Bezugsgröße.

Die Beklagte hat diese Vorschriften zutreffend angewandt und hierbei nicht gegen Gewährleistungen des Grundgesetzes verstoßen.

Der Sinn der fiktiven Bemessung besteht darin, wegen des Lohnersatzcharakters des Arbeitslosengeldes eine zeitliche Nähe zum aktuell erzielbaren Arbeitsentgelt sicherzustellen (vgl. Pawlak in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 11 Rdnr. 20). Seine Rechtsfolgen treten deshalb unabhängig davon ein, aus welchen Gründen in den letzten zwei Jahren kein Arbeitsentgelt im geforderten Umfang erzielt wurde. Die Vorschrift dient der Funktionsfähigkeit der Arbeitsvermittlung, weil es die Vermittlung behindern könnte, Arbeitslosengeld nach einem Arbeitsentgelt zu gewähren, welches vor längerer Zeit oder nur für einen kurzen Zeitraum erzielt worden ist und welches aktuell gegebenenfalls nicht mehr erzielbar wäre. Hierbei handelt es sich im Übrigen nicht um eine reine Kürzungs- oder gar Strafvorschrift bei längerer Arbeitslosigkeit, weil bei einem zuvor branchenunüblich geringen Arbeitsentgelt auch die Möglichkeit besteht, dass sich bei der fiktiven Bemessung ein höherer Leistungsanspruch als derjenige nach dem letzten Arbeitsentgelt ergibt. Eine Schlechterstellung ist daher bei der Anwendung dieser Vorschrift nicht zwingend gegeben.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld unterfällt dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie des [Art. 14 GG \(BVerfGE 72, 9\)](#), wobei das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung jedoch gleichzeitig entschieden hat, dass die im Arbeitsförderungsrecht geltende Anwartschaftszeit für den Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung einer langen Tradition entspricht und grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Insofern ist, wenn das Bundesverfassungsgericht den völligen Leistungsausschluss aufgrund der fehlenden Anwartschaftszeit für zulässig hält, davon auszugehen, dass grundsätzlich auch der geringere Eingriff einer fiktiven Bemessung bei nicht ausreichender Belegung von Tagen im Bemessungszeitraum mit einem Anspruch auf Arbeitsentgelt im Ermessen des Gesetzgebers steht, zumal wenn dies aus Gründen der Funktionsfähigkeit der Arbeitsvermittlung als erforderlich angesehen wird. Eine Verletzung des [Art. 14 GG](#) liegt daher nicht vor.

Auch ein Verstoß gegen den von der Klägerin angeführten allgemeinen Gleichheitssatz in [Art. 3 Abs. 1 GG](#), gegebenenfalls in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip aus [Art. 20 GG](#), liegt nicht vor. [Art. 3 Abs. 1 GG](#) verbietet, wesentlich Gleiches ungleich, und gebietet, wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln. Dabei liegt es grundsätzlich in der Zuständigkeit des Gesetzgebers, die Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinne als gleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings seine Auswahl sachgerecht treffen. Was dabei in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt werden soll (vgl. [BVerfGE 93, 319](#), 348 f. m.w.N.). Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Er verletzt das Grundrecht nur dann, wenn er bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. [BVerfGE 102, 41](#), 54; st. Rspr. des BVerfG).

Vorliegend wird die Klägerin mit allen anderen Versicherten gleich behandelt, die wie sie innerhalb des Bemessungszeitraums von zwei Jahren vor dem 29.09.2005 nicht mindestens 150 Tage mit einem Anspruch auf Arbeitsentgelt vorweisen können (vgl. [BVerfGE 60, 68](#) zur Bildung der für die Prüfung der nach [Art. 3 Abs. 1 GG](#) maßgeblichen Vergleichsgruppen). Eine Ungleichbehandlung liegt gegenüber

