

L 2 AL 35/16

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung

2

1. Instanz

SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen

S 14 AL 351/15

Datum

17.03.2016

2. Instanz

LSG Hamburg

Aktenzeichen

L 2 AL 35/16

Datum

08.02.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Auf die Berufung der Klägerin wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 17. März 2016 aufgehoben. Die Beklagte wird unter Abänderung des Bescheides vom 6. Mai 2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Juni 2015 sowie der Bescheide vom 7. Juli 2015, 10. August 2015, 1. September 2015 und 24. September 2015 verurteilt, der Klägerin Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines fiktiven Bemessungsentgelts nach der Qualifikationsgruppe 1 für die Zeit vom 1. Mai 2015 bis zum 30. September 2015 mit Ausnahme der Zeiträume 6. bis 8. Mai 2015, 10. Juli 2015, 5. August 2015, 4. September 2015 und 23. bis 26. September 2015 zu zahlen. 2. Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin in beiden Rechtszügen zu erstatten. 3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt höheres Arbeitslosengeld (Alg) unter Zugrundelegung einer fiktiven Bemessung nach [§ 152](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III).

Die am xxxxx 1977 geborene Klägerin hat Studien der Germanistik (Master of Arts) sowie des Medienmanagments (Bachelor of Arts) abgeschlossen. Sie war seit dem Jahr 2009 freiberuflich als selbstständige Unternehmensberaterin tätig und übt diese Tätigkeit nach eigenen Angaben derzeit in Teilzeit aus. Die Klägerin war freiwillig weiterversichert in der Arbeitslosenversicherung (gemäß [§ 28a SGB III](#)) in den Zeiträumen vom 1. Mai 2009 bis zum 9. Juni 2011 (Bescheid vom 24. Juni 2009, aufgehoben durch Bescheid vom 13. Juli 2011) sowie vom 18. Juli 2011 bis zum 8. September 2013 (Bescheid vom 24. August 2011, Ruhen der Antragspflichtversicherung gemäß [§ 28a Abs. 4 SGB III](#), festgestellt durch Bescheid vom 24. Oktober 2013). Vom 9. September 2013 bis zum 8. November 2014 befand sie sich in Elternzeit und bezog Elterngeld (Bescheid der Freien und Hansestadt Hamburg – Bezirksamt Hamburg-Nord – vom 4. September 2014). Weiterhin war sie vom 16. August 2014 bis zum 31. März 2015 bei der T. Universität H. als Redakteurin beschäftigt. Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrug zunächst 19,5 Stunden und ab Februar 2015 dann 31,2 Stunden. Das Brutto-Arbeitsentgelt belief sich im August auf 833,77 Euro, im September auf 1.507,73 Euro, im Oktober auf 1.615,73 Euro und im November auf 2.159,62 Euro (einschließlich einer Sonderzahlung von 544,10 Euro).

Nachdem sich die Klägerin am 7. April 2015 zum 1. Mai 2015 arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hatte, bewilligte die Beklagte ihr mit Bescheid vom 6. Mai 2015 Alg ab dem 1. Mai 2015 (mit Ausnahme der Zeit vom 6. bis 8. Mai 2015) bei einem täglichen Leistungsbetrag von 29,88 Euro. Hierbei legte sie ein Bemessungsentgelt von 63,67 Euro täglich zugrunde. Die Klägerin erhob am 1. Juni 2015 Widerspruch und führte aus, die Beklagte habe die Vorgaben des [§ 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) nicht beachtet und weiterhin verkannt, dass eine unbillige Härte im Sinne von [§ 150 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) vorliege. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 2. Juni 2015 zurück: Der Bemessungszeitraum umfasse gemäß [§ 150 Abs. 1 SGB III](#) die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Der Bemessungsrahmen umfasse ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs. Im vorliegenden Fall umfasse der Bemessungsrahmen die Zeit vom 1. Mai 2014 bis zum 30. April 2015. Der Bemessungszeitraum umfasse die Entgeltabrechnungszeiträume vom 16. August 2014 bis zum 31. März 2015. In diesem Zeitraum habe die Klägerin in 228 Tagen ein beitragspflichtiges Arbeitsentgelt von insgesamt 14.516,62 Euro erzielt, was ein durchschnittliches tägliches Bemessungsentgelt von 63,67 Euro ergebe. Die Voraussetzungen einer Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre wegen unbilliger Härte lägen nicht vor. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Bemessungsentgelt aus dem erweiterten Bemessungsrahmen das um 10 Prozent erhöhte Bemessungsentgelt aus dem einjährigen Bemessungsrahmen überstiege. Jedoch habe die Klägerin im erweiterten Bemessungsrahmen kein versicherungspflichtiges Arbeitsentgelt erzielt.

