

B 11 AL 44/07 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung

11
1. Instanz
SG Frankfurt (Oder) (BRB)

Aktenzeichen
S 7 AL 628/03

Datum
19.05.2004

2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen

L 28 AL 165/04
Datum

20.10.2006

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

B 11 AL 44/07 R
Datum

29.10.2008

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Ist die Vereinbarung einer Monatsarbeitszeit von vornherein auf eine Überschreitung der wöchentlichen Zeitgrenze von unter 15 Stunden angelegt, handelt es sich um keine kurzzeitige Beschäftigung; dies gilt auch dann, wenn die Wochenarbeitszeit bezogen auf die Gesamtdauer der Beschäftigung im Durchschnitt unterhalb der Kurzzeitigkeitsgrenze bleibt (Fortführung von und Abgrenzung zu BSG vom 22.8.1984 - [7 RAr 12/83](#) = [SozR 4100 § 102 Nr 6](#) sowie BSG-Urteile vom 15.5.1985 - [7 RAr 22/84](#) - und vom 15.6.1988 - [7 RAr 12/87](#) = Die Beiträge 1988, 286).

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 20. Oktober 2006 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

1

Der Kläger wendet sich gegen die Rücknahme der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 3. September 2001 bis 28. Januar 2002 sowie gegen die Rückforderung der für diese Zeit gezahlten Leistung einschließlich der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von insgesamt 5.748,75 Euro.

2

Der 1971 geborene Kläger meldete sich am 13. August 2001 - nach Abschluss eines bis zum 10. August 2001 dauernden Lehrgangs zur Qualifizierung als Rettungssanitäter - arbeitslos und beantragte Alg. Die Beklagte bewilligte ihm Alg vom 11. August bis zum 31. Dezember 2001 mit einem wöchentlichen Leistungssatz in Höhe von 397,46 DM nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt in Höhe von 1.110,00 DM (Bescheid vom 19. Oktober 2001). Vom 1. Januar bis zum 28. Februar 2002 bezog der Kläger Alg mit einem wöchentlichen Leistungssatz in Höhe von 203,70 Euro nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt in Höhe von 570,00 Euro (Bescheid vom 2. Januar 2002). Im März 2002 nahm er eine selbständige Tätigkeit auf; zuvor hatte er bereits am 29. Januar 2002 beim Arbeitsamt (AA) vorgesprochen und sich ein Antragsformular für eine Überbrückungsbeihilfe aushändigen lassen.

3

Während des Zeitraums, für den er Alg bezog (Bewilligungsbescheide vom 19. Oktober 2001 und 2. Januar 2002), hatte der Kläger ab 3. September 2001 eine Tätigkeit als Rettungssanitäter bei einem Rettungsdienstunternehmen in B. aufgenommen. Gegenstand der Tätigkeit des Klägers war der Transport von Behinderten in unterschiedlichen Touren, die wöchentlich eingeteilt wurden. In jeder Tour waren eine Früh- und eine Spättour eingerichtet, da die zu befördernden Personen morgens abgeholt und am Abend in die Wohneinrichtung zurückgebracht werden mussten. Infolge von Erkrankungen von Behinderten oder anderen Mitarbeitern des Rettungsdienstunternehmens konnten sich die Touren auch täglich verändern. Jede Tour dauerte jeweils zwischen 1 3/4 und 2 3/4 Stunden, gelegentlich auch länger.

4

Die von dem Rettungsdienstunternehmen für den Zeitraum September bis Dezember 2001 ausgestellten Bescheinigungen über

