

**In dem Verfahren
zur verfassungsrechtlichen Prüfung,**

- ob a) § 130 SGB III in der ab 1. Januar 2005 maßgebenden Fassung gegen Art. 6 Abs. 4 GG oder Art. 3 GG verstößt, soweit aufgrund dieser Regelung eine fiktive Bemessung nach § 132 SGB III und nicht eine Bemessung aufgrund real erwirtschafteter Sozialversicherungsbeiträge zu erfolgen hat, wenn ein Elternteil ein Kind unter drei Jahren mehr als 580 Tage Vollzeit betreut und erzieht statt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachzugehen;
- b) die Regelung des § 132 SGB III dem Gleichheitsgebot widerspricht, soweit betreuende Eltern, deren Bemessungsentgelt auf der Grundlage des real erzielten Arbeitseinkommens höher wäre, durch diese Berechnung schlechter gestellt werden, wohingegen betreuende Eltern, deren Realeinkommen niedriger war, sogar besser gestellt werden,

- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Dresden vom 12. September 2007 - S 29 AL 534/06 -

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richterin Hohmann-Dennhardt
und die Richter Gaier,
Kirchhof

gemäß § 81a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 10. März 2010 einstimmig beschlossen:

Die Vorlage ist unzulässig.

Gründe:

Das konkrete Normenkontrollverfahren betrifft die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, dass für die Bestimmung der Höhe des Arbeitslosengeldes nach dem seit dem 1. Januar 2005 geltenden Recht ein fiktives Arbeitsentgelt als Bemessungsentgelt zugrunde zu legen ist, wenn der Anspruchsberechtigte innerhalb von zwei Jahren vor Entstehung der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld ein Kind unter drei Jahren betreut hat und keiner versicherungspflichtigen Beschäftigung nachgegangen ist, vor der Geburt des Kindes jedoch ein gegenüber dem fiktiven Arbeitsentgelt höheres Bruttoarbeitsentgelt bezogen hat.

1

I.

1. Die Höhe des Arbeitslosengeldes regelt § 129 Sozialgesetzbuch Drittes Buch

2

- Arbeitsförderung - (SGB II). Das Arbeitslosengeld beträgt danach

1. für Arbeitslose, die mindestens ein Kind im Sinne des § 32 Abs. 1, 3 bis 5 des Einkommensteuergesetzes haben, sowie für Arbeitslose, deren Ehegatte oder Lebenspartner mindestens ein Kind im Sinne des § 32 Abs. 1, 4 und 5 des Einkommensteuergesetzes hat, wenn beide Ehegatten oder Lebenspartner unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben, 67 Prozent (erhöhter Leistungssatz), 3

2. für die übrigen Arbeitslosen 60 Prozent (allgemeiner Leistungssatz) 4

des pauschalierten Nettoentgelts (Leistungsentgelt), das sich aus dem Bruttoentgelt ergibt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat (Bemessungsentgelt). Die Regelungen zur Bestimmung des Bemessungsentgelts sind mit Wirkung zum 1. Januar 2005 geändert worden. 5

a) Nach § 132 Abs. 1 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung (SGB III a.F.) war das Bemessungsentgelt das im Bemessungszeitraum durchschnittlich auf die Woche entfallende beitragspflichtige Entgelt. Für seine Berechnung war das Entgelt im Bemessungszeitraum durch die Zahl der Wochen zu teilen, für die es gezahlt worden ist (§ 132 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F.). Der Bemessungszeitraum umfasste nach § 130 Abs. 1 SGB III a.F. die Entgeltabrechnungszeiträume, die in den letzten 52 Wochen vor der Entstehung des Anspruches, in denen Versicherungspflicht bestand, enthalten waren und beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem Versicherungspflichtverhältnis vor der Entstehung des Anspruches abgerechnet waren. Enthielt der Bemessungszeitraum weniger als 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt, so verlängerte er sich nach § 130 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F. um weitere Entgeltabrechnungszeiträume, bis 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt erreicht waren. Bei der Ermittlung des Bemessungszeitraumes blieben u.a. Zeiten außer Betracht, in denen der Arbeitslose Erziehungsgeld bezogen oder nur wegen der Berücksichtigung von Einkommen nicht bezogen hat, soweit wegen der Betreuung oder Erziehung eines Kindes das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit gemindert war, oder - für die Zeit ab dem 1. Januar 2003 - nach Maßgabe von § 26 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2a SGB III Versicherungspflicht wegen des Bezuges von Mutterschaftsgeld oder der Erziehung eines Kindes bestand (§ 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III a.F.). 6

