

L 18 AL 215/10

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

18

1. Instanz

SG Frankfurt (Oder) (BRB)

Aktenzeichen

S 12 AL 362/08

Datum

20.01.2010

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 18 AL 215/10

Datum

15.09.2011

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 20. Januar 2010 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin wendet sich gegen den Aufhebungs- und Erstattungsbescheid der Beklagten vom 20. Mai 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. September 2003 noch insoweit, als die Beklagte ihre Entscheidungen über die Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) bzw Arbeitslosenhilfe (Alhi) in den Zeiträumen vom 7. Januar 2002 bis 11. März 2002, vom 15. April 2002 bis 11. Juni 2002 und vom 1. Juli 2002 bis 31. Januar 2003 aufgehoben hat und die Erstattung des in diesen Zeiträumen gezahlten Alg bzw der gezahlten Alhi (16. August 2002 bis 31. Januar 2003) sowie die Erstattung von Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung (KV/PV) fordert.

Der Klägerin, geboren 1974, bewilligte die Beklagte mit Bescheid vom 30. November 2001 für die Zeit ab 20. Oktober 2001 Alg für die Dauer von 300 Kalendertagen (Leistungsbetrag täglich = 28,76 DM; ab 1. Januar 2002 = 14,71 EUR). Nach Erschöpfung des Alg-Anspruchs bewilligte die Beklagte der Klägerin ab 16. August 2002 Alhi (Leistungsbetrag täglich = 12,76 EUR; ab 1. Januar 2003 = 12,69 EUR). Am 7. Januar 2002 nahm die Klägerin eine Beschäftigung bei der R gGmbH B - Abteilung Behindertenfahrdienst - auf. Nach den "Bescheinigungen über Nebeneinkommen" lag das Bruttoarbeitsentgelt monatlich jeweils unter 165,- EUR; die Arbeitszeit in der jeweiligen Beschäftigungs- bzw Kalenderwoche war ab Antritt der Beschäftigung mit jeweils unter 15 Stunden in der Woche angegeben worden. Im Rahmen einer bei der R gGmbH B am 9. Dezember 2002 durchgeführten Betriebsprüfung wiesen die Stundenabrechnungen für die Klägerin ab Januar 2002 indes zum Teil Arbeitszeiten von über 15 Stunden in der Woche aus; auf die Stundenabrechnungen für Januar 2002 bis November 2002 wird Bezug genommen. Während dieses Gesamtzeitraumes hatte die Klägerin am 12. März 2002, 3. April 2002 und 12. Juni 2002 bei der Beklagten persönlich vorgesprochen. Das Beschäftigungsverhältnis endete mit dem 31. Januar 2003.

Nach Anhörung der Klägerin hob die Beklagte mit dem Aufhebungs- und Erstattungsbescheid vom 20. Mai 2003 die Entscheidungen über die Bewilligung von Alg bzw Alhi für die Zeiträume vom 7. Januar 2002 bis 11. März 2003, vom 18. März 2003 bis 2. April 2002, vom 15. April 2002 bis 11. Juni 2002 und vom 1. Juli 2002 bis 31. Januar 2003 auf und forderte von der Klägerin die Erstattung des in dieser Zeit gezahlten Alg bzw der gezahlten Alhi iHv 4.860,91 EUR sowie die Erstattung der in den Aufhebungszeiträumen gezahlten KV/PV-Beiträge von insgesamt 1.059,59 EUR (Gesamtforderung = 5.920,50 EUR). Der Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 9. September 2003). Zur Begründung des Widerspruchsbescheides ist ausgeführt: Der Widerspruch sei nicht begründet. Die Wirkung der Meldung erlösche ua mit der Aufnahme einer Beschäftigung, wenn der Arbeitslose diese dem Arbeitsamt nicht unverzüglich mitgeteilt habe. Die Klägerin habe am 1. Januar 2002 nach den vorliegenden Nebeneinkommensbescheinigungen eine weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung bei der R gGmbH B aufgenommen. Im Rahmen einer Betriebsprüfung sei festgestellt worden, dass die tatsächlichen Arbeitszeiten von den vorliegenden Nebenverdienstbescheinigungen abwichen. Infolge schwankender Arbeitszeiten sei teilweise die Arbeitslosigkeit entfallen. Die Ermittlung einer durchschnittlichen Arbeitszeit unter Berücksichtigung der Rechtslage setze voraus, dass es sich um keine gelegentliche Abweichung iSv § 118 Abs. 2 Satz 2 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) handele, ein einheitliches Beschäftigungsverhältnis bestehe und keine veränderten Arbeitsbedingungen während des Bewertungszeitraumes eingetreten seien. Diese Erfordernisse seien nicht ausreichend erfüllt. Tatsächlich ergebe die Saldierung der Arbeitszeiten in den strittigen Zeiträumen eine über 15 Stunden liegende wöchentliche Arbeitszeit, woraus sich eine uneingeschränkte Sozialversicherungspflicht ergebe. Die Rechtswirkung der Arbeitslosmeldung sei erloschen mit der Folge, dass der Leistungsanspruch in der strittigen Zeit entfallen sei. Die

