

## L 2 AL 44/12

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
2  
1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen  
S 44 AL 454/09

Datum  
11.04.2012

2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen

L 2 AL 44/12  
Datum

26.03.2014

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 11. April 2012 wird zurückgewiesen. Die Beklagte erstattet der Klägerin 15 v.H. der notwendigen außergerichtlichen Kosten in allen Rechtszügen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Anrechnung von Nebeneinkommen auf den Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg).

Die 1956 geborene Klägerin war vom 1. April 2004 bis zum 30. Juni 2008 als kaufmännische Angestellte im A. H. in einem Umfang von 12,46 Stunden wöchentlich und vom 1. Juli 2008 bis zum 30. September 2008 als Buchhalterin in einer Ergotherapiepraxis in einem Umfang von 40 Stunden wöchentlich versicherungspflichtig beschäftigt. Vom 13. August 2007 bis zum 18. Januar 2008 erhielt sie Krankengeld von der Techniker Krankenkasse. Daneben war sie mit dem "Brennstoffhandel G." seit dem 1. Juli 1985 selbstständig tätig. Am 12. Januar 2004 meldete sie darüber hinaus die Ausübung eines Kontierungs- und Schreibbüros unter der Firmierung "B." an.

Mit der Arbeitslosmeldung mit Wirkung zum 1. Oktober 2008 gab die Klägerin im Antragsformular an, seit dem 1. April 2004 den Brennstoffhandel mit wöchentlich 6 Stunden und den Büroservice seit dem 1. September 2007 im Rahmen einer Tätigkeit von 8 Stunden wöchentlich für eine Steuerberaterin zu betreiben. Hierzu reichte sie eine Aufstellung der Umsatzerlöse - für beide selbstständigen Tätigkeiten getrennt aufgeführt - für die Zeit von Oktober 2007 bis September 2008 ein. Hieraus ergab sich u.a., dass die Klägerin mit dem Büroservice im April 2008 und im Juni 2008 über 15 Stunden pro Woche tätig gewesen war.

Mit Bescheid vom 3. Dezember 2008 bewilligte die Beklagte der Klägerin Alg ab dem 1. Oktober mit einer Anspruchsdauer von 450 Kalendertagen. Für den Monat Oktober 2008 berechnete sie einen Leistungsanspruch unter Zugrundelegung des erhöhten Leistungssatzes (15,51 Euro) in Höhe 5,05 Euro kalendertäglich. Zur Erläuterung der Anrechnung von Nebeneinkommen ist ausgeführt, dass das durchschnittliche Nebeneinkommen der letzten 12 Monate vor Entstehung des Anspruches auf Arbeitslosengeld 154,12 Euro betragen habe (1.880,25 x 30 Tage: 366 Tage), es sei daher der Mindestfreibetrag in Höhe von 165,00 Euro zugrunde zu legen. Unter Berücksichtigung des Nebeneinkommens aus der Firma Brennstoffhandel G. in Höhe von 478,78 Euro für den Monat Oktober 2008 und nach Abzug des Freibetrages in Höhe von 165,00 Euro ergebe sich ein täglicher Anrechnungsbetrag in Höhe von 10,46 Euro (313,78 Euro: 30 Kalendertage). Für die Monate November bis Dezember 2008 wurde kein Nebeneinkommen angerechnet. Für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2009 berechnete die Beklagte das Alg nach dem einfachen Leistungssatz (13,89 Euro).

Mit als "Zwischenmitteilung zu Ihrem Antrag auf Arbeitslosengeld" überschriebenem weiteren Schreiben vom selben Tage heißt es u.a.: " ... über Ihren Antrag konnte ich nur vorläufig entscheiden, weil die folgenden Unterlagen bzw. Angaben fehlen: Nebeneinkommensaufstellungen für den Brennstoffhandel G. für November 2008 und für den B. für die Monate Oktober und November 2008".

Nach Einreichung der betriebswirtschaftlichen Auswertungen für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. November 2008, aus denen sich ein bereinigtes Nebeneinkommen aus dem Büroservice für den Monat Oktober 2008 in Höhe von 327,60 Euro und für den Monat November 2008 ein Einkommen aus beiden selbstständigen Tätigkeiten in Höhe von 717,30 Euro ergab, berechnete die Beklagte das Nebeneinkommen neu und erließ einen mit "Änderungsbescheid" bezeichneten Verwaltungsakt vom 15. Dezember 2008, mit dem kein Leistungsanspruch für die Monate Oktober und November 2008 zuerkannt wurde. Aus der Erläuterung zur Anrechnung des Nebeneinkommens ergibt sich, dass zur Berechnung des Leistungsanspruchs Einkommen aus zwei selbstständigen Nebenbeschäftigungen für den Monat Oktober 2008 in Höhe von 806,38 Euro und für den Monat November in Höhe von 717,30 Euro zu Grunde gelegt wurden.

Unter Berücksichtigung eines Freibetrags in Höhe von 165,00 Euro übersteige das Nebeneinkommen den Leistungsbetrag in Höhe von 15,51 Euro. Mit einem weiteren Bescheid vom 15. Dezember 2008 hob die Beklagte die Bewilligung von Alg ab dem 1. Dezember 2008 auf und forderte mit weiterem Bescheid gleichen Datums die Erstattung von 616,80 Euro.

Mit Widerspruch der Klägerin vom 23. Dezember 2008 wandte sie sich ausdrücklich gegen alle Bescheide vom 15. Dezember 2008. In der Begründung heißt es, dass bei korrekter Berechnung des Freibetrages ein Restanspruch Arbeitslosengeld verbleibe. Unter Außerachtlassung der Monate April und Juni 2008, in denen die 15-Stunden-Grenze überschritten worden sei, ergebe sich ein Gewinn in Höhe von 5.402,72 Euro für beide selbstständigen Tätigkeiten in den letzten 12 Monaten vor Entstehen des Anspruchs (1. Oktober 2007 bis 30. September 2007 (gemeint ist 2008)). Hiernach sei ein Durchschnittsgewinn in Höhe von 450,23 Euro anrechnungsfrei. Für eine getrennte Betrachtung beider selbstständiger Tätigkeiten, bei der die selbstständige Tätigkeit für den Büroservice für die Berechnung des Freibetrages vollständig unberücksichtigt geblieben sei, sei keine Rechtsgrundlage erkennbar. Das hier maßgebliche Einkommenssteuerrecht unterscheide nicht nach unterschiedlichen Verrichtungen im Rahmen der selbstständigen Tätigkeit, sondern nur zwischen selbstständiger und unselbstständiger Arbeit. Dafür gebe es wegen der häufig vorkommenden Vermischung von Dienstleistung und Warenverkauf auch keinen sachgerechten Maßstab. Es sei deshalb ohne rechtliche Bedeutung, auf welche Weise der steuerrechtliche Gewinn erzielt werde. Im Falle der Klägerin würden der Brennstoffhandel und der Büroservice von einem Büro aus betrieben, sodass eine räumliche oder zeitliche exakte Trennung dieser Tätigkeiten und auch der Zuordnung der Betriebsausgaben nicht möglich erscheine. Der Zweck der Privilegierung liege darin, dass die geringfügige Nebenbeschäftigung bereits längere Zeit für das Lebenshaltungsniveau des Arbeitslosen mitbestimmend gewesen sei. Hieraus ergebe sich keine Begründung für eine getrennte Betrachtung. Auch im Falle einer unselbstständigen Nebentätigkeit spiele es keine Rolle, wenn innerhalb der 12 Monate vor dem Entstehen des Anspruchs geringfügige Nebentätigkeiten gewechselt werden würden. Vorliegend sei es daher unbillig, wenn Einkommen aus einer hinzugetretenen Beschäftigung ohne Einschränkung auf das Arbeitslosengeld angerechnet würde.

