

S 16 AL 100/12

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
SG Duisburg (NRW)
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 16 AL 100/12
Datum
19.03.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
-

Datum

-

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie
Urteil

Die Beklagte wird verurteilt, unter Aufhebung des Bescheides vom 19.10.2012 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 02.02.2012 dem Kläger die Leistungen nach § 4 AltTZG für den Arbeitnehmer Gerd Kozlik für den Zeitraum 21.08.2011 bis 31.05.2013 nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erstatten.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers.

Tatbestand:

Am 07.09.2009 schloss der Kläger mit dem Arbeitnehmer G. K. (im Folgenden Arbeitnehmer) einen Vertrag für Altersteilzeitarbeit auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vom 23.07.1996 und der Anl. 17 AVR (Beschluss der arbeitsrechtlichen Kommission vom 22.10.1998) als Änderungsvertrag zum Dienstvertrag vom 05.01.1979. Danach sollte das Dienstverhältnis nach Maßgabe der folgenden Vereinbarung ab 01.10.2009 als Altersteilzeitdienstverhältnis fortgeführt werden. Die Altersteilzeit werde im Blockmodell geleistet, und zwar in einer Arbeitsphase vom 01.10.2009 bis zum 31.07.2011 und einer Freizeitphase vom 01.08.2011 bis zum 31.05.2013. Der Mitarbeiter erhalte für die Dauer des Altersteilzeitdienstverhältnisses Entgelt nach Maßgabe der reduzierten Arbeitszeit (bei regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 39 Stunden) Aufstockungsleistungen nach Maßgabe des § 5 der Anl. 17 AVR. Am 10.01.2011 wurde ein Nachtrag zum Vertrag vom 07.09.2009 geschlossen, wonach die Arbeitsphase aufgrund der Erkrankung des Mitarbeiters bis zum 20.08.2011 verlängert wurde und die Freizeitphase erst am 21.08.2011 beginnen sollte.

Am 24.08.2011 beantragte der Kläger bei der Beklagten unter Vorlage der entsprechenden Verträge die Anerkennung der Voraussetzungen nach § 4 AltTZG. Die für die Dauer der Altersteilzeit vereinbarte Arbeitszeit habe wöchentlich 19,5 Stunden betragen. Die Altersteilzeit sei im Blockmodell (wie oben dargestellt) ausgeführt worden. Der Arbeitsplatz sei mit dem arbeitslos gemeldeten Arbeitnehmer S. wiederbesetzt worden.

Mit Bescheid vom 13.09.2011 erkannte die Beklagte die Voraussetzungen dem Grunde nach an. Am 26.09.2011 beantragte der Kläger die Erstattung der Leistungen nach § 4 AltTZG für den Arbeitnehmer in Höhe von 1.161,72 EUR monatlich. Die Frage, ob der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit eine Nebenbeschäftigung/selbständige Tätigkeit ausgeübt habe, bei der der Umfang der Geringfügigkeit ([§ 8 SGB IV](#)) überschritten worden sei, wurde für die Zeit vom 01.10.2009 bis zum 21.08.2011 bejaht.

Daraufhin lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 19.10.2011 Leistungen mit der Begründung ab, gemäß § 5 Abs. 3 AltTZG (AtG) ruhe der Anspruch auf die Leistungen während der Zeit, in der der Arbeitnehmer neben seiner Altersteilzeitarbeit Beschäftigungen oder selbständige Tätigkeiten ausübe, die die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) überschritten oder aufgrund solcher Beschäftigungen eine Entgeltersatzleistung erhalte. Der Anspruch auf die Leistungen erlösche, wenn er mindestens 150 Kalendertage geruht habe. Mehrere Ruhezeiträume seien zusammenzurechnen. Beschäftigungen oder selbständige Tätigkeiten blieben unberücksichtigt, soweit der Altersteilzeit arbeitende Arbeitnehmer sie bereits innerhalb der letzten 5 Jahre vor Beginn der Altersteilzeit ständig ausgeübt habe. Da der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Arbeitsphase eine Nebenbeschäftigung/selbständige Tätigkeit vom 01.10.2009 bis zum 21.08.2011 ausgeübt habe, sei der Anspruch auf Leistungen nach § 4 des Altersteilzeitgesetzes erloschen.