Nach der Rechtsprechung war auch nach der damaligen Rechtslage zwischen dem Bemessungszeitraum, d.h. den berücksichtigungsfähigen Entgeltabrechnungszeiträumen, sofern sie die erforderliche Mindestzahl von 39 Arbeitswochen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthielten, und dem Bemessungsrahmen, d.h. grundsätzlich die letzten 52 Wochen vor der Entstehung des Anspruchs, in denen Versicherungspflicht bestand, zu unterscheiden (vgl. BSG, Urteil vom 2. September 2004 - B 7 AL 68/03 R -, juris, Rn. 13; BSGE 100, 295 <300 Rn. 26>, jeweils m.w.N.). Dass nach § 131 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F. bestimmte Zeiten „außer Betracht“ blieben, hatte zur Folge, dass sie als Entgeltabrechnungszeiträume innerhalb des Bemessungsrahmens nicht 7

berücksichtigt wurden (vgl. BSG, Urteil vom 2. September 2004 - B 7 AL 68/03 R - , juris, Rn. 18). Waren im Bemessungsrahmen ohne die außer Betracht bleibenden Zeiten weniger als 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt vorhanden, verlängerte sich der Bemessungszeitraum um weitere Entgeltabrechnungszeiträume bis 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt vorhanden waren (vgl. BSGE 100, 295 <300 Rn. 27> m.w.N.). In der Sache konnte damit nach § 131 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB III a.F. der Bemessungszeitraum um die ersten 24 Lebensmonate bei leiblichen Kindern oder für die Dauer von maximal zwei Jahren bei angenommenen Kindern (vgl. § 4 Abs. 1 BErzGG in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung) oder für die Zeit ab dem 1. Januar 2003 um die Zeit bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des betreuten Kindes bzw. die gesetzlichen Mutterschutzfristen (§ 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG i.V.m. § 200 Abs. 1 RVO) hinaus geschoben werden und so in Zeiträume hineinreichen, in denen ein Anspruch auf ungemindert Arbeitsentgelt bestand oder die wöchentliche Arbeitszeit nicht reduziert war (vgl. BTDrucks 14/7347, S. 73 zu Art. 1 Nr. 43).

Die Ausdehnung des Bemessungszeitraums unterlag jedoch einer absoluten Grenze, die sich aus § 133 Abs. 4 SGB III a.F. ergab. Danach war das Bemessungsentgelt das tarifliche Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung, auf die das Arbeitsamt die Vermittlungsbemühungen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat, wenn ein Bemessungszeitraum von mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt innerhalb der letzten drei Jahre vor der Entstehung des Anspruchs nicht festgestellt werden konnte. Damit hatte auch bis zum 31. Dezember 2004 eine fiktive Bemessung zu erfolgen, falls sich innerhalb der letzten drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld kein ausreichend langer Bemessungszeitraum mit mindestens 39 Wochen mit Anspruch auf Entgelt ohne die Zeiten erziehungsbedingter Minderung der Arbeitszeit bzw. des Arbeitsentgelts feststellen ließ (vgl. BSGE 100, 295 <299 f. Rn. 24, 27>; LSG NRW, Urteil vom 10. März 2003 - L 12 AL 83/03 -, juris, Rn. 28; BTDrucks 14/7347, S. 73 zu Art. 1 Nr. 43).

Eine ähnliche Regelung enthielt bereits das bis zum 31. Dezember 1997 geltende Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Nach § 112 Abs. 7 2. Alt AFG war von dem am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort des Arbeitslosen maßgeblichen tariflichen oder mangels einer tariflichen Regelung von dem ortsüblichen Arbeitsentgelt derjenigen Beschäftigung auszugehen, für die der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter billiger Berücksichtigung seines Berufs und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts in Betracht kam, wenn der letzte Tag des Bemessungszeitraums bei Entstehung des Anspruchs länger als drei Jahre zurück lag.

b) Durch Art. 1 Nr. 71 und 72 des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 (BGBl I S. 2848) ist mit Wirkung ab dem 1. Januar 2005 (Art. 124 Abs. 3 des Gesetzes) das Recht der Bestimmung des Bemessungsentgelts reformiert worden. Die hier maßgeblichen Regelungen erhielten folgenden Wortlaut:

