

## L 3 AL 109/20

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 4 AL 1952/19  
Datum  
19.11.2019  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 3 AL 109/20  
Datum  
29.07.2020  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Entgeltzahlungen während einer Zeit, in der erkrankungsbedingt keine Arbeitsleistungen erbracht wurden, stellen ebenso wie solche während der Phase einer unwiderruflichen Freistellung (vgl. insoweit BSG, Urteil vom 30.08.2018 - [B 11 AL 15/17 R](#)) Arbeitsentgelt dar und sind als für die Bemessung des Arbeitslosengeldes maßgebendes Entgelt einzubeziehen.

2. Dies gilt auch für eine von einem schweizerischen Arbeitgeber gewährte versicherungspflichtige und vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängige Lohnfortzahlung (Abgrenzung zu aus einer Kollektivtaggeld-Versicherung oder einer Unfall-/Invalidenversicherung gezahlten schweizerischen Versicherungsleistungen in Form von Krankentagegeld oder Tagegeld; vgl. hierzu LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 12.11.2019 - [L 13 AL 2184/17](#), Urteil vom 22.07.2016 - [L 8 AL 15/16](#)).

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 19.11.2019 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger auch die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des dem Kläger bewilligten Arbeitslosengeldes streitig.

Der 1982 geborene Kläger nahm am 15.03.2014 eine Beschäftigung bei der E. in Z. auf. Sein dort letzter geleisteter Arbeitstag war der 10.03.2017. Ab 13.03.2017 erfolgte nach dem Wortlaut der von der E. unter dem 19.03.2019 ausgestellten "Arbeitgeberbescheinigung international" durch sie eine "Lohnfortzahlung" wegen einer aufgrund einer Krankheit eingetretenen dauerhaften Verhinderung an der Arbeitsleistung. Rechtsgrundlage für die Gewährung dieser Lohnfortzahlung war Art. 36 Abs. 1 Personalverordnung ETH-Bereich, wonach Mitarbeitende, die infolge Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig sind, Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine Dauer von längstens 730 Tagen haben. Am 27.03.2018 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis zum 12.03.2019. Am 12.03.2019 endete die "Lohnfortzahlung" der Arbeitgeberin. Das nach dem Wortlaut der von der Öffentlichen Arbeitslosenkasse B. unter dem 03.04.2019 ausgestellten Bescheinigung "PDU1" erzielte "Bruttoeinkommen" aus dieser Beschäftigung betrug vom 01.01.2017 bis zum 31.12.2017 monatlich 6.428,65 CHF, vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2018 monatlich 6.439,45 CHF und vom 01.01.2019 bis zum 12.03.2019 insgesamt 15.088,00 CHF. Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld gegenüber der öffentlichen Arbeitslosenkasse B. bestand nicht.

Der Kläger hatte sich bereits am 10.12.2018 zum 13.03.2019 arbeitslos gemeldet sowie am 14.02.2019 die Gewährung von Arbeitslosengeld beantragt und dabei unter anderem angegeben, für ihn gelte die Lohnsteuerklasse I und es bestehe ein Anspruch auf Kindergeld. Mit ihren Schreiben vom 17.04.2019 führte die Beklagte aus, das im Ausland erzielte Arbeitsentgelt fließe in die Bemessung des Arbeitslosengeldes ein, da der Kläger vor Eintritt der Arbeitslosigkeit zuletzt im europäischen Ausland beschäftigt gewesen sei. Ausländische Entgelte seien nur dann in die Bemessung des Arbeitslosengeldes einzubeziehen, wenn sie als Arbeitsentgelt aus Beschäftigungen stammten. Somit blieben Entgelte aus versicherungspflichtiger ausländischer selbständiger Erwerbstätigkeit und aus sonstigen Zeiten (zum Beispiel Krankengeld) außer Betracht. Das ausländische Arbeitsentgelt werde nur bis zur Höhe der deutschen Beitragsbemessungsgrenze berücksichtigt. Da jedoch das Arbeitsentgelt des Klägers beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis noch nicht abgerechnet gewesen sei, werde bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes ein fiktives Arbeitsentgelt zu Grunde gelegt. Das fiktive Arbeitsentgelt richte sich nach der Beschäftigung, für die der Kläger in erster Linie geeignet sei, und der dazugehörigen Qualifikationsstufe. Der Kläger sei für eine Tätigkeit als Qualitätskontrolleur geeignet. Hierfür sei eine Ausbildung an einer Hochschule oder Fachhochschule erforderlich, weswegen für ihn die Qualifikationsstufe 1 zu Grunde gelegt werde. Mit Bescheid vom 18.04.2019 bewilligte die Beklagte dem Kläger die Gewährung von Arbeitslosengeld ab 13.03.2019 für 360 Kalendertage unter Zugrundelegung eines täglichen Bemessungsentgelts in Höhe von 124,60 EUR, der Lohnsteuerklasse I sowie der Lohnsteuertabelle für das Jahr 2019 und dementsprechend eines täglichen

Leistungsentgelts in Höhe von 77,95 EUR, was bei einem Prozentsatz von 67 % einen täglichen Leistungsbetrag in Höhe von 52,23 EUR ergab.

