

## Arbeitsförderungsrecht

Zur Höhe des Arbeitslosengeldes eines Schwerbehinderten nach Altersteilzeit

§ 151 Abs. 1 Satz 1 SGB III; § 10 Abs. 1 AltTZG; Art. 3 GG

1. Arbeitslose Altersteilzeitarbeitnehmer erhalten eine privilegierte Bemessung des Arbeitslosengeldes auf Grundlage eines fiktiven Arbeitsentgeltes, das sie ohne Altersteilzeit erhalten hätten, nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem sie erstmals eine – gegebenenfalls auch abschlagsbehaftete – Altersrente beanspruchen können (Anschluss an BSG, Urteil vom 15.12.2005 – B 7 a AL 30/05 R).
2. Kann ein arbeitsloser Altersteilzeitarbeitnehmer eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen mit Rentenabschlägen beanspruchen, erfolgt die Bemessung seines Arbeitslosengeldes auf Grundlage des tatsächlich erzielten Arbeitsentgeltes.
3. Der Schutz der Finanzierbarkeit der Arbeitslosenversicherung stellt einen rechtfertigenden Grund für die unterschiedliche Arbeitslosengeldbemessung von arbeitslosen Altersteilzeitarbeitnehmern ohne Rentenanspruch und solchen, die einen Rentenanspruch haben, dar, selbst wenn der Rentenanspruch nur unter Inkaufnahme von Abschlägen realisierbar ist. (Amtliche Leitsätze)
4. Das Altersteilzeitgesetz (AltTZG) enthält Spezialvorschriften zur Bemessung des Arbeitslosengeldes. Danach erhöht sich bei nicht altersrentenberechtigten Arbeitslosen das dem Arbeitslosengeld zu Grunde zu legende Entgelt bis zu dem Betrag, der ohne die Altersteilzeit zu Grunde zu legen wäre.
5. Bei altersrentenberechtigten Arbeitslosen greifen die allgemeinen Bemessungsvorschriften des SGB III. Altersrentenberechtigt ist auch der Arbeitslose, der nur eine vorzeitige Altersrente für schwerbehinderte Menschen mit Maximalabschlägen erhalten könnte. (Redaktionelle Leitsätze)

LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.1.2021, L 3 AL 1926/20, BeckRS 2021, 532

Selbst wenn ein arbeitsloser Altersteilzeitarbeitnehmer eine Altersrente nur mit Abschlägen beanspruchen kann, bemisst sich sein Arbeitslosengeld nicht auf Grundlage eines fiktiven höheren, sondern auf Grundlage des tatsächlich zuletzt bezogenen Arbeitsentgelts. 26, 27

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG ist eine fiktive Berechnung ab dem Tag ausgeschlossen, an dem der Arbeitnehmer eine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen kann. Mithin ist von dem Tage an, an dem die Rente – gegebenenfalls auch mit Abschlägen – erstmals beansprucht werden kann, das Bemessungsentgelt maßgebend, das ohne die Erhöhung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG zu Grunde zu legen wäre. Auf die tatsächliche Inanspruchnahme der Rente kommt es nicht an. Zu den Altersrenten idS zählt auch die Altersrente für schwerbehinderte Menschen.

Der Gesetzgeber hat in § 137 c SGB V Anforderungen an die Erbringung von Potentialleistungen nicht vorgegeben. Er hat jedoch kompensatorisch mit dem G-BA-Verfahren eine institutionelle Absicherung vorgesehen, die er als normativen Regelfall versteht. Dem Potentialmaßstab kommt hinsichtlich einer neuen Methode daher nur eine zeitlich begrenzte Bedeutung zu. Der Kläger kann im Verhältnis zur beklagten Bundesagentur für Arbeit keine Rechte aus einer etwaigen Mitteilung seiner Arbeitgeberin ableiten, wonach die Altersteilzeitvereinbarung für ihn nicht nachteilig sein soll. Eine Zurechnung dieser Erklärung scheidet aus.

**Zum Sachverhalt:** Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des Arbeitslosengeldes streitig.

Der 1957 geborene schwerbehinderte Kläger war seit dem 12.10.1987 bei der Fa. H. AG (im Folgenden: Arbeitgeberin) als Montagewerker versicherungspflichtig beschäftigt. Am 23.6.2015 schloss er mit seiner Arbeitgeberin einen Altersteilzeitvertrag (...). Die Altersteilzeitvereinbarung begann am 1.10.2015 und endete am 30.6.2018. In dieser Zeit war der Kläger von seiner Arbeit freigestellt und erhielt ein Arbeitsentgelt in Höhe von 85 Prozent eines fiktiven Nettoentgeltes ohne Altersteilzeitarbeit. Ausweislich einer Rentenauskunft der Deutschen Rentenversicherung B.-W. vom 25.6.2018 konnte er eine Altersrente für Schwerbehinderte mit Rentenabschlag ab dem 1.7.2018 und ohne Rentenabschlag ab dem 1.7.2021 beziehen.

