

L 13 AL 3355/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 15 AL 2472/09
Datum
26.07.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 3355/11
Datum
19.02.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 26. Juli 2011 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des dem Kläger gewährten Arbeitslosengeldes streitig.

Der 1954 geborene Kläger war ab dem 2. Juli 1984 als Werker im Bereich Lagerwirtschaft bei der Firma B. GmbH versicherungspflichtig beschäftigt. Dort erzielte er zuletzt im Jahr 2005 ein durchschnittliches monatliches beitragspflichtiges Einkommen in Höhe von 3.840 EUR. Aufgrund einer Wirbelsäulenerkrankung erkrankte der Kläger am 12. Mai 2006 arbeitsunfähig. In der Zeit vom 27. September 2006 bis zum 15. Februar 2009 bezog er Krankengeld bzw. Übergangsgeld von der B. BKK.

Am 5. Februar 2009 meldete sich der Kläger bei der Beklagten mit Wirkung zum 16. Februar 2009 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Mit Bescheid vom 3. März 2009 bewilligte die Beklagte ab dem 16. Februar 2009 Arbeitslosengeld nach einem täglichen Bemessungsentgelt von 50,40 EUR in Höhe eines täglichen Leistungssatzes von 23,89 EUR (monatlicher Zahlbetrag 716,70 EUR unter Berücksichtigung der Steuerklasse III, allgemeiner Leistungssatz) und mit einer Anspruchsdauer von 450 Tagen. Dabei erfolgte eine fiktive Einstufung des Klägers nach [§ 132](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) unter Zugrundelegung der Qualifikationsgruppe 4.

Den hiergegen unter dem 5. März 2009 erhobenen Widerspruch, zu dessen Begründung der Kläger vortrug, in Bosnien einen Ausbildungsberuf als Maurer und Kellner ausgeübt zu haben, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 10. März 2009 als unbegründet zurück. Da im Bemessungsrahmen vom 16. Februar 2007 bis zum 15. Februar 2009 keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt nachgewiesen werden könnten, sei der Bemessung ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das sich entsprechend der beruflichen Qualifikation des Klägers nach der Qualifikationsgruppe 4 richte. Eine anerkannte abgeschlossene Berufsausbildung sei nicht nachgewiesen. Der Kläger sei seit 1984 als Lagerarbeiter beschäftigt. Die Bezugsgröße nach [§ 18](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) betrage jährlich 30.240 EUR. Für die Qualifikationsgruppe 4 ergebe sich ein tägliches Bemessungsentgelt in Höhe von 50,40 EUR.

Hiergegen hat der Kläger am 9. April 2009 Klage beim Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Zur Begründung hat er ausgeführt, bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes sei auf das zuletzt bezogene Arbeitsentgelt abzustellen. Jedenfalls müsse aber das im Rahmen des [§ 132 SGB III](#) fiktiv festzustellende Arbeitsentgelt im Hinblick auf die in den letzten Jahren an ihn ausgezahlte Vergütung höher angesetzt werden. Hilfsweise weise er darauf hin, dass er keine ungelernete Kraft sei, sondern über eine Ausbildung zum Maurer verfüge und rund 25 Jahre bei der Firma B. als Maschinen- und Lagerarbeiter tätig gewesen sei. Der Kläger hat zudem eine Bescheinigung der Arbeiteruniversität der Sozialistischen Republik Bosnien und Herzegowina - Zentrum für gezielte Ausbildung der Erwachsenen - vom 12. Dezember 1970 vorgelegt, wonach er in der Zeit vom 2. September 1970 bis zum 10. Dezember 1970 die Schule für Berufsausbildung und Fachbefähigung der halbqualifizierten Arbeiter für Erwachsene - einfachere Berufe - besucht und dort die Befähigung zum halbqualifizierten Maurer erlangt habe. Außerdem hat er eine Bescheinigung des Ausbildungszentrums für Gast- und Hotelgewerbe Z. vom 15. Mai 1982 vorgelegt, wonach er die Fachbefähigung zum selbständigen Gastwirt aufweise.