§ 130	11
Bemessungszeitraum und Bemessungsrahmen	12
(1) Der Bemessungszeitraum umfasst die beim Ausscheiden des Arbeitslosen aus dem jeweiligen Beschäftigungsverhältnis abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigungen im Bemessungsrahmen. Der Bemessungsrahmen umfasst ein Jahr; er endet mit dem letzten Tag des letzten Versicherungspflichtverhältnisses vor der Entstehung des Anspruchs.	13
(2) Bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums bleiben außer Betracht	14
...	15
3. Zeiten, in denen der Arbeitslose Erziehungsgeld bezogen oder nur wegen der Berücksichtigung von Einkommen nicht bezogen hat oder ein Kind unter drei Jahren betreut und erzogen hat, wenn wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit gemindert war,	16
...	17
(3) Der Bemessungsrahmen wird auf zwei Jahre erweitert, wenn	18
1. der Bemessungszeitraum weniger als 150 Tage mit Anspruch auf Arbeitsentgelt enthält oder	19
...	20
§ 131	21
Bemessungsentgelt	22
(1) Bemessungsentgelt ist das durchschnittlich auf den Tag entfallende beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Arbeitslose im Bemessungszeitraum erzielt hat. Arbeitsentgelte, auf die der Arbeitslose beim Ausscheiden aus dem Beschäftigungsverhältnis Anspruch hatte, gelten als erzielt, wenn sie zugeflossen oder nur wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht zugeflossen sind.	23
...	24
§ 132	25
Fiktive Bemessung	26
(1) 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.	27
(2) Für die Festsetzung des fiktiven Arbeitsentgelts ist der Arbeitslose der Qualifikationsgruppe zuzuordnen, die der beruflichen Qualifikation entspricht, die für die Beschäftigung erforderlich ist, auf die die Agentur für Arbeit die Vermittlungsbemühun-	28

gen für den Arbeitslosen in erster Linie zu erstrecken hat. Dabei ist zugrunde zu legen für Beschäftigungen, die

1. eine Hochschul- oder Fachhochschulausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 1), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertstel der Bezugsgröße, 29
2. einen Fachschulabschluss, den Nachweis über eine abgeschlossene Qualifikation als Meister oder einen Abschluss in einer vergleichbaren Einrichtung erfordern (Qualifikationsgruppe 2), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Dreihundertsechzigstel der Bezugsgröße, 30
3. eine abgeschlossene Ausbildung in einem Ausbildungsberuf erfordern (Qualifikationsgruppe 3), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Vierhundertfünfzigstel der Bezugsgröße, 31
4. keine Ausbildung erfordern (Qualifikationsgruppe 4), ein Arbeitsentgelt in Höhe von einem Sechshundertstel der Bezugsgröße. 32

Die Bezugsgröße im Sinne der Vorschriften für die Sozialversicherung wird in § 18 SGB IV definiert und durch eine auf der Grundlage von § 17 Abs. 2 SGB IV erlassenen Rechtsverordnung (Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung) im Voraus für jedes Kalenderjahr für die alten Bundesländer einerseits und das Beitrittsgebiet andererseits (Bezugsgröße Ost, § 18 Abs. 2 SGB IV) bestimmt. 33

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens war vom 1. Dezember 2000 bis zum 14. Januar 2003 versicherungspflichtig in den alten Bundesländern als Buchhalterin beschäftigt. Ab dem 15. Januar 2003 befand sie sich im Mutterschutz und bezog Mutterschaftsgeld bis zum 23. April 2003. Am 22. Februar 2003 brachte sie ihr Kind zur Welt. Anschließend bezog sie bis zum 21. Februar 2005 Erziehungsgeld nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz und sodann, nachdem sie zwischenzeitlich nach Sachsen umgezogen war, bis zum 21. November 2005 Erziehungsgeld nach dem Sächsischen Landeserziehungsgeldgesetz. Nach Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses meldete sie sich zum 11. Januar 2006 bei der Beklagten des Ausgangsverfahrens arbeitslos. Diese bewilligte der Klägerin des Ausgangsverfahrens ab dem 11. Januar 2006 Arbeitslosengeld in Höhe von täglich 25,85 Euro. Bei der Berechnung der Höhe des Arbeitslosengeldes legte sie, wie sie später im Widerspruchsbescheid erläuterte, ein fiktives Bemessungsentgelt ausgehend von der Qualifikationsgruppe 3 und der Bezugsgröße (Ost) zugrunde. Mit ihrer nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobenen Klage macht die Klägerin des Ausgangsverfahrens sinngemäß geltend, als Bemessungsentgelt für die Bestimmung der Höhe des Arbeitslosengeldes müsse das zuletzt vor der Geburt ihres Kindes bezogene Bruttoarbeitsentgelt zugrunde gelegt werden. 34

