

## **B 11a AL 23/07 R**

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
11a  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)

Aktenzeichen  
S 31 AL 236/05

Datum  
27.06.2006

2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen

L 12 AL 113/06  
Datum

21.03.2007

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

B 11a AL 23/07 R

Datum  
29.05.2008

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Es verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, wenn das Arbeitslosengeld im Anschluss an Erziehungszeiten nach Qualifikationsgruppen bemessen wird.

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 21. März 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Revisionsverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Höhe von Arbeitslosengeld (Alg).

2

Die Klägerin ist Kauffrau im Groß- und Außenhandel und war bis zum 23. Januar 2002 zuletzt als Disponentin im Kundendienst beschäftigt. Vom 24. Januar 2002 bis zum 24. Januar 2005 war sie wegen der Geburt ihres Kindes am 25. Januar 2002 zunächst in Mutterschutz und anschließend in Erziehungsurlaub. Am 25. Januar 2005 wurde ihr aus betriebsbedingten Gründen unter Freistellung von der Arbeitsleistung sowie unter Fortzahlung eines monatlichen Arbeitsentgelts von 2.324 EUR mit Wirkung zum 31. März 2005 gekündigt. Daraufhin meldete sich die Klägerin am 27. Januar 2005 zum 1. April 2005 arbeitslos.

3

Die Beklagte bewilligte ab 1. April 2005 für 360 Kalendertage Alg in Höhe von 21,69 EUR täglich (Bescheid vom 19. April 2005). Hierbei ging sie von einem nach der beruflichen Qualifikation der Klägerin festgelegten fiktiven Arbeitsentgelt von 64,40 EUR aus, weil innerhalb von zwei Jahren vor Anspruchsbeginn nicht mindestens 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt feststellbar seien. Den Widerspruch, mit dem die Klägerin die Berücksichtigung des in den letzten zwölf Monaten ihrer Berufstätigkeit erzielten Gehalts als Bemessungsentgelt verlangte, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 19. Mai 2005 zurück.

4

Klage und Berufung blieben ohne Erfolg (Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 27. Juni 2006; Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen (LSG) vom 21. März 2007). Das LSG hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Klägerin stehe kein höheres Alg zu. Die Entscheidung der Beklagten stimme mit dem seit 1. Januar 2005 geltenden Bemessungsrecht des Sozialgesetzbuchs Drittes Buch (SGB III) überein. Insbesondere sei die Beklagte zu Recht von einem fiktiven Arbeitsentgelt ausgegangen, weil bei der Klägerin auch in einem auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmen kein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt feststellbar sei. Eine Verlängerung, Verschiebung oder Teilung des Bemessungsrahmens wegen der Mutterschutz- bzw Erziehungszeiten komme weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach Sinn und Zweck des Bemessungsrechts, dem Lohnersatzcharakter des Alg Rechnung zu tragen, in Betracht. Dieses Ergebnis begegne auch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, weil der Gesetzgeber nicht gehalten sei, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen. Ferner sei die

Beklagte zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin für eine Beschäftigung in Frage komme, für die eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erforderlich sei, und habe ein dieser Qualifikation entsprechendes fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt. Der Senat könne sich schließlich nicht davon überzeugen, dass die den Qualifikationsgruppen zugeordneten fiktiven Entgelte verfassungswidrig seien. Vielmehr könne davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber in ausreichendem Maße Erfahrungswerte zu Grunde gelegt und den ihm zuzubilligenden Einschätzungsspielraum daher nicht überschritten habe.

5

Mit der vom LSG zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter, höheres Alg unter Berücksichtigung ihres Arbeitsentgelts vor der Mutterschafts- und Erziehungszeit zu erhalten. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, dass der während ihres Erziehungsurlaubs auf zwei Jahre verkürzte Bemessungsrahmen besonders Mütter nach der Zurücklegung von Mutterschutzfristen und der Inanspruchnahme von Elternzeit benachteilige, weil sie die Voraussetzung von 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht erfüllen könnten und weil bei der fiktiven Bemessung nur die einmal erworbene Qualifikation berücksichtigt werde, nicht aber ein beruflicher Aufstieg vor der Mutterschaft. Unter diesen Voraussetzungen biete die Arbeitslosenversicherung keinen äquivalenten Schutz mehr, weil das fiktive Arbeitsentgelt in den seltensten Fällen die Höhe des vor der Arbeitslosigkeit erzielten Entgelts erreiche. Im Hinblick auf [Art 3, 6](#) und [14](#) des Grundgesetzes (GG) zu beanstanden sei auch die nicht plausible und im Regelfall zu einer deutlichen Reduzierung der Leistungsansprüche führende Festsetzung der den einzelnen Qualifikationsgruppen pauschal zugeordneten fiktiven Entgelte, die deutlich unter den tatsächlichen Durchschnittsgehältern der jeweiligen Gruppe lägen. Das seit 1. Januar 2005 geltende Bemessungsrecht führe schließlich zu einer nach dem Gemeinschaftsrecht unzulässigen mittelbaren Diskriminierung von Frauen, weil nach wie vor wesentlich mehr Frauen als Männer Elternzeit für die Kindererziehung in Anspruch nähmen und im Falle anschließender Arbeitslosigkeit bei der Berechnung des Alg ohne sachlichen Grund benachteiligt würden.

6

Die Klägerin beantragt, die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 19. April 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Mai 2005 zu verurteilen, der Klägerin höheres Arbeitslosengeld unter Berücksichtigung des Arbeitsentgelts vor ihren Mutterschafts- und Erziehungszeiten zu gewähren.

7

Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

8

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

II

9

Die Revision ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Denn die Klägerin hat keinen Anspruch auf höheres Alg ab 1. April 2005.

10

Der angefochtene Bewilligungsbescheid vom 19. April 2005 in der Fassung durch den Widerspruchsbescheid vom 19. Mai 2005 verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die ihm zu Grunde liegende Rechtsanwendung der Beklagten ist im Hinblick auf die bekämpfte Höhe der Leistung weder einfachrechtlich noch verfassungs- oder gemeinschaftsrechtlich zu beanstanden.

11

1.a) Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Alg dem Grunde nach ([§§ 117 Abs 1 Nr 1, 118 SGB III](#)), ohne deren Vorliegen auch eine Klage auf höhere Leistungen keinen Erfolg haben kann, hat das LSG bindend festgestellt ([§ 163 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)), dass sich die Klägerin am 27. Januar 2005 mit Wirkung zum 1. April 2005 bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet hat, sodass insoweit diese Anspruchsvoraussetzung erfüllt ist ([§§ 118 Abs 1 Nr 2 und Abs 2, 122 Abs 1 SGB III](#)). Ferner ergibt sich aus den Feststellungen, dass sie ab 1. April 2005 auch arbeitslos im Sinne der [§§ 118 Abs 1 Nr 1, 119](#) bis [121 SGB III](#) war.

12

Schließlich bestehen auch keine Bedenken gegen die Annahme, dass die Klägerin die Anwartschaftszeit erfüllt hatte ([§ 118 Abs 1 Nr 3 SGB III](#)). Die Einzelheiten hierzu sind den [§§ 123, 124 SGB III](#) in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung (aF) zu entnehmen, die nach der durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl I 2848](#)) eingefügten Übergangsregelung in [§ 434j Abs 3 SGB III](#) weiter anzuwenden ist, wenn der Anspruch auf Alg bis zum 31. Januar 2006 entstanden ist.