Mit Bescheid vom 14. September 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Oktober 2009 wurde die Bewilligung von Arbeitslosengeld wegen Ende der Leistungsfortzahlung im Krankheitsfall ab dem 14. September 2009 aufgehoben.

Auf die erneute Arbeitslosmeldung des Klägers wurde mit Bescheid vom 28. September 2009 ab dem 26. September 2009 für die Dauer von 244 Kalendertagen bis zum 29. Mai 2010 Arbeitslosengeld in Höhe eines täglichen Leistungsbetrags von 23,89 EUR (Leistungsmerkmale wie im Bescheid vom 3. März 2009) weiterbewilligt.

Das SG hat zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts Frau Le. aus dem Bereich Personal der Firma B. GmbH schriftlich zur bisherigen Arbeitsstelle des Klägers befragt. Diese hat unter dem 9. November 2009 angegeben, der Kläger sei als Werker im Bereich Lagerwirtschaft beschäftigt gewesen. Vor seiner Erkrankung im Mai 2006 sei er am automatischen Kleinteillager eingesetzt gewesen. Dabei handle es sich um eine Tätigkeit, für die eine Ausbildung nicht erforderlich sei. Der Kläger habe auch nicht gleichwohl die Tätigkeit eines Facharbeiters gleichwertig ausgeübt. Eine Arbeitsplatzbeschreibung für die Kommissionierung im automatischen Kleinteillager war beigefügt.

Mit Urteil vom 26. Juli 2011 hat das SG die Klage abgewiesen. Ein Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld bestehe nicht. Innerhalb des Bemessungsrahmens vom 16. Februar 2008 bis 15. Februar 2009 lägen angesichts des Krankengeld- bzw. Übergangsgeldbezuges keine Entgeltabrechnungszeiträume. Auch innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungszeitraums vom 16. Februar 2007 bis 15. Februar 2008 habe der Kläger aufgrund des Krankengeldbezuges keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt besessen, so dass nach [§ 132 Abs. 1 SGB III](#) als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen sei. Die Beklagte habe hier zurecht die Qualifikationsgruppe 4 zugrunde gelegt, da sich ihre Vermittlungsbemühungen für den Kläger in erster Linie auf Beschäftigungen zu erstrecken gehabt hätten, die keine Ausbildung erforderten (vgl. [§ 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#)). Der Kläger habe zwar nach dem von ihm vorgelegten Zertifikat am 11. Dezember 1970 die Fachbefähigung zum halbqualifizierten Maurer erlangt. Eine Vermittlung in den Beruf des Maurers komme jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger damit nicht in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden könne. Dies gelte auch für die Tätigkeit als Gastwirt. Es sei zwar nicht ausgeschlossen, die sonstigen beruflichen Qualifikationen, wie z. B. die Berufserfahrung, zu berücksichtigen. Aber auch die auf die gerichtliche Anfrage vom 25. September 2009 mit Schreiben der Firma B. GmbH bescheinigten Tätigkeiten entsprächen nicht denen einer höheren Qualifikationsgruppe. Es sei ausdrücklich mitgeteilt worden, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers als Werker im Bereich Lagerwirtschaft um eine solche handle, die eine Ausbildung nicht erfordere. Dafür spreche auch die der Antwort beigefügte Arbeitsplatzbeschreibung.

