

L 5 AL 37/02

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 13 AL 1239/01
Datum
26.04.2002
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 5 AL 37/02
Datum
04.05.2005
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7a AL 76/05 R
Datum
01.06.2006
Kategorie
Urteil

Der Gerichtsbescheid vom 26. April 2002 sowie der Bescheid vom 21. März 2001 und der Widerspruchsbescheid vom 19. Juni 2001 werden dahin geändert, dass die Aufhebung und Erstattung auf die Zeit bis zum 24. Dezember 1999 begrenzt wird. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger zwei Drittel der notwendigen außergerichtlichen Kosten zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit steht die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosenhilfe und die Erstattung erbrachter Leistungen.

Nach einem länger andauernden Leistungsbezug und nach dem Ende eines Bewilligungszeitraums bewilligte die Beklagte dem Kläger mit Bescheid vom 10. September 1999 ab 1. September 1999 für ein weiteres Jahr Arbeitslosenhilfe in Höhe von DM 219, 80 wöchentlich, die zum 1. Januar 2000 durch Bescheid vom 4. Januar 2000 auf DM 224,70 erhöht wurde.

Bereits am 2. September 1999 hatte der Kläger auf entsprechende Einladung persönlich bei der Beklagten, d.h. bei seinem Arbeitsberater W., vorgesprochen. In dem von diesem darüber aufgenommenen Beratungsvermerk ("BewA") heißt es hierzu u.a.: '...zur Klärung der Vfg.-barkeit ...Herr St. erklärt dazu, dass es sich hierbei (zur Erläuterung: gemeint sind die dem Fortzahlungsantrag beigefügten Saldenlisten und Betriebswirtschaftsberechnungen) um die von ihm gehaltene Gewerbeanmeldung handelt ... Er beschäftigt dort (Maniküreladen) ledigl. seine Mutter. Nebeneinkommen bzw. Nebenverdienst wird auf Nachfrage verneint. Vfg.-barkeit ist nicht zweifelhaft.'

Ausweislich der Beratungsvermerke kam es in der Folgezeit zur Übersendung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (Vermerk vom 1. Dezember 1999) und zur Anforderung eines 'Ausdrucks Bild 8/2' für Bewerbungen des Klägers (Vermerk vom 29. Februar 2000), nicht jedoch zu persönlichen Kontakten zwischen der Beklagten und dem Kläger.

Erst am 26. Juli 2000 erschien der Kläger auf Einladung erneut bei seinem Arbeitsberater W., welcher hierzu vermerkte: 'Anlaß: nicht nachvollziehbar. Besprechung der berufl. Situation. Hat ang. jetzt im Gleisbau gearbeitet? ... Nach Zugriff auf Bewa; keinerlei A.-aufnahme vermerkt. Erneut eingeladen.'

In dem nachfolgenden Beratungsvermerk vom 11. August 2000 heißt es: '...Zu seiner Aussage vom 260700 befragt, erklärt Hr.St. daß er im Sept. des letzten Jahres 14 Tage bei einer Gleisbaufirma 'S.' ? im Raum H. gearbeitet hat. An genaue Daten kann er sich nicht erinnern. Er habe dort ohne Papiere gearbeitet ...Die A.-aufnahme wurde nicht angezeigt. Es bedarf einer erneuten A.losmeldung/Antragstellung.' Als Zeitraum der Beschäftigung wurde die Zeit vom 11. bis 24. September 1999 erfasst.

Im Rahmen des am 28. August 2000 bei der Beklagten eingegangenen Wiederbewilligungsantrags gab der Kläger an, sechs Tage auf Probe gearbeitet zu haben.

Mit Schreiben vom 15. September 2000 hörte die Beklagte den Kläger zur beabsichtigten Rückforderung der Arbeitslosenhilfe für die Zeit vom 11. September 1999 bis zum 25. Juli 2000 an. Der Kläger äußerte sich dahingehend, ihm sei im Sommer 1999 eine Arbeit als Gleisbauer versprochen worden. Er habe vier Tage auf Probe arbeiten sollen; tatsächlich habe er nur drei Tage gearbeitet. Er sei sich keiner Schuld bewusst gewesen und wisse nun für die Zukunft Bescheid.

Mit Bescheid vom 21. März 2001 hob die Beklagte die Entscheidung über die Bewilligung von Arbeitslosenhilfe für die Zeit ab dem 11.

September 1999 nach § 48 Sozialgesetzbuch – Zehntes Buch – Verwaltungsverfahren - SGB X ganz auf und forderte die Erstattung der in der Zeit bis zum 25. Juli 2000 erbrachten Leistungen in Höhe von DM 10.152, 50. Der Kläger habe ab dem 11. September 1999 in einem nicht geringfügigen Beschäftigungsverhältnis gestanden und sich erst am 26. Juli 2000 wieder persönlich beim Arbeitsamt gemeldet.

Hiergegen erhob der Kläger Widerspruch mit der Begründung, er habe bei einer Firma namens S. drei Tage auf Probe gearbeitet, weil man ihm einen Arbeitsvertrag versprochen habe. Er habe aber nicht gewusst, dass er dies der Beklagten hätte mitteilen sollen und entschuldige sich hiermit für seine Unwissenheit.

Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Juni 2001, der einen Ab-Vermerk vom 20. Juni 2001 trägt, wies die Beklagte den Widerspruch – unter Abänderung der Rechtsgrundlage der Aufhebung auf [§ 45 SGB X](#) sowie des Erstattungsbetrages auf DM 10.277, 12 - zurück.

Die Verwaltungsakte der Beklagten enthält einen Gesprächsvermerk vom 2. August 2001 über einen Anruf des Klägers, welcher erklärt habe, keinen Widerspruchsbescheid erhalten zu haben, sowie die Kopie eines an diesen gerichteten Schreibens vom selben Tag, in der es heißt: 'Ihr Anruf vom 1.8.01. Sie erhalten 1 Ablichtung der Aktendurchschrift des Widerspruchsbescheids vom 19.6.01.'

Gegen den Widerspruchsbescheid hat der Kläger am 3. September 2001 Klage erhoben und zur Begründung darauf verwiesen, dass ihm keine Schuld bewusst sei. Sein Arbeitsberater habe ihn bei einem Gespräch gefragt, ob er sich um Arbeit bemühe; daraufhin habe er seine ganzen Absagen gezeigt und gesagt, dass er drei Tage auf Probe bei der Firma S. gearbeitet habe.

Durch Gerichtsbescheid vom 26. April 2002 hat das Sozialgericht die Klage als unzulässig, da verspätet, abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger fristgerecht Berufung eingelegt.

