

## L 10 AL 225/09

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Würzburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 15 AL 349/07  
Datum  
03.08.2009  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 225/09  
Datum  
15.06.2011  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 21/11 R  
Datum  
04.07.2012  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 03.08.2009 wird zurückgewiesen.

II. Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Höhe des Bemessungsentgeltes, das in der Folge einer fiktiven Einstufung zu berücksichtigen ist.

Die Klägerin meldete sich am 27.06.2007 mit Wirkung zum 16.09.2007 - für die Zeit nach dem Ende der Elternzeit - arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg). Sie habe eine Ausbildung zur Medizinisch - Technische Laborassistentin (MTA) abgeschlossen und zuletzt bis 16.08.2004 als Pharmareferentin im Außendienst beitragspflichtiges Arbeitsentgelt (monatliches Fixum 3.087.- EUR) bezogen.

Mit Bescheid vom 16.08.2007 bewilligte die Beklagte der Klägerin für die Zeit ab dem 16.09.2007 Alg mit einem Leistungssatz von 21,93 EUR täglich. Hierbei legte sie - im Hinblick auf den Abschluss eines Ausbildungsberufes - ein tägliches Bemessungsentgelt von 65,33 EUR zugrunde. Die fiktive Einstufung, die mangels Bezuges von Arbeitsentgelt im Bemessungsrahmen zu erfolgen habe, rechtfertige unter Berücksichtigung der Ausbildung der Klägerin lediglich eine Einstufung nach der Qualifikationsstufe 3. Der Leistungsbezug endete mit dem Eintritt der Klägerin in den Mutterschutz am 29.03.2008.

Den Widerspruch vom 10.09.2007 begründete die Klägerin damit, sie habe zuletzt als Pharmareferentin gearbeitet und insoweit Veranstaltungen geplant sowie medizinische Geräte u.a. in Universitätsklinken vorgeführt. Diese Aufgaben habe sie eigenverantwortlich geleitet, so dass ihr Qualifikationsniveau mindestens das eines Meisters erreiche.

Im zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 09.10.2007 führte die Beklagte aus, die Klägerin habe lediglich einen Ausbildungsberuf als MTA absolviert, der mit einer Qualifikation als Meister nicht vergleichbar sei. Auch habe sie keine schulische Fortbildung zum Pharmareferenten durchlaufen, so dass eine Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 nicht in Betracht komme.

Mit der hiergegen zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhobenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, dass sie aufgrund ihrer theoretischen und praktischen Kenntnisse sowie ihrer Berufserfahrung mit dem Qualifikationsniveau eines Meisters vergleichbar sei. Sie habe selbständig die wissenschaftliche Betreuung der von ihr zu besuchenden Ärzte vorgenommen. Fachveranstaltungen, Seminare, Fortbildungsveranstaltungen und Vorträge habe sie eigenständig geplant, vorbereitet und durchgeführt. Ihr monatliches Durchschnittseinkommen habe im Jahr 2003 - einschließlich Provisionen - mehr als 4.200.- EUR betragen.

Dem hat die Beklagte entgegengehalten, dass die Klägerin nicht über die bundeseinheitlich geregelte Weiterbildung zum Pharmareferenten verfüge, so dass eine Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 ausscheide.

Das SG hat die Beklagte mit Urteil vom 03.08.2009 verurteilt, der Klägerin für die Zeit vom 16.09.2007 bis 29.03.2008 Alg unter Zugrundelegung der Qualifikationsgruppe 2 zu gewähren. Der Bescheid vom 16.08.2007 und der Widerspruchsbescheid vom 09.10.2007 würden aufgehoben, soweit sie der gerichtlichen Entscheidung entgegenständen. Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des LSG Berlin-