13

Die Anwartschaftszeit hat - soweit hier von Bedeutung - erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat ([§ 123 Satz 1 Nr 1 SGB III](#) aF). Nach [§ 124 Abs 1 SGB III](#) aF beträgt die Rahmenfrist drei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg. Da sich die Klägerin zum 1. April 2005 arbeitslos gemeldet hat und sie seit diesem Tag arbeitslos im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen war, begann die (reguläre) Rahmenfrist von drei Jahren am 31. März 2005 und reichte bis zum 1. April 2002 zurück. Nach den Umständen des Falles ist allerdings von einer

verlängerten Rahmenfrist auszugehen, weil die Klägerin eine Kindererziehungszeit vor dem 1. Januar 2003 vorzuweisen hat. [§ 124 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) in der bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Fassung (aF) bestimmt insoweit, dass Zeiten der Betreuung und Erziehung eines Kindes des Arbeitslosen, in denen das Kind das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nicht in die Rahmenfrist eingerechnet werden. Das bewirkte eine Verlängerung der Rahmenfrist um die berücksichtigungsfähigen Zeiten der Betreuung und Erziehung eines Kindes (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 2005, B [11a/11 AL 35/04](#) R = [SozR 4-4300 § 147 Nr 3](#) RdNr 19). Nach der mit dem Job-AQTIV-Gesetz vom 10. Dezember 2001 ([BGBl I 3443](#)) eingefügten Übergangsregelung in [§ 434d Abs 2 SGB III](#) ist [§ 124 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) aF für Zeiten der Betreuung und Erziehung eines Kindes vor dem 1. Januar 2003 weiterhin anzuwenden.

14

Da die reguläre Rahmenfrist im vorliegenden Fall bis zum 1. April 2002 zurückreicht, umfasst sie 275 Kalendertage (1. April bis 31. Dezember 2002) in der Zeit vor dem 1. Januar 2003. Derselbe Zeitraum ist durchgehend mit einer Erziehungszeit iS des [§ 124 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) aF belegt. Denn nach den Feststellungen wurde das Kind der Klägerin am 25. Januar 2002 geboren, sodass im Sinne der genannten Vorschrift (insgesamt) eine Erziehungszeit vom 25. Januar 2002 bis zum 24. Januar 2005 (dem Tag vor der Vollendung des dritten Lebensjahrs) vorliegt, die ua die 275 Kalendertage des vor dem 1. Januar 2003 liegenden Teils der regelmäßigen Rahmenfrist umfasst. Die Rahmenfrist verlängert sich daher in der Weise, dass sie 275 Tage vor dem Beginn des nicht einzurechnenden Teils der Erziehungszeit (25. Januar 2002 bis 31. Dezember 2002) endet, mithin am 25. April 2001.

15

Auf Grund der vor der Erziehungszeit ausgeübten versicherungspflichtigen Beschäftigung hat die Klägerin in der verlängerten Rahmenfrist 269 Kalendertage (25. April 2001 bis 23. Januar 2002) eines Versicherungspflichtverhältnisses als Beschäftigte ([§ 25 SGB III](#)) aufzuweisen. Außerdem war die Klägerin auch in der Zeit vom 25. Januar 2005 bis 31. März 2005, in der sie nach "betriebsbedingter" Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeit freigestellt war, noch einmal für 66 Kalendertage versicherungspflichtig beschäftigt. Denn es ist trotz der Freistellung der Klägerin von der Arbeitsleistung nicht zweifelhaft, dass auf Grund der Zahlung von Arbeitsentgelt für diesen Zeitraum und des rechtlichen Bestands des Arbeitsverhältnisses bis zum 31. März 2005 - unabhängig davon, ob es sich um eine widerrufliche oder unwiderrufliche Freistellung handelte - auch das versicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis für den genannten Zeitraum fortbestand (zur unterschiedlichen Behandlung von Freistellungsphasen beim leistungs- und versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis vgl. Schlegel, NZA 2005, 972 ff; Voelzke in Personalrecht im Wandel, FS für Küttner, 2006, 345 ff, jeweils mwN). Die von [§ 123 Satz 1 Nr 1 SGB III](#) aF geforderte Versicherungspflicht von mindestens zwölf Monaten innerhalb der Rahmenfrist ist damit aber noch nicht erreicht, denn dafür ist ein wenigstens 360 Kalendertage umfassender Zeitraum erforderlich ([§ 339 Satz 2 SGB III](#)).

16

Ob die Klägerin im Anschluss an die bis zum 23. Januar 2002 ausgeübte Beschäftigung eine Versicherungszeit wegen des Bezugs von Mutterschaftsgeld in entsprechender Anwendung des [§ 107 Satz 1 Nr 5 Buchst b Arbeitsförderungs-gesetz \(AFG\)](#) in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Fassung vorzuweisen hat (vgl. dazu [BVerfGE 115, 259](#) = [SozR 4-4300 § 123 Nr 3](#) und den in Reaktion auf diese Entscheidung durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19. April 2007 (VBäMG, [BGBl I 538](#)) mit Wirkung ab 1. Mai 2007 eingefügten [§ 427a SGB III](#)), hat das LSG nicht festgestellt. Das kann aber dahinstehen, weil die Klägerin während der Erziehung ihres Kindes ab 1. Januar 2003 bis zum 24. Januar 2005 in einem Versicherungspflichtverhältnis aus sonstigen Gründen gestanden hat ([§ 24 Abs 1 iVm § 26 SGB III](#)). Nach [§ 26 Abs 2a SGB III](#), der mit Wirkung ab 1. Januar 2003 durch das Job-AQTIV-Gesetz vom 10. Dezember 2001 ([BGBl I 3443](#)) eingefügt worden ist, sind versicherungspflichtig Personen in der Zeit der Erziehung eines eigenen Kindes, das das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, wenn sie unmittelbar vor der Kindererziehung versicherungspflichtig waren. Diese Merkmale treffen nach den vom LSG getroffenen Feststellungen auf die Klägerin zu. Daraus folgt, dass die Klägerin während des ab 1. Januar 2003 noch zurückgelegten Teils der Erziehungszeit (vgl. BSG [SozR 4-4300 § 147 Nr 3](#)) versicherungspflichtig war. Da die (restliche) Erziehungszeit vom 1. Januar 2003 bis zum 24. Januar 2005 der Versicherungspflicht unterlag, kann die Anwartschaftszeit gemäß [§ 123 Satz 1 Nr 1 SGB III](#) aF als erfüllt angesehen werden.

17

b) Besteht danach ein Anspruch auf Alg dem Grunde nach für die Zeit ab 1. April 2005, so gilt für die Höhe der Leistung Folgendes:

18

Nach [§ 129 Nr 1 SGB III](#) (hier anwendbar in der seit 1. August 2001 geltenden Fassung durch das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001, [BGBl I 266](#)) beträgt das Alg für Arbeitslose, die - wie die Klägerin - mindestens ein Kind im Sinne des [§ 32 Abs 1](#), 3 bis 5 des Einkommensteuergesetzes haben, 67 % (erhöhter Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Nach [§ 130 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl I 2848](#)) umfasst der Bemessungszeitraum die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Nach näherer Maßgabe von [§ 130 Abs 2 SGB III](#) bleiben bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums bestimmte Zeiten außer Betracht.

19

Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs ([§ 130 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)). Der Bemessungsrahmen wird auf zwei Jahre erweitert, wenn (ua) der Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält ([§ 130 Abs 3 Nr 1 SGB III](#)). Kann ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens (ebenfalls) nicht festgestellt werden, ist als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen ([§ 132 Abs 1 SGB III](#) in der seit 1. Januar 2005 geltenden Fassung).

20

Eine Übergangsregelung im Hinblick auf die Leistungsbemessung hat der Gesetzgeber mit dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt nur getroffen, soweit es um die Neufestsetzung des Bemessungsentgelts bei vor dem 1. Januar 2005 entstandenen Ansprüchen auf Alg geht ([§ 434j Abs 5 SGB III](#)). Für den nicht vor dem 1. April 2005 entstandenen Anspruch der Klägerin auf Alg spielt diese Übergangsregelung keine Rolle.

