

B 11 AL 30/09 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 2 AL 327/05
Datum
23.05.2006
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 2 AL 84/06
Datum
25.08.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 30/09 R
Datum
24.11.2010
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Bei der Bemessung des Arbeitslosengelds ist eine unbillige Härte erst anzunehmen, wenn das Bemessungsentgelt aus dem erweiterten Bemessungsrahmen das um 10 % erhöhte Bemessungsentgelt aus dem Regelbemessungsrahmen übersteigt.
2. Auf die Umstände des Einzelfalls und insbesondere die Gründe für das geringere Bemessungsentgelt im Regelbemessungsrahmen kommt es für die unbillige Härte nicht an.
Auf die Revision der Beklagten werden das Urteil des Landessozialgerichts Sachsen-Anhalt vom 25. August 2009 sowie das Urteil des Sozialgerichts Halle vom 23. Mai 2006 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Die Beteiligten streiten über die Höhe von Arbeitslosengeld (Alg) und insbesondere darüber, ob die Regelbemessung zu einer unbilligen Härte führt.

2

Die Klägerin war bis zum 31.12.2004 bei der D. GmbH (künftig: Arbeitgeberin) beschäftigt. Während sie dort im Jahr 2003 einen Bruttoarbeitslohn von 31 170,25 Euro inklusive Einmalzahlungen (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Prämie) erzielte, belief sich der Bruttoarbeitslohn für 2004 wegen des Wegfalls von Sonderzahlungen nur noch auf 26 095,95 Euro. Grund war eine Betriebsvereinbarung, die vor dem Hintergrund rückläufiger Teilnehmerzahlen bei den Seminaren der Arbeitgeberin zur Sicherung der Arbeitsplätze dienen sollte.

3

Ab 1.1.2005 bewilligte die Beklagte der Klägerin Alg für die Dauer von 960 Tagen auf der Grundlage des von der Arbeitgeberin bescheinigten Bruttoarbeitsentgelts für die Zeit vom 1.1. bis 31.12.2004 nach einem täglichen Bemessungsentgelt von 71,30 Euro (Bescheid vom 25.2.2005 idF des Änderungsbescheides vom 6.4.2005). Dies ergab einen Zahlbetrag von 32,54 Euro täglich.

4

Den Antrag auf Berücksichtigung des Arbeitsentgelts der letzten zwei Jahre vor der Arbeitslosigkeit lehnte die Beklagte jedoch ab, weil das Bemessungsentgelt aus dem erweiterten Bemessungsrahmen nicht das um 10 % erhöhte Bemessungsentgelt aus dem Regelbemessungsrahmen übersteige (Widerspruchsbescheid vom 13.5.2005).

5

Das Sozialgericht (SG) hat die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Alg ab Antragstellung nach dem Bemessungsentgelt zu bewilligen, das sich unter Berücksichtigung des erweiterten Bemessungsrahmens nach [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) ergibt (Urteil vom 23.5.2006). Die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen

ausgeführt: Die Entscheidung der Beklagten sei wegen der Nichtberücksichtigung des Bemessungsentgelts im erweiterten Bemessungsrahmen rechtswidrig. Mit Rücksicht auf dieses Bemessungsentgelt stelle es eine unbillige Härte dar, allein von dem Bemessungsentgelt im Regelbemessungsrahmen auszugehen. Bei einer Differenz zwischen dem Bemessungsentgelt im erweiterten Bemessungsrahmen und demjenigen im Regelbemessungsrahmen von weniger als 5 % sei eine unbillige Härte regelmäßig ausgeschlossen, während sie bei einer Differenz von 10 % und mehr ohne Weiteres bejaht werden könne. Liege die Differenz zwischen 5 und 10 %, was im vorliegenden Fall zutrefte (Regelbemessungsentgelt (71,30 Euro) um 8,99 % niedriger als das Bemessungsentgelt im erweiterten Bemessungsrahmen (78,34 Euro)), sei über das Vorliegen einer unbilligen Härte nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Gründe für die Einkommensminderung zu entscheiden. Deshalb wirke sich hier zugunsten der Klägerin aus, dass sie im Jahr 2004 zur Sicherung des Arbeitsplatzes auf einen Teil ihres Lohnes verzichtet habe. Diese Anstrengung zur Erhaltung des Arbeitsplatzes rechtfertige die Annahme einer unbilligen Härte (Urteil vom 25.8.2009).

