
Datum: 14.03.2019
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 9 AL 134/17
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2019:0314.L9AL134.17.00

Vorinstanz: Sozialgericht Dortmund, S 53 AL 468/14
Sachgebiet: Arbeitslosenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 08.06.2017 wird zurückgewiesen. Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Der Kläger begehrt höheres Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis 31.08.2014. 2

Der Kläger, ein promovierter Naturwissenschaftler, war als sog. Postdoc von 01.03.2009 bis 30.11.2013 in Frankreich sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Er meldete sich am 03.11.2013 bei der Beklagten arbeitssuchend und am 25.11.2013 arbeitslos mit Wirkung zum 01.12.2013, da seine Suche nach einem Arbeitsplatz in der akademischen Forschung in Deutschland bislang nicht erfolgreich gewesen sei. Er gehe davon aus, dass er als unechter Grenzgänger Anspruch auf Arbeitslosengeld habe. Er habe in den Jahren seiner Auslandsbeschäftigung seinen Wohnsitz in I beibehalten und sich regelmäßig, d.h. mindestens alle vierzehn Tage an den Wochenenden in Deutschland aufgehalten. Er habe weiter enge Beziehungen zur Familie und zur Freundin in B gepflegt und Vereinsmitgliedschaften fortgeführt. 3

Mit Bescheid vom 28.01.2014 bewilligte die Beklagte Arbeitslosengeld für 360 Tage für die Zeit ab dem 01.12.2013 in Höhe von 32,98 Euro täglich. Die Beklagte ging davon aus, dass 4

der Kläger als sog. unechter Grenzgänger anzusehen sei. Bei der Festsetzung der Leistungshöhe legte sie das vom Kläger in Frankreich erzielte Entgelt zugrunde, das von der französischen Behörde im Vordruck PD U1 der Europäischen Kommission bescheinigt worden war. Die Beklagte stellte ferner mit weiterem Bescheid vom 28.01.2013 den Eintritt einer Sperrzeit bei verspäteter Arbeitssuchendmeldung für die Zeit vom 01.12.2013 bis 07.12.2013 fest.

Der Kläger erhob gegen beide Bescheide mit Schreiben vom 18.02.2014 Widerspruch. Die Bescheide seien rechtswidrig. Er habe sich nicht früher arbeitssuchend gemeldet, weil er gar nicht von einer Arbeitslosigkeit zum 01.12.2013 ausgegangen sei. Er habe fest damit gerechnet, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Uniklinik E zustande komme. Erst nachdem sich das Bewerbungsverfahren unvorhergesehen hingezogen habe, habe er sich bei der Beklagten gemeldet. Im Übrigen habe er gar nicht gewusst, ob er als sog. unechter Grenzgänger überhaupt einen Anspruch auf Arbeitslosengeld im Inland habe. 5

Bezogen auf die Leistungsbewilligung machte der Kläger geltend, dass die Beklagte bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes das in Frankreich erzielte Arbeitsentgelt nicht berücksichtigen dürfe. Bei einem unechten Grenzgänger sei entsprechend der bisherigen Praxis der Beklagten eine fiktive Bemessung vorzunehmen. Das Recht der Europäischen Union enthalte lediglich Bemessungsvorschriften für den echten Grenzgänger. Das nationale Recht zur Bemessung von Arbeitslosengeld, das sich am tatsächlich erzielten Entgelt orientiere, könne nicht herangezogen werden, weil es sich ausschließlich auf inländische versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse beziehe. Es sei daher von einer Gesetzeslücke auszugehen, die nur über die Anwendung der Vorschriften über die fiktive Bemessung geschlossen werden könne. Die fiktive Bemessung führe auch in aller Regel zu einer sachgerechten Lösung. Sie orientiere sich allein am üblichen Arbeitsentgelt für eine Beschäftigung im Gebiet des zuständigen Staates, die vergleichbar und gleichwertig mit der zuletzt in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübten Tätigkeit sei. Angesichts der in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union noch völlig unterschiedlichen Abgaben- und Steuerregelungen, aber auch wegen der ungleichen Löhne für gleiche Arbeit führe die Berücksichtigung ausländischer Entgelte sowie der viel zu hohen deutschen Abgaben bei der Bemessung deutschen Arbeitslosengeldes zu sozial unausgewogenen und ungerechten Ergebnissen und stelle einen Verstoß gegen Art. 3 Grundgesetz (GG) dar. Sein Arbeitslosengeld sei daher fiktiv unter Zugrundelegung der Qualifikationsstufe 1 zu bemessen. 6

Nach Aufhebung des Sperrzeitbescheides und Erlass des Änderungsbescheides vom 29.04.2014 wies die Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 15.05.2014 im Übrigen zurück. Eine fiktive Bemessung komme nicht in Betracht, wenn - wie hier - ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens festgestellt werden könne. Die Höhe der Abgaben bzw. Abzüge in Frankreich sei unerheblich, da es sich beim Arbeitslosengeld I um eine Leistung nach deutschem Recht handle und das einschlägige nationale Recht klar festlege, welche pauschalierten Abzüge zu berücksichtigen seien. 7

Der Kläger hat am 26.05.2014 Klage vor dem Sozialgericht Dortmund erhoben. Zur Begründung hat er sein Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren vertieft. Der Wortlaut maßgeblicher europarechtlicher Normen, wonach das im Beschäftigungsstaat erzielte Einkommen zugrunde zu legen sei, beziehe sich ausschließlich auf den echten Grenzgänger. Zu dieser Gruppe gehöre er aber nicht. Beim unechten Grenzgänger habe die Beklagte nach ihrer bisherigen Praxis zu verfahren. Nach dem Merkblatt 20 in der bis April 2013 geltenden 8