Mit persönlicher Arbeitslosmeldung vom 11.5.2018 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Gewährung von Arbeitslosengeld ab dem 1.7.2018. In der von seiner Arbeitgeberin ausgestellten Arbeitsbescheinigung vom 18.7.2018 war für die Zeit vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2018 ein beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt ohne Einmalzahlungen in Höhe von insgesamt 28.103,41 Euro sowie ein fiktives Bruttoarbeitsentgelt mit Einmalzahlungen in Höhe von insgesamt 56.156,82 Euro ausgewiesen. Nachdem die Beklagte Leistungen zunächst vorläufig bewilligt hatte (vorläufiger Bewilligungsbescheid vom 2.7.2018), bewilligte sie dem Kläger mit Bescheid vom 10.9.2018 Arbeitslosengeld ab dem 1.7.2018 für 720 Tage abschließend. Ausgehend von einem einjährigen Bemessungsrahmen vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2018 errechnete sie aus dem in der Arbeitsbescheinigung als beitragspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt ohne Einmalzahlung ausgewiesenen tatsächlich erzielten Arbeitsentgelt ein tägliches Bemessungsentgelt in Höhe von 77,00 Euro. Der tägliche Leistungssatz belief sich auf 31,07 Euro.

Mit Änderungsbescheid vom 12.9.2018 setzte die Beklagte den Leistungsanspruch für die Zeit vom 25.9.2018 bis zum 16.10.2018 im Hinblick auf eine vom Kläger in diesem Zeitraum durchgeführte stationäre Rehabilitationsmaßnahme mit Anspruch auf Übergangsgeld auf 0,00 Euro täglich fest. Im Anschluss an die Rehabilitationsmaßnahme war der Kläger bis zum 30.11.2018 arbeitsunfähig.

Gegen den Bewilligungsbescheid vom 10.9.2018 erhob der Kläger am 9.10.2018 Widerspruch. Es hätte statt des tatsächlichen Bruttoentgeltes das fiktive Bruttoentgelt der Leistungsberechnung zugrunde gelegt werden müssen. Dies ergebe sich aus § 10 Abs. 1 Altersteilzeitgesetz (AltTZG). Auch habe der Arbeitgeber während der Altersteilzeit einen Aufstockungsbetrag an die Rentenversicherung bezahlt.

Während des Widerspruchsverfahrens hob die Beklagte mit Bescheid vom 26.10.2018 die Bewilligungsentscheidung ab dem 25.9.2018 auf.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12.11.2018 wies sie den Widerspruch zurück. Die Regelung des § 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III finde keine Anwendung, denn nach § 150 Abs. 2 Satz 2 SGB III gelte diese nicht in

Fällen einer Teilzeitvereinbarung nach dem AltTZG, es sei denn das Beschäftigungsverhältnis sei wegen Zahlungsunfähigkeit beendet worden. Der Bemessungszeitraum umfasse deshalb die Entgeltabrechnungszeiträume vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2018.

Am 22.11.2018 erließ die Beklagte einen weiteren Aufhebungsbescheid, mit dem sie die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 17.10.2018 aufhob. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger sei aus der Reha arbeitsunfähig entlassen worden und habe deshalb auch nach der Reha keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Am 12.12.2018 hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhoben, mit der er sich gegen den Bescheid vom 10.9.2018 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.11.2018 gewendet und höheres Arbeitslosengeld begehrt hat. Die Beklagte habe die Privilegierung des Teilzeitarbeitnehmers nicht umfassend gewürdigt, die besonders in § 150 Abs. 2 SGB III zum Ausdruck komme. Diese Regelung solle den Leistungsberechtigten die Nachteile ersparen, die sich ergäben, wenn sich die Teilzeittentgelte auf die Höhe des Leistungsanspruchs auswirkten. Diese Privilegierung werde auch durch § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG untermauert, wonach sich der Schutzgedanke auf das zu berücksichtigende Beitragsbemessungsentgelt auswirke. Zur effektiven Gewährleistung dieses Schutzes dürften die Regelungen des SGB III im Rahmen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG keine Anwendung finden. Zudem habe ihm seine frühere Arbeitgeberin versichert, dass ihm bei Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung keine Nachteile entstünden, da es sich um eine spezielle Vereinbarung handele, was diese auch gegenüber der Beklagten bestätigt habe.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Nach § 10 Abs. 1 AltTZG sei das erhöhte Arbeitsentgelt nur so lange zu berücksichtigen, bis eine Altersrente mit Abschlägen bezogen werden könne. Der Kläger könne bereits seit dem 1.7.2018, d. h. ab seinem Arbeitslosengeldbezug, eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen beziehen. Die Bemessung des Arbeitslosengeldes habe deshalb aus dem tatsächlichen Arbeitsentgelt der Teilzeitbeschäftigung erfolgen müssen.

Während des Klageverfahrens hat die Beklagte dem Kläger aufgrund der Arbeitslosmeldung vom 29.11.2018 mit Bewilligungsbescheid vom 20.12.2018 ab dem 1.12.2018 erneut Arbeitslosengeld bewilligt.