Mit seinem hiergegen am 25.04.2019 eingelegten Widerspruch verlangte der Kläger, sein Arbeitslosengeld nach seinem bisher erzielten Lohn zu berechnen. Mit Widerspruchsbescheid vom 29.04.2019 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Sie führte zur Begründung aus, auch im erweiterten Bemessungszeitraum vom 13.03.2017 bis zum 12.03.2019 seien vorliegend keine 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt festzustellen. Denn der Kläger habe ab 13.03.2017 lediglich "Krankentagegeld" bezogen. Hierbei handele es sich nicht um Arbeitsentgelt aus einer Beschäftigung, so dass es folglich nicht der Bemessung des Arbeitslosengeldes zu Grunde gelegt werden könne. Auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Sozialgerichts (SG) Freiburg, Urteil vom 27.01.2017 - S 2 AL 5289/15, werde Bezug genommen. Daher sei bei der Bemessung ein fiktives Arbeitsentgelt nach der Qualifikationsgruppe 1 zu Grunde zu legen.

Hiergegen erhob der Kläger am 08.05.2019 Klage zum SG Freiburg. Er hat das eine "Lohnfortzahlung" bis zum 12.03.2019 bestätigende Schreiben der E. vom 27.03.2018 und ferner die Lohnausweise für das Jahr 2018 ("Lohn" 77.273,00 CHF, Beiträge zur Sozialversicherung 5.115,00 CHF, Beiträge zur beruflichen Vorsorge 3.476,00 CHF; "Nettolohn" 68.682,00 CHF, Quellensteuer 3.477,00 CHF), für die Monate Januar und Februar 2019 (jeweils: "Monatslohn BRUTTO" 6.011,90 CHF, Sozialabzüge 685,20 CHF; "Monatslohn NETTO" 5.326,70 CHF, Quellensteuer 270,50 CHF; Auszahlungsbetrag 5.056,20 CHF) sowie für den Monat März 2019 ("Monatslohn BRUTTO" 3.153,60 CHF, Sozialabzüge 230,40 CHF; "Monatslohn NETTO" 2.923,20 CHF, Quellensteuer 141,90 CHF; Auszahlungsbetrag 2.781,30 CHF) vorgelegt. Der Kläger hat zur Begründung ausgeführt, zu Unrecht sei die Beklagte davon ausgegangen, er habe "Krankentagegeld" erhalten. Vielmehr handele es sich bei der ihm gewährten "Lohnfortzahlung" um Arbeitsentgelt aus einer Beschäftigung. In ihrer Klageerwiderung hat die Beklagte auf die aus ihrer Sicht maßgebliche weitere Rechtsprechung des SG Freiburg, Urteil vom 01.12.2015 - [S 10 AL 4602/14](#), und des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2016 - [L 8 AL 15/16](#), hingewiesen. Das SG Freiburg hat Auszüge des Aufsatzes von Pärli, Guggisberg, Hug, Oesch, Petrik und Rudin: "Arbeit und Krankheit", ZSR 2013 zur Akte genommen.

Wegen einer am 19.08.2019 begonnen beruflichen Weiterbildung des Klägers hat die Beklagte mit den Änderungsbescheiden vom 27.08.2019 die Gewährung von Arbeitslosengeld, einmal ab 19.08.2019 für die Dauer von 203 Tagen und einmal ab 08.02.2020 für die Dauer von 119 Tagen, jeweils mit einem täglichen Leistungsbetrag in Höhe von 52,23 EUR verfügt.