Fassung sei in den Fällen der unechten Grenzgänger eine fiktive Bemessung nach § 152 Abs. 2 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) vorzunehmen gewesen. Daran sei festzuhalten, da er im Bemessungszeitraum ausschließlich in Frankreich sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei und sich weder die Rechtslage geändert habe noch abweichendes Richterrecht entgegenstehe. Das sei auch sachgerecht. Denn bei Ansatz des in Frankreich verdienten Bruttoarbeitsentgeltes als im Inland verdienten Bruttoentgelt bliebe unberücksichtigt, dass die Sozialabgaben für den Arbeitgeber in Frankreich mit 37 Prozent viel höher als in Deutschland mit 19,7 Prozent seien. Das Bruttoarbeitsentgelt in Frankreich sei bei gleicher Beschäftigung unter Zugrundelegung des deutschen Sozialversicherungs- und Abgabensystems viel höher, der Arbeitnehmer würde also mehr verdienen. Das bleibe bei Anwendung des deutschen Bemessungsentgeltes unberücksichtigt.

Nachdem der Kläger am 01.09.2014 eine versicherungspflichtige Beschäftigung aufgenommen hat und aus dem Leistungsbezug ausgeschieden ist, hat er beantragt, 9

die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 28.01.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.05.2014 zu verurteilen, dem Kläger Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis 31.08.2014 nach Maßgabe zu gewähren, dass das Arbeitslosengeld ausgehend von der Qualifikationsstufe I fiktiv zu bemessen ist. 10

Die Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Sie hat dargelegt, die fiktive Bemessung führe zwar im Falle des Klägers zum höheren Arbeitslosengeld. Die angefochtene Entscheidung sei aber rechtmäßig. Nach dem Recht der Europäischen Union sei sowohl bei echten als auch bei unechten Grenzgängern nach Art. 62 Abs. 3 Verordnung (EG) 883/2004 bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes das im letzten Beschäftigungsstaat erzielte ausländische Arbeitsentgelt zu berücksichtigen. Es treffe nicht zu, dass sie beim unechten Grenzgänger bis 2013 fiktiv bemessen habe. Bereits das Merkblatt 20 mit Stand von Januar 2011 habe den Hinweis zur Gleichbehandlung von echten und unechten Grenzgängern enthalten. 13

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 08.06.2017 abgewiesen. Der angefochtene Bescheid sei rechtmäßig. Die Beklagte habe zutreffend keine fiktive Bemessung nach § 152 Abs. 1, 2 SGB III vorgenommen, sondern in entsprechender Anwendung des §151 Abs. 1 S. 1 SGB III das durchschnittlich auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Kläger im Bemessungszeitraum erzielt habe, zugrunde gelegt. 14

Für die Berechnung des Arbeitslosengeldes im Sinne des SGB III sei Art. 62 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit anwendbar, der nationale Regelungen überlagere. Nach Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 habe der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften bei der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts oder Erwerbseinkommens zugrunde zu legen sei, ausschließlich das Entgelt oder Erwerbseinkommen zu berücksichtigen, das die betreffende Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit nach diesen Rechtsvorschriften erhalten habe. Danach hätte die Beklagte grundsätzlich ausschließlich das Entgelt einer Beschäftigung in Deutschland berücksichtigen dürfen, wobei nach Art. 62 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 dies in der Regel auch dann gelte, wenn ein bestimmter Bezugszeitraum für die Ermittlung des als Berechnungsgrundlage heranzuziehenden Entgelts 15

vorgesehen ist und die betreffende Person während dieses Zeitraums oder eines Teils davon den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedsstaats unterlag. Da der Kläger aber unechter Grenzgänger sei, sei für die Bestimmung der Leistungshöhe Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 heranzuziehen. Der persönliche Anwendungsbereich erstreckte sich dabei auf echte und unechte Grenzgänger. Nach Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 habe der Träger des Wohnorts im Falle eines Arbeitslosen, auf den Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 anzuwenden sei, nach Maßgabe der Durchführungsverordnung das Entgelt oder Erwerbseinkommen zugrunde zu legen, das die betreffende Person in dem Mitgliedstaat erhalten habe, dessen Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit galten. Die Beklagte als Träger des Wohnorts habe daher zutreffend das Erwerbseinkommen bzw. das Entgelt des Klägers berücksichtigt, welches dieser in Frankreich erhalten habe. Die Ausnahmegvorschrift für Grenzgänger ordne in Abweichung zu Art. 62 Abs. 1 und 2 VO (EG) 883/2004 an, dass bei der Ermittlung des Bemessungsentgelts nach den deutschen Rechtsvorschriften der §§ 149 ff SGB III nicht das in Deutschland erzielte Arbeitsentgelt, sondern das ausländische Arbeitsentgelt für die Ermittlung der Leistungshöhe zugrunde zu legen sei.

Soweit Artikel 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 den Fall des Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 voraussetze, erfasse Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 die echten und die unechten Grenzgänger, die unechten Grenzgänger jedenfalls dann, wenn sie sich in Ausübung ihres Wahlrechts für die Inanspruchnahme der Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnstaates entschieden. Denn während der echte Grenzgänger nach Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 bei Vollarbeitslosigkeit Leistungen ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des Wohnstaats erhalte, habe der unechte Grenzgänger die Wahl zwischen dem Wohnstaat und dem Beschäftigungsstaat. Welcher Staat zur Leistungserbringung zuständig sei, hänge davon ab, ob der Arbeitslose in den Wohnstaat zurückkehre oder im Beschäftigungsstaat verbleibe. 16