Der Kläger erhob Widerspruch. Der Arbeitnehmer habe eine selbständige Tätigkeit bereits seit dem 15.02.1991 ausgeübt. Er legte eine Gewerbebeanmeldung des Arbeitnehmers vom 14.02.1991 über eine angemeldete Tätigkeit "Dienstleistungen aller Art" ab 15.02.1991 sowie Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 2004 - 2008 vor. Daraus ergab sich aus selbständiger Tätigkeit ein Einkommen von

• 23.990 EUR im Jahre 2004 • 6.680 EUR im Jahre 2005 • 24.069 EUR im Jahre 2006 • -14.054 EUR im Jahre 2007 • 5.388 EUR im Jahre 2008.

Die Beklagte wies daraufhin mit Widerspruchsbescheid vom 02.02.2012 den Widerspruch mit der Begründung zurück, unter Berücksichtigung der gemäß [§ 15 SGB IV](#) als Arbeitseinkommen nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts zu ermittelnden Gewinns ergebe sich im Jahr 2007 mangels Gewinns keine selbstständige Tätigkeit, die die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#) überschreite. Daher werde diese ständige Tätigkeit des altersteilzeitarbeitenden Arbeitnehmers nicht von der Privilegierung des § 5 Abs. 3 S. 4 Artikel erfasst. Dies habe zur Folge, dass der Anspruch auf Leistungen zum einen zum Ruhen und wegen des mindestens 150 Tage umfassenden Ruhens zum Erlöschen gekommen sei.

Hiergegen richtet sich die am 01.03.2012 erhobene Klage.

Zur Begründung trägt der Kläger ergänzend vor, der Arbeitnehmer habe seit dem 15.02.1991 durchgehend eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt bzw. über sie noch aus, demnach auch in den letzten 5 Jahren vor Beginn der Altersteilzeitarbeit. Für die Privilegierung gemäß § 5 Abs. 3 S. 3 Artikel komme es nur darauf an, dass die selbstständige Tätigkeit in den letzten 5 Jahren vor Beginn der Altersteilzeit ständig ausgeübt worden sei. Dabei sei es nicht notwendig, dass die Geringfügigkeitsgrenze überschritten werde. Es komme nach Sinn und Zweck des Gesetzes darauf an, ob hier nachteilig in den Arbeitsmarkt eingegriffen worden sei. Dazu verweist er auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) vom 15.10.2013 ([9 AZR 256/12](#)). Die Privilegierung setze danach nicht voraus, dass der Arbeitnehmer mit dieser Tätigkeit im Referenzzeitraum ständig die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#) überschritten habe. Das Bundesarbeitsgericht habe zutreffend darauf hingewiesen, dass selbstständige Tätigkeiten typischerweise Auftragsschwankungen unterliegen könnten. Dies könne dazu führen, dass in einem Monat die Geringfügigkeitsgrenze überschritten werde, in einem anderen Monat aber nicht. Von solchen Zufälligkeiten könne die Privilegierung nach ihrem Schutzzweck nicht abhängen. Maßgebend sei nach Sinn und Zweck der Privilegierung vielmehr, dass die Tätigkeit nicht während der Altersteilzeit ausgeweitet werde. Sie legt Steuerbescheide des aus den Jahren 2009 bis 2012 vor wonach der Arbeitnehmer steuerliche Gewinne wie folgt erwirtschaftet hat:

• - 15.015 EUR im Jahre 2009 • - 9.445 EUR im Jahre 2010 • 16.912 EUR im Jahre 2011 • 15.630 EUR im Jahre 2012.

