

L 3 AL 6/09

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Itzehoe (SHS)
Aktenzeichen
S 2 AL 209/04
Datum
07.11.2006
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 3 AL 6/09
Datum
14.08.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Zur fiktiven Bemessung von Arbeitslosengeld nach mehr als dreijähriger Mutterschafts- und Erziehungszeit

2. Es ist weder verfassungs- noch gemeinschaftsrechtswidrig, wenn Arbeitsentgelt, das eine Frau wegen

Schwangerschaft und anschließenden Kindererziehungszeiten länger als drei Jahre vor Eintritt des

Versicherungsfalles bezogen hat, nicht als Bemessungsentgelt für die Bemessung von Arbeitslosengeld herangezogen wird (Anschluss an

BSG, Urteil vom 29. Mai 2008, B [11a/7a AL 64/06 R](#))

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 7. November 2006 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden Arbeitslosengeldes (Alg).

Die 1963 geborene verheiratete Klägerin stand seit dem 18. August 1980 in einem Beschäftigungsverhältnis als Bürokauffrau bei der Firma H P in Ha. Vom 13. Mai 2000 bis zum 16. September 2000 bezog sie Mutterschaftsgeld und anschließend bis zum 16. Dezember 2000 Erziehungsgeld. In der anschließenden Erziehungszeit bis 16. Juni 2003 bezog die Klägerin wegen anzurechnenden Ehegatteneinkommens keine Leistungen. Das Arbeitsverhältnis wurde am 5. Mai 2003 zum 17. Juni 2003 durch Aufhebungsvertrag beendet. Hintergrund war, dass die Klägerin nach Beendigung ihrer Elternzeit ab dem 17. Juni 2003 wegen der Pflege und Versorgung ihres am 17. Juni 2000 geborenen Kindes nur noch in Teilzeit hätte arbeiten wollen; für eine solche Teilzeitbeschäftigung bestand in dem Betrieb keine Möglichkeit.

Am 3. Juni 2003 meldete die Klägerin sich bei der Beklagten arbeitslos und beantragte Alg. Dabei gab sie an, wegen der Betreuung ihres Kindes wöchentlich höchstens 20 Stunden jeweils in der Zeit von 13.00 bis 17.00 Uhr arbeiten zu können. In einem Aktenvermerk der Beklagten (Bl. 28 der Verwaltungsvorgänge) werden als von der Klägerin gewünschte Tätigkeiten und realisierbare Alternativen beschrieben:

"Tätigkeit in Kundenbetreuung, Kassiererin, Bürokauffrau z.B. im Ein- und Verkauf, Buchhalterin, offen für andere Tätigkeiten, da der Verdienst momentan im Vordergrund steht".

Mit Bescheid vom 19. August 2003 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 25. und 29. September 2003 bewilligte die Beklagte ihr Alg für 360 Kalendertage ab dem 17. Juni 2003 auf der Grundlage eines Bemessungsentgelts von wöchentlich 879,42 EUR (gerundet 880,00 EUR). Die Leistungshöhe betrug wöchentlich 215,74 EUR (Leistungsgruppe D, erhöhter Leistungssatz [67%]). Für das Bemessungsentgelt ging die Beklagte von einem im Groß- und Außenhandel tariflich erzielbaren Einkommen als Bürokauffrau bei einer Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden aus. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klägerin sich für 20 Wochenstunden zur Verfügung gestellt hatte, errechnete die Beklagte hieraus ein fiktives Monatseinkommen von 879,42 EUR, das sie der Leistungsberechnung versehentlich als wöchentliches Bemessungsentgelt zugrunde legte.