3. Mit Beschluss vom 12. September 2007 hat das Sozialgericht das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt: 35

a) Verstößt § 130 SGB III der ab 1.1.2005 maßgebenden Fassung gegen Art 6 Abs 4 GG oder Art 3 GG, soweit aufgrund dieser Regelung eine fiktive Bemessung nach § 132 SGB III und nicht eine Bemessung aufgrund real erwirtschafteter Sozialversicherungsbeiträge zu erfolgen hat, wenn ein Elternteil ein Kind unter drei Jahren mehr als 580 Tage Vollzeit betreut und erzieht statt innerhalb des auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachzugehen? 36

b) Widerspricht die Regelung des § 132 SGB III dem Gleichheitsgebot, soweit betreuende Eltern, deren Bemessungsentgelt auf der Grundlage des real erzielten Arbeitseinkommens höher wäre, durch diese Berechnung schlechter gestellt werden, wohingegen betreuende Eltern, deren Realeinkommen niedriger war, sogar besser gestellt werden? 37

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Verfassungsmäßigkeit der genannten Vorschriften sei entscheidungserheblich. Gemäß § 132 SGB III in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung sei ein fiktives Bemessungsentgelt zugrunde zu legen, weil für die Klägerin auch in dem nach § 130 Abs. 3 SGB III erweiterten Bemessungsrahmen vom 11. Januar 2004 bis zum 10. Januar 2006 kein Tag mit Anspruch auf Arbeitsentgelt festzustellen sei. Die Beklagte habe die Klägerin auch im Sinne von § 132 Abs. 2 SGB III zutreffend in die Qualifikationsgruppe 3 eingeordnet. Anders wäre die Situation dann, wenn sich die alleinerziehende Klägerin durchgerungen hätte, ihr Kind im Bemessungsrahmen mindestens 150 Tage in eine Fremdbetreuung zu geben und einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachzugehen. Denn hätte sie sich innerhalb des zweijährigen Bemessungsrahmens (730 Tage) höchstens 580 Tage ganz der Pflege ihres Kindes gewidmet, wäre nicht nur keine fiktive Berechnung gemäß § 132 SGB III vorzunehmen, sondern die Klägerin würde darüber hinaus gemäß § 130 Abs. 2 Nr. 3 SGB III privilegiert. Zwar dürfte entgegen der Auffassung der Beklagten die Anwendung der Bezugsgröße West zutreffend sein. Aber selbst wenn in diesem Punkt eine zugunsten der Klägerin von den Bescheiden der Beklagten abweichende Entscheidung erginge, bliebe es dabei, dass die fiktive Bemessung nach § 132 SGB III sie erheblich schlechter stelle als eine Berechnung auf der Grundlage ihres tatsächlich erwirtschafteten Arbeitsentgeltes, was eine gegenüberstellende Berechnung der Höhe des Arbeitslosengeldes auf der Grundlage der Bezugsgröße Ost, der Bezugsgröße West und des im Zeitraum vom 15. Januar 2002 bis zum 14. Januar 2003 bezogenen Bruttoarbeitsentgelts zeige. 38

Das Gericht sei von der Verfassungswidrigkeit der §§ 130, 132 SGB III in der seit dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung überzeugt, weil das an sich zu begrüßende Bestreben des Gesetzgebers, die Regelungen über das Bemessungsentgelt zu vereinfachen, mit den im Grundgesetz verankerten Grundwerten kollidiere. Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 GG schütze die Familie zunächst und zuvörderst als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft. Dem liege die Erkenntnis zugrunde, dass die leibliche und seelische Entwicklung der Kinder in der Familie und in der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage finde und gerade die ersten Lebensjahre das 39

Fundament für die gesamte weitere Entwicklung des Kindes bildeten und deshalb besonders schützenswert seien. Unvereinbar mit dieser verfassungsrechtlich geschützten Grunderkenntnis sei es, dass ein Elternteil, der sich entschlöße, sich nach der Geburt des Kindes uneingeschränkt seinem Kind zu widmen, finanziell benachteiligt werde gegenüber anderen Eltern, die sich entschlossen, neben ihrer Betreuungsleistung im aufgezeigten Rahmen einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit nachzugehen, und hierdurch - wie dargestellt - eine doppelte Privilegierung erfahren.

