

## L 8 AL 258/07

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Augsburg (FSB)

Aktenzeichen  
S 1 AL 226/04

Datum  
18.07.2007

2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 8 AL 258/07

Datum  
26.04.2011

3. Instanz

-  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

Schwarzarbeit, Aufhebung eines begünstigenden Dauerverwaltungsaktes, Aufhebung für die Vergangenheit, Verletzung einer Mitteilungspflicht, geringfügige Tätigkeit, freundschaftliche Hilfeleistung, Beschäftigungslosigkeit, Verlust der Meldung

1. Die Überzeugung vom Ausmaß der Schwarzarbeit kann sich auf die unbefangenen Erstangaben gegenüber der Polizei nach Entdeckung der Tätigkeit stützen.

2. Spätere Einlassungen des Schwarzarbeiters, die das Zeitmaß der Tätigkeit herunterzuspielen versuchen, sind häufig zweckgerichtet und an geläuterten Rechtskenntnissen im Entzugsverfahren ausgerichtet.

3. Bei der Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne von [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) genügt die Prognose einer mehr als geringfügigen Tätigkeit, um den Verlust der Meldung zu bewirken.

4. Eine gelegentliche Abweichung von geringer Dauer im Sinne von [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) liegt nicht vor, wenn eine Tätigkeit projektbezogen, einmalig und nicht auf Dauer ausgerichtet ist.

5. Der Begriff der selbstständigen Tätigkeit ist durch das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht gekennzeichnet. An ihr fehlt es nur dann, wenn für eine Tätigkeit lediglich Aufwendungen ersetzt werden sollen oder sie ausschließlich aus Liebhaberei ausgeübt wird.

6. Ein späterer Verzicht auf den Schwarzarbeiterlohn nach deren Entdeckung ändert nichts an der ursprünglichen Gewinnerzielungsabsicht. Maßgeblich ist die getroffene Vereinbarung Voraufnahme der Tätigkeit.

7. Bei einer Unklarheit, ob eine Tätigkeit ein Gefälligkeitsdienst ist oder eine selbstständige Gewerbeausübung ist, muss er Leistungsbezieher sich durch Kontaktaufnahme mit der Behörde Klarheit verschaffen. Sonst handelt er grobfahrlässig.

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 18. Juli 2007 zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten die Aufhebung einer Bewilligung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) für die Zeit vom 20.03.2002 bis 25.06.2002 und Erstattung der in dieser Zeit bezogenen Leistung und entrichteter Beiträge in Höhe von 2.770,52 EUR.

Der 1943 geborene Kläger (gelernter Maler, zwischenzeitlich Altersrentner) war zuletzt im Jahr 1997 beschäftigt. Seit 10.12.1999 bezog er durchgehend Alhi, zuvor Arbeitslosengeld.

Bei den jährlichen Fortzahlungsanträgen unterschrieb der Kläger regelmäßig eine Erklärung, vom Merkblatt "Ihre Rechte - Ihre Pflichten" und von der Mitteilungspflicht bei Tätigkeitsaufnahme Kenntnis genommen zu haben (so zum Beispiel im Dezember 1997). Damals unterschrieb der Kläger am 10.12.1997 ein Zusatzblatt, wonach ihm bekannt sei, dass er die Ausübung bzw. Aufnahme jeglicher Tätigkeit persönlich mitteilen müsse, unter anderem auch eine Beschäftigung auf der so genannten Geringverdienerbasis sowie die Ausübung eines Gewerbes oder die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit. Das wiederholte sich am 22.09.1998.

Am 14.01.2002 erhielt das Hauptzollamt eine Verdachtsanzeige wegen regelmäßiger Malerarbeiten, die der Kläger in seiner Garage für

fremde Auftraggeber erledige. Am Freitag, den 22.03.2002 untersuchte eine Gruppe des Hauptzollamtes (Dienststelle zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung) ein Anwesen im Ort F. und traf dabei den Kläger um ca. 12.30 Uhr bei Verrichtungen von Malerarbeiten an. Dieser erklärte spontan, bereits seit Mittwoch dem 20.03.2002 täglich acht Stunden in diesem Haus zu arbeiten und hierfür zehn Euro in der Stunde zu erhalten. Weitere Ermittlungen der Zollverwaltung wurden durchgeführt.

