L 9 AL 146/11

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
9
1. Instanz
SG München (FSB)

Aktenzeichen
S 57 AL 996/07

Datum
14.04.2011

2. Instanz
Bayerisches LSG

Aktenzeichen
L 9 AL 146/11

Datum
23.02.2012

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Unverzügliche Mitteilung der Aufnahme einer Tätigkeit bei Arbeitslosigkeit

1. Die Mitteilungspflicht nach [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB 3](#) gilt auch für kurzzeitige bzw. geringfügige Tätigkeiten.
 2. Das Vorliegen einer nur kurzzeitigen Tätigkeit im Zusammenhang mit der Verfügbarkeit nach [§ 119 Abs. 3 SGB 3](#) kann nicht nachträglich geltend gemacht werden, sondern muss sich aus den Umständen, wie sie bei Beschäftigungsbeginn vorlagen, ergeben (Erforderlichkeit einer prognostischen Betrachtung).
- I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 14.04.2011 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Aufhebung und Erstattung von Arbeitslosengeld wegen Erlöschens der Arbeitslosmeldung aufgrund einer nichtangezeigten Beschäftigung.

Der im Jahr 1962 geborene Kläger war seit 2002 als Aushilfskoch, Koch, Küchenchef und Chefkoch in verschiedenen Lokalen in Deutschland und Spanien tätig. Danach meldete er sich am 28.04.2006 und am 13.07.2006 arbeitslos. Zuletzt war der Kläger im "M-Keller" in R. zu einem Bruttogehalt von 2.680,90 EUR/Monat bis zum 15.07.2006 beschäftigt.

Hierauf bewilligte die Beklagte am 18.08.2006 auf der Grundlage eines fiktiven Bemessungsentgelts nach § 132 des Dritten Sozialgesetzbuchs (SGB III) Arbeitslosengeld ab dem 16.05.2006 für weitere 163 Tage (Bruttobemessungsentgelt in Höhe von 65,33 EUR/Tag).

Am 28.11.2006 rief der Kläger bei der Beklagten an und zeigte dort eine Nebentätigkeit bei einem Arbeitgeber namens A. ab dem 01.12.2006 in Bad E. an. Am 13.12.2006 wurden dem Kläger hierzu die entsprechenden Nebenverdienstbescheinigungen zur Ausfüllung übersandt.

Am 03.01.2007 wurde bei der Beklagten eine Überschneidungsmittteilung verarbeitet, wonach der Kläger seit dem 01.11.2006 einer geringfügigen Tätigkeit nachgehe und am 16.01.2007 ging bei der Beklagten eine von G. A. (S. E. in Bad E.) ausgefüllte Nebenverdienstbescheinigung ein, wonach der Kläger dort vom 10.09.2006 bis 29.11.2006 in einem Umfang von 100,5 Stunden als Aushilfskoch in verschiedenen Gaststätten tätig gewesen sei. Laut dieser Nebenverdienstbescheinigung habe es sich um eine Tätigkeit mit mehr als kurzzeitigem Umfang von 15 Stunden oder darüber gehandelt.

Mit Schreiben vom 18.01.2007 bat die Beklagte den Arbeitgeber um Aufschlüsselung der monatlichen Stundenzahl. Hierauf ging am 26.01.2007 die Nebenverdienstbescheinigung des Herrn G. A. vom 23.01.2007 ein. Danach habe der Kläger in der 37. und 38. Kalenderwoche 78 Stunden gearbeitet, in der 39. bis 44. Kalenderwoche insgesamt 49 Stunden, in der 45. Kalenderwoche 3 Stunden und in der 48. Woche 17,5 Stunden. Hieraus ergebe sich ein Lohnanspruch von 1.417,50 EUR.

Mit Schreiben vom 30.01.2007 bat die Beklagte den Arbeitgeber um Erstellung einer Arbeitsbescheinigung, welche am 23.03.2007 bei der

Beklagten einging. Nach dieser Arbeitsbescheinigung habe der Kläger auf Teilzeitbasis 20 Stunden in der Woche gearbeitet und hieraus insgesamt einen Lohn von 1.425,00 EUR erzielt. Darüber hinaus war in der Arbeitsbescheinigung unter der Nr. 10 angemerkt, dass es sich insoweit um "vorsätzliche vom Arbeitnehmer ausgehende Schwarzarbeit" handele.

Hierauf wurde der Kläger mit Schreiben vom 28.03.2007 zu einer möglichen Aufhebung und Erstattung des Arbeitslosengelds ab dem 10.09.2006 bis zum 06.12.2006 angehört. In seiner Stellungnahme vom 07.04.2007 führte der Kläger u.a. aus, dass er bei Herrn A. kein geregeltes Arbeitsverhältnis gehabt habe. Dieser habe ihm angeboten, ab Januar 2007 bei ihm als Geschäftsführer zu arbeiten und er, der Kläger, sollte bis dahin als Aushilfe für seine Leihkochfirma arbeiten. Im Übrigen wird auf die Ausführungen gem. Blatt 53 der Beklagtenakte verwiesen.

