

B 11 AL 31/21 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 7 AL 3736/18
Datum
19.05.2020
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 3 AL 1926/20
Datum
20.01.2021
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 31/21 R
Datum
22.09.2022
Kategorie
Urteil

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 20. Januar 2021 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

I

1

Der Kläger begehrt höheres Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 1.7. bis 24.9.2018. Im Streit ist die Höhe des zu berücksichtigenden Bemessungsentgelts.

2

Der 1957 geborene und als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger war vom 12.10.1987 bis 30.6.2018 Arbeitnehmer der H AG. Am 23.6.2015 vereinbarte er in einem als solchen überschriebenen "Altersteilzeitvertrag" mit seiner Arbeitgeberin für die Zeit ab 1.10.2015 ua das Ende des Arbeitsverhältnisses zum 30.6.2018. Der Kläger bezog ab 1.10.2015 nur noch ein Entgelt in Höhe von 85 Prozent des vorherigen Nettoarbeitsentgelts. Das beitragspflichtige Bruttoarbeitsentgelt des Klägers innerhalb des letzten Jahres des Arbeitsverhältnisses betrug 28 103,41 Euro. Als fiktives volles Bruttoarbeitsentgelt (mit Einmalzahlungen) ist von der Arbeitgeberin für diesen Zeitraum ein Betrag von 56 156,82 Euro bescheinigt worden. Der Kläger war ab 1.7.2018 zum Bezug einer Altersrente für schwerbehinderte Menschen berechtigt.

3

Am 11.5.2018 meldete sich der Kläger mit Wirkung zum 1.7.2018 bei der Beklagten persönlich arbeitslos. Diese entschied zunächst vorläufig unter Gewährung eines Vorschusses über den Anspruch auf Alg (*Bescheid vom 2.7.2018*) und setzte die Leistungen für die Zeit ab 1.7.2018 sodann auf der Grundlage des letzten tatsächlichen Arbeitsentgelts in Höhe eines täglichen Leistungssatzes von 31,07 Euro abschließend fest (*Bescheid vom 10.9.2018 und Änderungsbescheid vom 12.9.2018; Widerspruchsbescheid vom 12.11.2018*). Wegen einer stationären Rehabilitationsmaßnahme mit Anspruch auf Übergangsgeld hob die Beklagte die Leistungsbewilligung für die Zeit ab 25.9.2018 auf (*Bescheid vom 26.10.2018*).

4

Mit seiner Klage macht der Kläger höheres Alg auf der Grundlage einer Bemessung nach dem fiktiven Bruttoarbeitsentgelt mit Einmalzahlungen im letzten Jahr des Arbeitsverhältnisses geltend. Das SG hat die Klage abgewiesen (*Gerichtsbescheid vom 19.5.2020*), das LSG die Berufung zurückgewiesen (*Urteil vom 20.1.2021*). Das Bemessungsentgelt sei nach [§ 151 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) iVm § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG anhand des tatsächlich erzielten Entgelts im einjährigen Bemessungszeitraum vor dem 1.7.2018 zu berechnen. Die Regelung des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#) finde keine Anwendung, denn der Ausnahmetatbestand des [§ 150 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) sei erfüllt; die Arbeitszeitreduktion des Klägers beruhe auf der Altersteilzeitvereinbarung. Auch eine Erhöhung des Bemessungsentgelts nach § 10 Abs 1 Satz 1 AltTZG scheide aus, denn der Kläger habe ab 1.7.2018 eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen in Anspruch nehmen können. Weder der Ausnahmetatbestand des [§ 150 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) noch die Bemessung von Alg nach § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG verstoße gegen Art 3 Abs 1 GG. Es liege bereits keine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Gruppen vor.

5

Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des Art 2 Abs 1 und Abs 2 Buchst b der Richtlinie 2000/78/EG sowie des Art 3 Abs 3 Satz 2 GG. Die Regelung des § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG führe zu einer mittelbaren Diskriminierung schwerbehinderter Arbeitnehmer. Diese schieden infolge der früheren Rentenzugangsmöglichkeit nach [§ 236a Abs 1 Satz 2 SGB VI](#) bereits zu einem früheren Zeitpunkt aus der privilegierten Berechnung von Alg aus, was dazu führe, dass sich der Anspruch auf Alg nicht nach dem - höheren - fiktiven Bruttoarbeitsentgelt mit Einmalzahlungen bemesse.

6

Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 20. Januar 2021 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 19. Mai 2020 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheids vom 10. September 2018 und des Änderungsbescheids vom 12. September 2018, jeweils in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12. November 2018, zu verurteilen, ihm für die Zeit vom 1. Juli bis 24. September 2018 höheres Arbeitslosengeld auf der Grundlage einer Bemessung nach dem fiktiven Bruttoarbeitsentgelt mit Einmalzahlungen zu gewähren.