Der Kläger beantragt schriftsätzlich, die Beklagte zu verurteilen, unter Aufhebung des Bescheides vom 19.10.2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.02.2012 dem Kläger die Leistungen nach § 4 AltTZG für den Altersteilzeit Arbeitnehmer G. K. für den Zeitraum vom 21.08.2011 bis zum 31.05.2013 nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erstatten.

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich, die Klage abzuweisen.

Sie hält entgegen der vom BAG vertretenen Auffassung daran fest, dass eine auf den hier maßgeblichen Fünfjahreszeitraum bezogene ununterbrochene Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze erforderlich sei. Dies müsse erst recht gelten, wenn die Voraussetzung des Erzielens eines Einkommens oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze sogar während eines ganzen Jahres nicht erfüllt worden seien. Sinn und Zweck des Altersteilzeitgesetzes sei die Entlastung des Arbeitsmarktes. Diesem arbeitsmarktpolitischen Zweck würde es entgegenstehen, wenn ein Altersteilzeitarbeiter, der seine Arbeitszeit reduziert und einen Arbeitsplatz freimacht, diesen Effekt durch die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit wieder aufheben würde. Der Gesetzestext in § 5 Abs. 3 S. 4 AtG (gemeint: AltTZG) nehme in diesem Zusammenhang eindeutig Bezug auf § 5 Abs. 3 S. 1 AtG. Bezüglich der Frage, was bei einer selbstständigen Tätigkeit als Einkommen im Sinne des [§ 8 SGB IV](#) zu berücksichtigen sei, sei wiederum [§ 15 SGB IV](#) einschlägig, wonach der nach den allgemeinen Gewinnvorschriften ermittelte Jahresgewinn maßgeblich sei. Danach sei im Jahr 2007 ein negatives Einkommen i.H.v. 14.054 EUR angesetzt worden. Es sei somit kein Gewinn im Sinne des [§ 15 SGB IV](#) erzielt worden. Ob und inwieweit ein steuerrechtlicher Vorabzug eines Gewinnes erfolgt sei, sei im Zusammenhang mit den hier anzuwendenden sozialrechtlichen Bestimmungen unerheblich.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung des Gerichts durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten verwiesen. Diese haben bei der Entscheidung vorgelegen.

Entscheidungsgründe:

Das Gericht konnte im Einverständnis der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) (SGG) ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entscheiden.

Die zulässige Klage ist begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 19.12.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.02.2012 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger im Sinne des [§ 54 SGG](#) in seinen Rechten. Die Beklagte hat die Zahlung der Leistungen nach § 4 AltTZG zu Unrecht verweigert. Entgegen ihrer Auffassung ist ein Ruhen des Anspruchs nicht eingetreten.

Die Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur) fördert gemäß § 1 AltTZG (in der Fassung vom 20.12.2007) durch Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz die Teilzeitarbeit älterer Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit ab Vollendung des 55. Lebensjahres spätestens ab 31.12.2009 vermindern und damit die Einstellung eines sonst arbeitslosen Arbeitnehmers ermöglichen. Gemäß § 4 Abs. 1 AltTZG (in der Fassung vom 23.12.2003) erstattet die Bundesagentur dem Arbeitgeber für längstens sechs Jahre den Aufstockungsbetrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a in Höhe von 20 vom Hundert des für die Altersteilzeitarbeit gezahlten Regelarbeitsentgelts und den Betrag, der nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b in Höhe des Beitrags geleistet worden ist, der auf den Betrag entfällt, der sich aus 80 vom Hundert des Regelarbeitsentgelts für die Altersteilzeitarbeit ergibt, jedoch höchstens des auf den Unterschiedsbetrag zwischen 90 vom Hundert der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze und dem Regelarbeitsentgelt entfallenden Beitrags. Die Voraussetzungen hiernach sind erfüllt, die Förderungsfähigkeit dem Grunde nach hat die Beklagte bereits anerkannt. Der Anspruch auf die Leistungen ruht allerdings gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 AltTZG (in der Fassung vom 20.04.2007) während der Zeit, in der der Arbeitnehmer neben seiner Altersteilzeitarbeit Beschäftigungen oder selbstständige Tätigkeiten ausübt, die die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch überschreiten oder auf