Dies lasse sich auch nicht unter der Annahme rechtfertigen, ein Ausstieg aus dem Erwerbsleben führe zu einer Erschwerung des Wiedereinstieges. Denn selbst wenn dies zuträfe, wäre dies in diesem konkreten Zusammenhang, in dem die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit der Betreuung eines Kleinkindes diene, kein sachlicher Grund, der eine Schlechterstellung zu rechtfertigen vermöge. Dies werde im vorliegenden Fall der alleinerziehenden Klägerin, die als Mutter überdies auch gemäß Art. 6 Abs. 4 GG einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft habe und sich in einer nicht einfachen Lebenssituation befinde, besonders deutlich. Führe auch die Pauschalisierung in § 132 SGB III dazu, dass nicht jeder Leistungsempfänger in der Lebenssituation der Klägerin benachteiligt werde, so kompensiere dies nicht den dargestellten Eingriff. Denn die finanzielle Benachteiligung der Klägerin werde hierdurch nicht beseitigt, sondern eine Ungleichbehandlung geschaffen, die sachlich nicht zu rechtfertigen sei. Hieran ändere sich auch nichts durch Wägung der im Prinzip zutreffenden Annahme, dass der Anspruch einer Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft nicht dazu führe, dass der Gesetzgeber gehalten wäre, jede mit der Mutterschaft zusammenhängende wirtschaftliche Belastung auszugleichen. Denn diese Erkenntnis greife vorliegend zu kurz. Jede Familie, in der ein Kind heranwachse, verdiene die Fürsorge der Gemeinschaft und müsse sich mit Erfolg dagegen wehren können - jedenfalls im Rahmen des Sozialrechtes -, dass eine Vollzeitbetreuung in ihrer Bedeutung nicht nur nicht anerkannt werde, sondern mit einer Diskriminierung einhergehe.

40

II.

Die Vorlage ist unzulässig.

41

1. Ein Gericht kann eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nach Art. 100 Abs. 1 GG nur einholen, wenn es zuvor sowohl die Entscheidungserheblichkeit der Vorschrift als auch ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat (vgl. BVerfGE 86, 71 <76>). Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muss das vorliegende Gericht in den Gründen seiner Entscheidung ausführen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Norm abhängt und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm sie unvereinbar ist.

42

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt ein Vorlagebeschluss dem Begründungserfordernis des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG nur, wenn ihm zum Einen mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist, dass das vor-

43

legende Gericht im Falle der Gültigkeit der für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis kommen würde als im Falle ihrer Ungültigkeit und wie es dieses Ergebnis begründen würde (vgl. BVerfGE 7, 171 <173 f.>; 105, 61 <67> stRspr). Zum Anderen muss das vorlegende Gericht die für seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm maßgeblichen Erwägungen nachvollziehbar und erschöpfend darlegen (vgl. BVerfGE 78, 165 <171 f.>; 86, 71 <78>; 88, 70 <74>; 88, 198 <201>; 93, 121 <132>). Es muss deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist und aus welchen Gründen es zu dieser Auffassung gelangt ist. Dabei muss es sich intensiv mit der einfachen Rechtslage auseinandersetzen, auf naheliegende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte eingehen und die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassungen ebenso verarbeiten wie die Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm (vgl. BVerfGE 76, 100 <104>; 79, 240 <243 f.>; 80, 96 <100>; 86, 52 <57>; 86, 71 <77 f.>; 89, 329 <337>; 92, 277 <312>; 105, 48 <56>).

