

L 10 AL 393/05

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

10

1. Instanz

SG Bayreuth (FSB)

Aktenzeichen

S 14 AL 322/01

Datum

14.09.2005

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 10 AL 393/05

Datum

27.09.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 11 AL 52/07 R

Datum

29.10.2008

Kategorie

Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 14.09.2005 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Aufhebung einer Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg), der daraus resultierende Erstattungsanspruch und die Zahlung von Alg bis 27.01.2001 streitig.

Der 1957 geborene Kläger meldete sich am 03.04.2000 mit Wirkung zum 04.04.2000 arbeitslos und beantragte Alg. Dabei bestätigte er unterschriftlich, das Merkblatt 1 für Arbeitslose "Ihre Rechte - Ihre Pflichten" erhalten und von seinem Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Mit Bewilligungsverfügung vom 25.04.2000 bewilligte die Beklagte dem Kläger Alg ab 04.04.2000 für eine Anspruchsdauer von 300 Tagen unter Zugrundelegung eines Bemessungsentgeltes von 881,34 DM. Am 25.12.2000 teilte das Zentralamt der Beklagten die Überschneidung des Bezugs von Alg durch den Kläger mit einer Beschäftigungszeit ab 08.12.2000 mit. Am 09.01.2001 ging bei der Beklagten eine Bescheinigung vom 08.01.2001 über ein Nebeneinkommen ein, wonach der Kläger vom 08. bis 30.12.2000 insgesamt 35 Stunden (Montag 5, Mittwoch 5 und Freitag 5) bei der Firma J. S. Transportunternehmen in M. als Kraftfahrer beschäftigt gewesen sei.

Daraufhin hob die Beklagte mit Bescheid vom 12.01.2001 die Entscheidung über die Bewilligung von Alg mit Wirkung ab 12.12.2000 gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 2](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) iVm [§ 330 Abs 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auf. Mit einem weiteren Bescheid vom 11.07.2001 hob die Beklagte die Alg-Bewilligung nach [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 4 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 SGB III](#) mit Wirkung vom 08.12.2000 auf. Der Kläger habe erkennen können, dass der Anspruch auf die Leistung weggefallen sei. Die Überzahlung in Höhe von 1.468,32 DM sei vom Kläger nach [§ 50 SGB X](#) zu erstatten. Gegen den Bescheid vom 11.07.2001 legte der Kläger am 16.07.2001 und gegen den Bescheid vom 12.01.2001 am 19.07.2001 Widerspruch ein. Er habe nicht am 08.12.2000, sondern erst am 28.01.2001 bei der Firma S. mit der Arbeit begonnen. Eine Kopie der Anmeldung zur Sozialversicherung werde beigelegt. Die Nebeneinkommensbescheinigung habe er gleich nach deren Ausstellung persönlich seinem Arbeitsvermittler, Hr. R. , vorgelegt und diesen gefragt, ob die Bescheinigung richtig ausgefüllt worden sei. Hr. R. habe erklärt, dass das Nebeneinkommen anzurechnen sei und er die Bescheinigung in der Leistungsabteilung abgeben solle. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.10.2001 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Der Kläger habe am 08.12.2000 eine mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung aufgenommen, dies der Beklagten aber nicht unverzüglich mitgeteilt. Damit sei die Rechtswirkung der Arbeitslosmeldung mit der Folge erloschen, dass der Leistungsanspruch vom 08.12.2000 an entfallen sei. Eine erneute persönliche Arbeitslosmeldung bis zur Aufnahme der Vollzeitbeschäftigung bei der Firma S. sei nicht erfolgt. Die behauptete Vorsprache bei Hr. R. habe sich nicht feststellen lassen. Hr. R. könne sich an eine solche Vorsprache nicht erinnern. Selbst wenn sie stattgefunden hätte, könne sie nicht als neue Arbeitslosmeldung qualifiziert werden.