Entscheidung über die Bewilligung von Alg sei nach § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 Sozialgesetzbuch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X) wegen der geänderten Verhältnisse ab 7. Januar 2002 zu den angegebenen Zeiträumen bis einschließlich 15. August 2002 aufzuheben. Ab 16. August 2002 sei die Bewilligung der Alhi (Bescheid vom 6. September 2002) bis einschließlich 31. Januar 2003 nach [§ 45 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) zurückzunehmen, da diese von Anfang rechtswidrig begünstigend gewesen sei. Die Erstattungspflicht ergebe sich aus [§ 50 Abs. 1 SGB X](#), gleichzeitig ergebe sich die Erstattungsverpflichtung nach [§ 335 SGB III](#).

Zur Begründung ihrer Klage hat die Klägerin vorgetragen: Die Arbeitsvertragsparteien hätten mit Aufnahme der Beschäftigung eine grundsätzliche monatliche Arbeitszeit von höchstens 64,9 Stunden vereinbart, wobei wegen der schwankenden Auftragslage klargestellt gewesen sei, dass der Mitarbeiter auf Abruf tätig werde. Es treffe zu, dass sie teilweise mehr als 15 Stunden in der Woche gearbeitet habe. Es sei aber eine durchschnittliche Arbeitszeit vereinbart worden, und sie habe auch Freizeitausgleiche erhalten. Die Notwendigkeit einer solchen Vereinbarung ergebe sich bereits aus dem Gegenstand der Tätigkeit, dem Transport von Behinderten. Es sei ein gleich bleibendes monatliches Gehalt vereinbart gewesen. Entscheidend sei allein, welche Stundenzahl im Vorhinein vereinbart worden sei. Es sei auch nicht auf die Kalenderwoche, sondern auf die Beschäftigungswoche abzustellen. Von Januar 2002 bis Januar 2003 habe sie durchschnittlich 13,74 Stunden in der Woche gearbeitet. Im Übrigen könne ihr nicht der Vorwurf vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens gemacht werden.