Zur Begründung führt er aus, er habe den Widerspruchsbescheid erst auf seinen Anruf vom 1. August 2001 hin mit Begleitschreiben vom folgenden Tag erhalten. Er habe den Bescheid zuvor nie gesehen. Den Originalwiderspruchsbescheid habe er möglicherweise deswegen nicht erhalten, weil im relevanten Zeitraum sein Postkasten aufgebrochen und dadurch für jedermann zugänglich gewesen sei. Diesen Sachverhalt habe der Hausmeister G. in der als Anlage beigefügten Erklärung vom 13. November 2002 schriftlich bestätigt.

In der Sache selbst sei der Bescheid rechtswidrig, da er weder in einer Beschäftigung gestanden noch sich erst am 26. Juli 2000 wieder gemeldet habe. Er habe sich nach zweimaligen Unterbrechungen des Leistungsbezuges im Jahre 1998 bemüht, pünktlich auf alle Anforderungen der Beklagten zu reagieren. Er habe im Sommer 1999, wohl im Juli, bei der Firma S. kurze Zeit auf Probe gearbeitet; er habe diese körperliche schwere Arbeit nach drei Tagen aufgegeben, weil sie ihm gesundheitlich nicht zumutbar gewesen sei. Hierbei habe es sich nicht um ein Beschäftigungsverhältnis gehandelt, da er überhaupt keine vertragliche Grundlage gehabt habe. Dieses Beschäftigungsverhältnis habe er seinem Sachbearbeiter Herrn W. bereits anlässlich seiner nächsten Vorsprache Ende August, Anfang September 1999 von sich aus berichtet, nachdem dieser ihn erneut zu seinen Arbeitsbemühungen befragt hätte. Anlass des Gesprächs sei aus seiner Sicht die Neubewilligung der Arbeitslosenhilfe gewesen. Dabei sei weder die Rede von einer Arbeit im September 1999 noch von einer vierzehntägigen Dauer gewesen. Nach seiner Erinnerung sei er im Frühjahr wieder bei der Beklagten gewesen, ohne dass dabei von seiner Beschäftigung die Rede gewesen sei. Erst anlässlich seines Besuchs im Juli 2000 habe ihn Herr W. von sich aus auf die erwähnte Arbeit angesprochen und ihm unterstellt, bis jetzt dort gearbeitet zu haben. Was Herrn W. zu dem Eintrag auf Blatt 239 der Akte – Arbeitsaufnahme am 9. September 1999 - gebracht habe, sei ihm unverständlich. Er habe seine Probearbeit allenfalls 6 Wochen zu spät gemeldet. Er habe diese Arbeit möglicherweise rechtsirrig als unwesentlich eingestuft, da in jedem Leistungsnachweis nur von wesentlichen Änderungen die Rede sei. Dass er gutgläubig gewesen sei, ergebe sich schon daraus, dass er den Sachverhalt von sich bekannt gemacht habe.

Der Kläger beantragt, den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 26. April 2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 21. März 2001 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19. Juni 2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung des Klägers gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Hamburg vom 26. April 2002 zurückzuweisen.

Die Berufung sei von der Sache her unbegründet. Der Kläger habe ausweislich der Beratungsunterlagen am 2. September 1999 beim Arbeitsamt Hamburg vorgesprochen; die Ausübung einer Beschäftigung sei nicht Gegenstand des Gesprächs gewesen. Die nächste Vorsprache habe nach entsprechender Einladung am 26. Juli 2000 stattgefunden. In diesem Gespräch habe der Kläger erklärt, zwischenzeitlich in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden zu haben. Wegen eines Ausfalls des EDV-Systems sei der Kläger zu einem weiteren Gespräch am 11. August 2000 eingeladen worden, in dem er erklärt habe, im September 1999 für 14 Tage bei einer Gleisbaufirma im Raum H. gearbeitet zu haben. Für den jetzigen Vortrag des Klägers fänden sich in den Beratungsvermerken keinerlei Hinweise.

In der mündlichen Verhandlung am 10. Februar 2005 hat der Kläger auf Befragen erklärt, dass ihm der Anlass für seinen Anruf bei der Beklagten am 1. August 2001 nicht Erinnerung sei. Die Beklagte hat ausgeführt, der Kläger habe Ende Juli 2001 eine Mahnung erhalten. Auch sie gehe davon aus, dass dieser zwischen September 1999 und Ende Juli 2000 nicht zu einer persönlichen Meldung bei ihr eingeladen worden sei; warum dies nicht geschehen sei, sei ihr nicht bekannt.

Im weiteren Termin am 4. Mai 2005 hat der Senat den Arbeitsvermittler W. als Zeugen vernommen. Dieser hat bekundet, in seinen Vermerken festzuhalten, was von Bedeutung sei. Wenn in seinem Vermerk vom 2. September 1999 nur etwas über die Anmeldung eines Gewerbes stehe, schliesse er aus, dass damals über eine Arbeit, die der Kläger vorher gehabt habe, gesprochen worden sei. Wenn er eine Tätigkeit des Klägers im September 1999 vermerkt habe, dann habe dieser das auch so gesagt; hätte dieser 'Sommer' gesagt, hätte er dann eben dieses notiert. Er habe den Kläger seinerzeit gleich weiter zur Anmeldung geschickt, damit er sich arbeitslos melde. Dort sei - offenbar nach Rückfrage - der Beginn der Arbeitsaufnahme ab dem 11. September 1999 festgehalten worden. Nach Wegfall der automatischen Meldepflicht hätten sie als Vermittler die Arbeitslosen in eigener Verantwortung eingeladen. Er habe seinerzeit sehr viele Arbeitslose zu betreuen gehabt, darunter sehr viele Langzeitarbeitslose. So etwas wie eine 3-Monatsfrist beim Kontakthalten sei gar nicht machbar gewesen. Es könne durchaus passiert sein, dass er entweder keine Zeit gehabt habe, den Kläger früher einzubestellen, oder dieser durch die Maschen geschlüpft sei. Es kämen allerdings immer wieder auch Langzeitarbeitslose von sich aus zu ihm, um nachzufragen.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der in der Sitzungsniederschrift vom 4. Mai 2005 aufgeführten Akten verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und auch sonst zulässig ([§§ 143, 151](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG). Sie ist teilweise begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht vollen Umfangs abgewiesen.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts ist die Klage fristgerecht erhoben worden und damit zulässig. Die Klagefrist wäre nur dann versäumt worden, wenn man davon ausginge, dass dem Kläger der Widerspruchsbescheid bereits am 23. Juni 2001 bekanntgegeben wurde. Dieser hat jedoch glaubhaft vorgetragen, den Widerspruchsbescheid erst auf telefonische Nachfrage mit Schreiben vom 2. August 2001 erhalten zu haben.