Einen erneuten Antrag der Klägerin vom 2. Januar 2009 mit Wirkung zum 1. Januar 2009 lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 6. Januar 2009 mit der Begründung ab, dass die Klägerin aus zwei selbstständigen Nebenbeschäftigungen Einkommen erziele, welches wegen der Anrechnung des Nebeneinkommens unter Berücksichtigung eines Freibetrages in Höhe von 165,00 Euro zum Wegfall des Leistungsanspruches führe.

Mit Änderungsbescheid vom 7. Juli 2009 bewilligte die Beklagte auf den Widerspruch der Klägerin für den Monat November 2008 Alg in Höhe von 2,60 Euro kalendertäglich. Hierbei ging sie für den Monat November 2008 von einem Einkommen aus dem Brennstoffhandel in Höhe von 471,60 Euro und für den Büroservice in Höhe von 245,70 Euro aus und legte für jede selbstständige Nebentätigkeit einen Freibetrag in Höhe von 165,00 Euro zugrunde.

Die Klägerin stellte mit Schriftsatz vom 15. Juli 2009 klar, dass sie für den Monat Dezember 2008 keinen Leistungsanspruch geltend mache.

Durch Widerspruchsbescheid vom 20. August 2009 stellte die Beklagte fest, dass die Erstattungsforderung nach Erlass des Änderungsbescheides vom 7. Juni 2009 noch 538,80 Euro betrage und wies den Widerspruch im Übrigen als unbegründet zurück. Zur Begründung führte sie aus, dass Freibeträge gemäß [§ 141 Abs. 1 und Abs. 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) jeweils in Höhe von monatlich 165,00 Euro zu gewähren seien. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die Tätigkeit der Firma B. in den letzten 18 Monaten vor Anspruchsentstehung nicht 12 Monate mit weniger als 15 Stunden ausgeübt worden sei, sondern nur 10 Monate und dem weiteren Umstand, dass das nach [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) anrechnungsfreie Einkommen aus der Firma Brennstoffhandel G. in den letzten 12 Monaten vor der Anspruchsentstehung unter dem maßgeblichen Mindestfreibetrag von 165,00 Euro gelegen habe. Die Nebeneinkünfte hätten im Monat Oktober 2008 806,38 Euro und im Monat November 2008 717,30 Euro betragen. Nach Abzug des monatlichen Gesamtfreibetrages in Höhe von 330,00 Euro ergebe sich für den Monat Oktober 2008 ein Anrechnungsbetrag in Höhe von 476,38 Euro, der auf die Höhe des tatsächlichen monatlichen Leistungsanspruchs in Höhe von 465,30 Euro zu begrenzen gewesen sei. Aus dem Einkommen des Monats November 2008 verbliebe nach Abzug des Freibetrages von 330,00 Euro noch ein Anrechnungsbetrag in Höhe von 387,30 Euro, sodass der Klägerin für diesen Monat noch Arbeitslosengeld in Höhe von 78,00 Euro (2,60 Euro kalendertäglich) zustehe. Die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) lägen vor, da der Klägerin mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 mitgeteilt worden sei, dass es sich um eine vorläufige Bewilligung gehandelt habe. In der Kostenentscheidung stellte die Beklagte fest, dass die im Widerspruchsverfahren entstandenen notwendigen Aufwendungen bis zu 1/8 auf Antrag erstattet würden. Mit ihrer Klage vom 1. September 2009 vor dem Sozialgericht Hamburg ([S 44 AL 454/09](#)) hat die Klägerin geltend gemacht, der Freibetrag sei fehlerhaft berechnet worden, weil die Beklagte die Voraussetzungen des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) nicht für beide selbstständige Tätigkeiten getrennt habe prüfen dürfen, denn unabhängig von unterschiedlichen Verrichtungen liege nur eine gesamte selbstständige Erwerbstätigkeit vor. Für die Ansicht der Klägerin spreche sowohl die Intention des Gesetzgebers, dem Arbeitslosen die Nebeneinkünfte zu belassen, die schon längere Zeit seinen Lebensstandard mitbestimmt hätten, als auch seine Entscheidung, bei Vorliegen eines schwankenden Einkommens den Freibetrag anhand eines Durchschnittsverdienstes zu berechnen. Auf die Ursache von ggf. sehr hohen Schwankungen, z.B. aus zeitlichen Gründen oder wegen eines Wechsels einer Nebenbeschäftigung, komme es nicht an. Hieraus sei zu schließen, dass es unerheblich sei, welche Erwerbstätigkeit dem Einkommen zugrunde liege. Darauf, dass sich bei der Klägerin nicht nur der Umfang der Tätigkeit, sondern auch die Art der Tätigkeit geändert habe, könne es nicht ankommen, weil das Steuerrecht nach der Art der Gewinnerzielung nicht differenziere. Die Auffassung der Klägerin werde durch das Urteil des Bundessozialgerichtes (BSG) vom 1. Juli 2010 - [B 11 AL 31/09 R](#) - gestützt. Hierin habe das BSG ausgeführt, dass sich im Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber finde, dass es sich weder für die Zeit vor Anspruchsbeginn noch für die Zeit danach um eine einheitliche Beschäftigung handeln müsse oder eine zusammenhängende Ausübung zu verlangen sei. Auch im Schrifttum werde dementsprechend angenommen, dass die Gesamtdauer von 12 Monaten auch durch Zusammenrechnung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen erreicht werden könne und dass eine Identität von Arbeitszeiten und Verdiensten nicht erforderlich sei (Voelzke/ Kasselner Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 12 Rn 30, Henke/ Eicher - Schlegel SGB III, § 141 Rn 114, Stand Oktober 2006). Die Ermittlung und Berechnung des Nebeneinkommens werde nicht beanstandet. Darüber hinaus hat die Klägerin die Kostenquote der Kostenentscheidung im Widerspruchsverfahren angegriffen. Streitig sei nur die Differenz zwischen dem von der Beklagten zunächst angenommenen Freibetrag in Höhe von 165.- und dem von der Klägerin angenommenen Freibetrag in Höhe von 450,23 EUR, mithin 285,23 Euro gewesen. Mit der Einräumung eines Freibetrages im Widerspruchsverfahren in Höhe von 330.- Euro liege demnach ein Obsiegen mit einer Quote von 57,85 % vor.