Entgegen der Auffassung des Klägers sei für eine fiktive Bemessung seines Arbeitslosengeldes kein Raum. Sinn und Zweck, Systematik und Entstehungsgeschichte des europarechtlichen Regelungskonzepts zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sprächen für die Anwendbarkeit des Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 auch beim unechten Grenzgänger. Allen Fallgestaltungen des Art. 62 VO (EG) 883/2004 sei der Grundsatz zu entnehmen, dass die Höhe der Leistung vom Entgelt oder Erwerbseinkommen abhängig sei. Bereits unter Geltung der Vorgängerregelung von Art. 62 VO (EG) 883/2004, Art. 68 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, sei ausschließlich das Entgelt zu berücksichtigen gewesen, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet des zuständigen Staates erhalten habe. Nach Art. 68 Abs. 1 S. 2 VO (EWG) 1408/71 sei zwar in bestimmten Fällen abweichend vom Grundsatz eine fiktive Bemessung vorgesehen gewesen. Die Ausnahme habe aber einen sehr begrenzten Anwendungsbereich gehabt und sei beschränkt gewesen auf den Fall, dass die letzte Beschäftigung weniger als vier Wochen gedauert habe. In diesem Fall sei die Höhe der Leistungen auf der Grundlage des Entgelts festzusetzen gewesen, das am Wohnort oder Aufenthaltsort des Arbeitslosen für eine Beschäftigung üblich und der Beschäftigung, die zuletzt im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats ausgeübt worden sei, gleichwertig oder gleichartig gewesen wäre. Diese Ausnahmeermächtigung für eine fiktive Bemessung nach Art. 68 Abs. 1 S. 2 VO (EWG) 1408/71 sei aber in die VO (EG) 883/2004 nicht übernommen worden. Der gänzliche Verzicht auf eine fiktive Bemessung in der neuen Verordnung schließe daher eine fiktive Bemessung nach nationalem Recht generell aus. 17

Der Kläger hat gegen das ihm am 13.07.2017 zugestellte Urteil am 24.07.2017 Berufung eingelegt. Er bleibe dabei, dass die VO (EG) 883/2004 auf den unechten Grenzgänger keine Anwendung finde, das lasse sich der VO an keiner Stelle entnehmen; vielmehr enthalte die VO in Art. 1 (f) lediglich die Definition des echten Grenzgängers. Diese habe schon die Vorgängerverordnung VO (EWG) 1408/71 enthalten. Obwohl bereits bei Inkrafttreten der VO 883/2004 die Problematik der unechten Grenzgänger und die Anwendung der fiktiven Bemessung durch die Beklagte bekannt gewesen sei, habe man die VO (EG) 883/2004 nicht um eine Definition zum unechten Grenzgänger erweitert. Dies könne nur dahingehend zu verstehen sein, dass der europäische Gesetzgeber eine Gleichstellung von echten und unechten Grenzgängern habe vermeiden wollen. Der Kläger sei auch kein Arbeitsloser nach Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004.	18
Der Kläger beantragt,	19
das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 08.06.2017 abzuändern und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 28.01.2014 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 29.04.2014 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.05.2014 zu verurteilen, ihm höheres Arbeitslosengeld bei Annahme eines fiktiven Arbeitsentgelts der Qualifikationsgruppe 1 in Höhe von 6,90 EUR täglich für den Zeitraum vom 01.12.2013 bis 31.08.2014 zu zahlen.	20
Die Beklagte beantragt,	21
die Berufung zurückzuweisen.	22
Die Beklagte beruft sich auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil, das der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspreche.	23
Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.	24
Entscheidungsgründe:	25
Die zulässige Berufung ist unbegründet.	26
I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund ist gemäß §§ 143, 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft, da der Wert des Beschwerdegegenstandes 750 Euro übersteigt. Die Beklagte hat Arbeitslosengeld für eine Anspruchsdauer von 360 Tagen mit einem täglichen Leistungsbetrag von 32,98 EUR bewilligt. Der Kläger begehrt unter Anwendung von § 152 Abs. 1, 2 S. 2 Nr. 1 SGB III eine fiktive Bemessung des Arbeitsentgeltes nach Qualifikationsgruppe 1. Nach § 152 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III ist für Beschäftigungen, die eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern, ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel der Bezugsgröße zugrunde zu legen. Bei der im Jahr 2013 maßgeblichen Bezugsgröße von 32.340 EUR führt die fiktive Bemessung zu einem täglichen Bemessungsentgelt von 107,80 EUR und zu einem täglichen Leistungssatz von 39,88 EUR. Die Differenz zwischen 39,88 EUR und dem tatsächlich erhaltenem täglichen Leistungssatz von 32,98 EUR beträgt 6,90 EUR; bezogen auf den Leistungszeitraum vom 01.12.2013 bis 31.08.2014 begehrt der Kläger weiteres Arbeitslosengeld in Höhe von 1.863 EUR.	27

Die am 24.07.2017 eingelegte Berufung gegen das dem Kläger am 13.07.2017 zugestellte Urteil vom 08.06.2017 erfolgte gemäß § 151 Abs. 1, 2, § 64 Abs. 1, 2 SGG form- und fristgerecht.

