

## L 7 AL 125/11

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7

1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 1 AL 364/07

Datum  
30.10.2007  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 7 AL 125/11

Datum  
04.11.2011  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 30. Oktober 2007 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben auch im Berufungsverfahren einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig die Höhe des Arbeitslosengeldes.

Die 1968 geborene Klägerin war vom 18. Februar 2002 bis 30. Juni 2007 als Sachbearbeiterin im Einkauf beschäftigt; vom 13. Mai 2004 bis 30. Juni 2007 war sie in Elternzeit. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund der Kündigung der Klägerin.

Am 8. Mai 2007 meldete sich die Klägerin zum 1. Juli 2007 arbeitslos.

Mit Bescheid vom 4. Juni 2007 bewilligte die Beklagte ihr Arbeitslosengeld ab 1. Juli 2007 in Höhe von täglich 21,93 EUR nach einem Bemessungsentgelt von täglich 65,33 EUR, Lohnsteuerklasse V und einem erhöhten Leistungssatz von 67 % für die Dauer von 360 Kalendertagen. Mit ihrem Widerspruch vom 3. Juli 2007 begehrte die Klägerin die Berücksichtigung der Zeiten und des Verdienstes vor dem Erziehungsurlaub. Mit Widerspruchsbescheid vom 11. Juli 2007 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. In den Gründen führte sie aus, dass die Klägerin in dem zu berücksichtigenden Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2007 kein versicherungspflichtiges Entgelt erzielt habe und daher nach der gesetzlichen Regelung ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen sei.

Hiergegen hat die Klägerin am 2. August 2007 bei dem Sozialgericht Frankfurt am Main Klage erhoben und vorgetragen, dass [Art. 6 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) gegenüber der Beklagten bei der Auslegung der [§§ 129](#) ff. Sozialgesetzbuch Drittes Buch Arbeitsförderung - SGB III Bindungswirkung entfalte.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2007 hat das Sozialgericht Frankfurt am Main die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen hat es ausgeführt: Bei der Klägerin könne innerhalb des Bemessungsrahmens von 2 Jahren kein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt festgestellt werden. In dem zugrunde zu legenden Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2007 habe die Klägerin kein versicherungspflichtiges Arbeitsentgelt erzielt. Die Beklagte habe daher zu Recht der Berechnung des Arbeitslosengeldes ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt, das nicht zu beanstanden sei. Von einer Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Normen habe sich das Gericht nicht überzeugen können.

Gegen dieses der Klägerin am 15. November 2007 zugestellte Urteil hat sie am 5. Dezember 2007 bei dem Hessischen Landessozialgericht Berufung eingelegt und verfolgt ihr Begehren weiter.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 30. Oktober 2007 sowie den Bescheid der Beklagten vom 4. Juni 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Juli 2007 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, ihr Arbeitslosengeld nach einem höheren Bemessungsentgelt unter Berücksichtigung eines Bemessungszeitraumes vor Eintritt der Elternzeit neu zu berechnen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Wegen anhängiger Revisionen vor dem Bundessozialgericht und wegen Vorlagebeschlüssen bei dem Bundesverfassungsgericht hat der Senat das Ruhen des Verfahrens angeordnet (Beschlüsse vom 13. März 2008 und 5. Februar 2009).

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den übrigen Akteninhalt Bezug genommen sowie auf den der Akten der Beklagten, der Gegenstand der Beratung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem sich die Beteiligten hiermit übereinstimmend einverstanden erklärt haben ([§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz, SGG](#)).

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf ein höheres Arbeitslosengeld unter Berücksichtigung ihres Arbeitsentgelts vor Beginn der Elternzeit. Die Beklagte hat das Arbeitslosengeld zutreffend berechnet und dabei als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt nach [§ 132 SGB III](#) zu Grunde gelegt.

Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach vorliegen. Die Klägerin hat sich am 8. Mai 2007 mit Wirkung zum 1. Juli 2007 bei der Beklagten arbeitslos gemeldet und war auch ab 1. Juli 2007 arbeitslos. Ebenso ist die Anwartschaftszeit erfüllt.

Hinsichtlich der Höhe des Arbeitslosengeldes hat das Bundessozialgericht (Urteil vom 29. Mai 2008 - [B 11a AL 23/07 R](#); nachgehend BVerfG, Beschluss vom 11. März 2010 [1 BvR 2909/08](#) - Nichtannahmebeschluss) Folgendes ausgeführt:

"Nach [§ 129 Nr 1 SGB III](#) ... 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.

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).

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.

Angesichts der genannten Bestimmungen ist das LSG zu Recht davon ausgegangen, dass diese keine Grundlage für das Begehren bieten, das ... 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.

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 für das Ende des Bemessungsrahmens ist deshalb der 30. Juni 2007, da die Klägerin vom 18. Februar 2002 bis 30. Juni 2007 in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung ([§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB III](#)) gestanden hat. Hieraus ergibt sich ein regulärer Bemessungsrahmen vom 1. Juli 2006 bis 30. Juni 2007 bzw. ein gemäß [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 1 SGB III](#) erweiterter Bemessungsrahmen vom 1. Juli 2005 bis 20. Juni 2007. Auch unter Zugrundelegung des erweiterten Bemessungsrahmens liegen die Entgeltabrechnungszeiträume der von der Klägerin ausgeübten versicherungspflichtigen Beschäftigung außerhalb des Bemessungsrahmens, nämlich nur bis Mai 2004. 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.

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 (BSG a.a.O.).

Weiter führt das BSG aus:

"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.

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. Innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens hat die Klägerin keine Zeiten mit Anspruch auf Arbeitsentgelt zurückgelegt.

An dieser Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, hat das Bundessozialgericht in der Folgezeit festgehalten (BSG, Urteile vom 29. Mai 2008 - B [11a/7a AL 64/06 R](#); vom 21. Juli 2009 - [B 7 AL 23/08](#); vom 18. Mai 2010 - [B 7 AL 49/08 R](#); vom 25. August 2011 - [B 11 AL 19/10 R](#) u.a.). In diesen Entscheidungen hat das Bundessozialgericht auch zur Frage der Vereinbarkeit dieser Vorschriften mit dem Grundgesetz Stellung genommen und eine Verfassungswidrigkeit verneint. Die Vorlagebeschlüsse der Sozialgerichte Dresden (vom 12. September 2007 - [S 29 AL 543/06](#)) und Aachen (vom 23. Juli 2007 [S 21 AL 38/06](#)) hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschlüssen vom 10. März 2010 ([1 BvL 11/07](#)) und vom 14. März 2011 ([1 BvL 13/07](#)) als unzulässig verworfen.

Auch ein Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht liegt nicht vor, weder im Sinne unmittelbarer noch mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (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). Ein bestehender Anschein der Diskriminierung ist widerlegt, wenn die in Rede stehende Regelung durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Dies ist dann der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des betreffenden Mitgliedstaats dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind (BSG, Urteil vom 29. Mai 2008 - B [11a/7a AL 64/06 R](#) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH). Danach ist keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ersichtlich, weil es 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 aufgrund der Arbeitslosigkeit ausfallenden Lohn zu leisten, und sie ist geeignet und erforderlich, die Lohnersatzfunktion des Arbeitslosengeldes 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 (BSG, a.a.O., vgl. auch LSG NRW, Urt. vom 9. Juni 2011 - [L 16 AL 29/11](#)).

Die Vorgehensweise der Beklagten, Festsetzung eines fiktiven Arbeitsentgelts nach [§ 132 SGB III](#) und Einstufung in Qualifikationsgruppe 3, ist daher nicht zu beanstanden. Im Übrigen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils des Sozialgerichts Frankfurt am Main verwiesen ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

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

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen von [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2013-06-11