
Datum: 09.02.2012
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 9 AL 12/11
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2012:0209.L9AL12.11.00

Vorinstanz: Sozialgericht Duisburg, S 33 AL 20/09
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 8 11 AL 6/12 R
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 12.10.2010 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die Höhe des Arbeitslosengeldes. 2

Die 1948 geborene verheiratete Klägerin hat ein am 00.00.1968 geborenes Kind und verfügt über einen Hauptschulabschluss. Nach einer Ausbildung zur Friseurin (August 1963 bis Juni 1966) absolvierte sie im Rahmen der Erbringung von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben vom 01.04.1976 bis zum 31.01.1978 erfolgreich eine Umschulung zur Industriekauffrau. In den folgenden Jahren bildete sie sich erfolgreich zur geprüften Personalfachkauffrau (IHK) weiter (Abschluss am 20.04.1984) und absolvierte am 15.08.1985 erfolgreich die Ausbildereignungsprüfung. Der erfolgreiche Abschluss als Personalfachkauffrau (IHK) berechnete die Klägerin zur Aufnahme eines Fachhochschulstudiums, das sie jedoch nicht absolvierte. 3

Vom 01.06.1978 bis zum 31.12.1980 arbeitete die Klägerin als Verwaltungsfachangestellte bei einem Sozialversicherungsträger. Vom 21.09.1981 bis zum 30.06.1988 war sie bei einem Bergbauzulieferant als Personalsachbearbeiterin beschäftigt. Seit dem 01.07.1988 übte sie 4

die Tätigkeit einer Leiterin - Personal bzw. Bereichsleiterin - Personal aus, zuletzt (seit dem 01.09.1990) bei der Firma C GmbH. Laut dem von der Beklagten im Verwaltungsverfahren beigezogenen Rentenversicherungsverlauf bezog die Klägerin seit 1989 ein Bruttogehalt jenseits der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Als Ergebnis eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs vom 29.09.2004 (Arbeitsgericht Köln, Az.: 9 Ca 7088/02) wurde das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin mit der C Service GmbH mit Wirkung zum 31.12.2002 aufgrund ordentlicher, betriebsbedingter Kündigung aufgelöst. Zugleich wurde für die Zeit vom 01.11.2004 bis zum 31.12.2005 mit der C Kraftwerks GmbH, einer Tochterfirma der C Service GmbH, ein befristetes Beschäftigungsverhältnis der Klägerin als kaufmännische Angestellte mit einem monatlichen Bruttogehalt von 5.130,52 EUR begründet. Vom 17.11.2005 bis 31.12.2008 war die Klägerin krank und erhielt Krankentagegeld von der T Krankenversicherung a.G. 5

Die Klägerin bezog aufgrund einer Arbeitslosmeldung vom 18.11.2002 in der Zeit vom 01.01.2003 bis zum 31.10.2004 Arbeitslosengeld. Am 22.12.2008 meldete sie sich für die Zeit ab dem 01.01.2009 erneut arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. 6

Mit Bescheid vom 21.01.2009 bewilligte die Beklagte der Klägerin ab dem 01.01.2009 für eine Anspruchsdauer von 720 Tagen, d.h. bis zum 31.12.2010 Arbeitslosengeld in Höhe von täglich 37,00 EUR (monatlich 1.110,00 EUR). Die Beklagte legte dabei ausgehend von der Qualifikationsstufe 2 des § 132 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) ein fiktives kalendertägliches Bemessungsentgelt von 84,00 Euro zugrunde, ermittelte hieraus unter Berücksichtigung der in der Lohnsteuerkarte 2009 eingetragenen Lohnsteuerklasse III ein tägliches Leistungsentgelt von 61,66 Euro und setzte hiervon 60% als Leistungssatz fest. 7

Den dagegen eingelegten Widerspruch begründete die Klägerin damit, die Bemessungsgrundlage sei willkürlich festgesetzt worden und entspreche weder ihrer zuletzt ausgeübten Tätigkeit noch ihrem letzten beitragspflichtigen Entgelt. Sie habe 20 Jahre Höchstbeiträge in die Sozialversicherung abgeführt, sich trotz Doppelbelastung durch Beruf und Familie umfangreich weiterqualifiziert und 20 Jahre Berufserfahrung in der Personalleitung gesammelt. Außerdem sehe der Gesetzgeber vor, dass die fiktive Festsetzung des Arbeitsentgelts in der Qualifikationsgruppe zu erfolgen habe, die der beruflichen Qualifikation entspreche, die für die Beschäftigung erforderlich sei, auf die die Agentur für Arbeit ihre Vermittlungsbemühungen in erster Linie erstrecke. In ihrem Fall hätten sich die Vermittlungsbemühungen der Arbeitsagentur durchgängig auf den Beruf der Personalleiterin erstreckt. Sie müsse deshalb in die Qualifikationsgruppe 1 eingeordnet werden, zumal sie die abgeschlossene Weiterbildung zu einem Studium der Betriebswirtschaft berechtige. Zudem sei sie dadurch diskriminiert, dass aufgrund ihrer Erkrankung nicht an das zuletzt bezogene Bruttogehalt angeknüpft werde. 8

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 05.02.2009 als unbegründet zurück. Da sich im Bemessungsrahmen (01.01.2007 - 31.12.2008) keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt feststellen ließen, sei der Bemessung ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das sich entsprechend der beruflichen Qualifikation der Klägerin nach der Qualifikationsgruppe 2 des § 132 Abs. 2 SGB III richte. Die von der Klägerin begehrte fiktive Bemessung des Arbeitslosengeldes nach der Qualifikationsgruppe 1 erfordere zwingend eine abgeschlossene Hochschul- oder Fachhochschulausbildung, die die Klägerin jedoch nicht nachweisen könne. Nach den aktuellen Anforderungen ausgeschriebener Personalleiterstellen sei ein Hochschulabschluss erforderlich. Es müsse zudem berücksichtigt werden, dass die Klägerin in der Zeit vom 17.11.2005 bis 31.08.2008 krankheitsbedingt nicht beruflich tätig war. Ihr fehle daher der praktische Bezug zu den 9

Anforderungen an die Tätigkeit einer Personalleiterin. Die berufspraktischen Kenntnisse der Klägerin für eine derartig hochqualifizierte Tätigkeit entsprächen nicht mehr dem aktuellen Stand. Dies habe zwingend bei der Feststellung der Qualifikationsgruppe einfließen müssen.