Nebeneinkommen des Klägers, die in der Folgezeit bei der Beklagten eingingen, gaben für die Zeit vom 3. September bis 23. Dezember 2001 (36. bis 51. Kalenderwoche) jeweils wöchentliche Arbeitszeiten von unter 15 Stunden an. Auf Grund einer bei dem Rettungsdienstunternehmen am 9. Dezember 2002 durchgeführten Außenprüfung gelangten vom Kläger und von einem Mitarbeiter seines Arbeitgebers unterschriebene Stundenabrechnungen für die Monate September bis Dezember 2001 zu den Leistungsakten der Beklagten. Die hierin angegebenen tatsächlichen Arbeitszeiten wichen von den Angaben in den Bescheinigungen über Nebeneinkommen erheblich ab und lagen in den Zeiträumen vom 3. September bis 14. Oktober 2001 (36. bis 41. Kalenderwoche: 22 Stunden, 19,2 Stunden, 18,45 Stunden, 17,30 Stunden, 15 Stunden und 17,30 Stunden), vom 5. bis 18. November 2001 (45. und 46. Kalenderwoche: 18,05 Stunden und 18,30 Stunden) und vom 26. November bis 9. Dezember 2001 (48. und 49. Kalenderwoche: 16,45 Stunden und 17,25 Stunden) jeweils bei 15 Stunden oder mehr in der Woche. Die Mehrstunden wurden durch reduzierte Arbeit bzw. Nichtarbeit in den Zwischen- und Folgewochen bzw. -monaten des am 31. Dezember 2001 endenden Beschäftigungsverhältnisses ausgeglichen.

5

Mit Bescheid vom 11. Juni 2003 hob die Beklagte die Bewilligung von Alg für die Zeit vom 3. September 2001 bis 28. Januar 2002 mit der Begründung auf, der Kläger habe ab 3. September 2001 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Gleichzeitig forderte sie für diesen Zeitraum die Erstattung des überzahlten Alg sowie von Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von insgesamt 5.787,66 Euro. Der Widerspruch des Klägers blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 9. September 2003).