Brandenburg (Beschluss vom 04.02.2009 - [L 10 AL 8/09 B ER](#)) ist das SG davon ausgegangen, dass sich die fiktive Bemessung nicht nach der ursprünglichen Ausbildung zu richten habe, sondern auf die Beschäftigungsmöglichkeiten abzustellen sei. Nachdem die Beklagte davon ausgehe, die Vermittlungsbemühungen seien für die Klägerin im wesentlichen auf Tätigkeiten im Außendienstbereich zu erstrecken, die Klägerin aufgrund ihrer Berufserfahrung realistische Chancen in diesem Bereich habe und das Anforderungsprofil in Stellenanzeigen für Pharmareferenten die Qualifikation als MTA mit der eines Hochschulabsolventen gleichwertig behandelten, sei es gerechtfertigt das Bemessungsentgelt der Klägerin nach der Qualifikationsstufe 2 zu ermitteln und sie damit Arbeitslosen gleichzustellen, die über eine höherqualifizierte Berufsausbildung verfügten.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung beim Bayerischen Landessozialgericht eingelegt. Entgegen der Auffassung des SG seien die Vermittlungsbemühungen nicht auf die Tätigkeit eines Pharmareferenten in erster Linie zu erstrecken, denn die Klägerin könne eine entsprechende Ausbildung nicht nachweisen, die einem Fachschulabschluss oder einer Ausbildung zum geprüften Pharmareferenten gleichstehe. Für eine entsprechende Weiterbildung fehlten der Klägerin ohnehin die Voraussetzungen. Darüber hinaus habe sie sich dahingehend eingeschränkt, dass die Betreuung ihres Kindes im Kindergarten nur zwischen 7.00 und 14.30 sichergestellt sei und Übernachtungen auswärts ausgeschlossen seien. Dies sei jedoch für eine Tätigkeit als Pharmareferent - auch nach eigenem Vorbringen der Klägerin - nötig. Insoweit sei die Klägerin auf den regionalen Arbeitsmarkt im Tagespendelbereich beschränkt, der jedoch keine nennenswerten Eingliederungschancen biete. Man sei bei wohlwollender Betrachtung zugunsten der Klägerin davon ausgegangen, sie könne allgemein eine Tätigkeit im Bereich im Außendienst aufnehmen. Allein die vom SG durchgeführte Internetrecherche, dass eine abgeschlossene Ausbildung zum MTA in den Stellenanzeigen einem geprüften Pharmareferenten gleichstehe, entbehre jeder Beweiskraft. Zudem habe sich durch Zeitablauf die Richtigkeit der Prognose erwiesen. Zuletzt sei auch bei einer Vermittlung als Pharmareferent nicht zwangsläufig eine Zuordnung in die Qualifikationsstufe 2 erforderlich.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 03.08.2009 aufzuheben und die Klage gegen den Bescheid vom 16.08.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.10.2007 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend. Auch wenn sie über keinen höherwertigen Berufsabschluss verfüge, rechtfertige sich die Einstufung die Qualifikationsstufe 2 aus dem Umstand, dass sie über Berufserfahrung und erworbene Qualifikation verfüge.

Zur Ergänzung des Sachverhaltes wird auf die beigezogene Akte der Beklagten sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerechte Berufung ist zulässig, [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG), in der Sache aber unbegründet.

Das SG hat die Beklagte zu Recht verpflichtet, den Anspruch der Klägerin auf Alg im Rahmen der fiktiven Bemessung nach [§ 132](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) zumindest nach der Qualifikationsstufe 2 zu bemessen. Der Bescheid der Beklagten vom 16.08.2007 idG des Widerspruchsbescheides vom 09.10.2007 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten ([§ 54 Abs 2 Satz 1 SGG](#)), denn die Beklagte hatte ihre Vermittlungsbemühungen für die Klägerin in erster Linie auf eine Tätigkeit als Pharmareferentin/-beraterin zu konzentrieren. Die daraus vom SG abgeleitete Bemessung des Alg nach der in [§ 132 Abs 2 SGB III](#) genannten Qualifikationsstufe 2 ist unter Berücksichtigung des Klagebegehrens im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Das Alg beträgt - in Abhängigkeit zu berücksichtigender Kinder - 67 bzw. 60 % des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt), [§129 SGB III](#). Der Bemessungszeitraum umfasst die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen ([§ 130 Abs 1 Satz 1 SGB III](#)). 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 der Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält ([§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr.1 SGB III](#)). Kann ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt auch innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens nicht festgestellt werden, ist als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ([§ 132 Abs 1 SGB III](#)).

Vorliegend beginnt der Bemessungsrahmen - mit der Arbeitslosmeldung der Klägerin zum 16.09.2007 - am 15.09.2007 und endet - rückwärts gerechnet - mit dem 16.09.2005 (Freitag), [§ 26 Abs 1 SGB X](#), [§ 187 Abs 1](#), [§ 188 Abs 1](#), [Abs 2](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Innerhalb dieses Bemessungsrahmens hat die Klägerin keinerlei Arbeitsentgelt erzielt, denn der letzte Lohnabrechnungszeitraum ihres Arbeitgebers bezog sich auf den August 2004. Die Beklagte hat daher zu Recht eine fiktive Bemessung vorgenommen, deren Berechtigung die Klägerin dem Grunde nach auch nicht bezweifelt.