2. Diesen Anforderungen genügt die Vorlage nicht. Jedenfalls hat das vorlegende Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Vorschriften nicht den Anforderungen von § 80 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz BVerfGG entsprechend dargelegt. Es meint sinngemäß, einem Elternteil, das sich entschließe, sich nach der Geburt uneingeschränkt seinem Kind zu widmen, dürften hieraus keine Nachteile im Hinblick auf die Höhe des Arbeitslosengeldes entstehen, und hält es dementsprechend für verfassungsrechtlich geboten, dass sich das Arbeitslosengeld für ein Elternteil, das ein Kind unter drei Jahren Vollzeit betreut hat und deswegen innerhalb von zwei Jahren vor der Erfüllung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld, im Falle der Klägerin sogar noch darüber hinaus, keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, nach dem zuletzt vor der Geburt des Kindes bezogenen Bruttoarbeitsentgelt richtet. Eine nachvollziehbare und verfassungsrechtlich fundierte Begründung für dieses Ergebnis enthält der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss jedoch nicht.

44

a) Das vorlegende Gericht stützt sich wesentlich auf eine angeblich aus Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 GG folgende „verfassungsrechtlich geschützte Grunderkenntnis“, wonach gerade die ersten Lebensjahre das Fundament für die gesamte weitere Entwicklung des Kindes bildeten und deshalb besonders schützenswert seien. Aus welchem normativen Gehalt des Art. 6 GG sich eine solche „Grunderkenntnis“ ergeben soll und welche konkreten verfassungsrechtlichen Anforderungen hieraus abgeleitet werden können sollen, legt es jedoch nicht dar. Auf die verschiedenen, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte des Art. 6 Abs. 1 GG (Freiheitsrecht, Benachteiligungsverbot, Schutz- und Förderungsgebot; vgl. hierzu bereits BVerfGE 6, 55 <71 ff.> und zusammenfassend BVerfGE 99, 216 <232>) geht das Sozialgericht nicht ein. Keine Erwähnung findet auch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach zwar aus dem Schutz und Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG die Aufgabe des Staates folgt, die Kinderbetreuung in der jeweils von den Eltern

45

gewählten Form in ihren tatsächlichen Voraussetzungen zu ermöglichen und zu fördern (vgl. BVerfGE 99, 216 <234>), der Staat jedoch nicht gehalten ist, jegliche die Familie treffende Belastung auszugleichen, und sich aus dem Verfassungsauftrag konkrete Folgerungen für die einzelnen Rechtsgebiete und Teilsysteme, in denen der Familienlastenausgleich zu verwirklichen ist, nicht ableiten lassen (vgl. BVerfGE 87, 1 <35 f.>; 110, 412 <445>).

b) Darüber hinaus erschließt sich nicht, welche Bedeutung Art. 6 Abs. 4 GG, auf den der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss ergänzend verweist, für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der vorgelegten Vorschriften im konkreten Fall zukommen soll. Die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach aus Art. 6 Abs. 4 GG für Sachverhalte, die nicht allein Mütter betreffen, keine besonderen Rechte hergeleitet werden können (vgl. BVerfGE 87, 1 <42>; 94, 241 <259>), erwähnt das Sozialgericht ebenso wenig wie die daraus in der Literatur gezogene Schlussfolgerung, Belastungen, die der Mutter durch die Betreuung und Erziehung des Kindes entstünden, eröffneten den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 4 GG nicht, da sie auch Väter gleichermaßen treffen könnten (vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 6 Rn. 53 m.w.N.). Im Falle der Klägerin des Ausgangsverfahrens sind es auch nicht die Mutterschutzfristen nach § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG, die dazu führen, dass gemäß § 132 Abs. 1 SGB III ein fiktives Arbeitsentgelt als Bemessungsentgelt anzusetzen ist. Diese lagen vielmehr außerhalb des erweiterten Bemessungsrahmens nach § 130 Abs. 3 Satz 1 SGB III (anders insoweit der dem Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Sozialgerichts Aachen vom 23. Juli 2007 - S 21 AL 38/06 -, juris, Rn. 2, 44 ff. <anhängig beim Bundesverfassungsgericht unter 1 BvL 13/07>, zugrunde liegende Sachverhalt).

c) Schließlich genügen auch die Ausführungen zu einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, den das vorlegende Gericht in seiner Begründung allerdings nicht ausdrücklich als verfassungsrechtlichen Maßstab nennt, den Anforderungen von § 80 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz BVerfGG nicht.