Mit Gerichtsbescheid vom 19.5.2020 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es auf die Ausführungen der Beklagten in den angefochtenen Bescheiden verwiesen. Ergänzend hat es unter Bezugnahme auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 15.12.2005 (B 7 a AL 30/05 R) ausgeführt, nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG greife die Begünstigung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG nur so lange, bis der Arbeitslose eine Rente wegen Alters beanspruchen könne. Ab dann sei nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG das Bemessungsentgelt ohne die Erhöhung maßgeblich. Ausweislich der Gesetzesbegründung betreffe diese Regelung auch Altersrenten, die nur unter Inkaufnahme eines Abschlags beansprucht werden könnten. Überdies könne die vom Kläger erwähnte Mitteilung der Arbeitgeberin keine Rechtswirkungen in dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten begründen. Der Gerichtsbescheid ist dem Kläger am 25.5.2020 zugestellt worden.

Gegen den Gerichtsbescheid hat der Kläger am 19.6.2020 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegt. Zur Begründung verweist er erneut auf die Privilegierung des Teilzeitarbeitnehmers, die die Beklagte und das SG nicht umfassend gewürdigt hätten. Seiner Meinung nach laufe die Möglichkeit der Altersteilzeit leer, wenn mit einer Verminderung der Leistungen nach dem SGB III gerechnet werden müsse. Unter Bezugnahme auf das Urteil des BSG vom 12.9.2017 (B 11 AL 25/16 R) führt er aus, nach diesem Urteil hätte er keine Sperrzeit bekommen, wenn er einen Aufhebungsvertrag geschlossen hätte, um direkt in Rente zu gehen und sich dann aber umentschieden und Leistungen nach dem SGB III beantragt hätte. Es stelle sich deshalb die Frage, weshalb vorliegend die Leistungen nach dem SGB III für ihn nachteilig berechnet würden. Da die Altersteilzeit als arbeitspolitisches Instrument nicht zur Benachteiligung führen dürfe, verstoße die Nichtanwendung der Privilegierungstatbestände gegen Art. 3 GG. [...]

**Aus den Gründen:** Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. 17

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Gerichtsbescheid vom 19.5.2020 und der Bewilligungsbescheid der 18