7

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

8

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Die Richtlinie 2000/78/EG sei auf den Streitfall nicht anwendbar und auch eine Verletzung von Art 3 GG liege nicht vor.

II

9

Die zulässige Revision des Klägers ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)) begründet. Der Senat vermag auf der Grundlage der Feststellungen des LSG nicht abschließend zu entscheiden, ob dem Kläger für den streitbefangenen Zeitraum vom 1.7. bis 24.9.2018 ein Anspruch auf Alg und ggf in welcher Höhe zusteht.

10

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den vorinstanzlichen Entscheidungen der Bescheid vom 10.9.2018 und der Änderungsbescheid vom 12.9.2018, jeweils in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.11.2018 ([§ 95 SGG](#)), soweit durch diese Bescheide Alg für den Zeitraum vom 1.7. bis 24.9.2018 endgültig in der festgesetzten Höhe bewilligt wurde. Die Entscheidung über die Leistungsgewährung als Vorschuss durch Bescheid vom 2.7.2018 wurde durch die endgültige Festsetzung ersetzt und erledigte sich IS des [§ 39 Abs 2 SGB X](#) (BSG vom 9.5.1996 - [7 RA 36/95](#) - [SozR 3-4100 § 112 Nr 28](#) S 126 f, *juris RdNr 21*; BSG vom 31.5.1989 - [4 RA 19/88](#) - [SozR 1200 § 42 Nr 4](#) S 17, *juris RdNr 23*). Dagegen ist der Bescheid vom 26.10.2018 (Aufhebung ab 25.9.2018) schon wegen der Begrenzung des Behrens auf die Zeit bis 24.9.2018 nicht streitbefangen.

11

Der Kläger verfolgt seinen Anspruch zulässigerweise im Wege der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 Satz 1 Alt 1 iVm Abs 4 SGG](#)), gerichtet auf Erlass eines Grundurteils ([§ 130 Abs 1 SGG](#)), denn mit Wahrscheinlichkeit kann von höheren Leistungen ausgegangen werden, wenn dem Klagebegehren gefolgt wird (*vgl nur BSG vom 18.5.2010 - B 7 AL 49/08 R - SozR 4-4300 § 122 Nr 8 RdNr 9*).

12

2. Die Feststellungen des LSG reichen allerdings nicht aus, um abschließend zu entscheiden. Der Kläger erfüllt zwar die Anspruchsvoraussetzungen für Alg. Nach dem Gesamtzusammenhang der bindenden Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) hat er sich am 11.5.2018 mit Wirkung zum 1.7.2018 arbeitslos gemeldet ([§ 137 Abs 1 Nr 2, § 141 SGB III](#)), die Anwartschaftszeit erfüllt ([§ 137 Abs 1 Nr 3, § 142 SGB III](#)) und war auch arbeitslos ([§ 137 Abs 1 Nr 1, § 138 SGB III](#)). Es fehlen aber notwendige Feststellungen, welche es erlauben zu beurteilen, ob der Anspruch auf Alg im gesamten streitbefangenen Zeitraum oder jedenfalls zeitweise wegen einer Sperrzeit bei verspäteter Arbeitsuchendmeldung und/oder einer Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe (*hierzu 3.*) geruht hat. Letzteres hängt von dem genauen Inhalt der Vereinbarung vom 23.6.2015 und deren konkreter Umsetzung ab 1.10.2015 ab, was weiter aufzuklären ist (*hierzu 4.*). Die Klage auf höheres Alg wäre jedenfalls für einen Ruhenszeitraum unbegründet. Sollte der Anspruch auf Alg nach dem Ergebnis der weiteren Ermittlungen nicht oder nur zeitweise geruht haben, fehlen zudem Feststellungen, die eine abschließende Beurteilung der Bemessung und damit der Höhe des Anspruchs auf Alg ermöglichen (*hierzu 5. bis 9.*).

13

3. Der Anspruch auf Alg ruht nach [§ 159 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) für die Dauer einer Sperrzeit, wenn sich ein Arbeitnehmer versicherungswidrig verhalten hat, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen tritt eine Sperrzeit kraft Gesetzes ein, ohne dass es eines entsprechenden Ausspruchs durch Verwaltungsakt bedarf (*stRspr; vgl nur zuletzt BSG vom 27.6.2019 - B 11 AL 17/18 R - BSGE 128, 262 = SozR 4-4300 § 159 Nr 8, RdNr 19; BSG vom 13.3.2018 - B 11 AL 12/17 R - BSGE 125, 170 = SozR 4-4300 § 159 Nr 5, RdNr 16 mwN*). Vorliegend kommt sowohl eine Sperrzeit bei verspäteter Arbeitsuchendmeldung (*hierzu a*) als auch eine Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe (*hierzu b*) in Betracht.