Das Sozialgericht (SG) Frankfurt (Oder) hat mit Urteil vom 20. Januar 2010 die auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide gerichtete Klage abgewiesen, nachdem die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung ihre Aufhebungs- und Erstattungsentscheidung für die Zeit vom 18. März 2002 bis 2. April 2002 zurückgenommen und die Gesamterstattungsforderung auf einen Betrag von 5.621,02 EUR reduziert hatte. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Klage sei unbegründet. Die Beklagte habe zu Recht die Entscheidung über die Bewilligung von Alg bzw Alhi aufgehoben, denn die Klägerin habe in den von der Aufhebung betroffenen Zeiträumen keinen Anspruch auf Alg bzw Alhi gehabt. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der von der Beklagten vorgenommenen Aufhebungen sei zu differenzieren zwischen den Aufhebungen aufgrund des Eintretens von Änderungen seit der vorgenommenen Leistungsbewilligung und den Aufhebungen von Leistungsbewilligungen, die von vornherein rechtswidrig gewesen seien. Dementsprechend seien für den ersten Aufhebungszeitraum ab 7. Januar 2002 die Voraussetzungen des [§ 48 SGB X](#) zu prüfen. Bei dem Bescheid der Beklagten vom 30. November 2001 über die Bewilligung von Alg für die Zeit ab 20. Oktober 2001 handele es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. In den tatsächlichen Verhältnissen, die beim Erlass dieses Bewilligungsbescheides vorgelegen hätten, sei eine wesentliche Änderung dahin gehend eingetreten, dass der Anspruch der Klägerin auf Alg für die noch streitigen Einzelzeiträume ab 7. Januar 2002 bis 15. August 2002 entfallen sei, weil die Klägerin jeweils nicht mehr arbeitslos gewesen sei. Sie sei ab 7. Januar 2002 nicht mehr beschäftigungslos gewesen, da sie eine Beschäftigung ausgeübt habe, die nicht mehr unter der in [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) geregelten Zeitgrenze gelegen habe. Nach dem Vortrag der Klägerin sei eine konkrete wöchentliche Arbeitszeit zwischen ihr und der R gGmbH B nicht vereinbart worden. Vielmehr habe es mündliche Abreden gegeben, wonach die monatliche Arbeitszeit höchstens 64,9 Stunden habe betragen sollen. Bereits bei Aufnahme der Beschäftigung habe somit festgestanden, dass die Klägerin wegen der schwankenden Auftragslage auf Abruf habe tätig werden sollen und Überschreitungen der im Gesetz vorgesehenen wöchentlichen Arbeitszeit von unter 15 Stunden durch einen Freizeitausgleich hätten abgegolten werden sollen. Prognostisch sei damit bereits zum Beginn der Beschäftigung klar gewesen, dass diese Zeitgrenze in unregelmäßigen Frequenzen überschritten werden würde. Die Kammer folge der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 29. Oktober 2008 - [B 11 AL 44/07 R](#) -. Eine monatliche Betrachtungsweise sei im Gesetz nicht vorgesehen, so dass die Bildung eines Monatsdurchschnitts für eine vereinbarte Arbeitszeit nicht zulässig sei. Unabhängig davon habe die Klägerin sogar die nach ihrem Vortrag vereinbarten 64,9 Stunden monatlich bereits in den Monaten Juli 2002, Oktober 2002 und November 2002 überschritten. Im Übrigen läge selbst bei der Annahme einer gelegentlichen Abweichung eine geringe Dauer der Abweichung nicht vor. Die Klägerin habe innerhalb des Zeitraums, für den Stundenabrechnungen aufgefunden worden seien, in 24 Wochen die für eine geringfügige Beschäftigung zulässige wöchentliche Arbeitszeit überschritten. Einen Leistungsanspruch habe die Klägerin auch in den Wochen nicht gehabt, in denen sie weniger als 15 Stunden wöchentlich gearbeitet habe. Ihr Anspruch auf Alg habe ab 7. Januar 2002 wegen des Wegfalls der Arbeitslosigkeit nicht mehr bestanden. Einen erneuten Anspruch habe die Klägerin erst wieder mit einer erneuten persönlichen Arbeitslosmeldung begründen können. Die Beklagte habe auch zu Recht für die aufgeführten Zeiträume die Alg-Bewilligung nach [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#) aufgehoben. Dass die Beklagte die zwischenzeitlich erfolgten persönlichen Vorsprachen als erneute Arbeitslosmeldung nach [§ 122 SGB II](#) angesehen und Leistungsaufhebungen jeweils bis zu dem Tag vor den Meldungen zeitlich begrenzt habe, sei zu Gunsten der Klägerin nicht zu beanstanden. Die Klägerin mache geltend, davon ausgegangen zu sein, jedenfalls im Durchschnitt ihrer Beschäftigungszeit weniger als 15 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Sie habe sich für die Zeiten, in denen sie die Zeitgrenze überschritten habe, auf die Aussage ihres Arbeitgebers verlassen, dass dies alles mit dem Arbeitsamt abgesprochen sei. Aus dem Vortrag der Klägerin erschließe sich, dass ihr die zulässige Arbeitszeit von unter 15 Stunden für eine Nebenbeschäftigung bekannt gewesen sei. Nach Auffassung der Klägerin sei jedoch grobe Fahrlässigkeit zu verneinen. Ihrer Argumentation könne aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Klägerin selbst bei der von ihr für korrekt angesehenen monatlichen Betrachtungsweise mehrfach die zulässige Zeitgrenze überschritten habe. Dieser Sachverhalt müsse der Klägerin auch bekannt gewesen sein, denn sie habe die Stundenabrechnungen, auf denen die monatlichen Soll- und Ist-Stunden handschriftlich vermerkt worden seien, jeweils durch ihre Unterschrift bestätigt. Bereits aufgrund dieses Sachverhalts wäre die Klägerin gehalten gewesen, sich entweder im Merkblatt 1 für Arbeitslose oder aber besser noch bei der Beklagten darüber zu informieren, ob diese Überschreitungen der zulässigen Arbeitszeit auch noch unschädlich für ihren Leistungsanspruch seien. Wenn die Klägerin selbst nicht kontrolliert habe, ob sie die zulässigen Stunden überschreite, und nicht einmal die Stundenzettel, die sie unterschrieben habe, geprüft habe, so werde dies als grob fahrlässig angesehen. Die letzten Zweifel hätten bei der Klägerin schließlich aufkommen müssen, als der Arbeitgeber auf den für die Beklagte bestimmten Nebenverdienstbescheinigungen zum Teil erheblich von den tatsächlich geleisteten Stunden abweichende Arbeitsstunden eingetragen habe. Auch die Hinnahme falscher Eintragungen auf einer Nebeneinkommensbescheinigung, die maßgeblich für den Leistungsanspruch sein könne, spreche für sich gesehen für eine grobe Fahrlässigkeit. In der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2010 sei die Kammer zu der Überzeugung gelangt, dass die Klägerin intellektuell in der Lage gewesen sei, die regelmäßigen Überschreitungen der für eine Nebenbeschäftigung zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit und noch mehr die Überschreitungen der nach ihrer Aussage vereinbarten monatlichen Arbeitszeit von 64,9 Stunden und auch die falschen Angaben des Arbeitgebers in den Arbeitsbescheinigungen zu erkennen und die Schlussfolgerung zu ziehen, dass rechtswidrige Unregelmäßigkeiten vorliegen könnten. Von der Klägerin habe erwartet werden können, dass sie sich hierüber auch tatsächlich Gedanken mache und sich an die Beklagte wende, die im Rahmen des bestehenden Sozialversicherungsverhältnisses über die Leistungsansprüche der Klägerin und das Vorliegen der entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen zu entscheiden habe. Spätestens im Rahmen der persönlichen Vorsprachen bei der Beklagten habe die Klägerin die Möglichkeit gehabt, Mitarbeiter der Beklagten hierzu zu befragen. Die in [§ 48 Abs. 4 SGB X](#) geregelten Fristen habe die Beklagte eingehalten. Für den Aufhebungszeitraum vom 16. August 2002 bis 31. Januar 2003 sei das Vorliegen der in [§ 45 SGB X](#) geregelten Rücknahmevoraussetzungen zu prüfen. Der Bescheid der Beklagten vom 6. September 2002 sei von Beginn an rechtswidrig gewesen, weil