II. Die Berufung ist unbegründet, weil die Klage unbegründet ist.

29

Das Sozialgericht hat die zulässige kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 28.01.2014 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 29.04.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.05.2014 ist rechtmäßig und beschwert den Kläger daher nicht im Sinne von § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld auf der Grundlage einer fiktiven Bemessung nach § 152 Abs. 2 SGB III. Der Senat nimmt nach eigener Überprüfung und Meinungsbildung auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug (§ 153 Abs. 2 SGG) und weist lediglich ergänzend auf Folgendes hin:

Nach § 136 Abs. 1 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit (Nr. 1) oder bei beruflicher Weiterbildung (Nr. 2). Gemäß § 137 Abs. 1 SGB III in der seit dem 01.04.2012 geltenden Fassung haben Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sie arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat, §§ 142 Abs. 1 S. 1, 143 SGB III. Der Kläger hat zwar in der Rahmenfrist vom 01.12.2011 bis zum 30.11.2013 keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Inland, sondern ausschließlich in Frankreich ausgeübt. Die in Frankreich zurückgelegte Beschäftigungszeit ist jedoch nach der VO (EG) 883/2004 bei der Berechnung der Leistungen nach dem SGB III zu berücksichtigen. Die Verordnung (VO) gilt ab dem 01.05.2010 (Art 91 Satz 2 VO (EG) 883/2004 i.V.m. Art 97 Satz 2 VO (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit) und findet Anwendung auf die Leistungen bei Arbeitslosigkeit unabhängig davon, ob es sich um einen echten oder unechten Grenzgänger handelt. Denn der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 wird nicht in Art 61 ff, sondern in den allgemeinen Bestimmungen geregelt. Nach Art. 2 VO (EG) 883/2004 gilt die Verordnung für alle Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. h) VO (EG) 883/2004 für alle Rechtsvorschriften bei Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Dies übersieht der Kläger, wenn er die Auffassung vertritt, die VO (EG) 883/2004 finde auf den unechten Grenzgänger keine Anwendung, weil der Begriff des unechten Grenzgängers nicht in den Definitionen des Art. 1 VO (EG) 883/2004 enthalten sei. Konsequenz dieser Auffassung wäre im Übrigen, dass ein Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld bereits an den fehlenden Versicherungszeiten scheitern würde.

Art. 61 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 ordnet an, dass der zuständige Träger - hier die Beklagte - nach dessen Rechtsvorschriften der Erwerb des Leistungsanspruchs u.a. von der Zurücklegung von Versicherungszeiten abhängt, Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedsstaats zurückgelegt wurden, so berücksichtigt, als ob sie nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedsstaats - hier des deutschen - zurückgelegt worden wären. Die Bescheinigung der französischen Behörde nach dem Vordruck PD U1 weist die in Frankreich vom 01.03.2009 bis 30.11.2013 zurückgelegte Zeiten als Versicherungszeit aus ("Périodes d'assurance et périodes assimilées"). Nach der

Rechtsprechung des EuGH sind die Beklagte und das Gericht an den Inhalt der Bescheinigung gebunden, solange die Bescheinigung nicht zurückgezogen oder für ungültig erklärt worden ist (EuGH, Urt. v. 11.11.2004 - C-372/02 -, Rn. 36; s. auch BSG, Urt. v. 23.10.2018 - B 11 AL 20/17 R -, juris Rn. 26; Urt. v. 17.03.2015 - B 11 AL 12/14 R -, juris Rn. 18). Die Anwartschaftszeit und damit insgesamt die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld sind erfüllt.

Die Beklagte hat die Höhe des Arbeitslosengeldes zutreffend berechnet. Das Arbeitslosengeld beträgt für kinderlose, unverheiratete Arbeitslose 60 Prozent des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das die oder der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt), § 149 Nr. 2 SGB III. Der Bemessungszeitraum umfasst die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen, § 150 Abs. 1 S. 2 SGB III. Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr. Er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs, § 150 Abs. 1 S. 2 SGB III. Nach § 150 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB III wird der Bemessungsrahmen auf zwei Jahre erweitert, wenn der Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält. Kann ein Bemessungszeitraum von mindestens 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens nicht festgestellt werden, ist als Bemessungsentgelt ein fiktives Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, § 152 Abs. 1 S. 1 SGB III. Die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts erfolgt durch die Einstufung in Qualifikationsgruppen, § 152 Abs. 2 SGB III. 33

Das Beschäftigungsverhältnis in Frankreich endete mit dem 30.11.2013. Folglich umfasst der einjährige Bemessungsrahmen den Zeitraum 30.11.2013 bis 01.12.2012. In dem sich hiernach ergebenden Bemessungszeitraum liegen keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt aus einer in Deutschland ausgeübten Beschäftigung. Der Bemessungsrahmen erweitert sich daher gemäß § 150 Abs. 3 Nr. 1 SGB II auf zwei Jahre und erstreckt sich auf den Zeitraum 30.11.2013 bis 01.12.2011. Auch in diesem Bemessungszeitraum liegen keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt aus einer deutschen Beschäftigung, da der Kläger ausschließlich Frankreich beschäftigt war. Rechtsfolge wäre demnach nach nationalem Recht, ein fiktives Bemessungsentgelt zugrunde zu legen, § 152 Abs. 1 S. 1 SGB III. 34

Eine fiktive Einstufung kommt jedoch aufgrund der Koordinierungsvorschriften der VO (EG) 883/2004, die im Rahmen ihres Anwendungsbereiches das nationale Recht überlagern (BSG, Urt. v. 17.03.2015 - B 11 AL 12/14 R -, juris Rn. 22), nicht in Betracht. Die VO (EG) 883/2004 enthält in Artikel 62 auch Vorschriften zur Berechnung der Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Nach Art. 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 berücksichtigt der zuständige Träger bei der Berechnung der Leistungshöhe ausschließlich das Entgelt, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet dieses Staates erhalten hat. Nach Absatz 2 der Vorschrift findet Absatz 1 auch Anwendung, wenn nach den für den zuständigen Träger geltenden Rechtsvorschriften ein bestimmter Bezugszeitraum für die Ermittlung des als Berechnungsgrundlage für die Leistungen heranzuziehenden Entgelts vorgesehen ist und die betreffende Person während dieses Zeitraums oder eines Teils davon den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats unterlag. Art. 61 Abs. 1 und 2 VO (EG) 883/2004 behandelt damit den Regelfall des Wanderarbeitnehmers, der kein Grenzgänger ist (Kador in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, Art. 62 VO (EG) 883/2004 Rn. 10). Allerdings kommt Art. 61 Abs. 1, 2 VO (EG) 883/2004 nicht zur Anwendung, weil der Kläger im maßgeblichen Bezugszeitraum keine Beschäftigung im Gebiet des zuständigen Trägers, der Beklagten, ausgeübt hat. 35