6

Nachdem im anschließenden Klageverfahren die Beklagte die Erstattungsforderung auf 5.748,76 Euro reduziert und der Kläger dieses Teilanerkennnis angenommen hatte, hat das Sozialgericht (SG) mit Urteil vom 19. Mai 2004 die weitergehende Klage abgewiesen. Das Landessozialgericht (LSG) hat - nachdem die Beklagte ihre Erstattungsforderung erneut um 0,01 Euro auf 5.748,75 Euro korrigiert hatte - mit Urteil vom 20. Oktober 2006 die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Zur Begründung hat das LSG im Wesentlichen ausgeführt: Zu Recht habe die Beklagte ihre Bescheide vom 19. Oktober 2001 und 2. Januar 2002 hinsichtlich der Bewilligung von Alg für die Zeit vom 3. September 2001 bis zum 28. Januar 2002 nach [§ 45 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#) zurückgenommen. Der Kläger sei ab 3. September 2001 nicht mehr arbeitslos gewesen. Nach [§ 118 Abs 2 Satz 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#) in der im Jahre 2001 geltenden Fassung (aF) schließe zwar die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung die Beschäftigungslosigkeit nicht aus, wobei gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer unberücksichtigt blieben. Um eine solche geringfügige Beschäftigung habe es sich hier jedoch nicht gehandelt. Maßgebend sei, welche Arbeitszeit vorausschauend bei Beginn der Beschäftigung vereinbart worden sei. Danach habe der Kläger mit seinem Arbeitgeber keine lediglich kurzzeitige Beschäftigung - zumindest mündlich - vereinbart. Gegen eine derartige Vereinbarung spreche zwar entgegen der Ansicht des SG nicht schon eine Vereinbarung einer monatlichen Arbeitszeit von 64 Stunden (wobei diese Behauptung den handschriftlichen Vermerken auf den Stundennachweisen widerspreche), denn hiervon ausgehend lasse sich die Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit von 14,77 Stunden ermitteln. Der Vereinbarung einer kurzzeitigen Beschäftigung stehe jedoch entgegen, dass der Kläger mit dem Rettungsdienstunternehmen darüber hinaus abgesprochen habe, dass die Arbeitszeit von 64 Stunden pro Monat flexibel habe eingeteilt und er "auf Abruf" habe tätig werden sollen. Damit seien schwankende Arbeitszeiten und die Führung eines Stundenkontos, durch welches ein monatlicher Saldo ausgeglichen werden konnte, vereinbart worden. Das Bundessozialgericht (BSG) habe zwar zu [§ 102 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz \(AFG\)](#) entschieden, dass es bei schwankenden Arbeitszeiten keinen Unterschied mache, ob der Arbeitslose die vereinbarte monatliche Arbeitszeit im Wesentlichen gleichmäßig auf die Wochen verteilt zu erbringen habe oder die Arbeitszeit von Woche zu Woche schwanke. Doch dieser noch zu [§ 102 AFG](#) ergangenen Rechtsprechung des BSG könne nicht gefolgt werden. Die zum AFG aufgestellten Grundsätze seien nicht auf die Regelungen des SGB III übertragbar. Die Anwendung der zu [§ 102 AFG](#) aufgestellten Grundsätze hätte zur Folge, dass auch eine Vereinbarung, wonach ein Arbeitnehmer insgesamt sechs Monate tätig sein solle, er in den ersten drei Monaten jedoch 29,9 Wochenstunden arbeiten solle und in den letzten drei Monaten überhaupt keine Arbeitsleistung zu erbringen habe, zulässig wäre. Dieses Ergebnis widerspreche jedoch dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, das auf eine wöchentliche Arbeitszeit von unter 15 Stunden abstelle. Die im vorliegenden Fall getroffene Vereinbarung beinhalte hingegen eine nicht mehr nur gelegentliche Abweichung von der Kurzzeitigkeitsgrenze des [§ 118 Abs 2 SGB III](#) aF. Die Vereinbarung sei von vornherein darauf angelegt gewesen, die Geringfügigkeitsgrenze des [§ 118 Abs 2 SGB III](#) aF zu überschreiten und diese Überschreitung in anderen Folgewochen auszugleichen. Die Überschreitungen seien auch nicht durch unvorhersehbare Ereignisse bedingt oder durch die Eigenart der vom Kläger auszuführenden Tätigkeit begründet gewesen. Es habe sich bei den Überschreitungen der zulässigen Wochenarbeitszeit ferner nicht um nur gelegentliche Abweichungen gehandelt. Unerheblich sei schließlich, dass der Kläger nicht in allen Wochen mehr als kurzzeitig tätig gewesen sei. Denn dadurch, dass er ab 3. September 2001 nicht nur kurzzeitig beschäftigt gewesen sei und dies der Beklagten nicht unverzüglich mitgeteilt habe, sei die Wirkung der Arbeitslosmeldung gemäß [§ 122 Abs 2 Nr 2 SGB III](#) erloschen. Diese Erlöschenswirkung sei erst anlässlich der erneuten Vorsprache des Klägers beim AA am 29. Januar 2002 beseitigt worden, weshalb die Beklagte zu Recht in den angefochtenen Bescheiden die Rücknahme der Leistungsbewilligung bis zum 28. Januar 2002 begrenzt habe. Der Kläger könne sich auch auf keinen Vertrauensschutz berufen, da ihm bezogen auf den streitigen Zeitraum ein grob fahrlässiges Verhalten iS des [§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB X](#) vorzuwerfen sei. Anhand der Hinweise zum "Merkblatt 1 für Arbeitslose", dessen Erhalt und Kenntnisnahme er bei Antragstellung bestätigt habe, habe er leicht erkennen können, dass durch die mit dem Rettungsdienstunternehmen getroffene Vereinbarung die Kurzzeitigkeitsgrenze überschritten werde und er verpflichtet gewesen sei, der Beklagten diesen Umstand mitzuteilen. Darüber hinaus seien die bei der Rücknahme der Bewilligung von Alg nach [§ 45 Abs 3 Satz 1 und Abs 4 Satz 2 SGB X](#) vorgeschriebenen Fristen eingehalten und auch die Höhe der Erstattungsforderung der Beklagten sei nicht zu beanstanden.