21

Angesichts der genannten Bestimmungen ist das LSG zu Recht davon ausgegangen, dass diese keine Grundlage für das Begehren bieten, das bis zum 23. Januar 2002 erzielte Arbeitsentgelt der Klägerin als Bemessungsentgelt zu Grunde zu legen. Denn die entsprechenden Entgeltabrechnungszeiträume liegen außerhalb des Bemessungsrahmens. Der Bemessungszeitraum kann aber nur gebildet werden aus "im Bemessungsrahmen" liegenden Entgeltabrechnungszeiträumen.

22

Das Ende des Bemessungsrahmens bildet der letzte Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs ([§ 130 Abs 1 Satz 2, Halbsatz 2 SGB III](#)). Maßgebend ist deshalb der 31. März 2005, da die Klägerin vom 25. Januar bis 31. März 2005 in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ([§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB III](#)) gestanden hat. Hieraus ergibt sich ein regulärer Bemessungsrahmen vom 1. April 2004 bis 31. März 2005 bzw ein gemäß [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 1 SGB III](#) erweiterter Bemessungsrahmen vom 1. April 2003 bis 31. März 2005. Auch unter Zugrundelegung des erweiterten Bemessungsrahmens liegen die Entgeltabrechnungszeiträume der von der Klägerin bis zum 23. Januar 2002 ausgeübten versicherungspflichtigen Beschäftigung außerhalb des Bemessungsrahmens. Wie sich aus [§§ 130 Abs 3, 132 Abs 1 SGB III](#) ergibt, sieht das Gesetz eine Erweiterung des Bemessungsrahmens über zwei Jahre hinaus nicht vor.

23

Daran ändert es nichts, dass nach [§ 130 Abs 2 Satz 1 Nr 3 SGB III](#) bei der Ermittlung "des Bemessungszeitraums" Zeiten der Betreuung und Erziehung eines Kindes außer Betracht bleiben, wenn wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemindert war. Diese Regelung, die im Kern schon in dem bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Recht enthalten war ([§ 112 Abs 2 Satz 2 AFG](#)) und ab 1. Januar 1998 in [§ 131 Abs 2 Nr 1 SGB III](#) aF übernommen wurde, soll nur davor schützen, dass in die Ermittlung des Bemessungsentgelts Entgeltabrechnungszeiträume versicherungspflichtiger Beschäftigungen einfließen, die nach [§ 131 Abs 1](#) iVm [§ 130 Abs 1 SGB III](#) eigentlich zu berücksichtigen wären, in denen aber das erzielte Arbeitsentgelt wegen der Kindererziehung atypisch niedrig und daher nicht repräsentativ war (vgl Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, § 130 RdNr 60 f und 67 ff). Dagegen trifft [§ 130 Abs 2 Nr 3 SGB III](#) keine Sonderregelung zu den Voraussetzungen, von denen es nach [§ 130 Abs 1 und Abs 3](#) iVm [§ 132 Abs 1 SGB III](#) abhängt, inwieweit das vor dem Beginn der Kindererziehung erzielte Arbeitsentgelt als Bemessungsentgelt herangezogen werden kann.

24

Abweichendes ergibt sich auch nicht aus der von der Revision angeführten Entstehungsgeschichte der Fassung, die der bis zum 31. Dezember 2004 geltende [§ 131 Abs 2 Nr 1 SGB III](#) aF (Vorgängervorschrift des [§ 130 Abs 2 Satz 1 Nr 3 SGB III](#)) mit Wirkung ab 1. Januar 2003 durch das Job-AQTIV-Gesetz erhalten hatte. Mit der durch dieses Gesetz eingeführten Versicherungspflicht während Erziehungszeiten ([§ 26 Abs 2a SGB III](#)) wollte der Gesetzgeber die Unterstützung der Berufsrückkehr von Frauen aus Zeiten der Kindererziehung verbessern und zu diesem Zweck sicherstellen, dass die Förderung der beruflichen Eingliederung durch einen Anspruch auf Lohnersatzleistungen nicht mehr von Zufälligkeiten abhängt ([BT-Drucks 14/6944 S 26](#) (zu Nr 7)). Zu der an die Einführung der Versicherungspflicht für Erziehende anknüpfenden Folgeänderung des damaligen [§ 131 Abs 2 Nr 1 SGB III](#) wurde zwar die Vorstellung geäußert, dadurch sei sicher gestellt, dass Personen, die zuletzt wegen der Erziehung eines Kindes versicherungspflichtig waren, Alg auf der Grundlage des Entgelts erhalten, das sie vor der Erziehungszeit erzielt haben ([BT-Drucks 14/7347 S 73](#) (zu Art 1 Nr 43)). Gleichzeitig wurde aber ausdrücklich klargestellt, dass dies nicht ausnahmslos gelten solle, sondern die Regelung zur "fiktiven" Bemessung in [§ 133 Abs 4 SGB III](#) unberührt bleibe. [§ 133 Abs 4 SGB III](#) bestimmte in seiner bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung (aF), dass Bemessungsentgelt das tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung ist, auf die das Arbeitsamt die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat, wenn ein Bemessungszeitraum von mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt innerhalb der letzten drei Jahre vor der Entstehung des Anspruchs nicht festgestellt werden kann.

25

Danach war schon damals ein genereller und von der Dauer der Unterbrechung des Berufslebens unabhängiger Rückgriff auf das vor der Erziehung erzielte Entgelt als Bemessungsentgelt nicht beabsichtigt und eine Änderung der Konzeption ist auch [§ 130 Abs 2 Satz 1 Nr 3 SGB III](#) bereits dem Wortlaut nach nicht zu entnehmen. Die Vorschrift hat vielmehr allein Bedeutung für die Bestimmung des Bemessungszeitraums und besagt nichts über den Bemessungsrahmen, der davon zu unterscheiden ist.

26

Bereits das frühere Recht kannte der Sache nach einen Bemessungsrahmen, ohne aber diesen in der Rechtsprechung entwickelten Begriff ausdrücklich zu verwenden (vgl zB zur Rechtsentwicklung [BSGE 77, 244](#) = [SozR 3-4100 § 112 Nr 24](#); [BSG SozR 3-4100 § 112 Nr 26](#); Pawlak in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 11 RdNr 41 ff). Nach [§ 130 Abs 1 SGB III](#) in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung (aF) handelte es sich dabei um die letzten 52 Wochen vor der Entstehung des Anspruchs, in denen Versicherungspflicht bestand (vgl [BSG SozR 4-4300 § 133 Nr 3](#); [BSG SozR 4-4300 § 416a Nr 1](#)). Nach derselben Vorschrift konnte schon damals der Bemessungszeitraum grundsätzlich nur von Entgeltabrechnungszeiträumen gebildet werden, die in dem vorgegebenen zeitlichen Rahmen lagen ([BSG SozR 4-4300 § 133 Nr 3](#)).

27

Allerdings ließ [§ 130 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) aF eine Erweiterung des Bemessungszeitraums zu. Denn wenn der (Regel-) Bemessungszeitraum weniger als 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt enthielt, verlängerte sich der Bemessungszeitraum um weitere Entgeltabrechnungszeiträume, bis 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt erreicht waren. Das konnte dazu führen, dass zur Auffüllung des Bemessungszeitraums auf außerhalb des Bemessungsrahmens liegende Lohnzeiträume zurückzugreifen war (BSG [SozR 4-4300 § 416a Nr 1](#)). Auch konnten Zeiten, die in Anwendung einer Sonderregelung bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums außer Betracht zu bleiben hatten, im Sinne eines Aufschubtatbestands bei der Bestimmung sowohl des Bemessungsrahmens als auch des "eigentlichen" Bemessungszeitraums unberücksichtigt bleiben (BSG [SozR 4-4300 § 131 Nr 1](#)). Jedoch ist dabei auch in Rechnung zu stellen, dass schon [§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF der Sache nach eine absolute Höchstdauer des Bemessungsrahmens festlegte, weil danach eine fiktive Bemessung zu erfolgen hatte, falls sich auch innerhalb der letzten drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs kein ausreichend langer Bemessungszeitraum mit mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt feststellen ließ.