- Beklagten vom 10.9.2018 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 12.9.2018, der den Bescheid vom 10.9.2018 in Bezug auf den Zeitraum vom 25.9.2018 bis zum 16.10.2018 abgeändert hat, sowie der Widerspruchsbescheid vom 12.11.2018. Zudem ist gem. § 86 SGG der Aufhebungsbescheid vom 26.10.2018, der die Bewilligungsentscheidung ab dem 25.9.2018 aufgehoben hat, in das Widerspruchsverfahren einbezogen worden. Er ist deshalb ebenfalls Gegenstand des Berufungsverfahrens. Dieser Aufhebungsbescheid begrenzt den Verfahrensgegenstand in zeitlicher Hinsicht auf die Zeit vom 1.7.2018 bis zum 24.9.2018.
- 19 Ob der weitere Aufhebungsbescheid vom 22.11.2018, der nach Erlass des Widerspruchsbescheides, aber vor Klageerhebung ergangen ist, mit dem die Beklagte die Arbeitslosengeldbewilligung erneut – allerdings erst ab dem 17.10.2018 – aufgehoben hat, Gegenstand des Rechtsstreits ist, kann im Ergebnis dahinstehen. In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob ein nach Erlass des Widerspruchsbescheides, aber vor Klageerhebung erlassener Bescheid über § 86 SGG in das Widerspruchsverfahren einbezogen werden kann, unterschiedlich beurteilt (zum Meinungsstand vgl. Senger, in: jurisPK-SGG, 1. Aufl. 2017, § 86 Rn. 15). Da die Beklagte die Arbeitslosengeldbewilligung bereits zuvor ab dem 25.9.2018 aufgehoben hatte, konnte dieser erneute Aufhebungsbescheid keine Rechtswirkung entfalten. Ihm kommt deshalb auch keine Bedeutung für die Begrenzung des Streitgegenstandes zu.
- 20 Nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der während des Klageverfahrens erlassene Folgebewilligungsbescheid vom 20.12.2018, mit dem die Beklagte Arbeitslosengeld ab dem 1.12.2018 bewilligt hat. Dieser Bescheid ist nicht gem. § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden, weil die Folgebewilligung nicht die streitgegenständlichen Entscheidungen abändert oder ersetzt. Auch eine analoge Anwendung des § 96 SGG kommt insoweit nach der Rechtsprechung des BSG seit Inkrafttreten der Gesetzesfassung des § 96 SGG vom 1.4.2008 nicht mehr in Betracht (BSG, Beschluss vom 16.12.2009 – B 7 AL 146/09 B, juris Rn. 6; anders noch unter der vorherigen Rechtslage BSG, Urteil vom 17.11.2005 – B 11 a/11 AL 57/04 R, juris Rn. 16 ff.).
- 21 2. Die damit auf den Zeitraum vom 1.7.2018 bis zum 24.9.2018 begrenzte, nach § 151 SGG form- und fristgerecht erhobene Berufung ist zulässig. Insbesondere ist die Berufung gem. § 143 SGG statthaft und bedurfte nicht nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG der Zulassung. Denn der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt 750,00 Euro. Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Bewilligung von Arbeitslosengeld auf Grundlage einer Berechnung nach dem fiktiven Bruttoentgelt. Eine solche Berechnung würde ausweislich der von der Beklagten vorgenommenen Proberechnung zu einem täglichen Bemessungsentgelt in Höhe von 153,11 Euro und einem täglichen Zahlbetrag in Höhe von 53,80 Euro führen. Das Klagebegehren bezieht sich damit auf ein um arbeitstäglich 22,73 Euro höheres Arbeitslosengeld (53,80 – 31,07 = 22,73). Bezogen auf den Streitgegenstand, der auf die Zeit vom 1.7.2018 bis zum 24.9.2018 beschränkt ist, was, da ein Monat mit 30 Tagen anzusetzen ist (§ 154 SGB III), 84 Tagen entspricht, liegt der Beschwerdewert damit bei 1.909,32 Euro (22,73 Euro x 84).
- 22 3. Die Berufung ist nicht begründet. Der Kläger, der dem Grunde nach im streitgegenständlichen Zeitraum die Anspruchsvoraussetzungen für die Bewilligung von Arbeitslosengeld gem. §§ 136 ff. SGB III erfüllt, was zwischen den Beteiligten unstrittig ist, hat keinen Anspruch auf höheres Arbeitslosengeld. Die Beklagte hat den Anspruch der Höhe nach zutreffend berechnet.
- a) Nach § 149 Nr. 2 SGB III beträgt das Arbeitslosengeld nach dem im Fall des Klägers einschlägigen allgemeinen Leistungssatz 60 Prozent des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das die oder der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Der Bemessungszeitraum umfasst nach § 150 Abs. 1 SGB III die beim Ausscheiden aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungsverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs. Das Bemessungsentgelt ist nach § 151 Abs. 1 Satz 1 SGB III das durchschnittlich auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das die oder der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat.
- b) In Anwendung dieser Maßstäbe ist es nicht zu beanstanden, dass die Beklagte den Arbeitslosengeldanspruch auf Grundlage eines vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2018 dauernden einjährigen Bemessungsrahmens (dazu aa) und des tatsächlich in dieser Zeit bezogenen Arbeitsentgeltes (dazu bb) berechnet hat.
- aa) Die Beklagte hat den Bemessungsrahmen zu Recht auf die Zeit vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2018 festgelegt. Der Bemessungsrahmen ist nicht nach § 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III zu verlängern gewesen. Nach dieser Vorschrift bleiben bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums 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 die oder 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. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 150 Abs. 2 Satz 2 SGB III findet § 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III keine Anwendung in Fällen einer Teilzeitvereinbarung nach dem AltTZG, es sei denn, das Beschäftigungsverhältnis ist wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers beendet worden. Zutreffend hat die Beklagte vorliegend die Voraussetzungen dieses Anwendungsausschlusses des § 150 Abs. 2 Satz 2 SGB III bejaht, da die Arbeitszeitreduktion des Klägers auf der mit seiner Arbeitgeberin getroffenen Altersteilzeitvereinbarung beruht und sein Beschäftigungsverhältnis auch nicht wegen Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin beendet worden ist.
- bb) Ebenso wenig ist es zu beanstanden, dass die Beklagte das Bemessungsentgelt nach § 151 Abs. 1 Satz 1 SGB III anhand des tatsächlich im Bemessungszeitraum erzielten Entgeltes berechnet hat und keine fiktive Berechnung vorgenommen hat.
- (1) Entgegen der Auffassung des Klägers kann er eine fiktive Berechnung nicht beanspruchen. Insbesondere greift nicht die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG zu seinen Gunsten: Diese Vorschrift bestimmt, dass wenn ein Arbeitnehmer, der Altersteilzeitarbeit geleistet hat und für den der Arbeitgeber Leistungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AltTZG erbracht hat, Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe be-

anspricht, sich das Bemessungsentgelt erhöht, 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. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG ist eine solche fiktive Berechnung aber ab dem Tag ausgeschlossen, an dem der Arbeitnehmer eine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen kann. Mithin ist von dem Tage an, an dem die Rente erstmals beansprucht werden kann, das Bemessungsentgelt maßgebend, das ohne die Erhöhung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG zugrunde zu legen wäre. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie dem gesetzgeberischen Willen, wie er in der Gesetzesbegründung zu § 10 AltTZG zum Ausdruck kommt, dass die Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG auch dann Anwendung findet, wenn eine Altersrente nur unter Inkaufnahme eines Abschlags vorzeitig in Anspruch genommen werden kann (BSG, Urteil vom 15.12.2005 – B 7 a AL 30/05 R, juris Rn. 14; BT-Drucks. 13/4877, S. 29 f.). Auf die tatsächliche Inanspruchnahme der Rente kommt es nicht an. Der Senat sieht sich deshalb in Einklang mit der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem gesetzgeberischen Willen, wenn er vorliegend die Voraussetzungen des Ausschlussstatbestandes des § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG bejaht: Der schwerbehinderte Kläger hätte ab Beginn der Arbeitslosengeldbewilligung am 1.7.2018 ausweislich der Rentenauskunft vom 25.6.2018 eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen unter Inkaufnahme eines Abschlags um 10,8 Prozent beanspruchen können. Die Berechnung des Bemessungsentgeltes musste deshalb anhand des tatsächlich im Bemessungsrahmen erzielten Arbeitsentgeltes erfolgen, das sich nach den zutreffenden Berechnungen der Beklagten auf 28.103,41 Euro belaufen hat.