Mit Urteil vom 19.11.2019 hat das SG Freiburg die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 18.04.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.04.2019 verurteilt, für die Zeit ab 13.03.2019 Arbeitslosengeld unter ausschließlicher Berücksichtigung des in der Schweiz tatsächlich erzielten Entgelts zu gewähren. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Zeit, in der der Kläger in der Schweiz eine "Lohnfortzahlung" infolge von Krankheit erhalten habe, sei zu berücksichtigen, da diese Zahlungen Arbeitsentgelt darstellten. Arbeitsentgelt seien alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen bestehe, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet würden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt würden. Als Arbeitsentgelt seien demnach alle Einnahmen zu verstehen, die dem Versicherten im ursächlichen Zusammenhang mit einer Beschäftigung zufließen. Ausreichend sei zunächst jeder unmittelbare Zusammenhang in Form einer synallagmatischen Leistung, aber auch jeder mittelbare (innere, sachliche) Zusammenhang mit der Beschäftigung. Arbeitsentgelt seien insoweit alle Einnahmen, die ohne die Beschäftigung beim Arbeitnehmer nicht denkbar wären. Für den ursächlichen Zusammenhang mit der Beschäftigung genüge es, dass die Zuwendung wesentlich von dem Ziel mitbestimmt werde, den Arbeitnehmern eine (zusätzliche) Vergütung für die Arbeit zu verschaffen. Bei der von der E. bezogenen "Lohnfortzahlung" handele es sich um eine Leistung, die in einem sachlichen inneren Zusammenhang mit der Beschäftigung stehe. Der Kläger habe kein "Krankentagegeld" erhalten. Für das Personal der E. gelte die ETH-Personalverordnung. Bei der "Lohnfortzahlung" handele es sich um eine Zahlung nach Art. 324a Abs. 1 Schweizerisches Obligationenrecht (OR). Seien alle Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt, habe die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Der Wortlaut der Bestimmung stelle klar, dass es sich bei der Leistung um Lohn und nicht etwa um eine Ersatzleistung handele. Die "Lohnfortzahlung" setze den Bestand des Arbeitsverhältnisses voraus. Die Regelung des Art. 324a Abs. 1 OR solle den Arbeitnehmer während einer beschränkten Zeit so stellen, wie wenn er hätte arbeiten können (Lohnausfallprinzip). Entsprechend seien die Bestimmungen über die Ausrichtung des Lohnes anwendbar und es müssten Sozialversicherungsbeiträge auf die "Lohnfortzahlung" entrichtet werden. Die Leistungen der Arbeitgeberin seien demnach nicht mit Krankengeldzahlungen nach deutschem Bundesrecht zu vergleichen, die kein Arbeitsentgelt darstellten. Dagegen sei nicht einzuwenden, dass die Kosten der Arbeitsunfähigkeit des Klägers eventuell für die E. durch eine Krankentagegeldversicherung abgesichert seien. Es sei dem Gericht unbekannt, ob die E. überhaupt für sich selbst eine solche Versicherung abgeschlossen habe. Es komme auf diese Frage aber auch nicht an. Der Kläger habe während seiner Arbeitsunfähigkeit unmittelbar von der E. ungekürzten Lohn erhalten. Die Dauer der "Lohnfortzahlung" von 730 Tagen ergebe sich unmittelbar aus Art. 36 ETH-Personalverordnung. Es stehe den Parteien grundsätzlich offen, die Verlängerung der "Lohnfortzahlung" durch eine Versicherung zu vereinbaren, so dass nicht der Lohn weiterbezahlt, sondern Tagegeld als Verdienstersatz geleistet werde. Anders verhalte es sich aber, wenn - wie hier - keine Versicherung, sondern eine bloße Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 36 ETH-Personalverordnung vereinbart sei. Ob sich die E. ihrerseits bei einer Versicherung abgesichert habe, sei für die Charakterisierung der von der E. gegenüber dem Kläger geschuldeten Leistungen ohne Bedeutung. Schließlich sei zu beachten, dass der Kläger ausweislich der vorgelegten Lohnausweise Beiträge zur Arbeitslosenversicherung geleistet habe. Entgelte aus einer Beschäftigung seien auch in der Schweiz beitragspflichtig. Wenn also bereits das Risiko der Arbeitslosigkeit im Wege einer Beitragszahlung auf die "Lohnfortzahlung" finanziert werde, ergebe sich für das Gericht, dass es sich hierbei auch um Arbeitsentgelt handele.

Gegen das ihr am 12.12.2019 zugestellte Urteil des SG Freiburg hat die Beklagte am 09.01.2020 Berufung zum LSG Baden-Württemberg eingelegt. Die Beklagte ist der Ansicht, für die Bemessung des Arbeitslosengeldes könnten nur Entgelte in Betracht kommen, die innerhalb des Bemessungsrahmens lägen und die bis zum Ausscheiden aus einem (leistungsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnis abgerechnet würden. Ein Bemessungszeitraum innerhalb des einjährigen Bemessungsrahmens vom 13.03.2018 bis zum 12.03.2019 sei nicht zu ermitteln, da ein leistungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis mit der E. spätestens am 27.03.2018 geendet habe. Ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne ende, wenn die tatsächliche Beschäftigung beendet sei und es am Willen der Parteien des Beschäftigungsverhältnisses fehle, dieses fortzusetzen. Spätestens mit der Kündigung am 27.03.2018 sei der Wille der Arbeitgeberin nachweislich entfallen, das Beschäftigungsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen. Im einjährigen Bemessungsrahmen sei demzufolge kein Bemessungszeitraum festzustellen, da kein vollständiger und abgerechneter Entgeltabrechnungszeitraum vorliege. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass ein leistungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis im erweiterten Bemessungsrahmen mit