Nach Feststellung dieses Fehlers reduzierte die Beklagte die Leistungshöhe ab 1. Oktober 2003 mit Änderungsbescheid vom 22. Oktober 2003 auf 78,40 EUR wöchentlich (Bemessungsentgelt gerundet 879,42 EUR x 13: 3 = 202,94 EUR, gerundet 205 EUR, Leistungsgruppe D, erhöhter Leistungssatz). Mit Schreiben vom 10. November 2003 erläuterte die Beklagte die Änderung ab 1. Oktober 2003 und führte aus, dass das der Klägerin zustehende Alg nicht wie üblich auf der Grundlage eines tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts habe berechnet werden können, weil ein Bemessungszeitraum von mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt innerhalb der letzten drei Jahre vor Entstehung

des Anspruchs nicht feststellbar sei (§ 133 Abs. 4 Drittes Buch Sozialgesetzbuch [SGB III]). Es sei daher von dem tariflichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung auszugehen, auf die das Arbeitsamt (heute: Arbeitsagentur) die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken habe. Nach diesen Vorschriften sei der Bemessung ein tarifliches Arbeitsentgelt von monatlich 1.692,89 EUR nach dem Groß- und Außenhandel zugrunde gelegt worden, das die Klägerin als Bürokauffrau erzielen könne. Bei einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 20 Stunden errechne sich ein wöchentliches Arbeitsentgelt von 202,94 EUR, das nach § 132 Abs. 3 SGB III auf 205,00 EUR zu runden sei.

Gegen die Kürzung der Leistung erhob die Klägerin mit Schreiben vom 27. Oktober 2003 Widerspruch. Sie führte aus, dass sie 1999 in Vollzeit (tarifliche Arbeitszeit 36 Stunden wöchentlich) zuletzt umgerechnet 37.558,16 EUR brutto im Jahr verdient habe. Wenn die Beklagte zunächst von einem Bemessungsentgelt von 880,00 EUR ausgegangen sei und hierfür 36 Wochenstunde zugrunde zu legen seien, errechne sich für eine Arbeitszeit von 20 Stunden ein Bemessungsentgelt von 490,00 EUR, nicht jedoch von (nur) 205,00 EUR. Die von der Beklagten vorgenommene Herabstufung könne nicht rechters sein. Sie habe 20 Jahre als gelernte Bürokauffrau in der Lohn- und Finanzbuchhaltung gearbeitet, davon mindestens die letzten 13 Jahre als Leiterin der Buchhaltung. Nunmehr werde sie gewissermaßen dafür bestraft, dass sie während ihrer Erziehungszeit kein Einkommen bezogen habe. Das von der Beklagten in Ansatz gebrachte Einkommen entspreche im Kfz-Gewerbe in etwa dem Einkommen einer Bürokauffrau, die im zweiten Berufsjahr unter Anleitung arbeite.

Mit Änderungsbescheid vom 7. Januar 2004 änderte die Beklagte den ab 1. Oktober 2003 zu zahlenden wöchentlichen Leistungsbetrag auf 99,82 EUR. Dabei legte sie bei im Übrigen unveränderten Berechnungsgrundlagen ein Bemessungsentgelt von 285,00 EUR zugrunde. Mit nicht näher datiertem Änderungsbescheid vom Januar 2004 wurde die Leistungshöhe in Anwendung der Leistungsentgeltverordnung 2004 auf 84,07 EUR festgesetzt, wobei der Berechnung wiederum das niedrigere Bemessungsentgelt von 205,00 EUR zugrunde gelegt wurde. Mit Änderungsbescheid vom 9. Januar 2004 erhöhte die Beklagte den ab 1. Januar 2004 zu zahlenden Leistungsbetrag bei Korrektur des Bemessungsentgelts (285,00 EUR) auf 101,85 EUR. Die vorgenannten Bescheide wurden Gegenstand des Widerspruchsverfahrens.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Juli 2004 wies die Beklagte den Widerspruch insoweit zurück, als damit höhere Leistungen als das auf der Grundlage eines Bemessungsentgelts von wöchentlich 285,00 EUR gewährte Alg geltend gemacht wurden. Die Beklagte erläuterte die Bestimmungen der §§ 129, 130, 132 und 133 SGB III und wiederholte, dass hier für der Bemessung des erzielbaren Entgelts nicht die tatsächlichen beruflichen Tätigkeiten der Klägerin maßgebend seien, weil die Klägerin in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Vielmehr sei das Gehalt maßgebend, das die Klägerin derzeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erzielen könne. In Änderung der ursprünglichen Einstufung sei mit den Änderungsbescheiden die Gehaltsstufe 5 (Lohn- und Finanzbuchhaltung) nach dreijähriger Tätigkeit mit 2.367,28 EUR bei einer Arbeitszeit von wöchentlich 38,5 Stunden zugrunde gelegt worden. Unter Berücksichtigung der eingeschränkten Verfügbarkeit der Klägerin errechne sich hieraus ein gerundetes Bemessungsentgelt von 285,00 EUR.