28 (2) Dem kann der Kläger nicht entgegenhalten, dass eine solche Gesetzesauslegung mit „der Privilegierung des Teilzeitarbeitnehmers“ nicht zu vereinbaren sei. Eine umfassende Privilegierung des Teilzeitarbeitnehmers hat der Gesetzgeber gerade nicht vorgesehen. Vielmehr verfolgt der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG einen anderen legitimen Gesetzeszweck: den Schutz der Arbeitslosenversicherung vor finanziellen Belastungen durch Frühverrentungsprogramme (BT-Drucks. 13/4877, S. 30). Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch in den Gesetzesmaterialien zu § 131 SGB III a.F., jetzt § 151 SGB III (BT-Drucks. 14/6944, S. 36) ausgeführt: „Arbeitnehmer, die mit ihrem Arbeitgeber eine Teilzeitvereinbarung nach dem Altersteilzeitgesetz getroffen haben, sind bei Arbeitslosigkeit für Zeiten vor dem frühestmöglichen Rentenbeginn durch die Sonderregelung des § 10 Abs. 1 des Altersteilzeitgesetzes vor Nachteilen bei der Bemessung des Arbeitslosengeldes geschützt. Sie erhalten Arbeitslosengeld auf der Grundlage des Arbeitsentgeltes, das sie erzielt hätten, wenn sie ihre Arbeitszeit nicht im Rahmen der Altersteilzeit vermindert hätten. (...) Arbeitnehmer, die sich entschließen, nach Ablauf der Altersteilzeitvereinbarung – entgegen dem Grundgedanken des Altersteilzeitgesetzes und der Altersteilzeitförderung – keine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen, sondern Arbeitslosengeld zu beantragen, sollen bei der Bemessung der Leistung für Zeiten nach einem möglichen Rentenbeginn jedoch nicht privilegiert werden.“ Eine umfassende, allgemeingeltende Privilegierung der Altersteilzeit liegt der Gesetzeskonzeption damit ausdrücklich nicht zugrunde.

29 (3) Ebenso wenig verfängt das Argument, die Altersteilzeit laufe leer, wenn mit einer Minderung der Leistungsansprüche nach dem SGB III gerechnet werden müsse. Das Konzept

der Altersteilzeit sieht nicht vor, dass nach Abschluss der Freistellungsphase der Altersteilzeit Arbeitslosengeld in Anspruch genommen wird. Vielmehr schließt sich konzeptionell der Altersrentenbezug an (vgl. § 1 Abs. 1 AltTZG, demzufolge durch Altersteilzeitarbeit ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglicht werden soll). Eine Arbeitslosengeldberechnung anhand des tatsächlichen, verminderten in der Altersteilzeit bezogenen Arbeitsentgeltes lässt das Konzept der Altersteilzeit damit nicht leerlaufen, sondern lässt es vielmehr unberührt.

(4) Auch aus dem vom Kläger erwähnten Urteil des BSG vom 12.9.2017 (B 11 AL 25/16 R) lässt sich nichts für den vorliegenden Fall herleiten. Das BSG hat in dem Urteil entschieden, dass ein wichtiger Grund für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses durch den Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung, der einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe entgegensteht, nicht dadurch entfällt, dass entgegen der ursprünglichen, anhand objektiver Anhaltspunkte prognostisch belegten Absicht unmittelbar nach der Altersteilzeit keine Altersrente, sondern zunächst Arbeitslosengeld in Anspruch genommen wird. Die Frage der Leistungsberechnung bei Arbeitslosengeldbezug nach Altersteilzeit trotz möglicher Renteninanspruchnahme behandelt das Urteil nicht.

(5) Soweit der Kläger schließlich im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgetragen hat, da die Altersteilzeit als arbeitspolitisches Instrument nicht zur Benachteiligung führen dürfe, verstoße die Nichtanwendung der Privilegierungstatbestände gegen Art. 3 GG, führt auch dies zu keiner anderen Bewertung. Art. 3 Abs. 1 GG schützt nicht vor jeglicher Ungleichbehandlung, sondern nur vor einer Ungleichbehandlung ohne hinreichend gewichtigen Grund (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Urteil vom 28.4.1999 – 1 BvL 11/94, juris Rn. 129 ff.). Für die in § 10 Abs. 1 Satz 1 und 2 AltTZG angelegte unterschiedliche Arbeitslosengeldbemessung bei Personen, die noch keine Rente beanspruchen können, und solchen, die bereits eine Rente – wenn auch nur unter Inkaufnahme von Abschlägen – beanspruchen können, lässt sich jedenfalls ein rechtfertigender Grund ausmachen, nämlich – wie oben ausgeführt – der Schutz der Arbeitslosenversicherung vor finanziellen Belastungen aus Frühverrentungen. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt damit nicht vor. Ebensowenig kann eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG darin gesehen werden, dass die in § 150 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 SGB III vorgesehene Verlängerung des Bemessungsrahmens für bestimmte Teilzeitarbeitnehmer gem. § 150 Abs. 2 Satz 2 SGB III keine Anwendung auf Altersteilzeitarbeitnehmer findet. Es liegt nämlich bereits keine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Gruppen vor. Vielmehr knüpft die Regelung an die unterschiedlichen Gruppen von Teilzeitarbeitnehmern und damit an verschiedene Sachverhalte an: Während sich der Gesetzgeber für den Bereich der Altersteilzeit entschieden hat, dass Nachteile, die sich durch die Teilzeitarbeit in Bezug auf die Höhe des Arbeitslosengeldes ergeben können, durch eine Erhöhung des Bemessungsentgeltes ausgeglichen werden sollen, hat er in Bezug auf die übrigen Teilzeitarbeitnehmer einen Ausgleich über eine Verlängerung des Bemessungsrahmens vorgesehen (vgl. BSG, Urteil vom 15.12.2005 – B 7 a AL 30/05 R, juris Rn. 13).