28

Das seit dem 1. Januar 2005 geltende Recht sieht in [§ 130 Abs 3 Nr 1 SGB III](#) an Stelle einer Verlängerung des Bemessungszeitraums (nur) eine Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre vor, wenn der (im Regelbemessungsrahmen gemäß Abs 1 Satz 2 liegende) Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält. Mit dieser Erweiterung des Bemessungsrahmens wollte der Gesetzgeber bewusst die bisherige sukzessive Erweiterung des Bemessungszeitraums um einzelne Abrechnungszeiträume ablösen ([BT-Drucks 15/1515 S 85](#) (zu § 130 Abs 3)). Daraus folgt in Verbindung mit dem in [§ 130 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) geregelten Grundsatz, wonach der Bemessungszeitraum nur von Entgeltabrechnungszeiträumen "im Bemessungsrahmen" gebildet werden kann, dass der Bemessung jedenfalls keine Zeiten mit Anspruch auf Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt werden können, die nicht wenigstens in dem erweiterten Bemessungsrahmen gemäß Abs 3 liegen (vgl Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 130 RdNr 62). Das unterstreicht [§ 132 Abs 1 SGB III](#), der unmissverständlich anordnet, dass als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen ist, wenn innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt ebenfalls nicht festgestellt werden kann.

29

Da somit Bemessungsrahmen und Bemessungszeitraum nun strikt voneinander zu trennen sind, können auch Zeiten, die auf Grund von Sonderregelungen bei der Bestimmung des Bemessungszeitraums außer Betracht bleiben, zu keiner Ausweitung des rein kalendermäßig ablaufenden Bemessungsrahmens führen (BSG [SozR 4-4300 § 416a Nr 1](#)). Daraus folgt, dass die Klägerin keinen Bemessungszeitraum von wenigstens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorzuweisen hat. Die innerhalb des Bemessungsrahmens liegende Zeit mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vom 25. Januar bis 31. März 2005 umfasst nur 66 Kalendertage. Weitere Zeiten mit Anspruch auf Arbeitsentgelt hat die Klägerin auch in dem auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmen nicht zurückgelegt.

30

Unter diesen Voraussetzungen kann die von der Revision aufgeworfene Frage offen bleiben, ob der Gesetzgeber Zeiten eines Beschäftigungsverbots nach dem Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (MuSchG) wie Zeiten mit Anspruch auf Arbeitsentgelt hätte behandeln müssen. Denn davon hätte jedenfalls die Klägerin keinen Vorteil gehabt, weil es nach den Umständen des Falles ausgeschlossen ist, dass der (erweiterte) Bemessungsrahmen Zeiten eines Beschäftigungsverbots umfasst. Da diese mit Rücksicht auf die Geburt des Kindes am 25. Januar 2002 jedenfalls außerhalb des erweiterten Bemessungsrahmens gelegen haben, könnte hier auch eine Gleichstellung von Schutzfristen nach dem MuSchG mit Entgeltabrechnungszeiträumen nicht zur Feststellung eines wenigstens 150 Tage umfassenden Bemessungszeitraums führen.

31

Soweit die Revision sich gegen die Verkürzung des Bemessungsrahmens auf maximal zwei Jahre mit Wirkung ab 1. Januar 2005 wendet, ist ebenfalls keine Benachteiligung der Klägerin ersichtlich. Denn nach dem bis zum 31. Dezember 2004 geltenden [§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF hätte sich nach den Umständen des Falles eine fiktive Bemessung ebenfalls nicht vermeiden lassen. Innerhalb der letzten drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs, die nach [§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF den zeitlichen Höchststrahmen für die Berücksichtigung früher erzielten Entgelts markierten, dh hier in der Zeit vom 1. April 2002 bis 31. März 2005, hätte die Klägerin nämlich ebenfalls keine ausreichenden Zeiten mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorzuweisen gehabt. Das gilt unabhängig davon, ob man dabei auf das bis zum 31. Dezember 2004 geltende Recht (mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt) abstellt oder auf das seit dem 1. Januar 2005 geltende Recht (mindestens 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt). Insbesondere hätte das vor der Geburt des Kindes bis zum 23. Januar 2002 (dh mehr als drei Jahre vor der Entstehung des Anspruchs) erzielte Entgelt bereits nach [§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF (insgesamt) nicht mehr als Bemessungsentgelt herangezogen werden können.

32

Insoweit ist daher die Auffassung der Klägerin, während ihrer Elternzeit sei das Recht zu ihrem Nachteil geändert worden, nicht zutreffend. Es kommt deshalb hier nicht mehr darauf an, dass die Folgen der Begrenzung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre ab 1. Januar 2005 dadurch gemildert worden sind, dass gleichzeitig die Berücksichtigung von in der Vergangenheit erzieltom Lohn als Bemessungsentgelt erheblich erleichtert wurde. Denn der dafür erforderliche Mindestumfang des Bemessungszeitraums wurde von 39 Wochen ([§§ 130 Abs 2 Satz 1, 133 Abs 4 SGB III](#) aF) beinahe halbiert auf nur noch 150 Tage, dh rund 21 Wochen ([§§ 130 Abs 3 Nr 1, 132 Abs 1 SGB III](#) nF). Das war grundsätzlich geeignet, die Zahl der Fälle, in denen früher erzielter Lohn nicht als Bemessungsentgelt herangezogen werden kann, zu senken, und wiegt daher insoweit die Begrenzung des Bemessungsrahmens von ursprünglich maximal drei Jahren ([§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF) auf zwei Jahre auf.

33

Nach [§ 132 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) ist der Arbeitslose für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts 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. [§ 132 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) 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 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#)). Sie wurde nach [§ 17 Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) in der bis zum 7. November 2006 geltenden Fassung vom Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (seither: Bundesministerium für Arbeit und Soziales) im Voraus für jedes Kalenderjahr durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates bestimmt. Die Bezugsgröße im hier maßgeblichen Jahr 2005 betrug 28.980 EUR jährlich (§ 2 Abs 1 der Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2005 vom 29. November 2004, [BGBl I 3098](#)).

34

Die Klägerin war - wie auch sie nicht bezweifelt - auf Grund ihrer beruflichen Ausbildung der Qualifikationsgruppe 3 zuzuordnen. Hieraus folgte nach [§ 132 Abs 2 Satz 2 Nr 3 SGB III](#) ein fiktives Arbeitsentgelt von 64,40 EUR täglich (Bezugsgröße 2005: 28.980 EUR jährlich, geteilt durch 450). Die weitere Berechnung der Beklagten entspricht den Bestimmungen in [§ 133 SGB III](#) (in der seit 1. Januar 2005 geltenden Fassung), wonach zur Ermittlung des Leistungsentgelts iS des [§ 129 SGB III](#) eine Sozialversicherungspauschale in Höhe von 21 vH des Bemessungsentgelts, die Lohnsteuer nach der Lohnsteuerklasse, die zu Beginn des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, auf der Lohnsteuerkarte des Arbeitslosen eingetragen war und der Solidaritätszuschlag vom Bemessungsentgelt abzuziehen sind. Dagegen erhebt auch die Revision keine Einwände. Das zutreffend ermittelte Leistungsentgelt von 32,37 EUR täglich führt nach [§ 129 Nr 1 SGB III](#) (erhöhter Leistungssatz von 67 vH) letztlich zu dem von der Beklagten zutreffend bewilligten Alg von 21,69 EUR täglich.