Die Beklagte hat weiterhin die Auffassung vertreten, dass für die Frage, ob ein Freibetrag nach [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) einzuräumen sei, beide

selbstständige Tätigkeiten getrennt voneinander zu prüfen seien. Beide Tätigkeiten würden unter verschiedenen Firmennamen ausgeübt werden. Sie hat sich auf ihre Weisungslage bezogen, wonach ein Freibetrag für jede Beschäftigung getrennt zu ermitteln sei.

Das Schreiben der Bevollmächtigten der Klägerin vom 12. Oktober 2009, in dem die Klägerin die Auffassung vertrat, dass der Widerspruch vom 22. Dezember 2008 gegen die Bescheide vom 15. Dezember 2008 den gesamten Zeitraum der Leistungsbewilligung vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. Dezember 2009 umfasse und die Leistungsablehnung Gegenstand des Verfahrens geworden sei, legte die Beklagte als Überprüfungsantrag aus.

Mit Bescheid vom 9. Dezember 2009 bewilligte die Beklagte der Klägerin nach Vorlage von Einkommensaufstellungen unter Berücksichtigung des einfachen Leistungssatzes von 13,89 Euro kalendertäglich Alg für Januar 2009 in Höhe von 3,46 Euro kalendertäglich (Brennstoffhandel: 413,56 Euro + Büroservice 229,32 Euro = 642,88 Euro./ 330,00 Euro = 312,88 EUR: 30 = 10,43 Euro), für Februar 2009 kein Alg (Brennstoffhandel: 622,18 Euro./ 165,00 Euro = 457,18 Euro: 30 = 15,23 Euro) und für März 2009 Alg in Höhe von 7,63 Euro kalendertäglich (Brennstoffhandel 329,53 Euro + Büroservice 188,37 Euro = 517,90 Euro./ 330 Euro = 187,90 Euro: 30 = 6,26 Euro).

Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch mit Schreiben vom 14. Dezember 2009, in welchem sie die Berechnung des Freibetrages im Rahmen der Einkommensanrechnung nach [§ 141 SGB III](#) beanstandete und auf ihre vorherige Widerspruchsbegründung verwies.

Den Widerspruch wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 12. Februar 2010 zurück. Hierin wurde die Berechnung aus dem angefochtenen Bescheid ausführlich erläutert.

Die Klägerin hat am 17. Februar 2010 gegen den Bescheid vom 9. Dezember 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 12. Februar 2010 Klage vor dem Sozialgericht Hamburg erhoben (S 44 AL 96/10) und sich auf die Begründung der Klage zum Aktenzeichen [S 44 AL 454/09](#) bezogen.

Das Sozialgericht hat die Klagen zu dem Aktenzeichen S 44 AL 96/10 und [S 44 AL 454/09](#) in der mündlichen Verhandlung vom 11. April 2012 miteinander verbunden und unter dem Aktenzeichen [S 44 AL 454/09](#) fortgeführt. Mit Urteil vom 11. April 2012 hat es die Klage abgewiesen und die Berufung gegen seine Entscheidung zugelassen. Es hat die Auffassung vertreten, dass Rechtsgrundlage für die Rücknahme der Bewilligungsentscheidung die Vorschrift [§ 45 SGB X](#) sei. Dem Verfügungssatz des Bescheides vom 3. Dezember 2008 sei keine Vorläufigkeit zu entnehmen gewesen, so dass es sich um eine endgültige Entscheidung handle. Die Beklagte habe das Nebeneinkommen zutreffend auf das Alg angerechnet, weil für jede selbstständige Tätigkeit getrennt zu prüfen sei, ob die Privilegierung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) eingreife. Auch die Klägerin selbst sei davon ausgegangen, unterschiedliche Tätigkeiten unter jeweils anderer Firmierung auszuüben. Bei einer getrennten Betrachtung der einzelnen selbstständigen Tätigkeiten sei der Gesetzeszweck, dem Arbeitslosen die Nebeneinkünfte zu belassen, die schon längere Zeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit seinen Lebensstandard mitbestimmt hätten, gewahrt, denn für beide Nebentätigkeiten würden Freibeträge berücksichtigt werden. Eine gemeinsame Betrachtung beider Nebentätigkeiten schein sachwidrig, da sie zu einer Ungleichbehandlung mit Arbeitslosen führen würde, deren einzige Nebentätigkeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit weniger als 12 Monate ausgeübt worden sei. Des Weiteren sprächen Wortlaut und Systematik dafür, die einzelnen Tätigkeiten isoliert zu betrachten, weil die Vorschrift des [§ 141 Abs. 1 bis 3 SGB III](#) so formuliert sei, dass sie jeweils nur die Konstellation einer einzigen Nebentätigkeit erfasse. Wäre es dem Gesetzgeber auf die Berücksichtigung des Gesamteinkommens aller Nebentätigkeiten und nicht auf die isolierte Betrachtung der einzelnen Tätigkeiten angekommen, hätte es nahegelegen, dies in den Gesetzeswortlaut einfließen zu lassen. Zwar verlange der Gesetzeswortlaut keine zusammenhängende Beschäftigung (so auch BSG, Urteil vom 1. Juli 2010 – [B 11 AL 31/09 R](#) – Rz. 17; juris), dies bedeute aber nicht zwangsläufig, dass beide selbstständigen Tätigkeiten als eine einzige selbstständige Erwerbstätigkeit betrachtet werden müssten. So lasse die Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 5. September 2006 – [B 7a AL 88/09 R](#) – Rz. 17; juris) mehrere Freibeträge kumulativ nebeneinander zu, was nur bei einer getrennten Betrachtung aller ausgeübten Tätigkeiten möglich sei. Auch der Umstand, dass das Steuerrecht bei der Gewinnermittlung nicht nach der Art der selbstständigen Tätigkeit unterscheide, führe nicht zwangsläufig zu einer getrennten Betrachtungsweise, da mit dem Sozialversicherungsrecht und dem Steuerrecht unterschiedliche Zielrichtungen verfolgt würden. Bei der von der Klägerin begehrten Betrachtung beider Einkommen als Gesamteinkommen bliebe auch das vor der Arbeitslosigkeit erzielte Einkommen aus einer vom Umfang geringfügigen Tätigkeit außer Betracht, wenn neben dieser eine zweite selbstständige Tätigkeit ausgeübt worden wäre, die 15 oder mehr Stunden eingenommen hätte und die zusammengerechnet die 15-Stunden-Grenze überschritten hätte. Die Kostenquote sei von der Beklagten zutreffend errechnet worden. Der Klägerin sei es um die Reduzierung der Erstattungsforderung gegangen, und die Beklagte habe erst nach Einreichung der für die Berechnung des Leistungsanspruchs erforderlichen Unterlagen abschließend über den Leistungsanspruch entscheiden können. Hinsichtlich des Bescheides vom 9. Dezember 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Februar 2010 seien die Voraussetzungen für eine Neufeststellung nicht erfüllt. Die Beklagte habe die Leistungshöhe zutreffend errechnet.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 23. Mai 2012 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 21. Juni 2012 Berufung eingelegt. Hierin wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen aus dem Widerspruchs- und Klageverfahren und trägt ergänzend vor, dass auch bei der Frage, ob Arbeitslosigkeit noch vorliege, mehrere Beschäftigungen zusammengerechnet würden. Soweit das Gericht darauf verweise, dass [§ 141 SGB III](#) mehrere Freibeträge zulasse, also eine getrennte Betrachtung erforderlich sei, betreffe diese Fallkonstellation unterschiedliche Absätze bzw. Tatbestände der Vorschrift. Mehrere Freibeträge würden dann in Betracht kommen, wenn zu einer bereits vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit bestehenden nebenberuflichen Tätigkeit eine Nebentätigkeit hinzutrete, die erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit aufgenommen würde. Nach dieser Rechtsprechung sei es konsequent, wenn auf das Einkommen aus einer Nebentätigkeit, die nach Eintritt der Arbeitslosigkeit ausgeweitet werden würde, aber weiterhin unter 15 Stunden verbleibe, die Privilegierung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) anzuwenden sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 26. März 2014 hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin erklärt, dass für die Zeit vom 1. April 2009 bis zum 31. Dezember 2009 kein weiterer Anspruch auf Alg geltend gemacht werde. Nachdem die Klägerin den Bescheid der Familienkasse H. für die Zeit ab Januar 2009 vorgelegt hat, hat die Beklagte sich bereit erklärt, der Klägerin Alg dem Grunde nach unter Zugrundelegung des erhöhten Leistungssatzes von 67 % zu gewähren und den Bewilligungsbescheid vom 9. Dezember 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Oktober 2010 entsprechend abzuändern. Die Klägerin beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 11. April 2012 aufzuheben, den Änderungsbescheid vom 15. Dezember 2008 in der Fassung