Die vom SG vorgenommene Bemessung nach der Qualifikationsstufe 2 ([§ 132 Abs 2 Satz 2 Nr.2 SGB III](#)) ist auch im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts ist 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 den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat ([§ 132 Abs 2 Satz 1 SGB III](#)).

Dabei ist zugrunde zu legen für Beschäftigungen, die  
1. eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 1), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel

der Bezugsgröße,

2. einen Fachschulabschluss, den Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder einen Abschluss in einer vergleichbaren Einrichtung erfordern (Qualifikationsgruppe 2), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertsechzigstel der Bezugsgröße,
3. eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordern (Qualifikationsgruppe 3), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Vierhundertfünfzigstel der Bezugsgröße,
4. keine Ausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 4), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Sechshundertstel der Bezugsgröße ([§ 132 Abs 2 Satz 2 SGB III](#)).

In welche der Qualifikationsgruppen der Arbeitslose einzustufen ist, bestimmt sich - nach dem Willen des Gesetzgebers - in erster Linie nach der Beschäftigung, auf die die Beklagte die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen - unter Berücksichtigung des in Betracht kommenden Arbeitsangebotes - zu erstrecken hat (vgl. BT- Drucks 15/1515 S.86 zu [§ 132](#)). Welche Beschäftigung der Arbeitslose anstreben kann, hängt wiederum von seiner beruflichen Qualifikation ab, so dass die für die Beschäftigung geforderte berufliche Qualifikation letztendlich das ausschlaggebende Kriterium für die anzustrebenden Vermittlungsbemühungen darstellt (vgl. Rolfs in Gagel, SGB III, Stand 40. EL, § 132 Rn.7). Als Beschäftigung im Sinne des [§ 132 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) ist die in nennenswertem Umfang vorhandene, nach Lebensalter, Leistungsfähigkeit, Eignung, Neigung und persönlichen Verhältnissen realistisch maßgebende Beschäftigung, auf die die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu richten sind. Bei uneingeschränkter Ausgleichsfähigkeit sind alle Beschäftigungen berücksichtigungsfähig, die der Arbeitslose als nicht Ortsgebundener auf dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik Deutschland ausüben kann (vgl. Brand in Niesel, SGB III, 5. Aufl. § 132 Rn.6)

Unter Beachtung dieser Kriterien ist die Bemessung nach der Qualifikationsgruppe 2 wie vom SG vorgenommen nicht zu beanstanden, denn die Beklagte hatte ihre Vermittlungsbemühungen für die Klägerin in erster Linie auf eine Tätigkeit als Pharmareferent/-berater zu erstrecken, wobei für diese Tätigkeit als formale Einstiegsqualifikation ein abgeschlossenes Hochschulstudium und eine abgeschlossene Berufsausbildung als MTA gleichwertig behandelt werden, womit der Klägerin eine Tätigkeit offen stand, die - in aller Regel - von formal höher qualifizierten Arbeitnehmern, nämlich Absolventen einer Hochschule oder Arbeitnehmern mit einer fachschulähnlichen, Ausbildung ausgeübt werden.

Mit dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ([BGBl 2003 I, S 2848](#)), hat der Gesetzgeber zwar die Regelungen über die Bemessung des Alg grundlegend geändert, jedoch hat er es für die Frage der fiktiven Bemessung ([§ 133 SGB III aF](#); nunmehr [§ 132 SGB III](#)) bei dem Grundsatz belassen, dass die Agenturen für Arbeit abzuschätzen haben, in welchem Tätigkeitsbereich der Arbeitslose die höchste Chance auf Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt hat. In der Folge hat die Arbeitsverwaltung ihre Vermittlungsbemühungen auf dieses, dem Arbeitslosen am ehesten zugängliche Segment des Arbeitsmarktes zu konzentrieren.