Ansprüchen von mindestens 150 Tagen vorgelegen habe, könne das Urteil des SG Freiburg keinen Bestand haben. Denn die Rechtsprechung habe Zahlungen aufgrund einer Kollektivtagegeldversicherung als Arbeitsentgelt verneint, da aufgrund der Dauer des Anspruchs von zwei Jahren kein ausreichender Bezug mehr zu einer tatsächlich geleisteten Arbeit bestehe. Nach der Ausgestaltung der schweizerischen Rechtsvorschriften entspreche die Leistung der Arbeitgeberin jedenfalls dann eher dem deutschen Krankengeld als einem Arbeitsentgeltanspruch, wenn die Leistung zwei Jahre lang gewährt werde. Entgegen der Auffassung des SG Freiburg sei dies nicht gänzlich ohne Bedeutung für die Charakterisierung der von der E. gezahlten Leistungen. Eine bestehende Rückversicherung wäre ein weiteres, eindeutig gegen einen Arbeitsentgeltcharakter sprechendes Merkmal.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 12.12.2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Während seiner Krankenphase habe er vollen Lohn erhalten, sei bei der E. angestellt gewesen und habe die Möglichkeit gehabt, nach Genesung wieder an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren. Während der gesamten Beschäftigungszeit seien Sozialversicherungsbeiträge, insbesondere zur Arbeitslosenversicherung, abgeführt worden.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) statthafte sowie gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Aufhebung des Urteils des SG Freiburg vom 19.11.2019, mit dem dieses auf die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage nach [§ 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Abs. 4 SGG](#) den Bescheid der Beklagten vom 18.04.2019 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.04.2019 abgeändert und die Beklagte verurteilt hat, Arbeitslosengeld für die Zeit ab 13.03.2019 unter ausschließlicher Berücksichtigung des in der Schweiz tatsächlich erzielten Entgelts zu gewähren. Ferner sind gemäß [§ 96 Abs. 1 SGG](#) die Änderungsbescheide der Beklagten vom 27.08.2019 Gegenstand des Verfahrens, da sich auch diese zur Höhe des dem Kläger gewährten Arbeitslosengeldes für den streitgegenständlichen Zeitraum verhalten.

Zu Recht hat das SG Freiburg der Klage stattgegeben. Denn der Kläger hat einen Anspruch auf die Gewährung von Arbeitslosengeld für die Zeit ab 13.03.2019 unter Zugrundelegung der von der E. gewährten Lohnfortzahlung und mithin nach dem täglichen tatsächlichen Bemessungsentgelt in Höhe von 213,86 CHF, allerdings höchstens bis zur Beitragsbemessungsgrenze, statt des von der Beklagten ermittelten täglichen fiktiven Bemessungsentgelts in Höhe von 124,60 EUR.

Dass der Kläger einen Anspruch auf die Gewährung von Arbeitslosengeld gemäß [§ 136 Abs. 1 SGB III](#) dem Grunde nach, in Höhe von 67 Prozent des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt) und mit der von der Beklagten ermittelten Dauer hat, hat die Beklagte, da sich Widerspruch und Klage nur gegen die Höhe des Arbeitslosengeldes richten, mit ihren insoweit gemäß [§ 77 SGG](#) bindend gewordenen Bescheiden vom 18.04.2019 und 27.08.2019 festgestellt.

Die Höhe des Arbeitslosengeldes richtet sich nach dem gemäß des Anhangs II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vorliegend anwendbaren Art. 62 EGV Nr. 883/2004 in Verbindung mit [§ 149 Nr. 1, § 150 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, § 151 Abs. 1, § 152 Abs. 1 Satz 1, § 153 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und § 154 SGB III](#) in Verbindung mit [§ 14 SGB IV](#).

Der zuständige Träger eines Mitgliedstaats, nach dessen Rechtsvorschriften bei der Berechnung der Leistungen die Höhe des früheren Entgelts oder Erwerbseinkommens zugrunde zu legen ist, berücksichtigt ausschließlich das Entgelt oder Erwerbseinkommen, das die betreffende Person während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nach diesen Rechtsvorschriften erhalten hat (Art. 62 Abs. 1 EGV Nr. 883/2004). Art. 62 Abs. 1 EGV Nr. 883/2004 findet 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. 62 Abs. 2 EGV Nr. 883/2004). Abweichend von Art. 62 Abs. 1 und 2 EGV Nr. 883/2004 berücksichtigt der Träger des Wohnorts im Falle von Arbeitslosen, auf die Artikel 65 Abs. 5 Buchst. a EGV Nr. 883/2004 anzuwenden ist, nach Maßgabe der Durchführungsverordnung das Entgelt oder Erwerbseinkommen, das die betreffende Person in dem Mitgliedstaat erhalten hat, dessen Rechtsvorschriften für sie während ihrer letzten Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit galten (Art. 62 Abs. 3 EGV Nr. 883/2004).