6

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte eine Verletzung des [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) und trägt ua vor, die Härteregelung erfasse nur Fälle, in denen das geringere Arbeitsentgelt des Bemessungszeitraums für die Höhe des Alg nicht ausreichend repräsentativ sei. Dabei sei es für das Vorliegen einer unbilligen Härte unerheblich, auf welche Umstände der Minderverdienst zurückzuführen sei. Es sei auch nicht unbillig, die Grenze bei einer Differenz der Bemessungsentgelte von 10 % zu ziehen, zumal sich dies auf die Höhe des Alg effektiv nur in Höhe der Lohnersatzquote (von hier 60 %) auswirke.

7

Die Beklagte beantragt, die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Klage abzuweisen.

8

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II

10

Die Revision ist begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Die Klage war unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen abzuweisen. Die Bemessung des Alg nach dem Regelbemessungsentgelt ist nicht zu beanstanden. Eine unbillige Härte liegt nicht vor.

11

1. Das Klagebegehren ist als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 und 4 SGG](#)) aufzufassen und betrifft einen Höhenstreit, sodass nach der ständigen Rechtsprechung der für den Bereich der Arbeitsförderung zuständigen Senate des Bundessozialgerichts (BSG) Grund und Höhe des Leistungsanspruchs grundsätzlich in vollem Umfang zu überprüfen sind (vgl zB [BSGE 100, 295 = SozR 4-4300 § 132 Nr 1](#) mwN). Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Alg dem Grunde nach ([§§ 117 Abs 1 Nr 1, 118 SGB III](#)), ohne deren Vorliegen auch eine Klage auf höhere Leistung keinen Erfolg haben kann (vgl zB BSG aaO), hat das LSG hinreichend deutlich und bindend ([§ 163 SGG](#)) festgestellt. Ein Anspruch auf höheres Alg steht der Klägerin allerdings ab 1.1.2005 nicht zu.

12

2. Nach [§ 129 Nr 1 SGB III](#) (in der seit 1.8.2001 geltenden Fassung durch Gesetz vom 16.2.2001, [BGBl I 266](#)) beträgt das Alg, falls - wie hier - kein Kind iS des [§ 32 Abs 1](#), 3 bis 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu berücksichtigen ist, 60 vH (allgemeiner Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Bemessungsentgelt ist das durchschnittlich auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat ([§ 131 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) in der seit 1.1.2005 geltenden Fassung durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, [BGBl I 2848](#) (künftig: Gesetz vom 23.12.2003), die mangels einer abweichenden Übergangsregelung in [§ 434j SGB III](#) anzuwenden ist).

13

3. Nach [§ 130 SGB III](#) (idF des Gesetzes vom 23.12.2003) umfasst der Bemessungszeitraum die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen (Abs 1 Satz 1). Der (als Regel konzipierte) Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs (Abs 1 Satz 2). Der Bemessungsrahmen wird (ua) auf zwei Jahre erweitert, wenn es mit Rücksicht auf das Bemessungsentgelt im erweiterten Bemessungsrahmen unbillig hart wäre, von dem Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum auszugehen (Abs 3 Satz 1 Nr 2). Diese Regelung ist nur anzuwenden, wenn der Arbeitslose dies verlangt und die zur Bemessung erforderlichen Unterlagen vorlegt (Abs 3 Satz 2).

14

a) Danach begegnet es keinen Bedenken, dass das LSG als Regelbemessungsrahmen ([§ 130 Abs 1 Satz 2 SGB III](#)) die Zeit vom 1.1. bis 31.12.2004 angesehen hat. Dieser Zeitraum war nach den Feststellungen lückenlos mit beim Ausscheiden der Klägerin aus dem

Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträumen mit einem Arbeitseinkommen von 26 095,95 Euro belegt und umfasste 366 Kalendertage (2004 war ein Schaltjahr). Daraus leitet sich gemäß [§ 131 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) als Bemessungsentgelt ein durchschnittliches tägliches Arbeitsentgelt von (26 095,95 Euro: 366 Tage =) 71,30 Euro ab (zur Berechnung nach Kalendertagen vgl Senatsurteil vom 6.5.2009, [B 11 AL 7/08 R](#), [SozR 4-4300 § 130 Nr 5](#)). Anhaltspunkte dafür, dass beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis weitere Arbeitsentgeltansprüche bestanden haben, die als erzielt gelten, wenn sie zugeflossen oder nur wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht zugeflossen sind ([§ 131 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) idF durch das Gesetz vom 23.12.2003; hierzu [BSG SozR 4-4300 § 130 Nr 3](#)), sind nach den Feststellungen der Vorinstanz und dem Vorbringen der Klägerin nicht vorhanden.