14

a) Versicherungswidriges Verhalten liegt nach [§ 159 Abs 1 Satz 2 Nr 7 SGB III](#) (ab 1.8.2019: Nr 9; Sperrzeit bei verspäteter Arbeitsuchendmeldung) vor, wenn der Arbeitslose der ihm obliegenden Meldepflicht nach [§ 38 SGB III](#) nicht nachgekommen ist. Nach [§ 38 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) sind Personen, deren Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis endet, verpflichtet, sich spätestens drei Monate vor dessen Beendigung persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden. Nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG hat sich der Kläger erst am 11.5.2018 und damit nicht - wie gesetzlich gefordert - drei Monate vor Beendigung des der Versicherungspflicht unterliegenden Beschäftigungsverhältnisses zum 30.6.2018 bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet. Ob der Kläger seiner Obliegenheit zur frühzeitigen Meldung auch subjektiv vorwerfbar nicht nachgekommen ist oder ob er sich jedenfalls für sein pflichtwidriges Verhalten auf einen wichtigen Grund iS des [§ 159 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) berufen kann (*vgl BSG vom 13.3.2018 - B 11 AL 12/17 R - BSGE 125, 170 = SozR 4-4300 § 159 Nr 5, RdNr 12 ff*), lässt sich nach den Feststellungen des LSG indessen nicht beurteilen. Entsprechende Ermittlungen wird das LSG im wiedereröffneten Verfahren nachzuholen haben. Die Dauer einer Sperrzeit bei verspäteter Arbeitsuchendmeldung beträgt eine Woche ([§ 159 Abs 6 SGB III](#)).

15

b) Versicherungswidriges Verhalten liegt nach [§ 159 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe) auch vor, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat. Der Kläger hat hier durch die Umwandlung seines unbefristeten in ein befristetes Arbeitsverhältnis sein Beschäftigungsverhältnis gelöst und damit nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen des LSG - mangels Anhaltspunkten für ein Anschlussarbeitsverhältnis - seine Arbeitslosigkeit vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt (*vgl nur BSG vom 12.9.2017 - B 11 AL 25/16 R - SozR 4-4300 § 159 Nr 3 RdNr 15*). Doch lässt sich auch insoweit nicht beurteilen, ob er sich auf einen wichtigen Grund berufen kann. Nach den bisherigen Feststellungen des LSG ist offen, ob er mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin Altersteilzeitarbeit iS des [§ 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG \(zur Zulässigkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses bei Altersteilzeit § 8 Abs 3 AltTZG\)](#), Teilzeitarbeit in anderer Form, ggf iS des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#), oder die Fortzahlung der Arbeitsvergütung unter Freistellung von seiner Arbeitstätigkeit vereinbart hat (*hierzu 4.*). Hiernach beurteilt sich nicht nur der rechtliche Maßstab für das Vorliegen eines wichtigen Grundes iS von [§ 159 Abs 1 Satz 1 SGB III](#), sondern auch für den Beginn der Beschäftigungslosigkeit ([§ 138 Abs 1 Nr 1 SGB III](#)), mit Auswirkungen auf den Beginn einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe und auf die Bemessung des Anspruchs auf Alg (*zu den Fragen im Zusammenhang mit der Bemessung 5. bis 9.*).

16

4. a) Altersteilzeitarbeit iS des [§ 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG](#) leisten Arbeitnehmer - unabhängig von einer Förderung durch die BA ([§ 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG; Rittweger in Rittweger/Petri/Schweikert, Altersteilzeit, 2. Aufl 2002, § 10 AltTZG RdNr 4; zur Rechtsnatur und Ausgestaltung Kreitner in Küttner, Personalbuch, 29. Aufl 2022, Stichwort Altersteilzeit RdNr 3](#)) - wenn sie das 55. Lebensjahr vollendet haben, aufgrund einer Vereinbarung mit ihrem Arbeitgeber, die sich zumindest auf die Zeit erstrecken muss, bis eine Rente wegen Alters

beansprucht werden kann, ihre Arbeitszeit auf die Hälfte der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit vermindert haben und versicherungspflichtig im Sinne des SGB III sind. Die Verringerung der Arbeitszeit kann entweder im sogenannten Teilzeitmodell, bei dem der Arbeitnehmer unter Verminderung seiner bisherigen Arbeitszeit weiter arbeitet, oder im sogenannten Blockmodell, bei dem der Arbeitnehmer zunächst weiter arbeitet (Arbeitsphase) und sodann freigestellt ist (Freistellungsphase), erfolgen (vgl. BAG vom 12.8.2008 - [9 AZR 620/07](#) - [BAGE 127, 214](#) <225>, juris RdNr 36; BSG vom 10.2.2004 - [B 7 AL 54/03 R](#) - [BSGE 92, 139](#) <143> = [SozR 4-4170 § 3 Nr 1 S 6](#), juris RdNr 31; Schüren in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I*, 5. Aufl 2021, § 51 RdNr 11; Schwarzkopf in *Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, § 2 AltTZG RdNr 22; Uckermann in *Uckermann, Das Recht der betrieblichen Altersvorsorge*, 2. Aufl 2022, Kap 32 RdNr 2 f; Vogelgesang in *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 19. Aufl 2021, § 83 RdNr 11 ff).