Mit der hiergegen am 22.10.2001 zum Sozialgericht Bayreuth (SG) erhobenen Klage hat der Kläger darüber hinaus vorgetragen, er habe sich bereits vor der Aufnahme der Nebenbeschäftigung bei Hr. R. gemeldet, wobei ihm die Bescheinigung über Nebeneinkommen ausgehändigt worden sei. Am 09.01.2001 habe er diese - ausgefüllt - persönlich zurückgereicht. In der Zeit vom 08.12.2000 bis 30.12.2000 sei lediglich eine erlaubte Nebenbeschäftigung ausgeübt worden, d.h. in drei Wochen insgesamt 35 Stunden. Für diese Zeit dürfe nur das übersteigende Einkommen angerechnet werden und ihm stehe somit anteiliges Alg zu. Die von seinem Arbeitgeber, J. S. , angegebenen 35 Stunden seien insgesamt nur eine pauschale Angabe, die allein in der Weihnachtswoche mit den angegebenen Einzelstunden nicht realistisch sei. Aus der Mitteilung der Firma S. vom 28.08.2002 ergebe sich, dass er nicht zu festen Arbeitszeiten habe eingesetzt werden

sollen, sondern je nach Bedarf. Er habe keinen festen Vertrag über 15 Wochenstunden zu dem angegebenen Lohn abgeschlossen, sondern eine Nebenbeschäftigung auf Abruf vereinbart. Lediglich in der Woche vom 11. bis 15.12.2000 habe er einmal 15 Stunden gearbeitet. Im Januar 2001 habe er jeweils nur 10 Stunden pro Woche gearbeitet.

Auf Nachfrage des SG hat die Firma S. am 28.08.2002 Auskunft erteilt und die Bescheinigung über ein Nebeneinkommen vom 08.01.2001 sowie die handschriftlichen Notizen über die Arbeitstage Dezember 2000 und Januar 2001 übersandt. In der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2005 hat das SG den Kläger befragt.

Mit Urteil vom 14.09.2005 hat das SG die Klage abgewiesen. Nach der schriftlichen Auskunft des Arbeitgebers des Klägers, J. S., vom 28.08.2002 sowie den Ablichtungen der Nebeneinkommensbescheinigung für Dezember 2000 und der handschriftlichen Auflistung der Arbeitstage des Klägers im Dezember 2000 habe dieser in seiner ersten Beschäftigungswoche vom 08.12.2000 (Freitag) bis 14.12.2000 (Donnerstag) dreimal fünf Stunden (am 08.12., 11.12. und 13.12.) und in seiner zweiten Beschäftigungswoche vom 15.12.2000 bis 21.12.2000 ebenfalls dreimal fünf Stunden (am 15.12., 18.12. und 20.12.) gearbeitet und damit die Grenze der Beschäftigungslosigkeit von weniger als 15 Stunden wöchentlich gemäß [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) HS 1 SGB III überschritten. Es bestehe keine Veranlassung, an der Richtigkeit der Auskunft des Arbeitgebers zu zweifeln, da die Angaben in sich schlüssig seien und auch mit der Nebeneinkommensbescheinigung übereinstimmten. Der Kläger habe in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass die Touren, die er gefahren sei, je nach Verkehrslage ca. fünf Stunden in Anspruch genommen hätten und es vorgekommen sei, dass er dreimal in der Woche eine Tour übernommen habe. Von einer gelegentlichen Abweichung von geringer Dauer gemäß [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) HS 2 SGB III könne nicht ausgegangen werden. Nach der Auskunft des Arbeitgebers habe der Kläger je nach Bedarf zwischen ein- bis dreimal pro Woche eingesetzt werden sollen, wobei die Dauer des Einsatzes nicht auf eine bestimmte Stundenzahl fixiert gewesen sei. Dies spreche dafür, dass ein dreimaliger, jeweils fünfstündiger Einsatz pro Woche nicht unvorhersehbar, sondern für den Bedarfsfall vorgesehen gewesen sei und sich bei entsprechender Bedarfslage auch hätte wiederholen können. Mit der Aufnahme der 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung ab 08.12.2000 sei gemäß [§ 122 Abs 2 Nr 2 SGB III](#) die Wirkung der Arbeitslosmeldung erloschen, weil der Kläger jedenfalls die Aufnahme einer Beschäftigung dieses Umfangs der Beklagten nicht unverzüglich mitgeteilt habe. Die Vorsprache des Klägers bei der Beklagten am 09.01.2001 könne nicht als erneute persönliche Arbeitslosmeldung gewertet werden, da der Kläger mit der Abgabe einer Nebeneinkommensbescheinigung gerade nicht zum Ausdruck gebracht habe, zwischenzeitlich nicht arbeitslos gewesen zu sein.