15

b) Allerdings hat die Klägerin nach den Feststellungen im ebenfalls lückenlos mit Entgeltabrechnungszeiträumen belegten Jahr 2003 ein Bruttoeinkommen von 31 170,25 Euro erzielt. Bei einer Erweiterung des Bemessungsrahmens auf die (365 + 366 =) 731 Kalendertage umfassende Zeit vom 1.1.2003 bis 31.12.2004 ergäbe sich unter Hinzurechnung des bislang festgestellten Arbeitsentgelts von 26 095,95 Euro im Regelbemessungsrahmen ein Gesamtarbeitskommen von 57 266,20 Euro. Daraus würde sich für den erweiterten Bemessungsrahmen ein Bemessungsentgelt von (57 266,20 Euro: 731 Kalendertage =) 78,34 Euro ableiten, sodass das Bemessungsentgelt im Regelbemessungsrahmen um (78,34 Euro - 71,30 Euro =) 7,04 Euro niedriger wäre. Diese Abweichung rechtfertigt indessen nicht die Annahme einer unbilligen Härte. Denn das Bemessungsentgelt aus dem erweiterten Bemessungsrahmen liegt mit 78,34 Euro nicht über dem um 10% erhöhten Regelbemessungsentgelt von 78,43 (71,30 Euro + 7,13 Euro).

16

4. Bei der "unbilligen Härte" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gerichtlich voll überprüfbar ist. Nach Auffassung des Senats ist die Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit (BA) nicht zu beanstanden, wonach eine unbillige Härte erst vorliegt, wenn das Bemessungsentgelt aus dem erweiterten Bemessungsrahmen das um 10% erhöhte Bemessungsentgelt aus dem Regelbemessungsrahmen übersteigt (vgl. Durchführungsanweisungen der BA zu [§ 130 SGB III](#) Anm 4.2, abrufbar unter www.arbeitsagentur.de). Dieser von der Beklagten zugrunde gelegte Maßstab entspricht dem durch die Rechtshistorie (im Folgenden unter a bis c) wie auch die Gesamtsystematik gerechtfertigten Anliegen des Gesetzgebers (im Folgenden unter d und e), eine möglichst verwaltungspraktikable und gleichmäßige Anwendung der Härteregelung zu gewährleisten.

17

a) Bis zum 31.12.1997 ordnete [§ 112 Abs 7 Arbeitsförderungsgesetz \(AFG\)](#) noch eine fiktive Bemessung nach dem aktuell erzielbaren tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelt ua für den Fall an, dass es mit Rücksicht auf die von dem Arbeitslosen in den letzten drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübte berufliche Tätigkeit unbillig hart wäre, von dem für die Regelbemessung maßgeblichen Arbeitsentgelt auszugehen. Bei der Einführung des SGB III durch das Arbeitsförderungs-Reformgesetz (AFRG) vom 24.3.1997 ([BGBl I 594](#)) orientierte sich der Gesetzgeber auf der Tatbestandsseite an dieser Regelung (vgl. [BT-Drucks 13/4941 S 178](#)) und machte ab 1.1.1998 mit [§ 131 Abs 1 SGB III](#) eine Sonderbemessung ua davon abhängig, ob es mit Rücksicht auf die berufliche Tätigkeit, die der Arbeitslose in den letzten zwei Jahren vor der Arbeitslosmeldung überwiegend ausgeübt hat, unbillig hart wäre, von dem Entgelt des Arbeitslosen im Bemessungszeitraum auszugehen. Auf der Rechtsfolgenseite wurde die fiktive Bemessung indessen durch eine Erweiterung des Bemessungszeitraums auf die letzten zwei Jahre vor der Arbeitslosmeldung ersetzt, was maßgeblich der Verwaltungsvereinfachung dienen sollte (BT-Drucks aaO).