des Änderungsbescheides vom 7. Juli 2009 sowie den Erstattungsbescheid vom 15. Dezember 2008 und den Aufhebungsbescheid vom 15. Dezember 2008, sämtlich in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. August 2009 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für die Zeit von Oktober bis November 2008 Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines Freibetrages für Nebeneinkommen in Höhe von 450,23 Euro monatlich zu gewähren.

2. das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 11. April 2012 aufzuheben, den Bescheid vom 9. Dezember 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Februar 2010 und des Teilerkenntnisses vom 26. März 2014 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin für die Zeit von Januar bis März 2009 Arbeitslosengeld unter Zugrundelegung eines Freibetrages für Nebeneinkommen in Höhe von 450,23 Euro monatlich zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

Sie verweist auf ihre Ausführungen in den Verwaltungsakten und die Entscheidungsgründe in dem angefochtenen Urteil des Sozialgerichtes. Zur Ergänzung ihres bisherigen Vorbringens trägt sie vor, die Vorschrift des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. stelle eine Ausnahme zu dem Grundsatz dar, dass lediglich 165,00 Euro des Nettoeinkommens auf die Lohnersatzleistung nicht anzurechnen seien. Die Rechtsauffassung der Klägerin leiste Manipulationsmöglichkeiten Vorschub, weil dann eine kurz vor Eintritt der Arbeitslosigkeit aufgenommene selbstständige Nebentätigkeit mit ggf. einem beachtlichen Nebeneinkommen zu einem nicht gerechtfertigt hohen Freibetrag für die Zeit der Arbeitslosigkeit führte. Auch der Wortlaut der Norm spreche für eine getrennte Betrachtungsweise, weil in der Vorschrift des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. wie in [§ 155 Abs. 2 SGB III](#) n.F. von einer selbstständigen Tätigkeit bzw. einer Erwerbstätigkeit neben der versicherungspflichtigen Hauptbeschäftigung gesprochen werde. Die Privilegierung erfordere das Vorliegen eines längeren Zeitraums, in welchem schon Nebenverdienst erzielt worden sein müsste, durch den sich ein bestimmter Lebensstandard etabliert haben könnte.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Prozessakten des Landessozialgerichts verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte ([§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes [SGG]) und auch ohne die Zulassung der Berufung im Urteil des Sozialgerichts vom 11. April 2012 zulässige, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) eingelegte Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nach den von der Klägerseite abgegebenen Erklärungen die Höhe des Anspruchs der Klägerin auf Alg für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis 30. November 2008 (hierzu unter 1.) und vom 1. Januar 2009 bis zum 31. März 2009 (hierzu unter 2.). Es handelt sich um eine Teil-Anfechtungs- und Leistungsklage ([§§ 54 Abs. 1 Satz 1](#), 1. Variante, Abs. 4 und 56 SGG), gerichtet auf höheres Alg unter Berücksichtigung eines um 120,23 Euro (450,23 Euro./ 330,00 Euro) höheren Freibetrags, bei der Grund und Höhe des Alg-Anspruchs in vollem Umfang und unter allen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen sind (stRspr; vgl. BSG, Urteil vom 1. März 2011 – [B 7 AL 26/09 R](#), SozR 4-4300 § 141 Nr. 5 m.w.N.).

1. Die Bescheide der Beklagten vom 15. Dezember 2008, diese in der Gestalt des Teilabhilfebescheides vom 7. Juli 2009 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. August 2009 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht ihren Rechten. Sie hat keinen höheren Anspruch auf Alg als 2,60 Euro kalendertäglich für den Monat November 2008.

Rechtsgrundlage der Erstattungsforderung ist [§ 328 Abs. 3 Satz 2](#), 1. Teilsatz SGB III (in der Fassung des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes vom 16. Dezember 1997 mit Wirkung zum 1. Januar 1998, BGBl. I 2970). Danach sind auf Grund einer vorläufigen Entscheidung erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit mit der abschließenden Entscheidung ein Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkannt wird. Anders als die Beklagte und das Sozialgericht ist der Senat der Auffassung, dass der bindend gewordene Bescheid der Beklagten vom 3. Dezember 2008 das Alg nicht endgültig, sondern nur vorläufig festgesetzt hat. Eine Aufhebung nach [§ 45 SGB X](#) i.V.m. 330 Abs. 2 SGB III kommt insofern nicht in Betracht.