35

2. Es verstößt auch nicht gegen Verfassungsrecht, dass das Arbeitsentgelt, das die Klägerin bis zum 23. Januar 2002 und damit länger als drei Jahre vor dem Eintritt des Versicherungsfalls erzielt hat, nicht als Bemessungsentgelt zu Grunde gelegt wird.

36

a) Eine Verpflichtung des Gesetzgebers, bei Eltern bzw Müttern, die sich nach längeren freiwilligen Unterbrechungen ihres Berufslebens dem Arbeitsmarkt wieder zur Verfügung stellen, den Lohnersatz durch das Alg nicht - wie sonst beim Fehlen eines ausreichend zeitnahen Bemessungszeitraums - nach dem aktuell voraussichtlich erzielbaren Lohn zu bemessen, sondern anhand des vor der Kindererziehung erzielten Arbeitsentgelts, lässt sich zunächst nicht aus [Art 6 Abs 1 GG](#) herleiten. Diese Norm unterstellt zwar Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, verpflichtet den Staat jedoch nicht, jegliche die Familie treffende Belastung auszugleichen oder die Familie ohne Rücksicht auf sonstige öffentliche Belange zu fördern. Der Gesetzgeber hat vielmehr im Interesse des Gemeinwohls neben der Familienförderung auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und dabei vor allem auf die Funktionsfähigkeit und das Gleichgewicht des Ganzen zu achten. Daher lassen sich aus der Wertentscheidung des [Art 6 Abs 1 GG](#) auch in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip keine konkreten Folgerungen dafür ableiten, wie in den einzelnen Rechtsgebieten und Teilsystemen ein Familienlastenausgleich zu verwirklichen ist. Insoweit besteht vielmehr grundsätzlich Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (vgl [BVerfGE 87, 1, 36 mwN](#)), ohne dass aus dem Förderungsgebot des [Art 6 Abs 1 GG](#) konkrete Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen hergeleitet werden könnten ([BVerfGE 107, 205, 213 mwN](#)).

37

b) Selbst wenn sich die streitige Regelung überwiegend zu Lasten von Müttern auswirken sollte, die wegen der Übernahme der Kindererziehung ihre Berufstätigkeit längere Zeit unterbrochen haben, scheidet auch [Art 6 Abs 4 GG](#) als Grundlage für das Begehren der Klägerin aus. Unabhängig davon, ob diese Norm Müttern über die Zeit der Schwangerschaft und über die ersten Monate nach der Geburt hinaus überhaupt Schutz gewährt, können aus ihr jedenfalls keine besonderen Rechte für Sachverhalte hergeleitet werden, die nicht allein Mütter betreffen. Davon abgesehen folgt auch aus dem Schutzauftrag des [Art 6 Abs 4 GG](#) nicht, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen und dem Förderungsgebot ohne Rücksicht auf sonstige Belange nachzukommen. Der Gesetzgeber ist zwar zum Ausgleich unmittelbarer Nachteile in der Arbeitslosenversicherung verpflichtet, soweit er Mütter im Unterschied zu anderen Arbeitnehmern hindert, sich durch eine versicherungspflichtige Beschäftigung den Zugang zu Versicherungsleistungen selbst zu schaffen oder zu erhalten ([BVerfGE 115, 259, 271](#)). Eine damit vergleichbare Situation ist aber nicht gegeben, wenn eine Mutter von der Ausübung einer ihr rechtlich erlaubten versicherungspflichtigen Beschäftigung auf Grund der eigenen Lebensplanung für die Zeit der Kindererziehung absieht, sodass der Gesetzgeber nicht einmal gehalten ist, Vorkehrungen gegen das Erlöschen eines bereits erworbenen Anspruchs auf Alg während einer Elternzeit zu treffen (BSG [SozR 4-4300 § 147 Nr 3](#); zur Abgrenzung vgl auch [BSGE 91, 226, 228 = SozR 4-4300 § 147 Nr 2](#)). Der Gesetzgeber ist daher auch nicht verpflichtet, Mütter von der sachgerechten und für alle Versicherten geltenden Regelung auszunehmen, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Höhe der Leistung anhand eines aktualisierten (fiktiven) Arbeitsentgelts zu bemessen ist.

38

c) Die Auffassung der Klägerin lässt sich ferner nicht auf [Art 3 Abs 1 GG](#) stützen. Der allgemeine Gleichheitssatz des [Art 3 Abs 1 GG](#) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen (stRspr, vgl zB [BVerfGE 110, 412, 431 mwN](#)).

39

Damit ist dem Gesetzgeber aber weder jede Differenzierung verwehrt, noch ist es ihm untersagt, von Differenzierungen abzusehen, die er vornehmen dürfte. [Art 3 Abs 1 GG](#) ist allerdings verletzt, wenn sich ein vernünftiger Grund für eine gesetzliche Differenzierung oder

Gleichbehandlung nicht finden lässt bzw wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können. Da die zu regelnden Lebenssachverhalte einander nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Merkmalen gleichen, ist es aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche von diesen Merkmalen er als maßgebend für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ansieht, solange er diese Auswahl sachgerecht und nicht willkürlich trifft. Innerhalb dieser Grenzen ist er in seiner Entscheidung grundsätzlich frei, soweit seine Gestaltungsfreiheit nicht durch andere Verfassungsnormen wie zB den sich aus [Art 6 Abs 1 GG](#) ergebenden Schutzauftrag zusätzlich eingeschränkt ist (s unter 2d). Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkret geregelten Sachbereichs (stRSpr, vgl ua [BVerfGE 87, 1](#); [BVerfGE 90, 226](#) = [SozR 3-4100 § 111 Nr 6](#); [BVerfGE 107, 205](#); [BVerfGE 110, 412](#); BSG [SozR 4-4300 § 124 Nr 1](#), jeweils mwN).

40

Auf dieser Grundlage bestehen keine durchgreifenden 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 derzeit eintretenden Lohnausfall als nicht mehr gewährleistet ansieht und deshalb stattdessen den voraussichtlich aktuell erzielbaren Lohn zur Bemessungsgrundlage erhebt. Aus den schon genannten Gründen liegt darin weder eine willkürliche Gleichbehandlung von erziehenden Eltern mit anderen Versicherten noch ist die Aktualisierung der Bemessungsgrundlage als solche sachwidrig, weil sie dem Lohnersatzcharakter des Alg und damit einem zentralen Grundgedanken der zu regelnden Materie Rechnung trägt. Diese Rechtsfolge und das zu Grunde liegende Anliegen, das Arbeitsentgelt aus weit zurückliegenden Beschäftigungszeiten in der Regel als Bemessungsgrundlage auszuschließen (vgl Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 130 RdNr 26), entsprechen vielmehr der Funktion des Alg als Lohnersatzleistung.