Am 26.06.2002 nahm der Kläger an einem Beratungsgespräch im Rahmen einer persönlichen Vorsprache teil. Seine förmliche Meldung als arbeitslos erfolgte erst wieder am 03.08.2002 bei seinem Folgeantrag.

Am 04.07.2003 teilte das B. (Standort B-Stadt) der Beklagten den Verdacht von Schwarzarbeit des Klägers mit.

Im Anhörungsverfahren schränkte der Kläger am 13.11.2003 die geleistete Arbeitszeit für Mittwoch und Donnerstag auf 07.00 Uhr bis 12.30 Uhr ein. Denn seine Frau habe ihn auf ihrem Arbeitsweg mitgenommen und deren Arbeit habe um 6:30 Uhr begonnen. Diese habe ihn vorher an der Baustelle abgesetzt und ihn nach der Arbeit um circa 13:00 Uhr wieder abgeholt.

Mit Bescheid vom 17.12.2003 hob die Beklagte die Alhi-Bewilligung vom 12.07.2001 für die Zeit vom 20.03.2002 bis 25.06.2002 (Tag vor der nächsten persönlichen Vorsprache des Klägers bei der Beklagten) auf und machte eine Erstattung (einschließlich Beiträge zur Kranken-, Pflegeversicherung) in Höhe von 2.770,52 EUR geltend.

Der Widerspruch des Klägers (es habe sich um eine unentgeltliche Gefälligkeit gehandelt) wurde mit Widerspruchsbescheid vom 25.02.2004 zurückgewiesen. Der Kläger sei in der Zeit vom 20.03.2002 bis 22.03.2002 über 15 bzw. mehr Stunden als Maler tätig gewesen. Damit seien die Arbeitslosigkeit und der Leistungsanspruch weggefallen.

Dagegen hat der Kläger am 17.03.2004 Klage zum Sozialgericht Augsburg (SG) erhoben. Er habe zwar an drei Tagen gearbeitet, aber kein Geld dafür genommen.

Durch Urteil vom 18.07.2007 hat das SG die Klage abgewiesen. Nach dem Gesamtergebnis der Ermittlungen habe der Kläger am 20.03.2002 selbständig Malerarbeiten mit einem auf die Woche bezogenen zeitlichen Umfang von 15 Stunden und mehr aufgenommen. Deswegen sei er nicht mehr arbeitslos gewesen. Nur die Tätigkeit in einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung hätte die Beschäftigungslosigkeit nicht ausgeschlossen, ebenso eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Selbständigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger ([§ 118 Abs. 2](#), 3 SGB III a.F.). Insoweit sei mit Beginn der Malerarbeiten eine wesentliche Änderung im Sinn von [§ 48](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) eingetreten. Nach [§ 48 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) in Verbindung mit [§ 330 Abs. 3 SGB III](#) sei ein Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse zwingend aufzuheben, soweit der Kläger seiner Mitteilungspflicht zumindest grob fahrlässig nicht nachgekommen sei.

Hiergegen hat der Kläger am 17.08.2007 Berufung zum Bayer. Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Bei der involvierten Arbeit habe es sich um eine freundschaftliche Hilfeleistung gehandelt. Der verstorbene Ehemann seiner Auftraggeberin habe ihm früher selbst immer geholfen. So habe er nun der Tochter seiner Auftraggeberin bei der Renovierung eines Hauses geholfen. Diese sowie ihr Freund hätten jedoch alle Malarbeiten selbst ausgeführt. Er habe nur in zwei Zimmern eine besondere Technik ausgeführt. Er habe zwar am 20. März begonnen, die Zollbehörden seien erst am 22. März gekommen. Für seine Tätigkeit habe er kein Geld verlangt. Im Übrigen könne er die geforderte Summe nicht zurückzahlen. Er glaube auch, dass diese verjährt sei.

Der Senat hat die Ermittlungsakten des Hauptzollamtes Augsburg beigezogen.