Zwar gilt nach [§ 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) ein schriftlicher Verwaltungsakt bei der Übermittlung durch die Post im Inland am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben. Dies gilt jedoch gemäß [§ 37 Abs. 2 Satz 2 SGB X](#) nicht, wenn er (überhaupt) nicht zugegangen ist - dann fehlt es an einer Bekanntgabe (Recht in Hauck/Noftz, SGB X – Kommentar, § 37 RdNr. 17) - oder zu einem späteren Zeitpunkt; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Verwaltungsakts und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

Nach zutreffender Auffassung (Recht a.a.O. RdNr. 18; Krasney in Kass.Komm., [§ 37 SGB X](#), RdNr. 6) reicht dann, wenn der Adressat den Zugang überhaupt bestreitet, dessen bloße Behauptung aus, da er zu einem substantiierten Bestreiten in der Regel nicht in der Lage ist.

Vorliegend hat der Kläger zudem zur Untermauerung seines Vortrags, den ursprünglichen Bescheid nicht erhalten zu haben, dargelegt, dass sein Briefkasten am 14. Juni 2001 aufgebrochen und erst am 10. Juli 2001 wieder repariert worden sei, und diesen Vortrag durch eine schriftliche Bestätigung des Hausmeisters G. vom 13. November 2002 belegt. Gestützt wird sein Vortrag auch durch seinen, offenbar durch den Erhalt einer Zahlungsaufforderung veranlassten, Anruf bei der Beklagten am 1. August 2001.

Die Beklagte kann den ihr somit obliegenden Nachweis der Zustellung des Widerspruchsbescheides vom 19. Juni 2001 nicht erbringen.

Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtswidrig, soweit die Aufhebung der Bewilligungsentscheidung Rechtswirkungen über den 24. Dezember 1999 hinaus entfaltet; im Übrigen sind sie rechtmäßig.

Rechtsgrundlage der Aufhebung der Leistungsbewilligung ist [§ 48 Abs. 1 SGB X](#) i.V.m. [§ 330 Abs. 3](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung – SGB III. Danach ist ein Verwaltungsakt aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt (Satz 1). Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse ist durch die Aufnahme einer Beschäftigung am 11. September 1999 eingetreten. Hierdurch ist die Arbeitslosigkeit des Klägers entfallen.

Anspruch auf Arbeitslosenhilfe hat nur derjenige, der arbeitslos ist ([§ 190 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)). Arbeitslos ist nach [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), wobei die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht ausschließt ([§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#)). Demnach entfällt die Arbeitslosigkeit bei Aufnahme einer mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Tätigkeit.

Der Kläger hat am 11. September 1999 eine über dieser Grenze liegende Beschäftigung aufgenommen. Die Aufnahme einer Beschäftigung bei einer Firma namens S. als solche ist unstrittig. Dass es sich dabei um ein bloßes 'Probearbeitsverhältnis' gehandelt haben mag, ist ebenso wenig von Bedeutung wie das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages oder die nur kurze Dauer der Beschäftigung (dazu auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10.4.2003, [L 1 AL 4/03](#)).

Der Senat ist auch davon überzeugt, dass diese Beschäftigung in der von der Beklagten zu Grunde gelegten Zeit und Dauer ausgeübt wurde. Zwar hat der Kläger im Laufe des Verfahrens sowohl zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses als auch zu dessen Dauer variierende Angaben gemacht, wobei zum einen die Dauer der Beschäftigung immer kürzer und zum anderen der Zeitpunkt ihrer Aufnahme vom September in den Sommer 1999 verlagert wurde. Jedoch ist der Senat davon überzeugt, dass die spontan und relativ zeitnah gegenüber der Beklagten gemachten Angaben des Klägers zutreffend sind.

Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass die in dem Vermerk über das am 11. August 2000 durchgeführte Beratungsgespräch festgehaltene Angabe einer im September 1999 ausgeübten Beschäftigung von 14 Tagen Dauer seinerzeit so vom Kläger gemacht wurde. Der Zeuge W. hat überzeugend dargelegt, dass er die Angaben des Klägers so aufgenommen hat, wie dieser sie geäußert hat. Der Senat hält diese Angaben auch für zutreffend. Wenn der Kläger in seinen nachfolgenden Erklärungen die Dauer der Beschäftigung zunehmend (zunächst auf sechs, dann auf vier und schließlich auf drei Tage) reduziert hat, so entspringt dies dem offensichtlichen Bestreben, ein von ihm als falsch erkanntes Verhalten zu relativieren. Die spätere Angabe einer Beschäftigung 'im Sommer' dürfte auf einer unpräzisen Erinnerung des Klägers beruhen. Seinen unmittelbar gegenüber dem Arbeitsberater W. gemachten Angaben gebührt gegenüber den späteren schriftlichen Angaben der Vorrang. Hierbei war auch zu berücksichtigen, dass der Senat den Zeugen W. als zugewandten und energischen, die Sachen auf den Punkt bringenden Mitarbeiter der Beklagten erlebt hat. Auch der konkrete Beschäftigungszeitraum 11. bis 24. September 1999 beruht auf Angaben, die der Kläger gegenüber der Beklagten gemacht haben muss.

Diese wesentliche Änderung der Verhältnisse wirkte grundsätzlich bis zur erneuten Arbeitslosmeldung, da der Kläger anschließend zwar wieder arbeitslos war, jedoch gemäß [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) die Wirkung der (persönlichen) Arbeitslosmeldung mit der Aufnahme der Beschäftigung erlischt, wenn der Arbeitslose diese der Beklagten nicht unverzüglich mitgeteilt hat.

Die Voraussetzungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) liegen vor. Der Kläger hat der Beklagten keine unverzügliche Mitteilung von der Aufnahme einer Beschäftigung bei der Firma S. gemacht; auch insoweit ist der Umstand, dass es sich um ein Probearbeitsverhältnis ohne schriftlichen Arbeitsvertrag gehandelt hat, ebenso ohne Bedeutung wie die nur kurze Dauer der Beschäftigung.

Eine Mitteilung dieser Beschäftigung erfolgte erst im Juli 2000 und damit nicht unverzüglich, also nicht ohne schuldhaftes Zögern. Aus den Akten ergibt sich kein Hinweis darauf, dass der Kläger seinem Arbeitsberater, dem Zeugen W., bereits im September 1999 von seiner Arbeitsaufnahme berichtet hat. Ausweislich des Beratungsvermerks fand am 2. September 1999 ein Gespräch mit dem Kläger statt, in dem es um ein von ihm angemeldetes Gewerbe, um hieraus zu ziehende Folgerungen für seine Verfügbarkeit sowie um die Fortzahlung von Arbeitslosenhilfe ab 1. September 1999 ging. Ein Hinweis auf eine vom Kläger angegebene Tätigkeit findet sich in dem über das Gespräch angefertigten Vermerk nicht.