Hiergegen richtet sich die beim Bayer. Landessozialgericht - Zweigstelle Schweinfurt - am 13.10.2005 eingegangene Berufung des Klägers. Die vom Arbeitgeber J. S. angegebenen 35 Stunden seien nur eine pauschale Angabe. Im Übrigen habe sein Arbeitseinsatz immer weit unterhalb der Grenze von 15 Wochenstunden gelegen. Bei der Beurteilung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung oder Tätigkeit als Arbeitnehmer sei die Kalenderwoche zugrunde zu legen. Die der Beklagten vorgelegte Bescheinigung über Nebeneinkommen sei von seinem damaligen Arbeitgeber ohne sein Wissen ausgefüllt worden. Eine Rückzahlung von 750,00 EUR sei nur dann möglich, wenn er von seinem damaligen Arbeitgeber den vollen Lohn von damals 1.500,00 DM erhalten hätte. Bei Abgabe der Nebeneinkommensbescheinigung am 09.01.2001 bei der Beklagten habe er sich persönlich arbeitslos gemeldet, denn er habe damit mitgeteilt, dass er nach wie vor arbeitslos sei.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 14.09.2005 sowie die Bescheide vom 12.01.2001 und 11.07.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.10.2001 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Arbeitslosengeld bis 27.01.2001 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Vom Kläger werde die Aufnahme einer Beschäftigung nicht bestritten. Entscheidend sei der Wegfall der Arbeitslosigkeit durch die Arbeitsaufnahme ab 08.12.2000. Es sei auf die Beschäftigungswoche (sieben Tage ab Aufnahme der Beschäftigung) und nicht auf die Kalenderwoche abzustellen. Damit errechne sich die erste Beschäftigungswoche vom 08.12.2000 bis 14.12.2000. Hierin habe der Kläger am 08.12., 11.12. und 13.12.2000 jeweils fünf Stunden gearbeitet und sei darum nicht mehr arbeitslos. Der in der nichtöffentlichen Sitzung vom 06.08.2007 dem Gericht übergebene Ausdruck der Bewa-Vermerke (Stand 15.12.2005) sei vollständig.

Das Gericht hat die Akten der Beklagten (Bände I und II) sowie die Akte des SG beigezogen. Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den gesamten Akteninhalt, insbesondere den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 06.08.2007 und 27.09.2007, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz -SGG-). Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

Zu Recht hat das SG die Klage mit Urteil vom 14.09.2005 abgewiesen. Die Bescheide der Beklagten vom 12.01.2001 und 11.07.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.10.2001 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten, [§ 54 Abs 2 Satz 1 SGG](#). Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung von Alg bis 27.01.2001 zu.

Die Alg-Bewilligung war gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nrn 2 und 4 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) mit Wirkung ab 08.12.2000 aufzuheben. Soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt, ist gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 1 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) unter den Voraussetzungen des [§ 48 Abs 1 Satz 2 SGB X](#) der Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben.

Am 08.12.2000 ist eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen, die bei der Entscheidung über die Bewilligung von Alg ab 04.04.2000 vorgelegen haben, eingetreten, weil der Kläger an diesem Tag eine 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung aufgenommen hat und damit der Anspruch auf Alg entfallen ist.

Gemäß [§ 117 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.03.1997 haben Arbeitnehmer Anspruch auf Alg u.a. nur dann, wenn sie arbeitslos sind. Arbeitslosigkeit setzt gemäß [§ 118 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) in der bis 31.12.2004 geltenden Fassung u.a. voraus, dass der

Arbeitnehmer vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht, wobei gemäß [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 1.HS SGB III die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht ausschließt; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer bleiben unberücksichtigt, 2.HS.

Zur Überzeugung des Gerichts steht fest, dass bei der Prüfung der Überschreitung der Kurzzeiteigengrenze im Sinne des [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 1.HS SGB III auf die Beschäftigungswoche, nicht auf die Kalenderwoche abzustellen ist (bisher vom Bundessozialgericht -BSG- offen gelassen, s. Urteil vom 13.07.2006, [B 7a AL 16/05 R](#); bejahend: Brand in Niesel, SGB III, 4.Aufl, § 118 Rdnr 25; Steinmeier in Gagel, SGB III, § 118 Rdnr 73; BayLSG, Urteil des Senats vom 27.05.2004, [L 10 AL 199/02](#); BayLSG, Urteil vom 05.08.2005, [L 8 AL 27/04](#); LSG für das Saarland, Urteil vom 09.06.2006, [L 8 AL 48/04](#); Sächsische LSG, Urteil vom 19.02.2003, [L 3 AL 77/02](#); a.A. SG Dresden, Urteil vom 01.06.2001, [S 3 AL 216/99](#)).