17

Nach den Feststellungen des LSG hat der Kläger mit seiner Arbeitgeberin zwar am 23.6.2015 eine als "Altersteilzeitvertrag" bezeichnete Vereinbarung für die Zeit ab 1.10.2015 abgeschlossen. Ob die vorgenannten Voraussetzungen der Altersteilzeitarbeit iS des § 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG erfüllt sind, vermag der Senat indessen nicht zu beurteilen. Dies erscheint jedenfalls für den Fall zweifelhaft, dass mit Inkrafttreten des Vertrags eine sofortige vollständige Freistellung von der Arbeit erfolgt sein sollte. Eine vollständige Freistellung ist zwar bei Altersteilzeit im sogenannten Blockmodell vorgesehen, setzt aber - wie oben dargelegt - einen vorgeschalteten Zeitraum der Beschäftigung mit reduzierten Bezügen ohne Minderung der Arbeitszeit voraus. Eine Freistellung bereits von Vereinbarungsbeginn an ist dagegen nicht vom Anwendungsbereich des § 2 Abs 1 Nr 2 AltTZG umfasst (BAG vom 10.2.2004 - [9 AZR 401/02](#) - [BAGE 109, 294](#) <304>, juris RdNr 59 mwN; BAG vom 22.5.2012 - [9 AZR 453/10](#), juris RdNr 17; Droßel in *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht*, 5. Aufl 2022, § 2 AltTZG RdNr 22 f, Rittweger in *Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching, BeckOK Arbeitsrecht*, § 2 AltTZG RdNr 14 f, Stand 1.6.2022; Schüren in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I*, 5. Aufl 2021, § 51 RdNr 11; instruktiv Oberthür, NZA 2005, 377). Hierzu wird das LSG unter Auslegung der Vereinbarung vom 23.6.2015, ggf unter Heranziehung anwendbarer Betriebsvereinbarungen, im wiedereröffneten Berufungsverfahren weitere Feststellungen zu treffen haben.

18

Wenn es zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der Kläger mit seiner Arbeitgeberin Altersteilzeit im vorgenannten Sinn vereinbart hat, wäre zwar gleichwohl von einem versicherungswidrigen Verhalten durch die Umwandlung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses in ein befristetes auszugehen. Dadurch, dass der Kläger nicht nahtlos in den Bezug der Altersrente wechselte, wäre Beschäftigungslosigkeit nach Ende des Arbeitsvertrags am 30.6.2018 - wegen der trotz Freistellungsphase fortbestehenden Bindung aber nicht schon vorher - eingetreten (vgl. BSG vom 21.7.2009 - [B 7 AL 6/08 R](#) - [BSGE 104, 90](#) = [SozR 4-4300 § 144 Nr 18](#), RdNr 11, 16 ff; BSG vom 12.9.2017 - [B 11 AL 25/16 R](#) - [SozR 4-4300 § 159 Nr 3 RdNr 15](#)). Der Kläger hätte diese Beschäftigungslosigkeit auch wenigstens grob fahrlässig herbeigeführt, da er nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen nicht mindestens konkrete Aussichten auf einen Anschlussarbeitsplatz gehabt hat.

19

Ob er für diesen Fall zum Zeitpunkt der Lösung des Beschäftigungsverhältnisses, also bei Abschluss der Vereinbarung mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin am 23.6.2015 (zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts BSG vom 21.7.2009 - [B 7 AL 6/08 R](#) - [BSGE 104, 90](#) = [SozR 4-4300 § 144 Nr 18](#), RdNr 12), für sein Verhalten einen wichtigen Grund iS von [§ 159 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) hatte, lässt sich aber wiederum nicht beurteilen. Das LSG wird hierzu im wiedereröffneten Berufungsverfahren unter Beachtung der vom Senat aufgestellten Maßstäbe bei Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung (vgl. BSG vom 12.9.2017 - [B 11 AL 25/16 R](#) - [SozR 4-4300 § 159 Nr 3 RdNr 16 f](#); zusammenfassend BSG vom 12.9.2019 - [B 11 AL 19/18 R](#) - [SozR 4-4300 § 330 Nr 8 RdNr 17 f](#)) entsprechende Ermittlungen nachzuholen haben. Ausgehend von dem Sinn und Zweck des AltTZG kann sich ein Arbeitnehmer auf einen wichtigen Grund berufen, wenn er bei Abschluss der Vereinbarung - hier am 23.6.2015 - beabsichtigt hat, nahtlos von der Altersteilzeit in den Rentenbezug - hier für schwerbehinderte Menschen ([§§ 37, 236a SGB VI](#)) - zu wechseln. Die Beurteilung des künftigen Verhaltens des Arbeitnehmers ist dabei abhängig von der rentenrechtlichen Situation und davon, ob bzw wie er diese unter Berücksichtigung seiner Kenntnisse und Nachfragen bei sachkundigen Stellen eingeschätzt hat. Es kann einem Arbeitnehmer, der nahtlos in den Rentenbezug wechseln will, der Abschluss eines Altersteilzeitvertrags (nur dann) nicht vorgeworfen werden, wenn prognostisch, gestützt auf objektive Umstände, von einem solchen Willen zum direkten Übergang auszugehen war.