Der Kläger stellt den Antrag,

das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 18.07.2007 sowie den Bescheid vom 07.12.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 25.02.2004 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten beider Instanzen und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die ohne Zulassung ([§ 144 Abs.1 S. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) statthafte Berufung des Klägers ist zulässig. Die Berufungsforderung überschreitet 500,00 Euro ([§ 144 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) in der Fassung des Vereinfachungsgesetzes vom 01.03.1993). Sie ist form- und fristgerecht eingelegt ([§§ 143, 151, 153 Abs.1, 87 Abs. 1 S. 2 SGG](#)).

Der Senat durfte seine Entscheidung nach [§ 153 Abs.4 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung und ohne die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter treffen. Denn die ihm angehörenden Berufsrichter sind einstimmig der Ansicht, dass eine Zurückweisung der Berufung als unbegründet zu erfolgen hat und eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist. Die Beteiligten sind zu der Entscheidungsform durch Beschluss unter Mitteilung des voraussichtlichen Ergebnisses am 31.03.2011 in Kenntnis gesetzt worden ([§ 153 Abs. 4 Satz 2 SGG](#)).

Zulässig verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch ([§ 123 SGG](#)) mit der isolierten Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 SGG](#)). Durch die beantragte Aufhebung des Aufhebungsbescheides würde seine frühere Rechtsposition der Leistungszahlung von Alhi in voller Höhe wieder hergestellt.

Die Berufung ist indes nicht begründet. Das Urteil des SG ist zu Recht ergangen. Die Beklagte hatte eine Befugnis zum Eingriff in die bewilligte Leistung.

Die Beklagte musste die Bewilligung im Bescheid vom 12.07.2001 mit Wirkung für die Vergangenheit teilweise aufheben ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) i.V.m. 330 Abs. 3

SGB III). Ein Ermessen war ihr nicht eingeräumt ([§ 330 Abs. 3 SGB III](#)). Gemäß § 48

SGB X (Aufhebung eines Verwaltungsakts mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse) ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsakts mit Dauerwirkung vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt.

Der Bescheid vom 12.07.2001 über Alhi für die Zeit vom 20.03.2002 bis 25.06.2002 war zwar nicht von Anfang an unrichtig. Bei der "Bewilligung" von Alhi handelte es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil als Dauerverwaltungsakt begründet hat.

Es ist jedoch ab dem Tätigwerden des Klägers im Auftrag der L. H. am 20.03.2002 eine wesentliche Änderung in den für die Bewilligung maßgebenden Verhältnissen eingetreten. Der Kläger war seither weder arbeitslos, noch erfüllte er weiterhin die Voraussetzung einer Meldung.

Die Rechtmäßigkeit der Leistung richtet sich nach den Vorschriften zur Zeit der Zuerkennung. Die Beurteilung der materiellen Rechtswidrigkeit erfolgt nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkt des Erlasses des begünstigenden Verwaltungsaktes ([BSGE 68, 228, 231 = SozR 3-2200 § 248 Nr. 1](#); BSG [SozR 3-1500 § 54 Nr. 18](#) mwN) bzw. des Zeitpunkts, von dem an aufgehoben wird, sofern keine Rechtsänderung eingetreten ist. Gemäß der damaligen Fassung des Anspruchstatbestandes auf Arbeitslosenhilfe (nach dem Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24.03.1997 - [BGBl I 594](#) und mit Geltung bis den Gesetzen zu Reformen am Arbeitsmarkt, hier Gesetz vom 23.12.2003 I 2848 mWv 01.01.2005) hatten Arbeitnehmer gemäß [§ 190 Abs. 1 SGB III](#) Anspruch auf Arbeitslosenhilfe, die 1. arbeitslos sind, 2. sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet haben, 3. einen Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht haben, weil sie die Anwartschaftszeit nicht erfüllt haben, 4. in der Vorfrist Arbeitslosengeld bezogen haben, ohne dass der Anspruch wegen des Eintritts von Sperrzeiten mit einer Dauer von insgesamt 24 Wochen erloschen ist und 5. bedürftig sind. Gemäß [§ 198 SGB III](#) gelten der Anspruch auf Arbeitslosengeld, der Anspruch auf Anschlussunterhaltsgeld und der Anspruch auf Arbeitslosenhilfe, soweit nichts anderes bestimmt ist, als einheitlicher Anspruch auf Entgeltersatzleistungen bei Arbeitslosigkeit. Auf die Arbeitslosenhilfe sind die Vorschriften über das Arbeitslosengeld insbesondere hinsichtlich 1. der Arbeitslosigkeit, 2. der persönlichen Arbeitslosmeldung, u.a. entsprechend anzuwenden.