Am 19.04.2007 erließ die Beklagte den streitgegenständlichen Aufhebungs- und Erstattungsbescheid, in dem die Beklagte als Rechtsgrundlagen die §§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 50 Abs. 1 des Zehnten Sozialgesetzbuchs (SGB X) sowie [§ 335 Abs. 1 SGB III](#) benannte. Insoweit stellte die Beklagte Arbeitslosengeld in Höhe von 1.310,70 EUR sowie Beiträge zur Krankenversicherung und Pflegeversicherung in Höhe von 431,80 EUR zur Erstattung. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, dass der Kläger ab dem 10.09.2006 in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden habe und daher nicht mehr arbeitslos gewesen sei. Zum übrigen Inhalt wird auf die Bl 66 und 67 der Beklagtenakte verwiesen.

In seinem mit Schreiben vom 02.05.2007 am 04.05.2007 erhobenen Widerspruch führte der Kläger u.a. aus, er sei unter 15 Stunden monatlich beschäftigt gewesen. Hierfür hätte er 10 EUR/Stunde bekommen sollen. Die Aushilfstätigkeit habe er nur angenommen, weil ihm Herr A. eine Festanstellung als Geschäftsführer ab dem 01.12.2006 bzw. 01.01.2007 versprochen habe. Dies habe sich jedoch im Nachhinein als Finte herausgestellt. Zum übrigen Inhalt wird auf die Bl 68 und 69 der Beklagtenakte verwiesen.

Mit Schreiben vom 15.08.2007 übersandte der ehemalige Arbeitgeber des Klägers noch Stundenabrechnungen für die Zeit vom 10.09.2006 bis 20.09.2006 sowie vom 30.09.2006 bis 10.11.2006.

Der Widerspruch des Klägers blieb gemäß Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 27.08.2007 erfolglos. Die Beklagte hat darin unter anderem darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall nicht von der Ausübung einer geringfügigen Tätigkeit ausgegangen werden könne. Für weitere Einzelheiten wird auf die Bl 99 und 100 der Beklagtenakte verwiesen.

Am 25.09.2007 erhob der Kläger hiergegen Klage vor dem Sozialgericht (SG) München und wies in seiner Klageschrift u.a. auf ein Telefonat mit einer Mitarbeiterin der Beklagten vom September 2006 hin.

Die Beklagte hat in ihrer Klageerwidern vom 12.11.2007 ausgeführt, dass der Kläger am 10.09.2007 (gemeint wohl 2006) eine Erwerbstätigkeit aufgenommen habe, die seine Arbeitslosigkeit beseitigte. Nach der Bescheinigung über Nebeneinkommen seien vom Arbeitgeber in der 37./38. Kalenderwoche vom 10.09.2006 bis 20.09.2006 78 Stunden bestätigt worden.

Mit Urteil des SG München vom 14.04.2011 wurde die Klage abgewiesen. In der mündlichen Verhandlung vom 14.04.2011 hat der Kläger ausweislich des Protokolls angegeben, im September 2006 überhaupt nicht für den ehemaligen Arbeitgeber A. gearbeitet zu haben. Das SG hat in seiner Entscheidung u.a. ausgeführt, dass mit Aufnahme der Tätigkeit am 10.09.2006 die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit wegen Aufnahme eines Beschäftigungsverhältnisses und fehlender Verfügbarkeit entfallen seien und hierdurch die Wirkung der persönlichen Arbeitslosmeldung gemäß [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) erloschen. Hinsichtlich der übrigen Ausführungen des SG wird auf das Urteil und die dortigen Entscheidungsgründe (Bl 29 und 30 der SG-Akte) verwiesen.

Am 20.05.2011 ließ der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten hiergegen Berufung vor dem Bayerischen Landessozialgericht (BayLSG) einlegen. Mit Schreiben vom 10.06.2011 legten diese ihr Mandat nieder. Am 19.07.2011 wurde der Kläger gebeten, seine Berufung zu begründen. Am 06.10.2011 erging eine nochmalige Anfrage des Senats, ob der Kläger seine Berufung noch begründen werde. Mit Schreiben vom 06.12.2011 wurden die Beteiligten zu einer möglichen Entscheidung auf der Grundlage von [§ 153 Abs. 4 SGG](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) angehört.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts München vom 14.04.2011 wird aufgehoben.
2. der Bescheid vom 19.04.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.08.2007 wird aufgehoben.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

die Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

Sie hat sich mit Schriftsatz vom 03.01.2012 ausdrücklich mit einer Entscheidung auf der Grundlage von [§ 153 Abs. 4 SGG](#) einverstanden erklärt.