Das Arbeitslosengeld beträgt für Arbeitslose, die mindestens ein Kind im Sinne des [§ 32 Abs. 1, 3 bis 5 EStG](#) haben, sowie für Arbeitslose, deren Ehegattin, Ehegatte, Lebenspartnerin oder Lebenspartner mindestens ein Kind im Sinne des [§ 32 Abs. 1, 3 bis 5 EStG](#) hat, wenn beide Ehegatten oder Lebenspartner unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben, 67 Prozent (erhöhter Leistungssatz) des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das die oder der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt) ([§ 149 Nr. 1 SGB III](#)).

Der Bemessungszeitraum umfasst die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen ([§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)). Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs ([§ 150 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)). Der Bemessungsrahmen wird auf zwei Jahre erweitert, wenn der Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält ([§ 150 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#)).

Bemessungsentgelt ist das durchschnittlich auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das die oder der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat ([§ 151 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)). Arbeitsentgelte, auf die die oder der Arbeitslose beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis Anspruch hatte, gelten als erzielt, wenn sie zugeflossen oder nur wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht zugeflossen sind ([§ 151 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)).

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 Satz 1 SGB III](#)).

Leistungsentgelt ist das um pauschalierte Abzüge verminderte Bemessungsentgelt ([§ 153 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)). Abzüge sind 1. eine Sozialversicherungspauschale in Höhe von 20 Prozent des Bemessungsentgelts, 2. die Lohnsteuer, die sich nach dem vom Bundesministerium der Finanzen auf Grund des [§ 51 Abs. 4 Nr. 1a EStG](#) bekannt gegebenen Programmablaufplan bei Berücksichtigung der Vorsorgepauschale nach [§ 39b Abs. 2 Satz 5 Nr. 3 Buchst. a bis c EStG](#) zu Beginn des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, ergibt und 3. der Solidaritätszuschlag ([§ 153 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)). Die Feststellung der Lohnsteuer richtet sich nach der Lohnsteuerklasse, die zu Beginn des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, als Lohnsteuerabzugsmerkmal gebildet war ([§ 153 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)).

Das Arbeitslosengeld wird für Kalendertage berechnet und geleistet ([§ 154 Satz 1 SGB III](#)). Ist es für einen vollen Kalendermonat zu zahlen, ist dieser mit 30 Tagen anzusetzen ([§ 154 Satz 2 SGB III](#)).

Arbeitsentgelt sind alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden ([§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Vorliegend umfasst der nach [§ 150 Abs. 1 SGB III](#) einjährige und mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs endende Bemessungszeitraum die Zeit vom 13.03.2018 bis zum 12.03.2019, da das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung der E. vom 27.03.2018 am 12.03.2019 endete.

Entgegen der Ansicht der Beklagten liegen in diesem Bemessungszeitraum abgerechnete Entgeltabrechnungszeiträume einer versicherungspflichtigen Beschäftigung.