Der Begriff "wöchentlich" in [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 1.HS SGB III bezieht sich nicht auf die Kalenderwoche, sondern auf die Beschäftigungswoche. Weder Wortlaut noch Gesetzssystematik noch Sinn und Zweck der Vorschrift legen die gegenteilige Auslegung, die Kalenderwoche zugrunde zu legen, nahe.

Hiergegen spricht schon, dass [§ 122 Abs 2 Nr 2 SGB III](#) ausdrücklich auf die Aufnahme der Beschäftigung abstellt und der insoweit maßgebliche Zeitpunkt, nämlich der Beschäftigungsbeginn, keineswegs immer auf den Anfang der Kalenderwoche fällt. Auch die Verweisung in [§ 26 Abs 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X), der auch für gesetzliche Fristen gilt, auf die [§§ 187, 188](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) lässt den Schluss zu, "wöchentlich" im Sinne des Sozialrechts so zu verstehen, dass mit Aufnahme der Beschäftigung die entsprechende Beschäftigungs- und nicht die Kalenderwoche gemeint ist (so auch Sächsisches LSG, aaO, Rdnr 35).

Nach [§ 26 Abs 1 SGB X](#) gelten für die Berechnung von Fristen die [§§ 187](#) bis [193](#) des BGB entsprechend, soweit nicht durch die Absätze 2 bis 5 etwas anderes bestimmt ist. [§ 188 Abs 2 BGB](#) stellt für eine Frist, die nach Wochen bestimmt ist, in Bezug auf das Fristende auf den Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche ab, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung dem Anfangstag der Frist entspricht. Daraus ergibt sich, dass der Anfangstag der Frist jeder Wochentag sein kann und nicht - wie bei der Kalenderwoche - jeweils der Montag sein muss.

Im vorliegenden Fall bestätigt die teleologische Auslegung das aufgrund der Auslegung nach Wortlaut und Gesetzssystematik gefundene Ergebnis. Nach dem Sinn und Zweck des [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 1.HS SGB III ist die Beschäftigungswoche zugrunde zu legen, weil nur diese Auslegung Manipulationsmöglichkeiten durch entsprechende zeitliche Ausgestaltung der Arbeitseinsätze verhindert. Die Argumente der gegenteiligen Auffassung, die auf die Kalenderwoche abstellt (s. SG Dresden, aaO; Urteil vom 08.02.2002, [S 3 AL 1475/01](#)), vermögen nicht zu überzeugen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Ermittlung des zeitlichen Beschäftigungsumfanges anhand einer von der Kalenderwoche abweichenden Beschäftigungswoche einen unvermeidbaren Aufwand und erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen würde, denen kein adäquater Nutzen für die Versichertengemeinschaft gegenüberstehen soll (so SG Dresden, Urteil vom 01.06.2001, [aaO](#), Rdnr 32). Die Festlegung des maßgeblichen Wochenbeginns auf den Tag des Beginns der Beschäftigung führt weder zu einem unvermeidbaren Verwaltungsaufwand noch zu Rechtsunsicherheit bzw. willkürlichen Ergebnissen, denn der Beginn der Beschäftigung als tatsächlicher Umstand ist - ebenso wie der Umfang der Beschäftigung - bei beiden Auslegungsvarianten auf jeden Fall zu ermitteln; dabei kommt es auf eine vorausschauende Betrachtungsweise an, d.h. es sind für die Prognoseentscheidung grundsätzlich die Merkmale und Umstände maßgebend, wie sie bei Beginn der Beschäftigung vorliegen (vgl BSG [SozR 4100 § 102 Nr 3](#)).