41

Das Alg soll dem Arbeitslosen angemessenen Ersatz für den Ausfall leisten, den er dadurch erleidet, dass er gegenwärtig keinen bezahlten Arbeitsplatz findet. Dabei erfordert die existenzsichernde Natur des Alg, dass die Feststellung der Leistungshöhe und die Auszahlung beschleunigt erfolgt, was schon aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität zu einfachen Maßstäben bei der Leistungsberechnung zwingt (vgl zB [BVerfGE 63, 255](#), 262 = [SozR 4100 § 111 Nr 6](#)). Da sich der durch die Arbeitslosigkeit individuell eintretende Lohnausfall nicht konkret ermitteln lässt (BSG, Beschluss vom 2. Februar 1995, [11 RAR 21/94](#) (veröffentlicht in juris, dort RdNr 23 aE)), ist es unter den genannten Voraussetzungen praktisch unvermeidlich, die Höhe des Alg nach typisierenden und pauschalierenden Merkmalen zu bestimmen. Dabei kann dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt grundsätzlich Indizwirkung in dem Sinne beigemessen werden, dass es typisierend das Arbeitsentgelt anzeigt, das der Arbeitslose, hätte er Arbeit, auch aktuell erzielen könnte (vgl ua BSG, aaO; BSG [SozR 3-4100 § 111 Nr 3](#)). Das wird in der Regel der Konzeption gerecht, das Alg als Lohnersatzleistung an einem möglichst zeitnahen Lohnniveau auszurichten, das den auf Arbeitseinkommen gegründeten durchschnittlichen Lebensstandard des Arbeitslosen repräsentiert (vgl ua [BSGE 74, 96](#), 100 = [SozR 3-4100 § 112 Nr 17](#); [BSGE 77, 244](#), 250 = BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 24](#); BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 26](#)).

42

Obwohl es deswegen prinzipiell sachgerecht ist, wenn die Bemessung des Alg an den Nettolohn anknüpft, den der Arbeitslose zuletzt vor Eintritt der Arbeitslosigkeit bezogen hat ([BVerfGE 63, 255](#), 262 = [SozR 4100 § 111 Nr 6](#)), eignet sich diese Methode aber nicht immer dazu, den Gegenwert der dem Arbeitslosen aktuell möglichen Verwertung seiner Arbeitsleistung zu bestimmen. Das Gesetz sah daher schon in der Vergangenheit eine Reihe von Ausnahmeregelungen vor, denen die gemeinsame Vorstellung zu Grunde lag, dass die Indizwirkung, die dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt grundsätzlich zukommt, unter bestimmten Umständen versagt, sodass der Lohnausfall infolge der Arbeitslosigkeit und der deswegen zu erbringende Lohnersatz mit einer anderen Methode bemessen werden müssen (zum AFG: BSG, Beschluss vom 2. Februar 1995, [11 RAR 21/94](#) (veröffentlicht in juris, dort RdNr 23)). So bestimmte § 112 Abs 7 Alt 2 AFG in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Fassung, dessen Grundgedanke ab 1. Januar 1998 durch [§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF (s. oben unter 1.b) aufgegriffen wurde, dass für die Bemessung von dem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen oder ( ) ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung auszugehen ist, für die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts in Betracht kommt, falls der letzte Tag des Bemessungszeitraums bei Entstehung des Anspruchs länger als drei Jahre zurückliegt.

43

Dafür war die Überlegung maßgebend, dass ein lang zurückliegender Bemessungszeitraum nicht mehr die Vermutung rechtfertigt, dass der Arbeitslose dasselbe Arbeitsentgelt auch in Zukunft verdienen könne (BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 7](#)). Diese Überlegung und die daraus gezogene Konsequenz, unter solchen besonderen Umständen das Bemessungsentgelt den aktuellen Verhältnissen anzupassen, sind nicht zu beanstanden. Sie entsprechen vielmehr dem Grundsatz, dass sich das Alg zur Sicherstellung der Vermittelbarkeit des Arbeitslosen an dem Arbeitsentgelt orientieren soll, das (ohne die Arbeitslosigkeit) durch Erwerbstätigkeit im Leistungszeitraum erzielbar wäre. Die Aktualisierung der Bemessungsgrundlage zielt also gerade darauf ab, dass das Alg seiner Lohnersatzfunktion auch in Sonderfällen gerecht wird. Die Aktualisierung muss im Übrigen keineswegs zwangsläufig zu einem niedrigeren Alg führen als es sich nach dem in der Vergangenheit zuletzt erzielten Lohn ergäbe. In den durchaus in Betracht kommenden Fällen, dass vor der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit (zB wegen damals bestehender Einschränkungen der Leistungsfähigkeit bzw -bereitschaft oder aus Arbeitsmarktgründen) nur eine unterqualifizierte und daher schlechter bezahlte Beschäftigung ausgeübt wurde, oder dass zwischenzeitlich zusätzliche Qualifikationen erworben wurden, kann das Abstellen auf das aktuell erzielbare Arbeitsentgelt auch vorteilhaft sein.

44

Aber selbst in Fällen, in denen die Anpassung der Bemessungsgrundlage an die aktuellen Verhältnisse im Einzelfall zu einem niedrigen Alg führt, ist sie unabhängig davon sachgerecht, worauf die längere Unterbrechung der Erwerbstätigkeit jeweils beruht. Ausreichende Gründe dafür, Berufspausen wegen Kindererziehung im Unterschied zu anderen Sachverhalten von einer Aktualisierung der Bemessungsgrundlage

auszunehmen, sind nicht ersichtlich. Gewisse auch am Arbeitsmarkt verwertbare Grundfertigkeiten wie zB Organisationstalent werden zwar im Rahmen der Kindererziehung trainiert (Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 132 RdNr 10). Gleichwohl muss in Rechnung gestellt werden, dass die Arbeitswelt und damit die Anforderungen, denen Beschäftigte an einem Arbeitsplatz konkret genügen müssen, einem immer schnelleren Wandel unterliegen. Es ist deshalb einleuchtend, dass der Gesetzgeber bei der Einführung der Versicherungspflicht nach [§ 26 Abs 2a SGB III](#) davon ausgegangen ist, dass (gerade auch) die Berufsrückkehr aus Zeiten der Kindererziehung eine "berufliche Eingliederung" erfordert, die mit dem Zugang zum Alg dem Grunde nach gefördert werden soll (vgl [BT-Drucks 14/6944 S 26](#) (zu Nr 7)). Eine mehrjährige Unterbrechung des Erwerbslebens legt bei lebensnaher Betrachtung stets die Möglichkeit nahe, dass der "Anschluss" an aktuelle berufliche Gegebenheiten zumindest in gewissem Maße verloren gegangen ist, sodass ein nahtloser Wiedereinstieg in die bisherige Berufsbiografie, insbesondere mit einem völlig unveränderten Marktwert der angebotenen Arbeitsleistung, nicht als gesichert gelten kann.

45

d) Eine Verletzung des Gleichheitssatzes lässt sich hier auch unter Berücksichtigung des die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einengenden Schutzauftrags aus [Art 6 Abs 1 GG](#) nicht feststellen. Die Förderung der Betreuung und Erziehung von Kindern liegt im familien- und sozialpolitischen Ermessen des Gesetzgebers. Nicht einmal, wo es um den Zugang zum Alg durch Erfüllung der Anwartschaftszeit geht, ist der Gesetzgeber, der sich im Rahmen seines Ermessens bei der Ausgestaltung von staatlichen Leistungen für eine familienpolitische Förderung durch Gewährung von Erziehungsgeld (bzw Elterngeld) und Erziehungsurlaub (bzw Elternzeit) entschieden hat, dazu verpflichtet, diese Förderung auch im Zusammenhang mit anderen sozialrechtlichen Regelungen in gleicher Weise zur Geltung zu bringen (BVerfG [NZA-RR 2005, 154](#) (juris-RdNr 22, 23), Nichtannahmebeschluss zu BSG [SozR 4-4300 § 124 Nr 1](#); BSG [SozR 4-4300 § 147 Nr 3](#)).

