S 13 AL 4344/01

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	7
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Minderung des Arbeitslosengeldes Nebeneinkommen Absetzung von Werbungskosten horizontaler Verlustausgleich kurzzeitige Beschäftigungen selbstständige Tätigkeiten Rücknahme des Bewilligungsbescheides Rechtsanwendung Bestimmtheitsgebot Berechnung der Minderung
Leitsätze	Bei der Anrechnung von Nebeneinkommen auf das Arbeitslosengeld war ein Verlustausgleich zwischen mehreren Einkommensarten aus kurzzeitigen Beschäftigungen und selbständigen Tätigkeiten grundsätzlich möglich (Rechtslage bis 31.12.1997).
Normenkette	AFG § 115 Abs 1 S 1 F: 1994-07-26 AFG § 115 Abs 1 S 2 F: 1994-07-26 AFG § 115 Abs 2 S 1 F: 1994-07-26 AFG § 115 Abs 3 F: 1994-07-26 SGB X § 45 SGB X § 48 AFG § 152 Abs 2 SGB III § 330 Abs 2 SGB X § 33

1. Instanz

Aktenzeichen	S 13 AL 4344/01
Datum	21.06.2002

2. Instanz

Aktenzeichen	L 12 AL 2450/02
Datum	07.11.2002

3. Instanz

Datum 02.06.2004

Auf die Revision des KlÃ¤gers wird der Beschluss des Landessozialgerichts Baden-WÃ¼rttemberg vom 7. November 2002 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÃ¼ckverwiesen.

GrÃ¼nde:

I

Der KlÃ¤ger wendet sich gegen die teilweise Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) wegen der Anrechnung von Nebeneinkommen fÃ¼r die Zeit vom 26. MÃ¤rz 1994 bis 28. Oktober 1995 und gegen die Forderung der Beklagten, insoweit Ã¼berzahlte Leistungen in HÃ¶he von 4.153,62 DM (bzw 2.123,71 Â¤) zu erstatten.

Der 1947 geborene KlÃ¤ger war von Oktober 1981 bis Ende Dezember 1993 als TriebwagenfÃ¼hrer bei einer Verkehrsgesellschaft versicherungspflichtig beschÃ¤ftigt. Die Beklagte bewilligte ihm im Februar 1994 ab MÃ¤rz 1994 (nach Ablauf einer Sperrzeit) Alg fÃ¼r eine Anspruchsdauer von 500 Tagen in HÃ¶he von zunÃ¤chst 320,40 DM wÃ¶chentlich und (nach einer Ãnderung der Lohnsteuerklasse, einer Dynamisierung und Inkrafttreten einer neuen Leistungsverordnung) ab 2. Januar 1995 letztlich in HÃ¶he von 251,40 DM wÃ¶chentlich (Bescheid vom 6. Februar 1995). Bei Antragstellung hatte der KlÃ¤ger angegeben, seit 1985/1986 auch als SelbststÃ¤ndiger ein Transportunternehmen (Flugtransporte mit eigenem Flugzeug; Mietwagenverkehr) zu betreiben. Er habe jedoch keine geregelte wÃ¶chentliche Arbeitszeit und erziele keine EinkÃ¼nfte.

Im Rahmen des Datenabgleichs zwischen SozialversicherungstrÃ¤gern erfuhr die Beklagte im Mai 1996, dass der KlÃ¤ger seit 1. Januar 1993 eine geringfÃ¼gige BeschÃ¤ftigung bei Dipl.-Ing. Eberhard B. ausÃ¼be. Ermittlungen ergaben, dass der KlÃ¤ger vom 1. MÃ¤rz 1994 bis 31. Dezember 1994 ein monatliches Arbeitsentgelt in HÃ¶he von 560,00 DM und vom 1. Januar 1995 bis 31. Oktober 1995 in HÃ¶he von 580,00 DM bezogen hatte (Schreiben des Dipl.-Ing. B. vom 17. Juli 1997). In einem (nicht datierten) Arbeitsvertrag zwischen dem KlÃ¤ger und Dipl.-Ing. B. heiÃt es, der KlÃ¤ger arbeite seit 1. Januar 1993 auf "DM 520.-Basis". Seine TÃ¤tigkeiten erstreckten sich auf "Flugvorbereitungen, Pilot, Co/Pilot, Flugzeugpflege ect." Der "Aushilfslohn" betrage, "bei einer Arbeitszeit von ca wÃ¶chentlich 7 Std Ã DM 18,00 DM 520,00".