Entgegen der Auffassung des SG Dresden (aaO, Rdnr 35) ist die Festlegung des Beginns der Beschäftigung keine "Wertungsfrage". Soweit das SG Dresden in diesem Zusammenhang ausführt " ... Das Anfangsdatum der Beschäftigung lässt sich häufig nicht eindeutig bestimmen ..." führt dieser Gesichtspunkt nicht zu der vom SG Dresden bevorzugten Auslegung des Begriffs "wöchentlich" im Sinne der Kalenderwoche: Auch beim Abstellen auf die jeweilige Kalenderwoche ist nämlich der Beginn der Beschäftigung nach [§ 103 SGG](#) zu ermitteln und u.U. für eine Überschreitung der Kurzzeiteigengrenze in der Kalenderwoche relevant. Ggf., d.h. bei Nichtaufklärbarkeit des Beginns der Beschäftigung trotz Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten, sind die Grundsätze der materiellen Beweislast heranzuziehen. Auch die vom SG Dresden (aaO, Rdnr 35) angeführten Gesichtspunkte " ... Nicht jede Beschäftigung ist überhaupt in einen Sieben-Tages-Rhythmus eingeteilt, der Wochentag bei Aufgabe der Beschäftigung ist in der Regel ein zufälliges Datum ...", sind für die hier zu entscheidende Frage irrelevant. Vielmehr ergibt sich der Sieben-Tages-Rhythmus aus der ab Beginn der Beschäftigung zu ermittelnden Woche. Zudem ist die Aufnahme der Beschäftigung der vom Gesetz gewollte Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der Kurzzeiteigengrenze. Auch die vom SG Dresden aufgeworfene Überlegung (s. SG Dresden, aaO Rdnr 36), unklar sei nach dieser Betrachtungsweise auch, wie zu verfahren sei, wenn ein sachlicher Zusammenhang zu vorangehenden Beschäftigungszeiten bestehe oder wenn die Beschäftigung zwischenzeitlich unterbrochen worden sei, ist für die hier streitentscheidende Frage ohne rechtlichen Belang. Schließlich widerspricht die hilfsweise vom SG Dresden vorgeschlagene Lösung, auf die Beschäftigungswoche solle nur bei den Berufsgruppen abgestellt werden, bei denen ein von der Kalenderwoche abweichender Arbeitsrhythmus üblich sei, sowohl dem insoweit eindeutigen Wortlaut des [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 1.HS SGB III als auch dem Sinn und Zweck der Regelung, die einen Missbrauch von Leistungen durch entsprechende zeitliche Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitseinsätze verhindern soll. Nach alledem gebieten die allgemein anerkannten Auslegungsregeln den Begriff "wöchentlich" im Sinne der Beschäftigungswoche zu interpretieren. Die Beschäftigungswoche beginnt somit mit dem ersten Tag der Beschäftigung und umfasst sieben aufeinanderfolgende Tage.

Im vorliegenden Fall hat der Kläger die Grenze der Beschäftigungslosigkeit von weniger als 15 Stunden wöchentlich gemäß [§ 118 Abs 2 Satz 2](#) 1.HS SGB III überschritten. Aus den vom Arbeitgeber des Klägers, J. S. , mit dessen schriftlicher Auskunft vom 28.08.2002 übersandten handschriftlichen Aufzeichnungen der Arbeitstage des Klägers im Dezember 2000 wird nämlich ersichtlich, dass der Kläger in seiner ersten Beschäftigungswoche vom 08.12.2000 (Freitag) bis 14.12.2000 (Donnerstag) dreimal fünf Stunden (am 08.12., 11.12. und 13.12.) und in seiner zweiten Beschäftigungswoche vom 15.12.2000 bis 21.12.2000 ebenfalls dreimal fünf Stunden (am 15.12., 18.12. und 20.12.) gearbeitet hat. Zu Recht hat das SG die Richtigkeit der Auskunft des Arbeitgebers nicht in Zweifel gezogen, denn die Angaben sind in sich schlüssig und stimmen auch mit der Nebeneinkommensbescheinigung für Dezember 2000 sowie den Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 14.09.2005 überein. Insoweit hat der Kläger nämlich auf Nachfrage erklärt, die handschriftlichen Aufzeichnungen seiner Arbeitszeit im Dezember 2000 "passen so wohl". Da es so lange her sei, könne er sich nicht mehr genau erinnern. Die Touren, die er gefahren sei, hätten je nach Verkehrslage fünf Stunden in Anspruch genommen. Es sei auch vorgekommen, dass er dreimal in der Woche eine Tour gefahren sei. Somit ist kein Grund dafür ersichtlich, die Richtigkeit der Auskunft des Arbeitgebers in Frage zu

stellen.