denjenigen Arbeitslosen vor, die innerhalb des Bemessungszeitraums diese 150 oder mehr Tage aufweisen können. Für die festgestellte ungleiche Behandlung liegt ein sachlicher Grund vor. Durch die größere zeitliche Entfernung - die alle Versicherten aufgrund des gleichen Stichtags in gleicher Weise trifft - liegt ein Sachverhalt vor, der es im Hinblick auf das Ziel der Eingliederung in den Arbeitsmarkt weniger gerechtfertigt erscheinen lässt, das aktuell zu erzielbare Arbeitsentgelt bei der Gewährung von Arbeitslosengeld außer Acht zu lassen. Außerdem ist dann im Regelfall eineinhalb Jahre lang der Lebensunterhalt ohne das zuvor versicherungspflichtige Entgelt bestritten worden, weswegen die Betroffenen im Sinne der sozialen Sicherung grundsätzlich weniger schutzbedürftig hinsichtlich des Ersatzes dieses Entgeltes sind. Dieser Regelfall ist zwar bei der Klägerin nicht gegeben, da sie Mutterschaftsgeld bezog und aufgrund des Beschäftigungsverbotes nach dem MuSchG abhängig von dieser Entgeltersatzleistung war. Aufgrund der während des erweiterten Bemessungszeitrahmens nicht für mindestens 150 Arbeitstage ausgeübten Beschäftigung liegt aber im Falle der Klägerin wie im Falle der anderen Betroffenen, die dieses Kriterium nicht erfüllen, eine Abwesenheit vom Arbeitsmarkt von einer Dauer vor, die eine fiktive Einstufung im Interesse einer aussichtsreichen Vermittlung als gerechtfertigt erscheinen lässt.

Die Zulässigkeit des beanstandeten kurzen Bemessungszeitraums ergibt sich im Übrigen aus dem bereits oben zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 72, 9](#). In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht beanstandet, dass durch Art. 1 § 1 Nr. 36 Buchst. a des Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz - AFKG) vom 22.12.1981 ([BGBl. I S. 1497](#)) die Anwartschaftszeit innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist von 180 auf 360 Tage auch für diejenigen Arbeitslosen verdoppelt worden ist, welche die zuvor geltende Anwartschaftszeit von 180 Tagen bereits erfüllt hatten. Das Bundesverfassungsgericht weist in dieser Entscheidung ausdrücklich darauf hin, dass der Äquivalenzgedanke, wonach die eingezahlten Beiträge eine gewisse Entsprechung auf der Leistungsseite finden müssen - anders als im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung - als vorrangiger Maßstab für die Bemessung des Arbeitslosengeldes angesichts der für die Arbeitslosenversicherung typischen kurzen Anwartschaftszeiten, des kurzen Bemessungszeitraums (sic) und der häufig nur kurzen Leistungsbezugszeit nicht in Betracht kommt (unter Hinweis auf [BVerfGE 51, 115](#), 124). Damit stellt das Bundesverfassungsgericht neben der Rahmenfrist auch den vorliegend zu Lasten der Klägerin wirksamen kurzen Bemessungszeitraum gerade als Wesensmerkmal der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung heraus, woraus hervorgeht, dass dieses Element der Arbeitslosenversicherung von Verfassungswegen nicht zu beanstanden ist.

Es bestehen auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Regelung in [§ 132 Abs. 1 SGB III](#), selbst wenn - wie hier - letztlich der Mutterschutz nach dem MuSchG sowie eine Kindererziehungszeit mit ursächlich dafür geworden sind, dass eine Fiktivbemessung zu erfolgen hat. Zwar hat nach [Art. 6 Abs. 4 GG](#) jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. [Art. 6 Abs. 4 GG](#) enthält einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber (nicht etwa nur einen Programmsatz) für Schutz und Fürsorge. Die Bindungswirkung des [Art. 6 Abs. 4 GG](#) gilt für das gesamte private und öffentliche Recht und für alle staatlichen Stellen bei der Gesetzesanwendung und -auslegung. Insbesondere verbietet [Art. 6 Abs. 4 GG](#) jede Diskriminierung und verengt den im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes bestehenden Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu Gunsten der Mütter (so BSG, Urteil vom 21.10.2003 - [B 7 AL 28/03 R](#) - m.w.N.). Aus [Art. 6 Abs. 4 GG](#) kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung (insbesondere auf dem Gebiet der Sozialversicherung) auszugleichen (vgl. Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.03.2004 - [L 12 AL 83/03](#) - zu der Vorläuferregelung in [§ 133 Abs. 4 SGB III](#), m.w.N.).

Sofern die Klägerin sich darauf beruft, dass sie den vorliegenden Nachteil deswegen erleidet, weil sie sich um ihre Familie bzw. um ihre Kinder gekümmert hat ([Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 GG](#)), ist auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 28.03.2006 - [1 BvL 10/01](#) - hinzuweisen. Das Bundesverfassungsgericht führt in diesem Beschluss Folgendes aus ([NJW 2006, 1721-1723](#)):