Die Klägerin hat am 17.02.2009 Klage zum Sozialgericht (SG) Duisburg erhoben. Sie hat ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und ergänzend vorgetragen, die Vermittlungsbemühungen der Beklagten hätten sich ausweislich des in der Jobbörse der Beklagte für die Klägerin eingestellten Bewerberprofils und der ihr bislang unterbreiteten Stellenangebote sämtlich auf die Stelle einer Personalleiterin konzentriert. Sie habe in Absprache mit ihrer Arbeitsvermittlerin auch ihre Eigenbemühungen fast ausschließlich auf solche Stellen konzentriert. Stellenausschreibungen auf dem Arbeitsmarkt setzten in der Regel alternativ eine akademische Ausbildung oder berufspraktische Erfahrung voraus. Unter Berücksichtigung der üblichen Bedingungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt seien deshalb für die Tätigkeit als Personalleiterin einschlägige berufspraktische Erfahrungen einer akademischen Ausbildung qualitativ durchaus gleichzusetzen. In der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2010 hat die Klägerin zur Unterstützung ihres Vortrags entsprechende Stellenausschreibungen für Personalleiter/innen zu den Akten gereicht. 10

Mit Änderungsbescheid vom 30.05.2009 hat die Beklagte die Höhe des Arbeitslosengeldes rückwirkend ab dem 01.01.2009 auf kalendertäglich 37,23 EUR angehoben. Sie ist dabei weiterhin von einem kalendertäglichen Bemessungsentgelt in Höhe von 84,00 Euro ausgegangen. Aufgrund eines geringen Abzugs für die Lohnsteuer hat sie jedoch nunmehr ein kalendertägliches Leistungsentgelt von 62,05 Euro ermittelt. 11

Die Klägerin hat beantragt, 12

den Bewilligungsbescheid vom 21.01.2009 in der Fassung des Änderungsbewilligungsbescheides vom 30.05.2009, in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.02.2009, für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis 20.12.2010 abzuändern und ihr Arbeitslosengeld I für diesen Zeitraum auf der Grundlage eines Bemessungsentgeltes der Qualifikationsstufe 1 des § 132 SGB III zu bewilligen. 13

Die Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Sie hat auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid Bezug genommen und die Auffassung vertreten, der Tatbestand der Qualifikationsgruppe 1 (§ 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III) sei eindeutig nicht erfüllt, weil die Klägerin keinen Hochschul- oder Fachhochschulabschluss habe. Das BSG habe hierzu auch mehrfach festgestellt, dass der Gesetzgeber auf das formelle Qualifikationsniveau abgestellt habe. Ein unabhängig von der formellen Qualifikation erreichter beruflicher Aufstieg sei demgegenüber nachrangig. Die Klägerin verfüge über einen Hauptschulabschluss. Insofern sei den Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls - langjährige Berufserfahrung - bereits durch die Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 ausreichend Rechnung getragen worden. 16

Auf Anforderung des SG hat die Beklagte VerBIS-Vermerke über die Kontakte der Klägerin zu der für sie zuständigen Arbeitsvermittlerin zu den Akten gereicht. Mit Urteil vom 12.10.2010 hat das SG der Klage stattgegeben und die Beklagte "unter Abänderung des Bewilligungsbescheides vom 21.01.2009 in der Fassung des Änderungsbewilligungsbescheides vom 30.05.2009, in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.02.2009" verpflichtet, "der Klägerin Arbeitslosengeld I für den Zeitraum vom 17

01.01.2009 bis 30.12.2010 auf der Grundlage eines Bemessungsentgeltes der Qualifikationsstufe 1 des § 132 SGB III zu bewilligen" und der Beklagten die außergerichtlichen Kosten der Klägerin auferlegt.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe einen Anspruch auf Arbeitslosengeld ausgehend von einem fiktiven Bemessungsentgelt in Höhe von 100,80 EUR täglich entsprechend der Qualifikationsgruppe 1 des § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III. Die Beklagte habe zu Recht eine fiktive Bemessung gemäß § 132 Abs. 1 SGB III vorgenommen, weil die Klägerin auch im erweiterten Bemessungsrahmen vom 31.12.2008 bis zum 01.01.2007 keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt nachgewiesen habe. Zu Unrecht habe die Beklagte die Klägerin aber der Qualifikationsgruppe 2 zugeordnet, die gemäß § 132 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SGB III für Beschäftigungen gelte, die einen Fachschulabschluss, den Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder einen Abschluss in einer vergleichbaren Einrichtung erforderten. Die Klägerin sei vielmehr gemäß § 132 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III der Qualifikationsgruppe 1 zuzuordnen, die einschlägig sei, wenn es um Beschäftigungen gehe, die eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erforderten. 18

Nach dem klaren Wortlaut des § 132 Abs. 2 S. 1 SGB III sei der Arbeitslose für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspreche, die für die Beschäftigung erforderlich sei, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken habe. § 132 Abs. 2 S. 2 SGB III lege zu diesem Zweck vier näher bezeichnete Qualifikationsgruppen fest, denen jeweils in Abhängigkeit von der für eine Beschäftigung erforderlichen Ausbildung ein Arbeitsentgelt in Höhe eines bestimmten Bruchteils der Bezugsgröße zugeordnet sei. Bei der Frage, auf welche Beschäftigung die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken habe, seien die Tätigkeiten relevant, mit denen der Arbeitslose bestmöglich wieder in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden könne. Das Bemessungsentgelt sei nach diesen gesetzlichen Vorgaben mithin nicht daran zu orientieren, welche formale Ausbildung der Arbeitslose habe, sondern an der Beschäftigung, in der er mit der höchsten Wahrscheinlichkeit wieder den Zugang zum Arbeitsmarkt finde. Kämen mehrere Beschäftigungen in Betracht, richte sich die fiktive Bemessung nach derjenigen, welche die höchste berufliche Qualifikation erfordere und daher mit der für den Arbeitslosen günstigsten Qualifikationsgruppe verbunden sei. 19

An diesen Vorgaben gemessen habe die Beklagte zu Unrecht keine höhere Einstufung als die in die Qualifikationsgruppe 2 vorgenommen. Unbestritten konzentriere die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen auf die Wiedereingliederung der Klägerin als Personalleiterin in den Arbeitsmarkt. Dies ergebe sich unzweifelhaft aus dem von der Beklagten für die Klägerin in ihrem Vermittlungssystem angelegten Bewerberprofil als Leiterin Personal/Sozialwesen und den der Klägerin bislang unterbreiteten Vermittlungsvorschlägen, die in ganz überwiegender Zahl Stellen als Personalleiterin betroffen hätten. An der Richtigkeit dieser Prognose habe das Gericht auch keine Zweifel. Zwar erfülle die Klägerin von ihrem Ausbildungsstand her nicht die formalen Kriterien für eine Personalleiterstelle, die regelmäßig ein akademisches Studium voraussetze. Allerdings habe sich die Klägerin zur qualifizierten Personalkauffrau (IHK) weitergebildet und verfüge über mindestens 14 Jahre Berufserfahrung als Personalleiterin. Wie die von der Klägerin eingereichten Stellenausschreibungen zeigten, würden als Qualifikation für entsprechende Personalleiterstellen alternativ zu einem Studium durchaus auch eine vergleichbare Ausbildung und mehrjährige Berufserfahrung vorausgesetzt. 20

Die Beklagte hätte deshalb die Klägerin entsprechend den Qualifikationsanforderungen der Tätigkeit, auf die sie ihre Vermittlungsbemühungen bezüglich der Klägerin konzentriere - also den Qualifikationsanforderungen an eine Beschäftigung als Personalleiter, die regelmäßig ein Hochschul- oder Fachhochschulstudium voraussetze, - in die Qualifikationsstufe 1 gemäß § 132 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III einordnen und folglich bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes ein fiktives Bemessungsentgelt in Höhe von 100,80 EUR täglich berücksichtigen müssen. Sofern die Beklagte vorliegend eine Einstufung in die Qualifikationsstufe 2 vorgenommen habe, habe sie sich damit in Widerspruch zu ihrer eigenen - nicht zu beanstandenden - Vermittlungsprognose gesetzt.