Der Senat hält es für nahezu ausgeschlossen, dass ein Mitarbeiter der Beklagten eine entsprechende Äußerung des Klägers, wenn sie denn seinerzeit gemacht worden wäre, unberücksichtigt gelassen hätte; dies um so mehr, als es sich dabei um den selben Mitarbeiter gehandelt hat, der ein Jahr später umgehend tätig wurde. Zudem hat der Zeuge W. glaubhaft bekundet, er schliesse aus, dass damals über eine Arbeit, die der Kläger vorher gehabt habe, gesprochen worden sei, wenn in seinem Vermerk vom 2. September 1999 nur etwas über die Anmeldung eines Gewerbes stehe.

Damit im Einklang stehen auch die im Verwaltungsverfahren sowie im Verfahren vor dem Sozialgericht gemachten Ausführungen des Klägers, in denen er wiederholt seine Unwissenheit geltend gemacht, jedoch zu keinem Zeitpunkt behauptet hat, die Arbeitsaufnahme bereits im September 1999 mitgeteilt zu haben. Noch in seiner Klagebegründung hat er erklärt, nicht gewusst zu haben, dass 'man das melden müsse'. Wenn der Kläger aber davon ausging, ein Probearbeitsverhältnis überhaupt nicht melden zu müssen, ist nicht erklärlich, warum er dies – wie erstmals im Berufungsverfahren vorgetragen – seinerzeit zeitnah gemacht haben will.

Dass der Kläger 'von sich aus' auf das Arbeitsverhältnis hingewiesen haben will, ist im Übrigen zu relativieren. Wie er glaubhaft dargelegt hat, kam es zu seiner Mitteilung gegenüber der Beklagten dadurch, dass ihn sein Arbeitsberater in einem Gespräch fragte, ob er sich um Arbeit bemühe; daraufhin habe er seine ganzen Absagen gezeigt und gesagt, dass er drei Tage bei der Firma S. auf Probe gearbeitet habe. Mithin hat der Kläger seine Mitteilung nicht in Erfüllung entsprechender – ihm nach eigenen Bekunden überhaupt nicht bekannter – Meldepflichten gemacht, sondern um gegenüber seinem Arbeitsberater zu belegen, dass er sich um die Aufnahme einer Beschäftigung bemühe.

Anhaltspunkte für die – erst im Berufungsverfahren aufgestellte – Behauptung, dass es sich bei diesem Gespräch um jenes im September 1999 gehandelt habe, finden sich nicht. Dem steht die glaubhafte und durch die Beratungsvermerke bestätigte Aussage des Zeugen W. entgegen, dass Arbeitsbemühungen des Klägers nicht Gegenstand des im September 1999, sondern erst des im Sommer 2000 geführten Gesprächs gewesen sind.

Nach dem Inhalt der über die Gespräche vom 26. Juli und 11. August 2000 geführten Beratungsvermerke kam es unzweifelhaft erst aufgrund der Nachfrage des Zeugen W. zur beruflichen Situation des Klägers zu dessen Äußerung, im Gleisbau gearbeitet zu haben. Im Übrigen deckt sich dies mit der – allerdings auf das Gespräch im September 1999 bezogenen – Schilderung des Klägers zum Gesprächsablauf. Schließlich spricht auch der – überraschte, zweifelnde – Tonfall des Gesprächsvermerks vom 26. Juli 2000 ('hat ang. jetzt im Gleisbau gearbeitet? ') gegen eine etwaige frühere Mitteilung seitens des Klägers.

Der Kläger hat sich auch erst am 26. Juli 2000 wieder persönlich bei der Beklagten gemeldet. Anhaltspunkte dafür, dass er sich schon vor Juli 2000 gemeldet hat, sind nicht ersichtlich.

Auch die übrigen Voraussetzungen für eine rückwirkende Aufhebung der Leistungsbewilligung liegen – grundsätzlich – vor.

Nach [§ 48 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) i.V.m. [§ 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) ist der Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben, soweit einer der dort geregelten Tatbestände vorliegt. Dies ist der Fall. Der Kläger hat gegen Meldepflichten verstoßen, ist also vorsätzlich oder grob fahrlässig einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht – hier [§ 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgesetzbuch Erstes Buch – Allgemeiner Teil - SGB I](#) – zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse nicht nachgekommen (Nr. 2), da er die Arbeitsaufnahme nicht angezeigt hat.

Der Kläger hat auch mindestens grobfahrlässig gehandelt, denn er hätte die Notwendigkeit einer Mitteilung der Arbeitsaufnahme dem 'Merkblatt für Arbeitslose' entnehmen können. Im Übrigen bedarf es keiner Kenntnis rechtlicher Zusammenhänge, um erkennen zu können, dass Leistungen der Beklagten nur bei bestehender Arbeitslosigkeit gewährt werden und dieser deshalb von einer Arbeitsaufnahme umgehend Mitteilung zu machen ist, damit sie ihre Leistungen (zumindest vorläufig) einstellen kann. Dies gilt auch für sogenannte 'Probearbeitsverhältnisse', da bei deren Aufnahme sehr wohl vorgesehen ist, das Arbeitsverhältnis – nach Möglichkeit – fortzusetzen. Der Kläger wusste – wie sich der Verwaltungsakte entnehmen lässt – um die Notwendigkeit, eine Arbeitsaufnahme anzuzeigen, so zuletzt vor der zur Debatte stehenden Beschäftigung geschehen am 17. Februar 1997.

Soweit es die Zeit der entgeltlichen Beschäftigung betrifft, hatte der Kläger zudem Kenntnis vom Wegfall der Leistungsvoraussetzungen, da er wusste oder nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, dass sein Anspruch auf Arbeitslosenhilfe kraft Gesetzes ganz oder teilweise weggefallen ist (Nr. 4). Er konnte – aus dem 'Merkblatt' wie auch aus dem allgemein bekannten Umstand, dass die Beklagte nur bei Arbeitslosigkeit Leistungen erbringt – ohne weiteres erkennen, dass für die Dauer der Beschäftigung der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe entfällt.

Der Senat hat jedoch Zweifel, ob der Kläger zu der Subsumtion in der Lage war, dass sein Anspruch auch nach Aufgabe der Arbeit ohne erneute Meldung nicht wieder auflebte. Dies kann jedoch, da die Aufhebung bereits durch die Nr. 2 der Vorschrift gerechtfertigt wird, offen bleiben.

Die Bescheide der Beklagten sind jedoch rechtswidrig, soweit die Aufhebung der Bewilligung und die hieraus resultierende Erstattungsforderung den Zeitraum ab dem 25. Dezember 1999 betrifft, also die Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) über den Zeitraum von drei Monaten hinausgehen.

Zwar lässt sich eine derartige Beschränkung dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen. [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) ist jedoch im Wege der

richterlichen Rechtsfortbildung dahingehend zu ergänzen, dass sich die Erlöschenswirkung – bei Vorliegen der übrigen Leistungsvoraussetzungen - auf einen Zeitraum von 3 Monaten beschränkt, da insoweit eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Gesetzes – eine ‘Lücke’ - vorliegt, die nach den hierfür geltenden Kriterien zu schließen ist.