Versicherungspflichtig sind nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigung) sind. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Vorliegend hat zwar die E. das Arbeitsverhältnis am 27.03.2018 zum 12.03.2019 gekündigt und hat der Kläger in der Zeit vom 13.03.2018 bis zum 12.03.2019 keine Arbeitsleistungen erbracht. Hieraus folgt jedoch entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, dass ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) spätestens am 27.03.2018 geendet habe, weil die tatsächliche Beschäftigung beendet gewesen sei und es am Willen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gefehlt habe, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen. Zwar hat das Bundessozialgericht (BSG) in früheren Entscheidungen (Urteil vom 08.07.2009 - [B 11 AL 14/08 R](#), juris Rn. 25; Beschluss vom 30.04.2010 - [B 11 AL 160/09 B](#), juris Rn. 3) die Ansicht vertreten, bei der Prüfung, ob ein Entgeltabrechnungszeitraum einer versicherungspflichtigen Beschäftigung vorliege, sei auf den Begriff der Beschäftigung im leistungsrechtlichen Sinne abzustellen, so dass allein entscheidend sei, ob der Betroffene tatsächlich beschäftigt worden sei. Ferner hat das BSG (Urteil vom 11.03.2014 - [B 11 AL 5/13 R](#), juris Rn. 11, 12) in der von der Beklagten in Bezug genommenen Entscheidung die Ansicht vertreten, dass die leistungsrechtliche Beschäftigungslosigkeit bereits dann eintrete, wenn die tatsächliche Beschäftigung beendet werde und es an dem Willen der Parteien des Beschäftigungsverhältnisses fehle, dieses fortzusetzen, zum Beispiel wenn Arbeitnehmer nach langer Arbeitsunfähigkeit und Ausschöpfung des Krankengeldanspruchs aus gesundheitlichen Gründen nicht weiter beschäftigt werden könnten oder wenn Arbeitnehmer nach einer Kündigung von der Arbeit freigestellt würden oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis freistelle, weil er die Löhne wegen Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zahlen könne. An dieser Rechtsprechung hat aber das BSG in einer jüngeren Entscheidung (Urteil vom 30.08.2018 - [B 11 AL 15/17 R](#), juris Rn. 23-30) nicht mehr festgehalten. Es vertritt nunmehr die Ansicht, dass das während der Phase der unwiderruflichen Freistellung erzielte Arbeitsentgelt als für die Bemessung maßgebendes Entgelt einzubeziehen sei. Maßgebend für die Konkretisierung des Bemessungszeitraums im Sinne des [§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) sei der Begriff der Beschäftigung im versicherungsrechtlichen Sinn. Ein Anknüpfen an das rechtsgeschäftlich vereinbarte Ende des Arbeitsverhältnisses – wie im Falle des versicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses – lege schon der Wortlaut des [§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) nahe, ergebe sich durch weitere systematische Überlegungen, lasse sich mit dem historischen Gesetzgeberwillen bezüglich der [§§ 152](#) und [153 SGB III](#), den Verwaltungsaufwand zu verringern ([Bundestags-Drucksache 15/1515, Seite 85](#)), rechtfertigen und ergebe sich aus Sinn und Zweck der Regelung, die Höhe des Arbeitslosengeldes vorrangig an dem tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt zu orientieren, die Zahl fiktiver Bemessungen klein zu halten und dass eine fiktive Bemessung nur erfolgen solle, wenn kein Arbeitsentgelt vorliege. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an und überträgt sie auf den vorliegenden Fall, in dem der Kläger zwar nicht wegen einer unwiderruflichen Freistellung, aber erkrankungsbedingt keine Arbeitsleistungen hat erbringen können (vergleiche zur unwiderruflichen Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung: Brackelmann in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB III, 2. Auflage, § 150 Rn. 15-25; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, 06/18, § 150 Rn. 61a).

Der Kläger hat im Bemessungszeitraum vom 13.03.2018 bis zum 12.03.2019 beitragspflichtiges Arbeitsentgelt im Sinne des [§ 151 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) erzielt. Dieses betrug entsprechend der ihm ausweislich der in der von der Öffentlichen Arbeitslosenkasse B. unter dem 03.04.2019 ausgestellten Bescheinigung PDU1 bescheinigten Lohnfortzahlung 6.439,45 CHF x 19/31 Tage = 3.946,76 CHF in der Zeit vom 13.03.2018 bis zum 31.03.2018, 6.439,45 CHF x 9 Monate = 57.955,05 CHF in der Zeit vom 01.04.2018 bis zum 31.12.2018 sowie 15.088,00 CHF in der Zeit vom 01.01.2019 bis zum 12.03.2019 und damit im Bemessungszeitraum insgesamt 3.946,76 CHF + 57.955,05 CHF + 15.088,00 CHF = 76.989,81 CHF und mithin täglich 76.989,81 CHF: 360 Tage = 213,86 CHF. Dieses allerdings lediglich bis zur Beitragsbemessungsgrenze (vergleiche [§ 341 Abs. 3 SGB III](#); 78.000,00 EUR: 360 Tage = 216,67 EUR täglich im Jahr 2018 und 80.400,00 EUR: 360 Tage = 223,33 EUR täglich im Jahr 2019) zu berücksichtigende Bemessungsentgelt ist noch gemäß [§ 153 SGB III](#) um die pauschalierten Abzüge zu vermindern (Leistungsentgelt).

Zwar erhielt der Kläger keinen Lohn für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen, sondern eine Lohnfortzahlung wegen Krankheit gemäß Art. 36 ETH-Personalverordnung. Diese ist jedoch Arbeitsentgelt im Sinne des [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach sind Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden (vergleiche BSG, Urteil vom 29.01.2004 - [B 4 RA 19/03](#), juris). Ein zumindest mittelbarer (innerer, sachlicher) Zusammenhang besteht, wenn die Beschäftigung der wesentliche Grund für die Leistung ist, eine Leistung ohne das Arbeitsverhältnis nicht denkbar wäre und sie im weitesten Sinne ein Äquivalent für das Angebot der individuellen Leistung des/r Arbeitnehmers/in darstellt (Werner in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB IV, 3. Auflage 2016, § 14 Rn. 53; Knospe in Hauck/Noftz, SGB IV, 02/16, § 14 Rn. 25). Dabei ist auch ein zeitlicher Zusammenhang maßgeblich, so dass es nicht auf den Zeitpunkt der Zahlung beziehungsweise des tatsächlichen Zuflusses ankommt, sondern auf den zeitlichen Zweck: Wenn dieser außerhalb der Zeit des Beschäftigungsverhältnisses liegt, liegt kein Arbeitsentgelt vor (Knospe in Hauck/Noftz, SGB IV, 02/16, § 14 Rn. 25). Unschädlich ist, wenn auch ein außerhalb der im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) stehenden Hauptleistungspflichten liegender, sozialer oder ideeller Zweck verfolgt wird, zum Beispiel bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (Knospe in Hauck/Noftz, SGB IV, 02/16, § 14 Rn. 27) oder bei Abfindungen im Rahmen einer Änderungskündigung für verschlechterte Arbeitsbedingungen (BSG, Urteil vom 28.01.1999 - [B 12 KR 6/98 R](#), juris Rn. 15).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze handelt es sich bei der Lohnfortzahlung gemäß Art. 36 ETH-Personalverordnung um Arbeitsentgelt in diesem Sinne.