20

b) Gelangt das LSG zu dem Ergebnis, dass der Kläger mit seiner ehemaligen Arbeitgeberin keine Altersteilzeit iS des § 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG vereinbart hat, kommt es darauf an, wie die vertragliche Abrede vom 23.6.2015 in diesem Fall einzuordnen ist. Da im Rahmen des [§ 159 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB III](#) nicht auf die Lösung des Arbeitsverhältnisses, sondern des Beschäftigungsverhältnisses abgestellt werden muss, kann sowohl die Vereinbarung der einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zum 30.6.2018 unter Aufgabe der Vollzeitbeschäftigung mit einer fortbestehenden Teilzeitarbeit, ggf iS des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#), als auch das faktische Ende der Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers durch Freistellung von der Arbeit bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts (hierzu Söhnngen in *Eicher/Schlegel, SGB III nF*, § 138 RdNr 53 ff mwN, Stand Oktober 2021) grundsätzlich ein versicherungswidriges Verhalten darstellen (vgl. BSG vom 25.4.2002 - [B 11 AL 65/01 R](#) - [BSGE 89, 243](#) <249> = [SozR 3-4300 § 144 Nr 8 S 18](#), juris RdNr 26 f; BSG vom 2.5.2012 - [B 11 AL 6/11 R](#) - [BSGE 111, 1](#) = [SozR 4-4300 § 144 Nr 23](#), RdNr 15; Coseriu in *Eicher/Schlegel, SGB III nF*, § 159 RdNr 183, Stand Juli 2020). Auch in diesem Zusammenhang kommt es neben der Frage, ob der Kläger vorsätzlich oder grob fahrlässig seine Beschäftigungslosigkeit herbeigeführt hat, darauf an, ob er für sein Verhalten einen wichtigen Grund iS von [§ 159 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) hatte (vgl. BSG vom 2.5.2012 - [B 11 AL 6/11 R](#) - [BSGE 111, 1](#) = [SozR 4-4300 § 144 Nr 23](#), RdNr 17 f), wobei vorliegend

insbesondere der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach den §§ 168 ff SGB IX von Bedeutung sein könnte (vgl. *Coseriu in Eicher/Schlegel, SGB III nF, § 159 RdNr 203, Stand Dezember 2014*). In dem Fall, dass der Kläger mit seiner Arbeitgeberin einen Aufhebungsvertrag unter Freistellung von der Arbeit bereits ab Geltungsbeginn - hier für die Zeit ab 1.10.2015 - geschlossen hat, begänne die Sperrzeit allerdings bereits mit dem Tag der Freistellung (*BSG vom 21.7.2009 - B 7 AL 6/08 R - BSGE 104, 90 = SozR 4-4300 § 144 Nr 18, RdNr 10, 16 mwN*) und zöge gemäß § 148 Abs 2 Satz 2 SGB III auch keine Minderung der Anspruchsdauer nach sich.

21

Zu prüfen wäre zudem, ob eine mögliche Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe eine besondere Härte iS des § 159 Abs 3 Satz 2 Nr 2 Buchst b SGB III bedeutete (*hierzu BSG vom 21.7.2009 - B 7 AL 6/08 R - BSGE 104, 90 = SozR 4-4300 § 144 Nr 18, RdNr 15 zu § 144 SGB III*). Die Regelsperrzeit von zwölf Wochen (§ 159 Abs 3 Satz 1 SGB III) könnte sich dadurch halbieren.

22

Kommt das LSG zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen beider in Betracht kommender Sperrzeiten tatbestandlich erfüllt sind und beginnen die Sperrzeiten in der Zeit ab 1.7.2018, hätte der Anspruch auf Alg für eine Gesamtdauer von 13 Wochen, dh jedenfalls im streitbefangenen Zeitraum vom 1.7. bis 24.9.2018, geruht, und die Klage auf höheres Alg wäre schon deshalb unbegründet (vgl. *BSG vom 5.11.1998 - B 11 AL 29/98 R - BSGE 83, 95, 98 f = SozR 3-4100 § 120 Nr 2 S 14, juris RdNr 19*).