Insofern wurde mit der Neuregelung lediglich die Feststellung des Bemessungsentgeltes in der Weise vereinfacht, dass - ausgehend vom Tätigkeitsspektrum - die üblicherweise für diese Beschäftigung vorausgesetzten formalen Qualifikationen ermittelt werden, um in einem zweiten Schritt - abhängig vom erforderlichen Qualifikationsniveau - die Höhe des Bemessungsentgeltes im Verhältnis zur Bezugsgröße in der Sozialversicherung festzulegen ([§ 18 Abs 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch - SGB IV](#)). Allein die fiktive Leistungsbemessung sollte sich - aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung - nicht mehr nach dem individuell erzielbaren tariflichen Arbeitsentgelt orientieren, sondern nach einer pauschalierenden Regelung (vgl. BT- Drucks 15/1515 S.85). Diese Regelung begegnet - im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (Urteil vom 29.05.2008 - B 11 AL 23/07 - [BSGE 100, 295ff](#)) - auch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nach der Neuregelung ist zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass nicht allein auf den formalen Ausbildungsabschluss abzustellen ist, sondern auch die sonstigen beruflichen Qualifikationen wie z.B. die Berufserfahrung zu berücksichtigen sind. Gleichwohl wird eine Wiedereingliederung in das Berufsleben realistisch nur dann möglich sein, wenn der Arbeitslose nicht nur über die praktischen Erfahrungen verfügt, die seine zuletzt ausgeübte Tätigkeit erfordert haben, sondern auch die formalen Voraussetzungen für den Zugang zur angestrebten Tätigkeit erfüllt (vgl. Urteil des Senates vom 27.05.2009 - [L 10 AL 378/07](#) - info also 2010, 75ff)

Insoweit ist die Beklagte bei ihrer Prognose, auf welchen Tätigkeitsbereich sich die Vermittlungsbemühungen zu erstrecken hätten, davon ausgegangen, dass die Klägerin die formalen Voraussetzungen für eine Tätigkeit als Pharmareferent/-berater nicht erfülle, insbesondere hat die Beklagte diese Auffassung noch mit der Berufungsbegründung vertreten und erst nach gerichtlichem Hinweis - im Erörterungstermin am 06.04.2011 - auf [§ 75 Arzneimittelgesetz \(AMG\)](#) fallen lassen.

Hiernach dürfen Pharmazeutische Unternehmer nur Personen, die die in Absatz 2 bezeichnete Sachkenntnis besitzen, beauftragen, hauptberuflich Angehörige von Heilberufen aufzusuchen, um diese über Arzneimittel im Sinne des [§ 2 Abs 1 oder Abs 2 Nr. 1 AMG](#) fachlich zu informieren (Pharmaberater). Satz 1 gilt auch für eine fernmündliche Information. Andere Personen als in Satz 1 bezeichnet dürfen eine Tätigkeit als Pharmaberater nicht ausüben ([§ 75 Abs 1 AMG](#)).

Die Sachkenntnis besitzen

1. Apotheker oder Personen mit einem Zeugnis über eine nach abgeschlossenem Hochschulstudium der Pharmazie, der Chemie, der Biologie, der Human- oder der Veterinärmedizin abgelegte Prüfung,
2. Apothekerassistenten sowie Personen mit einer abgeschlossenen Ausbildung als technische Assistenten in der Pharmazie, der Chemie, der Biologie, der Human- oder Veterinärmedizin,
3. Pharmareferenten ([§ 75 Abs 2 AMG](#)).

Diese Überlegungen hat die Beklagte bei ihrer Einschätzung des zu berücksichtigenden Arbeitsmarktes verkannt und bei ihrer Prüfung, auf welche Tätigkeiten sich die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken hätten, die Tätigkeiten als Pharmareferent/-berater mangels formaler Berufsqualifikation der Klägerin ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte - nach Lage der Verwaltungsakten (Vermerk vom 04.10.2007) - die Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 allein deshalb nicht in Betracht gezogen, weil die Klägerin die schulische Ausbildung zum Pharmareferenten ([§ 75 Abs 2 Nr. 3 AMG](#)) nicht durchlaufen habe, wobei dieses Qualifikationsprofil jedoch mit einer abgeschlossenen Ausbildung als technische Assistenten in der Humanmedizin - wie sie die Klägerin vorweisen kann -

gleichzusetzen ist. Das Fehlen einer formalen Qualifikation, das einer Eingliederung im Bereich Pharmareferent/-berater - trotz hinreichender Berufserfahrung - hätte entgegenstehen können, hat die Beklagte zu Unrecht angenommen.