Im Übrigen wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Gerichtsakten verwiesen, die zum vorliegenden Verfahren beigezogen wurden.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet, denn der Bescheid vom 19.04.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.08.2007 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Der Senat konnte im vorliegenden Fall - nach Anhörung der Beteiligten - auf der Grundlage von [§ 153 Abs. 4 SGG](#) durch Beschluss ohne

mündliche Verhandlung entscheiden, weil der Senat im vorliegenden Fall einstimmig der Ansicht war, dass die Berufung zurück zu weisen war.

Zu Recht stützt die Beklagte die Aufhebung und Erstattung des bereits bewilligten Arbeitslosengelds auf die Vorschriften der [§ 48 Abs. 1 S. 2 SGB X](#) und [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) sowie [§ 335 SGB III](#), weil für den Kläger die Voraussetzungen des Bezugs von Arbeitslosengeld durch die nicht mitgeteilte Arbeitsaufnahme in den Gaststätten des Herrn G. A. ab dem 10.09.2006 entfallen sind. Der Kläger hat das ihm für den streitgegenständlichen Zeitraum zu Unrecht gewährte Arbeitslosengeld einschließlich der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu erstatten.

Danach ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung bei einer wesentlichen tatsächlichen oder rechtlichen Änderung der Verhältnisse, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben, soweit der Kläger einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist (Nr. 2) oder wusste bzw. nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maß verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebende Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist (Nr. 4). Ermessen ist auch in sogenannten atypischen Fällen nicht auszuüben ([§ 330 Abs. 3 SGB III](#)).

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen des [§ 118 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) i.V.m. [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) nicht mehr erfüllt, weil die Wirkung der Arbeitslosmeldung vom 13.07.2006 durch die Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit von mindestens 15 Stunden in der Beschäftigungswoche ab dem 10.09.2006 ([§ 117 Abs. 1 Nr. 1](#), [§ 118 Abs. 1 Nr. 1](#), [§ 119 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#)) erloschen war.

Sinn und Zweck der Vorschrift des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) besteht darin, dass eine persönliche Arbeitslosmeldung - entgegen der Grundregelung in [§ 122 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) - dann nicht mehr fortwirken soll, wenn der Arbeitslose seinen Anzeigepflichten nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist ([BT-Drucks 13/4941 S 176](#)). Die in [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) normierte Mitteilungspflicht soll also verhindern, dass Leistungsempfängern, die ihre Beschäftigung dem Arbeitsamt verschweigen, ungerechtfertigte Vorteile erwachsen. Dieser Mitteilungspflicht ist der Kläger im vorliegenden Fall nicht nachgekommen.

Soweit der Kläger darauf verweist, dass seine Aushilfstätigkeit ab dem 10.09.2006, welche durch die Arbeitsbescheinigung des Arbeitgebers belegt ist und vom Kläger zunächst selbst eingeräumt wurde, lediglich kurzzeitig gewesen sei, so spielt dies im Zusammenhang mit den Voraussetzungen und dem möglichen Wegfall der Arbeitslosigkeit nach der Rspr. des Bundessozialgerichts (BSG) zunächst keine Rolle.

Das BSG hat insoweit in seiner Entscheidung vom 13.07.2006 (Az.: [B 7a AL 16/05 R](#)) wörtlich folgendes ausgeführt:

"Zu Recht hat das LSG allerdings entschieden, dass für die Zeit vom 12. Februar 1999 bis 13. April 1999 die Wirkung der Arbeitslosmeldung erloschen war. Dies ergibt sich aus [§ 117 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) i.V.m. [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) (hier in der Fassung, die § 122 durch das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelung vom 6. April 1998 - [BGBl I 688](#) - erhalten hat). Die Wirkung der Arbeitslosmeldung des Klägers war erloschen, weil der Kläger am 12. Februar 1999 eine Beschäftigung aufgenommen hat, die er dem Arbeitsamt (ArbA) nicht nur nicht unverzüglich, sondern sogar überhaupt nicht gemeldet hat. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist es hierfür ohne Bedeutung, ob diese Beschäftigung gemäß [§ 8](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) versicherungspflichtig war (vgl. Urteil des Senats vom 9. Februar 2006 - [B 7a AL 58/05 R](#)), denn nach der Gesetzesbegründung zu [§ 122 SGB III](#) kommt es ausdrücklich nicht darauf an, ob die die Arbeitslosmeldung unterbrechende Tätigkeit versicherungspflichtig ist ([BT-Drucks 13/4941, S 176](#) zu § 122 Abs. 2). Vielmehr knüpft die Norm ausschließlich an die Unterbrechung der Arbeitslosigkeit als solcher an (Spellbrink in Eicher/Schlegel, SGB III, § 122 Rz 47, Stand Oktober 2005), denn die persönliche Meldung soll nicht fortwirken, wenn der Arbeitslose seinen Anzeigepflichten nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers soll (damit) verhindert werden, dass Schwarzarbeitern, die ihre Beschäftigung dem ArbA verschweigen, aus der Regelung der ([§ 122 Abs. 2](#)) Nr. 1 ungerechtfertigte Vorteile erwachsen können ([BT-Drucks 13/4941, S 176](#) zu [§ 122 SGB III](#)). Der Senat sieht daher in der Regelung des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) eine Einschränkung der Fortwirkung der Arbeitslosmeldung für den Fall der vom Arbeitslosen nicht gemeldeten bzw. angezeigten Schwarzarbeit, gleichgültig welche Dauer oder Entlohnung für diese Tätigkeit vereinbart ist; jedenfalls dann, wenn die Arbeitslosigkeit unterbrochen wird. Es kann deshalb vorliegend auch insoweit dahinstehen, ob die Aufnahme der Tätigkeit die Beschäftigungslosigkeit des Klägers i.S. des [§ 118 SGB III](#) deshalb beendet hat, weil sie mindestens 15 Stunden pro Woche umfasste ([§ 118 Abs. 2 und Abs. 3 SGB III](#)).

Entscheidend ist daher, dass der Kläger entgegen seiner in [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) normierten Pflicht, die Aufnahme der Tätigkeit am 10.09.2006 überhaupt nicht angezeigt hat, sondern die Beklagte gemäß dem Telefonat vom 28.11.2006 in dem Glauben lassen wollte, er würde am 01.12.2006 bei Herrn A. eine Nebentätigkeit aufnehmen. Soweit sich der Kläger insoweit auf ein angebliches Telefonat vom September 2006 bezieht, so liegen insoweit keinerlei Aufzeichnungen der Beklagten zu diesem Thema vor.

Soweit der Kläger vorträgt, dass sein Arbeitsverhältnis mit Herrn A. von vorneherein auf 10 Stunden/Monat beschränkt war, so konnte diesem Einwand ebenfalls nicht gefolgt werden, weil im vorliegenden Fall kein Merkmal einer nur kurzzeitigen Tätigkeit zur Überzeugung des Senats festzustellen war. Zu den Auswirkungen einer nur kurzzeitigen Tätigkeit auf die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit hat das BSG im Urteil vom 29.10.2008 (Az. [B 11 AL 52/07 R](#)) nämlich wörtlich folgendes ausgeführt:

"Arbeitslosigkeit setzt sonach u.a. Beschäftigungslosigkeit voraus. Allerdings schließt nicht jede Beschäftigung die Arbeitslosigkeit aus. Denn nach [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) (ebenfalls idF des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes) schließt die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung Beschäftigungslosigkeit nicht aus; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer bleiben unberücksichtigt. Entscheidend ist somit, ob die vom Kläger ... aufgenommene abhängige Beschäftigung eine kurzzeitige Beschäftigung i.S. des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) war oder nicht.

Die Beurteilung, wann eine Beschäftigung die Zeitgrenze des [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) (ab 1. Januar 2005: [§ 119 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#)) überschreitet, ist unter Heranziehung der von der Rechtsprechung des BSG zu den Vorgängervorschriften des AFG entwickelten Kriterien vorzunehmen. Auch wenn die Regelungen der [§§ 117, 118 SGB III](#) den früheren Regelungen der §§ 101, 102 AFG nicht in vollem Umfang entsprechen, haben die schon zur früheren Rechtslage entwickelten Grundsätze jedenfalls insofern weiterhin Gültigkeit, als bei der

Bestimmung von Arbeitszeiten in Beschäftigungsverhältnissen vorrangig auf die getroffenen Vereinbarungen abzustellen ist ... Dennoch hat sich in der Sache insoweit nichts geändert und kann auf die bisherige Rechtsprechung des BSG zu § 102 AFG zurückgegriffen werden, wonach es für die Beurteilung der Kurzzeitigkeit einer Beschäftigung vorrangig auf die vertraglichen Vereinbarungen und eine vorausschauende Betrachtungsweise, die an die Verhältnisse zu Beginn der Beschäftigung anknüpft, ankommt (vgl. BSG [SozR 4100 § 102 Nr. 3](#); BSG, Urteil vom 17. März 1981 - [7 RAr 19/80](#), DBIR 2676a zu § 104 AFG; BSG, Urteil vom 15. Juni 1988 - [7 RAr 12/87](#) veröffentlicht in juris - und BSG, Urteil vom 15. Dezember 1999 - [B 11 AL 53/99 R](#), DBIR 4591a zu § 102 AFG; zuletzt BSG, Urteil vom 17. Oktober 2007 - [B 11a AL 25/06 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen - zu § 102 AFG). Dies entspricht auch der in der Literatur vertretenen Rechtsmeinung (vgl. ua Steinmeyer aaO RdNr 69, 70; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 119 RdNr 59, 60, Stand Januar 2006; Gutzler in Mutschler/Bartz/Schmidt-De Caluwe, SGB III, 3. Aufl 2008, § 119 RdNr 41, 42 mwN).