Bei der Beschäftigung ab 08.12.2000 handelte sich auch nicht lediglich um eine "gelegentliche Abweichung von geringer Dauer" im Sinne des [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) HS 2 SGB III, wobei beide Voraussetzungen erfüllt sein müssen (vgl. Brand in Niesel, aaO, Rdnr 27). Gelegentlich bedeutet, dass die Abweichung nicht vorhersehbar war und sich innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses voraussichtlich nicht wiederholt (Brand, aaO, § 119 Rdnr 31; BSG [SozR 4100 § 115 Nr 2](#)). Nach Auskunft des Arbeitgebers vom 28.08.2002 sollte der Kläger je nach Bedarf zwischen ein- bis dreimal pro Woche eingesetzt werden, wobei die Dauer des Einsatzes nicht auf eine bestimmte Stundenzahl fixiert war. Dies spricht dafür, dass ein dreimaliger, jeweils fünfstündiger Einsatz pro Woche nicht unvorhersehbar, sondern für den Bedarfsfall vorgesehen war und sich bei entsprechender Bedarfslage auch hätte wiederholen können. Somit steht einer "kurzzeitigen Beschäftigung" entgegen, dass der Kläger jeweils "auf Abruf" tätig sein sollte (s. LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23.03.2006, [L 28 AL 155/04](#)). Die Voraussetzungen des [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) 2. HS SGB III sind schon deshalb nicht erfüllt.

Im Übrigen ist auch eine "geringe Dauer" iSd [§ 118 Abs 2 Satz 1](#) HS 2 SGB III zu verneinen. Die Begründung des SG hierfür ist insofern zu präzisieren, als es sich hier nicht um ein befristetes Beschäftigungsverhältnis gehandelt hat. Die hier vorliegende Beschäftigungsdauer von gut sieben Wochen bis zum relevanten Zeitpunkt 27.01.2001 ist jedoch einem befristeten Beschäftigungsverhältnis gleichzustellen. Eine "geringe Dauer" liegt vor, wenn die Überschreitung nur einen kurzen Zeitraum andauert, der bei einem Beschäftigungsverhältnis von bis zu 12 Wochen bis zu einem Viertel der Beschäftigungszeit ausmachen kann (Brand, aaO, § 119 Rdnr 32). Auch diese Grenze wird bei einer Beschäftigungsdauer von gut sieben Wochen überschritten.

Ob der Mitarbeiter der Beklagten, Hr. R., tatsächlich dem Kläger mitgeteilt hat, das Nebeneinkommen sei lediglich anzurechnen - wie es der Kläger behauptet -, kann dahingestellt bleiben. Denn ein Leistungsanspruch für die Zeit ab 08.12.2000 kann aus einem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch gemäß [§§ 14, 15](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) auch dann nicht hergeleitet werden, wenn der - nicht aktenkundige - Vortrag des Klägers als wahr unterstellt wird. Ein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch kann nämlich nur auf eine rechtmäßige Amtshandlung und somit nicht auf eine Anrechnung des Nebeneinkommens entgegen gesetzlicher Vorschriften gerichtet sein (BSG SozR 2200 § 1407 Nr 2; [BSGE 53, 144](#) = SozR 2200 § 182 Nr 80 = [NZA 1986, 691](#), 693).