Darüber hinaus bestätigte die Beklagte mit dem Widerspruchsbescheid vom 28. Juli 2004 einen den Leistungszeitraum vom 17. Juni bis 30. September 2003 betreffenden Teilaufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 19. Mai 2004, der aus ihrer Sicht ebenfalls Gegenstand des Widerspruchsverfahrens geworden war.

Die Klägerin hat am 30. August 2004 bei dem Sozialgericht (SG) Itzehoe Klage erhoben, mit der sie nur noch höhere Leistungen geltend gemacht hat, nachdem die Beklagte den Teilaufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 19. Mai 2004 im Juli 2006 aufgehoben hat. Zur Begründung hat sie ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie geltend gemacht: Wenn in Anwendung von § 133 Abs. 4 SGB III Bemessungsentgelt das tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung sei, auf die das Arbeitsamt die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken habe, so sei hier eine ihrer früheren Beschäftigung vergleichbare Tätigkeit im Kraftfahrzeuggewerbe heranzuziehen. Nach dem ab 1. März 2004 geltenden Gehaltstarifvertrag sei sie dort angesichts ihrer Qualifikation mindestens in die Gehaltsgruppe V einzustufen. Für Angestellte mit selbständiger und verantwortlicher Tätigkeit und entsprechendem Arbeitsbereich sei dort nach drei Berufsjahren ab 1. April 2004 ein tarifliches Monatsgehalt von 3.180,00 EUR vorgesehen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Wochenarbeitszeit im Kfz-Gewerbe tarifrechtlich 36 Stunden umfasse. Hieraus errechne sich ein wöchentliches Bemessungsentgelt von 407,69 EUR ($3.180,00 : 36 \times 20 = 1.766,66$ EUR monatlich; $1.766,66 \text{ EUR} \times 13 = 407,69$ EUR wöchentlich).

Des Weiteren hat die Klägerin die Auffassung vertreten, dass die in § 133 Abs. 4 SGB III vorgenommene Beschränkung des Bemessungsrahmens auf drei Jahre wegen Verstoßes gegen Art. 6 Grundgesetz (GG) verfassungswidrig sei und auch gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot von Frauen verstoße.

Die Klägerin hat wörtlich beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 18. August 2003, 29. September 2003, 22. Oktober 2003, Januar 2004, 7. Januar 2004 und 9. Januar 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2004 insoweit aufzuheben, als Leistungen nach einem Bemessungsentgelt von weniger als 408,00 EUR gewährt wurden.

Die Beklagte hat unter Bezugnahme auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ergänzend hat sie ausgeführt: Da nach Einschätzung der Vermittlung im Bereich des Groß- und Außenhandels bessere Vermittlungschancen bestünden, sei die Bemessung hiernach vorgenommen worden. Der von der Klägerin zitierte Ha er Gehaltstarifvertrag für das Kfz-Handwerk sei insoweit nicht maßgebend.

Die Klägerin hat erwidert, dass sie ihre Vermittlungsaussichten angesichts ihrer langjährigen Tätigkeit im Kfz-Gewerbe dort günstiger einschätze als im Groß- und Außenhandel, so dass sie an der Maßgeblichkeit der im Kfz-Gewerbe gezahlten Tariflöhne festhalte. Die Beklagte habe auch nicht geltend gemacht, dass ihre - der Klägerin - Wiedereinstellung im Kfz-Gewerbe zwischenzeitlich erschwert sei.

