

B 11 AL 10/18 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 5 AL 664/12
Datum
18.08.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 20 AL 211/15
Datum
07.05.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 10/18 R
Datum
07.05.2019
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Bei der Anrechnung von Nebeneinkommen sind selbstständige Tätigkeiten nur dann Anknüpfungspunkt für ein "Erarbeiten" im Arbeitslosengeld-Bezugsmonat, wenn sie bei wertender Betrachtung von Bedeutung für die konkrete Einkommenserzielung waren. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7. Mai 2018 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Streitig ist die Höhe des Alg vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 unter Berücksichtigung von Nebeneinkommen aus selbstständiger Tätigkeit sowie eine Erstattungsforderung der Beklagten.

2

Der Kläger ist seit August 1995 Inhaber der "K. Consulting" (im Folgenden K.), für die er nach eigenen Angaben im Jahre 2009 wöchentlich ca zehn Stunden tätig war. Über diese Firma werden auch Goldschmiedearbeiten seiner Ehefrau vertrieben. Ab 1.6.2007 arbeitete der Kläger zudem als Geschäftsführer der C. N. GmbH, bei der er einen Gesellschaftsanteil von 25 % inne hatte. Nach Kündigung durch die Arbeitgeberin endete das Anstellungsverhältnis zum 30.9.2009.

3

Der Kläger meldete sich mit Wirkung zum 1.10.2009 arbeitslos und beantragte Alg. Nachdem er die vorläufigen betriebswirtschaftlichen Auswertungen betreffend die K. für die Zeiträume vom 1.10.2008 bis 30.9.2009 vorgelegt hatte, bewilligte die Beklagte ab 1.10.2009 vorläufig Alg ohne Einkommensanrechnung in Höhe eines täglichen Leistungsbetrags von 67,71 Euro (Bescheid vom 6.11.2009). Aus dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2008 ergaben sich Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 4038 Euro und aus nichtselbstständiger Arbeit in Höhe von 96 313 Euro. In dem Steuerbescheid für das Jahr 2009 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 27 241 Euro abzüglich Veräußerungsverlusten von 50 000 Euro (Einlage des Klägers bei der C. N. GmbH) erfasst. Der Kläger ist jeweils gemeinsam mit seiner Ehefrau steuerlich veranlagt worden.

4

Mit Bescheid vom 31.5.2012 bewilligte die Beklagte Alg vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 nur noch in Höhe von 50,23 Euro täglich unter Berücksichtigung eines anrechenbaren Nebeneinkommens in Höhe von 17,48 Euro täglich. Dabei legte sie monatliche Einkünfte aus dem Betrieb der K. unter Berücksichtigung des Steuerbescheids für das Jahr 2009 zugrunde. Hiervon setzte sie einen Freibetrag nach [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF ab und forderte die Erstattung überzahlter Leistungen in Höhe von 1573,20 Euro. Im Widerspruchsverfahren setzte die Beklagte den täglichen Leistungsbetrag vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 unter Berücksichtigung eines täglichen Anrechnungsbetrags in Höhe von 55,62 Euro fest (Bewilligungsbescheid vom 4.7.2012). Bei der Berechnung des Freibetrags berücksichtigte sie ergänzend die Kirchensteuer sowie einen weiteren Freibetrag nach [§ 141 Abs 1 SGB III](#) aF in Höhe von 165 Euro monatlich. Mit weiterem Bescheid vom 4.7.2012 forderte

sie für den Zeitraum vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 eine Erstattung in geringerer Höhe von nunmehr 1088,10 Euro. Im Übrigen wies sie den Widerspruch zurück (Widerspruchsbescheid vom 11.7.2012).