Grundsätzlich ist allerdings davon auszugehen, dass der Wortlaut der Norm den Willen des Gesetzgebers zutreffend zum Ausdruck bringt; eine Lückenfüllung durch Richterrecht ist bei einem unmissverständlich erscheinenden Gesetzeswortlaut daher nur dann zulässig, wenn besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, die nach anderen Auslegungskriterien – der Entstehungsgeschichte, dem Zweck oder dem Inhalt des Vorschrift - für die Annahme einer gleichwohl bestehenden Gesetzeslücke sprechen (BSG, Urteil vom 22.7.1982, [7 RAr 107/81](#) m.w.N.; vgl. auch BSG, Urteil vom 29.1.1975, [11 RA 200/73](#) = [BSGE 39, 91](#), 94). Dies ist der Fall, wenn für die anzuwendende Regelung aus ihrem Verhältnis zu der übrigen Rechtsordnung, in der sie steht, klar erkennbar ist, dass sie dem Plan des Gesetzes widersprechend unvollständig ist und dies nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen konnte (BSG, Urteil vom 22.7.1982, [7 RAr 107/81](#) m.w.N.).

So liegt der Fall hier. Es liegen Anhaltspunkte vor, die mit hinreichender Sicherheit den Schluss auf ein planwidriges Unterlassen des Gesetzgebers zulassen. Zunächst ist ein dahingehender Wille des Gesetzgebers, die Erlöschenswirkung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) mit den sich daraus ggf. ergebenden Folgen ohne zeitliche Begrenzung gelten zu lassen, nicht erkennbar. Einen entsprechenden Willen hat dieser weder ausdrücklich erklärt noch ergibt er sich aus dem Zweck der Regelung.

Nach der Gesetzesbegründung zu [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) (RegE-AFRG, abgedruckt bei Hauck/Noftz, SGB III, M 010 S. 77) soll durch die Regelung ‘verhindert werden, dass Schwarzarbeitern, die ihre Beschäftigung dem Arbeitsamt verschweigen, aus der Regelung der Nummer 1 ungerechtfertigte Vorteile erwachsen können’. [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) dient somit dazu, die Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) zu begrenzen. Danach erlischt die Wirkung der Meldung (erst) bei einer mehr als sechswöchigen Unterbrechung der Arbeitslosigkeit; die Norm gestattet es bei rechtstreuen Leistungsbeziehern, das Arbeitslosengeld nach Unterbrechungen bis zu sechs Wochen nahtlos und ohne zeitliche Verzögerungen weiter zu gewähren (Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III - Kommentar, § 122 RdNr. 31). Hierdurch sollen Härten für rechtstreue Leistungsbezieher vermieden werden, die sich gerade aus der Rechtsprechung des BSG zum Erlöschen der Wirkung der Arbeitslosmeldung ergeben könnten (vgl. Wissing in Wissing, SGB III - Kommentar, § 122 RdNr. 32 m.w.N.).

Der ungerechtfertigte Vorteil in Bezug auf [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) bestünde im Falle der Schwarzarbeit somit darin, dass die Wirkung der Meldung bei einer bis zu sechswöchigen Unterbrechung der Arbeitslosigkeit erhalten bliebe. Dieser Vorteil wird jedoch auch dann beseitigt, wenn [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) zwar Anwendung findet, seine Auswirkungen jedoch beschränkt werden. Denn [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) bewirkt, dass bei Schwarzarbeit die Wirkung der Meldung bereits vom ersten Tag an – entgegen [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) also auch für die ersten sechs Wochen der Unterbrechung der Arbeitslosigkeit – erlischt; die Norm sanktioniert somit die Nichtmeldung eines Arbeitsverhältnisses durch den – auch eine nachfolgende Arbeitslosigkeit erfassenden – Wegfall einer Anspruchsvoraussetzung.

Die Entstehungsgeschichte der Norm spricht gegen eine unbegrenzte Wirkung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#). Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das Problem einer unter Umständen sehr langen Perpetuierung der Erlöschenswirkung mit den sich hieraus ergebenden Folgen überhaupt nicht gesehen hat. Dies beruht darauf, dass der nicht geregelte Tatbestand sich erst nach dem Erlass des Gesetzes durch eine Veränderung der ‘Verhältnisse’ (vgl. hierzu BSG, Urteile vom 26.8.1965, [9 RV 1034/64](#) = [BSGE 23, 283](#), 287, vom 11.8.1966, [3 RK 24/64](#) = [BSGE 25, 150](#), 151) – vorliegend durch eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse aufgrund einer nachfolgenden Gesetzesänderung – ergeben hat.

Der Gesetzgeber hat – auch wenn dies in der Gesetzesbegründung nicht zum Ausdruck kommt – mit der Einfügung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) die vorangegangene Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. die Urteile vom 14.12.1995 – [11 RAr 75/95](#) = [BSGE 77, 175](#), 178 -, vom 21.3.1996 – [11 RAr 93/95](#) - und vom 1.8.1996 – [11 RAr 9/96](#) sowie [11 RAr 15/96](#) -) nachvollzogen. In den genannten Entscheidungen hatte das BSG die Wirkung der Arbeitslosmeldung auf den jeweils angezeigten Eintritt der Arbeitslosigkeit beschränkt, jedoch zugleich ausgeführt, dass eine abweichende Beurteilung der Rechtslage auch nicht wegen der Gefahr einer verzögerlichen Reaktion der Beklagten auf die Kenntnis einer Arbeitsaufnahme geboten sei, da die nach §§ 15 Abs. 3, 132 Abs. 1 Satz 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geforderte Meldung des Arbeitslosen in Abständen, die drei Monate nicht überschreiten sollen, diese Gefahr weitgehend mildere.

Nach der zum Zeitpunkt der BSG-Entscheidungen maßgeblichen Rechtslage waren die Auswirkungen einer Zwischenbeschäftigung dadurch begrenzt, dass die Beklagte zum einen nach § 15 Abs. 3 Satz 1 AFG für den Regelfall verpflichtet war, Arbeitnehmern, die arbeitslos gemeldet waren, in Abständen von nicht länger als drei Monaten zu einer Arbeitsberatung einzuladen, zum anderen Arbeitslose gemäß § 132 Abs. 1 Satz 3 AFG in geeigneten Abständen, die drei Monate nicht überschreiten sollten, zur Meldung auffordern sollte.