18

b) Durch das Zweite SGB III-Änderungsgesetz vom 21.7.1999 ([BGBl I 1648](#)) wurde [§ 131 Abs 1 SGB III](#) mit Wirkung ab 1.8.1999 dahingehend geändert, dass es auf der Tatbestandsseite nunmehr ua darauf ankam, ob es mit Rücksicht auf das Entgelt, das der Arbeitslose in Zeiten der Versicherungspflichtverhältnisse in den letzten zwei Jahren vor dem Ende des Bemessungszeitraums überwiegend erzielt hat, unbillig hart wäre, von dem Entgelt im Bemessungszeitraum auszugehen. Die Bemessung in Härtefällen sollte nunmehr erneut mit dem Ziel der Verwaltungsvereinfachung auf der Grundlage des Entgelts erfolgen, das für die Feststellung der unbilligen Härte maßgebend ist ([BT-Drucks 14/873 S 13](#)). Auch die hier maßgebliche Nachfolgeregelung in [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) stellt - eingekleidet in die Erweiterung des Bemessungsrahmens auf zwei Jahre - der Sache nach auf das in den letzten zwei Jahren erzielte Arbeitsentgelt ab und knüpft daran die Prüfung, ob es mit Rücksicht auf das "Bemessungsentgelt im erweiterten Bemessungsrahmen" unbillig hart wäre, von dem Bemessungsentgelt im Bemessungszeitraum auszugehen. Dass damit eine Abkehr von der Systematik der Vorgängernorm bezweckt war, ist den Gesetzesmotiven ([BT-Drucks 15/1515 S 85](#)) nicht zu entnehmen.

19

c) Allerdings wurde das bei den vorherigen Härtefallregelungen gebräuchliche Tatbestandsmerkmal "überwiegend" aus dem Normtext gestrichen. Nach dem Wortlaut der Neuregelung ist Ausgangspunkt der Härtefallprüfung ("mit Rücksicht auf") jetzt nur noch eine vergleichende Gegenüberstellung der Bemessungsentgelte im Regelbemessungszeitraum einerseits und im erweiterten Bemessungsrahmen andererseits (vgl. Coseriu/Jakob in NK-SGB III, 3. Aufl., [§ 130 RdNr 80 bis 82](#)). Nicht mehr entscheidend ist danach für die Annahme einer unbilligen Härte, ob der Arbeitslose in den letzten zwei Jahren überwiegend mehr verdient hat als im Regelbemessungszeitraum (vgl. Rokita in Schönefelder/Kranz/Wanka, SGB III, [§ 130 RdNr 149](#), Stand Juli 2006; Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, [§ 130 RdNr 89](#), Stand Mai 2008; Lütke in LPK-SGB III, 1. Aufl 2008, [§ 130 RdNr 10](#); aA: Brand in Niesel, SGB III, 5. Aufl 2010, [§ 130 RdNr 16](#); Rolfs in Gagel, SGB III, [§ 130 RdNr 62 und 65](#), Stand April 2010; ähnlich Marschner in GK-SGB III, [§ 130 RdNr 50](#), Stand März 2010, der unter Verweis auf die Rechtsprechung zu [§ 131 SGB III](#) idF des AFRG (BSG [SozR 4-4300 § 416a Nr 1](#)) bei der Härtefallprüfung auch die Dauer der ausgeübten Beschäftigungen für wesentlich hält; widersprüchlich: Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, [§ 130 RdNr 65 und RdNr 69](#), Stand September 2010). Ebenso wenig kann es deshalb auf die von der Rechtsprechung zum früheren Recht für das "Überwiegen" entwickelten Maßstäbe ankommen (vgl. aber Brand aaO, unter Verweis auf BSG [SozR 4100 § 112 Nr 45](#); Rolfs aaO, unter Verweis auf LSG Rheinland-Pfalz [NZA-RR 2007, 158](#) (dort Anschluss an BSG [SozR 3-4100 § 44 Nr 11](#))).