Ob und in welchem Umfang ein Bescheid Vorläufigkeit bestimmt, ist nach dem Empfängerhorizont eines verständigen Beteiligten zu ermitteln, der die Zusammenhänge berücksichtigt, welche die Behörde nach ihrem wirklichen Willen ([§ 133](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches - BGB) erkennbar in ihre Entscheidung einbezogen hat. Hat die Behörde die Wirkungen des Verwaltungsaktes einschränken wollen, müssen Zusätze inhaltlich bestimmt, klar, verständlich und widerspruchsfrei sein; Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwaltung. Lassen die Zusätze mehrere Auslegungen zu, muss sich die Verwaltung diejenige entgegenhalten lassen, die der Bescheidempfänger vernünftigerweise zugrunde legen darf, ohne die Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit des Bescheides willkürlich zu seinen Gunsten auszunutzen (BSG, Urteil vom 6. April 2011 – [B 4 AS 119/10 R](#) –, [BSGE 108, 86-97](#) und Urteil vom 28. Juni 1990 – [4 RA 57/89](#), [BSGE 67, 104-123](#)). Die Regelung der Vorläufigkeit für sich hat Verfügungscharakter. Es ist deshalb erforderlich, dass sich aus dem Verwaltungsakt eindeutig ergibt, ob und inwieweit die Verwaltung eine vorläufige Bewilligung verfügt hat. Die "Typus prägenden Merkmale" der vorläufigen Entscheidung müssen unzweifelhaft erkennbar sein (BSG, Urteil vom 6. April 2011 [a.a.O.](#) m.w.N.). Nicht ausgeschlossen ist es, auch außerhalb des Verwaltungsakts liegende Umstände zur Auslegung heranzuziehen, wie etwa begleitende Schreiben, die den maßgeblichen Verfügungssatz erläutern oder im Sinne einer Bescheideinheit (mit-)bestimmen (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [L 10 AS 2006/11](#), juris).

Dass die Beklagte dem Bewilligungsbescheid vom 3. Dezember 2008 hinsichtlich der Vorläufigkeit keinen Verfügungssatz vorangestellt hat, ist unschädlich, weil die Klägerin durch das dem Bescheid beigefügte Erläuterungsschreiben die Vorläufigkeit der Leistungsgewährung erkennen konnte. Das Erläuterungsschreiben der Beklagten und der Bewilligungsbescheid vom 3. Dezember 2008 bilden zusammen eine rechtliche Einheit im Sinne eines Verwaltungsaktes. Diese Einheit ergibt sich daraus, dass klar und eindeutig ausgeführt wird, dass und warum in Bezug auf den Antrag der Klägerin Alg nur vorläufig bewilligt werden konnte. Nach Auffassung des Senats konnte ein verständiger Empfänger erkennen, dass das Begleitschreiben als weitere Erläuterung des Bescheidinhalts vom gleichen Tage verstanden werden musste

und in der Leistungsbewilligung somit eine Vorläufigkeitsregelung getroffen wurde. Anders als in dem vom Landessozialgericht Berlin-Brandenburg im Urteil vom 30. Oktober 2013 ([a.a.O.](#)) zu entscheidenden Fall muss das Begleitschreiben nicht als vorausgehend und daher als Ankündigung begriffen werden, weil in der Formulierung "über ihren Antrag konnte ich nur vorläufig entscheiden" durch den Gebrauch der Vergangenheitsform unzweifelhaft erkennbar wird, dass sich die Vorläufigkeit auf den zeitgleich erlassenen Bewilligungsbescheid bezieht. Verschiedene Erklärungen, wie etwa, dass die Vorläufigkeit irrtümlich erfolgt sei oder die Beklagte mittlerweile eine andere Einschätzung gewonnen habe, sind nach dem Empfängerhorizont deshalb ausgeschlossen. Dies gilt umso mehr, als der Klägerin der Grund für die Vorläufigkeit im Begleitschreiben mitgeteilt und erforderliche Unterlagen zur Berechnung des Nebeneinkommens angefordert wurden.

Die endgültige Teilbewilligung von Alg mit Bescheid vom 15. Dezember 2008 bewirkt gemäß [§ 39 Abs. 2 SGB X](#) die Erledigung der vorläufigen Bewilligung vom 3. Dezember 2008 auf sonstige Weise. Eine Aufhebung oder Änderung gem. [§ 45 ff. SGB X](#) ist - ungeachtet des Wortlauts des [§ 328 Abs. 2 SGB III](#) - nicht erforderlich. Erfolgt sie, wie vorliegend, dennoch, so kommt dem nur deklaratorische Bedeutung in dem Sinne zu, wenn auch im Wege einer falsi demonstratio - auf die Rechtsfolgen des [§ 39 Abs. 2 SGB X](#) hingewiesen wird (Hengelhaupt in: Hauck/Noftz, SGB III, 05/12, § 328 Rz 66 m.w.N und unter Hinweis auf BSG, Urteil vom 16. November 1995 - [4 RLw 4/94](#), [SozR 3-1300 § 31 Nr. 10](#))

Mit der endgültigen Bewilligung des Alg mit Bescheid vom 15. Dezember 2008 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 7. Juli 2009 hat die Beklagte die Höhe des Alg zutreffend berechnet.

Diese Leistung stand der Klägerin dem Grunde nach zu. Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit haben nach [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) (in der anzuwendenden bis 31. März 2012 geltenden Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, [BGBI I S. 2848](#), nachfolgend als SGB III a.F. bezeichnet) Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Arbeitslosigkeit setzt gemäß [§ 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) a.F. Beschäftigungslosigkeit voraus. Nach [§ 119 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) a.F. schließt die Ausübung einer Beschäftigung, selbstständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger (Erwerbstätigkeit) die Beschäftigungslosigkeit nicht aus, wenn die Arbeits- oder Tätigkeitszeit weniger als 15 Stunden wöchentlich umfasst; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer bleiben unberücksichtigt. Nach Satz 2 der Vorschrift werden mehrere Erwerbstätigkeiten zusammengerechnet. Die Klägerin war ab 1. Oktober 2008 beschäftigungs- und damit arbeitslos, weil sie mit den beiden selbstständigen Nebentätigkeiten nicht mehr als 15 Stunden tätig war. Sie hat sich auch arbeitslos gemeldet und einen Antrag auf Alg gestellt und hat auch die Anwartschaftszeit erfüllt.

Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf höheres Alg als 2,60 Euro kalendertäglich für den Monat November 2008, denn die Beklagte hat auf den der Klägerin unstreitig zustehenden Leistungsanspruch auf Alg in Höhe von 463,30 Euro das Nebeneinkommen zutreffend berechnet.

Die Anrechnung von Nebeneinkommen aus einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung, die während einer Zeit, für die dem Arbeitslosen Alg zusteht, ausgeübt wird, richtet sich für den o.a. Zeitraum nach [§ 141 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) a.F. ... Danach ist grundsätzlich das erzielte Arbeitsentgelt nach Abzug der Steuern, der Sozialversicherungsbeiträge und der Werbungskosten sowie eines Freibetrages in Höhe von 165 Euro für den Kalendermonat, in dem die Beschäftigung ausgeübt wird, anzurechnen. Die Sonderregelung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. kommt zur Anwendung, wenn der Arbeitslose in den letzten 18 Monaten vor der Entstehung des Anspruchs neben einem Versicherungspflichtverhältnis eine selbstständige Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger von weniger als 15 Stunden wöchentlich mindestens zwölf Monate lang ausgeübt hat; erzieltes Arbeitseinkommen bleibt dann bis zu dem Betrag anrechnungsfrei, der in den letzten zwölf Monaten vor der Entstehung des Anspruchs durchschnittlich auf den Monat entfällt, mindestens jedoch ein Betrag in Höhe des Freibetrags, der sich nach Abs. 1 ergeben würde.