In diesem Zusammenhang hätte die Beklagte neben der beruflichen Qualifikation sowie den Wünschen und Neigungen der Klägerin bei ihrer Einschätzung der in erster Linie anzustrebenden Vermittlungsbemühungen das individuelle Leistungsprofil zu berücksichtigen gehabt, das die Beklagte und die Klägerin im Rahmen der Erstberatung und Integrationsvorbereitung für eine Vollzeittätigkeit der Klägerin festgelegt haben. Aus diesem Leistungsprofil sind die allgemeinen und personenbezogenen Gründe abzuleiten, die der Zumutbarkeit einer Tätigkeit entgegenstehen, auf die sich Vermittlungsbemühungen nicht zu erstrecken haben (vgl. Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, § 132 Rn. 34).

Dieses Leistungsprofil war insbesondere durch den Umstand geprägt, dass die Klägerin eine Vollzeittätigkeit nur mit der Maßgabe habe ausüben können, dass sie ihr Kind um 7.00 Uhr in den Kindergarten bringen und um 14.30 Uhr abholen musste, so dass sie lediglich zwischen 7.30 Uhr und 14.00 Uhr einer Beschäftigung nachgehen konnte, die durch eine Integration in den Betriebsablauf eines Unternehmens hätte geprägt sein können, wohingegen die restliche Arbeitszeit, die bei einer Vollzeittätigkeit regelmäßig zwischen 35 und 40 Wochenarbeitsstunden umfasst, im Rahmen einer frei bestimmten, weitgehend selbständigen Tätigkeit von zu Hause aus (zB Homeoffice) hätte erbracht werden müssen. Dieses Leistungsprofil lässt sich mit einer reinen Innendiensttätigkeit als MTA (wie zB in einem Krankenhaus oder einer Arztpraxis) in aller Regel nicht vereinbaren, so dass die Beklagte - insoweit zurecht - die Vermittlungsbemühungen allein auf eine Tätigkeit im Außendienst konzentrieren musste, die durch ein weitgehend selbständiges Arbeiten geprägt ist.

In diesem Zusammenhang war es seitens der Beklagten verfehlt, die Tätigkeit als Pharmareferent/-berater aus den Vermittlungsbemühungen auszuschließen und sich auf andere Außendiensttätigkeiten zu konzentrieren, denn es gibt keine Anhaltspunkte, dass die Vermittlungschancen - unabhängig von der Lage auf dem Arbeitsmarkt - für die Klägerin in andere Außendiensttätigkeiten höher war als im Pharmabereich. Gegen eine derartige Überlegung spricht auch, dass die Klägerin als Pharmareferent/-berater über die formale Qualifikation und Berufserfahrung verfügt hat, während ihr für alle übrigen Außendiensttätigkeiten die produktspezifischen Fachkenntnisse gefehlt haben, so dass sie bei prognostischer Betrachtung - unabhängig von ihrer Berufserfahrung im Außendienst - gegenüber Konkurrenten mit Fachkenntnissen weit unterdurchschnittliche Chancen auf eine Einstellung hatte.