23

5. Falls der Anspruch auf Alg nicht oder nur für einen Teil dieses Zeitraums geruht hat, besteht für den verbleibenden Zeitraum ein Anspruch auf Alg. In diesem Fall bedarf es aber noch weiterer Feststellungen zur Höhe des Anspruchs. Nach § 149 Abs 1 Nr 2 SGB III beträgt das Alg 60 Prozent des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Der Bemessungszeitraum umfasst im Grundsatz die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im grundsätzlich einjährigen Bemessungsrahmen, der mit dem letzten Tag der versicherungspflichtigen Beschäftigung vor der Entstehung des Anspruchs endet (§ 150 Abs 1 SGB III).

24

Nach Maßgabe von § 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III bleiben bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums aber Zeiten außer Betracht, in denen die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf Grund einer Teilzeitvereinbarung nicht nur vorübergehend auf weniger als 80 Prozent der durchschnittlichen regelmäßigen Arbeitszeit einer vergleichbaren Vollzeitbeschäftigung, mindestens um fünf Stunden wöchentlich, vermindert war, wenn der Arbeitslose Beschäftigungen mit einer höheren Arbeitszeit innerhalb der letzten dreieinhalb Jahre vor der Entstehung des Anspruchs während eines sechs Monate umfassenden zusammenhängenden Zeitraums ausgeübt hat (*dazu im Einzelnen Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III nF, § 150 RdNr 91 ff, Stand August 2020; Jakob in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl 2021, § 150 RdNr 64 ff; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, K § 150 RdNr 106 ff, Stand Mai 2021*). Hierdurch sollen dem Arbeitslosen Nachteile erspart werden, die sich ergäben, wenn sich die Teilzeitentgelte auf die Höhe des Alg auswirken würden, und so die Bereitschaft der Arbeitnehmer, von einer Vollzeitbeschäftigung aufgrund einer Teilzeitvereinbarung auf einen Teilzeitarbeitsplatz zu wechseln, gestärkt werden (*BT-Drucks 12/7565 S 15*).

25

Rechtsfolge dieser Regelung ist allerdings nicht (*anders als nach § 10 Abs 1 Satz 1 AltTZG, hierzu 6.*), dass ein höheres - fiktives - Arbeitsentgelt zu berücksichtigen ist. Vielmehr verlängert sich der Bemessungszeitraum in die Vergangenheit, weil die genannten Zeiten "außer Betracht" bleiben. § 150 Abs 3 iVm § 152 Abs 1 Satz 1 SGB III erlaubt eine Verlängerung indessen längstens bis auf zwei Jahre (vgl. zu *allem BSG vom 15.12.2005 - B 7a AL 30/05 R - SozR 4-4300 § 131 Nr 3 RdNr 11; Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III nF, § 150 RdNr 97 f, Stand August 2020; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, K § 150 RdNr 112, Stand Mai 2021*).

26

Dies gilt nach § 150 Abs 2 Satz 2 SGB III aber nicht in Fällen einer Teilzeitvereinbarung nach dem AltTZG, es sei denn, wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen, das Beschäftigungsverhältnis ist wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers beendet worden. Es käme dann § 10 Abs 1 Satz 1 und 2 AltTZG zur Anwendung, wonach folgendes gilt: "Beanspruch ein Arbeitnehmer, der Altersteilzeitarbeit <§ 2> geleistet hat und für den der Arbeitgeber Leistungen nach § 3 Abs 1 Nr 1 erbracht hat, Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe, erhöht sich das Bemessungsentgelt, das sich nach den Vorschriften des Dritten Buches Sozialgesetzbuch ergibt, bis zu dem Betrag, der als Bemessungsentgelt zugrunde zu legen wäre, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nicht im Rahmen der Altersteilzeit vermindert hätte. Kann der Arbeitnehmer jedoch eine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen, ist von dem Tage an, an dem die Rente erstmals beansprucht werden kann, das Bemessungsentgelt maßgebend, das ohne die Erhöhung nach Satz 1 zugrunde zu legen gewesen wäre". Der

Anwendungsbereich des § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG betrifft grundsätzlich auch Altersrenten, die nur unter Inkaufnahme eines Abschlags vorzeitig in Anspruch genommen werden können (*BT-Drucks 13/4877 S 29 f; BSG vom 15.12.2005 - B 7a AL 30/05 R - SozR 4-4300 § 131 Nr 3 RdNr 14*). Sowohl Arbeitslose, die in Teilzeit iS des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#) gearbeitet haben, als auch solche, die in Altersteilzeit gearbeitet haben, sollen grundsätzlich vor den Nachteilen ihrer Teilzeittätigkeit für die Höhe des Alg bewahrt werden, allerdings im Fall der Altersteilzeit nicht durch eine Verlagerung des Bemessungszeitraums (*vgl § 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 und Satz 2 SGB III*), sondern durch Zuweisung eines höheren Arbeitsentgelts (*BT-Drucks 14/6944 S 36; BSG vom 15.12.2005 - B 7a AL 30/05 R - SozR 4-4300 § 131 Nr 3 RdNr 13 mwN*).