Die der ersten Vorlagefrage zugrunde liegende Auffassung des vorlegenden Gerichts, andere Eltern, die ihr Kind während eines zweijährigen, d.h. 730 Tage umfassenden, erweiterten Bemessungsrahmens für mindestens 150 Tage in eine Fremdbetreuung gäben und einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nachgingen, würden gegenüber Eltern, die sich wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens in diesem Zeitraum für mehr als 580 Tage ganz der Pflege ihres Kindes widmeten, „doppelt“ privilegiert, da bei ihnen nicht nur keine fiktive Bemessung nach § 132 Abs. 1 SGB III erfolge, sondern sie auch in den Genuss der Regelung des § 130 Abs. 2 Nr. 3 SGB III kämen, ist nicht vollständig nachvollziehbar. Eine Bemessung auf der Grundlage des real erzielten Arbeitsentgelts erfolgt sicherlich dann, wenn ein Elternteil innerhalb des ggf. auf zwei Jahre erweiterten Bemessungsrahmens für mindestens 150 Tage eine versicherungspflichtige Beschäftigung mit Anspruch auf Arbeitsentgelt ausgeübt hat, ohne dass in dieser Zeit das Arbeitsentgelt oder die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit wegen der Betreuung und Erziehung des Kindes gemindert

46

47

48

war. Geht ein dem Grunde nach Arbeitslosengeldberechtigter jedoch während des gesamten erweiterten Bemessungsrahmens oder zumindest für mehr als 580 Tage wegen der Betreuung seines Kindes lediglich einer versicherungspflichtigen Teilzeittätigkeit nach, kann die Regelung des § 130 Abs. 2 Nr. 3 SGB III durchaus zu einer fiktiven Bemessung nach § 132 Abs. 1 SGB III führen. Die Regelung des § 130 Abs. 2 SGB III bewirkt nämlich nach verbreitet vertretener Auffassung ebenso wie die entsprechende Vorschrift des § 131 Abs. 2 Satz 1 SGB III a.F., dass die genannten Zeiten so behandelt werden, als handele es sich nicht um Entgeltabrechnungszeiträume der versicherungspflichtigen Beschäftigung im Sinne von § 130 Abs. 1 Satz 1 SGB III (vgl. SG Aachen, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 23. Juli 2007 - S 21 AL 38/06 -, juris, Rn. 23; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10. September 2008 - L 3 AL 4581/06 -, juris, Rn. 25; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, § 130 Rn. 45 <Juli 2009>; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 130 Rn. 80 <September 2009>; zur früheren Rechtslage vgl. BSG, Urteil vom 2. September 2004 - B 7 AL 68/03 R -, juris, Rn. 18), mit der Folge, dass es an den erforderlichen 150 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt fehlen kann. Ob § 130 Abs. 2 SGB III teleologisch zu reduzieren ist, wenn seine Anwendung und die damit einhergehende fiktive Bemessung nach § 132 Abs. 1 SGB III zu einer für den Arbeitslosen ungünstigen Berechnung führt, ist umstritten (dafür z.B. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10. September 2008 - L 3 AL 4581/06 -, juris, Rn. 27; Rolfs, in: Gagel, SGB III, § 130 Rn. 43 <Juli 2009>; Behrend, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 130 Rn. 61 <September 2009>; dagegen z.B. Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, § 130 Rn. 46 <Juli 2009>).

Das vorliegende Gericht befasst sich darüber hinaus nicht hinreichend damit, ob die von ihm festgestellte Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dies gilt vor allem in Bezug auf die zweite Vorlagefrage. Insoweit beschränken sich die Ausführungen auf die nicht weiter begründete Behauptung, durch die Pauschalierung in § 132 SGB III, die - so das Sozialgericht sinngemäß - manche betreuenden Eltern gegenüber einer Bemessung auf der Grundlage des zuletzt bezogenen Arbeitsentgelts besser stelle, werde eine Ungleichbehandlung geschaffen, die sachlich nicht zu rechtfertigen sei. Aber auch die der ersten Vorlagefrage zugrunde liegenden Erwägungen lassen eine sorgfältige Prüfung, ob ein sachlicher Grund für die festgestellte Ungleichbehandlung besteht, nicht erkennen. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, die das Bundesverfassungsgericht insoweit entwickelt hat (vgl. hierzu z.B. BVerfGE 87, 1 <36 f.>; 110, 412 <431 ff.>), werden weder genannt noch geprüft.