20

d) Nichts an Aktualität eingebüßt hat demgegenüber die Rechtsprechung des BSG zum Vorgängerrecht, wonach bei der Härtefallprüfung und im Interesse einer möglichst verwaltungspraktikablen und gleichmäßigen Anwendung allein auf das Auseinanderklaffen des Regelbemessungsentgelts und des ihm gegenüber zu stellenden Vergleichsentgelts ohne Rücksicht auf die Gründe des Minderverdiensts abzustellen ist (BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#); [BSGE 74, 96](#) = [SozR 3-4100 § 112 Nr 17](#); [BSGE 63, 153](#) = [SozR 4100 § 112 Nr 39](#)). Im Gegenteil legt der Wortlaut des [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) vor seinem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund nahe, erst recht an der Unerheblichkeit der Gründe des Minderverdiensts festzuhalten (so im Ergebnis auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.3.2009, [L 8 AL 3880/08](#); Lüdtke aaO, § 130 RdNr 10; Behrend aaO, RdNr 85, Stand Mai 2008 und RdNr 92, Stand März 2010; Brand aaO, RdNr 16; Valgolio aaO, RdNr 68 und 70; einschränkend: Rokita aaO, § 130 RdNr 152 und 159 f; aa: LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 4.3.2009, [L 12 AL 66/08](#), Revision anhängig unter [B 7 AL 9/09 R](#); LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26.3.2010, [L 3 AL 10/09](#), Revision anhängig unter [B 11 AL 21/10 R](#); Rolfs aaO, RdNr 67). Denn der in der Vergangenheit ua für wesentlich gehaltene Gesichtspunkt der Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens und einer Beschränkung von Ausnahmeregelungen ist sogar noch stärker betont worden (vgl [BT-Drucks 15/1515, S 73](#), 85). Nunmehr ist die Härtefallregelung nämlich anders als zuvor (nach [§ 131 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) idF bis 31.12.2004) "nur" noch anzuwenden, wenn der Arbeitslose es verlangt und darüber hinaus auch die zur Bemessung erforderlichen Unterlagen vorlegt ([§ 130 Abs 3 Satz 2 SGB III](#)). Darin kommt gesteigert das Anliegen einer Entlastung der Verwaltung von eigenen Ermittlungen zum Ausdruck wie auch die Vorstellung, dass die für die Härtefallprüfung erforderlichen Tatsachen jedenfalls in aller Regel schriftlich dokumentiert und deshalb rasch und einfach überprüfbar sind. Unschwer schriftlich nachweisen lassen sich zwar erfahrungsgemäß die miteinander zu vergleichenden Arbeitsentgelte (etwa durch Arbeitsbescheinigungen oder Lohnabrechnungen), nicht jedoch annähernd leicht die Gründe eines Minderverdiensts, die vielschichtiger Art sein können.

21

e) Von daher spricht gerade [§ 130 Abs 3 Satz 2 SGB III](#) dafür, dass die unter Umständen nur mit großem Aufwand aufzuklärenden Gründe für die unterschiedliche Höhe der Arbeitsentgelte nach wie vor unerheblich sind. Bei seiner gegenteiligen Auffassung, wonach es bei der Härtefallprüfung auf die Gründe für den Minderverdienst im Regelbemessungsrahmen ankomme, wenn sich der prozentuale Unterschied zwischen den zu vergleichenden Bemessungsentgelten in einem Bereich zwischen 5 und 10 % bewegt, lässt das LSG nicht zuletzt eine Begründung dafür vermissen, warum der Berücksichtigung der von der Klägerin angegebenen Gründe für den Minderverdienst im Jahr 2004 nicht entgegen steht, dass sie diese Gründe weder bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens noch im bisherigen Prozessverlauf urkundlich belegt hat. Außerdem hätte das LSG ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt, der Lohnverzicht in Gestalt des Wegfalls von Sonderzahlungen (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld und Jahresprämie) rechtfertigte die Annahme einer unbilligen Härte, konsequenterweise auch den Umstand bewerten müssen, dass die Klägerin ausweislich der Arbeitsbescheinigung ihrer Arbeitgeberin vom 3.12.2004 eine Abfindung in Höhe von 20 000 Euro erhalten hat, und sich fragen müssen, ob die mit dem Lohnverzicht einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile hierdurch zumindest anteilig ausgeglichen werden sollten. Insoweit zeigt der vorliegende Fall anschaulich die Schwierigkeiten, die sich bei einem Abstellen auf die Gründe für den Minderverdienst ergeben würden.