Grund solcher Beschäftigungen eine Entgeltersatzleistung erhält. Der Anspruch auf die Leistungen erlischt nach Satz 2, wenn er mindestens 150 Kalendertage geruht hat, wobei nach Satz 3 mehrere Ruhenszeiträume zusammenzurechnen sind. Jedoch bleiben nach Satz 4 Beschäftigungen oder selbständige Tätigkeiten unberücksichtigt, soweit der altersteilzeitarbeitende Arbeitnehmer sie bereits innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeit ständig ausgeübt hat.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ein Ruhen des Anspruchs im hier zu entscheidenden Fall nicht eingetreten. Zwar hat der Arbeitnehmer neben seiner Altersteilzeit eine selbständige Beschäftigung ausgeübt, diese hat allerdings in den Jahren 2009 und 2010, die Geringfügigkeitsgrenze nicht überschritten, denn hier hat der Arbeitnehmer jeweils Verlust erwirtschaftet. Ein Ruhen des Anspruchs scheidet daher für diesen Zeitraum bereits aus, weil mangels Ausübung einer die Geringfügigkeitsgrenze überschreitenden selbständigen Tätigkeit ein Fall des § 5 Abs. 3 Satz 1 AltTZG gar nicht vorliegt. Aber auch für die anschließende Zeit ruht der Anspruch nicht, weil die Voraussetzungen der die Tätigkeit privilegierenden Ausnahmeregelung nach Satz 4 erfüllt sind. Der Anspruch ist damit auch nicht erloschen. In den Jahren 2011 und 2012 wurde zwar die Geringfügigkeitsgrenze überschritten. Ein Zwölftel des jeweiligen Gewinnes ergibt ein durchschnittliches Arbeitsentgelt im Jahre 2011 i.H.v. 1.409 EUR monatlich und im Jahre 2012 von 1.302,50 EUR, also deutlich oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#), die zu dieser Zeit bei 400 EUR lag. Das Ruhen tritt jedoch nicht ein, weil der Arbeitnehmer hier innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeit, also in dem Zeitraum 30.09.2004 bis zum 01.10.2009, dieselbe selbständige Tätigkeit ständig ausgeübt hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der Privilegierung der Tätigkeit des Arbeitnehmers nicht entgegen, dass innerhalb dieses Referenzzeitraumes im Jahre 2007 ein Verlust erwirtschaftet wurde, also kein durchschnittliches Einkommen erzielt wurde, das oberhalb der Geringfügigkeitsgrenze lag. Denn dadurch hat sich der Charakter der Tätigkeit, mit der auch in den Jahren zuvor nicht immer Gewinn erwirtschaftet worden war, nicht dergestalt verändert, dass es sich nicht mehr um dieselbe gehandelt hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten setzt die Privilegierung keine durchgehende, lückenlose Überschreitung der Geringfügigkeit im Referenzzeitraum voraus; eine solche Voraussetzung ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. Vielmehr kommt es nur darauf an, dass dieselbe, sich nicht im Charakter auch hinsichtlich der Geringfügigkeit wesentlich veränderte selbständige Tätigkeit überhaupt im Referenzzeitraum ständig, d.h. regelmäßig wiederkehrend ausgeübt wurde. Sozialgerichtliche Rechtsprechung liegt, soweit ersichtlich, zur Frage der Auslegung des § 5 Abs. 3 Satz 4 AltTZG bisher nicht vor. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte im Urteil vom 15. Oktober 2013 - [9 AZR 256/12](#) (zitiert nach juris, Rn. 15 ff.) über die Kürzung der Aufstockungsleistungen durch den Arbeitgeber im Rahmen des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ab 18.12.2009 wegen der Ausübung einer Nebentätigkeit zu entscheiden. Im Tarifvertrag war geregelt, dass der Arbeitnehmer während der Altersteilzeit keine Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit ausüben darf, die die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB V](#) überschreitet, es sei denn, diese Beschäftigungen oder selbständige Tätigkeiten seien bereits innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn des Altersteilzeit Arbeitsverhältnisses ständig ausgeübt worden. Das BAG hat darin festgestellt, dass diese Regelung in § 6 des Tarifvertrages Altersteilzeit der Regelung in § 5 Abs. 3 AltTZG entspreche und daher maßgebend die Auslegung der Ruheregelung in § 5 Abs. 3 AltTZG sei. Hierzu hat es ausgeführt: "Das Landesarbeitsgericht hat den Begriff "ständig" im Sinne von "regelmäßig wiederkehrend" zutreffend ausgelegt. Demgegenüber ist es entgegen der Revision nicht Voraussetzung, dass zumindest in der Mehrzahl der Monate des Referenzzeitraumes die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#) überschritten wird. Das folgt aus der Auslegung der tariflichen Vorschriften. Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts entspricht der Wortbedeutung des Begriffs "ständig". Darunter wird im Sprachgebrauch ua. "sehr häufig", "regelmäßig" oder "wiederkehrend" verstanden (Duden Das große Wörterbuch der deutschen Sprache 3. Aufl. Stichwort: "ständig"; vgl. auch BAG 24.03.2010 - [10 AZR 58/09](#) - Rn. 19, [BAGE 134, 34](#)). Aus dem Wortlaut lässt sich deshalb die einschränkende Auslegung der Revision nicht ableiten. "Ständig" bezeichnet lediglich jedes Ereignis, dass sich in einer gewissen Regelmäßigkeit wiederholt. Welche Voraussetzungen dieses wiederkehrende Ereignis erfüllen muss, kann sich nur aus anderen Umständen ergeben, insbesondere aus dem Sinn und Zweck der Regelung ... dd) Der Ruhenstatbestand des § 5 Abs. 3 AltTZG verfolgt den Zweck, dass die Arbeitnehmer durch die Altersteilzeit dauerhaft zur Entlastung des Arbeitsmarkts beitragen sollen ([BT-Drucks. 13/4336 S. 19](#)). Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Arbeitnehmer neben der Altersteilzeit anderweitig tätig wird und damit in diesem Umfang die Erwerbstätigkeit eines Arbeitssuchenden verhindert. Soweit § 5 Abs. 3 Satz 4 AltTZG selbständige Tätigkeiten, die bereits in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Altersteilzeit ständig ausgeübt wurden, privilegiert, soll dies insbesondere der besonderen Situation derjenigen Erwerbstätigen Rechnung tragen, die hauptberuflich als Arbeitnehmer beschäftigt waren und daneben u.a. eine selbständige Tätigkeit ausübten ([BT-Drucks. 