5

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 18.8.2015). Nach Vorlage weiterer Unterlagen (betriebswirtschaftliche Auswertungen/Rechnungen) für das vierte Quartal 2009 hat das LSG die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 7.5.2018). Nach vorläufiger Bewilligung mit Bescheid vom 6.11.2009 beurteile sich die Rechtmäßigkeit der geänderten Leistungsbewilligung ausschließlich nach [§ 328 SGB III](#). Das anrechenbare Nebeneinkommen aus der selbstständigen Tätigkeit des Klägers sei dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 zu entnehmen. Eine exakte Bestimmung des vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 erarbeiteten Einkommens sei nicht möglich. Es könne auf die Einrichtung des Büros, den ersten Kundenkontakt, den konkreten Vertragsschluss mit dem Kunden, die Präsentation der Ergebnisse gegenüber dem Kunden, ggf aber auch erst die Rechnungsstellung oder gar die Zahlung durch den Kunden abgestellt werden. Es sei daher sachgerecht, pauschal das auf den jeweiligen Leistungsmonat zu einem Zwölfstel umgelegte steuerliche Jahresergebnis zugrunde zu legen. Das anteilige Jahresergebnis betrage ausweislich des Einkommensteuerbescheids für 2009 bei Einkünften aus Gewerbebetrieb in Höhe von 27 241 Euro monatlich 2270,08 Euro. Auch bei der Ermittlung des Freibetrags nach [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF sei die Beklagte zutreffend von den Einkommensteuerbescheiden für die Jahre 2008 und 2009 ausgegangen. Im Zeitraum vom 1.10.2008 bis 30.9.2009 (= letzte zwölf Monate vor der Entstehung des Anspruchs) ergebe sich ein Gesamteinkommen in Höhe von 21 225,42 Euro. Von dem anrechenbaren Einkommen sei daher - je nach Berechnungsweise - ein Freibetrag in Höhe von 1768,79 Euro bzw 1744,56 Euro monatlich absetzbar, weshalb sich ein anrechenbares Nebeneinkommen in Höhe von monatlich 501,21 Euro bzw 525,44 Euro ergebe. Wegen der unzutreffenden Einbeziehung eines weiteren Freibetrags in Höhe von 165 Euro habe die Beklagte zu Gunsten des Klägers ein zu geringes monatliches Nebeneinkommen in Höhe von nur 362,71 Euro berücksichtigt. Auch die Erstattungsforderung sei rechtmäßig ergangen.

6

Mit seiner vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung des [§ 141 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) aF. Es komme ausschließlich darauf an, welches Einkommen während des Bezugs von Alg erarbeitet worden sei. Es sei auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung abzustellen, zu der sich der Selbstständige ggf zu erklären bzw die ihm obliegenden vergütungspflichtigen Leistungen erbracht habe.

7

Der Kläger beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 7. Mai 2018 und das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 18. August 2015 sowie den Erstattungsbescheid vom 4. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11. Juli 2012 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bewilligungsbescheids vom 4. Juli 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11. Juli 2012 zu verpflichten, Arbeitslosengeld vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2009 in Höhe der vorläufig bewilligten Leistungen festzusetzen.

8

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

9

Die Verwirklichung der geforderten zeitlichen Kongruenz zwischen Alg-Bezug und Ausübung der selbstständigen Tätigkeit lasse sich nicht anders realisieren als durch die vorgenommene und vom LSG gebilligte Berechnungsweise.

II

10

Die zulässige Revision des Klägers hat im Sinne der Aufhebung des angefochtenen Urteils des LSG und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht Erfolg ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Ob der Kläger vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 einen Anspruch auf höheres Alg hat, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Fraglich ist schon, ob Arbeitslosigkeit des Klägers als Voraussetzung eines Anspruchs auf Alg dem Grunde nach im streitigen Zeitraum vorlag. Ob er durch den von der Beklagten als anrechenbares Einkommen berücksichtigten Betrag in Höhe von 12,09 Euro täglich nicht beschwert ist, kann der Senat gleichfalls nicht abschließend beurteilen, weil er für die Anrechnung von Nebeneinkommen aus selbstständiger Tätigkeit eine andere Auslegung der maßgebenden SGB III-Vorschriften zugrunde legt als das Berufungsgericht. Vor diesem Hintergrund fehlen tatsächliche Feststellungen. Kommt das LSG zu dem Ergebnis, dass der Kläger im streitigen Zeitraum arbeitslos war, sind daher auch insofern noch weitere Ermittlungen notwendig.

11

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind neben den angegriffenen Urteilen der Vorinstanzen die Bescheide vom 4.7.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.7.2012, mit denen die Beklagte die Höhe des Alg im streitigen Zeitraum vom 1.10.2009 bis 31.12.2009 endgültig festgesetzt und die Erstattung von Alg in Höhe von 1088,10 Euro gefordert hat (vgl zum untrennbaren Regelungszusammenhang zwischen dem abschließenden Bescheid über die endgültige Festsetzung vorläufiger Leistungen und dem Erstattungsbescheid: BSG vom 23.10.2018 - [B 11 AL 20/17 R](#) - SozR 4-6065 Art 61 Nr 1 RdNr 13). Dagegen sind die Bescheide vom 31.5.2012 nicht (mehr) Streitgegenstand, weil diese sich mit Erlass der streitbefangenen Bescheide erledigt haben ([§ 39 Abs 2 SGB X](#); stRspr vgl zuletzt BSG vom 23.10.2018, [aaO](#), RdNr 14 mwN).