7

Mit der vom BSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung von [§ 118 Abs 2 SGB III](#) aF. Der Gesetzgeber habe zwar bei der Verabschiedung dieser Vorschrift offenbar ausschließlich Arbeitsverhältnisse mit regelmäßigen Arbeitszeiten im Blick gehabt und schweige zur Problematik schwankender Arbeitszeiten und ihrer Behandlung im Hinblick auf die Zeitgrenze. Richtiger Ansicht nach sei jedoch bei schwankenden Arbeitszeiten von der voraussichtlichen Gestaltung des gesamten Beschäftigungsverhältnisses auszugehen und die auf die Woche entfallende durchschnittliche Arbeitszeit zu Grunde zu legen. Lege man die bisherige Rechtsprechung des BSG zu Grunde, wonach es auf den Durchschnitt der wöchentlichen Arbeitszeit ankomme, habe sein Nebenbeschäftigungsverhältnis die Kurzzeitigkeitsgrenze nicht überschritten. Die Rechtsauffassung des LSG führe zu einer ungerechtfertigten Gleichbehandlung ungleichartiger Arbeitnehmer mit flexiblen

Arbeitszeiten und solchen mit regelmäßigen Arbeitszeiten. Sie nehme Arbeitslosen die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis mit schwankenden Arbeitszeiten in Nebenbeschäftigung aufzunehmen. Eine solche Auslegung des Gesetzes gehe auch an der gesetzgeberischen Intention, einen Anreiz zur Aufnahme einer Nebenbeschäftigung zu geben, vorbei.

8

Der Kläger beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg vom 20. Oktober 2006 und das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt/Oder vom 19. Mai 2004 sowie den Bescheid der Beklagten vom 11. Juni 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. September 2003 aufzuheben.

9

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

10

Sie hält das Urteil des LSG im Ergebnis für zutreffend.

II

11

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet ([§ 170 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)).

12

Die Beklagte hat zu Recht gemäß [§ 45 Abs 1, Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 2 SGB III](#) die Bewilligungsbescheide über Alg für die Zeit ab 3. September 2001 bis zum 28. Januar 2002 zurückgenommen und gemäß [§ 50 Abs 1 SGB X](#) bzw [§ 335 SGB III](#) die Erstattung der überzahlten Leistungen einschließlich der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung verlangt.

13

1. Nach [§ 45 Abs 1, Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs 2 SGB III](#) muss ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Bewilligungsbescheide vom 19. Oktober 2001 bzw 2. Januar 2002 waren bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrig, weil der Anspruch des Klägers auf Alg wegen fehlender Arbeitslosigkeit ab 3. September 2001 entfallen war.

14

Nach [§ 117 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) in der hier anzuwendenden, bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#)) haben Arbeitnehmer nur dann Anspruch auf Alg, wenn sie ua arbeitslos sind. Nach [§ 118 Abs 1 SGB III](#) in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes vom 16. Dezember 1997 ([BGBl I 2970](#)) ist ein Arbeitnehmer arbeitslos, der

1. vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit) und
2. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht (Beschäftigungssuche).

15

Arbeitslosigkeit setzt sonach ua 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 ab 3. September 2001 aufgenommene abhängige Beschäftigung eine kurzzeitige Beschäftigung iS des [§ 118 Abs 2 SGB III](#) war oder nicht.

16

2. 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. Letzteres war in [§ 102 Abs 1 Satz 1 AFG](#) in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung in Form eines Grundtatbestandes ausdrücklich geregelt. Erst wenn eine Vereinbarung über die Arbeitszeit nicht bestand, war festzustellen, ob die Beschäftigung "der Natur der Sache nach" kurzzeitig war. [§ 118 Satz 1 Halbsatz 1 SGB III](#) sieht zwar diese Unterscheidung nicht mehr vor, sondern stellt nur noch einheitlich auf die Ausübung einer weniger als die maßgebliche Anzahl von Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung ab (vgl zur Gesetzesgeschichte Steinmeyer in Gagel, SGB III mit SGB II, § 119 RdNr 9, 9a, Stand Januar 2005). 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).