Am 17. Juni 2015 hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Antrag, ihr Alg unter Berücksichtigung auch des Elterngeldes sowie des

Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit bei Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre zu zahlen. Zur Begründung hat sie sich auf die Härtefallvorschrift des [§ 150 Abs. 3 Nr. 3 SGB III](#) berufen. Die Beklagte ist bei ihrer Auffassung geblieben.

Während des Gerichtsverfahrens sind – nachdem die Klägerin sich jeweils abgemeldet hatte – Änderungsbescheide vom 7. Juli 2015, 10. August 2015 und 1. September 2015 ergangen, mit denen der Leistungsbetrag für bestimmte Zeiträume (6. bis 8. Mai 2015, 10. Juli 2015, 5. August 2015, 4. September 2015 und 23. bis 26. September) mit 0 Euro festgesetzt und das Ende des Alg-Bezugs entsprechend nach hinten verschoben wurde. Mit Bescheid vom 24. September 2015 hat die Beklagte die Alg-Bewilligung wegen Aufnahme einer Beschäftigung ab dem 1. Oktober 2015 komplett aufgehoben.

Durch Gerichtsbescheid vom 17. März 2016 (der Prozessbevollmächtigten der Klägerin zugestellt am 4. April 2016) hat das Sozialgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, ein Härtefall nach [§ 150 Abs. 3 Nr. 3 SGB III](#) liege nicht vor, denn die Klägerin habe auch im erweiterten Bemessungsrahmen kein höheres beitragspflichtiges Arbeitsentgelt erzielt, welches dem Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum vom 1. Mai 2014 bis zum 30. April 2015 gegenüberzustellen wäre.

Am 4. Mai 2016 hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie führt aus, die Beklagte und das Sozialgericht hätten die Regelung in [§ 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III](#) übersehen. Während des Bemessungszeitraums vom 1. Mai 2014 bis zum 30. April 2015 habe die Klägerin in der Zeit von August 2014 bis März 2015 eine versicherungspflichtige Teilzeitbeschäftigung im Umfang von 20 Stunden in der Woche ausgeübt. Davor habe sie sich in Elternzeit befunden, nachdem sie zuvor selbstständig in Vollzeit tätig gewesen sei. Diese selbstständige Tätigkeit sei als weitere Beschäftigung zu berücksichtigen, andernfalls komme es zu einer unzumutbaren Härte, die der Gesetzgeber gerade habe ausgleichen wollen (Hinweis auf [BT-Drs. 12/7565, S. 15 f.](#)). Umgekehrt hätte die Klägerin bei Wiederaufnahme und auch bei Verringerung ihrer selbstständigen Tätigkeiten Beiträge gemäß [§ 345b Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) unabhängig von ihren konkreten Umsätzen zahlen müssen. Die Tätigkeit an der T. Universität H. habe sie seinerzeit angenommen, da sie nach der Geburt ihres Kindes ein gewisses Sicherheitsbedürfnis gehabt habe. Sie habe sich durch die Halbtags­tätigkeit jedenfalls ein Grundeinkommen sichern wollen, habe aber weiter vorgehabt, später wieder selbstständig zu arbeiten. Auch während der Beschäftigung bei der Universität habe sie weiterhin geringfügig selbstständig gearbeitet und hieraus sogar ein höheres Einkommen erzielt als aus der Beschäftigung.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 17. März 2016 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 6. Mai 2015 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Juni 2015 sowie der Bescheide vom 7. Juli 2015, 10. August 2015, 1. September 2015 und 24. September 2015 zu verurteilen, der Klägerin Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines fiktiven Bemessungsentgelts nach der Qualifikationsgruppe 1 für die Zeit vom 1. Mai 2015 bis zum 30. September 2015 mit Ausnahme der Zeiträume 6. bis 8. Mai 2015, 10. Juli 2015, 5. August 2015, 4. September 2015 und 23. bis 26. September 2015 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung: [§ 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III](#) komme nicht zum Tragen, denn diese Vorschrift setze eine Verminderung der Arbeitszeit im Rahmen eines fortdauernden Beschäftigungsverhältnisses voraus, während das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin von Beginn an als Teilzeitarbeitsverhältnis angelegt gewesen sei. Daher komme es auch nicht auf den Umfang der zuvor ausgeübten selbstständigen Tätigkeit an (Hinweis auf LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. September 2012 – [L 18 AL 55/12](#)). Auch eine Privilegierung nach [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) setze voraus, dass die Minderung von Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit in einem bereits bestehenden Beschäftigungsverhältnis erfolge.