12

2. Der Kläger verfolgt sein Begehren zu Recht mit einer (kombinierten) Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 Alt 1 und 2 SGG, § 56 SGG). Durch die Bescheide vom 4.7.2012 idF des Widerspruchsbescheids vom 11.7.2012 hat die Beklagte Alg in geringerer Höhe endgültig zuerkannt als vorläufig bewilligt. Weiter hat sie den Kläger zur Erstattung erbrachter Leistungen in Höhe von 1088,10 Euro herangezogen. Das LSG hat die angegriffenen Bescheide zutreffend als abschließende Entscheidung nach vorläufiger Bewilligung (§ 328 Abs 2 iVm Abs 3 SGB III) in der im streitbefangenen Zeitraum geltenden Fassung des SGB III seit dem 1.1.2009 (Gesetz zur Neuausrichtung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 21.12.2008 (BGBl I 2917); im Folgenden: aF) angesehen. Mit seiner Klage hiergegen begehrt der Kläger eine Korrektur der Entscheidungen der Beklagten über die ihm (abschließend) zustehenden Leistungen. Entsprechend richtet sich sein Klageziel neben der Änderung des Bewilligungsbescheids vom 4.7.2012 und der Aufhebung des Erstattungsbescheids vom 4.7.2012, beide in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 11.7.2012, darauf, die Beklagte zum Erlass eines Bescheids zu verpflichten, nach dessen Inhalt er Alg in der vorläufig anerkannten Höhe endgültig erhält. Wie auch seinen Anträgen vor dem SG und LSG zu entnehmen ist, begehrt der Kläger im Rahmen der endgültigen Festsetzung kein darüber hinausgehendes Alg (aus anderen Gründen als der Berücksichtigung von Nebeneinkommen). Der Zulässigkeit einer Leistungsklage stünde entgegen, dass er weitere Geldleistungen nicht beansprucht; bei einer reinen (isolierten) Anfechtungsklage würde der Verfügungssatz der angegriffenen Bescheide insgesamt entfallen, ohne dass seinem verfahrensrechtlichen Anspruch auf eine zutreffende abschließende Entscheidung über sein ursprüngliches Leistungsbegehren durch feststellenden Verwaltungsakt Rechnung getragen würde (vgl BSG vom 8.2.2017 - B 14 AS 22/16 R - juris RdNr 11; BSG vom 23.10.2018 - B 11 AL 20/17 R - SozR 4-6065 Art 61 Nr 1 RdNr 16).

13

3. a) Rechtsgrundlage für den Anspruch des Klägers auf eine abschließende Feststellung von Alg in der vorläufig bewilligten Höhe einerseits bzw die Erstattungsforderung der Beklagten andererseits ist § 328 SGB III aF iVm §§ 117 SGB III aF. Nach § 328 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB III aF kann über die Erbringung von Geldleistungen vorläufig entschieden werden, wenn zur Feststellung der Voraussetzungen des Anspruchs eines Arbeitnehmers auf Geldleistungen voraussichtlich eine längere Zeit erforderlich ist, die Voraussetzungen für den Anspruch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegen und der Arbeitnehmer die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hat. Umfang und Grund der Vorläufigkeit sind anzugeben (§ 328 Abs 1 Satz 2 SGB III aF). Nach § 328 Abs 3 SGB III aF sind aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachte Leistungen auf die zustehende Leistung anzurechnen (Satz 1). Soweit mit der abschließenden Entscheidung ein Leistungsanspruch nicht oder in geringerer Höhe zuerkannt wird, sind aufgrund der vorläufigen Entscheidung erbrachte Leistungen zu erstatten (Satz 2).