17

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. Nach den Feststellungen des LSG hatte der Kläger im Zeitpunkt der Vereinbarung der Beschäftigung keine lediglich kurzzeitige Beschäftigung vereinbart. Vielmehr war die Vereinbarung "von vornherein darauf angelegt", die Kurzzeitigkeitsgrenze zu überschreiten und diese Überschreitung in anderen Folgewochen auszugleichen. Diese tatsächlichen Feststellungen sind für das Revisionsgericht bindend ([§ 163 SGG](#)), da insoweit keine Verfahrensrügen erhoben worden sind (vgl dazu [BSGE 75, 92](#), 96 = [SozR 3-4100 § 141b Nr 10](#); BSG, Urteil vom 8. Februar 1996 - [11 RAr 61/95](#) - veröffentlicht in juris). Bei seiner Vertragsauslegung hat das LSG auch die Angaben des Klägers als wahr unterstellt, wonach eine Monatsarbeitszeit von 64 Stunden bei schwankender Wochenarbeitszeit vereinbart worden sei, und hiervon ausgehend eine Wochenstundenzahl von 14,77 Stunden errechnet, die unter der Zeitgrenze von 15 Stunden wöchentlich bleibt. Dies gilt auch dann, wenn der allgemein übliche Umrechnungsfaktor (Monatszeit x 3: 13, vgl zur Berechnung Coseriu/Jacob in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/ Udsching, Beck scher Online Komm, SGB III, § 119 RdNr 43, Stand Juni 2008) zugrunde gelegt wird. Die aus der Monatsarbeitszeit errechnete Wochenarbeitszeit (vgl BSG, Urteil vom 15. Mai 1985 - [7 RAr 22/84](#)) ändert jedoch nichts daran, dass nach den bindenden Feststellungen des LSG gerade keine durchschnittliche Wochenarbeitszeit unter 15 Stunden vereinbart worden war. Vielmehr waren sich die Vertragsparteien einig, dass die "wöchentliche" Arbeitszeit, auf die [§ 118 Abs 2 Satz 1 SGB III](#) abstellt, von Beginn des Beschäftigungsverhältnisses (3. September 2001) an überschritten werden sollte. Entsprechend dieser für die Beurteilung maßgebenden voraussichtlichen Gestaltung des Beschäftigungsverhältnisses im Zeitpunkt seiner Begründung, erfolgte dann auch dessen tatsächliche Durchführung, wie den vom LSG in Bezug genommenen, vom Kläger unterzeichneten Stundenabrechnungen zu entnehmen ist. Dass die Überschreitungen der zulässigen Wochenarbeitszeit von unter 15 Stunden vereinbarungsgemäß in den Folgewochen oder -monaten ausgeglichen werden sollten und dies - bezogen auf den Gesamtzeitraum der am 31. Dezember 2001 endenden Beschäftigung - umgesetzt worden ist, ist unerheblich.