"Der Schutzauftrag des [Art. 6 Abs. 4 GG](#) bedeutet zwar nicht, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen (vgl. [BVerfGE 60, 68](#) (74)). Der Gesetzgeber ist - nicht anders als im Falle des [Art. 6 Abs. 1 GG](#) - nicht verpflichtet, dem Förderungsgebot ohne Rücksicht auf sonstige Belange nachzukommen (vgl. [BVerfGE 82, 60](#) (81); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 2. April 1996, [NVwZ 1997, S. 54](#) (55)). Untersagt er aber, wie in [§ 3 Abs. 2](#) und [§ 6 Abs. 1 MuSchG](#), der Frau für eine bestimmte Zeit vor und nach der Geburt eines Kindes die Fortsetzung oder Wiederaufnahme ihrer versicherungspflichtigen Beschäftigung, so ist er gehalten, die sich aus diesem Verbot unmittelbar ergebenden sozialrechtlichen Nachteile soweit wie möglich auszugleichen. Dazu gehört auch der sozialversicherungsrechtliche Schutz im Falle der Arbeitslosigkeit. Die vom Beschäftigungsverbot betroffene Mutter wird gehindert, durch Fortsetzung oder Wiederaufnahme ihres versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses eine Anwartschaft in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung gemäß [§ 123 SGB III](#) aufzubauen oder den Aufbau einer Anwartschaft fortzusetzen. Diese Konsequenz aus den mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten darf der Frau nicht zum Nachteil gegenüber anderen Arbeitnehmern reichen, die nicht von solchen Verboten betroffen sind. Insoweit ist die grundsätzlich bestehende Freiheit des Gesetzgebers, zu entscheiden, wie er die ihm durch [Art. 6 Abs. 4 GG](#) auferlegte Förderung von Müttern ausgestaltet, auf Grund seines eigenen gesetzgeberischen Handelns, durch Beschäftigungsverbote der werdenden Mutter und dem Kind Schutz zu bieten, determiniert und eingeschränkt. Der mit den Beschäftigungsverboten angestrebte Schutz bleibt, gemessen an [Art. 6 Abs. 4 GG](#), unvollständig, wenn er nicht von Maßnahmen begleitet wird, die die sich daraus ergebende Benachteiligung der Mutter, die während der Mutterschutzfrist an der Erfüllung der Anwartschaftszeit gehindert ist, soweit wie möglich ausgleichen (vgl. auch [BVerfGE 60, 68](#) (77)). Es ist daher mit [Art. 6 Abs. 4 GG](#), der eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips für den speziellen Bereich des Mutterschutzes darstellt (vgl. [BVerfGE 32, 273](#) (279)), nicht zu vereinbaren, dass die Zeiten der Beschäftigungsverbote bei der Berechnung der Anwartschaftszeit in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung während des hier maßgeblichen Zeitraums zwischen 1998 und 2002 - und damit abweichend von dem vorher und nachher geltenden Recht (siehe oben unter A I 2 und 4) - nicht berücksichtigt wurden. Der Gesetzgeber erschwerte der Mutter im Falle der Arbeitslosigkeit den Zugang zum Arbeitslosengeld in einer Weise, die dem Schutzauftrag des [Art. 6 Abs. 4 GG](#) nicht mehr entsprach. Darüber hinaus stand dies auch im Widerspruch zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Personen, die wegen Krankheit ebenfalls unfreiwillig ihre Beschäftigung unterbrechen und Krankengeld erhalten; diese sind gemäß [§ 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) versicherungspflichtig und können während des Leistungsbezugs eine Anwartschaft aufbauen oder deren Aufbau fortsetzen."

Aus diesem Beschluss wird erkennbar, dass das Bundesverfassungsgericht einen grundgesetzlichen Schutzauftrag aus [Art. 6 Abs. 1 bzw. Abs. 4 GG](#) im Sinne des Klageziels der Klägerin nur deswegen anerkennt, weil während der Zeiten des Mutterschutzes die Beschäftigung der Mutter untersagt wird und deswegen aufgrund einer gesetzlichen Regelung eine Lücke in der Rahmenfrist entstehen kann. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es bei der Klägerin nicht um die Rahmenfrist, sondern um den Bemessungsrahmen bzw. den Bemessungszeitraum und damit um einen deutlich geringeren Eingriff geht, da nicht das "Ob" der Gewährung von Leistungen, sondern