Arbeitslosigkeit verlangte nach [§ 118 SGB III](#) in der Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24.03.1997, dass ein Arbeitnehmer vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand (Beschäftigungslosigkeit) und eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung suchte (Beschäftigungssuche). Nach § 118 SGB Abs. 2 SGB III schloss lediglich die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht aus. Dabei blieben gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer unberücksichtigt. Eine selbständige Tätigkeit stand einer Beschäftigung gleich, § 118 SGB Abs. 3 SGB III. Unterbrechungen der Arbeitslosigkeit hatten Einfluss auf das Fortbestehen der persönlichen Arbeitslosmeldung. Nach [§ 122 Abs. 1 SGB III](#) in der Fassung des Gesetzes vom 24.03.1997 erforderte die Meldung, da sich der Arbeitslose persönlich beim zuständigen Arbeitsamt arbeitslos meldete. Nach [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) (auf die Arbeitslosenhilfe sind die Vorschriften über das Arbeitslosengeld insbesondere hinsichtlich der Arbeitslosigkeit anzuwenden, [§ 198 SGB III](#)) erlosch die Wirkung der Meldung mit der Aufnahme der Beschäftigung, selbständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, wenn der Arbeitslose diese dem Arbeitsamt nicht unverzüglich mitgeteilt hat.

Die Aufnahme der Tätigkeit des Klägers ab 20.03.2002 beseitigt sofort die persönliche Arbeitslosmeldung. Die selbständige Tätigkeit stand dabei einer Beschäftigung gleich, [§ 118 SGB III](#) Abs. 3 in der Fassung des Gesetzes vom 24.03.1997. Damit ist eine der 5 Tatbestandsvoraussetzungen der Alhi entfallen. Denn [§ 190 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) verlangt für den Anspruch auf Arbeitslosenhilfe, dass sich der Arbeitnehmer beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet hat.

Es besteht die volle Überzeugung des Senats, dass der Kläger eine selbständige Tätigkeit aufgenommen hatte und diese nicht rechtzeitig gemeldet hatte. Diese Überzeugung besteht mit dem nötigen Beweisgrad einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung mit dem Zeitpunkt des Antreffens des Klägers am 22.03.2002 durch die Mitarbeiter der Zollbehörde. An deren Bekundungen, die in den dortigen Akten niedergelegt sind, hat der Senat keine Zweifel. Der Kläger wurde bei einer Arbeitstätigkeit angetroffen. Er hat eingeräumt, schon am dritten Tag zu arbeiten. Dies ist niedergelegt im dem Aktenvermerk vom 25.03.2002 der Aktenvorgänge des Hauptzollamtes A., unterschrieben von Zollamtsrat K., Zollbetriebsinspektor W., Zollbetriebsinspektor B. und Zollhauptsekretär W ... Der Senat hat keine Zweifel am Wahrheitsgehalt von deren Aussagen und der entsprechenden Niederschrift. Demnach hat der Kläger tatsächlich Malerarbeiten durchgeführt (malertypische, mit Farbflecken versehene Arbeitskleidung). Schließlich hat der Kläger gegenüber den den Aktenvermerk unterzeichnenden Ermittlungsbeamten erklärt, seit Mittwoch täglich 8 Stunden gearbeitet zu haben. Damit bestehen keine maßgeblichen Zweifel an einer bis dahin schon im Umfang von 20 Stunden ausgeübten selbständigen Tätigkeit.