18

Dieses Ergebnis steht auch nicht - wie der Kläger meint - im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BSG bei schwankenden Arbeitszeiten. Nach dieser zu § 102 Abs 1 AFG entwickelten Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung der Kurzzeitigkeit einer Beschäftigung mit schwankenden Arbeitszeiten, bei denen es sich nicht nur um gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer (§ 102 Abs 1 Satz 2 AFG) handelt, auf den voraussichtlichen Durchschnitt der Wochenarbeitszeit an (vgl BSG, Urteil vom 22. August 1984 - [7 RAr 12/83](#) = [SozR 4100 § 102 Nr 6](#); BSG, Urteil vom 15. Mai 1985 - [7 RAr 22/84](#); BSG, Urteil vom 15. Juni 1988 - [7 RAr 12/87](#) - jeweils veröffentlicht in juris). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese Grundsätze - wovon offenbar auch die Beklagte in ihren Dienstanweisungen (DA) ausgeht (vgl DA zu § 118 RdNr 35, Stand: Dezember 1997 bzw § 119 RdNr 119.44) - auf die Regelungen des SGB III übertragbar sind (bejahend die überwiegende Literaturmeinung: ua Steinmeyer in Gagel, SGB III mit SGB II, § 119 RdNr 75, Stand: Januar 2005; Valgolio in Hauck/Noftz, SGB III, § 119 RdNr 54, Stand: Januar 2006). Die vom LSG verneinte Frage der Übertragbarkeit stellt sich vorliegend schon deshalb nicht, weil die zitierte Rechtsprechung des BSG andere Sachverhaltsgestaltungen zum Gegenstand hatte. Diese Entscheidungen betrafen Beschäftigungsverhältnisse, in denen - anders als hier - entweder die Vereinbarung von Woche zu Woche schwankende oder wechselnde Arbeitszeiten vorsah (vgl BSG, Urteil vom 22. August 1984, [aaO](#) und BSG, Urteil vom 15. Mai 1985, [aaO](#) - jeweils zur wissenschaftlichen Hilfskraft) oder keine Vereinbarungen über die Arbeitszeit existierten, aber eine Beschränkung der Beschäftigung der "Natur der Sache nach" (vgl § 102 Abs 1 Satz 2 AFG), dh der Art und dem Umfang der anfallenden Verrichtungen nach, in Betracht kam (vgl BSG, Urteil vom 15. Juni 1988, [aaO](#) - zur Verkäuferbeschäftigung). Hier lag indes nach den bindenden Feststellungen des LSG eine mündliche Vereinbarung des Klägers mit dem Arbeitgeber vor, die von vornherein auf die Überschreitung der Zeitgrenze angelegt war. Es handelte sich bei den Überschreitungen auch nicht um aus der Natur der Beschäftigung folgende Schwankungen. Denn die Ungewissheit im Umfang der Arbeitszeit bestand - wie vom LSG festgestellt - nicht wegen der Eigenart der auszuführenden Tätigkeit im Behindertentransport, sondern wegen der vom Kläger erklärten Bereitschaft, für das Rettungsdienstunternehmen nach Bedarf als Fahrer tätig zu werden.

19

Abgesehen von der Andersartigkeit der vorliegenden Fallgestaltung ist bei der grundsätzlichen Frage der Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung auf die Regelungen des SGB III zu bedenken, dass das BSG die erwähnten Grundsätze zur Durchschnittsberechnung bei schwankenden Arbeitszeiten zu einer anderen rechtlichen Fragestellung entwickelt hat. In den genannten Entscheidungen ging es nämlich nicht um die Definition des Versicherungsfalls der Arbeitslosigkeit, sondern um die Frage, ob die betroffenen Kläger für den geltend gemachten Leistungsanspruch die erforderliche Anwartschaftszeit durch eine beitragspflichtige Beschäftigung erfüllt hatten. In diesem Zusammenhang hat das BSG betont, die erforderliche Ermittlung einer voraussichtlichen durchschnittlichen Wochenarbeitszeit folge bei schwankenden Arbeitszeiten "aus dem Wesen der notwendigerweise vorausschauenden Betrachtung bei der Frage, ob eine Beschäftigung beitragspflichtig ist oder nicht" (vgl BSG, Urteil vom 22. August 1984 - [7 RAr 12/83](#) - [SozR 4100 § 102 Nr 6](#)). Schon unter der Geltung des AFG hat das BSG zwischen dem beitragsrechtlichen und dem leistungsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses in der Arbeitslosenversicherung unterschieden (vgl [BSGE 59, 183](#), 185 ff = [SozR 4100 § 168 Nr 19](#) mwN; [BSGE 73, 126](#), 128 = [SozR 3-4100 § 101 Nr 5](#)). Die Beitragsfreiheit einer Beschäftigung hing davon ab, dass die Beschäftigung eine bestimmte Zeitgrenze unterschritt und die Leistungsansprüche setzten voraus, dass nur eine Beschäftigung unter einer bestimmten Zeitgrenze vorlag. Diese Zeitgrenzen wurden einheitlich bestimmt, indem sowohl die beitragsrechtlichen Regelungen (bis 31. Dezember 1988: § 169 Nr 6 AFG in der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - vom 23. Dezember 1976 ([BGBl I 3845](#)); ab 1. Januar 1989: § 169a Abs 1 AFG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung des Gesetzes zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes und zur Förderung eines gleitenden Übergangs älterer Arbeitnehmer in den Ruhestand vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 2343](#)) als auch die leistungsrechtlichen Regelungen (§ 101 Abs 1 Satz 1 AFG und § 101 Abs 1 Satz 2 Nr 1 AFG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - vom 23. Dezember 1976, aaO) auf