Zu Recht hat deshalb das LSG auf die zwischen dem Kläger und seinem Arbeitgeber bestehenden vertraglichen Vereinbarungen abgestellt und eine prognostische Betrachtungsweise anhand der Merkmale und Umstände, wie sie bei Beschäftigungsbeginn vorlagen, vorgenommen."

Der Senat schließt sich diesen Vorgaben der Rspr. (vgl. zuletzt BayLSG, Az. L 9 AL 51/09) des BSG vorbehaltlos an. Dies bedeutet, dass in einem ersten Schritt festzustellen ist, ob die Arbeitsvertragsparteien bei Beschäftigungsbeginn lediglich eine Nebentätigkeit vereinbaren wollten, deren Umfang die Grenzen von 15 Stunden/Woche nicht überschreitet und spätere Abweichungen dann ggf. vor dem Hintergrund von [§ 119 Abs. 3 S. 1](#) HS 2 SGB III in der hier geltenden Fassung des Hartz III-Gesetzes vom 23.12.2003 nur als gelegentlich und von geringer Dauer anzusehen sind. Ansatzpunkt dafür ist zunächst ein möglicher Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie eine entsprechende Anzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit (BA), damit von dieser Seite mögliches Nebeneinkommen nach [§ 141 SGB III](#) berücksichtigt werden kann. Sofern ein solcher schriftlicher Arbeitsvertrag nicht vorliegt, kann auch auf die Eintragungen in der Nebenverdienstbescheinigung sowie weitere Merkmale und Umstände, wie sie zu Beginn der Tätigkeit vorlagen, zurück gegriffen werden.

Im Fall des Klägers bestand kein schriftlicher Arbeitsvertrag, der eine nur kurzzeitige Beschäftigung belegen könnte. In der Nebenverdienstbescheinigung gab der Arbeitgeber an, dass eine Tätigkeit von 15 Stunden pro Woche oder mehr vorliege und in der hierauf ausgestellten Arbeitsbescheinigung war von einer Teilzeitbeschäftigung in Höhe von 20 Stunden die Rede. Der Kläger selbst stellte die für seinen Arbeitgeber geleisteten Dienste zunächst auch selbst nicht in Abrede, sondern entschuldigte seine Aushilfsdienste damit, dass ihm für die Zukunft eine Tätigkeit als Geschäftsführer angeboten worden sei, was sich nicht bewahrheitet habe. Erst als der Kläger im Aufhebungs- und Erstattungsbescheid die Zahl von 15 Stunden entdeckte, trug er nunmehr vor, nicht mehr als 10 Stunden im Monat gearbeitet zu haben, während er in der mündlichen Verhandlung vor dem SG München im Monat September 2006 gar nicht mehr gearbeitet haben will, obwohl für diesen Monat sogar eine Lohnabrechnung des Arbeitgebers über insoweit erwirtschafteten Lohn vorliegt.

Aufgrund dieser Umstände und v.a. angesichts der Tatsache, dass der Kläger seine Aushilfstätigkeit zunächst zu beschönigen versucht, ehe er sie dann gänzlich in Abrede stellt, konnte sich der Senat nicht davon überzeugen, dass zwischen dem Kläger und Herrn A. zunächst ein nur kurzzeitiges Beschäftigungsverhältnis vereinbart wurde im Zuge dessen es dann später zu unvorhersehbaren Überschreitungen gekommen ist. Vielmehr hat der Kläger nach Ansicht des Senats von Anfang für Herrn A. zwar nicht genau 20 Stunden in der Woche gearbeitet, jedoch offenbar Arbeit je nach Anfall und in zunächst völlig offenem Umfang in unterschiedlichen Gaststätten geleistet, so dass alleine in dem Lokal "M. Stub n" in P. zwischen dem 10.09.2006 und 20.09.2006 insgesamt 78 Stunden in 11 Tagen gearbeitet wurden.