Nach mündlicher Verhandlung am 7. November 2006 hat das SG die Klage mit Urteil vom selben Tage abgewiesen und zur Begründung im

Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei zulässig, aber nicht begründet. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf höheres Alg. Die Beklagte habe die maßgeblichen Bestimmungen - insbesondere auch [§ 133 Abs. 4 SGB III](#) - rechtsfehlerfrei angewandt. Die Beklagte sei zu der Prüfung verpflichtet gewesen, für welche Beschäftigung die Klägerin nach ihrem Lebensalter und ihrer Leistungsfähigkeit unter angemessener Berücksichtigung ihres Berufs und ihrer Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht gekommen sei. Vorliegend sei nicht erkennbar, dass die Klägerin nicht mehr als Bürokauffrau habe arbeiten und entsprechenden Verdienst erzielen können. Zwar habe sie sich auch für eine Beschäftigung als Kassiererin oder in der Kundenbetreuung zur Verfügung gestellt; insoweit sei jedoch die höher qualifizierte und bezahlte Vermittlungsmöglichkeit als Bürokauffrau maßgeblich. Die Klägerin könne indes nicht verlangen, nach einem Tarifvertrag eingestuft zu werden, der nur ein sehr kleines Segment des für sie insgesamt in Frage kommenden Arbeitsmarktes für Bürokauffrauen abdecke. Maßgeblich sei vielmehr der Tariflohn in dem Segment, in dem die Klägerin mit der größten Wahrscheinlichkeit vermittelt werden könnte. Dies sei der Bereich des Groß- und Außenhandels, weil hier der zahlenmäßige Schwerpunkt der bestehenden Arbeitsplätze und folglich auch der voraussichtlich zu vermittelnden Stellen bestehe. Da die Beklagte das Bemessungsentgelt auf der Grundlage dieser Einschätzung berechnet habe, sei diese angefochtene Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden. Es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, auf welcher Basis die Wahrscheinlichkeit einer voraussichtlichen Vermittlung anders zu beurteilen sein solle. Die verfassungsrechtlichen Bedenken der Klägerin gegen die hier angewandte gesetzliche Regelung teile das Gericht nicht.

Gegen diese ihren Prozessbevollmächtigten am 23. November 2006 zugestellte Entscheidung richtet sich die am 27. Dezember 2007 bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht (LSG) eingelegte Berufung der Klägerin. Auf Antrag der Beteiligten ist mit Beschluss vom 8. August 2007 im Hinblick auf das seinerzeit bei dem Bundessozialgericht (BSG) anhängige Verfahren B [11a/7a AL 64/06 R](#) das Ruhen des Verfahrens angeordnet worden. Nachdem dieses Verfahren mit Urteil des BSG vom 29. Mai 2008 (veröffentlicht in juris) abgeschlossen worden ist, hat die Klägerin die Fortführung des vorliegenden Rechtsstreits beantragt.

Zur Begründung ihrer Berufung wiederholt die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen und vertieft insbesondere ihre verfassungs- und europarechtlichen Bedenken gegen die von der Beklagten angewandten Bestimmungen. [§ 133 Abs. 4 SGB III](#) in der seinerzeit geltenden Fassung sei verfassungskonform dahin auszulegen, dass in Fällen wie dem vorliegenden auch die im Berufsleben tatsächlich erbrachten Leistungen berücksichtigt werden müssten. Wenn einer Mutter bei Nutzung der Erziehungszeit eine ungünstige fiktive Bemessung drohe, verstoße dies gegen [Art. 6 Abs. 4 GG](#). Auch bestehe kein sachlicher Grund dafür, sie nach Eintritt ihrer Mutterschaftsbedingten Arbeitslosigkeit einem Langzeitarbeitslosen gleichzustellen. Es werde auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass sie jahrelang Beiträge zur Arbeitslosenversicherung auf der Grundlage ihres tatsächlich erarbeiteten Einkommens geleistet habe. Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf den Schriftsatz vom 3. April 2007 Bezug genommen. Zu der BSG-Entscheidung vom 29. Mai 2008 macht die Klägerin geltend, dass sie in Kenntnis dieser Rechtsprechung weiterhin von der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide ausgehe. Die BSG-Entscheidung könne insbesondere im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Bedenken nicht überzeugen. Die durch die fiktive Alg-Bemessung für sie entstehende geschlechtsspezifische Diskriminierung sei geradezu offensichtlich. Die vom BSG angenommene sachliche Rechtfertigung halte sie nicht für nachvollziehbar.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 7. November 2006 aufzuheben, die Bescheide der Beklagten vom 18. August 2003, 29. September 2003, 22. Oktober 2003, Januar 2004, 7. Januar 2004 und 9. Januar 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2004 zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, ihr ab dem 1. Oktober 2003 Arbeitslosengeld nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 408,00 EUR zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt das angefochtene Urteil und tritt den geltend gemachten verfassungs- und europarechtlichen Bedenken der Klägerin unter Hinweis auf Rechtsprechung des BSG entgegen. Insbesondere sieht die Beklagte sich in ihrer Rechtsauffassung durch die BSG-Entscheidung vom 29. Mai 2008 gestützt.