13/4336](#) aaO). Hierbei handelt es sich um eine Bestandsschutzregelung zugunsten dieser Altersteilzeitarbeitnehmer. Diese sollen nicht gezwungen werden, durch die Vereinbarung von Altersteilzeitarbeitsverhältnissen auf ihre bisherigen, ihren Lebensstandard prägenden Nebeneinnahmen verzichten zu müssen. Dieser Zweck gebietet eine weite Auslegung des Begriffs "ständig". Damit sind allenfalls bisherige Tätigkeiten ausgeschlossen, die nur vereinzelt und damit nicht den Lebensstandard prägend ausgeübt wurden. Der Hinweis auf die bisherigen ständigen Tätigkeiten dient darüber hinaus dem Ziel, eine Ausweitung dieser Tätigkeiten während der Altersteilzeit zu verhindern (vgl. Rittweger/Petri/Schweikert Altersteilzeit 2. Aufl. § 5 Rn. 21) und damit nicht den Zweck der Entlastung des Arbeitsmarkts zu konterkarieren. ee) Diese Auslegung harmonisiert § 5 Abs. 3 AltTZG mit [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#). Diese sozialrechtliche Regelung zur Geringfügigkeitsgrenze erfasst nur regelmäßige Beschäftigungen. Das erfordert die ständige Wiederholung im Referenzzeitraum. Unerheblich ist entgegen der Ansicht der Revision dabei, ob die Beschäftigungen von Mal zu Mal vereinbart werden (vgl. BSG 23.05.1995 - [12 RK 60/93](#) -). Deshalb hat das Bundessozialgericht bei einer Kursleiterin an einer Volkshochschule, deren Kurse über mehrere Jahre hinweg dreimal im Jahr stattfanden, wenn sich genügend Teilnehmer meldeten, eine ständige Wiederholung und damit eine regelmäßige Beschäftigung angenommen (BSG 01.02.1979 - [12 RK 7/77](#) - zu II der Gründe; vgl. auch BSG 11.05.1993 - [12 RK 23/91](#) -). ff) Die Privilegierung der selbständigen Tätigkeiten durch § 6 Satz 1 TV ATZ und § 5 Abs. 3 Satz 4 AltTZG setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer mit diesen Tätigkeiten im Referenzzeitraum ständig die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#) überschritten hatte. Ein solches Erfordernis lässt sich dem Wortlaut der Vorschriften nicht entnehmen. Dort wird nur darauf abgestellt, dass die selbständigen Tätigkeiten überhaupt im Referenzzeitraum ständig ausgeübt wurden. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass selbständige Nebentätigkeiten typischerweise Auftragsschwankungen unterliegen können. Dies kann dazu führen, dass in einem Monat die Geringfügigkeitsgrenze überschritten wurde, in einem anderen Monat aber nicht. Von solchen Zufälligkeiten kann die Privilegierung nach ihrem Schutzzweck nicht abhängen. Maßgebend ist nach Sinn und Zweck der Privilegierung vielmehr, dass die Tätigkeit nicht während der Altersteilzeit ausgeweitet wird. Das gebietet der Bestandsschutz nämlich nicht. Ohne Erfolg verweist die Revision insoweit auf eine Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zu § 5 AltTZG (Stand 01.01.2007). Dort heißt es unter Ziff. 5.2 Abs. 2, die Geringfügigkeit hänge allein von der Höhe des Arbeitsentgelts aus dieser Beschäftigung ab, das regelmäßig 400,00 EUR im Monat nicht überschreiten dürfe. Unabhängig davon, dass die Durchführungsanweisung ohnehin nur die Rechtsauffassung der Bundesagentur für Arbeit widerspiegelt, widerspricht sie nicht der hier vorgenommenen Auslegung. Sie bezieht sich lediglich auf die Auslegung der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 3 Satz 1 AltTZG iVm. [§ 8 SGB IV](#), nicht aber auf die Besitzstandsregelung in § 5 Abs. 3 Satz 4 AltTZG. b) Die Klägerin übte im Referenzzeitraum regelmäßig wiederkehrend ihre selbständige Nebentätigkeit im vergleichbaren Umfang aus, ohne sie auszuweiten. In den Jahren 2004 sowie 2006 bis 2009 war der Umfang der Nebentätigkeiten mit fünf bis acht Tagen relativ konstant.