14

Das LSG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bewilligung von Alg durch den Bescheid vom 6.11.2009 wegen tatsächlicher Ungewissheiten hinsichtlich der Höhe des anrechenbaren Nebeneinkommens ausdrücklich und zutreffend nur vorläufig erfolgte (vgl zur Prüfung durch das Revisionsgericht bei rechtlicher Qualifizierung eines Verwaltungsakts als vorläufige Leistungsbewilligung durch die Tatsacheninstanzen nur BSG vom 23.10.2018 - B 11 AL 20/17 R - SozR 4-6065 Art 61 Nr 1 RdNr 15). Der bindende Bescheid vom 6.11.2009 musste nach Vorlage der Unterlagen zum Nebeneinkommen durch eine endgültige Entscheidung ersetzt werden, ohne dass eine von der materiell-rechtlichen Lage abweichende Bindungswirkung, etwa unter Vertrauensschutzgesichtspunkten, zu berücksichtigen war (BSG vom 29.4.2015 - B 14 AS 31/14 R - SozR 4-4200 § 40 Nr 9 RdNr 23 mwN).

15

b) Fraglich ist aber schon, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Alg dem Grunde nach im streitigen Zeitraum vorlagen (vgl zur notwendigen Prüfung im Höhenstreit nur BSG vom 21.6.2018 - B 11 AL 8/17 R - SozR 4-4300 § 150 Nr 4 RdNr 12). Dies setzt voraus, dass die selbstständige Tätigkeit des Klägers weiterhin nur kurzzeitig iS des § 119 Abs 3 SGB III aF gewesen ist. Hiernach schließt die Ausübung einer Beschäftigung, selbstständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger (Erwerbstätigkeit) die Beschäftigungslosigkeit nur dann nicht aus, wenn die Arbeits- oder Tätigkeitszeit (Arbeitszeit) weniger als 15 Stunden wöchentlich umfasst, wobei gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer unberücksichtigt bleiben. Hierzu hat das LSG - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen. Zwar hat es im Zusammenhang mit der Ermittlung des Freibetrags nach § 141 Abs 2 SGB III aF ausgeführt, dass der Kläger "neben dem Versicherungspflichtverhältnis bei der C. N. GmbH eine Erwerbstätigkeit i.S.d. § 119 Abs. 3 SGB III a.F. mindestens zwölf Monate lang in einem zeitlichen Umfang von weniger als 15 Wochenstunden ausgeübt hat". Diese Feststellungen beziehen sich jedoch nicht auf den Zeitraum nach Beendigung des Versicherungspflichtverhältnisses, also das hier streitige vierte Quartal des Jahres 2009.

16

c) Auch zur Höhe des Alg im streitigen Zeitraum sind weitere Feststellungen erforderlich. Allerdings ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass sich nicht schon aus den bemessungsrechtlichen Vorschriften für die Bewilligung von Alg, also ohne Berücksichtigung anrechenbaren Nebeneinkommens, ein höherer monatlicher Leistungsbetrag ergeben kann. Nach den bemessungsrechtlichen Vorschriften der §§ 129 ff SGB III aF hat es den von der Beklagten ermittelten täglichen Leistungsbetrag in Höhe von 67,71 Euro mit einer vom Senat im Einzelnen nachvollzogenen Berechnung zu Recht bestätigt.

17

d) Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob der Kläger im streitigen Zeitraum einen Anspruch auf höheres Alg hatte, weil kein oder ein geringeres Nebeneinkommen aus selbstständiger Tätigkeit anzurechnen war. Übt der Arbeitslose während einer Zeit, für die ihm Alg zusteht, eine Erwerbstätigkeit iS des § 119 Abs 3 SGB III aF aus, ist nach § 141 Abs 1 Satz 1 SGB III aF das daraus erzielte Einkommen nach Abzug der Steuern, der Sozialversicherungsbeiträge und der Werbungskosten sowie eines Freibetrags in Höhe von 165 Euro in dem Kalendermonat der Ausübung anzurechnen. Handelt es sich um eine selbstständige Tätigkeit oder eine Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger sind pauschal 30 % der Betriebseinnahmen als Betriebsausgaben abzusetzen, es sei denn, der Arbeitslose weist höhere Betriebsausgaben nach (§ 141 Abs 1 Satz 2 SGB III aF). Hat der Arbeitslose in den letzten 18 Monaten vor der Entstehung des Anspruchs neben einem Versicherungspflichtverhältnis eine Erwerbstätigkeit (§ 119 Abs 3 SGB III aF) mindestens zwölf Monate lang ausgeübt, so bleibt nach § 141 Abs 2 SGB III aF das Einkommen bis zu dem Betrag anrechnungsfrei, das in den letzten zwölf Monaten vor der Entstehung des

Anspruchs aus einer Erwerbstätigkeit durchschnittlich auf den Monat entfällt, mindestens jedoch ein Betrag in Höhe des Freibetrags, der sich nach Abs 1 ergeben würde.