Zwar sind diese Vorschriften nicht in das SGB III übernommen worden, doch galt zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III – zum 1. Januar 1998 - noch [§ 122 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) a.F., welcher bestimmte, dass die Wirkung der Meldung nach Ablauf eines Zeitraums von drei Monaten nach der letzten persönlichen Meldung erlosch, wenn der Arbeitslose die Meldung nicht vor Ablauf dieses Zeitraums erneuerte. Hierdurch sollten Arbeitslose im Sinne verstärkter Eigenbemühungen dazu gezwungen werden, spätestens nach drei Monaten von sich aus beim Arbeitsamt vorstellig zu werden und ihr Gesuch zu wiederholen (Valgolio a.a.O., RdNr. 36). Die Beklagte war verpflichtet, die Frist zu überwachen und die Arbeitslosen über das Datum des Fristablaufs zu informieren (Valgolio a.a.O., RdNr. 37). Solange die Meldepflicht galt, war die Wirkung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) auf einen Zeitraum von drei Monaten beschränkt.

Diese Pflicht zur Erneuerung der Arbeitslosmeldung wurde erst durch [Art. 1 Nr. 12 Buchst. a](#) bb des 2. SGB III - ÄndG vom 21.7.1999 ([BGBl. I, 1648](#)) mit Wirkung zum 1. August 1999 abgeschafft. Den Gesetzesmaterialien (RegE-2.SGB III-ÄndG, [BT-Drucks. 14/873, S. 12](#) zu § 122) lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber die mit der Aufhebung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 3 SGB III](#) verbundenen Auswirkungen gesehen hat. In der Gesetzesbegründung (a.a.O.) wird lediglich ausgeführt, dass die Meldepflicht in der Praxis zu erheblichem Verwaltungsaufwand in den Arbeitsämtern geführt habe und zur Bekämpfung des Leistungsmissbrauch effektivere Instrumente, wie etwa die Einladung des Arbeitslosen im Rahmen der Meldepflicht nach [§ 309 SGB III](#), ausreichten. Die Bundesregierung gehe davon aus, dass die Arbeitsverwaltung dafür Sorge trage, dass der missbräuchlichen Leistungsinsanspruchnahme auch durch intensivierte Meldekontrollen entgegengewirkt werde.

Nach alledem geht der Senat davon aus, dass der Gesetzgeber übersehen hat, welche Folgewirkungen sich in Bezug auf [§ 122 Abs. 2 Nr. 2](#)

[SGB III](#) aus der Abschaffung der Meldepflicht ergeben können und derartige Folgen nicht von seinem Willen umfasst sind.

Eine über den Zeitraum von drei Monaten hinausgehende Erlöschenswirkung verstieße zudem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitete Grundsatz beinhaltet nach allgemeiner Auffassung (vgl. Jarass in Jarass/Pieroth: Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 20 RdNr. 83 m.w.N.; Sachs in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 RdNr. 97 m.w.N.) die Teilgebote der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der - auch als Übermaßverbot bezeichneten - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Das Gebot der Geeignetheit erfordert den Einsatz solcher Mittel, mit deren Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; das Gebot der Erforderlichkeit ist verletzt, wenn das Ziel der Maßnahme durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, das das betreffende Grundrecht oder subjektive Recht nicht oder weniger fühlbar einschränkt (Jarass a.a.O. RdNr. 84 f.). Schließlich darf die Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen; sie muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit wahren (Jarass a.a.O. RdNr. 86).

Nach der bereits zitierten Gesetzesbegründung zu [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) (a.a.O.) soll durch die Regelung 'verhindert werden, dass Schwarzarbeitern, die ihre Beschäftigung dem Arbeitsamt verschweigen, aus der Regelung der Nummer 1 ungerechtfertigte Vorteile erwachsen können'. Es steht jedoch außer Verhältnis zu dem Zweck der Regelung, Schwarzarbeit zu bekämpfen, wenn Arbeitslose trotz Vorliegens aller übrigen Leistungsvoraussetzungen ihren Leistungsanspruch für einen ggf. sehr langen Zeitraum verlieren bzw. sich einer entsprechenden Erstattungsforderung ausgesetzt sähen, weil sie eine Zwischenbeschäftigung nicht angezeigt, sich in (sei es auch grobfahrlässiger) Unkenntnis der Folgen nicht erneut gemeldet haben und auch seitens der Beklagten nicht eingeladen wurden. Gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit mit entsprechender hoher Belastung der Beschäftigten der Beklagten und geringen Vermittlungsaussichten könnte dieser Zeitraum bei der (früheren) Arbeitslosenhilfe unter Umständen wegen [§ 190 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) a.F. bis zu einem Jahr, bei Gewährung von Arbeitslosengeld sogar noch länger dauern und die gesamte Anspruchsdauer erfassen. Die Sanktion hätte - im Falle der irrtümlichen Fortzahlung der Leistung - darüber hinaus die Wirkung, dass Versicherte trotz bestehender Bedürftigkeit nicht einmal (rückwirkend) Sozialhilfe beanspruchen könnten.

Zudem stehen die (möglichen) Auswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) in keiner Relation zur Schwere des Pflichtenverstosses. Bereits das BSG hatte in seinen Urteilen vom 1. August 1996 ([11 RAR 9/96](#) und [11 RAR 15/96](#)) die Frage aufgeworfen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls bei kurzen Zwischenbeschäftigungen eine einschränkende Anwendung des [§ 152 Abs. 3 AFG](#) gebieten könne. Dies ist zu bejahen. So steht vorliegend einem Pflichtenverstoß - der Nichtanzeige einer für 14 Tage ausgeübten Beschäftigung - ein Wegfall des Leistungsanspruchs für zehn Monate gegenüber. Im Extremfall könnte eine lediglich eintägige nicht angezeigte Zwischenbeschäftigung zu einem völligen Anspruchsverlust führen, da die Auswirkungen allein von beliebigen Umständen - etwa der die Einladungshäufigkeit beeinflussenden Belastungssituation des jeweiligen Arbeitsberaters oder den Vermittlungsaussichten des Arbeitslosen - abhängig sind.

Das Ziel der Maßnahme - die Bekämpfung der Schwarzarbeit - kann auch bei einer Beschränkung der Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) und damit durch eine weniger einschränkende Maßnahme erreicht werden. Auch bei einer Begrenzung der Wirkungen auf einen Zeitraum von drei Monaten kommt der Norm die gewünschte abschreckende Wirkung zu, da jede Aufnahme einer nicht gemeldeten Beschäftigung die Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) erneut auslöst. Gewohnheitsmäßige Schwarzarbeiter werden mithin durch die vom Senat für notwendig erachtete Rechtsfortbildung nicht begünstigt, sondern lediglich diejenigen Arbeitslosen, welche ausnahmsweise eine Beschäftigungsaufnahme nicht anzeigen.