Ein Leistungsanspruch besteht auch nicht für die Zeit vom 22.12.2000 bis 27.01.2001, obwohl die Grenze der Beschäftigungslosigkeit des Klägers ab 22.12.2000 nicht noch einmal überschritten wurde. Denn mit der Aufnahme der 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung ab 08.12.2000 ist gemäß [§ 122 Abs 2 Nr 2 SGB III](#) die Wirkung der Arbeitslosmeldung erloschen. Der Kläger hat die Aufnahme der Beschäftigung der Beklagten auch nicht unverzüglich gemäß [§ 60 Abs 1 Satz 1 SGB I](#) mitgeteilt. Die Arbeitslosmeldung im Sinne des [§ 122 SGB III](#) ist gemäß [§ 117 Abs 1 Nr 2 SGB III](#) weitere Voraussetzung für den Anspruch auf Alg. Dass nach den Angaben des Arbeitgebers die Grenze der Beschäftigungslosigkeit nicht noch einmal überschritten worden ist und der Kläger nicht in allen Beschäftigungswochen mehr als kurzzeitig tätig war, ist demgegenüber unerheblich. Im Falle einer "Schwarzarbeit", d.h. der der Beklagten nicht angezeigten Aufnahme einer mehr als geringfügigen Beschäftigung, setzt der erneute Leistungsbezug bei erneuter Arbeitslosigkeit eine erneute Arbeitslosmeldung voraus (BSG [SozR 3-4100 § 105 Nr 2](#) = [NZS 1996, 346](#) mwN). Mit der Abgabe einer Nebeneinkommensbescheinigung hat der Kläger gerade nicht zum Ausdruck gebracht - worauf das SG zutreffend hinweist - zwischenzeitlich nicht arbeitslos gewesen zu sein. Darüber hinaus umfasst die Nebeneinkommensbescheinigung vom 08.01.2001 nicht den Zeitraum nach dem 30.12.2000, so dass daraus nicht ersichtlich ist, ob der Kläger über den 30.12.2000 hinaus beschäftigungslos war. Eine persönliche Arbeitslosmeldung im Sinne des [§ 122 SGB III](#) ist jedenfalls schon deshalb nicht anzunehmen, weil sich aus dem Akteninhalt nicht ergibt, dass der Kläger am 09.01.2001 persönlich bei der Beklagten vorgesprochen hat. Auch findet sich in der Beklagtenakte kein Hinweis auf eine persönliche Vorsprache des Klägers bei dem Mitarbeiter der Beklagten, Hr. R. ... Die Bescheinigung über das Nebeneinkommen ist lediglich mit dem Datumstempel "09.01.2001" versehen. Daraus ist jedoch nicht ersichtlich, ob die Bescheinigung über das Nebeneinkommen der Beklagten postalisch zugesandt worden oder (vom Kläger) persönlich abgegeben worden ist. Gegen letztere Alternative spricht, dass die in der nichtöffentlichen Sitzung vom 06.08.2007 von der Beklagten übergebenen Bewa-Vermerke keinen Hinweis auf eine persönliche Vorsprache am 09.01.2001 enthalten.

Auch die weiteren Voraussetzungen für die Aufhebung der Alg-Bewilligung ab dem 08.12.2000 ohne Ausübung von Ermessen sind gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nrn 2 und 4 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) erfüllt.

Gemäß [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 3 Satz 1 SGB III](#) ist die Alg-Bewilligung mit Wirkung vom 08.12.2000 aufzuheben, soweit der Kläger einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig, d.h. nach der Legaldefinition des [§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB X](#) "unter Verletzung der erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerem Maße" nicht nachgekommen ist. Der Betroffene darf schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt und deshalb dasjenige nicht beachtet haben, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Es ist auf die persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit sowie die besonderen Umstände des Einzelfalls abzustellen. Es ist also nicht ein objektiver, sondern ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen, es gilt der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff (vgl. Niesel aaO § 330 Rdnr 31; Wiesner in v. Wulffen, SGB X, 5. Aufl., § 45 Rdnr 24; BSG [SozR 3-1300 § 45 Nr 45](#)). Die Nichtbeachtung eines nachweislich ausgehändigten Merkblattes zu einem konkreten Leistungstatbestand wird im Allgemeinen grobe Fahrlässigkeit begründen, wenn dieses so abgefasst war, dass der Begünstigte seinen Inhalt erkannt hat oder ohne Weiteres erkennen konnte (vgl. hierzu: Wiesner, aaO; Niesel, aaO, Rdnr 32).

Aus dem dem Kläger ausgehändigten Merkblatt ("Ihre Rechte - Ihre Pflichten", Stand: April 2000), dessen Erhalt und Kenntnisnahme der Kläger unterschriftlich in seinem Antrag auf Alg am 05.04.2000 bestätigt hat, war klar und eindeutig für den Kläger erkennbar, dass er die Aufnahme einer Tätigkeit sowie auch den Beschäftigungsumfang der Beklagten unverzüglich mitzuteilen hat. In diesem Merkblatt wird auf Seite 17 ausgeführt: "Arbeitslos ist auch, wer eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung oder Tätigkeit als Arbeitnehmer, Selbstständiger oder mithelfender Familienangehöriger ausübt. Die Woche in diesem Sinne umfasst sieben aufeinanderfolgende Tage, beginnend mit dem ersten Tage der Beschäftigung bzw. Tätigkeit". Auf Seite 40 wird darauf hingewiesen, dass während des Bezuges von Alg eine Beschäftigung ausgeübt und ein Nebeneinkommen erzielt werden darf. Durch teilweisen Fettdruck hervorgehoben findet sich jedoch folgender Hinweis: "Die Nebenbeschäftigung darf allerdings einen zeitlichen Umfang von 15 Stunden wöchentlich nicht erreichen. Erreicht oder überschreitet die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit 15 Stunden, besteht wegen fehlender Arbeitslosigkeit kein Anspruch auf Alg oder Arbeitslosenhilfe. Gegebenenfalls ist eine erneute persönliche Arbeitslosmeldung erforderlich. Wichtig ist, dass Sie jede Nebenbeschäftigung dem Arbeitsamt unverzüglich und ohne Aufforderung melden". Zudem wird auf Seite 52 ausgeführt: "Vor einer Bewilligung der Leistung und während ihrer Zahlung kann auf Ihre Mitwirkung nicht verzichtet werden. Sie müssen