Diese Erkenntnis beruht vor allem auf den eigenen Einlassungen des Klägers, insbesondere den unbefangenen Erstangaben nach Entdeckung der Tätigkeit am 22.03.2002. Der Kläger hat beim Augenschein der Zollbehörden unbefangenen kundgetan, dass er schon zwei Tage gearbeitet habe und dass er zunächst im Wohnzimmer und im Schlafzimmer einen Spachtel - Strukturputz aufgetragen habe, sowie die Schlafzimerdecke ausgebessert und gestrichen habe. Weiter erklärte er, täglich acht Stunden gearbeitet zu haben seit dem 20.03.2002. Spätere Einlassungen des Klägers, etwa bei seiner Einvernahme am 05.07.2003 lassen keine maßgeblichen Zweifel aufkommen. In der über ein Jahr nach den Geschehnissen angefertigten Vernehmungsniederschrift als Beschuldigter räumte der Kläger unverändert den Sachverhalt ein, dass er am 22.03.2002 bei Malerarbeiten angetroffen wurde und seither schon zwei Tage gearbeitet hat. Lediglich hinsichtlich der Entlohnung, deren Vereinbarung der Kläger aber auch nicht in Abrede stellte, trat der Kläger kund, dass er im Nachhinein auf die Bezahlung verzichtet hat. Die Versuche des Klägers, das Zeitmaß seiner Tätigkeit herunterzuspielen, ändern nichts an der Überzeugung des Senats. Erst im Anhörungsverfahren beim beabsichtigten Entzug der Leistung durch die Beklagte korrigierte der

Kläger das Zeitmaß unter Anführung von Fahrdiensten seiner Ehefrau auf unter 15 Stunden. Am 13.11.2003 (eineinhalb Jahre nach den Geschehnissen) gab der Kläger kund, er habe er am 20.03. und 21.03.2002 jeweils nur fünfeinhalb Stunden gearbeitet. Seine Frau habe ihn auf ihrem Arbeitsweg mitgenommen; deren Arbeit beginne um 6:30 Uhr und sie habe ihn vorher an der Baustelle abgesetzt, um ihn nach der Arbeit um circa 13:00 Uhr wieder abzuholen; er habe also nur von 7:00 Uhr bis 12:30 Uhr gearbeitet. Diese Bekundungen sind eindeutig zweckgerichtet und an den nun geläuterten Rechtskenntnissen einer unschädlichen Tätigkeit von unter 15 Stunden ausgerichtet. Weitere Indizien für das tatsächliche Ausmaß der Tätigkeit im Umfang von 20 Stunden sind die Aussagen der L. H. (Zeugeneinvernahmen am 30.6.2003 durch die Zollbehörden). Diese bekundet, dass der Kläger zwei Räume gemacht und vor den Arbeiten beim Einkauf beraten hat.

Damit steht anhand des dokumentierten Umfangs der Tätigkeit von 20 h rechtlich eindeutig fest, dass bereits bei Aufnahme der Beschäftigung am 20. März 2002 vom Kläger eine selbstständige Tätigkeit im Sinne des Tatbestands von [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) aufgenommen worden ist. Die nach [§§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#), 118 Abs. 2 SGB III erforderlichen 15 Stunden waren zwar anfangs vom Kläger noch nicht erreicht und überschritten. Es genügt aber - wie hier - die Aufnahme der Tätigkeit als solche mit der Prognose der Aufnahme einer mehr als geringfügigen Tätigkeit. Denn nur die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung schließt Beschäftigungslosigkeit nicht aus. Eine unschädliche, gelegentliche Abweichung von geringer Dauer, lag hier ebenfalls nicht vor. Denn die Tätigkeit war projektbezogen, einmalig und nicht auf Dauer ausgerichtet.