Gegen das am 4. August 2011 zugestellte Urteil hat der Kläger vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten am 8. August 2011 Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Zur Begründung wird vorgetragen, das SG verkenne die Bedeutung der langjährigen Beschäftigung des Klägers bei der Firma B. GmbH. Es setze sich auch in Widerspruch zur Rechtsprechung des LSG Baden-Württemberg (Urteil vom 15. September 2006 - [L 8 AL 3082/06](#) - Juris). Schließlich sei die Zeugin Le. lediglich schriftlich vernommen worden, obwohl sie die Beweisfragen nicht vollständig beantwortet habe. Die Frage "Falls der Kläger keine abgeschlossene Berufsausbildung hat: Übte er gleichwohl die Tätigkeit eines gelernten Facharbeiters vollwertig aus und erbrachte der Kläger eine dem Arbeitsplatz entsprechende Leistung?" sei nicht beantwortet worden. Nachdem der Kläger rund 25 Jahre unbeanstandet bei der Firma tätig gewesen sei, könne er sich nicht damit einverstanden erklären, dass die Frage, ob der Kläger auch über theoretische Kenntnisse und praktische Fertigkeiten, die in seiner Berufsgruppe allgemein von einem Facharbeiter erwartet würden, verneint worden sei. Die Zeugin Le. sei hier zu laden und zu vernehmen gewesen. Der Kläger habe seine Berufsausbildung durch Vorlage von Bescheinigungen nachgewiesen und vorgetragen, dass die hierdurch bestätigten Qualifikationen denen eines inländischen Handwerks entsprächen. In Deutschland sei die Umsetzung der EU-Anerkennungsrichtlinie für den Bereich des Handwerks durch die neue EU/EWR-Handwerk-Verordnung vom 20. Dezember 2007 erfolgt. Die Richtlinie 2005/36/EG regle die Anerkennung des Berufes des Maurers und Betonbauers unter Berücksichtigung von Berufserfahrung. Die Qualifikationsstufe 4 werde der Person des Klägers nicht gerecht. Es sei nicht lediglich auf die formale Berufsausbildung abzustellen, sondern auch eine langjährige, unbeanstandete Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz zu werten. In der zitierten Entscheidung des 8. Senats des LSG Baden-Württemberg sei für die Klägerin positiv ihre langjährige Beschäftigung berücksichtigt worden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 26. Juli 2011 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 3. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 10. März 2009 zu verurteilen, ihm ab dem 16. Februar 2009 bis 13. September 2009 Arbeitslosengeld in Höhe von täglich mindestens 73,10 EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und verweist auf die dortigen Ausführungen. Die Zeugin habe die Anfrage des Gerichts umfassend beantwortet. Schon der Wortlaut des ausländischen Dokuments ("halbqualifiziert") deute darauf hin, dass die Ausbildung nicht dem hiesigen Ausbildungsstand entspreche. Der Kläger habe nie den Beruf des Maurers oder Gastwirts ausgeübt. Der dem Urteil des 8. Senats des LSG Baden-Württemberg vom 15. September 2006 ([L 8 AL 3082/06](#)) zugrunde liegende Sachverhalt sei mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. Es handle sich um eine Einzelfallentscheidung.

Der Senat hat im Rahmen der Beweisaufnahme die Zeugin Wi., Personalsachbearbeiterin bei der Firma B. AG, gehört. Wegen der Einzelheiten ihrer Aussage wird auf Blatt 61/64 der Gerichtsakten Bezug genommen.

Wegen des weiteren Vorbringens des Beteiligten sowie der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die SG-Akte, die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Berufungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung hat keinen Erfolg.

Die gemäß [§§ 143, 144 Abs. 1 SGG](#) statthafte Berufung ist zulässig; sie ist unter Beachtung der maßgeblichen Form- und Fristvorschriften ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) eingelegt worden. Die Berufung ist jedoch unbegründet, das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Streitgegenstand ist in der Berufung noch die Höhe des Arbeitslosengeldes in dem Zeitraum 16. Februar 2009 bis 13. September 2009, auf den der Antrag im Rahmen der mündlichen Verhandlung beschränkt wurde.