Die Voraussetzungen der Privilegierung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. liegen nur für die selbstständige Tätigkeit mit dem Brennstoffhandel G. vor, denn die später hinzugetretene, spätestens am 1. Oktober 2007 aufgenommene selbstständige Tätigkeit im Rahmen des B. unterfällt nicht dem Bestandsschutz der o.a. Vorschrift, da es sich um eine weitere selbstständige Tätigkeit mit anderem Inhalt handelt, und nicht um eine Ausweitung der selbstständigen Tätigkeit mit dem Brennstoffhandel. Dass die später hinzugetretene selbstständige Tätigkeit, die für sich genommen wegen der nur zehnmonatigen Ausübung als Nebentätigkeit unterhalb der 15-Stunden-Grenze innerhalb des Referenzrahmens von 18 Monaten gerade nicht privilegiert wäre, gemeinsam mit der Tätigkeit aus dem Brennstoffhandel als einheitliche Tätigkeit anzusehen sei und deshalb im Sinne von [§ 143 Abs. 3](#) a.F. SGB III gleichfalls Bestandsschutz genieße, lässt sich Wortlaut, Sinn und Zweck sowie Systematik der Vorschrift nicht entnehmen.

Zunächst spricht der Wortlaut der Vorschriften der [§ 141 Abs. 1](#), 2 und 3 SGB III a.F. für eine getrennte Prüfung jeder einzelnen Nebentätigkeit, weil die Normen eine selbstständige Tätigkeit benennen.

Auch dem Gesetzeszweck lässt sich keine andere Betrachtungsweise entnehmen, denn dieser liegt darin, dem Arbeitslosen die Nebeneinkünfte zu belassen, die schon längere Zeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit seinen Lebensstandard mitbestimmen haben ([BT-Drucks 14/873 S 14](#) zu Nr. 21). Dies waren gerade nicht die Einnahmen aus der selbstständigen Tätigkeit mit dem Büroservice, weil sie innerhalb des durch den Gesetzgeber bestimmten Referenzrahmens nicht in dem geforderten zeitlichen Umfang von 12 Monaten als Einkommen aus einer Nebenbeschäftigung zur Verfügung standen. Dem Sozialgericht ist beizupflichten, dass dieser Gesetzeszweck durch die Berücksichtigung zweier Freibeträge für beide selbstständigen Nebentätigkeiten ausreichend gewahrt wird. Die Klägerin kann nicht mit dem Argument durchdringen, weil bei der Berechnung des Freibetrages nach [§ 142 Abs. 3 SGB III](#) a.F. der Durchschnittsverdienst zu Grunde gelegt werde, sei es unerheblich, aus welcher Art der selbstständigen Tätigkeit der Verdienst herrühre, weil die Heranziehung des Durchschnittsverdienstes nur als Maßstab zur Ermittlung der Höhe des Freibetrages für eine selbstständige Tätigkeit diene. Aus dem o.a. Sinn und Zweck der Vorschrift lässt sich jedenfalls nicht ableiten, dass die Durchschnittsverdienste zweier unterschiedlicher Tätigkeiten zusammenzurechnen seien. Dass die Gewinne aus beiden Nebentätigkeiten steuerrechtlich gleichbehandelt werden, führt nicht dazu, dass den Nebeneinkünften aus dem Büroservice der erhöhte Freibetrag [§ 142 Abs. 3 SGB III](#) a.F. zu Gute kommt, denn das Steuerrecht verfolgt nicht den bereits benannten Zweck der Gewährung von Freibeträgen bei der Anrechnung von Nebeneinkünften auf Alg im Arbeitsförderungsrecht. Auch lässt sich aus [§ 15 Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch nicht ableiten, dass Einkommen aus beiden selbstständigen Tätigkeiten zusammenzufassen seien und damit der Privilegierung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. unterfielen. Nach dieser

Vorschrift ist das zwar das Einkommensteuerrecht grundsätzlich auch für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Arbeitseinkommen maßgeblich, aber eine Aussage für den hier zu beurteilenden Fall lässt sich allein hieraus aus den bereits genannten Gründen nicht entnehmen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin lassen die Entscheidungsgründe des Urteils des BSG vom 1. Juli 2010 ([B 11 AL 31/09 R](#), SozR 4-4300 § 141 Nr. 4) nicht den Schluss zu, dass im zu entscheidenden Fall zwei selbstständige Tätigkeiten zusammenzufassen seien. Das BSG hat sich in dieser Entscheidung mit der Frage zu befassen gehabt, ob [§ 142 Abs. 2](#) bzw. Abs. 3 SGB III a.F. voraussetzten, dass die ursprüngliche Nebentätigkeit weitergeführt werden müsse, es sich also bei der vor Entstehung des Alg-Anspruchs und der danach ausgeübten Nebentätigkeit um dieselbe Tätigkeit zu handeln habe, und dies verneint. Die Ausführungen in der Randnummer 17 des o.a. Urteils, in denen es heißt, dass für das Eingreifen der Privilegierung keine einheitliche Beschäftigung oder eine zusammenhängende Ausübung zu verlangen sei, sind daher so zu verstehen, dass die ausgeübten Beschäftigungen innerhalb des Referenzrahmens insgesamt - zusammenhängend oder unterbrochen - 12 Monate ausgeübt worden sein müssen (vgl. Sauer in: Jahn, SGB, 5/2009, § 141 Rn 16). In dem hier zu entscheidenden Fall liegt aber keine Unterbrechung oder ein Wechsel einer selbstständigen Tätigkeit, sondern ein Hinzutreten einer weiteren selbstständigen Tätigkeit vor, die für sich genommen die Voraussetzung der o.a. Privilegierung nicht erfüllt.

Dem Sozialgericht und der Beklagten ist darin zu folgen, dass die bisherige Rechtsprechung des BSG dafür spricht, dass für jede selbstständige Tätigkeit gesondert zu prüfen ist, ob sie den Anforderungen des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. entspricht. Im Urteil vom 5. September 2006 ([B 7a AL 88/05 R](#), SozR 4-4300 § 141 Nr. 3) hat das BSG nach der Intention der Anrechnungsvorschriften zwischen der Anrechnung des Nebeneinkommens aus fortgeführter und neu aufgenommener Beschäftigung unterschieden. Der Entscheidung lag eine Fallgestaltung zu Grunde, in der eine selbstständige Nebentätigkeit, die während des Referenzzeitraums bereits ausgeführt worden war, während des Alg- Bezuges fortgeführt und eine neue geringfügige Beschäftigung zeitgleich mit Eintreten des Alg-Anspruches aufgenommen wurde. Das BSG hat der dortigen Klägerin zwei Freibeträge zugestanden, weil sich diese Folge aus Sinn und Zweck der Regelung unter Berücksichtigung von Systematik und Wortlaut der Norm ergebe. Sinn der Regelungen sowohl des Abs. 2 als auch des Abs. 3 sei es, dem Arbeitslosen die Nebeneinkünfte zu belassen, die schon längere Zeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit seinen Lebensstandard mitbestimmt hätten. Zweck des [§ 141 Abs. 1 SGB III](#) sei es demgegenüber, dem Arbeitslosen einen Anreiz zu geben, seine Arbeitskraft neben dem Bezug von Leistungen einzusetzen, um auf diese Weise seine Wiedereingliederung zu erleichtern, weshalb die Kumulation eines Freibetrages nach Abs. 1 und nach Abs. 2 bzw. 3 sachgerecht sei. Diese Unterscheidung ist auf den vorliegenden Fall übertragbar, denn hier wie dort wurde eine privilegierte Nebentätigkeit zeitgleich neben einer nichtprivilegierten Tätigkeit ausgeübt. Das BSG hat beide Nebentätigkeiten getrennt unter die vorgenannten Vorschriften subsumiert, wie es die Beklagte auch hier zutreffend getan hat. Die Ausübung der Tätigkeit mit dem B. bereits vor Beginn der Arbeitslosigkeit ändert nichts an dem Umstand, dass sie unter den Tatbestand des [§ 141 Abs. Satz 1 SGB III](#) a.F. fällt, weil sie nicht 12 Monate innerhalb des Referenzrahmens ausgeübt worden ist. Dieser Umstand könnte nach Sinn und Zweck der Vorschrift allenfalls dazu führen, dass [§ 141 Abs. 1 SGB III](#) a.F. nicht anzuwenden wäre, weil die vom Gesetzgeber benannte Anreizfunktion nicht mehr zum Tragen kommen könnte.