der Klägerin Alhi bewilligt worden sei, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen für diese Leistung zum Zeitpunkt des Erlasses dieses Bescheides nicht vorgelegen hätten. Der fehlende Anspruch auf Alhi wirke bis zur nächsten persönlichen Arbeitslosmeldung der Klägerin fort, so dass durchgehend ein Anspruch auf Alhi vom 16. August 2002 bis 31. Januar 2003 nicht bestanden habe. Auch die übrigen Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) lägen vor. Die Beklagte habe auch die in [§ 45 Abs. 3 und Abs. 4 SGB X](#) geregelten Fristen beachtet. Die Beklagte habe auch einen Anspruch auf Erstattung der an die Klägerin gezahlten Leistungen iHv 4.625,55 EUR für die Leistungen und iHv 888,68 EUR für gezahlte KV-Beiträge und iHv 106,79 EUR für gezahlte PV-Beiträge entsprechend ihrer insoweit im Termin zur mündlichen Verhandlung reduzierten Erstattungsforderung.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Anfechtungsbegehren weiter. Auf ihre Berufungsbegründung vom 25. Oktober 2010 wird Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 20. Januar 2010 sowie den Bescheid der Beklagten vom 20. Mai 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. September 2003 und in der Fassung des Bescheides vom 20. Januar 2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf das Urteil des BSG vom 29. Oktober 2008 - [B 11 AL 44/07 R](#) -.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die zum Verfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Akten der Beklagten (2 Bände) und die Gerichtsakte haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

II.

Der Senat hat gemäß [§ 153 Abs. 4](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) die Berufung der Klägerin durch Beschluss zurückweisen können, weil er dieses Rechtsmittel einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich gehalten hat. Die Beteiligten sind hierzu vorher gehört worden ([§ 153 Abs. 4 Satz 2 SGG](#)).

Die Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind – in dem zuletzt noch streitigen Umfang – rechtmäßig, wie das SG insoweit mit zutreffender Begründung entschieden hat.