22

5. Mit der von ihr für erforderlich gehaltenen Differenz der Bemessungsentgelte von wenigstens 10 %, ausgehend vom Bemessungsentgelt im Regelbemessungsrahmen, hat die Beklagte auch die Untergrenze für die Annahme einer unbilligen Härte nicht unangemessen hoch angesetzt (zur früher weitergehenden Verwaltungspraxis zu [§ 131 SGB III](#) aF vgl Brand in Niesel, SGB III, 2. Aufl 2007, § 131 RdNr 4). Die 10%-Regelung hat sich in anderen Zusammenhängen ebenfalls bewährt.

23

a) Unter der Geltung des [§ 112 Abs 7 AFG](#) hat das BSG entschieden, dass eine unbillige Härte jedenfalls gegeben sei, wenn das Regelbemessungsentgelt um rund 25 % oder noch mehr hinter dem damit zu vergleichenden Entgelt zurückbleibe (BSG [SozR 4100 § 112 Nr 19](#); [BSGE 45, 49](#) = [SozR 4100 § 112 Nr 6](#); [BSGE 63, 153](#) = [SozR 4100 § 112 Nr 39](#); BSG [SozR 4100 § 112 Nr 35](#); BSG [SozR 4100 § 112 Nr 45](#)). Die Voraussetzungen für die Annahme einer unbilligen Härte sind generalisierend so umschrieben worden, dass ein "deutlich höheres" Vergleichsentgelt erforderlich sei ([BSGE 62, 43](#) = [SozR 4100 § 112 Nr 31](#); BSG [SozR 4100 § 112 Nr 35](#); BSG [SozR 3-4100 § 112 Nr 2](#), S 19 mwN) oder ein "wesentlich geringeres" Arbeitsentgelt im Bemessungszeitraum (BSG [SozR 3-4100 § 44 Nr 11](#), S 39; [BSGE 74, 96](#) = [SozR 3-4100 § 112 Nr 17](#), S 76) bzw ein derartiges Missverhältnis der miteinander zu vergleichenden Entgelte, dass die Regelbemessung den Arbeitslosen "erheblich" benachteiligen würde ([BSGE 45, 49](#), 54 = [SozR 4100 § 112 Nr 6](#), S 17; BSG [SozR 4100 § 112 Nr 28](#), S 130). Nach diesen Maßstäben und unter Beachtung des Ausnahmecharakters der Härtefallregelung ist es nicht angezeigt, schon unterhalb einer Differenz von 10 % zwischen den beiden Bemessungsentgelten ein so wesentliches Missverhältnis zu bejahen, dass die Regelbemessung nicht mehr zumutbar und unbillig hart wäre.

24

b) Für dieses Ergebnis spricht auch eine Betrachtung der in anderem Kontext vertretenen Auffassungen zur Erheblichkeit von Unterschieden. So hat das BSG zur Frage, ob es "unbillig hart" wäre, das Übergangsgeld nach dem letzten, vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit erzielten Entgelt zu berechnen, ausgeführt, nicht schon jede geringe Abweichung vom Normalfall berechne zur Annahme einer unbilligen Härte, sondern nur eine solche Abweichung, die hart sei, also extrem abweiche. Um einen Fall einer derartigen "unbilligen Härte" handle es sich nicht schon dann, wenn das der Berechnung des Übergangsgeldes zugrunde zu legende Entgelt im Bemessungszeitraum um etwa 8 % unter dem Entgelt im Durchschnitt des ganzen letzten Jahres vor Beginn der Maßnahme liege (vgl BSG, Urteil vom 24.7.1980, [5 RJ 18/79](#) zu § 1241a Abs 2 Satz 1 Nr 3 Reichsversicherungsordnung). Zur weiteren Frage, ob ein Arbeitnehmer, der wegen Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit Krankengeld (Krg) begehrt, auf die Verrichtung ihm möglicher anderer Tätigkeiten verwiesen werden darf, hat es sodann in Anlehnung an die Grenzziehungen in anderen Bereichen entschieden, dass eine Lohndifferenz von bis zu 10 % eine Verweisung auf andere Tätigkeiten nicht ausschließe. Denn unter Berücksichtigung der Lohnersatzfunktion des Krg schmälerten Einbußen von unter 10 % das Einkommen nicht derart, dass der Lebensstandard spürbar absinke ([BSGE 61, 66](#), 73 = [SozR 2200 § 182 Nr 104](#) S 227 mwN). Schließlich hat das BSG zu der Bemessung des Elterngeldes bei Selbständigen