Ein Arbeitsverhältnis dieser Art trägt jedoch keine von vorneherein, also zu Beschäftigungsbeginn, geplante Kurzzeitigkeit im Sinn der o.g. Rspr. des BSG in sich, sondern lässt es vielmehr völlig offen, wieviel Arbeit in der Zukunft geleistet werden soll. Man kann eine Tätigkeit dieser Art als Springertätigkeit oder auch als Abrufarbeit bezeichnen und auch davon ausgehen, dass die vom Arbeitgeber in der Arbeitsbescheinigung genannte Zahl von 20 Stunden/Woche lediglich einen Durchschnitt angibt, jedenfalls kann hierin aber nach Überzeugung des Senats keine Vereinbarung erblickt werden, die anfänglich lediglich eine kurzzeitige Beschäftigung zum Inhalt hatte. Vielmehr war dieses offene und insbesondere hinsichtlich des Umfangs der Arbeitsleistung anfänglich unbestimmte Aushilfsarbeitsverhältnis aufgrund seiner Eigenart zum Zeitpunkt seines Abschlusses darauf angelegt, die Arbeitslosigkeit im Sinn von [§ 119 Abs. 3 S. 1 SGB III](#) zu beenden. Dass der Kläger dann sogar 78 Stunden in 11 Tagen gearbeitet hat, unterstreicht hier die Unterbrechung der Arbeitslosigkeit durch eine mehr als kurzzeitige Beschäftigung (vgl. BSG vom 29.10.2008, Az. [B 11 AL 52/07 R](#), bei juris Rz 17 a.E).

Danach hat der Kläger bereits durch Aufnahme seiner Aushilfstätigkeit als Koch in den Gaststätten des Herrn A. am 10.09.2006 seine Arbeitslosigkeit beseitigt (zum Beginn der Beschäftigungswoche vgl. Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 05.08.2005, Az. [L 8 AL 27/04](#)), so dass mit Aufnahme dieser Tätigkeit nicht nur die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit entfallen sind, sondern auch die Arbeitslosmeldung nach [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) bis zum Zeitpunkt der nächsten persönlichen Vorsprache (vgl. BSG vom 08.08.1996, Az. [11 RAr 15/96](#) sowie BSG vom 13.07.2006, Az. [B 7a AL 16/05 R](#)) bzw. bis zur Erschöpfung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld erloschen ist.

Insoweit geht auch der Einwand ins Leere, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Gesprächs vom September 2006 bei der Beklagten bekannt gewesen sei. Ausweislich aller vorliegenden Beratungsvermerke sprach der Kläger erstmals am 28.11.2006 konkret von einer "Nebenbeschäftigung" bei Herrn A. ... Dies hat aber nichts mit der konkreten Anzeige einer Arbeitsaufnahme im Sinn von [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) zu tun, weil diese unverzüglich und nicht erst nach über zwei Monaten zu erfolgen hat.

Soweit der Kläger einwendet, dass er für seine Tätigkeit keinen bzw. zu geringen Lohn erhalten habe, so steht dies einem Beschäftigungsverhältnis ebenfalls nicht entgegen, weil auch ein solches Beschäftigungsverhältnis sowohl sozialversicherungs- als auch arbeitsrechtlich als Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten behandelt wird. Eine andere Ansicht wurde ersichtlich auch noch nicht vertreten. Ebenso liegt hier nicht die Ausübung einer gemeinnützigen Tätigkeit oder eines Hobbies vor.

Auch der Vortrag, dass hier eine Beschäftigung ohne bzw. unter Entgelt erfolgt ist, vermag an dem Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nichts zu ändern. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 des Vierten Sozialgesetzbuchs (SGB IV) die "nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis". Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind danach "eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers". Der Inhalt des in [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) gegebenen und nach [§ 1 Abs. 1 Satz 2](#) und 3 SGB IV auch für den Bereich der Arbeitsförderung geltenden Begriffs der "Beschäftigung" lässt sich danach im weitesten Sinne dahingehend bestimmen, dass es sich um eine fremdbestimmte, wirtschaftlich irgendwie ins Gewicht fallende, fremdnützige Dienstleistung handeln muss. Als Beschäftigung "gilt" nach [§ 7 Abs. 2 SGB IV](#) auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse,

Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung. Zu der Frage, dass ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinn nicht notwendigerweise gegen Entgelt erfolgen muss, hat das BayLSG in seiner Entscheidung vom 12.05.2005 (Az. [L 9 AL 127/03](#)) unter Berufung auf die hierzu bereits ergangene Rspr. des BSG dargestellt. Diese Ansicht wurde bestätigt vom BSG (Urteil vom 09.02.2006, Az. [B 7a AL 58/05 R](#)). Dort ist im Leitsatz Nr. 3 ausdrücklich ausgeführt:

"Ein vom Arbeitsverhältnis und beitragsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis abzugrenzendes leistungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis i.S. des [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) und damit auch des [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB 3](#) kann auch bei einem nicht beitragspflichtigen oder unentgeltlichen Beschäftigungsverhältnis vorliegen. Entscheidend ist, dass Gegenstand des Verhältnisses gerade die Leistung fremdnütziger Arbeit von wirtschaftlichem Wert im Rahmen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses ist."