18

aa) Nach dem Wortlaut des [§ 141 Abs 1 SGB III](#) aF ist das Arbeitsentgelt und das zugeflossene Arbeitseinkommen "in dem Kalendermonat der Ausübung" anzurechnen. Hieraus haben die für das Arbeitsförderungsrecht zuständigen Senate des BSG abgeleitet, dass das Arbeitsentgelt bzw Arbeitseinkommen nur dann gemäß [§ 141 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) aF auf das Alg angerechnet werden kann, wenn es während des Bezugs von Alg erarbeitet wurde (sog "zeitliche Kongruenz"). Eine Anrechnung von Nebeneinkommen kann nur dann vorgenommen werden, wenn das monatliche Arbeitsentgelt bzw Arbeitseinkommen tatsächlich einem Alg-Leistungsmonat zuordenbar ist (BSG vom 25.6.1998 - [B 7 AL 2/98 R](#) - [BSGE 82, 198](#), 209f = [SozR 3-4100 § 242v Nr 1](#) S 14; BSG vom 2.6.2004 - [B 7 AL 58/03 R](#) - [BSGE 93, 51](#) RdNr 16 = [SozR 4-4300 § 141 Nr 1](#) RdNr 17; BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 38/05 R](#) - [SozR 4-4300 § 141 Nr 2](#) RdNr 13). An diesem Grundsatz hält der Senat fest.

19

Der Zusammenhang zwischen einem "Erarbeiten" des Arbeitsentgelts bzw des Arbeitseinkommens aus einer dem konkreten Leistungszeitraum des Alg zuordenbaren Nebenbeschäftigung folgt aus der Entstehungsgeschichte der Regelung. Wie das BSG bereits betont hat, führte [§ 115 AFG](#) (idF des Einführungsgesetzes zum Einkommensteuerreformgesetz vom 21.12.1974, [BGBl I 3656](#)), wonach "Einkommen, das der Arbeitslose während des Bezuges von Alg aus einer unselbständigen oder selbständigen Tätigkeit erzielt" anrechenbar war, wegen der wesentlichen Abhängigkeit der Anrechenbarkeit von bloßen Zahlungsmodalitäten zu sozialpolitisch nicht vertretbaren Ergebnissen. Es fehlte an einem überzeugenden Grund für die in der Höhe unterschiedliche Anrechnung des zur gleichen Zeit erarbeiteten Einkommens, je nachdem, ob es wöchentlich oder in größeren Abständen während des Bezugs von Alg zugeflossen war (BSG vom 14.6.1983 - [7 RAr 10/82](#) - [SozR 4100 § 115 Nr 1 S 5 f](#)). Mit der Neufassung des [§ 115 AFG](#) durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsrechts vom 20.12.1985 ([BGBl I 2484](#)) und der Modifizierung im Sinne eines auch späteren Zuflusses des Arbeitsentgelts bzw Arbeitseinkommens wollte der Gesetzgeber daher berücksichtigt wissen, dass Erwerbseinkommen "jeweils auf das Arbeitslosengeld der Woche" anzurechnen war, in der es der Arbeitslose erarbeitet hatte ([BT-Drucks 10/3923 S 23](#); BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 38/05 R](#) - [SozR 4-4300 § 141 Nr 2](#) RdNr 12 ff). Nachdem durch das Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung vom 24.3.1997 ([BGBl I 594](#)) eine monatsweise Auszahlung des Alg eingeführt worden war, ist eine auf den Kalendermonat bezogene Anrechnung des erzielten Arbeitsentgelts bzw Arbeitseinkommens auch in [§ 141 SGB III](#) aF ohne weitere Änderungen übernommen worden.