entschieden, dass nur ein Abweichen des (zeitlichen) Umfangs der selbständigen Tätigkeit um mindestens 20 % eine erhebliche Abweichung sei, bei der die der typisierenden Fiktion des [§ 2 Abs 9 Satz 1](#) Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz zugrunde liegende Annahme, das Einkommen im Veranlagungszeitraum sei für das Einkommen im maßgeblichen Zwölfmonatszeitraum vor der Geburt des Kindes repräsentativ, nicht mehr gerechtfertigt sei (BSG, Urteil vom 3.12.2009 - [B 10 EG 2/09 R](#) - [SozR 4-7837 § 2 Nr 5](#) RdNr 39).

25

c) Als Orientierungshilfe bietet sich ferner die Rechtsprechung zu der Frage an, wann die Verwertung von Vermögensgegenständen als "offensichtlich unwirtschaftlich" iS des [§ 12 Abs 3 Satz 1 Nr 6](#) Sozialgesetzbuch Zweites Buch (SGB II) anzusehen ist. Denn zum einen geht es auch dabei um die Bewertung eines objektiven finanziellen Missverhältnisses, weil es entscheidend darauf ankommt, wie stark sich der gegenwärtig durch Verwertung realisierbare Verkehrswert eines Vermögensgegenstands von dessen Substanzwert unterscheidet (vgl [BSGE 99, 77](#) = [SozR 4-4200 § 12 Nr 5](#); [BSGE 100, 196](#) = [SozR 4-4200 § 12 Nr 8](#) jeweils mwN). Zum anderen kann der Umstand, dass [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) eine "unbillige Härte" verlangt, als Anhaltspunkt dafür verstanden werden, dass auch die Erheblichkeit des Missverhältnisses der miteinander zu vergleichenden Bemessungsentgelte auf der Hand liegen, dh gleichsam offensichtlich sein muss. Nach der Rechtsprechung des BSG zur Verwertung von Lebensversicherungen ist die Grenze der offensichtlichen Unwirtschaftlichkeit sogar oberhalb des hier streitigen Schwellenwerts von 10 % anzusetzen. Sie ist noch nicht erreicht, wenn der Rückkaufswert 12,9 % unter den eingezahlten Beiträgen liegt, während offen gelassen wurde, ob dasselbe auch noch bei einer Differenz von 18,5 % zwischen den eingezahlten Beiträgen und dem Rückkaufswert angenommen werden könnte ([BSGE 99, 77](#) = [SozR 4-4200 § 12 Nr 5](#); vgl auch [BSGE 100, 196](#) = [SozR 4-4200 § 12 Nr 8](#)).