46

Im Übrigen ist selbst eine punktuelle gesetzliche Benachteiligung eines Personenkreises, für den der Schutzauftrag des [Art 6 Abs 1 GG](#) gilt, nicht zu beanstanden, wenn die gesetzliche Regelung im Ganzen betrachtet keine Schlechterstellung dieses Personenkreises bewirkt, sondern ihn teilweise begünstigt und teilweise benachteiligt ([BVerfGE 107, 205](#), 216). Insoweit ist zu bedenken, dass erziehende Eltern aus förderungspolitischen Motiven, die mit der klassischen Aufgabe der Arbeitslosenversicherung nichts zu tun haben, dadurch begünstigt werden, dass auch bei längerer Unterbrechung der Erwerbstätigkeit der Zugang zum Alg infolge der von einer Beschäftigung losgelösten versicherungsrechtlichen Berücksichtigung von Erziehungs- bzw Elternzeiten erhalten bleibt (bis zum 31. Dezember 2002 durch eine Verlängerung der Rahmenfrist gemäß [§ 124 Abs 2 Nr 3 SGB III](#) aF, seit 1. Januar 2003 durch die Versicherungspflicht nach [§ 26 Abs 2a SGB III](#)). Selbst wenn eine Benachteiligung darin zu sehen wäre, dass das Gesetz für erziehende Eltern unter denselben Voraussetzungen wie für die übrigen Versicherten eine fiktive Bemessung vorsieht, führt dieser Nachteil bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu einer Schlechterstellung der Erziehenden. Die gewährten versicherungsrechtlichen Vergünstigungen für diesen Personenkreis zwingen den Gesetzgeber nicht dazu, Eltern bei der Berufsrückkehr nach Erziehungszeiten eine gegenüber anderen Versicherten weitere zusätzliche Vergünstigung einzuräumen.

47

3. Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen kann auch nicht angenommen werden, dass die strittige Regelung gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, insbesondere gegen die Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl L 6 S 24), deren Art 4 Abs 1 den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung auf Grund des Geschlechts (ua) bei der Berechnung von Sozialleistungen postuliert. Dabei kann unterstellt werden, dass die Regelungen zur fiktiven Bemessung des Alg, die wegen ihrer Geltung für alle Versicherten jedenfalls keine unmittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beinhalten, in der Praxis vorwiegend bei Frauen zur Anwendung kommen, die sich nach der Kindererziehung wieder dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen. Gleichwohl ist der Anschein der Diskriminierung widerlegt, wenn die in Rede stehende Regelung durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun haben (EuGH [NJW 2008, 499](#), 501 mwN (RdNr 42)). Letzteres ist der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des betreffenden Mitgliedstaats dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind ([EuGHE I 1995, 4741](#) = SozR 3-6083 Art 4 Nr 12 mwN; vgl auch [EuGHE I 1991, 2205](#) = SozR 3-6083 Art 4 Nr 3; [EuGHE I 1995, 4625](#) = SozR 3-6083 Art 4 Nr 11; [EuGHE I 1996, 179](#) = SozR 3-6083 Art 4 Nr 13).

48

Danach ist hier im Ergebnis keine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ersichtlich, weil es aus den bereits genannten Gründen sachlich gerechtfertigt ist, bei allen Versicherten, die bei Eintritt der Arbeitslosigkeit keinen ausreichend zeitnahen Bemessungszeitraum mit Anspruch auf Arbeitsentgelt vorzuweisen haben, eine Aktualisierung des Bemessungsentgelts vorzunehmen. Die gewählte Methode, in diesen Sonderfällen das aktuell erzielbare Arbeitsentgelt fiktiv zu bemessen, entspricht dem Grundprinzip der deutschen Arbeitslosenversicherung, einen angemessenen Ausgleich (nur) für den auf Grund der Arbeitslosigkeit ausfallenden Lohn zu leisten, und sie ist geeignet und erforderlich, die Lohnersatzfunktion des Alg auch dann zu wahren, wenn das in der Vergangenheit zuletzt erzielte Arbeitsentgelt nicht mehr genügend Aufschluss über die Höhe des durch den derzeitigen Versicherungsfall verursachten "Schadens" (Lohnausfall) zu geben vermag.

49

4. Schließlich konnte sich der Senat auch nicht davon überzeugen, dass die nähere Ausgestaltung der fiktiven Bemessung durch [§ 132 Abs 2 SGB III](#) gegen höherrangiges Recht verstößt.

50

a) Die in der neuen Bemessungsmethode des [§ 132 Abs 2 SGB III](#) liegende Abkehr von der individuellen Ermittlung des erzielbaren tariflichen Arbeitsentgelts ([§ 133 Abs 4 SGB III](#) aF), die zu einer deutlichen Verwaltungsvereinfachung führt (vgl Rolfs in Gagel, SGB III, § 132 RdNr 4), begegnet als solche zunächst keinen durchgreifenden Bedenken. Insbesondere liegt darin nicht - wie von der Revision

angenommen - ein Verstoß gegen das Willkürverbot des [Art 3 GG](#). Denn der Gesetzgeber ist bei der Ordnung von Massenerscheinungen grundsätzlich berechtigt, in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte durch typisierende Regelungen normativ zusammenzufassen, im Tatsächlichen bestehende Besonderheiten generalisierend zu vernachlässigen sowie Begünstigungen oder Belastungen in einer gewissen Bandbreite nach oben und unten pauschalierend zu bestimmen, jedenfalls wenn die damit verbundenen Härten nicht besonders schwer wiegen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären. Dabei darf der Gesetzgeber auch die Praktikabilität und Einfachheit des Rechts als hochrangige Ziele berücksichtigen, um den Erfordernissen einer Massenverwaltung Rechnung zu tragen (vgl zB [BVerfGE 84, 348, 359](#); [BVerfGE 111, 115](#), 137, jeweils mwN).

51

Mit dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt sollten die bereits eingeleiteten Reformen fortgesetzt werden, um mit dem kurz- und mittelfristigen Ziel eines Abbaus der Arbeitslosigkeit die Lösung der Probleme auf dem Arbeitsmarkt voranzutreiben (Begründung des Gesetzentwurfs der damaligen Regierungsfractionen, [BT-Drucks 15/1515 S 71](#)). Dafür wurde ua eine durchgreifende Vereinfachung des Leistungsrechts der Arbeitslosenversicherung für erforderlich gehalten, weil ihr zentrale Bedeutung vor allem für eine bessere, schnellere Vermittlung zukomme. Denn man ging davon aus, dass das im Laufe der Jahre überaus komplex gewordene und nur noch schwer durchschaubare Leistungsrecht in erheblichem Umfang die Bindung von Kapazitäten im Bewilligungsverfahren verursache, die bei den Bemühungen um moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt für die Beratung und Betreuung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber und die berufliche Eingliederung Arbeitsloser dringend benötigt würden (aaO S 73 und 85 (zu Nr 71)). Darum sollten Vielfalt und Komplexität der Regelungen zurückgeführt und das Verwaltungsverfahren deutlich und nachhaltig vereinfacht werden. Um dies und im Endeffekt ein günstigeres Verhältnis von Vermittlern zu Arbeitsuchenden zu erreichen, hielt man es für notwendig, um den Preis von weniger Einzelfallgerechtigkeit und von sowohl günstigen wie auch ungünstigen Auswirkungen für Betroffene detaillierte Einzelfallregelungen durch ein größeres Maß an Pauschalierung zu ersetzen und Ausnahmeregelungen zu beschränken, ohne das Sicherungsniveau der Arbeitslosenversicherung insgesamt zu beeinträchtigen (aaO S 73 und 85 (zu Nr 71)). Zu der angestrebten Verwaltungsvereinfachung sollte auch der Übergang zu einer Pauschalierung bei der fiktiven Leistungsbemessung beitragen (aaO S 85 f (zu § 132)). Von den Reformen im Recht der Arbeitslosenversicherung versprach man sich nach einer Übergangszeit die Freisetzung von Personalkapazitäten von etwa 3.000 Jahresarbeitskräften, die dann zur Verstärkung der Vermittlung und Eingliederung von Arbeitslosen zur Verfügung stünden (aaO S 2 (zu D.2.)).