Die Beklagte hat zu Recht die Bewilligung von Alg für die Zeiträume vom 7. Januar 2002 bis 11. März 2002, vom 15. April 2002 bis 10. Juni 2002 und vom 1. Juli 2002 bis 15. August 2002 sowie die Bewilligung von Alhi für die Zeit vom 16. August 2002 bis 31. Januar 2003 nach den [§§ 45, 48 SGB X](#) iVm [§ 330](#) Absätze 2 und [3 SGB III](#) zurückgenommen und gemäß [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) und [§ 335 SGB III](#) die Erstattung der insoweit überzahlten Alg- und Alhi-Leistungsbeträge einschließlich der KV/PV-Beiträge gefordert.

Für die Alg-Aufhebungszeiträume vom 7. Januar 2002 bis 15. August 2002 bietet [§ 48 SGB X](#) iVm [§ 330 Abs. 3 SGB III](#) die erforderliche Rechtsgrundlage. Danach muss ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden, sobald in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eingetreten ist, der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#)) oder er wusste oder nicht wusste, weil er die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, dass der sich aus dem Verwaltungsakt ergebene Anspruch kraft Gesetzes zum Ruhen gekommen oder ganz oder teilweise weggefallen ist ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#)), und die Fristen des [§ 48 Abs. 4 SGB X](#) eingehalten sind. Die Bewilligung von Alg war wegen der nachträglich (dh mit Wirkung vom 7. Januar 2002) nach Erlass des Bewilligungsbescheides vom 30. November 2001 eingetretenen Änderung in den für die Bewilligungsentscheidung als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung rechtlich wesentlichen Verhältnissen für die og Zeiträume aufzuheben, weil der Anspruch der Klägerin auf Alg für diese Zeiten wegen fehlender Arbeitslosigkeit entfallen war.

Nach [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung hatten Anspruch auf Alg nur Arbeitnehmer, die ua arbeitslos waren (Abs. 1 Nr. 1 der Vorschrift). Gemäß [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) war arbeitslos derjenige Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand und eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung suchte. Nach [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) schloss die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung die Beschäftigungslosigkeit iS des Abs. 1 Nr. 1 der Vorschrift nicht aus; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer blieben unberücksichtigt. Die Ausübung der von der Klägerin ab 7. Januar 2002 bei der R gGmbH B ausgeübten Beschäftigung war jedoch nicht in diesem Sinne kurzzeitig.

Die Beurteilung, wann eine Beschäftigung die Zeitgrenze des [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) in der hier maßgebenden Fassung überschreitet, ist unter Heranziehung der von der Rechtsprechung des BSG zu den Vorgängervorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes (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 getrof-

fenen 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 - und nunmehr zu [§ 118 SGB III](#) BSG, Urteile vom 29. Oktober 2008 - [B 11 AL 52/07 R](#) = [SozR 4-4300 § 118 Nr. 2](#) - und - [B 11 AL 44/07 R](#) = [SozR 4-4300 § 118 Nr. 3](#)). Demgemäß kommt es für die Beurteilung der Kurzzeitigkeit einer Beschäftigung vorrangig auf die vertraglichen Vereinbarungen und eine vorausschauende Betrachtungsweise an, die an die Verhältnisse zu Beginn der Beschäftigung anknüpft (BSG aaO mWn auf die Rechtsprechung des BSG zu § 102 AFG).