Auf Nachfrage des Senats hat die Beklagte einen möglichen Nachzahlungsbetrag unter Zugrundelegung des Klagebegehrens für die Zeit vom 1. Mai 2015 bis zum 30. September 2015 auf 2.491,06 Euro berechnet.

Der Senat hat die Berufung am 8. Februar 2017 mündlich verhandelt. Auf das Sitzungsprotokoll wird verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Prozessakte sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft gemäß [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), denn die dort normierte Wertgrenze ist unter Zugrundelegung der Probeberechnung durch die Beklagte deutlich überschritten. Die Berufung ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt ([§ 151 SGG](#)).

Über den im Berufungsverfahren gestellten Antrag ist auch in der Sache zu entscheiden. Die Änderung des Klageantrags von einer Alg-Bemessung unter Einbeziehung auch des Elterngeldes und des Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit bei Erweiterung des Bemessungsrahmens hin zur fiktiven Bemessung ist als Konkretisierung des Klageantrags ohne Änderung des Klagegrundes im Sinne von [§ 99 Abs. 3 Nr. 2 SGG](#) anzusehen und somit nicht an den Voraussetzungen des [§ 99 Abs. 1 SGG](#) zu messen.

Die Berufung ist auch begründet. Die Klägerin hat Anspruch auf höheres Alg unter Zugrundelegung eines fiktiven Bemessungsentgelts nach der Qualifikationsgruppe 1. Als Bemessungsentgelt ist gemäß [§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) ein fiktives Arbeitsentgelt (das nach näherer Maßgabe von [§ 152 Abs. 2 SGB III](#) bestimmt wird) zugrunde zu legen, wenn ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens nicht festgestellt werden kann. Die Berechnung des Bemessungszeitraums ergibt sich aus [§ 150 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 SGB III](#).

Im vorliegenden Fall stellten sich die Verhältnisse während eines gemäß [§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens (1. April 2013 bis 31. März 2015) dergestalt dar, dass die Klägerin – zunächst bis zum 8. September 2013 selbstständig

erwerbstätig und freiwillig weiterversichert war, - dann ab dem 9. September 2013 Elterngeld bezog, - ab dem 16. August 2014 die Tätigkeit bei der T. Universität H. aufnahm und sie - nach dem Ende des Elterngeldbezugs (am 9. November 2014) bis zum 31. März 2015 weiterführte.

Der erstgenannte Zeitraum gehört nicht zum Bemessungszeitraum, denn die Klägerin hatte, da sie damals selbstständig tätig war, nicht - wie in [§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) vorausgesetzt - Anspruch auf Arbeitsentgelt. Eine Gleichsetzung der Einnahmen aus selbstständiger Tätigkeit im Sinne von [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) mit einem Anspruch auf Arbeitsentgelt im Sinne von [§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) verbietet sich schon aufgrund der fundamentalen Unterschieden zwischen selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung. So stellt denn auch [§ 152 SGB III](#) den sedes materiae für die Bestimmung des Bemessungsentgelts bei einer freiwilligen Weiterversicherung nach [§ 28a SGB III](#) dar (Valgolio in Hauck/Noftz, SGB, 09/15, § 152 SGB III Rn. 30). Hierzu passt es im Übrigen, dass die Klägerin - worauf sie zu Recht hinweist - Beiträge damals nicht nach Maßgabe ihrer Einkünfte, sondern pauschal nach [§ 345b Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) (i.V.m. [§ 28 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)) unter Zugrundelegung eines lediglich angenommenen Arbeitsentgelts in Höhe der monatlichen Bezugsgröße zu entrichten hatte.