Ergänzend reicht die Beklagte seinerzeitige Stellenangebote zur Akte, die auch bereits dem Sozialgericht vorgelegt worden sind.

Dem Senat haben die die Klägerin betreffenden Verwaltungsvorgänge der Beklagten und die Gerichtsakten vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird hierauf Bezug genommen.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden konnte ([§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \[SGG\]](#) i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#)) ist zulässig, aber nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, wobei der Senat das Begehren der Klägerin allerdings über das vom SG zugrunde gelegte bloße Anfechtungsbegehren hinaus als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage auslegt. Dies führt inhaltlich indessen zu keiner anderen Beurteilung; die Klägerin hat aus den bereits vom SG beschriebenen Gründen keinen Anspruch auf höheres Alg unter Zugrundelegung eines wöchentlichen Bemessungsentgelts von 408,00 EUR.

In der Sache handelt es sich um einen Höhenstreit, bei dem nach ständiger Rechtsprechung des BSG (zuletzt Urteil vom 21. Januar 2009, [B 7 AL 46/07 R](#), veröffentlicht in juris, m.w.N.) Grund und Höhe des Alg-Anspruchs in vollem Umfang gerichtlich zu überprüfen sind.

Maßgebend sind hier die Bestimmungen des SGB III in der 2003 geltenden Fassung (a.F.). Nach [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) a.F. haben Anspruch auf Alg Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Die Klägerin war nach der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Aufhebungsvertrag vom 5. Mai 2003 ab 17. Juni 2003 arbeitslos; sie hat sich am

3. Juni 2003 mit Wirkung zum 17. Juni 2003 bei der Beklagten arbeitslos gemeldet. Die Anwartschaftszeit (§§ 123, 124 SGB III a.F.) 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 a.F.). Zum Versicherungspflichtverhältnis finden sich nähere Bestimmungen in § 24ff. SGB III, wobei die Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt den Regelfall darstellt (vgl. § 24 Abs. 1 i.V.m. § 25 Abs. 1 SGB III). Die Rahmenfrist beträgt nach § 124 Abs. 1 SGB III a.F. drei Jahre; sie beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg. Die (reguläre) Rahmenfrist begann hier am 16. Juni 2003 und reichte bis zum 17. Juni 2000 zurück. Innerhalb dieses Zeitraums hat die Klägerin die Anwartschaftszeit nicht bereits durch die Kindererziehungszeit erfüllt. Zwar sind nach § 26 Abs. 2a SGB III in der ab 1. Januar 2003 geltenden Fassung Personen in der Zeit, in der sie im Inland ein eigenes Kind erziehen, welches das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, versicherungspflichtig, wenn sie unmittelbar vor der Kindererziehung versicherungspflichtig waren. Diese Vorschrift vermag allerdings für eine vor Januar 2003 liegende Versicherungszeit keine Versicherungspflicht zu begründen (vgl. BSG, Urteil vom 19. Januar 2005, B 11a/11 AL 35/04 R, [SozR 4-4300 § 147 Nr. 3](#)); die Erziehungszeit vom 1. Januar bis 16. Juni 2003 reicht zur Erfüllung einer Anwartschaft nicht aus.