52

Danach greift die Kritik zu kurz, dass die gewählte Bemessungsmethode nur der Verwaltungsvereinfachung diene. Diese ist vielmehr (iS eines Mittels zum Zweck) einem weiter gehenden Ziel untergeordnet, weil mit der erstrebten Freisetzung bisher durch die Leistungsbemessung gebundener personeller Ressourcen letztlich dem in [§§ 4](#) und [5 SGB III](#) verankerten Vorrang der Vermittlung und der aktiven Arbeitsförderung ([§ 3 Abs 4 SGB III](#)) vor Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts bei Arbeitslosigkeit mehr praktische Geltung verschafft werden soll. Die Verwaltungsvereinfachung ist mit anderen Worten ein vom Gesetzgeber für notwendig gehaltenes Element des Gesamtkonzepts, durch sozialpolitische Reformen für einen Abbau der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit zu sorgen. Dass diesem Endziel wegen seiner großen Bedeutung für das Gemeinwohl ein hohes Gewicht beigemessen werden durfte, liegt auf der Hand.

53

Der Gesetzgeber musste auch nicht davon ausgehen, dass diese Pauschalierung in zahlreichen Fällen zu besonders schwer wiegenden Härten führt. Denn die aus der Rentenversicherung bereits länger bekannte Ermittlung fiktiver Entgelte anhand der Einstufung in Qualifikationsgruppen ([§§ 256b Abs 1, 256c Abs 3](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) iVm Anlage 13 zu diesem Gesetz, hier idF der Bekanntmachung vom 19. Februar 2002, [BGBl I 754](#)) kann wegen der erfahrungsgemäß in der Regel bestehenden Abhängigkeit zwischen beruflicher Qualifikation und Verdienstmöglichkeiten als geeignete Methode angesehen werden, um jedenfalls in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen.

54

b) Schließlich lässt sich nicht die Überzeugung gewinnen, dass die Höhe der in [§ 132 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) den einzelnen Qualifikationsgruppen jeweils zugeordneten Arbeitsentgelte als unangemessen zu beanstanden ist (kritisch, aber offen lassend: Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, § 132 RdNr 49 f). Für einen von der Revision insoweit behaupteten Verstoß des Leistungsniveaus gegen die [Art 3, 6](#) oder [14 GG](#) ist nichts ersichtlich.

55

Die Hintergründe der Festsetzung der fiktiven Arbeitsentgelte können einem erläuternden Schreiben des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 14. Dezember 2005 (abgedruckt bei Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, Anhang zu § 132) entnommen werden. Danach wurde zunächst als Basis für die pauschalierende Neuregelung die Gruppe der Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung ausgewählt, weil sie nach dem ausgewerteten Datenmaterial des Statistischen Bundesamtes zum einen mit einem Anteil von etwa 70 vH die mit Abstand größte Gruppe unter den Arbeitnehmern bildet und weil zum anderen das Arbeitsentgelt dieser Gruppe in etwa dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt aller Arbeitnehmer entspricht. Das von dieser Gruppe erzielte durchschnittliche Arbeitsentgelt wurde allerdings nicht unverändert als Eckwert zu Grunde gelegt, sondern dieser Gruppe wurde ein Arbeitsentgelt zugeordnet, das dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt aller Bezieher von Alg (ca 80 vH der Bezugsgröße) entspricht. Hierbei ging man zum einen davon aus, dass die Höhe des Entgelts so festzusetzen sei, dass eine Arbeitsaufnahme für den Arbeitslosen grundsätzlich eine wirtschaftlich sinnvolle Entscheidung bleibe. Zum anderen wurde erwogen, dass bei Arbeitslosen, die zuletzt kein oder kein typisches Arbeitsentgelt erzielt oder ein solches Entgelt nur für weniger als 150 Tage innerhalb der letzten zwei Jahre bezogen haben, als Anknüpfungspunkt für das aktuell erzielbare Entgelt das durchschnittlich von allen Arbeitnehmern erzielte Arbeitsentgelt weniger gut geeignet sei als das durchschnittliche Arbeitsentgelt aller Bezieher von Alg. Das deswegen der Qualifikationsgruppe der Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung (Qualifikationsgruppe 3) zugeordnete tägliche Arbeitsentgelt von 1/450 der jährlichen Bezugsgröße wurde unter Orientierung an den durch die Gehalts- und Lohnstrukturerhebung ausgewiesenen Spannweiten der Entgeltabstände für die übrigen Qualifikationsgruppen

pauschalierend in Abstufungen von je 20 Prozentpunkten höher bzw niedriger festgesetzt (Qualifikationsgruppe 2: 100 vH der Bezugsgröße (1/360); Qualifikationsgruppe 1: 120 vH der Bezugsgröße (1/300); Qualifikationsgruppe 4: 60 vH der Bezugsgröße (1/600)).

56

Die genannten Überlegungen erscheinen grundsätzlich vertretbar und angemessen. Das Bestreben, ein Leistungsniveau zu verhindern, das über einen Ausgleich für das aktuell erzielbare Entgelt hinausgeht, rechtfertigt sich ohne weiteres aus der Lohnersatzfunktion des Alg. Es ist auch nicht verfehlt, in diesem Zusammenhang die Gefahr zu sehen, dass anderenfalls der Bezug von Alg attraktiver sein könnte als die Aufnahme einer Beschäftigung. Aus den bereits genannten Gründen ist ferner grundsätzlich nicht zu beanstanden, bei Personen, deren Berufsbiografie Lücken aufweist und die in den letzten zwei Jahren nur für weniger als 150 Tage Arbeitsentgelt erzielt haben, typisierend davon auszugehen, dass der aktuelle Marktwert der Arbeitsleistung in der Regel durch die durchschnittlichen Entgelte aller in einer Beschäftigung stehenden Arbeitnehmer nicht mehr zutreffend repräsentiert wird. Die auf diesen Grundlagen erfolgte pauschalierende Festsetzung der den einzelnen Qualifikationsstufen zugeordneten Bruchteile der Bezugsgröße scheint auch noch genügend statistisch abgesichert, da sich der durch den individuellen Versicherungsfall aktuell eintretende Lohnausfall ohnehin nicht exakt bestimmen, sondern nur schätzen lässt. Als willkürlich wäre lediglich eine Schätzungsmethode anzusehen, die mangels geeigneter Anknüpfungspunkte sozusagen "in der Luft hängt"; davon kann aber hier angesichts der Orientierung am durchschnittlichen Arbeitsentgelt aller Bezieher von Alg keine Rede sein.

57

Die konkreten Auswirkungen der Regelung im vorliegenden Fall verdeutlichen dies. Die Klägerin hat nach ihrer Elternzeit von ihrem Arbeitgeber zuletzt ein Arbeitsentgelt von 2.324 EUR erhalten, dh 77,47 EUR täglich (2.324 EUR: 30). Das von der Beklagten bei der Bewilligung zu Grunde gelegte tägliche Bemessungsentgelt von 64,40 EUR ist demgegenüber um knapp 17 vH niedriger. Es drängt sich auch nach den konkreten Verhältnissen des zu entscheidenden Falls nicht auf, dass die Differenz von knapp 17 vH zwischen dem (fiktiven) Bemessungsentgelt und dem zuletzt - kurzfristig und ohne Arbeitsleistung - erzielten Entgelt angesichts der regelmäßig zu vermutenden Minderung des Marktwerts der Arbeitsleistung überzogen und sachlich unangemessen ist.

58

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2008-11-24