Eine isolierte Betrachtung beider selbstständiger Tätigkeiten entspricht auch der allgemeinen Lebensanschauung. Es handelt sich inhaltlich um gänzlich verschiedene Tätigkeiten, die keine Gemeinsamkeiten aufweisen, so dass eine Ausweitung einer selbstständigen Tätigkeit nicht angenommen werden kann. Zu Recht hat das Sozialgericht in seiner Entscheidung hervorgehoben, dass die Klägerin ihre beiden selbstständigen Nebentätigkeiten - Brennstoffhandel und Büroservice - selbst getrennt betrachtet. Würde man der Auffassung der Klägerin folgen, würde dies in Bezug auf das Vorliegen des Bestandsschutzes zu einer Bevorzugung von selbstständigen Tätigkeiten führen. Denn wird eine weitere unselbstständige Tätigkeit innerhalb des Referenzrahmens aufgenommen, käme schon wegen unterschiedlichen Arbeitgebern eine Zusammenfassung zweier Tätigkeiten nicht in Betracht. Nur bei dem-sel-ben Arbeit-ge-ber aus-ge-übte geringfügige Beschäftigungen sind als ein-ein-heit-li-ches Beschäftigungs-ver-hält-nis anzu-se-hen (vgl. nur Knospe in: Hauck/Noftz, SGB IV, Stand 03/14, § 8 Rn 43).

Dass die Vorschrift des [§ 119 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) bei der Prüfung des Vorliegens eines Privilegierungstatbestandes nach [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. generell zu einer Zusammenfassung mehrerer selbstständiger Tätigkeiten zwingt, lässt sich auch nicht der weiteren Gesetzesentwicklung entnehmen. Mit der Aufhebung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) a.F. und der Neufassung des Abs. 2 der o.a. Vorschrift durch das Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21. Dezember 2008 mit Wirkung zum 1. Januar 2009 (BGBl. I, S. 2917) hat der Gesetzgeber die Anrechnung von Nebeneinkommen aus einer geringfügigen privilegierten Nebentätigkeit in abhängiger Beschäftigung, bei der maximal 400,00 Euro anrechnungsfrei blieben, an die bestehende Privilegierung des Einkommens im Rahmen von selbstständigen Tätigkeiten, bei der bis zum 31. Dezember 2008 das privilegierte Einkommen jeder Höhe anrechnungsfrei blieb, solange nur die 15-Stunden-Grenze nicht überschritten wurde, angeglichen und beide Anspruchsvoraussetzungen in Abs. 2 vereint (BT Drucks. 16/10810 S. 38). Die Bezugnahme auf [§ 119 Abs. 3](#) brachte - verglichen mit der vorherigen Formulierung "eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung" - gerade keine inhaltliche Änderung (Siefert/Mutschler u.a., SGB III, 5. Aufl. 2013, § 155 Rn 8), so dass hieraus keine Schlüsse für die Annahme einer Gesamtbetrachtung zu ziehen sind.

Unter den Umständen des vorliegenden Falles würde aber auch die von der Klägerin begehrte Betrachtung beider Einkommen aus den Nebentätigkeiten als Gesamteinkommen nicht zu einem höheren als dem von der Beklagten bewilligten Anspruch auf Alg führen, weil die Privilegierung des [§ 141 Abs. 3 SGB III](#) dann auch für die Tätigkeit mit dem Brennstoffhandel G. entfielen. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Nebentätigkeit nach [§ 141 Abs. 1 SGB III](#) im Sinne [§ 119 Abs. 3 SGB III](#) lägen dann nicht mehr vor, weil die Klägerin innerhalb des Referenzzeitraums von 18 Monaten in den Monaten April 2008 und Juni 2008 bereits mit dem B. die 15-Stunden-Grenze überschritten hätte, wovon durch die Zusammenfassung beider Nebentätigkeiten zu einer selbstständigen Tätigkeit die Nebentätigkeit mit dem Brennstoffhandel G. mit erfasst würde. In einer wie hier vorliegenden zweimaligen Überschreitung von zwei Monaten innerhalb eines Jahres ist auch keine nicht zu berücksichtigende gelegentliche Abweichung von geringer Dauer zu sehen. Denn gelegentlich ist die Überschreitung nur dann, wenn sie nicht vorhersehbar war und sich innerhalb eines Jahres voraussichtlich nicht wiederholt (vgl. BSG Urteil vom 14. Juli 1988 -11/7 Rar 41/87, [SozR 4100 § 115 Nr. 2](#), Brand/ Brand, SGB III 6. Aufl. 2012, § 138 Rn 31 m.w.N.), was hier nicht der Fall war. Eine geringe Dauer liegt nur bei einer Überschreitung von bis zu einem Monat vor (BSG, Urteil vom 14. Juli 1988, [a.a.O.](#)), die bei Überschreitung der 15-Stunden-Grenze innerhalb zweier Monate gleichfalls nicht gegeben war. Entfielen somit die Privilegierung für die vor Beginn der Arbeitslosigkeit ausgeübte selbstständige Tätigkeit, käme bei einheitlicher Betrachtung beider Tätigkeiten nur der einfache Freibetrag nach [§ 141 Abs. 1 SGB III](#) a.F. zum Tragen, sodass sich auch bei der von der Klägerin favorisierten Gesetzesauslegung kein höherer Leistungsanspruch als der von der Beklagten bewilligte ergeben würde.

Die Beklagte hat das Einkommen aus den selbstständigen Nebenbeschäftigungen auch richtig ermittelt und den sich nach Berücksichtigung der Freibeträge ergebenden Leistungsanspruch zutreffend errechnet. Des Weiteren hat sie die Höhe der zu erstattenden Leistung zutreffend mit 538,80 Euro berechnet. Gegen die Richtigkeit der Berechnung werden auch von der Klägerin keine Einwendungen vorgebracht.