Maßgeblich für die Ermittlung des Bemessungsentgelts ist vielmehr Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004. Danach berücksichtigt - abweichend von den Absätzen 1 und 2 - der Träger des Wohnorts im Falle von Arbeitslosen, auf die Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 anzuwenden ist, das Entgelt oder Erwerbseinkommen, das die betreffende Person in dem Mitgliedstaat erhalten hat, dessen Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit galten. Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung am 20.05.2004 geltende Fassung, die die Anwendung von Absatz 3 ausdrücklich auf "Grenzgänger" beschränkte, mit der Folge, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift sich ausschließlich auf den in Artikel 1 Buchst. f) legal definierten (echten) Grenzgänger bezog, ist noch vor Geltung der VO 883/2004 mit Inkrafttreten der Durchführungsverordnung 987/2009/41 zum 01.05.2010 durch Art. 1 Nr. 17 der Verordnung (EG) Nr. 988/2009 vom 16.09.2009 abgeändert worden; seitdem erstreckt sich der Anwendungsbereich der Norm auf Arbeitslose, auf die Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) anzuwenden ist. Ist dies der Fall, ist auf die Einkünfte im Beschäftigungsstaat abzustellen, obwohl zuständiger Staat der Wohnstaat ist (Kador in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, 3. Aufl. 2018, Art. 62 VO (EG) 883/2004, Rn. 11).

36

Nach Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) erhält der in Art. 65 Absatz 2 Sätze 1 und 2 genannte Arbeitslose Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats, als ob diese Rechtsvorschriften für ihn während seiner letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit gegolten hätten. Diese Leistungen werden von dem Träger des Wohnorts gewährt. Der in Art. 65 Absatz 2 Satz 1 VO (EG) 883/2004 genannte Arbeitslose ist eine vollarbeitslose Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat und weiterhin in diesem Mitgliedstaat wohnt oder in ihn zurückkehrt; diese muss sich der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen. Die Anwendung von Art. 65 Abs. 2 VO (EG) 883/2004 setzt demnach voraus, dass die letzte Erwerbstätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt worden ist, in dem nicht der Wohnort des Betroffenen liegt.

37

Anders als der Kläger meint, setzt die Anwendung von Art. 65 Abs. 2 und 5 VO (EG) 883/2004 aber nicht voraus, dass es sich bei dem Arbeitslosen ausschließlich um einen Grenzgänger im Sinne der Legaldefinition nach Artikel 1 Buchst. f) VO (EG) 883/2004 - sog. echter Grenzgänger - handelt (Fuchs in Gagel, SGB II/SGB III, Stand: Dezember 2018, Anhang zur Kommentierung des SGB III, VIII. Sonderregelung für Grenzgänger, Rn. 49, 55f; Janda in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Aufl. 2017, Art. 65 Rn. 1, 8; Kador in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, Stand Dezember 2018, Art. 65 VO (EG) 883/2004, Rn. 30; Otting in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, Stand: Juli 2015, Rn. 15 f; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III Stand: April 2018, § 137 Rn. 95, 97). Grenzgänger ist danach eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehrt.

38

Eine Begrenzung des Anwendungsbereichs auf den (echten) Grenzgänger entspricht weder Art. 2 noch Art. 65 der VO (EG) 883/2004. Vielmehr bezieht Art. 65 den unechten Grenzgänger ausdrücklich ein, indem Art. 65 Abs. 2 Satz 3 den Arbeitslosen und Art. 65 Abs. 5 Buchst. b) den Arbeitnehmer (bei der Verwendung des Begriffs "Arbeitnehmer" handelt es sich um ein Reaktionsversehen, so dass von der Norm auch der selbständig Erwerbstätige erfasst wird: Fuchs, Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, VO (EG) Nr. 883/2004 Art. 65 Rn. 15) behandelt, der kein Grenzgänger ist bzw. war, also kein echter Grenzgänger im Sinne der Legaldefinition des Art. 1 Buchst. f) VO (EG) 883/2004. Der Anwendungsbereich des Artikels 65 erfasst daher auch den unechten Grenzgänger; allerdings sind die durch

39

Artikel 65 geregelten Tatbestände und Rechtsfolgen für den echten und unechten Grenzgänger nicht in jeglicher Hinsicht identisch:

Nach Artikel 65 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 883/2004 muss sich eine vollarbeitslose Person, die während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen als dem zuständigen Mitgliedstaat gewohnt hat und weiterhin in diesem Mitgliedstaat wohnt oder in ihn zurückkehrt, der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen. Nach Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 erhält sie sodann vom Träger des Wohnorts nach dessen Rechtsvorschriften Leistungen so, als ob diese Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gegolten hätten. Diese Zuständigkeit bleibt selbst dann bestehen, wenn sich der/die Arbeitslose der Arbeitsverwaltung des Mitgliedsstaats des letzten Beschäftigungsortes zur Verfügung stellt (Artikel 65 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004). Dies erfasst den echten Grenzgänger, für den daher eine ausschließliche Zuständigkeit des Wohnmitgliedstaats besteht. 40