Lediglich im Jahr 2005 erhöhte er sich einmalig auf 14 Tage. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zutreffend angenommen, dass diesem einmaligen Ausschlag nach oben keine die Regelmäßigkeit verhindernde Aussagekraft zukomme. Der Umfang von drei Tagen Nebentätigkeit im Jahr 2010 hält sich in diesem Rahmen und stellt insbesondere keine Ausweitung im Verhältnis zum Referenzzeitraum dar." (BAG, Urteil vom 15.10.2013 - [9 AZR 256/12](#) -, Rn. 16, 18-21, juris) Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist auch im hier zu entscheidenden Fall eine regelmäßig wiederkehrende und damit ständige Selbstständigkeit im Referenzzeitraum anzunehmen, die die Anwendung der Ruhensregelung ausschließt. Die regelmäßig wiederkehrende Tätigkeit muss damit insbesondere nicht ununterbrochen einen Gewinn abgeworfen haben, der die Geringfügigkeitsgrenze überschreitet. Der Beklagten ist allerdings insoweit zuzugeben, dass die Frage der Geringfügigkeit der im Referenzzeitraum ausgeübten Tätigkeit durch die Bezugnahme auf die später ausgeübte, mehr als geringfügige Tätigkeit nach Abs. 3 S. 1 in Abs. 3 S. 4 insoweit das Erfordernis hineinzulesen ist, dass es sich auch bei der Tätigkeit im Referenzzeitraum um eine mehr als geringfügige gehandelt haben muss, weil es sich sonst nicht um dieselbe handeln würde. Dafür sprechen Sinn und Zweck des Gesetzes. Auch das BAG lässt diese Fragen nicht völlig unberücksichtigt, wenn ausgeführt wird, maßgebend sei nach Sinn und Zweck der Privilegierung vielmehr, dass die Tätigkeit nicht während der Altersteilzeit ausgeweitet werde. Allerdings setzt S. 4 auch für diesen Fall nicht voraus, dass der Arbeitnehmer mit diesen Tätigkeiten im Referenzzeitraum ständig und ununterbrochen die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 8 SGB IV](#) überschritten hat. Ein solches Erfordernis lässt sich dem Wortlaut der Vorschriften nicht entnehmen. Dort wird nur darauf abgestellt, dass die - gegebenenfalls prinzipiell mehr als geringfügige - selbstständigen Tätigkeiten überhaupt im Referenzzeitraum ständig ausgeübt wurde; zur Frage der Auswirkung, wenn die Geringfügigkeitsgrenze in einzelnen oder mehreren Jahren (oder gar einzelnen Monaten) unterschritten wurde, schweigt das Gesetz, obwohl Ausführungen hierzu, wäre eine solche strenge Anknüpfung an eine ununterbrochene Überschreitung der Geringfügigkeitsgrenze beabsichtigt gewesen, angesichts des schwankenden Einkommens bei Selbstständigen nahe gelegen hätten. Hier wurde die Tätigkeit aber nicht während der Altersteilzeit dergestalt ausgeweitet, dass es sich nicht mehr um dieselbe Tätigkeit gehandelt hat, denn der in dieser Zeit erwirtschaftete Gewinn hält sich, ebenso wie die Tatsache, dass in manchen Jahren Verlust erzielt wurde, im Rahmen der Gewinn- und Verlustsituation, wie sie sich auch während der Beschäftigung im Referenzzeitraum vor Beginn der Altersteilzeitergeben hatte. Da der Gesetzgeber lediglich auf den vorangegangenen Referenzzeitraum von fünf Jahren vor Beginn der Altersteilzeit abstellt, so kann es schließlich auch nicht darauf ankommen, das hier während der Arbeitsphase im Blockmodell ein Verlust erwirtschaftet wurde, während in der Freistellungsphase wiederum Gewinn erzielt wurde, denn eine solche Unterscheidung wird im Gesetz nicht getroffen. Wenn der Gesetzgeber sich dafür entschieden hat, den Sinn und Zweck der Privilegierung, nämlich die Verhinderung der Ausweitung der Tätigkeit während der - zur Hälfte arbeitsfreien - Altersteilzeit nicht durch genauere Einzelregelungen oder Abstufungen zu konkretisieren, können solche auch nicht hineingelesen werden. Eine Ausweitung der Tätigkeit im Sinne des Gesetzeszweckes ist demgemäß nicht festzustellen.

Nach alledem war der Klage mit der auf [§ 193 SGG](#) beruhenden Kostenfolge stattzugeben.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2015-05-12