2. Aber auch für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. März 2009 besteht kein höherer Anspruch der Klägerin auf Alg, als der von der Beklagten mit Bescheid 9. Dezember 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Februar 2010 in der Fassung des Teilanerkennnisses vom 26. März 2014 bewilligte. Zwar hat die Beklagte die Leistungsablehnung über das für Januar 2009 in Höhe von 3,46 Euro kalendertäglich und für März 2009 in Höhe von 7,63 Euro kalendertäglich gewährte Alg hinaus mit [§ 44 SGB X](#) auf eine falsche Rechtsgrundlage gestützt, weil sie zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass es wegen der bindend gewordenen Leistungsablehnung durch Bescheid vom 6. Januar 2009 auf Grund des Leistungsantrags der Klägerin vom 2. Januar 2009 eines Überprüfungsverfahrens bedürfte. Denn der Widerspruch der Klägerin vom 23. Dezember 2008 richtete sich bereits gegen die Leistungsablehnung ab dem 1. Dezember 2008 durch endgültigen Bescheid vom 15. Dezember 2008. Dies ergibt sich aus dem Inhalt des Widerspruchsschreibens, mit dem sich die Klägerin gegen alle Bescheide vom 15. Dezember 2008 gewendet hat. Der Bescheid vom 9. Dezember 2009 ist deshalb gemäß [§ 86 SGG](#) zum Gegenstand des Widerspruchsverfahrens gegen die Bescheide vom 15. Dezember 2008 geworden. Damit war der Widerspruch der Klägerin mit Schreiben vom 14. Dezember 2009 gegen den Bescheid vom 9. Dezember 2009 unzulässig. Die unzutreffende Benennung der Rechtsgrundlage der Bescheide vom 9. Dezember 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. Februar 2010 ist aber unschädlich, weil die mit dem Verwaltungsakt getroffene Regelung ([§ 31 SGB X](#)) der gerichtlichen Kontrolle am Maßstab des objektiven Rechts unterliegt. Aus diesem Grunde ist die regelmäßig im Entscheidungssatz zum Ausdruck gekommene Regelung gerichtlich unter jedem in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkt zu überprüfen. Bloße Begründungsmängel oder Begründungsfehler wirken sich bei gebundenen Verwaltungsakten auf die Rechtmäßigkeit der Regelung selbst nicht aus und rechtfertigen grundsätzlich nicht die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts (BSG, Urteil vom 29. Juni 2000 - [B 11 AL 85/99 R](#) -, [BSGE 87, 8-14](#) m.w.N.).

Nachdem die Beklagte nach Vorlage des Kindergeldbescheides für das Jahr 2009 für die Tochter der Klägerin die Verpflichtung zur Leistungsgewährung auf Grundlage des erhöhten Leistungssatzes in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat dem Grunde nach anerkannt hat, ist die Berechnung der Leistungshöhe durch die Beklagte nicht mehr zu beanstanden. Auch in dem streitigen Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. März 2009 hatten Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit nach [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) a. F. Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Die Klägerin war auch in dieser Zeit beschäftigungs- und damit arbeitslos, sie hat sich auch arbeitslos gemeldet, einen Antrag auf Alg gestellt und die Anwartschaftszeit erfüllt. Die Anwendung der von der Klägerin auch für die Einnahmen aus Beschäftigung des Büroservice erstrebten Freibetragsregelung richtet sich im streitigen Zeitraum nach [§ 141 Abs. 2 SGB III](#) (in der Fassung des Gesetzes zur Neuausrichtung arbeitsmarktpolitischer Instrumente vom 21. Dezember 2008, a.a.O.). Sie greift ein, wenn der Arbeitslose in den letzten 18 Monaten vor der Entstehung des Anspruchs neben einem Versicherungspflichtverhältnis eine Erwerbstätigkeit (§ 119 Abs. 3), d.h. von weniger als 15 Stunden wöchentlich mindestens zwölf Monate lang ausgeübt hat; erzielt Arbeitseinkommen bleibt dann bis zu dem Betrag anrechnungsfrei, der in den letzten zwölf Monaten vor der Entstehung des Anspruchs durchschnittlich auf den Monat entfällt, mindestens jedoch ein Betrag in Höhe des Freibetrags, der sich nach Abs. 1 ergeben würde. Aus den bereits unter 1. dargestellten Gründen kommt diese Sonderregelung auch für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. März 2009 für die Nebentätigkeit mit dem Büroservice nicht in Betracht.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und erstreckt sich nach Maßgabe dieser Vorschrift auch auf die Widerspruchsverfahren, wobei die Klägerin in einem Fall die Kostenquote zu Recht angegriffen hat. Die Vorschrift des [§ 63 SGB X](#) findet vorliegend keine Anwendung, weil hier kein so genanntes isoliertes Vorverfahren stattgefunden hat, sondern sich an die Erteilung des Widerspruchsbescheides ein Klageverfahren angeschlossen hat. In diesem Falle hat eine einheitliche Kostenentscheidung nach [§ 193 SGG](#) zu ergehen (Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, § 193 Rn 5a). Die aus dem Tenor ersichtliche Kostenquote entspricht nach Einschätzung des Senats in etwa dem Maß des Obsiegens der Klägerin. Bereits im Widerspruchsverfahren war Streitgegenstand höheres Alg unter Berücksichtigung eines um 120,23 Euro (450,23 Euro./ 330,00 Euro) höheren Freibetrags für fünf Monate, weil sich der Widerspruch der Klägerin zum einen nicht gegen die gänzliche Anrechnung des Nebeneinkommens aus selbstständiger Tätigkeit richtete und für den Monat Dezember 2008 kein Leistungsanspruch mehr geltend gemacht wurde. Zum anderen war auch die Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 9. Dezember 2009 streitgegenständlich, da dieser gemäß [§ 86 SGG](#) Gegenstand des Widerspruchsverfahrens geworden war. Die Berücksichtigung des zutreffend zu Grunde zu legenden Freibetrages in Höhe von 330,00 Euro statt eines wie im angegriffenen Bescheid vom 15. Dezember 2008 berücksichtigten Freibetrags in Höhe von 165,00 Euro führt im Verhältnis zu dem von der Klägerin begehrten Freibetrag in Höhe von 450,23 Euro zu einer Kostenquote von rund 25 v.H. im Widerspruchsverfahren. Das Obsiegen der Klägerin im Widerspruchs-, Klage- und Berufungsverfahren wegen des Teilanerkennnisses der Beklagten hat der Senat mit rund 10 v.H. veranschlagt, denn der zutreffend zu Grunde zu legende erhöhte Leistungssatz (465,30 Euro statt 416,70 Euro) hat sich im Verhältnis zu dem von der Klägerin begehrten Leistungsanspruchs etwa in dieser Höhe ausgewirkt, so dass eine einheitliche Kostenquote von 15 v.H. als angemessen erscheint.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2014-08-28