Es ist daher ohne jede Bedeutung, dass das Arbeitsverhältnis hier in Hinblick auf eine zukünftige Tätigkeit als Geschäftsführer angedacht war.

Darüber hinaus ist nach der o.g. Rspr. des BSG zu beachten, dass es bei [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift darauf ankommt, dass der Verstoß gegen eine Mitteilungspflicht in einem Pflichtwidrigkeitszusammenhang mit der Leistungsgewährung steht. Einschlägig sei daher nur der Verstoß gegen eine Mitteilungspflicht, die die Leistungserbringung gerade im konkreten Kontext verhindern soll (vgl. BSG a.a.O.). Insoweit kann aber nicht bezweifelt werden, dass die Pflicht, die Aufnahme einer Beschäftigung mitzuteilen, jedenfalls die Zahlung von Arbeitslosengeld für die Zeit der Beschäftigung verhindern soll, so dass diese Voraussetzung hier erfüllt ist.

Der Kläger handelte insoweit auch grob fahrlässig i.S.v. [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) i.V.m. [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 Halbsatz 2 SGB X](#). Danach liegt grobe Fahrlässigkeit vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Dabei ist ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen. Grobe Fahrlässigkeit ist zu bejahen, wenn der Betroffene schon einfache, naheliegende Überlegungen nicht angestellt und deshalb nicht beachtet hat, was in diesem Fall jedem einleuchten musste (vgl. Kasseler Kommentar-Steinwedel, Sozialversicherungsrecht, [§ 45 SGB X](#), Rz 39). Dabei ist auf die persönliche Urteils- und Kritikfähigkeit sowie die besonderen Umstände des Einzelfalles abzustellen. Es ist also nicht ein objektiver, sondern ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab anzulegen, es gilt der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff (zum subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff vgl. u.a. BSG, Urteil vom 29.10.2008, Az. [B 11 AL 52/07 R](#) sowie LSG NRW, Urteil vom 03.06.2009, Az. [L 8 R 210/08](#) m. w. N. sowie Niesel, SGB III, § 330 Rz 31). Entscheidend sind somit stets die besonderen Umstände des Einzelfalles und die individuellen Fähigkeiten des Betroffenen, d.h. seine Urteilsfähigkeit und sein Einsichtsvermögen, im Übrigen auch sein Verhalten (Wiesner in von Wulffen, SGB X, § 45 Rz 24). Teilt ein Versicherter wesentliche Tatsachen nicht mit, obwohl er dazu verpflichtet war und auch unmissverständlich belehrt worden ist, liegt in aller Regel grobe Fahrlässigkeit vor (vgl. Wiesner in von Wulffen, SGB X, § 45 Rz 22). Insoweit muss es dem Versicherten ohne weitere Überlegungen klar gewesen sein, dass er den betreffenden Umstand mitteilen musste (BSG SozR 4100 § 152 Nr. 10).

Unter Berücksichtigung dessen ist vom Arbeitslosen zu verlangen, dass er vom Inhalt der ihm übergebenen Merkblätter Kenntnis nimmt und je nach den Umständen des Einzelfalles im Zweifel bei der Beklagten nachfragt. Der Kläger hat das Merkblatt für Arbeitslose am 28.04.2006 erhalten, in welchem Ausführungen zur Arbeitslosigkeit und Mitwirkungspflicht enthalten sind. 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. Niesel, SGB III, § 330 Rz 32).

Aus dem ausgehändigten sog. Merkblatt 1 für Arbeitslose (Ihre Rechte - Ihre Pflichten), dessen Erhalt der Kläger unterschrieben in seinem Antrag auf Arbeitslosengeld bestätigt hat, war für jeden erkennbar, wo die Grenzen der Arbeitslosigkeit liegen (vgl. S. 15, 47 und 57).

In diesem Merkblatt ist ausdrücklich ausgeführt: "Sie müssen für den Bezug von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe arbeitslos sein. Sie sind arbeitslos, wenn Sie vorübergehend in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen und eine Beschäftigung suchen. Arbeitslos ist auch, wer eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung als Arbeitnehmer oder Tätigkeit als Selbständiger oder mithelfender Familienangehöriger ausübt. Die Woche in diesem Sinne umfasst sieben aufeinanderfolgende Tage, beginnend mit dem ersten Tag nach der Beschäftigung bzw. Tätigkeit (Beschäftigungswoche in Fettdruck)."