cc) Zutreffend hat das SG zudem darauf hingewiesen, dass der Kläger im Verhältnis zur Beklagten keine Rechte aus der angegebenen Mitteilung seiner Arbeitgeberin, die Altersteilzeitvereinbarung sei für ihn nicht nachteilig, ableiten kann. Es ist kein rechtlicher Gesichtspunkt ersichtlich, warum der

Beklagten diese Erklärung, falls sie denn so abgegeben worden ist, zuzurechnen wäre. [...]

**Anmerkung:** A. Wie berechnet sich die Höhe des Arbeitslosengeldes (Alg), wenn ein arbeitsloser Altersteilzeit (AltTZ)-Arbeitnehmer eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen nur mit Abschlägen beanspruchen kann? Eine spannende und praxisrelevante Frage. Die Antwort des LSG ist eindeutig. Eine privilegierte Bemessung auf Grundlage eines fiktiven Einkommens ist ausgeschlossen. Der Alg-Anspruch bemisst sich „ganz normal“ nach dem zuletzt bezogenen Einkommen in der Freistellungsphase. Dies führt zu einem deutlich niedrigeren Anspruch.

B. Warum ist das so? Zur Begründung verweist das LSG unter Rn. 27 auf den Wortlaut von § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG und ein älteres Urteil des BSG (BSG, 15.12.2005, B 7 a AL 30/05 R, BeckRS 2006, 40636).

§ 10 Abs. 1 Satz 1 AltTZG bestimmt, dass wenn ein Arbeitnehmer, der AltTZ geleistet hat [...], Alg beansprucht, sich das Bemessungsentgelt bis zu dem Betrag erhöht, der als Bemessungsentgelt zu Grunde zu legen wäre, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit nicht im Rahmen der AltTZ vermindert hätte. Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG ist eine solche fiktive Berechnung ab dem Tag ausgeschlossen, an dem der Arbeitnehmer eine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen kann.

In BSG (BSG, 15.12.2005, B 7 a AL 30/05 R, BeckRS 2006, 40636) heißt es unter Rn. 14 wie folgt: „[...] weil nach § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG die Begünstigung des Satzes 1 ohnedies nur so lange gilt, bis der Arbeitslose eine Rente wegen Alters beanspruchen kann; von diesem Tage an ist das Bemessungsentgelt ohne die Erhöhung des Satzes 1 maßgebend. In der Gesetzesbegründung [...] wird ausdrücklich betont, die Regelung betreffe auch Altersrenten, die nur unter Inkaufnahme eines Abschlags vorzeitig in Anspruch genommen werden könnten, [...] Dies deckt sich damit, dass das Gesetz die Formulierung „erstmalig beansprucht werden kann“ gewählt [...] hat, [...]“.

C. Nochmals zur Erinnerung die Daten im LSG-Fall: Der 1957 geborene schwerbehinderte Kläger vereinbarte im Juni 2015 mit seinem Arbeitgeber AltTZ für den Zeitraum Oktober 2015 bis Ende Juni 2018. In dieser Zeit war der Kläger von seiner Arbeit freigestellt und erhielt ein Arbeitsentgelt in Höhe von 85 % des fiktiven Nettoentgeltes ohne AltTZ-Arbeit. Laut Rentenauskunft hätte der Kläger in Altersrente für Schwerbehinderte mit einem Rentenabschlag von 10,8 % ab dem 1.7.2018 gehen können (ohne Rentenabschlag ab dem 1.7.2021). Nach der Arbeitslosmeldung beantragte der Kläger die Gewährung von Alg ab Juli 2018. Die beklagte Bundesagentur für Arbeit (BA) bewilligte ihm daraufhin Alg in Höhe von rund 31 EUR täglich unter Zugrundelegung des tatsächlich im Bemessungszeitraum Juni 2017 bis Ende Juni 2018 bezogenen Bruttoarbeitsentgelts. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem SG Mannheim auf Gewährung eines höheren Alg von knapp 54 EUR täglich unter Zugrundelegung eines fiktiven Bruttoarbeitsentgelts ohne Berücksichtigung seiner AltTZ blieb erfolglos. Das LSG bestätigte diese Ansicht und wies die Berufung des Klägers zurück.