20

bb) Der Senat konkretisiert die Grundsätze für die Anrechnung von Arbeitseinkommen aus selbstständiger Tätigkeit. Die Anrechnung von Nebeneinkommen nach [§ 141 SGB III](#) aF zielt gleichermaßen auf Arbeitsentgelt aus abhängiger Beschäftigung und Einkommen aus einer während des Bezugs von Alg ausgeübten selbstständigen Tätigkeit nur kurzzeitigen Umfangs, wobei in tatsächlicher Hinsicht wesentliche Unterschiede bestehen. Während maßgebend für das "Erarbeiten" eines Arbeitsentgelts aus einer abhängigen Beschäftigung ist, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitnehmer die Gegenleistung für die Arbeitsvergütung erbracht hat bzw zu deren Erbringung aus dem arbeitsrechtlichen Entstehungsgrund und der Zweckbestimmung der Leistung verpflichtet gewesen ist (vgl zum Insg-Anspruch: BSG vom 4.3.2009 - [B 11 AL 8/08 R](#) - [BSGE 102, 303](#) = [SozR 4-4300 § 183 Nr 10](#), RdNr 20), fehlen bei selbstständigen Tätigkeiten häufig bindende vertragliche Festlegungen zu den Inhalten, dem Umfang und dem genauen Zeitraum des "Erarbeitens".

21

Trotz der von den Vorinstanzen nachvollziehbar geschilderten Schwierigkeiten kann angesichts des Regelungskonzepts des [§ 141 SGB III](#) aF aber nicht darauf verzichtet werden, auch bei erzielten Einkommen aus einer selbstständigen Tätigkeit im Einzelnen festzustellen, wann dieses erarbeitet worden ist. Eine Anrechnung erfordert, dass das anzurechnende Einkommen in einem sachlichen Zusammenhang mit einer konkreten selbstständigen Tätigkeit gerade während des Alg-Bezugs im streitigen Zeitraum steht. Konkrete selbstständige Tätigkeiten bzw Handlungen können nur dann Anknüpfungspunkt für die Anrechnung eines - ggf auch zu einem späteren Zeitpunkt zugeflossenen - Einkommens gerade in einem bestimmten Alg-Bezugsmonat sein, wenn sie bei wertender Betrachtung der Tatsacheninstanzen von Bedeutung für die konkrete Einkommenserzielung waren. Dagegen sind Handlungen, welche die Aufrechterhaltung einer fortlaufenden selbstständigen Tätigkeit im Allgemeinen betreffen, wie zB das vom Berufungsgericht angesprochene Anmieten oder Einrichten von Geschäftsräumen, einem konkret erarbeiteten Einkommen nicht zuordenbar. Diese differenzierende Berücksichtigung des erzielten Einkommens aus einer selbstständigen Tätigkeit entspricht dem Zweck des [§ 141 SGB III](#) aF, der dem Arbeitslosen einen Anreiz geben soll, seine Arbeitskraft neben dem Alg-Bezug einzusetzen, um auf diese Weise seine Wiedereingliederung zu erreichen (vgl [BT-Drucks 13/4941 S 180](#); BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 88/05 R](#) - [BSGE 97, 80](#) = [SozR 4-4300 § 141 Nr 3](#), RdNr 15). Die Berücksichtigung von Einkommen, das nicht im sachlichen Zusammenhang mit einer konkreten Tätigkeit während des Alg-Bezugs steht, läuft dieser Zielsetzung zuwider.

22

Auch systematische Gründe sprechen gegen einen undifferenzierten Rückgriff auf die in Einkommensteuerbescheiden erfassten Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Anders als etwa [§ 97 Abs 1 Satz 1 SGB VI](#), der auf die Regelung des [§ 18a SGB IV](#) zur Anrechenbarkeit von Einkommen beim Zusammenreffen mit Renten wegen Todes und damit ausdrücklich auf allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts und eine Berücksichtigung des im letzten Kalenderjahr erzielten Einkommens aus selbstständiger Tätigkeit, geteilt durch die Zahl der Kalendermonate, in denen es erzielt wurde, verweist (vgl [§ 15 Abs 1 SGB IV](#), [§ 18a Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB IV](#), [§ 18a Abs 2 SGB IV](#), [§ 18a Abs 2a SGB IV](#), [§ 18b Abs 1 und Abs 2 Satz 1 SGB IV](#)), bezieht sich [§ 141 Abs 1 SGB III](#) aF lediglich auf Begriffe der steuerrechtlichen Gewinnermittlung (vgl BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 38/05 R](#) - [SozR 4-4300 § 141 Nr 2](#) RdNr 14 zur Heranziehung von [§ 15 Abs 1 SGB IV](#) lediglich "im Ausgangspunkt" für die Ermittlung des Arbeitseinkommens; allgemein zu sozialrechtlichen Verweisungsnormen Jachmann, NZS 2003, 281, 284).