Maßgeblich sind demgemäß die zwischen der Klägerin und ihrer Arbeitgeberin geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen sowie eine prognostische Betrachtungsweise anhand der Merkmale und Umstände, wie sie bei Beschäftigungsbeginn vorlagen (vgl BSG aaO). Nach dem umfassenden Klagevortrag der Klägerin, den der Senat seiner Beurteilung zugrunde legt, ohne dass es diesbezüglich einer weitergehenden Beweisaufnahme durch Vernehmung der mit Schriftsatz vom 16. Februar 2011 benannten Personen bedurft hätte, hatte sie bei Aufnahme ihrer Beschäftigung im Behindertenfahrdienst der R gGmbH B mit ihrer Arbeitgeberin eine grundsätzliche monatliche Arbeitszeit von höchstens 64,9 Stunden vereinbart; wegen der schwankenden Auftragslage sei gleichzeitig klargestellt gewesen, dass sie auf Abruf tätig werden würde (vgl Schriftsatz vom 3. Dezember 2003). Ein Nachweis, zB eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien, für die nach dem Vorbringen der Klägerin vereinbarte monatliche Stundenhöchstzahl liegt nicht vor, und existiert nach den Angaben der Klägerin auch nicht. Auch wenn aber von der von der Klägerin angegebenen monatlichen Stundenhöchstzahl von 64,9 Stunden ausgegangen wird, lässt sich die von der Klägerin am 7. Januar 2002 aufgenommene Beschäftigung im Behindertenfahrdienst der R gGmbH B nicht als kurzzeitige Beschäftigung qualifizieren. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin war die geschlossene Vereinbarung von vornherein und regelhaft darauf angelegt, die Kurzzeitigkeitsgrenze zu überschreiten. Sie hat eingehend schriftsätzlich dargelegt, dass es wegen der spezifischen Tätigkeit zu Überschreitungen kommen musste. Die aus der Monatsarbeitszeit von 64,9 Stunden errechnete Wochenarbeitszeit (vgl BSG, Urteil vom 15. Mai 1985 - [7 RAr 22/84](#) - juris) ändert nichts daran, dass 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 (7. Januar 2002) 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 von der Klägerin 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. Januar 2003 endenden Beschäftigung - möglicherweise umgesetzt worden ist, ist unerheblich (vgl BSG, Urteil vom 28. Oktober 2008 - [B 11 AL 44/07 R](#) -). Es handelte sich bei den Überschreitungen auch nicht um aus der Natur der Beschäftigung folgende Schwankungen. Denn die Ungewissheit im Umfang der Arbeitszeit bestand nicht wegen der Eigenart der auszuführenden Tätigkeit im Behindertentransport, sondern wegen der von der Klägerin erklärten Bereitschaft, für das Rettungsdienstunternehmen nach Bedarf als Fahrerin tätig zu werden.

Demgemäß steht fest, dass die Klägerin wegen "der schwankenden Auftragslage auf Abruf" (vgl Schriftsatz vom 3. Dezember 2003) tätig werden sollte. Damit stand aber von vornherein ebenso fest, dass die wöchentliche Kurzzeitigkeitsgrenze von weniger als 15 Stunden überschritten werden konnte, da der Umfang der Beschäftigung der Klägerin ausschließlich von der jeweiligen Auftragslage und der sich daraus ergebenden Anzahl der Arbeitseinsätze abhing. Entsprechend diesem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung erfolgte dann nach dem Vorbringen der Klägerin auch die tatsächliche Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses. Die Klägerin räumt selbst ein, dass sie teilweise mehr als 15 Stunden in der Woche gearbeitet habe. Dementsprechend weisen die bei der Betriebsprüfung am 09. Dezember 2002 bei der R gGmbH aufgefundenen Stundenabrechnungen für die Klägerin in der Woche vom 7. Januar 2002 bis 11. Januar 2002 18,55 Stunden, vom 14. Januar 2002 bis 18. Januar 2002 16 Stunden, vom 4. Februar 2002 bis 8. Februar 2002 21,45 Stunden, vom 11. Februar 2002 bis 15. Februar 2002 15,10 Stunden, vom 18. März 2002 bis 22. März 2002 15,10 Stunden, vom 15. April 2002 bis 19. April 2002 15,40 Stunden, vom 22. April 2002 bis 26. April 2002 16,25 Stunden, vom 13. Mai 2002 bis 17. Mai 2002 15,30 Stunden, vom 3. Juni 2002 bis 7. Juni 2002 17,30 Stunden, vom 1. Juli 2002 bis 5. Juli 2002 16,35 Stunden, vom 8. Juli 2002 bis 12. Juli 2002 16,55 Stunden, vom 15. Juli 2002 bis 19. Juli 2002 17,25 Stunden, vom 2. September 2002 bis 6. September 2002 16,25 Stunden, vom 9. September 2002 bis 13. September 2002 16,45 Stunden, vom 16. September 2002 bis 20. September 2002 24,05 Stunden, vom 7. Oktober 2002 bis 11. Oktober 2002 18,15 Stunden, vom 14. Oktober 2002 bis 18. Oktober 2002 17,05 Stunden, vom 21. Oktober 2002 bis 25. Oktober 2002 21,40 Stunden, vom 4. November 2002 bis 8. November 2002 20,45 Stunden, vom 11. November 2002 bis 15. November 2002 19,45 Stunden, vom 18. November 2002 bis 22. November 2002 26,45 Stunden und vom 25. November 2002 bis 29. November 2002 20,15 Stunden auf. Die Klägerin kann sich schließlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe mit ihrem 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 ihres Arbeitsverhältnisses behauptet die Klägerin 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 (vgl BSG aaO).