Die Beklagte hätte daher ihre Vermittlungsbemühungen in erster Linie auf eine Außendiensttätigkeit als Pharmareferent/-berater erstrecken müssen, denn dort hatte die Klägerin im Hinblick auf die persönlichen Fähigkeiten, Neigungen und Qualifikation die höchsten Einstellungschancen.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass die Klägerin sich außerstande gesehen habe auswärtige Termin über Nacht wahrzunehmen, und dass sie sich auf eine Tätigkeit im Tagespendelbereich beschränken wollte. Soweit die Beklagte das Leistungsprofil in der Weise abgesteckt hat, dass sie die Klägerin allein auf eine Tätigkeit im Außendienst vermitteln kann, muss sie sich entgegenhalten lassen, dass auch Außendiensttätigkeiten außerhalb des Pharmabereiches gelegentlich auswärtige Übernachtungen erforderlich machen, so dass dies nicht als Ausschlusskriterium für eine Vermittlung als Pharmareferent/-berater herangezogen werden kann. Darüber hinaus mögen die Einstellungschancen - wie die Beklagte im Vermerk vom 27.06.2007 konstatiert - auf dem regionalen Arbeitsmarkt "gleich null" gewesen sein, jedoch wären die Vermittlungsbemühungen der Beklagten nicht auf den Raum B-Stadt und den zumutbaren Tagespendelbereich - wie mit der Berufung vorgetragen - zu beschränken gewesen, denn eine derartige Einschränkung hat die Klägerin - nach Lage der Akten - nicht gemacht. Dem Leistungsprofil vom 27.06.2007 ist vielmehr zu entnehmen, dass die Klägerin eine überregionale Tätigkeit angestrebt hat, so dass - unter Berücksichtigung der Vorgabe um 7.00 Uhr und um 14.30 Uhr am Kindergarten zu sein - überregionale Tätigkeiten im gesamten nordbayerischen Raum (bis Ingolstadt) und im Bereich Südhessen (bis Frankfurt/ Main), bei Fahrzeiten von bis zu vier Stunden und Kundenbesuchen von mindestens drei Stunden, möglich gewesen wären. Die Beklagte hat insoweit nichts dazu vorgetragen, dass im streitgegenständlichen Zeitraum eine Eingliederung als Pharmareferent/-berater in diesem regionalen Bereich ausgeschlossen gewesen wäre, oder dass die Eingliederungschancen zumindest schlechter gewesen wären, als eine Vermittlung in eine andere Außendiensttätigkeit. Zudem genügt, dass auf dem Arbeitsmarkt die möglichen Beschäftigungen in nennenswertem Umfang vorhanden, wenn auch nicht offen sein müssen, denn insoweit ist auf die günstigste Beschäftigungsmöglichkeit abzustellen (vgl. Behrend aaO § 132 Rn 35 mwN). Hiergegen spricht auch nicht der Umstand, dass die Klägerin sich selbst vergeblich um eine entsprechende Tätigkeit bemüht hat, denn für die Bemessung ist nicht auf den tatsächlichen Erfolg der Vermittlungsbemühungen abzustellen, sondern darauf, welche Vermittlungsbemühungen unter Berücksichtigung von Fähigkeiten, Neigungen und Qualifikationen sowie dem daraus entwickelten Leistungsprofil - bei prognostischer Betrachtung im Zeitpunkt der Bemessung - die höchsten Eingliederungschancen erwarten lassen, auch wenn diese nicht optimal sind, so dass sich vorliegend die Beklagte um eine Eingliederung der Klägerin als Pharmareferent/-berater bemühen musste, denn Anhaltspunkte dafür, dass andere Außendiensttätigkeiten höhere Eingliederungschancen erwarten ließen, gibt es nicht. Darüber hinaus sind die Eingliederungschancen für eine Innendiensttätigkeit als MTA nicht zu berücksichtigen, denn die Beklagte hatte aufgrund der zeitlichen Einschränkungen der Klägerin und dem daraus resultierenden Leistungsprofil, das sie ihren Vermittlungsbemühungen zugrunde gelegt hat, keine hinreichende Möglichkeit, die Klägerin in eine entsprechende Vollzeittätigkeit im Innendienst zu vermitteln (siehe bereits oben).

Unter Berücksichtigung des Klagebegehrens, Leistungen nach der Qualifikationsstufe 2 zu erhalten, ist die Entscheidung des SG im Ergebnis nicht zu beanstanden, denn die Klägerin hat, obgleich sie lediglich eine abgeschlossene Berufsausbildung vorweisen kann, Anspruch auf Alg, das auf einem höheren Niveau als der Qualifikationsstufe 3 zu bemessen ist.

Soweit die Beklagte vorträgt, ein Pharmareferent/-berater sei nicht zwangsläufig in die Qualifikationsstufe 2 einzuordnen, setzt sie sich in Widerspruch zu ihren Überlegungen, die sie im Rahmen der Bemessung im Jahr 2007 selbst angestellt hat, denn der Vermerk vom 04.10.2007 legt den Schluss nahe, dass die Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 allein an der fehlenden schulischen Ausbildung zum Pharmareferent/-berater und der damit einhergehenden fehlenden formalen Qualifikation scheitern würde. Die in diesem Zusammenhang zuletzt vertretene Ansicht, ein Pharmareferent/-berater sei in die Qualifikationsstufe 4 einzustufen, weil keinerlei Ausbildung erforderlich sei, wirkt in diesem Zusammenhang unverständlich und übersieht wohl, dass die Ausübung dieser Tätigkeit ohne die in [§ 75 Abs 2 AMG](#) genannten Ausbildungen untersagt ist ([§ 75 Abs 1 Satz 3 AMG](#)).