Die Auswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) können auch nicht anderweitig begrenzt werden. Nach Wegfall der Meldepflicht nach [§ 122 SGB III](#) a.F. besteht lediglich die allgemeine Meldepflicht nach [§ 309 SGB III](#). Danach haben sich Leistungsempfänger dann bei der Beklagten zu melden, wenn diese sie hierzu auffordert ([§ 309 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)); eine derartige Aufforderung erfolgt jedoch nur bei Vorliegen der in [§ 309 Abs. 2 SGB III](#) genannten Gründe. Neben dieser rechtlichen Begrenzung der Einladung ist auch die vom Zeugen W. geschilderte Überlastung der Mitarbeiter der Beklagten zu berücksichtigen, welche ebenfalls dazu führen kann, dass Leistungsempfänger - wie im Falle des Klägers geschehen - über einen Zeitraum von zehn Monaten nicht eingeladen werden. Auch hatte der seit langem arbeitslose und nach den persönlichen Umständen nur schwer vermittelbare Kläger - läßt man einmal die sich aus [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) ergebende Notwendigkeit einer erneuten Meldung außer Betracht - keine Veranlassung, bei der Beklagten vorzusprechen. Gerade der Fall des Klägers belegt, dass die Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) unter Umständen 'völlig aus dem Ruder' laufen können und lediglich durch Zufälle, nämlich einen wie auch immer gearteten Anlass für das Aufsuchen der Beklagten, begrenzt werden.

Die Schließung der dargestellten Lücke kann auch nicht durch den Rückgriff auf eine etwaige Schadensminderungspflicht der Beklagten ersetzt werden. Das BSG hatte in seinen bereits erwähnten Urteilen aus den Jahren 1995 und 1996 (vom 14.12.1995 - [11 RAR 75/95](#) = [BSGE 77, 175](#), 180, vom 21.3.1996 - [11 RAR 93/95](#) - und vom 1.8.1996 - [11 RAR 9/96](#) sowie [11 RAR 15/96](#) - jeweils unter Hinweis auf das Urteil vom 23.3.1972, [5 RJ 63/70](#) = [BSGE 34, 124](#), 127) obiter dictum auf die aus dem Sozialversicherungsverhältnis folgende Schadensminderungspflicht der Beklagten verwiesen, die nicht dadurch entfalle, dass die schadensgeneigte Lage durch eigenes Fehlverhalten des Klägers entstanden sei.

Auf den vorliegenden Fall passt der Grundsatz der 'Schadensminderungspflicht' jedoch schon deshalb nicht, weil dieser ein (Mit-)Verschulden (vgl. [§ 254 Abs. 2 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch), zumindest aber die Kenntnis der Beklagten voraussetzte, dass ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Aus der abstrakten Kenntnis der Beklagten, dass jeder Arbeitslose aufgrund der gesetzlichen Regelung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) einem ggf. erheblichen Erstattungsanspruch ausgesetzt ist, sofern er eine Zwischenbeschäftigung aufnimmt und dies nicht mitteilt, kann - unabhängig davon, ob sich hieraus überhaupt eine Obliegenheit der Beklagten zur regelmäßigen Einbestellung von Arbeitslosen ergibt - jedenfalls kein Verschulden hergeleitet werden.

Aber auch wenn man die Verpflichtung der Beklagten nicht aus einer 'Schadensminderungspflicht' herleitete, sondern aus einer allgemeinen, aus einem Dauerschuldverhältnis (dem Sozialrechtsverhältnis) und dem Grundsatz von Treu und Glauben folgenden Obliegenheit, den Arbeitslosen vor vermeidbarem Schaden zu bewahren (vgl. schon BSG, Urteil vom 23.3.1972, [5 RJ 63/70](#) = [BSGE 34, 124](#), 127 zur Erteilung von Auskünften), könnte dies nicht dazu führen, dass sie allein deswegen verpflichtet wäre, Versicherte regelmäßig einzuladen, um dadurch die Folgen etwaiger Erstattungsansprüche zu begrenzen.

Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass eine fehlende Arbeitslosmeldung auch nicht über einen sozialrechtlichen Herstellungsanspruch geheilt werden könnte (vgl. BSG, Urteile vom 19.3.1986, [7 RAR 48/84](#) = [SozR 4100 § 105 Nr. 2](#) und vom 3.3.1993, [11 RAR 101/91](#) = [SozR 3-4100 § 105 Nr. 1](#)).

Da somit jeglicher Hinweis dafür fehlt, dass der Gesetzgeber dem [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) unbegrenzte Wirkung beimessen wollte, und die Auswirkungen nicht anderweitig begrenzt werden können, liegt eine planwidrige Lücke vor, welche im Wege der normberichtigenden Rechtsfortbildung durch Auslegung zu schließen ist (vgl. BSG, Urteil vom 27.5.1964, [7 RAR 57/62](#) = BSGE 21, 95, 96 f.). Hierbei ist auf den tatsächlichen bzw. hilfsweise auf den mutmaßlichen Willen (BSG a.a.O., S. 97) des Gesetzgebers abzustellen, mithin darauf, welche Regelung der Gesetzgeber für diesen Fall getroffen haben würde, wenn er ein Bedürfnis hierfür erkannt hätte (BSG, Urteil vom 19.3.1970, [5 RKn 47/67](#) = BSGE 31, 100, 101).

Dem für Arbeitsuchende geltenden Recht läßt sich bei Heranziehung vergleichbarer Sanktionsnormen ein gesetzgeberisches Konzept entnehmen, den zeitlichen Umfang von Sanktionen bei einmaligen Pflichtverletzungen auf drei Monate zu begrenzen. So begrenzt [§ 144 SGB III](#) die Dauer der Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe (Abs. 3 Satz 1) sowie bei Arbeitsablehnung (Abs. 4 Satz 1 Nr. 3) auf (maximal) zwölf Wochen (vgl. auch [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) a.F.); eine weitergehende Wirkung – ein völliger Anspruchsverlust – tritt erst bei mehrmaligen Sperrzeiten von insgesamt mindestens 21 Wochen ein ([§ 147 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)). Auch die als Sanktion für bestimmte Pflichtverstöße vorgesehene Absenkung bzw. der Wegfall des Arbeitslosengeldes II ist gemäß [§ 31 Abs. 6 Satz 2 Sozialgesetzbuch – Zweites Buch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – SGB II](#) – auf einen Zeitraum von drei Monaten begrenzt.

Dem entsprechend sind auch im Falle des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) dessen Rechtswirkungen – das Erlöschen der Wirkung der Arbeitslosmeldung – auf einen Zeitraum von drei Monaten zu begrenzen mit der Folge, dass anschließend der Leistungsanspruch wieder auflebt, sofern auch die übrigen Leistungsvoraussetzungen vorliegen. Dass der Kläger nach der vierzehntägigen Zwischenbeschäftigung im September 1999 wieder arbeitslos war, ist nicht substantiiert im Zweifel gezogen worden.

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass es an der materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung der persönlichen Arbeitslosmeldung fehle, weil die Wirkungen der ursprünglichen Arbeitslosmeldung gemäß [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) erloschen seien, es nachfolgend (im vorliegenden Fall vor Juli 2000) zu keiner erneuten Meldung gekommen ist und eine Arbeitslosmeldung, welche nach ständiger Rechtsprechung des BSG eine Tatsachenerklärung darstellt (vgl. BSG, Urteil vom 7.10.2004, [B 11 AL 23/04 R](#) = BSGE 93, 209, 210), nicht fingiert werden kann.