Artikel 65 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 883/2004 erfasst aber auch den unechten Grenzgänger, auch wenn für diesen eine ausschließliche Zuständigkeit des Wohnmitgliedstaats nicht besteht, wie Artikel 65 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) 883/2004 zeigt. Nach Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) 883/2004 muss sich ein Arbeitsloser, der kein Grenzgänger ist und nicht in seinen Wohnmitgliedstaat zurückkehrt, der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats zur Verfügung stellen, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben. Kehrt eine solche Person also nach Beendigung der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit nicht in ihren Wohnmitgliedstaat zurück, dann hat sie sich in der Rechtsfolge auch ausschließlich der Arbeitsverwaltung im Beschäftigungsstaat zur Verfügung zu stellen. Den materiell-rechtlichen Anspruch auf Arbeitslosengeld regelt für diesen Personenkreis Art. 65 Abs. 5 Buchst. b) VO (EG) 883/2004: "Jedoch erhält ein Arbeitnehmer, der kein Grenzgänger war und dem zulasten des zuständigen Trägers des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften zuletzt für ihn gegolten haben, Leistungen gewährt wurden, bei seiner Rückkehr in den Wohnmitgliedstaat zunächst Leistungen nach Artikel 64; der Bezug von Leistungen nach Buchstabe a) ist während des Bezugs von Leistungen nach den Rechtsvorschriften, die zuletzt für ihn gegolten haben, ausgesetzt." Daraus folgt, dass für den unechten Grenzgänger, der nicht in seinen Wohnsitzstaat zurückkehrt und sich der Arbeitsverwaltung des Staates der letzten Beschäftigung / selbstständigen Erwerbstätigkeit zur Verfügung stellt, der Träger dieses Staates für die Gewährung von Leistungen zuständig ist. Stellt sich der unechte Grenzgänger zunächst im Staat der letzten Beschäftigung zur Verfügung, erhält dort Leistungen und kehrt dann in den Wohnsitzstaat zurück, hat er das Wahlrecht, die Rechte aus dem Leistungsexport nach Art. 64 VO (EG) 883/2004 oder die Leistungen nach Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) geltend zu machen (Janda in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Aufl. 2017, Art. 65 Rn. 36). Daraus folgt aber auch, dass der unechte Grenzgänger von vornherein nach Artikel 65 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 5 Buchst. a) Leistungen in seinem Wohnmitgliedstaat beantragen kann, sofern er bei Eintritt der Arbeitslosigkeit in seinen Wohnmitgliedstaat zurückkehrt bzw. dort verbleibt (Fuchs in Gagel, SGB II/SGB III, Stand: Dezember 2018, Anhang zur Kommentierung des SGB III, VIII. Sonderregelung für Grenzgänger, Rn. 56; Janda in Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 6. Aufl. 2017, Art. 65 Rn. 25, 36; Kador in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB I, Stand Dezember 2018, Art. 65 VO (EG) 883/2004, Rn. 44; Otting in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, Stand: Juli 2015, Rn. 15 f; Utz in BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, Stand: März 2019, VO (EG) 883/2004 Art. 65 Rn. 11; soweit Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) 883/2004 den Tatbestand der "Rückkehr" in den Wohnsitzstaat beschreibt, handelt es sich strenggenommen im Hinblick darauf, dass vom Wohnsitzstaat nur gesprochen werden kann, wenn ein Wohnsitz im Sinne 41

von Art. 1 Buchst. j), also ein gewöhnlicher Aufenthalt, vorliegt, um einen Verbleib. Zur Vorläuferregelung in Artikel 71 Abs. 1 Buchst. b Ziffer ii der Verordnung Nr. 1408/71 hat der EuGH daher auch in der Entscheidung "Di Paolo", Urteil vom 17.02.1977 - Rechtssache 76/76 erkannt: "Der Zusatz der Worte "oder in das Gebiet dieses Staates zurückkehren" in dieser Bestimmung bedeutet nur, dass der Begriff des Wohnorts in einem Staat einen nicht gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat nicht zwangsläufig ausschließt.")

Der Kläger ist als unechter Grenzgänger bei Arbeitslosigkeit in den Wohnmitgliedstaat zurückgekehrt bzw. verblieben, so dass dieser zuständig ist und Leistungen nach Maßgabe von Artikel 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 zu gewähren hat.

42

Echter Grenzgänger ist nach der Definition in Artikel 1 Buchst. f) VO (EG) 883/2004 eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehrt. Unechter Grenzgänger ist folglich eine Person, die zwar ebenfalls in einem anderen Mitgliedstaat als den der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit ihren Wohnort hat, aber kein Grenzgänger ist, weil sie nicht wenigstens einmal wöchentlich nach Hause zurückkehrt. Den Begriff des Wohnorts definiert Artikel 1 Buchst. j) als Ort des gewöhnlichen Aufenthalts einer Person. Die Rechtsprechung des EuGH setzt für das Bestehen eines außerhalb des Staates der Erwerbstätigkeit liegenden Wohnorts voraus, dass der Beschäftigte, an diesem Ort weiterhin gewöhnlich wohnt und sich in ihm auch der gewöhnliche Mittelpunkt seiner Interessen befindet (vgl. Urte. v. 17.02.1977 - RS. 76/76 - Di Paolo; Urte. v. 13.11.1990 - C 216/89 - Reibold). Der Umstand, dass der Arbeitnehmer seine Familie in dem genannten Staat zurückgelassen habe, sei Indiz dafür, dass er dort seinen Wohnort behalten habe, genüge aber für sich allein nicht, um ihm die Ausnahme nach Art. 65 Abs. 2, 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 zugutekommen zu lassen. Entscheidend für das Vorliegen des Wohnortes sind die Dauer und Kontinuität des Wohnens bis zur Aufnahme der Beschäftigung, Dauer und Modalitäten der Abwesenheit, Art der im anderen Mitgliedstaat ausgeübten Beschäftigung sowie die Absicht des Arbeitnehmers wie sie sich aus den gesamten Umständen ergeben, an den Ort vor Aufnahme der Beschäftigung zurückzukehren. Ein echter Grenzgänger war der Kläger nicht, da er nach eigenen Angaben nicht mindestens einmal wöchentlich nach Deutschland zurückgekehrt ist.