alle Tatsachen angeben, die für die Bewilligung erheblich sind ... Wenn Sie eine Leistung beantragt haben oder beziehen, sind Sie auch verpflichtet, dem Arbeitsamt solche Änderungen mitzuteilen, die für die Beurteilung dieses Leistungsanspruches bedeutsam sein können. Falls sich solche Änderungen ergeben, melden Sie diese bitte unaufgefordert und sofort, notfalls telefonisch, da nur so Sachverhalte, die Ihren Leistungsanspruch beeinflussen, rechtzeitig berücksichtigt und Überzahlungen vermieden werden können." Auf Seite 53 wird ausgeführt: "Insbesondere in nachfolgend aufgeführten Fällen ist es wichtig, dass Sie sofort Ihr Arbeitsamt benachrichtigen: 2. Wenn Sie eine Arbeit übernehmen - auch als Selbstständiger oder mithelfender Familienangehöriger -".

Aufgrund dieser klaren und eindeutigen Ausführungen des Merkblattes musste es sich dem Kläger geradezu aufdrängen, dass er die Aufnahme jeder Tätigkeit - unabhängig von der Entgeltlichkeit - der Beklagten unverzüglich mitzuteilen hat. Es bestehen im vorliegenden Rechtsstreit auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger das Merkblatt nicht verstanden hat. Die Ausführungen im Merkblatt sind auch für den juristischen Laien verständlich. Der Kläger hat seiner Mitteilungspflicht gemäß [§ 60 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB I](#), d.h. der Pflicht zur Mitteilung der Aufnahme einer Nebenbeschäftigung, nicht genügt. Zu Recht weist das SG darauf hin, dass er sich im Hinblick auf den zulässigen Beschäftigungsumfang nicht auf seinen Arbeitgeber verlassen durfte und als Leistungsempfänger selbst für die Erfüllung der mit dem Leistungsbezug verbundenen Pflichten verantwortlich war. Auch darauf war der Kläger im Merkblatt 1 (Stand April 2000) auf Seite 53 unter Ziffer 2 hingewiesen worden. " ... Verlassen Sie sich auch nicht auf eventuelle Zusagen anderer, zum Beispiel Ihres Arbeitgebers, Ihre Beschäftigungsaufnahme dem Arbeitsamt anzuzeigen. Hierzu sind ausschließlich Sie selbst verpflichtet."

Aus den dargelegten Gründen liegen auch die Voraussetzungen des [§ 48 Abs 1 Satz 2 Nr 4 SGB X](#) vor, denn der Kläger hat grob fahrlässig nicht erkannt, dass durch die Beschäftigung im Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich der Alg-Anspruch weggefallen ist. Dem Kläger steht somit kein Anspruch auf Alg bis 27.01.2001 zu.

Der Erstattungsanspruch der Beklagten gegen den Kläger in Höhe von 1.468,32 DM = 750,74 EUR ergibt sich aus [§ 50 Abs 1 Satz 1 SGB X](#). Die Beklagte hat den Erstattungsanspruch zutreffend berechnet.

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

Die Revision war gemäß [§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG](#) zuzulassen, denn die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung. Die Rechtsfrage, ob bei der Auslegung des Begriffs "wöchentlich" in [§ 118 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) auf die Kalenderwoche oder Beschäftigungswoche abzustellen ist, ist eine Rechtsfrage grundsätzlicher Art, die bisher höchstrichterlich nicht geklärt ist (BVerwG [DVBl 70, 901](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2009-03-26