Gegen das ihr am 16.12.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 11.01.2011 Berufung eingelegt. 22

Zur Begründung trägt sie vor, das SG habe zutreffend festgestellt, dass die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen auf die Wiedereingliederung der Klägerin als Personalleiterin konzentriert habe. Das SG habe dabei auch gesehen, dass die Klägerin von ihrem Ausbildungsstand her nicht die formalen Kriterien für eine Personalleiterstelle erfülle, sich aber zur Personalfachkauffrau IHK weitergebildet habe und über mindestens 14 Jahre Berufserfahrung als Personalleiterin verfüge. Das SG übersehe aber, dass eine Zuordnung zu der jeweiligen Qualifikationsstufe davon abhängt, dass es sich um eine Beschäftigung handle, die eine in § 132 Abs. 2 SGB III genannte Ausbildung bzw. deren Nachweis erfordere. Die Klägerin habe eine Zusammenfassung von Arbeitgeberangeboten bei Gericht eingereicht, aus denen sich ergebe, dass alternativ zu einem wissenschaftlichen Studium eine kaufmännische Ausbildung mit entsprechender Berufserfahrung oder vergleichbarer Ausbildung als Anforderungsprofil genügen. Die formale Qualifikation als qualifizierte Personalkauffrau befähige sie zusammen mit ihrer Berufserfahrung für eine Tätigkeit als Personalleiterin. Hieraus ergebe sich aber, dass für eine Beschäftigung als Personalleiterin nicht zwingend eine Hoch- oder Fachhochschulausbildung verlangt werde. Eine solche Beschäftigung erfordere also nicht einen Abschluss im Hoch- oder Fachhochschulbereich. Es genüge vielmehr das Ausbildungsniveau, dass die Klägerin erlangt habe. 23

Die Beklagte beantragt, 24

das Urteil des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen. 25

Die Klägerin beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und nimmt auf die Ausführungen des SG Bezug. Ergänzend meint sie, auf die schulische oder formale Ausbildung könne es nicht ankommen, da andernfalls § 132 Abs. 2 Satz 1 SGB III letztlich obsolet wäre. Zu ihrer Tätigkeit als kaufmännische Angestellte im Zeitraum vom 01.11.2004 bis zum 31.12.2005 trägt sie vor, auf diese Tätigkeit könne es schon deshalb nicht ankommen, weil sie von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt gewesen sei. 28

Der Senat hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 09.02.2012 angehört. Wegen der Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes nimmt der Senat auf die Prozessakte und die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten Bezug. Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 30

Entscheidungsgründe:	31
Die zulässige Berufung ist begründet. Das SG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben, denn die zulässige Klage ist unbegründet.	32
I. Streitgegenstand ist alleine die Höhe des für den Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2010 bewilligten Arbeitslosengeldes. Insoweit handelt es sich um einen selbstständig anfechtbaren Verfügungssatz des Bescheids über die Bewilligung von Arbeitslosengeld. Allerdings beschränkt sich das Klagebegehren im Sinne von § 123 Sozialgerichtsgesetz (SGG) entgegen der offensichtlich vom SG vertretenen Auffassung nicht auf die Frage, welches Bemessungsentgelt zugrunde zu legen ist. Vielmehr ist unter allen denkbaren Gesichtspunkten zu prüfen, ob der Klägerin ein höheres Arbeitslosengeld zusteht. Eine reine Elementenfeststellung, um die es sich bei einer Beschränkung auf die Höhe des Bemessungsentgelts handelt würde, ist unzulässig (vgl. hierzu BSG, Urt. v. 18.05.2010 - B 7 AL 49/08 R -, juris Rn. 9).	33
Gegenstand der für das Klagebegehren statthaften kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 1. Alt, Abs. 4 SGG ist der Bescheid vom 21.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.02.2009 (vgl. § 95 SGG) sowie des Änderungsbescheids vom 30.05.2009, der gemäß § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist.	34
II. Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin ist durch die angefochtenen Bescheide nicht im Sinne von § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschwert, denn die Bescheide sind rechtmäßig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf ein höheres Arbeitslosengeld im Zeitraum vom 01.01.2009 bis zum 31.12.2010.	35
1. Dem Erfolg der Klage steht allerdings nicht entgegen, dass es bereits an einem Anspruch auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach fehlen würde (zur Notwendigkeit der Prüfung der Anspruchsberechtigung dem Grunde nach bei einer Klage auf höheres Arbeitslosengeld siehe zuletzt BSG, Urt. v. 25.08.2011 - B 11 AL 13/10 R -, juris Rn. 11 m.w.N.). Die Klägerin hatte vielmehr zum 01.01.2009 die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach erfüllt.	36
Sie hat sich am 22.12.2008 mit Wirkung zum 01.01.2009 arbeitslos gemeldet (§ 118 Abs. 1 Nr. 2, § 122 Abs. 1 SGB III). Zu diesem Zeitpunkt war sie beschäftigungslos und hat sich nach dem Ende ihrer Erkrankung uneingeschränkt der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestellt, sodass sie arbeitslos i.S. der § 118 Abs. 1 Nr. 1, § 119 ff SGB III war. Sie hatte schließlich auch die Anwartschaftszeit erfüllt (§ 118 Abs. 1 Nr. 3, §§ 123, 124 SGB III). Innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren, die vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2008 reichte (vgl. § 124 Abs. 1 SGB III), stand die Klägerin durchgehend und damit mehr als 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis (§ 123 Satz 1 SGB III in der hier anwendbaren, bis zum 31.07.2009 geltenden Fassung). In dem genannten Zeitraum bezog die Klägerin von einem privaten Krankenversicherungsunternehmen Krankentagegeld. Dies begründet nach § 26 Abs. 2 Nr. 2 SGB III ein Versicherungspflichtverhältnis, da die Klägerin bis unmittelbar vor Beginn des Bezugs des Krankentagegeldes aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses als kaufmännische Angestellte im Zeitraum vom 01.11.2004 bis zum 31.12.2005 gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III versicherungspflichtig war. Dass sie nach eigenen Angaben während dieses Beschäftigungsverhältnisses von der Erbringung einer Arbeitsleistung freigestellt war, steht einer Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt im Sinne von § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III nicht entgegen, da die Klägerin und die C Kraftwerks GmbH in dem arbeitsgerichtlichen Vergleich ausdrücklich ein solches Beschäftigungsverhältnis ohne tatsächliche Arbeitsleistung	37

vereinbart haben (vgl. Brand, in: Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl. 2010, § 24 Rn. 12, § 25 Rn. 4).