Auch der Zeitraum, währenddessen die Klägerin Elterngeld bezog, zählt nicht zum Bemessungszeitraum, auch nicht solange der Elterngeldbezug mit der Beschäftigung bei der T. Universität H. zusammenfiel. Dies ergibt sich aus [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#), wonach bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums Zeiten außer Betracht bleiben, in denen Arbeitslose Elterngeld oder Erziehungsgeld bezogen oder nur wegen der Berücksichtigung von Einkommen nicht bezogen haben oder ein Kind unter drei Jahren betreut und erzogen haben, wenn wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemindert war.

Dass die Klägerin Elterngeld bezogen hat, ist nicht streitig und nicht zu bezweifeln. Allerdings erfüllt der Elterngeldbezug allein die Voraussetzungen der Vorschrift nicht. Zwar lässt der Wortlaut auch eine Interpretation zu, in der sich der letzte Halbsatz der Vorschrift ("wenn wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemindert war") allein auf die letzte Alternative der Vorschrift (die Betreuung und Erziehung eines Kindes unter drei Jahren) bezieht und bereits der Bezug von Elterngeld genügt, um die betreffende Zeit von der Berücksichtigung bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums auszuschließen (so auch SG Berlin, Urteil vom 29. Mai 2006 - [S 77 AL 961/06](#), juris, Rn. 36, und wohl auch Lüdtko in Winkler, LPK SGB III, 2. Aufl. 2015, § 150 Rn. 11; mehrdeutig Epelein in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2014, § 150 Rn. 22). Nach überwiegendem Verständnis bezieht sich das Erfordernis einer Minderung von Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit wegen der Kinderbetreuung allerdings auch auf die Tatbestandsalternative des Elterngeldbezugs (Brand in Brand, SGB III, 6. Aufl. 2012, § 150 Rn. 9; Rolfs in Gagel, SGB III, Stand Dezember 2013, § 150, Rn. 42; Coseriu in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Aufl., 2016, § 150 Rn. 57; so wohl auch Valgolio in Hauck/Noftz, SGB, 09/15, § 150 SGB III, Rn. 90 und 92).

Bei der Klägerin lässt sich allerdings auch die in [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) vorausgesetzte betreuungs- und erziehungsbedingte Minderung von Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit feststellen. Die Vorschrift ist auf den vorliegenden Fall anwendbar. Zwar ist die Voraussetzung einer betreuungs- und erziehungsbedingten Minderung von Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit dem Wortlaut der Vorschrift, die auf einen Vergleich mit dem konkreten Beschäftigungsverhältnisse vor Beginn der jeweiligen Erziehungszeit (Lüdtko in Winkler, LPK-SGB III, 2. Aufl., 2015, § 150 Rn. 11) abstellt, nicht erfüllt, denn der Elternzeit und der Beschäftigung bei der T. Universität H. war keine Arbeit im Sinne einer abhängigen Beschäftigung vorausgegangen. Jedoch liegt eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage vor, die im Wege einer am Normzweck orientierten Auslegung zu schließen ist.