eine gemeinsame Zeitgrenze verwiesen (§ 102 AFG idF des Achten Gesetzes zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 14. Dezember 1987 (BGBl I 2602)). Dies hat sich im Recht des SGB III idF des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes vom 16. Dezember 1997 (BGBl I 2970) geändert. Denn nunmehr beurteilt sich der Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit nur nach der Zeitgrenze (§ 118 Abs 2 Satz 1 SGB III), während die Geringfügigkeitsgrenze der Sozialversicherung (§ 8 Sozialgesetzbuch Viertes Buch) nur für die Frage der Versicherungspflicht (vgl § 27 Abs 2 und Abs 5 SGB III) herangezogen werden kann (vgl BT-Drucks 13/8994, S 60; s auch Rolfs in Spellbrink/Eicher, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 29 RdNr 139 f). Die Merkmale des beitragsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses sind deshalb nicht unbesehen auf das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis übertragbar (vgl BSGE 73, 126, 128 = SozR 3-4100 § 101 Nr 5 mwN). Bei der Auslegung der Kurzzeitigkeitsregelung muss insbesondere sichergestellt sein, dass der Versicherte vom zeitlichen Umfang seiner Beschäftigung her jederzeit für eine Vermittlung in eine Hauptbeschäftigung (Aufnahme einer zumutbaren Vollzeitbeschäftigung, s § 119 Abs 4 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung), die seine Arbeitslosigkeit beendet, zur Verfügung steht.

20

3. Wie bereits das LSG zutreffend ausgeführt hat, handelte es sich bei den Überschreitungen auch nicht um unerhebliche Überschreitungen der Kurzzeitigkeitsgrenze iS des § 118 Abs 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB III. Zwar bleiben hiernach bei der Feststellung der Beschäftigungslosigkeit gelegentliche Abweichungen, die nur von geringer Dauer sind, außer Betracht. Gelegentlich ist eine Überschreitung indes nur dann, wenn sie nicht vorhersehbar war und sich innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses voraussichtlich nicht wiederholt (vgl BSG SozR 4100 § 115 Nr 2; Brand in Niesel, SGB III, 4. Aufl 2007, § 119 RdNr 31; Steinmeyer in Gagel, SGB III mit SGB II, § 119 RdNr 101, Stand: Januar 2005; Coseriu/Jacob in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/ Udsching, Beck scher Online Komm, § 119 RdNr 50, Stand Juni 2008). Da nach den Feststellungen des LSG das Merkmal "gelegentlich" schon wegen der Vorhersehbarkeit der zeitlichen Überschreitung bereits bei Beginn der Beschäftigung nicht gegeben war, greift diese Ausnahmeregelung nicht ein.

21

Der Kläger kann sich schließlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe mit seinem Arbeitgeber eine Arbeit "auf Abruf" vereinbart. Denn entscheidend ist, dass die Vereinbarung von vornherein auf eine Überschreitung der Zeitgrenze des § 118 Abs 2 SGB III angelegt war. Insoweit bedarf es auch keiner näheren Vertiefung, dass durch das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) vom 21. Dezember 2000 (BGBl I 1966) in § 12 das Abrufarbeitsverhältnis im Einzelnen geregelt worden ist. Danach ist in § 12 Abs 2 TzBfG ua bestimmt, dass der Arbeitnehmer nur zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt (vgl hierzu Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl 2008, 605 § 12 RdNr 14, 30; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl, § 43 RdNr 11 ff; Laux in Laux/Schlachter, Komm z TzBfG, 2007, § 12 RdNr 43). Eine solche Gestaltung seines Arbeitsverhältnisses behauptet der Kläger selbst nicht und selbst wenn es sich um ein Abrufarbeitsverhältnis gehandelt hätte, würde dies an den Voraussetzungen des § 118 Abs 2 SGB III nichts ändern.