2. Ein höheres Arbeitslosengeld als das von der Beklagten mit Bescheid vom 30.05.2009 bewilligte steht der Klägerin jedoch nicht zu. 38

Nach § 129 Nr. 1 SGB III beträgt das Arbeitslosengeld - 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). 39

a) Die Beklagte ist zutreffend von einem kalendertäglichen Bemessungsentgelt in Höhe von 84,00 Euro ausgegangen. 40

aa) Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 SGB III umfasst der Bemessungszeitraum die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. 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 u.a. 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, hier anwendbar in der bis zum 31.07.2009 geltenden Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt). Nach § 132 Abs. 2 SGB III ist der Arbeitslose für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspricht, die für die Beschäftigung erforderlich ist, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat. Dabei ist zugrunde zu legen für Beschäftigungen, die 41

1. eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 1), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel der Bezugsgröße, 42

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, 43

3. eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordern (Qualifikationsgruppe 3), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Vierhundertfünfzigstel der Bezugsgröße, 44

4. keine Ausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 4), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Sechshundertstel der Bezugsgröße. 45

Die Bezugsgröße im Sinne der Vorschriften für die Sozialversicherung wird in § 18 SGB IV definiert und durch eine auf der Grundlage von § 17 Abs. 2 SGB IV erlassenen Rechtsverordnung (Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung) im Voraus für jedes Kalenderjahr für die alten Bundesländer einerseits und das Beitrittsgebiet andererseits (Bezugsgröße Ost, § 18 Abs. 2 SGB IV) bestimmt. Maßgeblich ist die im Zeitpunkt des 46

Beginns des Anspruchs auf Arbeitslosengeld geltende Bezugsgröße; sie bleibt bis zur Erschöpfung des Arbeitslosengeldanspruchs für die Bemessung des Arbeitslosengeldanspruchs maßgeblich (vgl. BSG, Urt. v. 25.08.2011 - B 11 AL 13/10 R -, juris Rn. 23).

bb) Das SG hat zutreffend festgestellt, dass für die Klägerin im erweiterten Bemessungsrahmen vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2008 ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung (vgl. § 130 Abs. 1 Satz 1 SGB III) nicht festgestellt werden kann, so dass nach § 132 Abs. 1 SGB III ein fiktives Arbeitsentgelt als Bemessungsentgelt zugrunde zu legen ist. Der Senat schließt sich insoweit den Ausführungen des SG an und nimmt auf sie Bezug (§ 153 Abs. 2 SGG). Die Klägerin hat hiergegen auch keine Einwände erhoben. 47

Lediglich ergänzend ist auszuführen, dass das bis zum 31.12.2002 bezogene Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung der Klägerin als Personalleiterin auch nicht deshalb berücksichtigt werden kann, weil die Klägerin zum 01.01.2003 bereits einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben hatte, den sie noch nicht vollständig ausgeschöpft hatte. Dieser Anspruch auf Arbeitslosengeld ist gemäß § 147 Abs. 1 Nr. 1 SGB III mit der Entstehung des neuen Anspruchs auf Arbeitslosengeld dem Grunde nach zum 01.01.2009 erloschen. 48

cc) Das SG hat jedoch die Höhe des als Bemessungsentgelt zugrunde zu legenden fiktiven Arbeitsentgelts unzutreffend bestimmt. Entgegen der Auffassung des SG ist das von der Beklagten in den angefochtenen Bewilligungsbescheiden zugrunde gelegte Bemessungsentgelt von 84,00 Euro ausgehend von der Qualifikationsgruppe 2 gemäß § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III nicht zu beanstanden. 49

Die Höhe des nach § 132 Abs. 2 SGB II anzusetzenden fiktiven Arbeitsentgelts ist in mehreren Schritten zu prüfen (vgl. insoweit auch Coseriu/Jakob, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 132 Rn. 13; Michalla-Munsche, in: BeckOK SGB III, Stand: 01.12.2011, § 132 Rn. 4): Zunächst ist die Beschäftigung zu bestimmen, auf die die Bundesagentur für Arbeit die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat (dazu (1)). Anschließend ist zu prüfen, welche Qualifikation für diese Tätigkeit erforderlich ist. Mit Qualifikation ist dabei, wie sich aus der zwingenden Vorschrift des § 132 Abs. 2 Satz 2 SGB III ("ist zugrunde zu legen") ergibt, nicht ein bestimmtes Niveau beruflicher Kenntnisse und Fertigkeiten, sondern ein bestimmter förmlicher Bildungsabschluss gemeint. Es ist demnach festzustellen, ob für die maßgebliche Tätigkeit ein Hochschul- oder Fachschulabschluss (Qualifikationsgruppe 1), ein Fachschulabschluss, ein Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder ein Abschluss in einer vergleichbaren Einrichtung (Qualifikationsgruppe 2), der Abschluss einer Ausbildung in einem Ausbildungsberuf (Qualifikationsgruppe 3) oder kein Berufsabschluss (Qualifikationsgruppe 4) erforderlich ist. Danach ist dann die Einordnung in die in § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB III genannten Qualifikationsgruppen vorzunehmen (dazu (2)). Schließlich ist das anzusetzende fiktive Bemessungsentgelt entsprechend der einschlägigen Qualifikationsgruppe im Sinn von § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 4 SGB III als Bruchteil der Bezugsgröße zu bestimmen (dazu (3)). 50

(1) Das SG hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Beklagte ihre Vermittlungsbemühungen in erster Linie auf die Tätigkeit einer Leiterin - Personal bzw. Personalleiterin zu erstrecken hat. 51

(a) Nach § 132 Abs. 2 Satz 1 SGG ist nicht die Gesamtbreite der möglichen Beschäftigungen heranzuziehen. Vielmehr sind nur diejenigen Tätigkeiten für die fiktive Bemessung relevant, 52

mit denen der Arbeitslose bestmöglichst in den Arbeitsmarkt eingegliedert werden kann. Hierbei gelten die Kriterien der §§ 35, 36 SGB III. Nach § 35 Abs. 2 SGB III hat die Beklagte bei der Vermittlung die Neigung, Eignung und Leistungsfähigkeit des Arbeitssuchenden sowie die Anforderungen der angebotenen Stellen zu berücksichtigen. Insofern muss ermittelt werden, für welche Beschäftigung 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 (vgl. zum Ganzen BSG, Urt. v. 05.09.2006 - B 7a AL 66/05 R -, juris Rn. 20, 22; Urt. v. 03.12.2009 - B 11 AL 42/08 R -, juris Rn. 15, jeweils m.w.N.). Es handelt sich dabei um eine Prognoseentscheidung, welche im gerichtlichen Verfahren voll überprüfbar ist (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 09.08.2007 - L 7 AL 1160/07 -, juris Rn. 21 m.w.N. zur Rechtsprechung des BSG zum Arbeitsförderungsgesetz (AFG)).

Hat der Arbeitslose eine bestimmte Berufsausbildung abgeschlossen, haben sich die Vermittlungsbemühungen der Beklagten grundsätzlich auf Beschäftigungen entsprechend der erworbenen beruflichen Qualifikation zu erstrecken, weil diese Tätigkeiten eine bestmögliche Eingliederung in den Arbeitsmarkt garantieren (vgl. BSG, Urt. v. 03.12.2009 - B 11 AL 42/08 R -, a.a.O.; Urt. v. 18.05.2010 - B 7 AL 49/08 R -, juris Rn. 18 m.w.N.). Dem jeweils erworbenen förmlichen Berufsabschluss kommt damit - entgegen der Auffassung des SG - entscheidende Bedeutung zu (vgl. insoweit auch BayLSG, Urt. v. 15.06.2011 - L 10 AL 225/09 -, juris Rn. 31; Rolfs, in: Gagel, SGB III, Stand: März 2011, § 132 Rn. 7). Bei mehreren Berufsabschlüssen ist nach dem Günstigkeitsprinzip die höhere Qualifikation maßgeblich (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 09.08.2007 - L 7 AL 1160/07 -, juris Rn. 21; Sächsisches LSG, Urt. v. 18.02.2009 - L 1 AL 234/07 -, juris Rn. 53; Coseriu/Jakob, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 132 Rn. 17; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, Stand: Sept. 2010, § 132 Rn. 26; vgl. auch BSG, Urt. v. 05.09.2006 - B 7a AL 66/05 R -, juris Rn. 22).