23

Zwar verweist [§ 141 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) aF auf den steuerrechtlichen Begriff der Betriebseinnahmen, also alle "Zugänge von Wirtschaftsgütern in Form von Geld oder Geldeswert, die durch den Betrieb veranlasst sind" (vgl nur BFH vom 26.9.1995 - [VIII R 35/93](#) - [BFHE 179, 251](#); Loschelder in Schmidt, Einkommensteuergesetz, 38. Aufl 2019, § 4 RdNr 420). Die gleichfalls in [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF bezeichneten Betriebsausgaben umfassen alle Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind ([§ 4 Abs 4](#) Einkommensteuergesetz (EStG)). Auf die Gewinnermittlung durch Überschussrechnung, also die steuerlich mögliche vereinfachte Ermittlung des Gewinns durch Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ([§ 4 Abs 3 EStG](#)) wird jedoch nicht Bezug genommen, weil [§ 141 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) aF aus "verwaltungspraktischen Gründen" ausdrücklich einen pauschalen Abzug von 30 % der Betriebseinnahmen als Betriebsausgaben vorsieht, es sei denn, der Arbeitslose weist höhere Betriebsausgaben nach ([BT-Drucks 15/1515 S 86](#)).

24

Die danach erforderliche Zuordenbarkeit des Einkommens aus einer selbstständigen Tätigkeit zu einem bestimmten Alg-Bezugsmonat setzt notwendig bereits im Vorfeld von der Arbeitsverwaltung festzulegende Dokumentationsanforderungen und - ggf nachfolgend - Ermittlungen der Tatsacheninstanzen zur Ausgestaltung der während des Alg-Bezugs konkret ausgeübten selbstständigen Tätigkeiten voraus. Sie können zB durch Vor- und Nachbereitungshandlungen, zB bei Unterrichtstätigkeiten und Beratungsgesprächen/Präsentationen, als auch durch zeitliche Bindungen, etwa Ladenöffnungszeiten, geprägt sein. Zu prüfen ist auch, ob sich - ähnlich der Situation bei Erzielung von Arbeitsentgelt aus abhängiger Beschäftigung - aus geschäftlichen Unterlagen ein Erarbeitungszeitpunkt bzw -zeitraum ableiten lässt.

25

cc) Das Berufungsgericht geht unter Berücksichtigung dieser Grundsätze von einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab zur Ermittlung des anrechenbaren Nebeneinkommens nach [§ 141 SGB III](#) aF aus, wenn es meint, dass bei selbstständigen Tätigkeiten generell nicht feststellbar sei, wann ein "Erarbeiten" iS des [§ 141 Abs 1 SGB III](#) beginne bzw vorliege. Ausgehend von den im streitigen und nachfolgenden Zeiträumen erzielten Einnahmen wird es daher noch aufklären müssen, welche selbstständigen Tätigkeiten des Klägers mit seiner Firma gerade im vierten Quartal 2009 verbunden waren. Anders als der Kläger meint, kann als "Erarbeiten" nicht allein der Zeitpunkt der konkreten Erbringung des "Endprodukts" (Ware, Dienstleistung) aus einer selbstständigen Tätigkeit berücksichtigt werden.

26

Bei seinen weiteren Feststellungen wird das LSG ggf einbeziehen müssen, dass als erzielte Einnahmen, die einem bestimmten Alg-Bezugszeitraum zuordenbar sind, nicht sämtliche steuerlich relevanten Einnahmen herangezogen werden können. Unter Berücksichtigung des Merkmals des persönlichen Einsatzes (vgl hierzu im Einzelnen BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 38/05 R](#) - [SozR 4-4300 § 141 Nr 2](#) RdNr 15 mwN) sind etwa aufgelöste Ansparrücklagen - diese werden in der vorläufigen betriebswirtschaftlichen Auswertung für die Zeit vom 1.10.2008 bis 31.12.2008 erwähnt - weder für das Einkommen iS des [§ 141 Abs 1 SGB III](#) aF noch für den Freibetrag iS des [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF relevant. Gleichfalls dürfte es sich bei den Einnahmen aus Goldschmiedearbeiten der Ehefrau des Klägers, die in den übersandten Rechnungen und möglicherweise auch in den Einkünften aus Gewerbebetrieb in den Steuerbescheiden enthalten sind, nicht um bei ihm zu berücksichtigendes Nebeneinkommen handeln. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 ausgewiesene Veräußerungsverlust in Höhe von 50 000 Euro nicht mit der selbstständigen Tätigkeit in Zusammenhang steht.