Dafür spricht zunächst, dass die Lohnfortzahlung versicherungspflichtig war. Zwar führt die Versicherungspflichtigkeit einer Leistung nicht grundsätzlich dazu, diese als Arbeitsentgelt anzusehen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2016 - [L 8 AL 15/16](#), juris). Soll sich die Leistung bei Eintritt des versicherten Risikos – hier: Arbeitslosigkeit – (auch) an dem Arbeitsentgelt orientieren, so wie dies bei der Arbeitslosenversicherung der Fall ist, kann die Versicherungspflicht aber ein für die Annahme von Arbeitsentgelt sprechendes Indiz sein. Denn das Arbeitsentgelt ist maßgebend für die Pflicht, den Sozialversicherungsbeitrag zahlen zu müssen, und am Arbeitsentgelt orientiert sich grundsätzlich die Höhe des Arbeitslosengeldes. Damit besteht grundsätzlich ein versicherungstypisches Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Beiträgen und Leistungen (Werner in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB IV, 3. Auflage 2016, § 14 Rn. 32, 35). Zwar muss keine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen Beiträgen und Leistungen bestehen, aber gemäß [Art. 3 Abs. 1 GG](#) muss bei einem Abweichen ein sachlicher Grund vorliegen (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 11.01.1995 - [1 BvR 892/88](#), juris; Werner in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB IV, 3. Auflage 2016, § 14 Rn. 35). Das versicherte Risiko ist der Ausfall des Arbeitsentgelts, das Arbeitslosengeld soll den Lebensunterhalt und den Lebensstandard absichern (BSG, Urteil vom 30.08.2018 - [B 11 AL 15/17 R](#), juris Rn. 26).

Ferner spricht für die Annahme, dass es sich bei der Lohnfortzahlung gemäß Art. 36 ETH-Personalverordnung um Arbeitsentgelt handelt, dass diese vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig war. Weil es im Schweizer Recht keine Koordination der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und einer Kündigung des zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses gibt, muss die jeweilige Norm, die Inhalt des Arbeitsvertrages wurde, ausgelegt werden, um zu ermitteln, ob die Leistung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt oder auch darüber hinaus nach dem Wirksamwerden einer Kündigung weiter zu bezahlen ist (Schweizerisches Bundesgericht [BGer], Urteil vom 10.01.2007 - 4C.315/2006, Nr. 3.1, [www.bger.ch](#)). Wenn der Abschluss einer Versicherung nicht verpflichtend in dem Vertrag geregelt wird, muss im Zweifel davon ausgegangen werden, dass die Lohnfortzahlung vom Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängt (BGer, Urteil vom 10.01.2007, - 4C.315/2006, Nr. 3.1, [www.bger.ch](#)). Die hier entscheidende ETH-Personalverordnung enthält keine Pflicht zum Abschluss einer solchen Versicherung, mangels anderer Anhaltspunkte ist daher vorliegend die Lohnfortzahlung gemäß Art. 36 ETH-Personalverordnung abhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses. Auch der zeitliche Zweck-Zusammenhang ist vorliegend gegeben, da die E. nur solange das Arbeitsverhältnis bestand zur Lohnfortzahlung verpflichtet war. Ein außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegender Zeitraum sollte gerade nicht abgesichert werden.