Zwar hatte das BSG unter der Geltung des Arbeitsförderungsgesetzes entschieden, dass die Wirksamkeit der Arbeitslosmeldung auf den jeweils angezeigten Eintritt der Arbeitslosigkeit beschränkt sei und es deshalb für den erneuten Leistungsbezug nach einer die Arbeitslosigkeit ausschließenden Beschäftigung erneuter Arbeitslosmeldung bedürfe (vgl. Urteil vom 14.12.1995, [11 RAR 75/95](#) = BSGE 77, 175, 179). Entgegen dem damaligen Rechtszustand – und der früheren Rechtsprechung des BSG – bestimmt jedoch nunmehr [§ 122 Abs. 2 SGB III](#) (im Umkehrschluss), dass auch bei einer Zwischenbeschäftigung die Wirkungen der ursprünglichen Arbeitslosmeldung erhalten bleiben (vgl. auch Valgolio a.a.O. RdNr. 24 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung sowie BSG, Urteil vom 7.10.2004, [B 11 AL 23/04 R](#) = BSGE 93, 209, 213). Einer erneuten Meldung bedarf es nur dann, wenn es zu einer mehr als sechswöchigen Unterbrechung der Arbeitslosigkeit kommt (Nr. 1) oder diese Beschäftigung nicht angezeigt wird (Nr. 2).

Nach neuem Recht geht die Arbeitslosmeldung somit über eine bloße Tatsachenerklärung hinaus und erweist sich als rechtlich gestaltbar. Wenn es zulässig ist, eine ausdrückliche Regelung über das Anhalten der materiellen Wirkung der Arbeitslosmeldung trotz Aufnahme einer Zwischenbeschäftigung zu treffen, wie dies in [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) geschehen ist, dann muss es ebenfalls zulässig sein, die Rechtswirkungen des [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) dergestalt zu begrenzen, dass das Erlöschen der Meldung auf einen Zeitraum von drei Monaten beschränkt wird, und die Rechtswirkungen der ursprünglichen Meldung anschließend wieder aufleben.

Einem Wiederaufleben der Wirkung der ursprünglichen Meldung steht auch nicht entgegen, dass mit der Arbeitslosmeldung der Beklagten gegenüber der Tatsache des Eintritts der Arbeitslosigkeit, also des Eintritts des in der Arbeitslosenversicherung gedeckten Risikos angezeigt wird (BSG, Urteil vom 7.10.2004, [B 11 AL 23/04 R](#) m.w.N. = BSGE 93, 209, 211). Zweck der Arbeitslosmeldung ist es, ein Verwaltungsverfahren in Gang zu setzen, dass einerseits die Vermittlung des Arbeitslosen und andererseits die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen der Leistung zum Ziel hat (BSG a.a.O. S. 212). Zwar bedarf es im Regelfall dieser Anzeige, damit die Beklagte ihre Tätigkeit entfalten kann, doch ist in Fällen wie dem vorliegenden zu berücksichtigen, dass die Beklagte keinerlei Kenntnis vom Erlöschen der Meldung hatte, also durchgehend davon ausgehen konnte und musste, dass der Kläger arbeitslos war. Sie war daher durch nichts gehindert, in Form von Vermittlungsbemühungen und ähnlichen im Falle der Arbeitslosigkeit angezeigten Maßnahmen tätig zu werden. Hiervon geht im Übrigen auch das Gesetz aus, wie die Regelung des [§ 122 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) verdeutlicht.

Ist mithin die Erlöschenswirkung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) auf einen Zeitraum von drei Monaten begrenzt, so endete diese am 24. Dezember 1999. Die Wirkung des Erlöschens nicht mit Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses, sondern erst nach dessen Ende eintreten zu lassen, erschien dem Senat deswegen sachgerecht, weil sich die Sanktion erst ab diesem Zeitpunkt auswirkt. Ab dem 25. Dezember 1999 lagen die Voraussetzungen der Leistungsgewährung wieder vor, so dass sich die Leistungsbewilligung ab diesem Zeitpunkt wieder als rechtmäßig erweist und die Voraussetzungen für eine Aufhebung entfallen sind.

In formeller Hinsicht ist der Aufhebungsbescheid nicht zu beanstanden. Der Kläger wurde ordnungsgemäß angehört; Ermessenserwägungen waren angesichts der Pflicht der Beklagten zur rückwirkenden Aufhebung nicht erforderlich ([§ 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#)). Die Aufhebung der Leistungsbewilligung ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil sie die Beklagte zu Unrecht auf [§ 45 SGB X](#) statt auf [§ 48 SGB X](#) gestützt hat. Einer Umdeutung bedarf es hierzu nicht. Die Sozialgerichte haben die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen (vgl. BSG, Urteil vom 18.9.1997, [11 RAR 9/97](#) u.a.). Ein Nachschieben von Gründen durch andere Rechtsgrundlagen, die dieselbe Regelung rechtfertigen, ist zulässig, so weit der Verwaltungsakt dadurch nicht in seinem Regelungsumfang oder seinem Wesensgehalt verändert oder die Rechtsverteidigung des Betroffenen nicht beeinträchtigt oder erschwert wird (BSG a.a.O. unter Hinweis auf [BVerwGE 64, 356, 358](#)). Das Auswechseln der Rechtsgrundlage für die Rücknahme ist hier unbedenklich, da dieselben Rechtsfolgen (Rücknahme) eintreten und die Voraussetzungen in [§ 45](#) und [§ 48 SGB X](#) im Sinne der Bösgläubigkeit des Leistungsbeziehers ähnlich geregelt sind (BSG a.a.O.). Der Verwaltungsakt wird weder in seinem Wesensgehalt verändert noch dem Kläger die Rechtsverteidigung

erschwert (siehe hierzu auch BSG, Urteil vom 29.6.2000, [B 11 AL 85/99 R](#) = [BSGE 87, 8](#)).

Nach Aufhebung der Leistungsbewilligung ist die während dieses Zeitraums zu Unrecht erhaltene Arbeitslosenhilfe gemäß [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) zu erstatten. Einwände gegen die Berechnung der Erstattungsforderung hat der Kläger nicht erhoben; Fehler sind nicht ersichtlich. Die Erstattungsforderung ist allerdings entsprechend der Begrenzung des Aufhebungszeitraums auf die Höhe der während dieses Zeitraums erbrachten Leistungen zu begrenzen.

Nach alledem war daher der Berufung des Klägers in dem dargestellten Umfang stattzugeben; im Übrigen war sie zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Der Senat hat die Revision gegen das Urteil zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) - grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache - vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-09-01