Wegen der Überschreitung der zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit in der (Beschäftigungs- und Kalender-)Woche ab 7. Januar 2002 entfiel jedenfalls die Arbeitslosigkeit der Klägerin iS des [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) und wegen dieser Änderung in den Verhältnissen iS des [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) ist die Aufhebung der Bewilligung von Alg bzw Alhi in den zuletzt noch streitigen Zeitabschnitten rechtens. Da nach [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) die Wirkung der persönlichen Arbeitslosmeldung mit der Aufnahme der Beschäftigung erlischt, entfiel der Anspruch der Klägerin auf Alg jedenfalls bis 11. März 2002, bis sie sich am 12. März 2002 erneut bei der Beklagten persönlich meldete. Der Anspruch auf Alg entfiel dann wieder mit der Überschreitung der Kurzzeitigkeitsgrenze in der Woche vom 15. April 2002 bis 19. April 2002, und zwar bis zum 11. Juni 2002, bis sich die Klägerin am 12. Juni 2002 bei der Beklagten wiederum persönlich meldete. Danach entfiel der Anspruch auf Alg dann wieder ab 1. Juli 2002 bis zur Ansprucherschöpfung am 15. August 2002.

Bei den aufgeführten Überschreitungen der Kurzzeitigkeitsgrenze des [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) handelt es sich auch nicht nur um gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer iS des [§ 118 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB III](#), die die Kurzzeitigkeit nicht ausschließen. Gelegentlich ist eine Überschreitung nur dann, wenn sie nicht vorhersehbar ist und sich innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses voraussichtlich nicht wiederholt (vgl BSG aaO). Wegen der Vorhersehbarkeit der zeitlichen Überschreitung der vereinbarten Stundenhöchstzahl bereits bei der Eingehung des Beschäftigungsverhältnisses war aber das Tatbestandsmerkmal der "Gelegentlichkeit" iSv [§ 118 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB III](#) nicht erfüllt. Dass die Klägerin bei Bedarf und "auf Abruf" eingesetzt werden sollte, erfordert keine andere Beurteilung. Entscheidend ist auch in diesem Zusammenhang, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung von vornherein auf eine Überschreitung der Kurzzeitigkeitsgrenze des [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III](#) angelegt war (vgl BSG aaO).

Die Aufhebung nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) wegen der Änderung der Verhältnisse ab 7. Januar 2002 war nach [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 und 4 SGB X](#) auch für die Vergangenheit zulässig, weil die Klägerin ihrer Mitteilungspflicht iS des [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) zumindest grob fahrlässig nicht nachgekommen war, oder aber es zumindest nicht wusste, weil sie die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hatte, dass ihr Anspruch auf Alhi kraft Gesetzes weggefallen war ([§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB X](#)). Maßgebend ist insoweit ein subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab. Die Klägerin wusste nach ihrem eigenen Klagevortrag, dass sie in bestimmten Zeiten die Zeitgrenze überschritten hatte. Wenn sie - wie sie vorbringt - sich dabei auf die Aussage ihres Arbeitgebers verlassen habe, dass dies alles mit dem Arbeitsamt abgesprochen sei, und beim Arbeitsamt nicht noch einmal nachgefragt habe, ob das so korrekt sei, erweist sich der Vorwurf zumindest grober Fahrlässigkeit in jedem Falle als begründet. Aus dem früheren Alhi-Bezug und der Aushändigung der entsprechenden Merkblätter mit eindeutigen Hinweisen zur Anspruchsschädlichkeit einer Beschäftigungsaufnahme (sh Bl. 40 des Merkblatts) waren der kaufmännisch ausgebildeten Klägerin ihre Mitwirkungspflichten bestens bekannt. Im Übrigen ergibt sich gerade aus der nach den Angaben der Klägerin mit der R gGmbH B vereinbarten monatlichen Stundenhöchstgrenze von 64,9 Stunden, dass die Parteien des Arbeitsvertrages und damit auch die Klägerin wussten, dass eine Überschreitung der Stundenhöchstgrenze sich anspruchsschädlich auswirken würde, weil die Arbeitslosigkeit gegebenenfalls entfallen würde. Selbst bei einer "monatlichen" Betrachtungsweise, auf die sich die Klägerin nunmehr beruft, hätte sie im Übrigen die zulässige Zeitgrenze in drei Monaten überschritten. Der Klägerin, die zudem Nebeneinkommensbescheinigungen ihrer Arbeitgeberin mit falschen wöchentlichen Stundenzahlen bei der Beklagten eingereicht hatte, lässt sich aufgrund ihres Vorbringens und der Umstände der getroffenen Vereinbarung zum Umfang der Beschäftigung die erforderliche Einsichts- und Kritikfähigkeit - wie bereits das SG festgestellt hat - nicht absprechen. Das insgesamt als grob leichtfertig zu wertende Verhalten der Klägerin rechtfertigt damit den Vorwurf grober Fahrlässigkeit auch unter Anwendung eines subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs.