27

dd) Kommt das Tatsachengericht nach weiterer Sachaufklärung unter Berücksichtigung der dargelegten Maßstäbe zu dem Ergebnis, dass sich keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine konkrete zeitliche Zuordnung des durch persönlichen Einsatz erzielten Einkommens zu selbstständigen Tätigkeiten bzw Handlungen in einzelnen Monaten des Alg-Bezugs ergeben, rechtfertigt allein dies eine Durchschnittsberechnung des anrechenbaren Einkommens. Hierbei können die dem Einkommensteuerbescheid zugrunde gelegten und ggf bereinigten Betriebseinnahmen, wie sie sich aus den Unterlagen zur Einkommensteuererklärung ergeben, berücksichtigt werden. Insofern lässt sich den Feststellungen des LSG entnehmen, dass der Kläger die selbstständige Tätigkeit im streitigen Zeitraum durchgehend ausgeübt hat. Dann sind allerdings nach [§ 141 Abs 1 Satz 2 SGB III](#) aF pauschal 30 % der Betriebseinnahmen als Betriebsausgaben abzusetzen, es sei denn, der Arbeitslose weist höhere Betriebsausgaben nach. Die grundsätzliche Möglichkeit der Durchschnittsberechnung eines Nebeneinkommens aus selbstständiger Tätigkeit hat der Gesetzgeber für die Ermittlung des Freibetrags nach [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF vorgesehen. Von einer Durchschnittsberechnung bei Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit ist das BSG für die Fallgestaltungen des vormaligen § 115 AFG mit der auf eine Kalenderwoche bezogenen Anrechnung von Nebeneinkommen aus selbstständiger Tätigkeit im Grundsatz ausgegangen, indem es auf das Erfordernis der Errechnung eines wöchentlichen Arbeitseinkommens aus einem monatlichen Arbeitseinkommen verwiesen hat (BSG vom 2.6.2004 - [B 7 AL 58/03 R](#) - [BSGE 93, 51](#) RdNr 16 = [SozR 4-4100 § 115 Nr 1](#) RdNr 17).

28

ee) Bei seiner Berechnung des Freibetrags hat das LSG zutreffend zugrunde gelegt, dass sich der Kläger auf die Bestandsschutzregelung des [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF für Nebeneinkommen berufen kann, weil er die selbstständige Tätigkeit und sein daneben bestehendes Beschäftigungsverhältnis bei der C. N. GmbH länger als zwölf Monate ausgeübt hat. Auch der Freibetrag ist nach den vorstehenden Grundsätzen zur Feststellung des anrechenbaren Einkommens aus einer selbstständigen Tätigkeit zu ermitteln.

29

Der Senat folgt dem LSG auch, soweit es davon ausgeht, dass der Freibetrag nach [§ 141 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) aF in Höhe von 165 Euro pro Kalendermonat nicht ergänzend abgesetzt werden kann. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF, der diesen Freibetrag als Mindestbetrag der konkret privilegierten Tätigkeit ausdrücklich einbezieht. Zwar kommt ein kumulativer Ansatz von zwei Freibeträgen in Betracht; dies setzt jedoch voraus, dass der Arbeitslose zwei verschiedene Nebentätigkeiten ausübt und die kumulative Berücksichtigung sowohl des Freibetrags aus [§ 141 Abs 1 SGB III](#) aF als auch desjenigen des [§ 141 Abs 2 SGB III](#) aF unter Beachtung der verschiedenen Gesetzeszwecke der Regelung gerechtfertigt ist (vgl BSG vom 5.9.2006 - [B 7a AL 88/05 R](#) - [BSGE 97, 80](#) = [SozR 4-4300 § 141](#)

[Nr 3](#), RdNr 17-18; Sommer, jurisPR-SozR 23/2006, Anm 1). In der Konstellation des Klägers kann der Freibetrag jedoch nur bewirken, dass dem Arbeitslosen das Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit belassen wird, das seinen Lebensstandard schon längere Zeit vor Eintritt der Arbeitslosigkeit mitbestimmt hatte.

30

Ob der Kläger für den streitigen Zeitraum einen Teilbetrag des ihm vorläufig bewilligten Alg zu erstatten hat, kann der Senat gleichfalls nicht abschließend beurteilen. Das LSG wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2019-08-30