D. Es mutet ungerecht an, dass dem Kläger hier gerade seine Schwerbehinderung, die ihm sonst zahlreiche Rechtsvorteile verschafft (Stichwort: besonderer Kündigungsschutz, Zusatzurlaub, Steuervergünstigungen), „auf die Füße fällt“. Es stellt sich daher die Frage: Hätte der niedrigere Bezug von

Alg durch andere Interventionsmaßnahmen vermieden werden können? Nachfolgend werden einige Gedanken zur Lösung skizziert. Hierbei werden auch die Verteidigungsargumente des Klägers aufgegriffen, die sich im LSG-Urteil finden.

1. Arbeitsrechtlicher Ansatz: Soweit der Kläger – wie im Fall des LSG (Rn. 9) – auf eine Mitteilung seines Arbeitgebers abstellt, mit der ihm versichert worden sei, durch den Abschluss der AltTZ-Vereinbarung entstünden ihm keine Nachteile, ist zunächst an Schadenersatzansprüche zu denken. Diese wären mit den entsprechenden Beweislastproblemen im (Arbeits-)Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und seinem Arbeitgeber zu lösen. Der BA kann die Erklärung des Arbeitgebers jedenfalls nicht zugerechnet werden.

Präventiv kommt auch die Aufnahme einer Klausel im AltTZ-Vertrag in Betracht, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, die finanziellen Nachteile bei einem zukünftigen Alg-Bezug auszugleichen, hier zB die Differenz zwischen 31 EUR und 54 EUR. Eine solche Klausel sollte – soweit der Arbeitgeber mitspielt – möglichst konkret ausgestaltet sein. Es ist sinnvoll, den finanziellen Ausgleich des Arbeitgebers im Vorfeld auf einen bestimmten EUR-Betrag festzulegen. Gleichwohl muss bei einer solchen Abrede auch die Sperrzeitproblematik im Auge behalten werden, die entstehen kann, wenn ein Arbeitnehmer sich entschließt, nach Ablauf einer AltTZ-Vereinbarung – entgegen dem Grundgedanken des AltTZG – keine Rente, sondern Alg in Anspruch zu nehmen (vgl. hierzu BSG, 21.7.2009, B 7 AL 6/08 R, BeckRS 2009, 72479).

2. Sozialrechtlicher Ansatz: Auch das Argument des Klägers, er wolle nach der Freistellungsphase überhaupt nicht\* die finanziell schlechtere Option in Anspruch nehmen, namentlich die Altersrente für Schwerbehinderte mit dem maximalen Abschlag (so seine Verteidigung unter Rn. 27 im LSG-Fall), hilft nicht weiter. Denn nach dem Wortlaut von § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG („kann“) genügt es, wenn der Arbeitnehmer allein die Möglichkeit hat, eine lediglich vorzeitige Altersrente mit Abschlag zu beziehen. Auf die tatsächliche Inanspruchnahme kommt es nicht an (so auch BSG, 15.12.2005, B 7 a AL 30/05 R, BeckRS 2006, 40636). Zu den Altersrenten iSd zählt neben der klassischen Regelaltersrente auch die Altersrente für schwerbehinderte Menschen (§ 33 Abs. 2 Nr. 3 SGB VI).

Der Anspruch auf Altersrente für schwerbehinderte Menschen setzt ua die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch iSv § 2 Abs. 2 SGB IX voraus (§ 37 Satz 1 Nr. 2 SGB VI). Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss die Schwerbehinderung „bei Beginn“ der Rente vorliegen. Es erscheint im LSG-Fall naheliegend, auf den Schutz der Schwerbehinderung kurz vor der Beantragung von Alg – also vor dem 1.7.2018 – zu verzichten. Ob durch eine einseitige Erklärung auf eine behördliche Feststellung die Schwerbehinderteneigenschaft als „Hebel“ für die Inanspruchnahme einer vorgezogenen Altersrente „verloren“ gehen kann, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls ordnet § 46 Abs. 2 SGB I die Unwirksamkeit eines Verzichts an, wenn – wie hier – die BA dadurch in größerem Umfang zur Zahlung von Alg verpflichtet wäre. Einem Verzicht dürfte auch das Umgehungsverbot in § 46 Abs. 2 SGB I entgegenstehen. Denn durch die „Rückgabe“ der Schwerbehinderteneigenschaft soll ja gerade der Wortlaut des § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG ausgehebelt werden.