Der Senat hat auch keinen Zweifel am Vorliegen einer Tätigkeit als solcher. Während unter Beschäftigung nur die in persönlicher Abhängigkeit verrichtete Tätigkeit als Arbeitnehmer gemeint ist, werden vom Begriff der selbstständigen Tätigkeit alle Arbeiten erfasst, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis oder in sonstiger Abhängigkeit verrichtet werden. Kennzeichnend ist das Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht. An ihr fehlt es, wenn für eine Tätigkeit lediglich Aufwendungen ersetzt werden sollen oder sie ausschließlich aus Liebhaberei ausgeübt wird (vgl. auch BSG 25. 2. 1997 - [12 RK 33/96](#) -). Der Kläger erklärte dazu, dass er im Nachhinein auf die vereinbarte Entlohnung verzichtet habe. Tatsächlich räumt der Kläger aber ein, dass zunächst eine Entlohnung von 10 EUR vereinbart gewesen war. Unstreitig war eine Vergütung vereinbart. Damit handelte der Kläger in Gewinnerzielungsabsicht. Daran ändert sich auch nicht durch einen späteren Verzicht auf die Vergütung. Die weiteren Umstände einer "Gefälligkeit" beschreibt der Kläger dergestalt, dass er nur einen ganz losen Kontakt zu Frau H., der Mutter der Hausbesitzerin, gehabt habe, jedoch mit deren vor einem guten Jahr verstorbenen Mann geschäftlich verbunden gewesen zu sein. Vor dem Auftrag habe der Kläger die Mutter der Wohnungseigentümerin ein halbes Jahr nicht mehr gesehen.

Hier war der Kläger zur vollen Überzeugung des Senats als Gewerbetreibender in dem freien Beruf eines Malers tätig. Dies ergibt sich aufgrund seiner Qualifikation, seinem ständigen Kontakt mit einem Lieferanten für Malereibedarf (insoweit gewinnt der Senat seine Erkenntnisse durch die Ermittlungen der Zollbehörde durch Einvernahme des Filialleiters E. E. und den Augenschein bei der Firma S., Farben, Tapeten, Bodenbeläge) und der vereinbarte Vergütung. E. E. führte am 29.07.2003 in seiner Vernehmung beim Hauptzollamt aus, dass es für ihn offensichtlich war, dass der Kläger die bei ihm gekauften Farben zum überwiegenden Teil für seine Kunden eingekauft hat. Eine formale Rechnungsstellung an den Kläger erfolgte in der Regel nicht. Er erhielt lediglich eine Quittung ohne Namen. Der Warenbezug umfasse nicht nur Farben, sondern das gesamte Warensortiment, so Pinsel, Putz etc. Diese Einkäufe erfolgten seit 1999 regelmäßig. Schließlich war das Verhältnis des Klägers zu der Besitzerin der renovierten Wohnung (Kind seines verstorbenen Bekannten und Auftragsvergabe durch die ihm weitgehend unbekannte Mutter) nicht so geprägt, dass es sich um einen bloß freundschaftlichen Dienst gehandelt hat, für den lediglich ein Aufwändungsersatz erfolgt ist. Besonders aber die genauen Umstände bei der Vereinbarung einer Gegenleistung sprechen gegen eine Gefälligkeit. So führte der Kläger bei seiner Vernehmung am 15.07.2003 aus, dass ihn die Zeugin H. gefragt habe, was er üblicherweise verlange. Daraufhin habe er gesagt: "10 Euro". Damit ist kein Gefälligkeitsdienst vereinbart worden, sondern klassische Schwarzarbeit beabsichtigt gewesen. Denn es sollte eine Gegenleistung erfolgen, in Ermangelung von Versteuerung und Sozialabgaben mit 10 Euro durchaus der Vergütung eines angestellten Handwerkers entspricht. Denn daraus ergibt sich hochgerechnet ein Monatslohn von über 1600 Euro netto. Vergleichsweise betrug das durchschnittliche Bruttoarbeitsentgelt im Jahre 2002 im Monat 2383 Euro.

Durch die Aufnahme der Tätigkeit am 20.03.2002 ist die persönliche Arbeitslosmeldung nach [§ 122 SGB III](#) entfallen. Nach [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) erlischt die Wirkung der Meldung unter anderem mit der Aufnahme der Beschäftigung, selbstständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, wenn der Arbeitslose diese dem Arbeitsamt nicht unverzüglich mitgeteilt hat. Eine derartige Mitteilung ist nicht ergangen. Insbesondere stellt die Veränderungsmitteilung vom 15.04.2002 keine solche unverzügliche Anzeige dar. Diese ist im Übrigen auch auf eine Familie Hafenbauer bezogen und benennt eine Tätigkeitsaufnahme ab 23.04.2002.