Der Bescheid vom 3. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. März 2009 wurde durch Bescheid vom 14. September 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Oktober 2009 ab dem 14. September 2009 aufgehoben; Arbeitslosengeld wurde erst nach erneuter Antragstellung mit Bescheid vom 28. September 2009 ab dem 16. September 2009 weitergewährt. Für die Zeit vom 14. September 2009 bis zum 25. September 2009 liegt daher eine bestandskräftige Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung vor. Der Bescheid vom 28. September 2009, mit dem Arbeitslosengeld ab dem 26. September 2009 weiterbewilligt wurde, ist nicht nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Verfahrens geworden mit. Nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) (in der hier maßgebenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 26. März 2008 - [BGBl. I 444](#)) wird ein nach Klageerhebung ergehender neuer Verwaltungsakt nur dann Gegenstand des Verfahrens, wenn er nach Erlass des Widerspruchsbescheides ergangen ist und den angefochtenen Verwaltungsakt abändert oder ersetzt. Der Bescheid vom 26. September 2009 ändert den angegriffenen Bescheid vom 3. März 2009 weder ab noch ersetzt er ihn. Eine analoge Anwendung des [§ 96 SGG](#) scheidet aus. Nach der bis zum 31. März 2008 geltenden Rechtslage hatte das Bundessozialgericht in ständiger Rechtsprechung eine entsprechende Anwendung des [§ 96 SGG](#) im Interesse einer sinnvollen Prozessökonomie bzw. eines schnellen und zweckmäßigen Verfahrens dann zugelassen, wenn der ursprüngliche Bescheid zwar nicht abgeändert oder ersetzt wurde, der spätere Bescheid aber im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses erging und ein streitiges Rechtsverhältnis regelte, das im Kern dieselbe Rechtsfrage betraf und sich an den vom ursprünglichen Bescheid erfassten Zeitraum anschloss (vgl. zuletzt etwa BSG, Urteil vom 17. November 2005 - B [11a/11 AL 57/04 R](#) - Juris). Angesichts der vom 14. September 2009 bis 26. September 2009 dauernden Unterbrechung des Arbeitslosengeldbezuges ist schon fraglich, ob der Bescheid vom 28. September 2009 im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses erging und schon aus diesem Grund eine analoge Anwendung des [§ 96 SGG](#) nach dem bis zum 31. März 2008 geltenden Recht ausgeschlossen wäre. Jedenfalls macht die mit Wirkung vom 1. April 2008 eingeführte Fassung mit den Worten "nur dann" deutlich, dass eine entsprechende Anwendung des [§ 96 SGG](#) für nicht ändernde oder ersetzende Folgebescheide nunmehr ausgeschlossen ist. Nach der Gesetzesbegründung soll die Einbeziehung des neuen Verwaltungsaktes entsprechend der ursprünglichen Zielsetzung der Norm nur noch möglich sein, wenn nach Klageerhebung der Verwaltungsakt durch einen neuen Verwaltungsakt ersetzt oder abgeändert wird ([BT-Drucks 16/7716 S 19](#)) (vgl. BSG, Beschluss vom 16. Dezember 2009 - [B 7 AL 146/09 B](#) - Juris).

Für den noch streitgegenständlichen Zeitraum 16. Februar 2009 bis 13. September 2009 ist die Klage unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Gewährung eines höheren Arbeitslosengeldes unter Zugrundelegung eines Bemessungsentgelts nach der Qualifikationsgruppe 3 für die Zeit vom 16. Februar 2009 bis 13. September 2009. Der Bescheid der Beklagten vom 3. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. März 2009 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Der Senat verweist hinsichtlich der für die Gewährung von Arbeitslosengeld erfüllten Tatbestandsvoraussetzungen, der Notwendigkeit der fiktiven Bemessung und der Zugrundelegung der Qualifikationsgruppe 4 auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils und sieht gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe weitgehend ab.

Der klägerische Vortrag im Berufungsverfahren führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Der Berechnung des Arbeitslosengeldes ist auch zur Überzeugung des Senats die Qualifikationsgruppe 4 zugrunde zu legen. Für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts ist der Kläger der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspricht, die für die Beschäftigung erforderlich ist, auf die die Beklagte die Vermittlungsbemühungen für den Kläger in erster Linie zu erstrecken hat. [§ 132 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) in der bis zum 31. März 2012 geltenden Fassung (a.F.) legt zu diesem Zweck vier näher bezeichnete Qualifikationsgruppen fest, denen jeweils in Abhängigkeit von der für eine Beschäftigung erforderlichen Ausbildung ein Arbeitsentgelt in Höhe eines bestimmten Bruchteils der Bezugsgröße zugeordnet ist. Die Bezugsgröße ist das Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung im vorvergangenen Kalenderjahr, aufgerundet auf den nächsthöheren, durch 420 teilbaren Betrag ([§ 18 Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - [SGB IV]). Die Bezugsgröße (West) im hier maßgeblichen Jahr 2009 betrug 30.240 EUR jährlich (§ 2 Abs. 1 der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2009 vom 2. Dezember 2008 - [BGBl. I 2336](#)).