Der Zweck von [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) besteht darin, Arbeitslose davor zu schützen, dass in die Ermittlung des Bemessungsentgelts Entgeltabrechnungszeiträume versicherungspflichtiger Beschäftigungen einfließen, in denen aber das erzielte Arbeitsentgelt wegen der Kindererziehung atypisch niedrig und daher nicht repräsentativ war (BSG, Urteil vom 25. August 2011 - [B 11 AL 19/10 R](#), SozR 4-4300 § 132 Nr. 7 = juris, Rn. 22 m.w.N.; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29. Juli 2013 - [L 18 AL 6/13 WA](#), juris; beides zur Vorgängervorschrift in [§ 130 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) in der bis zum 2. Mai 2011 geltenden Fassung). Zwar bedürfen freiwillig Weiterversicherte, die den Umfang ihrer selbstständigen Tätigkeit während des Elterngeldbezugs reduziert hatten, dieses Schutzes nicht, denn bei ihnen findet (nach Eintritt von Arbeitslosigkeit) ungeachtet des Umfangs der Tätigkeit eine fiktive Bemessung nach [§ 152 SGB III](#) statt (wie denn auch zuvor die Beiträge gemäß [§ 345b SGB III](#) unverändert hoch waren). Wer allerdings desselben Schutzes bedarf, sind diejenigen, die zunächst freiwillig weiterversichert waren, dann jedoch während des Elterngeldbezuges eine nicht im oben genannten Sinne repräsentative abhängige Beschäftigung aufgenommen hatten (die im Übrigen gemäß [§ 28 Abs. 4 Satz 1 SGB III](#) auch die freiwillige Weiterversicherung zum Ruhen gebracht hat, so dass auch nach einer gleichzeitigen Fortführung der selbstständigen Tätigkeit in reduziertem Umfang keine fiktive Bemessung in Betracht kommt). Sie laufen Gefahr, die Alg-Anwartschaft aus der freiwilligen Weiterversicherung dadurch zu reduzieren, dass sie betreuungs- und erziehungsbedingt in eine nicht repräsentative Beschäftigung wechseln, wenn letztere dazu führt, dass die Voraussetzungen des [§ 152 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) (der dem freiwillig weiterversicherten zuvor eine fiktive Bemessung garantiert hatte) nicht mehr erfüllt sind. Die vorliegende Fallkonstellation verdeutlicht einen gesetzlichen Wirkungsmechanismus, von dem anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber ihn übersehen hat.

Von der Planwidrigkeit der auf diese Weise aufgezeigten Regelungslücke ist auch deswegen auszugehen, weil die durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (vom 23. Dezember 2003, [BGBl. I, 2848](#)) eingeführte freiwillige Weiterversicherung insbesondere Selbstständiger nach wie vor einen Fremdkörper im System des Arbeitsförderungsrechts darstellt. Die freiwillige Versicherung in der Arbeitslosenversicherung (wie es sie zuletzt 1942 gegeben hatte) war zunächst nur auf drei Jahre befristet und trägt noch immer den Charakter eines Versuchs, dessen Ergebnisse weiter nach [§ 282 SGB III](#) evaluiert werden (zu letzterem [BT-Drs. 17/1945, S. 14](#); Timme in: Hauck/Noftz, SGB, 01/14, § 28a SGB III Rn. 4). Obwohl sie - anders als etwa die freiwillige Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung - grundsätzlich den vollen im SGB III geregelten Versicherungsschutz gewährt (Timme, a.a.O., Rn. 7), sind insbesondere leistungrechtliche Vorschriften nach wie vor auf den Regelfall des Versicherungspflichtverhältnisses im Sinne von [§ 24 SGB III](#) zugeschnitten.