Für die Aufhebungszeiträume ab 16. August 2002 bis 31. Januar 2003 bildet [§ 45 SGB X](#) die erforderliche Rechtsgrundlage für die Aufhebung der bewilligenden Alhi-Entscheidung. Der Bescheid vom 6. September 2002, mit dem die Beklagte Alhi ab 16. August 2002 bewilligt hatte, stellt sich als von Anfang an rechtswidrig iSv [§ 45 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) dar. Denn zur Zeit des Erlasses dieses Bescheides war die Klägerin jedenfalls bereits seit 1. Juli 2002 durchgehend nicht mehr arbeitslos iS des [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) iVm [§ 198 Satz 2 SGB III](#), weil sie in der Woche ab 1. Juli 2002 die Kurzzeitigkeitsgrenze des [§ 118 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#) überschritten hatte. Insoweit gilt nichts anderes als hinsichtlich der rechtmäßigen Aufhebung der Bewilligung von Alg in den Zeiträumen ab 7. Januar 2002 auf der Grundlage des [§ 48 SGB X](#). Auch insoweit ist der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit begründet, weil die Klägerin die Rechtswidrigkeit des Alhi-Bewilligungsbescheides zumindest infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#)). Nach [§ 45 Abs. 4 SGB X](#) war die Beklagte daher berechtigt und verpflichtet, die Alhi-Bewilligung in dem in Rede stehenden Umfang mit dem Aufhebungsbescheid vom 20. Mai 2003 und damit für die Vergangenheit zurückzunehmen. Auch die Einjahresfrist des [§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X](#) ist gewahrt.

Da die Beklagte ihre Bewilligungsentscheidungen über die Gewährung von Alg bzw Alhi nach [§§ 45, 48 SGB X](#) für die noch streitigen Zeiträume zurücknehmen durfte, hat die Klägerin nach [§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) der Beklagten das in diesen Zeiten gezahlte Alg bzw die gezahlte Alhi zu erstatten. Auch die von der Beklagten zuletzt erhobene Forderung auf Erstattung der in den Aufhebungszeiträumen gezahlten KV-Beiträge besteht gemäß [§ 335 Abs. 1 SGB III](#) zu Recht. Das Gleiche gilt für die Erstattung der PV-Beiträge nach [§ 335 Abs. 5 iVm Abs. 1 SGB III](#). Der Erstattungsbetrag beläuft sich entsprechend der zuletzt von der Beklagten mit

Bescheid vom 20. Januar 2010 geltend gemachten Forderung auf einen Gesamtbetrag von 5.621,02 EUR. Hierauf entfallen auf das überzahlte Alg 2.471,28 EUR, auf die überzahlte Alhi 2.154,27 EUR, auf die gezahlten KV-Beiträge 888,68 EUR und auf die gezahlten PV-Beiträge 106,79 EUR. Auf die zutreffende Berechnung der Erstattungsforderung im angefochtenen Urteil wird insoweit gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug genommen (S. 19 und 20 des Urteils) und von weiteren Ausführungen in der Sache abgesehen.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen unter Berücksichtigung der nunmehr vorliegenden höchstrichterlichen Rechtsprechung (Urteile des BSG vom 29. Oktober 2008 - [B 11 AL 44/07 R](#) - aaO und - [B 11 AL 52/07 R](#) - aaO) nicht vor. Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil - [B 11 AL 4/07 R](#) - wurde nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG 1. Senat 2. Kammer vom 6. Juli 2009 - 1 BvR 1218/09 - juris).

Rechtskraft
Aus
Login
BRB
Saved
2011-09-19