43

Der Kläger ist aber als unechter Grenzgänger anzusehen, da er während der Beschäftigung in Frankreich seinen Wohnort in Deutschland beibehalten hat. Hierfür spricht bereits der Umstand, dass es sich bei den drei verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen, die der Kläger in Frankreich ausgeübt hat, um von vornherein befristete Arbeitsverhältnisse gehandelt hat. Zum letzten Beschäftigungsverhältnis (Inserm - Instituts thématiques) liegt der vom 01.12.2011 bis zum 30.11.2013 befristete Arbeitsvertrag vor. Aber auch hinsichtlich der übrigen Beschäftigungsverhältnisse ist aufgrund der Angaben des Klägers, dass es sich um Postdoc-Stellen gehandelt hat, von einer Befristung ausgehen. Postdoc bezeichnet in aller Regel die zeitlich befristete Mitarbeit eines Wissenschaftlers an einem Forschungsprojekt nach Beendigung der Promotion und Erhalt des Doktorgrades; Auslandsaufenthalte sind hierbei besonders bei Naturwissenschaftlern verbreitet, so dass auch der Umstand, dass es sich um mehrere Postdoc-Stellen über die Dauer von insgesamt 5 Jahre gehandelt hat, nicht zwingend dafür spricht, dass der Kläger mit der Beschäftigung seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Frankreich verlegt hat bzw. verlegen wollte. Der Kläger hat zudem glaubhaft geltend gemacht, sich regelmäßig, d.h. mindestens alle vierzehn Tage an den Wochenenden in Deutschland aufgehalten zu haben und weiter enge Beziehungen zur Familie und zur Freundin in B gepflegt zu haben. Auch in Sportverein und Orchester ist er aktiv geblieben und hat hierzu Nachweise über Abbuchungen von Beiträgen für Sportverein und Orchester

44

vorgelegt. Schließlich hat sich der Kläger, als das Ende des Beschäftigungsverhältnisses bei Inserm - Instituts thématiques feststand, wieder nachweislich in Deutschland beworben und damit nicht nur Rückkehrwillen, sondern auch den von vornherein nur zeitlich begrenzten Auslandsaufenthaltswillen dokumentiert.

Da beim Kläger im Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitslosigkeit (s. hierzu Fuchs in Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, VO (EG) Nr. 883/2004, Art. 65 Rn. 14) Wohnstaat und Beschäftigungsstaat auseinanderfielen, der Kläger nach Eintritt der Arbeitslosigkeit weiter im bisherigen Wohnstaat wohnte, findet Art. 65 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) 883/2004 keine Anwendung. Es verbleibt bei dem Grundsatz von Art. 65 Abs. 2 Satz 1, dass sich der Kläger der Arbeitsverwaltung des Wohnmitgliedstaats zur Verfügung stellen muss mit der Folge, dass gemäß Art. 65 Abs. 5 Buchst. a) dann auch der Träger des Wohnortes für die Leistung nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats zuständig ist.

45

Da Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a) VO (EG) 883/2004 Anwendung findet, ist nach Artikel 62 Abs. 3 in Abweichung von Artikel 62 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 für die Bemessung der Leistungshöhe auf das Arbeitseinkommen abzustellen, das im Mitgliedstaat der letzten Erwerbstätigkeit erzielt worden und als Arbeitsentgelt zu qualifizieren ist. Diese Regelung knüpft daran an, den zuletzt erwirtschafteten Lebensstandard abzusichern, indem auf das im Beschäftigungsstaat zuletzt erzielte Arbeitseinkommen abgestellt und zugleich zuvor in anderen Mitgliedstaaten oder dem Wohnsitzstaat erzielt Arbeitseinkommen aus der Berechnung ausgenommen wird. Artikel 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 geht auf eine Entscheidung des EuGH zur Vorgänger-VO (EWG) Nr. 1408/71 zurück, die keine Regelung zur Leistungsberechnung für den Grenzgänger enthielt, für den die Leistungen vom Träger des Wohnsitzstaates zu erbringen waren. In der Rechtssache Fellingner hatte der EuGH daher entschieden, dass der zuständige Träger des Wohnsitzmitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts zugrunde zu legen ist, diese Leistungen unter Berücksichtigung des Entgelts zu berechnen hat, das der Arbeitnehmer während der letzten Beschäftigung in dem Mitgliedstaat erhalten hat, in dem er unmittelbar vor Eintritt der Arbeitslosigkeit beschäftigt war (Urt. v. 28.02.1980 - Rs. 67/79 -, Rn. 9).

46

Soweit der Kläger geltend macht, es sei eine unbillige Härte, wenn zur Bemessung des Leistungsbetrages die Einkünfte aus der Beschäftigung in Frankreich zugrunde gelegt würden, weil der französische Nettolohn im Hinblick auf den deutlich höheren Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung in Frankreich geringer als ein vergleichbarer in Deutschland gezahlter Lohn und der Steuersatz in Frankreich günstiger sei, führt dies nicht zu einer fiktiven Bemessung.