22

4. Da der Kläger ab Beginn seiner Beschäftigung am 3. September 2001 nicht nur kurzzeitig tätig gewesen ist und dies der Beklagten nicht unverzüglich mitgeteilt hat, ist die Wirkung seiner ursprünglichen Arbeitslosmeldung vom 13. August 2001 für die gesamte Zeit ab 3. September 2001 bis zum 28. Januar 2002 erloschen. Dies ergibt sich aus § 117 Abs 1 Nr 2 SGB III iVm § 122 Abs 2 Nr 2 SGB III (idF des Zweiten SGB III-Änderungsgesetzes vom 21. Juli 1999, BGBl I 1648). Wie der 7. Senat des BSG bereits entschieden hat, ist bei der Anwendung des § 122 Abs 2 Nr 2 SGB III lediglich auf die Aufnahme einer nicht angezeigten Beschäftigung abzustellen, die die Arbeitslosigkeit beendet. Denn die persönliche Meldung soll nicht fortwirken, wenn der Arbeitslose seinen Anzeigepflichten nicht oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist (BSG SozR 4-4300 § 122 Nr 5 RdNr 11 mwN). Dieser Rechtsprechung schließt sich der erkennende Senat an. Die Erlöschenswirkung der Aufnahme einer mehr als kurzzeitigen Beschäftigung endete somit bei dem Kläger erst mit dessen erneuter persönlicher Vorsprache beim AA am 29. Januar 2002.

23

5. Schließlich ist auch nicht zu beanstanden, dass das LSG die Voraussetzungen des § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB X bejaht hat. Das LSG hat dabei entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BSG bei der Beurteilung der groben Fahrlässigkeit einen subjektiven Maßstab angelegt (vgl BSG SozR 3-1300 § 45 Nr 45; BSG SozR 4-4300 § 122 Nr 5 mwN). Das BSG hat bereits mehrfach klargestellt, dass die Entscheidung über das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nur in engen Grenzen revisionsrechtlich nachprüfbar ist (vgl ua BSG SozR 4-4300 § 122 Nr 5 RdNr 14). Die Entscheidung des LSG hat den Begriff der groben Fahrlässigkeit nicht verkannt; sie ist auch ansonsten nicht zu beanstanden. Die diesbezüglichen Feststellungen des LSG sind vom Kläger in seinem Revisionsvorbringen nicht angegriffen worden.

24

Die Beklagte hat die Jahresfrist nach § 45 Abs 4 Satz 2 SGB X gewahrt, wonach die Behörde bei einer Rücknahme der Leistungsbewilligung für die Vergangenheit dies innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun muss, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen. Nach den unangegriffenen Feststellungen des LSG hat die Beklagte erst anlässlich der im Dezember 2002 durchgeführten Außenprüfung Kenntnis davon erhalten, dass der Kläger ab 3. September 2001 einer mehr als kurzzeitigen Beschäftigung nachging, sodass die (teilweise) Rücknahme der Leistungsbewilligung mit Bescheid vom 11. Juni 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 9. September 2003 rechtzeitig erfolgte. Auch die Erstattungsforderung ist - wie bereits das LSG ausgeführt hat - mit einem Gesamtbetrag in Höhe von 5.748,75 Euro zutreffend errechnet worden.

25

6. Dieses Ergebnis begegnet aus Sicht des Senats auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es führt insbesondere nicht - wie die Revision geltend macht - zu einer sachwidrigen Gleichbehandlung von Arbeitnehmern mit regelmäßigen Arbeitszeiten. Dem Gesetzgeber steht es frei, Nebenbeschäftigungen bei Arbeitslosen nur bis zu einer festen zeitlichen Grenze zuzulassen, um einerseits die Verfügbarkeit für eine Hauptbeschäftigung zu gewährleisten und andererseits Umgehungsversuchen entgegenzuwirken.

26

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2009-06-23