Wegen unterbliebener Anrechnung dieses Nebeneinkommens hob das Arbeitsamt (ArbA) daraufhin die Bewilligung von Alg fÃ¼r die Zeit vom 26. MÃ¤rz 1994 bis 28. Oktober 1995 in HÃ¶he des Anrechnungsbetrags von 4.153,62 DM auf und verlangte die Erstattung dieses Betrags (Bescheid vom 24. Juli 1997; Widerspruchsbescheid vom 30. November 2001). Klage und Berufung, mit denen der KlÃ¤ger geltend gemacht hatte, in den Jahren 1994 und 1995 insgesamt Verluste erlitten zu haben, blieben erfolglos (Urteil des Sozialgerichts (SG) vom 21.

Juni 2002; Beschluss des Landessozialgerichts (LSG) vom 7. November 2002). Zur BegrÃ¼ndung seiner Entscheidung hat das LSG ausgefÃ¼hrt, Rechtsgrundlage fÃ¼r die teilweise Aufhebung der Leistungsbewilligungen sei nicht Â§ 45 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch â Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz â (SGB X), sondern Â§ 48 SGB X iVm Â§ 330 Abs 3 Sozialgesetzbuch Drittes Buch â ArbeitsfÃ¶rderung (SGB III). Die Minderung des Leistungsanspruchs erfolge nach Â§ 115 Abs 1 Satz 1 ArbeitsfÃ¶rderungsgesetz (AFG). Der KlÃ¤ger habe in der fraglichen Zeit neben seiner selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit eine kurzzeitige (weniger als 18 Stunden wÃ¶chentlich) abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung ausgeÃ¼bt; der Verdienst daraus mÃ¼sse auf das Alg angerechnet werden. Die geltend gemachten Aufwendungen kÃ¶nnten nicht als Werbungskosten iS des Â§ 115 Abs 1 AFG anerkannt werden. Es handele sich um Ausbildungskosten, die fÃ¼r die geringfÃ¼gige BeschÃ¤ftigung nicht erforderlich gewesen seien. Sie seien allenfalls bei der selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit zu berÃ¼cksichtigen.

Mit seiner Revision rÃ¼gt der KlÃ¤ger eine Verletzung des Â§ 48 SGB X bzw des Â§ 45 SGB X, jeweils iVm Â§ 115 AFG, sowie die Verletzung rechtlichen GehÃ¶rs (Â§ 62 Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Zwar werde die Auffassung des LSG, seine TÃ¤tigkeit bei Dipl.-Ing. B. sei eine abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung gewesen, nicht angegriffen. Bei verfassungskonformer Auslegung des Â§ 115 AFG sei jedoch eine Gesamtbewertung der EinkÃ¼nfte erforderlich. Die positiven EinkÃ¼nfte aus der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung wÃ¼rden durch Verluste aus der selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit vollstÃ¤ndig kompensiert. Diese Gesamtbetrachtung sei insbesondere deshalb vorzunehmen, weil die abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung dazu gedient habe, die selbststÃ¤ndige gewerbliche TÃ¤tigkeit aufrechtzuerhalten. Eine getrennte Betrachtung widerspreche steuerlichen GrundsÃ¤tzen und verletze den Gleichheitssatz. Das LSG habe auÃerdem entscheidungserheblichen Vortrag unberÃ¼cksichtigt gelassen. Er (der KlÃ¤ger) habe vorgetragen, dem ArbA bereits vor Beginn seiner Arbeitslosigkeit umfassend die tatsÃ¤chlichen UmstÃ¤nde seiner TÃ¤tigkeit bei Dipl.-Ing. B. geschildert und dabei auch erwÃ¤hnt zu haben, dass "diese TÃ¤tigkeit auf 520-DM-Basis laufe". Bei dieser Gelegenheit hÃ¤tte ihn das ArbA dahin beraten mÃ¼ssen, dass Verluste aus der selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit nicht mit den EinkÃ¼nften aus der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung verrechnet werden kÃ¶nnten. Er hÃ¤tte die abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung dann als selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit gestaltet. Grobe FahrlÃ¤ssigkeit iS des Â§ 45 SGB X sei jedenfalls nicht gegeben.