27

6. Nach Maßgabe dieser bemessungsrechtlichen Bestimmungen kommen vorliegend verschiedene Konstellationen in Betracht. Sollte weder von einer "normalen" Teilzeitvereinbarung noch von einer Altersteilzeitvereinbarung auszugehen sein, sondern von der vereinbarten Fortzahlung der Arbeitsvergütung unter Freistellung von der Arbeitstätigkeit, ergäbe sich - letztlich auch unabhängig davon, ob Sperrzeiten eingetreten sind oder nicht - kein höherer Anspruch auf Alg. Das Alg wäre, entsprechend der von der Beklagten hier vorgenommenen Berechnung, anhand des im einjährigen Bemessungszeitraum vor der Entstehung des Anspruchs am 1.7.2018 tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts zu bemessen ([§ 150 Abs 1 iVm § 151 Abs 1 SGB III](#)).

28

Für den Fall, dass nach den Feststellungen des LSG die Voraussetzungen für eine Altersteilzeitvereinbarung nach dem AltTZG nicht vorliegen, aber in der Zeit vom 1.10.2015 bis 30.6.2018 (33 Monate) nach Maßgabe des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#) aufgrund der Vereinbarung vom 23.6.2015 die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit des Klägers auf weniger als 80 Prozent der durchschnittlichen regelmäßigen Arbeitszeit einer vergleichbaren Vollzeitbeschäftigung, mindestens um fünf Stunden wöchentlich, vermindert war, ergäbe die Ausklammerung dieses Zeitraums, dass auch der auf zwei Jahre erweiterte Bemessungsrahmen weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält, und es wäre eine fiktive Bemessung nach [§ 152 SGB III](#) vorzunehmen (*vgl BSG vom 25.8.2011 - B 11 AL 19/10 R - SozR 4-4300 § 132 Nr 7 RdNr 21 ff mwN; Behrend in Eicher/Schlegel, SGB III nF, § 150 RdNr 97 f, Stand August 2020; Jakob in Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl 2021, § 150 RdNr 63*). Diese erforderte weitere Feststellungen zur beruflichen Qualifikation, auf die sich die Vermittlungsbemühungen der Beklagten in erster Linie zu erstrecken hatten.

29

Sollte das LSG hingegen zu dem Ergebnis gelangen, dass es sich bei der Vereinbarung des Klägers mit seiner Arbeitgeberin tatsächlich um eine Teilzeitvereinbarung iS des § 2 Abs 1 Nr 2 iVm § 1 Abs 3 Satz 1 AltTZG gehandelt hat, wird es ergänzend festzustellen haben, ob die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Satz 1 AltTZG dem Grunde nach erfüllt sind, nämlich, ob die Arbeitgeberin Leistungen nach § 3 Abs 1 Nr 1 AltTZG erbracht hat. In diesem Fall fände die bemessungsrechtliche Regelung des [§ 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III](#) nach der (insoweit lediglich deklaratorischen) Regelung des [§ 150 Abs 2 Satz 2 SGB III](#) keine Anwendung (*BSG vom 15.12.2005 - B 7a AL 30/05 R - SozR 4-4300 § 131 Nr 3 RdNr 13*), und das Alg würde sich im Grundsatz nach § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG bemessen, da der Kläger bereits ab dem 1.7.2018 eine vorgezogene Altersrente für schwerbehinderte Menschen, wenn auch mit Abschlägen, beanspruchen konnte. Das LSG wird sich (erst) in diesem Fall von der Vereinbarkeit der Regelung des § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG sowohl mit Unionsrecht (*hierzu 7.*) als auch mit dem nationalen Verfassungsrecht, insbesondere mit Art 3 Abs 3 Satz 2 GG (*hierzu 8.*), überzeugen müssen.