53

Über einen förmlichen Berufsabschluss hinaus sollen jedoch nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht auch die durch die bisherige Beschäftigung erworbenen materiellen Kenntnisse und Fähigkeiten zu berücksichtigen sein. Fehlt einem Arbeitslosen der an sich für eine bestimmte Tätigkeit erforderliche Berufsabschluss, erscheint es aber nach den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt (vgl. insoweit BT-Drucks 15/1515, S. 86) realistisch, dass er aufgrund seiner erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in eine entsprechende Tätigkeit vermittelt werden kann, sollen sich die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit in erster Linie auf diese Tätigkeit zu erstrecken haben (vgl. Sächsisches LSG a.a.O.; Coseriu/Jakob, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 132 Rn. 16; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: Januar 2006, § 132 Rn. 29, 38).

54

(b) Nach diesen Grundsätzen kommt es für die Bestimmung des fiktiven Arbeitsentgelts für die Klägerin nach § 132 Abs. 2 Satz 1 SGB III grundsätzlich auf die Tätigkeit einer Leiterin - Personal bzw. Personalleiterin an, was die Beklagte im Übrigen nun auch nicht mehr in Abrede stellt. Dies folgt entgegen der Auffassung des SG allerdings nicht nur daraus, dass die Klägerin eine ca. 14jährige Berufserfahrung in dieser Tätigkeit besitzt und durch ihre langjährige Berufserfahrung die für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat. Vielmehr hat die Agentur für Arbeit ihre Vermittlungsbemühung schon deshalb in erster Linie auf die Tätigkeit als Personalleiterin zu erstrecken, weil diese Tätigkeit der höchsten beruflichen Qualifikation entspricht, die die Klägerin in ihrem Berufsleben erworben hat.

55

Die Klägerin hat sich nach ihrer abgeschlossenen Ausbildung zur Industriekauffrau erfolgreich zur geprüften Personalfachkauffrau (IHK) weitergebildet und die

56

Ausbildereignungsprüfung bestanden. Mit diesem erfolgreichen Weiterbildungsabschluss steht ihr der Zugang zum Berufsfeld einer Leiterin - Personal grundsätzlich offen. Dies folgt zum einen aus den von der Klägerin selbst zu den Akten gereichten Stellenangeboten und entspricht auch ihrem Vortrag vor dem SG. Danach genügt für die ausgeschriebenen Stellen eines "Personalleiters", "HR Managers", "Team-Personalleiters", "Leiters-Personal" oder "Personalmanagers" eine "kaufmännische Ausbildung mit entsprechender Berufserfahrung", "eine kaufmännische Berufsausbildung sowie eine Weiterbildung zum/r Handelsfachwirt/in oder zum/r Personalfachkaufmann/-frau", eine (mit einem Studium mit Schwerpunkt Personalwirtschaft) "vergleichbare Ausbildung im Personalwesen eines Industrieunternehmens", ein (mit einem Studium der Rechts- oder Wirtschaftswissenschaften) "vergleichbarer praxisorientierter Werdegang" oder - ausdrücklich - eine "abgeschlossene Ausbildung zum/zur Personalfachkaufmann/-frau (IHK)". Zum anderen ergibt sich Entsprechendes aus den Berufsinformationen der allgemein zugänglichen Datenbank der Bundesagentur für Arbeit "BERUFENET" zum Stichwort "Leiter/in - Personal". Danach ist für die Ausübung dieser Tätigkeit üblicherweise ein betriebswirtschaftliches Studium, vorzugsweise mit Schwerpunkt Personalwirtschaft, bzw. eine entsprechende Weiterbildung erforderlich. Diese kann beispielsweise über eine Weiterbildung zum geprüften Personalkaufmann bzw. zur geprüften Personalkauffrau erfolgen. Die Klägerin besitzt damit durchaus die für den Zugang zum Beruf eines Personalleiters erforderliche förmliche berufliche Qualifikation.

Entsprechende Beschäftigungen sind, wie gerade auch die von der Klägerin zu den Akten gereichten Stellenangebote zeigen, durchaus in nennenswertem Umfang am Arbeitsmarkt vorhanden (vgl. insoweit Coseriu/Jakob, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 132 Rn. 16), so dass das Berufsfeld einer Leiterin - Personal eine realistische Chance der Vermittlung der Klägerin bietet. 57

(2) Das SG ist aber zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, dass die Tätigkeit einer Leiterin - Personal einen Fachhochschulabschluss bzw. einen Hochschulabschluss im Sinne der Qualifikationsgruppe 1 gemäß § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB III erfordert. Es ist dabei sinngemäß davon ausgegangen, dass es für eine Einordnung in die Qualifikationsgruppe 1 genügt, dass die betreffende Tätigkeit üblicherweise Hochschulabsolventen vorbehalten ist und dass diese Voraussetzungen auf die Tätigkeit einer Leiterin - Personal zutreffen. Beide Annahmen sind jedoch nicht überzeugend. Richtigerweise erfordert die Tätigkeit eines Leiters - Personal lediglich eine Qualifikation im Sinne der Qualifikationsgruppe 2 gemäß § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III. 58

(a) Nach Auffassung des Senats kommt es für die Einordnung in die jeweilige Qualifikationsgruppe grundsätzlich darauf an, ob der Arbeitslose tatsächlich über den betreffenden förmlichen Berufsabschluss verfügt (so in der Sache auch Rolfs, in: Gagel, SGB III, Stand: März 2011, § 132 Rn. 7; Marschner, in: GK-SGB III, Stand: August 2011, § 132 Rn. 9; in der Tendenz auch BSG, Urt. v. 29.05.2008 - B 11a AL 23/07 R -, juris Rn. 34; Urt. v. 03.12.2009 - B 11 AL 42/08 R -, juris Rn. 15; Urt. v. 18.05.2010 - B 7 AL 49/08 R -, juris Rn. 18; Urt. v. 25.08.2011 - B 11 AL 19/10 R -, juris Rn. 23; ausdrücklich offengelassen allerdings Urt. v. 29.05.2008 - B 11a/7a AL 64/06 R -, juris Rn. 31). 59

Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 132 Abs. 2 SGB III. Zwar stellt die Vorschrift nicht ausdrücklich auf die Person des Arbeitslosen und den von ihm erworbenen Berufsabschluss ab, sondern knüpft an die Tätigkeit an, in die der Arbeitslose in erster Linie zu vermitteln ist. Dass der Arbeitslose tatsächlich über den betreffenden Berufsabschluss verfügen muss, folgt jedoch aus dem Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit, dass sowohl im Satz 1 als auch im 60