Die Beklagte hat den Kläger vorliegend zu Recht in die Qualifikationsgruppe 4 eingestuft. Das Arbeitsentgelt, das der Bemessung zugrunde zu legen ist, richtet sich nicht in erster Linie nach dem Beruf, den der Arbeitslose bisher ausgeübt hat (vgl. Brandt in Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl., 2010, § 132 Rdnr. 5; Bay. LSG, Urteil vom 14. Januar 2010 - [L 8 AL 220/08](#) - Juris). Es ist vielmehr zunächst im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu prüfen, auf welche Beschäftigung die Vermittlungsbemühungen der Beklagten ab dem 16. Februar 2009 zu erstrecken sind (erster Prüfungspunkt) und sodann, welche in [§ 132 Abs. 2 SGB III](#) a. F. genannte Ausbildung hierfür üblicherweise erforderlich ist (zweiter Prüfungspunkt; vgl. auch Bayerisches LSG, Urteil vom 27. Mai 2009 - [L 10 AL 378/07](#); erkennender Senat, Urteil vom 15. November 2011 - [L 13 AL 661/10](#) - Juris und Urteil vom 18. Oktober 2011 - [L 13 AL 5077/10](#) - [www.sozialgerichtsbarkeit.de](#)).

Auf welche Beschäftigung der Arbeitslose vermittelt werden kann, hängt wiederum von seiner beruflichen Qualifikation ab, so dass die berufliche Qualifikation letztendlich das einzig ausschlaggebende Kriterium für die Eingruppierung ist. Als Beschäftigung im Sinne von [§ 132 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) a. F. ist die in nennenswertem Umfang vorhandene, nach Lebensalter, Eignung, Neigung und Leistungsfähigkeit des Arbeitssuchenden realistisch maßgebende Beschäftigung zu verstehen, auf die die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu richten sind. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob der Arbeitslose bundesweit vermittelbar (unbeschränkt ausgleichsfähig) oder seine Vermittlungsfähigkeit eingeschränkt ist. Bei uneingeschränkter Ausgleichsfähigkeit sind alle Beschäftigungen berücksichtigungsfähig, die der Arbeitslose als nicht Ortsgebundener auf dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland ausüben kann (vgl. Brandt in Niesel/Brandt, SGB III, 5. Aufl., 2010, § 132 Rdnr. 6).

Unter Heranziehung dieser Maßstäbe ist die von der Beklagten vorgenommene Bemessung nach der Qualifikationsgruppe 4 nicht zu beanstanden. Denn die Beklagte hatte insoweit ihre Vermittlungsbemühungen für den Kläger in erster Linie auf Beschäftigungen zu erstrecken, die keine Ausbildung erfordern (vgl. [§ 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#) a. F.). Der Kläger hat zwar nach dem von ihm vorgelegten Zertifikat am 11. Dezember 1970 die Abschlussprüfung der Schule für Berufsausbildung und Fachbefähigung der halbqualifizierten Arbeiter für Erwachsene - einfachere Berufe - absolviert und damit die Fachbefähigung zum halbqualifizierten Maurer erlangt. Eine Vermittlung in den Beruf des Maurers kommt jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger damit nicht in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden kann. Die zugrundeliegende Ausbildung erfolgte in der Zeit vom 2. September 1970 bis zum 10. Dezember 1970. Es kann aufgrund dieser