Auch der Wortlaut des Art. 36 ETH-Personalverordnung spricht für eine Qualifizierung als Arbeitsentgelt, da die Leistung darin als "Lohnfortzahlung" bezeichnet wird. Dass die Norm im "2. Abschnitt: Sozialleistungen" steht, ändert daran nichts. Denn die Verfolgung eines über das Gegenleistungsprinzip hinausgehenden Zwecks ist unschädlich. Die Kündigung vom 27.03.2018 – also etwa ein Jahr vor Ende des Beschäftigungsverhältnisses – ändert daran ebenfalls nichts, da der Kläger, wenn er in der Zwischenzeit arbeitsfähig geworden wäre, wieder für die E. hätte arbeiten müssen. Anhaltspunkte dafür, dass die E. an dieser Arbeitsleistung kein Interesse hatte, liegen nicht vor. Entscheidungserheblich ist allein der Zeitraum, in dem das Beschäftigungsverhältnis bestand und für den die Leistungen erbracht wurden. Dass die E. das Arbeitsverhältnis nach Ende der Lohnfortzahlung beenden wollte, ist daher nicht von Belang. Ob der Kläger freigestellt wurde, musste der Senat nicht ermitteln, da – wie oben dargelegt – auch der in der Zeit einer unwiderruflichen Freistellung bezahlte Lohn Arbeitsentgelt darstellt (BSG, Urteil vom 30.08.2018 - [B 11 AL 15/17 R](#), juris).

Dass der Zeitraum der gewährten Lohnfortzahlung mit zwei Jahren lange war, steht der Annahme, in ihr Arbeitsentgelt zu sehen, entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht entgegen, weil damit – jedenfalls zunächst – der Zweck verfolgt wurde, nach Wegfall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sicherzustellen. Eine zeitlich absolute Grenze ist in [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nicht angelegt. Wie bereits ausgeführt, kommt es darauf an, ob ein Zweck verfolgt wird, der zeitlich innerhalb der Beschäftigung liegt und Äquivalent der Gegenleistung ist, was vorliegend der Fall ist.

Die Urteile des LSG Baden-Württemberg vom 12.11.2019 ([L 13 AL 2184/17](#), nicht veröffentlicht) und vom 22.07.2016 ([L 8 AL 15/16](#), juris) widersprechen – anders als die Beklagte meint, die insoweit bereits auf den erstinstanzlichen Gerichtsbescheid des SG Freiburg vom 01.12.2015 ([S 10 AL 4602/14](#), nicht veröffentlicht) verwies – nicht der Auffassung des Senats. Der Entscheidung vom 12.11.2019 lagen in den von der Arbeitgeberin vorgelegten Lohnblättern nicht als "Lohn", sondern als "Versicherungsleistung" ausgewiesene, von Arbeitgeber und Arbeitnehmer je zur Hälfte finanzierte und den Zahlungsanspruch bei Krankheit von 252 Tagen auf 720 Tage verlängernde Zahlungen aus einer Kollektivtaggeld-Versicherung zu Grunde. Die Entscheidung vom 22.07.2016 hatte von der Unfall-/Invalidenversicherung gezahltes Krankentagegeld/Tagegeld und damit ebenfalls gerade nicht vom Arbeitgeber gezahlte Leistungen zum Gegenstand. Die Zahlungen der Kollektivtaggeld-Versicherung und das Krankentagegeld/Tagegeld der Unfall-/Invalidenversicherung beruhten – anders als die Lohnfortzahlung in dem hier zur Entscheidung stehenden Sachverhalt – gerade nicht auf dem Beschäftigungsverhältnis, weil ein Austauschverhältnis fehlte. Wie oben dargestellt, ist dieses Beschäftigungsverhältnis hier jedoch Voraussetzung für die Lohnersatzleistung. Außerdem besteht eine finale Verknüpfung zwischen der Leistung und der zumindest erwarteten, zukünftigen Arbeitsleistung. Auch das Urteil des SG Freiburg vom 27.01.2017 (S 2 AL 5289/19, nicht veröffentlicht), widerspricht nicht der Rechtsauffassung des Senats, da in dem

dort entschiedenen Fall eine wohl von dem/r Arbeitnehmer/in selbst finanzierte Versicherung tatsächlich abgeschlossen worden ist und Sozialversicherungsbeiträge nicht entrichtet werden mussten. Somit bestehen zu diesen bereits entschiedenen Sachverhalten entscheidungserhebliche Unterschiede.

Ob sich die E. selbst für eine Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall versichert hat, ist ohne Belang. Nach Art. 324b Abs. 1 OR entfällt nur bei einer obligatorischen Versicherung die Lohnfortzahlungspflicht. Bei einer anderweitigen Versicherung der E. ändert diese aber am Charakter der Lohnfortzahlung im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien nichts.

Mithin hat der Kläger einen Anspruch gegen die Beklagte auf die Gewährung des ihm ab 13.03.2019 bewilligten Arbeitslosengeldes unter Zugrundelegung des tatsächlich bei der E. in der Zeit vom 13.03.2018 bis zum 12.03.2019 erzielten Entgelts, allerdings höchstens bis zur Beitragsbemessungsgrenze.

Nach alledem ist die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 SGG](#).

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) hat und die Entscheidung nicht von einer der in [§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) genannten Entscheidungen abweicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2020-09-14