lediglich deren Höhe streitbefangen ist. Maßgeblich ist vorliegend jedoch, dass die Klägerin innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorweisen kann und es daher im weiten Ermessen des Sozialgesetzgebers bei der Gewährung von Leistungen lag, dies durch eine fiktive Bemessung zu berücksichtigen, welche den Erfordernissen der Arbeitsvermittlung Rechnung trägt. Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in den oben genannten Entscheidungen lässt sich entnehmen, dass der grundgesetzliche Schutzauftrag für Familie und Kinder eine solch weit reichende Begünstigung wie von der Klägerin gefordert nicht verlangt. Das Bundesverfassungsgericht fordert in dem Beschluss, dass aufgrund der zwingenden Regelungen des MuSchG eintretende Nachteile in der Form auszugleichen sind, dass ein sozialversicherungsrechtlicher Schutz für den Fall des Eintritts von Arbeitslosigkeit bestehen bleibt. Dies ist bei der Klägerin gewährleistet. Von der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht ist nicht umfasst, dass der sozialversicherungsrechtliche Schutz so weit zu gehen hat, dass Arbeitslosengeld - ungeachtet der Erfordernisse der Arbeitsvermittlung - auch nach der Höhe des Arbeitsentgelts vor dem Beginn des Mutterschutzes zu gewähren ist. Dies ergibt sich auch aus dem in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vorgenommenen Vergleich des Mutterschaftsgeldes mit dem Krankengeld, welches, wenn es vorliegend anstelle des Mutterschaftsgeldes gewährt worden wäre, ebenfalls zu einer fiktiven Bemessung des Arbeitslosengeldes geführt hätte.

Im Übrigen ist der Hinweis der Klägerbevollmächtigten auf die während der Erziehungszeit der Klägerin vorliegende Versicherungszeit für Kindererziehung eher ein Argument für den Rechtsstandpunkt der Beklagten, weil der Versicherungszeit nach [§ 56 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#) pauschal das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung und gerade nicht das zuletzt erzielte Entgelt zu Grunde gelegt wird. Das Gleiche gilt für etwaiges während des Bemessungszeitraums bezogenes Erziehungsgeld nach Bundes- oder Landesrecht, da für dieses zwar Gehaltshöchstgrenzen gelten, die Höhe der Leistung jedoch auch nicht von dem zuvor bezogenen Arbeitsentgelt abhängt.

Sofern das SG Berlin abweichend von den genannten höchstrichterlichen Entscheidungen eine andere Auffassung vertritt (Urteil vom 29.05.2006 - [S 77 AL 961/06](#) -), vermag dies nach der Auffassung des Senats nicht zu überzeugen.

Da der Senat nach den obigen Ausführungen nicht von der Verfassungswidrigkeit der zugrunde gelegten Vorschriften überzeugt ist, scheidet auch die Vorlage nach [Art. 100 Abs. 1 GG](#) an das Bundesverfassungsgericht aus.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich und wird auch nicht vorgetragen, dass die Beklagte bei der Anwendung der kritisierten Vorschriften und der fiktiven Ermittlung nach den Qualifikationsstufen in [§ 132 Abs. 2 SGB III](#) die Höhe des Arbeitslosengeldes unzutreffend festgesetzt haben könnte.

Schließlich kann auch der Vortrag der Klägerin, sie habe bereits in der Mitte des Jahres 2005 eine Antragstellung beabsichtigt und sei hieran von der Beklagten gehindert worden, der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Zum einen ist nach dem zeitnah erstellten Beratungsvermerk vom 08.03.2005 (Bl. 20 der Verwaltungsakte) davon auszugehen, dass die Klägerin selbst darauf hingewiesen hat, dass die Kinderbetreuung zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gewährleistet gewesen ist. Sofern von einer Mitarbeiterin der Beklagten tatsächlich die Äußerung erfolgt wäre, es sei besser, sich zunächst der Kindererziehung zu widmen, musste der Klägerin indes klar sein, dass sie, sollte sie dennoch Arbeitslosengeld begehren, hierfür einen Antrag stellen musste. Da sie dies nicht getan hat, fehlt es bis zum 29.09.2005 an einer wirksamen Antragstellung, so dass eine andere Festlegung des Bemessungszeitraums nicht in Betracht kommt. Selbst wenn man eine falsche Beratung durch die Beklagte erkennen wollte, wofür der Senat indes keinen Anlass sieht, könnte hierdurch ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Denn die Verfügbarkeit der Klägerin lässt sich für Zeiträume in der Vergangenheit nicht fingieren (vgl. BSG, Urteil vom 31.01.2006 - [B 11a AL 15/05 R](#) - mit weiteren Nachweisen; juris). Die Verfügbarkeit der Klägerin fehlte auch in dem Fall, dass die Kinderbetreuung tatsächlich gewährleistet gewesen sein sollte, weil die Klägerin sich aufgrund des fehlenden Leistungsantrags nicht für die Arbeitsvermittlung der Beklagten bereit hielt.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2006-11-24