Satz 2 des § 132 Abs. 2 SGB II genannt ist. Der Begriff der Erforderlichkeit enthält ein Element der Unverzichtbarkeit im Sinne einer "engen Kausalität" (so zum Begriff "notwendig" in § 45 Abs. 1 SGB III BSG, Urt. v. 04.03.2009 - B 11 AL 50/07 R -, juris Rn. 15). Auch im Übrigen juristischen Sprachgebrauch ist ein Umstand nur dann erforderlich, wenn er eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für den Eintritt einer Rechtsfolge bzw. für die Erreichung eines Ziels darstellt. Für § 132 Abs. 2 SGB III bedeutet dies, dass eine bestimmte Qualifikation im Sinne eines förmlichen Berufsabschlusses nur dann erforderlich ist, wenn die Tätigkeit nach den tatsächlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt, die nach den Ausführungen zu (1) auch für die Auswahl der maßgeblichen Tätigkeit maßgeblich sind, ohne den betreffenden Berufsabschluss nicht ausgeübt werden kann. Dann muss der Arbeitslose aber zwingend über diesen Berufsabschluss verfügen, um in die entsprechende Qualifikationsgruppe eingeordnet zu werden. Eine Beschränkung gerade der hohen Qualifikationsstufen auf Berufe mit gesetzlichen Zugangsvoraussetzungen (z.B. Ärzte) ist mit diesem Verständnis des § 132 Abs. 2 SGB III nicht verbunden (so aber der Einwand von Rokita, in: Schönefelder/Kranz/Wanka, SGB III, Stand: Juli 2006, § 132 Rn. 32). Es genügt für die Einordnung in die Qualifikationsgruppen 1 bis 3, dass die Tätigkeit solchen Bewerbern, die nicht über den entsprechenden förmlichen Berufsabschluss verfügen, nach den tatsächlichen Verhältnissen am Arbeitsmarkt faktisch verschlossen ist.

Diese formale Betrachtungsweise korrespondiert mit den unter (1) (a) dargestellten Kriterien, nach denen sich die Tätigkeit bestimmt, auf die die Agentur für Arbeit ihre Vermittlungsbemühungen in erster Linie zu erstrecken hat. Danach kommt es primär auf den höchsten Bildungsabschluss an, den der Arbeitslose erworben hat. Die Agentur für Arbeit

61

hat damit einen Hochschulabsolventen in erster Linie in solche Tätigkeiten zu vermitteln, die gerade Hochschulabsolventen vorbehalten sind.

62

Für eine solche formale Betrachtungsweise lassen sich weitere systematische Erwägungen anführen. Auch das Rentenversicherungsrecht kennt die Ermittlung fiktiver Entgelte anhand der Einstufung in Qualifikationsgruppen (vgl. §§ 256b Abs. 1, 256c Abs. 3 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) i.V.m. Anlage 13 zu diesem Gesetz). Nach Satz 1 der Einleitung zur Anlage 13 zum SGB VI sind Versicherte in eine der nachstehenden Qualifikationsgruppen einzustufen, wenn sie deren Qualifikationsmerkmale erfüllen und eine entsprechende Tätigkeit ausgeübt haben. Nach Satz 2 genügt es für eine Einstufung in die betreffende Qualifikationsstufe jedoch auch, wenn Versicherte aufgrund langjähriger Berufserfahrung Fähigkeiten erworben haben, die üblicherweise denen von Versicherten einer höheren Qualifikationsgruppe entsprechen. Eine solche zusätzliche Regelung fehlt in § 132 Abs. 2 SGB III. Welche materiellen Kenntnisse und Fähigkeiten der Arbeitslose hat, ist nach dieser Vorschrift für die Einordnung in die Qualifikationsgruppen unerheblich.

63

Auch die Entstehungsgeschichte des § 132 Abs. 2 SGB III spricht dafür, dass die Einordnung in die jeweilige Qualifikationsgruppe ausschließlich von dem erworbenen förmlichen Berufsabschluss abhängt. Ausgangspunkt für die in § 132 Abs. 2 Satz 2 SGB III erfolgte Festsetzung fiktiver Arbeitsentgelt waren statistische Daten über die Höhe des durchschnittlichen Arbeitsentgelts von Arbeitnehmern mit abgeschlossener Berufsausbildung (vgl. hierzu BSG, Urt. v. 29.05.2008 - B 11a/7a AL 64/06 R -, juris Rn. 53). Der Gesetzgeber hat sich also an dem mit einem förmlichen Berufsabschluss erzielbaren Bruttolohn orientiert und damit einen förmlichen Berufsabschluss als Anknüpfungspunkt gewählt.

64

Schließlich entspricht das alleinige Abstellen auf den förmlichen Berufsabschluss auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 132 SGB III. Die in der neuen Bemessungsmethode des § 132 Abs. 2 SGB III liegende Abkehr von der individuellen Ermittlung des erzielbaren

65

tariflichen Arbeitsentgelts, wie sie nach § 133 Abs. 4 SGB III in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung (SGB III a.F.) zu erfolgen hatte, sollte u.a. auch zu einer deutlichen Verwaltungsvereinfachung führen (vgl. BT-Drucks 15/1515, S. 85 f.; BSG, Urt. v. 29.05.2008 - B 11a/7a AL 64/06 R -, juris Rn. 48). Eine Verwaltungsvereinfachung kann aber nur dann erreicht werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit sich auf die Prüfung beschränken kann, ob der in der jeweiligen Qualifikationsstufe vorausgesetzte Berufsabschluss vorhanden ist oder nicht und nicht weiter ermitteln muss, ob der Arbeitslose vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten, wie sie in dem betreffenden Ausbildungsgang vermittelt werden, besitzt.

Danach kommt die Qualifikationsgruppe 1 schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin nicht über einen (Fach-)Hochschulabschluss verfügt. Die von ihr erworbene Qualifikation als geprüfte Personalfachkauffrau (IHK) ist vielmehr als Abschluss einer vergleichbaren Einrichtung im Sinne von § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III zu bewerten. Die Klägerin hat nach ihrer abgeschlossenen Berufsausbildung zur Industriekauffrau eine weitergehende berufliche Fachbildung erlangt. Diese Fälle werden in der Qualifikationsgruppe 2 erfasst (vgl. Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB II, § 132 Rn. 40, Stand: Januar 2006).