kurzen Ausbildungsdauer nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger auf Grund seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage gewesen wäre, die Tätigkeit eines Maurers auf dem Niveau einer abgeschlossenen Berufsausbildung wettbewerbsfähig in voller Breite auszuüben. Hinzu kommt, dass der Kläger nach seinen eigenen Angaben gegenüber dem SG zu keinem Zeitpunkt tatsächlich als Maurer beschäftigt war. Zwar führt eine längere Abwesenheit vom Beruf nicht automatisch zum Verlust der entsprechenden Qualifikation. Wenn aber der Kläger niemals auf einem seiner Ausbildung entsprechenden Qualifikationsniveau sondern nur fachfremd gearbeitet hatte, ist davon auszugehen, dass am 16. Februar 2009 keine realistische Möglichkeit mehr bestand, den Kläger in eine Tätigkeit als Maurer mit abgeschlossener Berufsausbildung zu vermitteln. Nicht weiter zu klären war daher, ob die Tätigkeit des Maurers dem Kläger gesundheitlich überhaupt zumutbar wäre. Nicht nachzugehen hatte der Senat auch der Frage, ob die Ausbildung des Klägers zum halbqualifizierten Maurer nach EU-Recht als Ausbildungsberuf anzuerkennen wäre. Aus den genannten Gründen kommt eine Vermittlung des Klägers auf die Tätigkeit als Maurer nicht in Betracht.

Entsprechendes gilt für eine Tätigkeit als Gastwirt. Auch insoweit verfügt der Kläger über eine durch Bescheinigung des Ausbildungszentrums für Gast- und Hotelgewerbe nachgewiesene Fachbefähigung zum selbständigen Gastwirt. Eine Vermittlung auf den Beruf des Gastwirts kommt jedoch nicht in Betracht. Zwar hat der Kläger nach seinem Vortrag im Jahr 1982 auch in Deutschland als Gastwirt gearbeitet, seit 1984 war er in diesem Bereich aber nicht mehr tätig. Auch diesbezüglich kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger auf Grund seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Lage gewesen wäre, die Tätigkeit einer Fachkraft im Gastgewerbe auf dem Niveau einer abgeschlossenen Berufsausbildung wettbewerbsfähig in voller Breite auszuüben.

Maßgebend und prägend für die Beurteilung der Tätigkeiten, auf die der Kläger vermittelt werden kann, ist die zuletzt annähernd 25 Jahre ausgeübte Tätigkeit bei der Firma B. GmbH. Die dort erlangte Berufserfahrung ist maßgeblich zu berücksichtigen. Bei dieser Tätigkeit handelte es sich um eine angelernte Tätigkeit. Dies ergibt sich für den Senat unzweifelhaft bereits aus den Angaben der Frau Le. gegenüber dem SG, die durch die Zeugin Wi. gegenüber dem Senat bestätigt wurden. Die Personalsachbearbeiterin Wi. teilt unmissverständlich mit, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers als Werker im Bereich Lagerwirtschaft um eine solche handelt, die eine Ausbildung nicht erfordert. Die Frage, ob es sich bei der Tätigkeit, des Klägers um eine Tätigkeit handle, die eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordere, wurde verneint, diejenige, ob keine Ausbildung erforderlich sei, bejaht. Die Fragen, ob der Kläger auch ohne abgeschlossene Berufsausbildung die Tätigkeit eines gelernten Facharbeiters vollwertig ausgeübt habe und auch über theoretische Kenntnisse und praktische Fertigkeiten verfügt habe, die in seiner Berufsgruppe allgemein von einem Facharbeiter erwartet würden, wurde eindeutig verneint. Für den Senat steht daher fest, dass die zuletzt ausgeübte Tätigkeit keine Ausbildung erforderte und der Kläger durch deren Ausübung keine Kenntnisse erlangen konnte, die einer abgeschlossenen Ausbildung entsprechen. Dafür spricht auch die der Antwort des Arbeitgebers gegenüber dem SG beigefügte Arbeitsplatzbeschreibung (Bl. 24 der Gerichtsakte), auf die insoweit verwiesen wird.