Außerdem wird darauf hingewiesen (S. 57), dass während des Bezuges von Arbeitslosengeld eine Beschäftigung ausgeübt und ein Nebeneinkommen erzielt werden darf. Mit Fettdruck hervorgehoben ist noch folgender Hinweis: "Die Nebentätigkeit 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 Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe. Gegebenenfalls ist eine erneute persönliche Arbeitslosmeldung erforderlich. Wichtig ist, dass Sie jede Nebenbeschäftigung dem Arbeitsamt unverzüglich und unaufgefordert melden."

Besondere Aufmerksamkeit hätte der Kläger dem weiteren Inhalt des Merkblattes (S. 48ff) widmen sollen, der sich auf die Antragstellung und die Zeit danach bezieht: "Bereits ab Beantragung einer 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 solchen Mitwirkungspflichten nicht nachkommen, wird die Leistung eventuell ganz oder teilweise versagt oder entzogen (Fettdruck). 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 ... rechtzeitig berücksichtigt und Überzahlungen vermieden werden können ... Insbesondere in nachfolgend aufgeführten Fällen ist es wichtig, dass sie sofort Ihr Arbeitsamt benachrichtigen: ... 2. Sie eine berufliche Tätigkeit übernehmen - auch als Selbständiger oder mithelfender Familienangehöriger ... Verlassen sie sich auch nicht auf eventuelle Zusagen anderer, z.B. ihres Arbeitgebers, ihre Beschäftigungsaufnahme ihrer Agentur für Arbeit anzuzeigen. Hierzu sind ausschließlich sie selbst verpflichtet (in Fettdruck). Dieses gilt auch für Probearbeitsverhältnisse ..."

Wegen dieser insoweit unmissverständlichen Ausführungen des Merkblattes musste es sich dem Kläger geradezu aufdrängen, dass er jede Tätigkeit bereits mit deren Aufnahme anzugeben hat. Es bestehen im vorliegenden Fall auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger das Merkblatt nicht verstanden haben kann. Die o.g. Ausführungen im Merkblatt sind klar und unmissverständlich.

Darüber hinaus und völlig unabhängig von den insoweit klaren und mehrfach wiederholten Ausführungen im o.g. Merkblatt hat der Kläger Arbeitslosengeld beantragt und erhalten, weil er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden bzw. eine gleichstehende Probetätigkeit ausgeübt hat. Ihm muss also klar gewesen sein, dass er diese Leistung gerade deshalb erhält, weil er arbeitslos ist. Die Tatsache, dass Arbeitslosengeld nur gezahlt wird, wenn Beschäftigungslosigkeit vorliegt, ist eine Selbstverständlichkeit, so dass die Nichtmitteilung einer Arbeitsaufnahme regelmäßig auf grober Fahrlässigkeit beruht. Darüber hinaus hat die Beklagte die Klägerin im Merkblatt 1 für Arbeitslose zutreffend und verständlich darüber belehrt, dass sie die Agentur für Arbeit entsprechend benachrichtigen muss, wenn sie eine berufliche Tätigkeit aufnimmt. Unter der Nr. 2.3 ist insoweit wörtlich in Fettdruck ausgeführt: "In ihrem eigenen Interesse sollten sie jede Beschäftigung oder Tätigkeit vor deren Beginn ihrer Agentur für Arbeit anzeigen (Fettdruck)".

Da der Kläger sich im Verwaltungsverfahren und im gerichtlichen Verfahren schriftlich gut artikulieren konnte, darf auch davon ausgegangen werden, dass der Kläger, der im Übrigen über jahrelange Berufserfahrung in verantwortlicher Funktion als Chefkoch verfügt, im Fall der erforderlichen Konzentration auf die Ausführungen der Beklagten im Merkblatt auch hätte erkennen können, dass es für den Wegfall der Arbeitslosigkeit nicht auf den Verdienst, sondern ausschließlich auf eine unverzüglich gemeldete Arbeitsaufnahme ankommt, so dass die Voraussetzungen der subjektiven Fahrlässigkeit zur vollen Überzeugung des Senats erfüllt sind.

Die Jahresfrist des [§ 48 Abs. 4 Satz 1](#) i.V.m. [§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X](#) wurde ebenfalls eingehalten.

Eine Ermessensentscheidung war von der Beklagten wegen [§ 330 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) nicht zu treffen.

Die Höhe des Erstattungsbetrags ist zutreffend berechnet worden. Rechtsgrundlage für diese Forderung ist [§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#). Die Erstattungspflicht der im Überzahlungszeitraum entrichteten Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung hat ihre rechtliche Grundlage in [§ 335 Abs. 1 SGB III](#).

Danach ist die Berufung ohne Erfolg, weil durch die Tätigkeit ab dem 10.09.2006 die Arbeitslosmeldung erloschen ist, die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit nicht mehr bestanden, also eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision sind nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2012-04-20