Ob die Zeit des Bezugs von Mutterschaftsgeld vom 13. Mai 2000 bis 16. September 2000 hier nach § 427a SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 19. April 2007 ([BGBl. I S. 538](#)) einer versicherungspflichtigen Beschäftigung gleichgestellt werden, kann offen bleiben, weil auch unter Berücksichtigung dieser Zeit in Zusammenrechnung mit der Kindererziehungszeit im Jahre 2003 die erforderliche Anwartschaftszeit von mindestens zwölf Monaten nicht erfüllt wäre.

Vorliegend verlängerte sich die Rahmenfrist allerdings nach § 124 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB III in der bis Ende 2002 geltenden Fassung, die nach § 434d Abs. 2 für Betreuungs- und Erziehungszeiten vor dem 1. Januar 2003 weiterhin anzuwenden ist, um die berücksichtigungsfähigen Zeiten der Betreuung und Erziehung eines Kindes (vgl. dazu allg. BSG, Urteil vom 19. Januar 2005, [a.a.O.](#)). Berücksichtigungsfähig sind dabei Zeiten, in denen das Kind das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Die Rahmenfrist hat sich danach im vorliegenden Fall um die Dauer des Zeitraums vom 17. Juni 2000 bis zum 31. Dezember 2002 verlängert und reicht somit bis in das Jahr 1997 zurück. In dieser verlängerten Rahmenfrist war die Klägerin länger als zwölf Monate versicherungspflichtig bei der Firma H P in Ha beschäftigt, so dass die erforderliche Anwartschaftszeit in jedem Fall erfüllt war.

Nach § 129 Nr. 1 SGB III a.F. beträgt das Alg für Arbeitslose, die - wie die Klägerin - mindestens ein Kind im Sinne von § 32 Abs. 1, 3 bis 5 Einkommenssteuergesetz haben, 67% (erhöhter Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), welches sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 SGB III a.F. umfasst der Bemessungszeitraum die Entgeltabrechnungszeiträume, die in den letzten 52 Wochen vor der Entstehung des Anspruches, in denen Versicherungspflicht bestand, enthalten sind und beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem Versicherungspflichtverhältnis vor der Entstehung des Anspruches abgerechnet waren. Enthält der Bemessungszeitraum weniger als 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt, so verlängert er sich um weitere Entgeltabrechnungszeiträume, bis 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt erreicht sind (§ 130 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F.). Kann ein Bemessungszeitraum von mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt, bei Saisonarbeitnehmern von 20 Wochen mit Anspruch auf Entgelt, innerhalb der letzten drei Jahre vor der Entstehung des Anspruchs nicht festgestellt werden, ist Bemessungsentgelt das tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung, auf die das Arbeitsamt die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat (§ 133 Abs. 1 SGB III a.F.). Nach diesen Maßstäben ist die Beklagte zu Recht davon ausgegangen, dass das von der Klägerin vor Beginn ihrer Mutterschaft erzielte Arbeitsentgelt bei der Firma H P nicht als Bemessungsentgelt zugrunde gelegt werden kann, weil die entsprechenden Entgeltabrechnungszeiträume außerhalb des Bemessungsrahmens liegen. Denn der Bemessungsrahmen konnte nach den genannten Bestimmungen maximal drei Jahre vor dem 17. Juni 2003 umfassen; § 133 Abs. 4 SGB III a.F. legte insoweit der Sache nach eine absolute Höchstdauer fest. Innerhalb dieses Rahmens lässt sich kein ausreichend langer Bemessungszeitraum mit mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt feststellen. Aus diesem Grunde haben - wie die Beklagte und das Sozialgericht zutreffend festgestellt haben - die Voraussetzungen für eine fiktive Bemessung nach § 133 Abs. 4 SGB III a.F. vorgelegen. Das von der Klägerin bis Mai 2000 erzielte Arbeitsentgelt musste deshalb für die Höhe des Alg-Anspruchs unberücksichtigt bleiben.