Der KlÃ¤ger beantragt,
den Beschluss des LSG und das Urteil des SG sowie den Bescheid der Beklagten vom 24. Juli 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. November 2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurÃ¼ckzuweisen.

Sie hÃ¤lt den angefochtenen Beschluss im Ergebnis fÃ¼r zutreffend. Allerdings sei entgegen der Ansicht des LSG nicht Â§ 48 SGB X, sondern Â§ 45 SGB X anzuwenden, weil die Alg-Bewilligung von Anfang an rechtswidrig gewesen sei. Der

KlÃ¤ger hÃ¤tte Angaben zu seiner abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung (zeitlicher Umfang, Entgelt) machen mÃ¼ssen. Eine Gesamtbetrachtung von EinkÃ¼nften sehe Â§ 115 AFG nicht vor. Letztlich fehle es sogar an Feststellungen des LSG, ob trotz der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung und der selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit noch Arbeitslosigkeit vorgelegen habe, also der KlÃ¤ger insgesamt nur kurzzeitig (weniger als 18 Stunden wÃ¶chentlich) tÃ¤tig gewesen sei.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mÃ¼ndliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklÃ¤rt (Â§ 124 Abs 2 SGG).

II

Die Revision des KlÃ¤gers ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidung des LSG und ZurÃ¼ckverweisung der Sache an das LSG begrÃ¼ndet (Â§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG). Es fehlen ausreichende tatsÃ¤chliche Feststellungen (Â§ 163 SGG) fÃ¼r eine endgÃ¼ltige Entscheidung des Senats.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 24. Juli 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. November 2001 (Â§ 95 SGG), mit dem die Beklagte zum einen die Bewilligung von Alg fÃ¼r die Zeit vom 26. MÃ¤rz 1994 bis 28. Oktober 1995 als teilweise rechtswidrig insoweit zurÃ¼ckgenommen hat, als vom KlÃ¤ger erzieltes Nebeneinkommen hÃ¤tte berÃ¼cksichtigt werden mÃ¼ssen, und mit dem die Beklagte zum anderen die Erstattung des Ã¼berzahlten Betrags in HÃ¶he von 4.153,62 DM (entspricht 2.123,71 Â¤) verlangt hat. Betroffen durch den RÃ¼cknahmebescheid sind der Ausgangs-Bewilligungsbescheid vom Februar 1994 und der Bescheid vom 6. Februar 1995, mit dem die Beklagte die LeistungshÃ¶he mit RÃ¼cksicht auf die neue Lohnsteuerklasse des KlÃ¤gers rÃ¼ckwirkend ab 2. Januar 1995 geÃ¤ndert hat. Dieser Bescheid korrespondiert mit dem Bescheid vom 23. Februar 1995, durch den die Beklagte die zuvor fÃ¼r die Zeit ab 2. Januar 1995 ergangenen Bescheide (vom 13. und 16. Januar 1995) Ã¼ber die Anpassung der LeistungshÃ¶he auf Grund einer neuen Leistungsverordnung fÃ¼r das Jahr 1995 und die Dynamisierung des Bemessungsentgelts teilweise aufgehoben hat. Der bestandskrÃ¤ftige Bescheid vom 6. Februar 1995 hat die Bescheide vom 13. und 16. Januar 1995 ersetzt.