Weitere rechtliche Möglichkeiten, die Voraussetzungen für das Entstehen eines Anspruchs auf (vorgezogene) Altersren-

te für schwerbehinderte Menschen zu vermeiden, bleiben von § 46 SGB I unberührt. Denkbar ist hier ein „Verzicht“ auf die Schutzwirkung in § 199 Abs. 1 HS 2 SGB IX. Obwohl die Schwerbehinderung entfällt, bleibt nach dieser Vorschrift der Schwerbehindertenschutz noch bis zum Ende des 3. Kalendermonats erhalten, der auf den Eintritt der Unanfechtbarkeit des die Verringerung feststellenden Bescheides folgt. Hierzu eine fiktive Fallvariante als Ergänzung zum LSG-Sachverhalt: Der Kläger erhält in der Freistellungsphase nach Ablauf einer Heilungsbewährung einen Neufeststellungsbescheid, der nach einem vormaligen Grad der Behinderung (GdB) von 60 nunmehr einen GdB von 40 ausweist. Der Bescheid datiert auf den 1.7.2017. Der Kläger erhebt gegen diesen Bescheid keinen Widerspruch. Der Bescheid wird dann im August 2017 (einen Monat nach Zustellung) unanfechtbar. Am Ende des 3. Kalendermonats nach Eintritt der Unanfechtbarkeit, also mit Ablauf des 30.11.2017, erlöschen der Schutz und damit auch die Möglichkeit, eine (vorgezogene) Altersrente für schwerbehinderte Menschen in Anspruch zu nehmen. Legt der Kläger stattdessen Widerspruch ein und erhebt Klage bleibt die Schutzwirkung erhalten. Durch eine Klagerücknahme könnte der Kläger – im Fall des LSG – den Sachverhalt zu seinen Gunsten steuern. Denn die Klagerücknahme steht einem unanfechtbaren Feststellungsbescheid gleich. Das bedeutet, dass zB bei einer Klagerücknahme im Monat März 2018 die Schutzfrist mit Ablauf des Monats Juni 2018 erlischt. Der Kläger hätte dann ab Beginn der Alg-Bewilligung am 1.7.2018 eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen auch unter Inkaufnahme eines Maximalabschlags nicht mehr beanspruchen können. Ob ein solcher „Verzicht“ für den Kläger gesamtwirtschaftlich gesehen sinnvoll ist, ist eine andere Frage. Saldierend in den Blick zu nehmen wären hier insbesondere die Dauer der nunmehr höheren Alg-Leistungen einerseits und der Verlust der Möglichkeit andererseits, über eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen im Vergleich zur normalen Altersrente zeitiger Rentenleistungen zu erhalten.

Auch die Argumentation des Klägers, er sei durch die BA falsch informiert und beraten worden (so die Verteidigung unter Rn. 5 im BSG-Fall), führt nicht über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch zu einem Anspruch auf höheres Alg. Denn im Wege des Herstellungsanspruchs kann kein höheres Einkommen fingiert werden. Nur in den gesetzlich festgelegten engen Ausnahmefällen kann auf ein anderes Einkommen zurückgegriffen werden. Die BA kann nicht zu einem gesetzeswidrigen Verhalten verpflichtet werden (so

auch BSG, 15.12.2005, B 7a AL 30/05 R, BeckRS 2006, 40636).

3. Zivilrechtlicher Ansatz: Andeutet wird im Urteil des BSG unter Rn. 18 noch die Möglichkeit eines zivilrechtlichen Amtshaftungsanspruchs nach § 839 iVm Art. 34 GG (BSG, 15.12.2005, B 7a AL 30/05 R, BeckRS 2006, 40636). Die (erfolgreiche) Geltendmachung eines solchen Anspruchs dürfte indes schwierig sein. Denn das Fehlverhalten der BA müsste hier nach dem zivilrechtlichen Beibringungsgrundsatz nicht nur schlüssig vorgetragen, sondern auch nach den strengen Regeln der ZPO bewiesen werden.

4. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Zu prüfen bleibt, ob im LSG-Fall eine verfassungsrechtliche Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer-)Behinderung vorliegt und welche rechtlichen Konsequenzen sich hieraus ergeben.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erscheint naheliegend. Denn die Bemessung des Alg knüpft hier gerade an die (Schwer-)Behinderung an. Entscheidend ist nicht die tatsächliche Inanspruchnahme der Altersrente, sondern die „aufgedrängte“ Möglichkeit, eine Altersrente für schwerbehinderte Menschen mit maximalen Rentenabschlägen vorzeitig beanspruchen „zu müssen“ (keine Bedenken im Hinblick auf die generelle Kürzung des Zugangsfaktors um 0,003 für jeden Kalendermonat des vorzeitigen Rentenbezugs *LSG Baden-Württemberg*, 7.7.2016, L 7 R 273/15, BeckRS 2016, 71015).

Selbst ein unterstellter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG rechtfertigt indes keinen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf eine privilegierte Bemessung des Alg auf Grundlage eines fiktiven Einkommens. Denn aus dem Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG lassen sich jedenfalls grundsätzlich keine originären Leistungsansprüche herleiten (*LSG Baden-Württemberg*, 7.7.2016, L 7 R 273/15, BeckRS 2016, 71015, mwN). Daher kommt als „letzter Rettungsanker“ lediglich eine teleologische Reduktion der Ausnahmenvorschrift in § 10 Abs. 1 Satz 2 AltTZG bei „erzwungenen“ Altersrenten für schwerbehinderte Menschen in Betracht oder eine Vorlage der Frage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG (vgl. zu einer ähnlichen Fallkonstellation den Vorlagebeschluss des SG *Dresden*, 12.9.2007, S 29 AL 534/06, BeckRS 2009, 53311).

Rechtsanwalt Dr. Jens-Torsten Lehmann, Cottbus