Abzustellen ist somit auf das erzielbare (fiktive) Entgelt. Dazu bestimmt der Gesetzeswortlaut, dass erzielbar das tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung ist, auf die das Arbeitsamt die Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken hat. Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 SGB III sind bei der Vermittlung Neigung, Eignung und Leistungsfähigkeit der Arbeitsuchenden sowie die Anforderungen der angebotenen Stellen zu berücksichtigen. Insofern ist zunächst festzustellen, für welche Beschäftigungen der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter angemessener Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt, wobei auch zu prüfen ist, ob der Arbeitslose bundesweit vermittelbar oder in seiner Vermittlungsfähigkeit eingeschränkt ist (vgl. zu Vorstehendem Brand in Niesel, SGB III, 2. Aufl. § 133 Rz 15). Schließlich ist festzustellen, welches tarifliche oder ortsübliche Arbeitsentgelt dieser Beschäftigung zuzuordnen ist.

Nach diesen Maßstäben ist die von der Beklagten vorgenommene Einstufung nach dem Groß- und Außenhandelarstarif Schleswig-Holstein (Gehaltsgruppe 5 [Lohn- und Finanzbuchhaltung] nach dreijähriger Tätigkeit) mit monatlich 2.367,28 EUR bei einer Arbeitszeit von monatlich 38,5 Stunden nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Klägerin sich der Arbeitsvermittlung lediglich für 20 Wochenstunden zur Verfügung gestellt hat, errechnet sich hieraus - wie im Widerspruchsbescheid im Einzelnen dargelegt - ein gerundetes Bemessungsentgelt von 285,00 EUR.

Die Auffassung der Klägerin, dass angesichts ihrer früheren Tätigkeit auf das Kfz-Gewerbe abzustellen sei, teilt der Senat nicht. Denn die Beklagte hat im gerichtlichen Verfahren unter Vorlage von Übersichten über die zur damaligen Zeit vorliegenden Stellenangebote überzeugend dargelegt, dass für Bürokaufleute im Bereich des Kfz-Gewerbes keine Beschäftigungsmöglichkeiten in nennenswertem Umfang vorhanden waren. Der Senat macht sich deshalb die von der Beklagten vertretene Auffassung zur fiktiven Einstufung der Klägerin zu Eigen und nimmt auf die hierzu gegebene Begründung ausdrücklich Bezug.

Der Senat teilt auch die Auffassung der Klägerin nicht, wonach die hier einschlägigen gesetzlichen Regelungen und die von der Klägerin als Herabstufung empfundene fiktive Bemessung verfassungswidrig seien und gegen Europarecht verstießen. In seinem Urteil vom 29. Mai 2008 (B 11a/7a AL 64/06 R) hat das BSG sich in einem ähnlich gelagerten Fall mit der Frage der Rechts- bzw. Verfassungswidrigkeit der Regelungen ausführlich auseinandergesetzt und die einschlägigen Regelungen letztlich nicht beanstandet. Insbesondere hat das BSG im Einzelnen ausgeführt, dass es nicht gegen Verfassungsrecht ([Art. 6 Abs. 1](#) und [4 GG](#), [Art. 3 Abs. 1 GG](#)) verstoße, wenn ein Arbeitsentgelt,

das eine Frau wegen einer Schwangerschaft und daran anschließenden Kindererziehungszeiten länger als drei Jahre vor Eintritt des Versicherungsfalles erzielt hat, nicht als Bemessungsentgelt für die Alg-Bemessung herangezogen wird. Ebenso hat das BSG gemeinschaftsrechtliche Bedenken diskutiert und die Regelungen nicht für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten. Der Senat schließt sich der vom BSG vertretenen Rechtsauffassung an und nimmt auf die hierzu gegebene Begründung in dem den Beteiligten bekannten Urteil vom 29. Mai 2008 ausdrücklich Bezug. Die Klägerin macht sinngemäß nur noch geltend, dass sie diese Rechtsprechung nicht für überzeugend halte; neue Argumente, mit denen der Senat sich im vorliegenden Verfahren ergänzend auseinanderzusetzen hätte, enthält die Berufungsbegründung indessen nicht. Weitere Ausführungen zur verfassungsrechtlichen und/oder gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung erübrigen sich insoweit.

Nach allem konnte die Berufung keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 Abs. 1 und 4 SGG](#).

Der Senat hat insbesondere im Hinblick auf die vorliegende BSG-Entscheidung vom 29. Mai 2008 keinen Anlass gesehen, nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) die Revision zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2009-10-12