Vor allem setzt sich das vorliegende Gericht nicht damit auseinander, dass auch frühere Regelungen (§ 112 Abs. 7 2. Alt. AFG; § 133 Abs. 4 SGB III a.F.) eine fiktive Bestimmung des Bemessungsentgelts vorsahen, wenn die letzte versicherungspflichtige Beschäftigung im Zeitpunkt der Entstehung der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld schon längere Zeit zurück lag, und befasst sich nicht mit dem Sinn und Zweck des Ansatzes eines fiktiven Bemessungsentgelts. Dieser erschließt sich aus der Funktion des Arbeitslosengeldes als Lohnersatzleistung: Das Arbeitslosengeld soll das Arbeitsentgelt ersetzen, das der Arbeitslose wegen der Ar-

49

50

beitslosigkeit aktuell, also in einer potentiellen neuen Beschäftigung nicht erzielt (sog. Entgeltausfallprinzip; vgl. BTDrucks 13/5062, S. 6; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Februar 1993 - 1 BvR 1754/92 -, juris, Rn. 6). Dem im Bemessungszeitraum erzielten Arbeitsentgelt misst das Gesetz dabei grundsätzlich Indizwirkung in dem Sinne bei, dass es typisierend das Arbeitsentgelt anzeigt, das der Arbeitslose, hätte er Arbeit, auch aktuell erzielen könnte (vgl. z.B. BSG, Beschluss vom 2. Februar 1995 - 11 RAr 21/94 -, juris, Rn. 23). Bereits unter der Geltung des AFG nahm der Gesetzgeber jedoch an, dass diese Indizwirkung in Frage gestellt wird, wenn aufgrund längerer Arbeitsunterbrechungen der Bemessungszeitraum immer weiter ausgedehnt und das Arbeitslosengeld nach einem Arbeitsentgelt aus einer Zeit bemessen werden müsste, die länger als drei Jahre zurück liegt: Bei noch länger zurück liegenden Bemessungsentgelten sei die Vermutung nicht mehr gerechtfertigt, dass der Arbeitslose dieses Bemessungsentgelt auch in Zukunft verdienen könne (vgl. BTDrucks 8/1053, S. 13 zu Art. 1 Nr. 6 Buchstabe b). Diese Überlegungen lagen der Regelung des § 133 Abs. 4 SGB III a.F. ebenfalls zugrunde (vgl. LSG NRW, Urteil vom 10. März 2004 - L 12 AL 83/03 -, juris, Rn. 26; Pawlak, in: Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, § 11 Rn. 20 f.) und sind ebenso für die aktuelle Regelung des § 132 Abs. 1 SGB III maßgeblich (vgl. BSGE 100, 295 <305 ff. Rn. 40 ff.>). Ob vor diesem Hintergrund auch im Falle der Klägerin des Ausgangsverfahrens der Ansatz eines fiktiven Bemessungsentgelts gerechtfertigt sein könnte, erörtert das vorliegende Gericht nicht.

Schließlich setzt sich das vorliegende Gericht nicht damit auseinander, dass Art. 3 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Gesetzgeber, der sich im Rahmen seines Ermessens bei der Ausgestaltung von staatlichen Leistungen für eine familienpolitische Förderung durch Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub entschieden hat, nicht verpflichtet, diese Förderung auch im Zusammenhang mit anderen sozialrechtlichen Regelungen uneingeschränkt zur Geltung zu bringen (vgl. BVerfGK 4, 215 <218 f.>). In seine Erwägungen bezieht es auch nicht ein, dass Eltern, die, wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens, wegen der Betreuung und Erziehung ihrer Kinder unter drei Jahren keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, in der Arbeitslosenversicherung seit dem 1. Januar 2003 immerhin dadurch begünstigt werden, dass sie während der Erziehungszeit gemäß § 26 Abs. 2a SGB III in einem Versicherungspflichtverhältnis stehen und so die Anwartschaftszeit nach §§ 123, 124 SGB III für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllen können.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Hohmann-Dennhardt

Gaier

Kirchhof

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom
10. März 2010 - 1 BvL 11/07**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom
10. März 2010 - 1 BvL 11/07 - Rn. (1 - 52), [http://www.bverfg.de/e/
lk20100310_1bvl001107.html](http://www.bverfg.de/e/lk20100310_1bvl001107.html)

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2010:lk20100310.1bvl001107