Die Beklagte hat fÃ¼r die streitgegenstÃ¤ndliche Aufhebung des Bewilligungsbescheids vom Februar 1999 zu Recht die Vorschrift des Â§ 45 SGB X als einschlÃ¤gig angesehen. Zu Unrecht beruft sich das LSG demgegenÃ¼ber zur Anwendung des Â§ 48 SGB X auf eine Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG) vom 15. Juni 1998 (BSGE 82, 198, 209 ff = SozR 3-4100 Â§ 242v Nr 1). Darin hat der erkennende Senat fÃ¼r den Fall eines unregelmÃ¤Ãigen Nebenverdienstes zum Alg entschieden, es dÃ¼rfe wegen der Anrechnung des Nebenverdienstes gemÃ¤Ã Â§ 115 AFG regelmÃ¤Ãig nur ein vorlÃ¤ufiger Bescheid ergehen (Â§ 147 AFG; ab 1. Januar 1998 Â§ 328 SGB III); ein endgÃ¼ltiger Bescheid kÃ¶nne erst nach der Erzielung des Nebeneinkommens erstellt werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass in den FÃ¤llen, in denen ein regelmÃ¤Ãiges Nebeneinkommen anzurechnen ist, nicht bereits im Voraus fÃ¼r einen lÃ¤ngeren Zeitraum eine Bewilligung auszusprechen ist. Bei der Bewilligung von Alg, also einer auf Dauer angelegten

Leistung, steht zum Zeitpunkt der Entscheidung nie sicher fest, dass der Anspruch Ã¼berhaupt oder in der Form fortbesteht, in der er sich zum Zeitpunkt der Bewilligung ergibt. Gleichwohl wÃ¤re es unzulÃ¤ssig, noch nicht endgÃ¼ltig zu entscheiden, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung keine konkreten Anhaltspunkte fÃ¼r eine mÃ¶gliche Ãnderung vorliegen (s zu dieser Problematik unter dem Gesichtspunkt einer unzulÃ¤ssigen Bedingung: Heitsch, DÃV 2003, 367, 370). Selbst unter BerÃ¼cksichtigung des vom KlÃ¤ger geltend gemachten und im Voraus unter UmstÃ¤nden nicht genau ermittelbaren "Verlustausgleichs" ist die Aufhebung des jeweiligen Bewilligungsbescheides vorliegend an Â§ 45 SGB X zu messen. Denn die Verwaltung ist grundsÃ¤tzlich verpflichtet, vor Erlass eines endgÃ¼ltigen Bescheids die Sachlage vollstÃ¤ndig zu klÃ¤ren (BSGE 67, 104, 113 ff = SozR 3-1300 Â§ 32 Nr 2; BSG SozR 3-4100 Â§ 71 Nr 2 mwN; Eicher in Hennig, SGB III, Â§ 328 RdNr 1, Stand Februar 2004). Der Erlass eines endgÃ¼ltigen Bescheides trotz erst kÃ¼nftig ermittelbarer, allenfalls prospektiv schÃ¤tzbarer UmstÃ¤nde ohne rechtliche SchÃ¤tzungsbefugnis (s ab 1. Januar 1998 Â§ 329 SGB III) statt eines vorlÃ¤ufigen Bescheides ist dann von Anfang an rechtswidrig. Â§ 48 SGB X wÃ¤re nur anwendbar, soweit sich hinsichtlich der anderen Voraussetzungen eine wesentliche Ãnderung ergeben hÃ¤tte (BSG SozR 3-1300 Â§ 48 Nr 47 S 105).