47

Eine fiktive Bemessung aus dem Koordinierungsrecht heraus scheitert bereits daran, dass hier eine eindeutige Regelung vorliegt, die eine Regelungslücke nicht erkennen lässt. Der Senat nimmt insofern auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts Bezug. Artikel 62 VO (EG) 883/2004 sieht eine fiktive Bemessung nicht vor. Aufgrund des Umstands, dass die VO 883/2004 im Gegensatz zur VO (EWG) 1408/71 auch den ohnehin nur begrenzten Ausnahmefall für eine fiktive Bemessung nicht mehr aufgenommen hat, ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsrecht eine fiktive Bemessung ausschließt. Aufgrund dieses Ausschlusses ist bislang auch davon ausgegangen worden, dass auch eine fiktive Bemessung nach innerstaatlichem Recht ausgeschlossen ist (BSG, Urt. v. 17.04.2015 - B 11 AL 12/14 R -, juris 24). Soweit das BSG allerdings das Revisionsverfahren B 11 AL 9/17 R ausgesetzt und dem EuGH die Frage vorgelegt hat, wie sich die fiktive Bemessung des Arbeitslosengeldes (nach nationalem Recht) zu den Regelungen zur europäischen

48

Sozialrechtskoordinierung nach Art. 62 VO (EG) 883/2004 verhält (Beschl. v. 23.10.2018), führt dies hier nicht zu einer anderen Beurteilung. Zwar äußert das BSG nunmehr Zweifel, ob die Verordnungsentwicklung ausreichender Grund zur Annahme sein könne, dass auch eine fiktive Bemessung nach innerstaatlichem Recht ausgeschlossen werde (BSG, aaO, juris Rn. 31). Allerdings haben die Vorlagefragen ausschließlich Art. 62 Abs. 1 und 2 VO (EG) 883/2004 zum Gegenstand und betreffen damit nicht den (echten oder unechten) Grenzgänger, sondern den Wanderarbeitnehmer, der kein (echter oder unechter) Grenzgänger ist. Zudem liegt ein Sachverhalt zugrunde, dass das Koordinierungsrecht des Art. 62 Abs. 1 und 2 VO (EG) 883/2004 zur Bemessung der Leistungshöhe ausschließlich das Entgelt heranzieht, das der Arbeitslose während seiner letzten Beschäftigung im Gebiet des zuständigen Staates erhalten hat, die Leistungsbemessung und -höhe also trotz eines Sachverhaltsbezugs zum EU-Ausland nahezu vollständig in das nationale Recht verweist. Darin liegt hier ein entscheidender Unterschied zu dem Regelungsgegenstand, der Artikel 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 zugrunde liegt.

Art. 62 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 verstößt nicht gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere nicht gegen Art. 48 Satz 1 Buchst. a) des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der vorsieht, dass eine Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen erfolgen soll. Der EuGH hat Art. 61 ff VO (EG) 883/2004 bereits mehrfach zum Gegenstand seiner Entscheidung gehabt und stets betont, dass die materiellen und formellen Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten und folglich zwischen den Ansprüchen der diesen Systemen angeschlossenen Personen durch Art. 48 AEUV nicht berührt werden, da Artikel 48 AEUV eine Koordinierung und keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorsieht (EuGH, Urt. v. 11.04.2013 - C-443/11 - Jeltès u.a., Rn. 43 m.w.N.). Die Bestimmungen des Vertrags über die Freizügigkeit können einem Versicherten somit nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit neutral ist. Ein solcher Umzug kann aufgrund der Unterschiede, die in diesem Bereich zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für den Versicherten in finanzieller Hinsicht mehr oder weniger vorteilhaft sein (EuGH, aaO, Rn. 44; Urt. v. 16.07.2009 - C-208/07 - von Chamier-Glisczinski, Rn. 83, 85; Urt. v. 12.07.2012, Kommission/Deutschland, C-562/10). In der Rechtssache Jeltès hat der EuGH betont, dass der Umstand, dass ein Arbeitsloser (Grenzgänger) vom zuständigen Träger des Wohnmitgliedstaats (hier Belgien) Arbeitslosenunterstützung erhalte, das Ergebnis einer im Einklang mit der Verordnung Nr. 883/2004 erfolgenden Anwendung der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats über die Leistungen bei Arbeitslosigkeit sei. Ein Unterschied zwischen den in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats der letzten Beschäftigung (Niederlande) vorgesehenen Leistungen, die für nicht im Inland wohnende arbeitslose Arbeitnehmer allerdings einen Leistungsausschluss vorsehen, und denen, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats gewährt werden, stellt unter diesen Umständen keine Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dar, da er sich aus der fehlenden Harmonisierung des einschlägigen Unionsrecht ergebe.

49

Unzutreffend ist auch die Ansicht des Klägers, die Beklagte habe das Bruttoarbeitsentgelt unzutreffend ermittelt. Die Beklagte hat sich an die Angaben im Portable Document (PD) U1 gehalten und das darin übermittelte Entgelt zugrunde gelegt, welches auch nach Angaben des Klägers das tatsächlich bezogene Bruttoarbeitsentgelt gewesen ist. Nach Artikel 54 Abs. 2 VO (EG) Nr. 987/2009 (Verordnung zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004) hat der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen

50

Rechtsvorschriften die betroffene Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbständigen Erwerbstätigkeit unterlag, dem Träger des Wohnorts auf dessen Antrag hin unverzüglich alle für die Berechnung der Leistungen bei Arbeitslosigkeit, die in dem Wohnmitgliedstaat erlangt werden können, notwendigen Angaben, insbesondere die Höhe des erzielten Entgelts oder Erwerbseinkommens zu übermitteln. Das Gemeinschaftsrecht sieht daher die Übermittlung des erzielten und nicht eines fiktiven Entgelts oder Erwerbseinkommens vor. An diese Bescheinigung ist der zuständige Träger des Wohnorts gebunden (s.o.), so dass er das darin bescheinigte Entgelt auch bei der Leistungsberechnung zugrunde zu legen hat. Eine Abweichung sieht das innerstaatliche Recht nur vor, wenn der Bemessungszeitraum nicht die erforderliche Anzahl von Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt aufweist (§ 159 SGB III). Das ist hier aber nicht der Fall.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 183, 193 SGG. 51

IV. Gründe für die Zulassung der Revision nach § 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG bestehen nicht. 52