Im Ergebnis ist [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) damit so auszulegen, dass bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums auch Zeiten außer Betracht bleiben, in denen ein nunmehr Arbeitsloser, der vor dem Bezug von Elterngeld oder Erziehungsgeld freiwillig weiterversichert war, Elterngeld oder Erziehungsgeld bezogen hat und betreuungs- oder erziehungsbedingt das Arbeitsentgelt gegenüber der - in [§ 345b Satz 1 Nr. 2 SGB III](#) als Arbeitsentgelt unterstellten - monatlichen Bezugsgröße vermindert war.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die vorliegend einschlägige und nach Maßgabe des [§ 18](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch bestimmte monatliche Bezugsgröße (West) lag im Jahr 2014 bei 2.765 Euro und überstieg das Arbeitsentgelt aus der Beschäftigung bei der T. Universität H. deutlich. Sodann lässt sich auch eine betreuungs- oder erziehungsbedingte Reduzierung des Arbeitsentgelts feststellen. Die zuvor langjährig selbstständige Klägerin hat die Beschäftigung bei der T. Universität, die sich im Übrigen deutlich von ihrer zuletzt ausgeübten selbstständigen Tätigkeit unterschied, erkennbar im Zusammenhang mit den Umständen der Elternzeit aufgenommen. Sie hat – für den Senat glaubhaft und gut nachvollziehbar – erklärt, sie habe die Beschäftigung bei der T. Universität H. aufgenommen, um nach der Geburt ihres Kindes über eine gewisse Mindestabsicherung zu verfügen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) – anders als Nr. 5 der Vorschrift – auch nicht voraus, dass die Minderung von Arbeitsentgelt oder Arbeitszeit in einem bereits bestehenden Beschäftigungsverhältnis erfolgt. Dies ergibt sich bereits aus der Zusammenschau der beiden Vorschriften: Nr. 5 spricht ausdrücklich von einer Teilzeitvereinbarung, was überwiegend als Vereinbarung einer kürzeren als der bislang arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstanden wird (Eppelein in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2014, [§ 150 SGB III](#) Rn. 24), während der Wortlaut der Nr. 3 der Vorschrift kein vergleichbares Erfordernis enthält (argumentum e silentio). Für eine Rechtsanalogie zum Nachteil des Arbeitslosen besteht vor allem deswegen kein Bedürfnis, weil Nr. 3 gegenüber Nr. 5 einen weitergehenden Schutzzweck hat: Während letztere allgemein vor den leistungsrechtlichen Auswirkungen atypisch niedriger Entgelte schützt, sichert Nr. 3 des Arbeitslosen darüber hinaus gerade vor den nachteiligen Folgen der Kindererziehung.

Das Ergebnis hält im Übrigen auch einer Kontrolle anhand von Sachgerechtigkeit und Billigkeit stand. Eine extensive Auslegung von [§ 150 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) verhilft der Klägerin nicht etwa zu einer besseren Absicherung gegen Arbeitslosigkeit als der, die sie vor dem Elterngeldbezug zu erwarten gehabt hätte.

Der somit verbleibende Bemessungszeitraum (9. November 2014 bis 31. März 2015) enthielt weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt. Da der gesamte Zeitraum zwischen dem Ende des Elterngeldbezugs und dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses bei der T. Universität H. insgesamt 143 Tage umfasste, kommt es auf die Einzelheiten der Berechnung von Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt im Sinne der Vorschrift nicht an.

Im Rahmen der fiktiven Bemessung nach [§ 152 SGB III](#) ist die Klägerin auch – wie beantragt – der Qualifikationsgruppe 1 zuzuordnen. Für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts ist die oder der Arbeitslose der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspricht, die für die Beschäftigung erforderlich ist, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen für die Arbeitslose oder den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat ([§ 152 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Dabei ist gemäß [§ 152 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III](#) für Beschäftigungen, die eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 1), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel der Bezugsgröße zugrunde zu legen.

Hierbei kann dahinstehen, ob die Beschäftigung, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken hatte, die einer Unternehmensberaterin oder einer Redakteurin war, denn beide sind der Qualifikationsgruppe 1 zuzuordnen. Für die Einstufung in die Qualifikationsgruppen ist zunächst im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu prüfen, auf welche Beschäftigung die Vermittlungsbemühungen der Beklagten in erster Linie zu erstrecken sind und sodann, welche in [§ 152 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) genannte Ausbildung hierfür üblicherweise erforderlich ist (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 15. November 2011 – [L 13 AL 661/10](#), juris Rn. 19 m.w.N.). Um welche Beschäftigung(en) es sich hierbei handelt, ergibt sich im Wesentlichen nach den Vorschriften über die Arbeitsvermittlung ([§§ 35 ff. SGB III](#), dazu Eppelein in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 1. Aufl. 2014, [§ 152 SGB III](#) Rn. 11). Angesichts der vorliegenden Berufserfahrungen der Klägerin lag hierbei jedenfalls eine Tätigkeit nahe, die einen Hochschulabschluss voraussetzte. Die Klägerin verfügt auch über mehrere Hochschulabschlüsse (zu dem Erfordernis eines tatsächlich vorliegenden Berufsabschlusses BSG, Urteil vom 4. Juli 2012 – [B 11 AL 21/11 R](#), SozR 4-4300 § 132 Nr. 8 = juris, Rn. 17).

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

Die Revision war gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2017-04-05