Für eine fiktive Bemessung ist grundsätzlich auf die berufliche Qualifikation abzustellen, die als Zugangsvoraussetzung für die Beschäftigung gefordert wird, auf die sich die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zu erstrecken hat, so dass vorliegend in

Betracht zu ziehen wäre, dass Vermittlungsbemühungen der Beklagten in Bezug auf eine Tätigkeit als Pharmareferent/-berater - unabhängig vom tatsächlichen Ausbildungsstand - stets eine Bemessung nach der Qualifikationsstufe 3 nach sich ziehen müsste, denn die Tätigkeit des Pharmareferent/-beraters weist die Besonderheit auf, dass als Zugangsvoraussetzung ein Hochschulstudium mit einer fachspezifischen, abgeschlossenen Ausbildung in einem Ausbildungsberuf als gleichwertig angesehen werden, so dass letztere die Mindestanforderung darstellt, die für die Berufsausübung erforderlich ist.

Dieser - aus dem reinen Wortlaut des [§ 132 SGB III](#) abgeleiteten ( ... "die für die Beschäftigung erforderlich ist" ...) - Überlegung steht nach Auffassung des Senates jedoch Sinn und der Zweck der Ermittlung eines fiktiven Bemessungsentgeltes entgegen, der sich aus der Funktion des Alg als Lohnersatzleistung erschließt. Nach dem für das Recht der Arbeitsförderung prägenden Entgeltausfallprinzip (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.02.1993 - [1 BvR 1754/92](#) - juris; BT- Drucks 13/5062, S. 6) soll durch Alg das Arbeitsentgelt ersetzt werden, das der Arbeitslose wegen der Arbeitslosigkeit aktuell, also in einer potentiellen neuen Beschäftigung nicht erzielt. Hierbei misst das Gesetz dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt grundsätzlich eine Indizwirkung dergestalt bei, dass es typisierend das Arbeitsentgelt definiert, das der Arbeitslose im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses auch aktuell erzielen könnte (vgl. BSG, Beschluss vom 02.02.1995 - [11 RA r 21/94](#) - juris). Dieses für das Arbeitsförderungsrecht bereits unter dem Arbeitsförderungsgesetz (AFG) prägende Prinzip erfährt jedoch dort eine Durchbrechung, wo durch eine lang dauernde Unterbrechung die Indizwirkung des zuletzt erzielten Arbeitsentgeltes in Frage steht, so dass in Fällen einer fiktiven Bemessung nicht mehr auf das zuletzt bezogenen Arbeitsentgelt abzustellen ist, sondern auf die Verdienstmöglichkeiten, die im Rahmen einer neuen Beschäftigung möglich erscheinen (vgl. Pawlak in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 11 Rn. 20 f). Hierbei stellen die Qualifikationsgruppen einen Maßstab dafür dar, welche Arbeitentgelte in einem Tätigkeitsbereich - unter Berücksichtigung des Qualifikationsniveaus - üblicherweise erzielt werden können. Auch aus der amtlichen Begründung des Gesetzgebers ([BT-Drucks. 13/4941 S. 178](#) zu [§ 133 Abs 3](#)) zur Vorgängerregelung ergibt sich bereits, dass das fiktive Bemessungsentgelt an den Verdienstmöglichkeiten zu orientieren ist, die ein Arbeitsloser bei erfolgreicher Vermittlung erzielen kann. In diesem Zusammenhang gibt es zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung der fiktiven Bemessung zum 01.01.2005 durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (G v. 23.12.2003; [BGBl. I S 2848](#)) über die eine Verwaltungsvereinfachung hinaus auch eine Abkehr vom Entgeltausfallprinzip vollziehen wollte (vgl. [BT-Drucks. 15/1515 S.86](#) zu [§ 132](#)).

Soweit wie vorliegend die Klägerin aufgrund ihres individuellen Leistungsprofils, ihrer Ausbildung und der im Anschluss daran gewonnenen Berufserfahrung von der Beklagten in erster Linie als Pharmareferentin/ -beraterin zu vermitteln war, musste sich auch das fiktive Bemessungsentgelt an den Verdienstmöglichkeiten orientieren, die ein Pharmareferent üblicherweise - unabhängig von einem tatsächlichen Qualifikationsniveau - erzielen kann, und nicht an den Verdienstmöglichkeiten, die allein unter Berücksichtigung des Ausbildungsstandes erzielbar erscheinen. Der formale Bildungsabschluss schränkt zwar in aller Regel die Vermittlungsmöglichkeiten eines Arbeitslosen ein, so dass ein tatsächlich vorhandenes Qualifikationsniveau den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit - und damit einer günstigeren Bemessung - nicht zugrunde gelegt werden kann (vgl. hierzu Urteil des Senates vom 27.05.2009 [aaO](#)). Eine allein am Ausbildungsniveau orientierte Bemessung, würde im Ergebnis jedoch dazu führen, dass - entgegen dem gesetzlichen Wortlaut - nicht auf das Beschäftigungsfeld abgestellt würde, in das eine Vermittlung zu erfolgen hat, sondern dass allein auf der Grundlage eines einmal erreichten Ausbildungsabschlusses eine fiktive Bemessung vorzunehmen wäre.