Die wesentliche Änderung, der Verlust der Meldung, erfolgte am 20.03.2002 ("mit" der Aufnahme) und hielt solange an, bis sich der Kläger wieder zurückgemeldet hatte. Das war erst am 26.06.2002 der Fall.

Die von dem Beklagten aufgrund der wesentlichen Änderung gezogene Schlussfolgerung einer Aufhebung über den oben genannten Zeitraum vom 20.03.2002 bis 26.06.2002 ist nicht zu beanstanden.

Nach [§ 48 Abs. 1 S. 2 SGB X](#) soll der Verwaltungsakt mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse unter anderem aufgehoben werden, soweit der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen (Nr. 2) ist, nach Antragstellung oder Erlass des Verwaltungsaktes Einkommen oder Vermögen erzielt worden ist, das zum Wegfall oder zur Minderung des Anspruchs geführt haben würde (Nr. 3.), oder der Betroffene wusste oder nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist (Nr. 4.).

Der Kläger hat aber einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse (§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2

SGB X) nicht genügt. Objektiv besteht eine solche Verpflichtung nach [§ 60 ff. SGB I](#), sanktioniert durch die Vorschrift des [§ 404 Abs. 2 Nr. 26 SGB III](#)). Nach [§ 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I](#) hatte derjenige, der Sozialleistungen beantragt oder erhält, alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind, und auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers der Erteilung der erforderlichen Auskünfte durch Dritte zuzustimmen. Nach

[§ 60 Abs. 1 Nr. 2 SGB I](#) hat der betreffende Änderungen in den Verhältnissen, die für die Leistung erheblich sind oder über die im Zusammenhang mit der Leistung Erklärungen abgegeben worden sind, unverzüglich mitzuteilen.

Dieser Verpflichtung ist der Kläger grob fahrlässig nicht nachgekommen. Er wusste um seine Verpflichtung und hat die Dinge trotzdem treiben lassen, ohne mit der Beklagten in Kontakt getreten zu sein. Auf die Notwendigkeit einer Meldung ist der Kläger mehrmals hingewiesen worden. So in den gängigen Antragsformularen, besonders aber in den Merkblättern, die ihm ausgehändigt worden sind und deren Kenntnis er sich zurechnen lassen muss, weil er den Empfang sogar unterschriftlich quittiert hat. In dem vom Kläger unterschriebenen Antrag vom 18.06.2001 wird von ihm der Empfang und die Kenntnisnahme des Merkblatts 1 "Ihre Rechte, Ihre Pflichten" quittiert. Darin wird schon im ersten Kapitel auf die Notwendigkeit einer Mitteilung einer Zwischenbeschäftigung von mindestens 15 Stunden hingewiesen. Auch die Meldung jeglicher Nebentätigkeit wird in Kapitel 6 angesprochen. Schließlich ist den Meldepflichten ein eigenes Kapitel gewidmet (Kapitel 11). Darin ist besonders ausgeführt, dass das Arbeitsamt selbst prüft, ob eine Änderung für den Leistungsanspruch von Bedeutung ist. Dabei ist ausgeführt, dass das Arbeitsamt auch in Zweifelsfällen unterrichtet werden soll. Dann sind noch gesondert einige Fälle der Änderungen aufgeführt. So jegliche Art der Aufnahme einer Arbeit (Nummer 2). Wie auch dann, wenn jemand eine weniger als 15 Stunden umfassende Nebenbeschäftigung aufnimmt (Nummer 6). Der Kläger war auch im Stande, eine Veränderungsmitteilung abzugeben, was er am 05.04.2002 sowie schon früher am 29.05.1998, 06.09.1999 und 12.03.2001 durch Abgabe solcher Erklärungen unter Beweis gestellt hat.