66

(b) Eine in Literatur und Rechtsprechung verbreitete Ansicht lässt es demgegenüber für die Einordnung in die Qualifikationsgruppen 1 bis 3 genügen, dass die betreffende Tätigkeit abstrakt der betreffenden Qualifikationsstufe zuzuordnen ist, weil sie üblicherweise von Arbeitnehmern mit einem entsprechenden förmlichen Berufsabschluss ausgeübt wird, wenn dem betreffenden Arbeitslosen auch ohne förmlichen Berufsabschluss der Zugang zu der betreffenden Tätigkeit faktisch offen steht, weil er aufgrund seiner durch langjährige Berufserfahrung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten realistisch in eine entsprechende Tätigkeit vermittelt und mit anderen Bewerbern, die über einen entsprechenden Berufsabschluss verfügen, auf dem Arbeitsmarkt wettbewerbsfähig konkurrieren kann (so in der Sache SG Berlin, Urt. v. 20.04.2007 - S 58 AL 307/07 -, juris Rn. 27 ff.; Sächsisches LSG, Urt. v. 18.02.2009 - L 1 AL 234/07 -, juris Rn. 53; Coseriu/Jakob, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 132 Rn. 16, 19; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, Stand: Januar 2006, § 132 Rn. 29, 38; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, Stand: Sept. 2010, § 132 Rn. 29; Rokita, in: Schönefelder/Kranz/Wanka, SGB III, Stand: Juli 2006 § 132 Rn. 32). In die Qualifikationsgruppen 1 bis 3 sollen danach auch solche Tätigkeiten eingeordnet werden, für deren Ausübung alternativ ein bestimmter Berufsabschluss oder eine langjährige praktische Berufsausübung mit dadurch erworbenen gleichwertigen theoretischen Kenntnissen und praktischen Fähigkeiten als Zugangsvoraussetzungen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt akzeptiert werden (Behrend a.a.O.).

67

Ob dieser Auffassung in Ausnahmefällen gefolgt werden kann, lässt der Senat dahinstehen, denn die Tätigkeit einer Leiterin - Personal ist nicht abstrakt der Qualifikationsgruppe 1 zuzuordnen. Nach Auffassung des Senats erscheint es zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, dass ein Arbeitsloser, der über Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt, die über seinen höchsten erworbenen förmlichen Bildungsabschluss deutlich hinaus gehen, in eine höhere Qualifikationsgruppe eingestuft wird, weil er trotz des fehlenden höheren Bildungsabschlusses realistisch in eine Tätigkeit vermittelt werden kann, die nach den Verhältnissen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt normalerweise nur Personen mit dem höheren Bildungsabschluss offen steht. Ebenso wie eine Herabstufung möglich ist, wenn sich der Arbeitslose von dem erlernten Beruf gelöst und vor der Arbeitslosigkeit jahrelang unterhalb des erworbenen Qualifikationsniveaus gearbeitet hat, ist eine Heraufstufung in Einzelfällen durchaus denkbar. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die betreffende Tätigkeit, auf die sich die Vermittlungsbemühungen der Agentur ungeachtet des nicht vorhandenen höheren Bildungsabschlusses zu erstrecken hat, eindeutig dem höheren

68

Qualifikationsniveau zuzuordnen ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn die betreffende Tätigkeit nach den Verhältnissen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt grundsätzlich nicht ohne den höheren förmlichen Bildungsabschluss ausgeübt werden kann. Eine weitergehende wertende Betrachtungsweise ist mit dem Wortlaut des § 132 Abs. 2 Satz 2 SGB III nicht vereinbar (insoweit ebenso BayLSG, Urt. v. 15.06.2011 - L 10 AL 225/09 -, juris Rn. 46 f.).

Nach diesen Maßstäben scheidet eine Einordnung der Klägerin in die Qualifikationsstufe 1 auch bei abstrakter Betrachtung der Tätigkeit einer Leiterin - Personal aus. Der Beruf einer Leiterin - Personal zeichnet sich nach den Ausführungen zu (1) (b) in der Bandbreite seiner Erscheinungsformen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt dadurch aus, dass er nicht nur (Fach-)Hochschulabsolventen, sondern auch solchen Personen offen steht, die nach abgeschlossener Berufsausbildung eine berufliche Weiterbildung, z.B. zum/r geprüften Personalfachkaufmann/geprüften Personalfachkauffrau erfolgreich absolviert haben. Der Zugang zu diesem Beruf ist also nicht nur mit einer Qualifikation im Sinne der Qualifikationsstufe 1, sondern auch mit einer Qualifikation im Sinne der Qualifikationsgruppe 2 eröffnet. Eine mehrjährige Berufserfahrung wird sowohl für Hochschulabsolventen als auch für beruflich weitergebildete Arbeitnehmer verlangt. Es handelt sich demnach nicht um eine Tätigkeit, die eindeutig der Qualifikationsstufe 1 zugeordnet werden kann. Sie wird auch nicht üblicherweise nur von Hochschulabsolventen ausgeübt. Ebenso üblich ist, wie auch der Lebenslauf der Klägerin zeigt, die Ausübung der Tätigkeit durch fachlich weitergebildete Arbeitnehmer mit abgeschlossener Berufsausbildung. Diese sind nicht etwa deshalb in der Lage, mit Hochschulabsolventen um eine Stelle als Personalleiter auf dem Arbeitsmarkt zu konkurrieren, weil sie durch langjährige Berufsausübung gleichwertige Kenntnisse und Fähigkeiten erworben haben, sondern weil sie über einen qualifizierten Berufsabschluss verfügen, der auf dem Arbeitsmarkt teilweise als gleichwertig angesehen wird. 69

Der Senat verkennt nicht, dass es durchaus Stellenausschreibungen für Personalleiter gibt, die sich ausschließlich an Bewerber mit einem abgeschlossenen (Fach-) Hochschulstudium der Betriebswirtschaftslehre oder Rechtswissenschaft richten. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Arbeitsstellen der Klägerin tatsächlich offen stehen. Sie müsste im Falle einer Bewerbung damit rechnen, dass ihre Bewerbung von vornherein mangels des verlangten (Fach-)Hochschulabschlusses aussortiert würde. Dass sie realistisch in eine solche, Hochschulabsolventen vorbehaltene Stelle als Leiterin - Personal vermittelt werden könnte, hat die Klägerin auch nicht behauptet. Sie hat lediglich vorgetragen, dass sie die Voraussetzungen für solche Stellen erfülle, die sich auch an erfolgreich weitergebildete Arbeitnehmer ohne akademischen Abschluss richten. In jedem Fall ändern die (Fach-)Hochschulabsolventen vorbehaltenen Stellenausschreibungen nichts daran, dass der Beruf einer Leiterin - Personal insgesamt und gerade auch in dem Teilbereich, in dem eine Vermittlung der Klägerin aufgrund ihrer förmlichen beruflichen Qualifikation realistisch erscheint, auch erfolgreich weitergebildeten Praktikern ohne (Fach-)Hochschulabschluss offen steht. 70

Vor diesem Hintergrund ist eine Heraufstufung der Klägerin in die Qualifikationsgruppe 1 nicht gerechtfertigt. Die Klägerin hat nicht über ihrem förmlichen Qualifikationsniveau gearbeitet, sondern ist als Personalleiterin innerhalb ihres förmlichen Qualifikationsniveaus als geprüfte Personalfachkauffrau geblieben. 71