In diesem Zusammenhang ist daher dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Tätigkeit als Pharmareferent/-berater der Klägerin - im Hinblick auf das zuletzt erzielte Arbeitsentgelt der Klägerin von über 3.000,00 EUR (= über 100,00 EUR täglich) monatlichem Fixum - Verdienstmöglichkeiten eröffnet, die zumindest deutlich über dem eines Ausbildungsberufes - mit der Bemessung nach der Qualifikationsstufe 3 (Bemessungsentgelt: 65,33 EUR) - liegen. Zudem hat die Beklagte nichts dazu vorgetragen, dass ein von ihr zu vermittelnder Pharmareferent/ -berater grundsätzlich - ohne Ansehung des Ausbildungsstandes - auf dem Niveau eines Ausbildungsberufes bemessen würde, oder dass das Berufsfeld des Pharmareferenten/ -beraters überwiegend geprägt wäre durch Arbeitnehmer, die lediglich eine abgeschlossene Berufsausbildung aufweisen würden und sich mit einem entsprechenden Gehaltsniveau begnügen müssten. Insoweit muss sich die Beklagte auch entgegenhalten lassen, dass nach Lage der Verwaltungsakte die Einstufung der Klägerin in die Qualifikationsstufe 2 im Rahmen des Widerspruchsverfahrens allein am Fehlen der Ausbildung zum geprüften Pharmareferenten/ -berater gescheitert ist. Hieraus ist der Schluss zu ziehen, dass die Beklagte selbst das Verdienstniveau eines Pharmareferenten/ -beraters mindestens mit der Qualifikationsstufe 2 bewertet, womit die zuletzt vorgetragene Ansicht, es sei für einen Pharmareferenten/ -berater eine Bemessung nach der Qualifikationsstufe 4 vorzunehmen, völlig unverständlich erscheint, insbesondere nachdem dies seitens der Beklagten auch durch keinerlei Datenmaterial untermauert wird.

Im Hinblick auf diese Überlegungen steht zumindest fest, dass die Verdienstmöglichkeiten eines Pharmareferenten/ -beraters jedenfalls nicht auf dem Gehaltsniveau eines Ausbildungsberufes anzusiedeln sind, womit die Bemessung durch die Beklagte mit der Qualifikationsstufe 3 in fehlerhafter Weise zu niedrig war. Darüber hinaus bedurfte es keiner weiteren Sachaufklärung und Entscheidung über die Frage, ob das Tätigkeitsfeld eines Pharmareferenten/ -beraters geprägt ist durch Verdienstmöglichkeiten, die üblicherweise nur von Hochschulabsolventen (Qualifikationsstufe 1) erreicht werden können, oder ob nur Einkommen zu erzielen sind, die sich üblicherweise auf einem Gehaltsniveau eines Meisters (Qualifikationsstufe 2) bewegen. Nachdem die Klägerin keine Anschlussberufung eingelegt und ihren Antrag auf die Zurückweisung der Berufung beschränkt hat, verbleibt es bei der durch das SG getroffenen Entscheidung in Bezug auf die Bemessung nach der Qualifikationsstufe 2.

Die Berufung der Beklagten bleibt daher erfolglos.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#) und ergibt sich aus dem Unterliegen der Beklagten.

Die Revision war gemäß [§ 160 Abs 2 Nr.1 SGG](#) zuzulassen, denn aus Sicht des Senates ist die Frage klärungsbedürftig, in welcher Weise auf die formale Qualifikation im Rahmen der Zuordnung in die Qualifikationsgruppen und die daraus folgende fiktive Bemessung abzustellen ist. Rechtskraft

Aus  
Login  
FSB

Saved  
2012-09-05