Der Senat hat keine Zweifel daran, dass der Kläger damit gegen die erforderliche Sorgfalt im Sinne von [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) grob fahrlässig verstoßen hat. Die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt, wer schon einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen nicht anstellt und daher nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss ([BSGE 42, 184, 187](#); [BSGE 62, 32, 35](#)). Angesichts der oben aufgezeichneten wirtschaftlichen Umstände hätte der Kläger zumindest um Klärung des sich aufdrängenden Widerspruches bemüht sein müssen. Richtig ist zwar, dass das Maß der Fahrlässigkeit insbesondere nach der persönlichen Urteils- und Kritikfähigkeit, dem Einsichtsvermögen des Beteiligten sowie der besonderen Umstände des Falles zu beurteilen ist (subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff; [BSGE 35, 108, 112](#); [44, 264, 273](#), zuletzt Urteil vom 05.02.2006, Az.: B 70 AL 58/05 R). Ein Kennenmüssen ist aber dann zu bejahen, wenn der Versicherte die Rechtswidrigkeit ohne Mühe erkennen konnte ([BVerwGE 40, 212](#)). Die individuellen Fähigkeiten des Klägers, d.h. seine Urteils- und Kritikfähigkeit, sein Einsichtsvermögen und im Übrigen auch sein Verhalten lassen nach Überzeugung des Senats jedenfalls eine sorgfältiges Verhalten zumutbar erscheinen.

Die Beklagte durfte die Aufhebung auch erst 21 Monate nach dem Eintritt der Änderung bewirken. Der Einwand des Klägers, dass Verjährung vorliege, geht fehl. Nach [§ 45](#)

Abs. 3 Nr. 1. SGB X kann bis zum Ablauf von zehn Jahren nach seiner Bekanntgabe ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung nach Abs. 2 zurückgenommen werden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 3 Nr. 2 oder 3 gegeben sind. Hierauf wird in [§ 48 Abs. 4 S. 1 SGB X](#) verwiesen (entsprechende Anwendbarkeit). Insoweit ist [§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X](#) entsprechend anwendbar. Danach kann sich der Begünstigte auf Vertrauen nicht berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. In entsprechender Anwendung ist hier das grob fahrlässige Verschweigen wesentlicher Angaben vorhanden.

Die Aufhebung für die Vergangenheit ergibt sich aus [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X](#). Danach soll der Verwaltungsakt vom Zeitpunkt der Änderung aufgehoben werden. Wie oben bereits ausgeführt, ist im Recht der Arbeitsförderung dafür ein Ermessen nicht ausüben.

Schließlich bestimmt [§ 45 Abs. 4 S. 2 SGB X](#) zwar, dass die Rücknahme von der Behörde innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen bewirkt werden muss, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen (Handlungsfrist). Diese Frist ist aber eingehalten. Die Beklagte ist von den Zollbehörden erst im Sommer 2003 in Kenntnis gesetzt worden. Die Reaktion mit Bescheid vom 17.12.2003 erfolgte rechtzeitig.

Die Beklagte war auch zuständig für die Aufhebung ([§ 48 Absatz 4 S. 1 SGB X](#), [§ 44 Abs. 3 und 4](#), [§ 45 Abs. 3 S. 3 bis 5](#) und [Abs. 4 Satz 2](#)).

Die rechtmäßige Aufhebung führt zur Erstattungspflicht. Soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist, sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten ([§ 50 Abs. 1 S. 1 SGB X](#)). Die Höhe des Erstattungsanspruchs ist von der Beklagten für die in der Zeit vom 20.03.2002 bis 25.06.2002 und bezogenen Leistung und entrichteter Beiträge mit insgesamt 2.770,52 EUR richtig ermittelt worden. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Berechnung auf Blatt 346 und 347 der Beklagtenakte, die dem Kläger im Rahmen der Anhörung vom 12.11.2003 zugänglich gemacht worden ist.

Der Kläger hat den Prozess verloren, damit erhält er keine außergerichtlichen Kosten ([§ 193 SGG](#)).

Gründe zur Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich ([§ 160 SGG](#)).

Rechtskraft  
Aus  
Login  
FSB  
Saved  
2011-07-11