(c) Die Klägerin ist auch nicht deshalb in die Qualifikationsgruppe 1 einzuordnen, weil sie in ihrer bisherigen Berufstätigkeit ein Gehalt erzielt hat, dass üblicherweise nur Hochschulabsolventen erhalten (so aber der Ansatz von Rokita, in: Schönefelder/Kranz/Wanka, SGB III, Stand: August 2006, § 132 Rn. 33). Das bislang erzielte 72

oder künftig konkret erzielbare Arbeitsentgelt ist nach § 132 Abs. 2 SGB III irrelevant. Im Gegensatz zu § 133 SGB a.F. stellt § 132 Abs. 2 SGB III gerade nicht mehr auf das individuell erzielbare Arbeitsentgelt ab, sondern ordnet einem bestimmten förmlichen Qualifikationsniveau pauschal ein bestimmtes fiktives Arbeitsentgelt zu. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, welche Verdienstmöglichkeiten die Tätigkeit einer Leiterin - Personal bietet und in welchem Verhältnis diese Verdienstmöglichkeiten zu dem sich aus den Qualifikationsgruppen des § 132 Abs. 2 Satz 2 SGB III ergebenden fiktiven Bemessungsentgelt stehen (so aber BayLSG, Urt. v. 15.06.2011 - L 10 AL 225/09 -, juris Rn. 47 ff.). Eine solche wertende Betrachtungsweise ist mit dem Gesetzeswortlaut und der gesetzgeberischen Grundentscheidung, das für die Höhe des Arbeitslosengeldes nach dem Entgeltausfallprinzip maßgebliche künftig erzielbare Arbeitsentgelt nach § 132 Abs. 2 SGB III pauschal in Abhängigkeit von der Bezugsgröße und von einem bestimmten förmlichen Bildungsabschluss festzusetzen, nicht vereinbar.

(3) Nach der einschlägigen Qualifikationsgruppe 2 ist gemäß § 132 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III ein fiktives Arbeitsentgelt in Höhe eines Dreihundertsechzigstels der Bezugsgröße als kalendertägliches Bemessungsentgelt zugrunde zu legen. Die wegen des Beginns des Anspruchs auf Arbeitslosengeld am 01.01.2009 einschlägige Bezugsgröße für das Kalenderjahr 2009 betrug für die alten Bundesländer jährlich 30.240,00 Euro. Ein Dreihundertsechzigstel hiervon sind 84,00 Euro, die die Beklagte auch als kalendertägliches Bemessungsentgelt zugrunde gelegt hat. 73

dd) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 132 SGB III bestehen nicht. Dies gilt insbesondere auch für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts nach Qualifikationsgruppen und die Höhe des pauschal festgesetzten fiktiven Arbeitsentgelts (dazu umfassend BSG, Urt. v. 29.05.2008 - B 11a/7a AL 64/06 R -, juris Rn. 47 ff.; Urt. v. 29.05.2008 - B 11 AL 23/07 R -, juris Rn. 49 ff.; Urt. v. 21.07.2009 - B 7 AL 23/08 -, juris Rn. 18 ff.). 74

b) Ausgehend von dem zutreffenden Bemessungsentgelt von 84,00 Euro pro Kalendertag hat die Beklagte auch das Leistungsentgelt mit 62,05 Euro zutreffend bestimmt. 75

§ 133 SGB III in der hier wegen der Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld vor dem 01.01.2010 einschlägigen (vgl. § 434t SGB III), vom 25.12.2008 bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung des Jahressteuergesetzes 2009 (JStG 2009), BGBl I S. 2794, lautet: 76

§ 133 Leistungsentgelt 77

(1) Leistungsentgelt ist das um pauschalierte Abzüge verminderte Bemessungsentgelt. Abzüge sind 78

1. eine Sozialversicherungspauschale in Höhe von 21 Prozent des Bemessungsentgelts, 79

2. die Lohnsteuer, die sich nach dem vom Bundesministerium der Finanzen auf Grund des § 51 Abs. 4 Nr. 1a des Einkommensteuergesetzes bekannt gegebenen Programmablaufplan bei Berücksichtigung der Vorsorgepauschale nach § 10c Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes in dem Jahr, in dem der Anspruch entstanden ist, ergibt und 80

3. der Solidaritätszuschlag. 81

Bei der Berechnung der Abzüge nach den Nummern 2 und 3 ist der Faktor nach § 39f des Einkommensteuergesetzes zu berücksichtigen; Freibeträge und Pauschalen, die nicht jedem 82

Arbeitnehmer zustehen, sind nicht zu berücksichtigen.

(2) Die Feststellung der Lohnsteuer richtet sich nach der Lohnsteuerklasse, die zu Beginn des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, auf der Lohnsteuerkarte des Arbeitslosen eingetragen war. Spätere Änderungen der eingetragenen Lohnsteuerklasse werden mit Wirkung des Tages berücksichtigt, an dem erstmals die Voraussetzungen für die Änderung vorlagen. Das Gleiche gilt, wenn auf der für spätere Kalenderjahre ausgestellten Lohnsteuerkarte eine andere Lohnsteuerklasse eingetragen wird. 83

(3) Haben Ehegatten die Lohnsteuerklassen gewechselt, so werden die neu eingetragenen Lohnsteuerklassen von dem Tage an berücksichtigt, an dem sie wirksam werden, wenn 84

1. die neu eingetragenen Lohnsteuerklassen dem Verhältnis der monatlichen Arbeitsentgelte beider Ehegatten entsprechen oder 85

2. sich auf Grund der neu eingetragenen Lohnsteuerklassen ein Arbeitslosengeld ergibt, das geringer ist, als das Arbeitslosengeld, das sich ohne den Wechsel der Lohnsteuerklassen ergäbe. 86

Ein Ausfall des Arbeitsentgelts, der den Anspruch auf eine lohnsteuerfreie Entgeltersatzleistung begründet, bleibt bei der Beurteilung des Verhältnisses der monatlichen Arbeitsentgelte außer Betracht. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend. 87

Die Beklagte hat danach zu Recht eine Sozialversicherungspauschale von 17,64 Euro gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III abgezogen und hat für den Lohnsteuerabzug auch in Übereinstimmung mit § 133 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 SGB III die im Kalenderjahr 2009 maßgebliche Lohnsteuerklasse III sowie die das Kalenderjahr 2009 betreffenden Änderungen im Einkommensteuerrecht durch das Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 02.03.2009, BGBl I S. 416, berücksichtigt. Ob der von der Beklagten errechnete Betrag von 4,31 Euro rechnerisch zutreffend ist, ist indes im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Die Klägerin hat keinen konkreten Leistungsantrag gestellt, sondern nur höhere Leistungen dem Grunde nach (§ 130 SGG) beantragt. Die mathematisch korrekte Umsetzung der in § 133 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 3 SGB III geregelten Berechnungsformel ist deshalb nicht streitgegenständlich (BSG, Urt. v. 21.07.2009 - B 7 AL 23/08 -, juris Rn. 16 f.). Ausgehend von dem von der Beklagten errechneten Betrag von 4,31 Euro ergibt sich mithin ein Leistungsentgelt von 62,05 Euro pro Kalendertag. 88

c) Hieraus hat die Beklagte auch zutreffend einen Leistungsbetrag von 37,23 Euro ermittelt. Für die Klägerin, deren Kind bei Beginn des Anspruchs auf Arbeitslosengeld die Altersgrenzen des § 32 EStG überschritten hatte, gilt der allgemeine Leistungssatz von 60% gemäß § 129 Nr. 2 SGB III. 89

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 1 SGG. 90

4. Der Senat hat nicht zuletzt im Hinblick auf das unter dem Az.: B 11 AL 21/11 R anhängige Revisionsverfahren die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG) zugelassen. 91