30

7. Unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten weist der Senat daraufhin, dass der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (*sog Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie; ABI EU L 303, S 16*) bei Leistungen aus dem System der Arbeitslosenversicherung, wie hier dem Alg, nicht eröffnet ist. Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ist im Licht ihres Art 3 Abs 1 Buchst c und Abs 3 unter Berücksichtigung des 13. Erwägungsgrundes nicht auf die Systeme der Sozialversicherung und des sozialen Schutzes anwendbar (*stRspr; vgl nur EuGH vom 19.9.2018 - C-312/17 - Bedi, EU:C:2018:734, juris RdNr 30 mwN; Th. A. Schmidt, Von "Mangold" bis "Maruko": Die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung, 2014, S 79 ff*). Denn unmittelbar durch Gesetz geregelte, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem betroffenen Gewerbebereich zulassende Sozialversicherungssysteme oder -leistungen, die zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten, werden nicht in den Entgeltbegriff des Art 157 Abs 2 AEUV einbezogen. Diese Regelungen sichern den Arbeitnehmern Ansprüche aus gesetzlichen Systemen, an deren Finanzierung Arbeitnehmer, Arbeitgeber und ggf die öffentliche Hand in einem Maße beteiligt sind, das weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt. Der Arbeitgeberanteil an der Finanzierung eines solchen gesetzlichen Systems - wie hier der Arbeitgeberanteil am gesetzlichen System der Arbeitslosenversicherung ([§ 20 Abs 1 SGB IV iVm §§ 340, 346 SGB III](#)) - stellt keine auch nur mittelbare Zahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer dar (*zu alledem EuGH vom 25.5.1971 - C-80/70 - Defrenne I, EU:C:1971:55, Slg 1971, 445 RdNr 7/12; EuGH vom 13.5.1986 - C-170/84 - Bilka-Kaufhaus, EU:C:1986:204, Slg 1986, 1607 RdNr 16 ff*).

31

Weil § 10 Abs 1 AltTZG keiner Umsetzung von (sekundärem) Unionsrecht diene (vgl *BT-Drucks 13/4877 S 29 f*; *BT-Drucks 13/10033 S 21*), ist auch der sachliche Geltungsbereich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union nicht eröffnet (*stRspr*; vgl etwa *EuGH vom 19.11.2019 - C-609/17 ua - TSN, EU:C:2019:981, juris RdNr 53 mwN*; vgl ferner zu diesem Maßstab *BVerfG vom 24.4.2013 - 1 BvR 1215/07 - BVerfGE 133, 277 <313 ff>*, *juris RdNr 88 ff*).

32

8. Das LSG wird sich deshalb, wenn es zur Anwendung von § 10 Abs 1 Satz 2 AltTZG kommt, eine Überzeugung von der Vereinbarkeit der Regelung nicht nur mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GG, sondern auch mit dem besonderen Gleichheitssatz des Art 3 Abs 3 Satz 2 GG - unter Berücksichtigung der vom BVerfG aufgestellten Maßstäbe - zu bilden haben (*zuletzt BVerfG vom 29.1.2019 - 2 BvC 62/14 - BVerfGE 151, 1 <24>*, *juris RdNr 55 mwN*; zur mittelbaren Benachteiligung *BVerfG vom 29.1.2019 - 2 BvC 62/14 - BVerfGE 151, 1 <23 f, 47>*, *juris RdNr 54 f, 110*; *BVerfG vom 30.1.2020 - 2 BvR 1005/18, juris RdNr 35, 41*; *BVerfG vom 16.12.2021 - 1 BvR 1541/20, juris RdNr 93 mwN*; *Straßmair, Der besondere Gleichheitssatz aus Art 3 Abs 3 Satz 2 GG, 2002, S 233 f*). Ob eine mögliche Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, kann nur aufgrund einer Gesamtwürdigung - hier insbesondere im Regelungsgefüge mit den §§ 35 ff, 235 ff SGB VI - entschieden werden (vgl zu alledem *BVerfG vom 8.10.1997 - 1 BvR 9/97 - BVerfGE 96, 288 <303>*, *juris RdNr 69*; *BVerfG <Kammer> vom 25.3.2015 - 1 BvR 2803/11 - NZA 2015, 1248, juris RdNr 10*).

33

9. Sollte das LSG indes zu dem Ergebnis gelangen, der Kläger habe eine Teilzeitvereinbarung iS des § 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III geschlossen, enthielte der auf zwei Jahre erweiterte Bemessungsrahmen weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt, und es wäre eine fiktive Bemessung nach § 152 SGB III vorzunehmen. Auch dies könnte zu einem höheren Anspruch auf Alg führen, soweit dieser Anspruch nicht wegen eingetretener Sperrzeiten im streitbefangenen Zeitraum ruhte.

34

Wenn vorliegend nach den Feststellungen des LSG weder § 10 Abs 1 AltTZG noch § 150 Abs 2 Satz 1 Nr 5 SGB III zur Anwendung käme, wäre das Alg - wie es hier geschehen ist - auf der Grundlage des im einjährigen Bemessungszeitraum vor der Entstehung des Anspruchs am 1.7.2018 tatsächlich erzielten Arbeitsentgelts zu bemessen. Nach der Senatsrechtsprechung ist auch bei unwiderruflicher Freistellung von der Arbeitsleistung bei Zahlung von Arbeitsentgelt von einem Beschäftigungsverhältnis im beitragsrechtlichen Sinne auszugehen, das maßgebend ist für die Bemessung (*BSG vom 30.8.2018 - B 11 AL 15/17 R - BSGE 126, 217 = SozR 4-4300 § 150 Nr 5 RdNr 22 ff*).

35

Das LSG wird abschließend auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Saved

2023-02-22