26

d) Die Verwaltungspraxis der BA, die Grenzziehung bei 10 % vorzunehmen, wird im Übrigen auch überwiegend zustimmend kommentiert (Pawlak in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 11 RdNr 92; Coseriu/Jakob in NK-SGB III, 3. Aufl, § 130 RdNr 86; Marschner in GK-SGB III, § 130 RdNr 50 Stand März 2010; zumindest als Ausgangsgröße auch: Rokita in Schönefelder/Kranz/Wanka, SGB III, § 130 RdNr 153, 158 bis 160, Stand Juli 2006; Behrend in Eicher/Schlegel, § 130 RdNr 91 und 92, Stand März 2010; Rolfs in Gagel, SGB III, § 130 RdNr 66 und 67, Stand April 2010). Nicht überzeugend scheint der gegen einen generellen unteren Schwellenwert von mindestens 10 % erhobene Einwand, dass die Härtefallregelung auf der Rechtsfolgenseite im Gegensatz zum früheren Rechtszustand nicht mehr zu einer fiktiven Bemessung führt, sondern zu einer Bemessung, in die auch die vergleichsweise niedrigen Bemessungsentgelte des Regelbemessungsrahmens einfließen (Behrend aaO, RdNr 92; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 130 RdNr 67, 71 und 72, Stand September 2010; LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 26.3.2010, [L 3 AL 10/09](#), Revision anhängig unter B [11 AL 21/10 R](#)). Denn zum einen ist es hier schon systematisch fragwürdig, die Voraussetzungen für die Anwendung einer Norm von der Rechtsfolgenseite her zu definieren. So hat die Rechtsprechung zum früheren Bemessungsrecht es zu Recht abgelehnt, einen Härtefall iS des [§ 112 Abs 7 AFG](#) unter Vernachlässigung der tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift schon dann anzunehmen, wenn das im Bemessungszeitraum erzielte Arbeitseinkommen unter dem erzielbaren Arbeitsentgelt liegt, das bei Anwendung der Norm für die Bemessung maßgebend wäre (BSG [SozR 3-4100 § 44 Nr 16](#)). Zum anderen läuft die genannte Auffassung auf eine Missachtung des erkennbaren Willens des Gesetzgebers hinaus, dass sich eine unbillige Härte gerade und allein aus dem Missverhältnis der miteinander zu vergleichenden Bemessungsentgelte ergeben muss. Deshalb kann auch die Rechtsprechung des BSG zum früheren Bemessungsrecht, dass der sich bei der vergleichenden Betrachtung der Entgelte ergebende Unterschied "deutlich" bzw "wesentlich" sein muss, um eine unbillige Härte im Sinne eines "erheblichen" Nachteils im Fall der Regelbemessung bejahen zu können, nicht als überholt betrachtet werden.

27

e) Schließlich vermögen gegenüber der von der Beklagten gegenwärtig praktizierten 10 %-Regelung auch verfassungsrechtliche Bedenken jedenfalls nicht durchzugreifen, solange eine Abfederung der mit Verwaltungspraxis einhergehenden Härten möglich ist. Dies ist allerdings der Fall. Denn das Alg ist seiner Konzeption nach eine Entgeltersatzleistung (vgl [§ 116 SGB III](#)) und als solche nicht zwingend darauf ausgerichtet, in jedem Fall das lebensnotwendige Existenzminimum abzudecken. Diese Funktion übernimmt innerhalb des Sozialleistungssystems die Grundsicherung für Arbeitsuchende (vgl [BVerfGE 125, 175](#)), welche auch neben den Bezug von Alg treten kann (vgl [§ 22 Abs 4 SGB III](#), [§ 5 Abs 1 Satz 1 SGB II](#)). Der gegenteiligen, teilweise in der Literatur (vgl Rolfs in Gagel, SGB III, § 130 RdNr 67, Stand April 2010; Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III, § 130 RdNr 92, Stand März 2010) vertretenen Auffassung, die Notwendigkeit einer Inanspruchnahme von Leistungen der Grundsicherung sei schon als solche geeignet, den Härtefall iS des [§ 130 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB III](#) zu begründen, vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Auch die individuelle Betroffenheit der Klägerin gibt keinen Anlass zu einer abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung. Denn ihre Einbuße beim Bemessungsentgelt (7,04 Euro täglich) wirkt sich dahingehend aus, dass bei Bejahung eines Härtefalles statt des bewilligten Zahlungsbetrages von 32,54 Euro täglich (976,20 Euro monatlich) ein Zahlungsbetrag von 35,05 Euro täglich (1051,50 Euro monatlich) zu zahlen wäre (Berechnung nach [www.pub.arbeitsamt.de/alt.html](#)). Gemessen an ihrem Klagebegehren erhält sie somit ca 7 % weniger Alg. Von einer übermäßigen Belastung kann daher - auch unter Berücksichtigung der jeweils aus dem Arbeitsentgelt entrichteten Beiträge - nicht ausgegangen werden (vgl ua [BVerfGE 76, 220](#) = [SozR 4100 § 242b Nr 3](#) - zur Absenkung des Leistungssatzes und Änderung der Bemessungsgrundlage bei bereits bewilligter Leistung). Dahingestellt bleiben kann deshalb auch, ob sich das begehrte höhere Alg im Hinblick auf die von der Klägerin bezogene Rente wegen Berufsunfähigkeit überhaupt effektiv begünstigend auswirken würde (vgl [§ 96a](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - Hinzuverdienstgrenze).

28

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2011-05-26