Für den Senat besteht kein Anlass, an der Angaben des Klägers 25 Jahre zur Zufriedenheit seines Arbeitgebers gearbeitet zu haben, zu zweifeln. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich bei der ausgeübten Tätigkeit als Werker im Bereich der Lagerwirtschaft um eine solche handelte, für die eine Berufsausbildung nicht erforderlich war. Durch die Ausübung dieser Tätigkeit konnte der Kläger keine Fähigkeiten und Qualifikationen erlangen, die einem Facharbeiter entsprechen würden. Insoweit unterscheidet sich auch der vorliegende Fall von dem Sachverhalt, der der Entscheidung des 8. Senats des LSG Baden-Württemberg (Urteil vom 15. September 2006 - [L 8 AL 3082/06](#)) zugrunde lag. Im dortigen Verfahren war bereits durch die Beklagte durch Zugrundelegung der Qualifikationsgruppe 3 dem Umstand Rechnung getragen worden, dass die Klägerin, die keine Ausbildung absolviert hatte, eine anspruchsvollere Tätigkeit ausgeübt hatte als es ihrer formalen Berufsausbildung entsprach. Dies ist bei dem Kläger - wie bereits ausgeführt - nicht der Fall. Er hat gerade keine über seiner formalen Berufsausbildung liegende Tätigkeit ausgeübt.

Nach alledem hat die Beklagte den Kläger zutreffend der Qualifikationsgruppe 4 zugeordnet.

Hinsichtlich der Zuordnung zur Qualifikationsgruppe 4 ergibt sich für die Zeit ab dem 16. Februar 2009 ein fiktives Arbeitsentgelt von 50,40 EUR täglich (Bezugsgröße 2009: 30.240 EUR jährlich, geteilt durch 600, vgl. [§ 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#) a. F.). Auch die weitere Berechnung der Beklagten entspricht den Bestimmungen in [§ 133 SGB III](#) a. F., wonach zur Ermittlung des Leistungsentgelts im Sinne des [§ 129 SGB III](#) a. F. eine Sozialversicherungspauschale in Höhe von 21 v.H. (hier 10,58 EUR) des Bemessungsentgelts, die Lohnsteuer nach der Lohnsteuerklasse (hier Lohnsteuerklasse III = kein Lohnsteuerabzug), die zu Beginn des Jahres, in dem der Anspruch entstanden war, auf der Lohnsteuerkarte des Arbeitslosen eingetragen war, und der Solidaritätszuschlag (hier kein Abzug von Solidaritätszuschlag) vom Bemessungsentgelt abzuziehen sind. Das insoweit zutreffend ermittelte Leistungsentgelt von 39,82 EUR täglich führt nach [§ 129 Nr. 2 SGB III](#) a. F. (einfacher Leistungssatz von 60 Prozent) zu dem von der Beklagten zutreffend bewilligten Arbeitslosengeld von 23,89 EUR täglich.

Verfassungsrechtliche Bedenken dagegen, dass der Gesetzgeber bei allen Versicherten, die keinen ausreichend zeitnahen Bemessungszeitraum von wenigstens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorzuweisen haben, die Indizwirkung des zuletzt erzielten Lohns für den auf Grund des Versicherungsfalls eintretenden Lohnausfall als nicht mehr gewährleistet ansieht und deshalb stattdessen den voraussichtlichen aktuell erzielbaren Lohn zur Bemessungsgrundlage erhebt, bestehen nicht. Die fiktive Bemessung nach [§ 132 Abs. 1 SGB III](#) a. F. und die nähere Ausgestaltung der fiktiven Bemessung in [§ 132 Abs. 2 SGB III](#) a. F. verstoßen weder gegen Verfassungs- noch gegen Gemeinschaftsrecht (vgl. BSG, Urteil vom 29. Mai 2008 - B 11a/ [7a AL 64/06 R](#) - [B 11a AL 23/07 R](#) - Juris; BSG, Urteil vom 3. Dezember 2009 - [B 11 AL 42/08 R](#), Juris; BSG, Urteil vom 16. Dezember 2009 - [B 7 AL 39/08 R](#) - Juris; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 10. März 2010 - [1 BvL 11/07](#) - Juris).

Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt, dass die Berufung ohne Erfolg geblieben ist und die Beklagte auch keinen Anlass zur Erhebung der Berufung gegeben hat.

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved
2013-02-26