Auch die RechtmÃ¤Ãigkeit des Bescheides vom 6. Februar 1995, mit dem die Beklagte wegen des Steuerklassenwechsels eine Neuberechnung der Alg-Leistung vorgenommen hat, misst sich an Â§ 45 SGB X. Mit diesem Bescheid und dem Aufhebungsbescheid vom 23. Februar 1995 haben sich die zuvor ergangenen Bescheide (wegen Dynamisierung und neuer Leistungsverordnung) erledigt (Â§ 39 Abs 2 SGB X). Nur diese hatten nach der Rechtsprechung des Senats einen beschrÃ¤nkten Regelungsgehalt (BSGE 82, 198, 201 = SozR 3-4100 Â§ 242v Nr 1; BSG SozR 3-1300 Â§ 45 Nr 42 S 138; SozR 3-4100 Â§ 249e Nr 9 S 64; SozR 3-4800 Â§ 63 Nr 1 S 3 f) und beinhalten nicht automatisch den Fehler des ursprÃ¼nglichen Bewilligungsbescheides, auf dem sie aufbauen (BSG SozR 1300 Â§ 45 Nr 37: Ablehnung einer Theorie der konstitutiven Fehlerwiederholung); erst wenn der Ausgangs-Bewilligungsbescheid aufgehoben ist, sind Dynamisierungsbescheide und Bescheide anlÃ¤sslich einer neuen Leistungsverordnung wegen Ãnderung der Sach- und Rechtslage gemÃ¤Ã Â§ 48 SGB X aufzuheben, soweit der Fehler nicht in der Dynamisierung selbst bzw in der Anwendung der neuen Leistungsverordnung liegt. Vorliegend hat die Beklagte demgegenÃ¼ber mit dem Bescheid vom 6. Februar 1995 iVm dem Bescheid vom 23. Februar 1995 eine vÃ¶llig neue Berechnung des Alg vorgenommen und musste dies auch tun.

Â§ 45 SGB X wird fÃ¼r das ArbeitsfÃ¶rderungsrecht allerdings durch Â§ 330 Abs 2 SGB III modifiziert; danach hat die in Â§ 45 SGB X vorgesehene ErmessensausÃ¼bung in den FÃ¤llen des Â§ 45 Abs 2 Satz 3 SGB X zu unterbleiben. Bei "BÃ¶sglÃ¤ubigkeit" des LeistungsempfÃ¤ngers ist also eine Aufhebung â auch mit Wirkung fÃ¼r die Vergangenheit â zwingend. Zwar ist Â§ 330 SGB III erst am 1. Januar 1998, nach Erlass des RÃ¼cknahmebescheids (vom 24. Juli 1997), in Kraft getreten; der Widerspruchsbescheid datiert jedoch auf den 30. November 2001. Zu diesem Zeitpunkt galt bereits das SGB III, sodass Â§ 152 Abs 2 AFG, der ohnehin mit Â§ 330 Abs 2 SGB III inhaltlich identisch ist, nicht mehr zur Anwendung kommt (vgl zum Geltungszeitraumprinzip des SGB III: BSG SozR 4-4100 Â§ 119 Nr 1 mwN;

ferner: Gitter, SGb 2003, 479; Eicher in Hennig, SGB III, Vor Â§ 422 ff, RdNr 2 ff mwN, Stand Februar 2004; ders im Kasseler Handbuch des ArbeitsfÃ¶rderungsrechts, Â§ 1 RdNr 12 ff mwN). Auch nach den Regeln des allgemeinen intertemporalen Verfahrensrechts ist grundsÃ¤tzlich auf das zum Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids geltende Recht abzustellen (BSG SozR 3-4100 Â§ 152 Nr 8 S 24 mwN).

Vorliegend kann bereits nicht abschlieÃ□end beurteilt werden, ob der angefochtene Bescheid der Beklagten wegen VerstoÃ□es gegen Â§ 24 Abs 1 SGB X aufzuheben ist. Danach war, da die Voraussetzungen fÃ¼r das Absehen von einer AnhÃ¶rung gemÃ¤Ã□ Â§ 24 Abs 2 SGB X nicht vorliegen, dem KlÃ¤ger Gelegenheit zu geben, sich zu den fÃ¼r die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu Ã¤uÃ□ern. Nach dem Inhalt der Akten ist dem KlÃ¤ger vor Erlass des Bescheids vom 24. Juli 1997 eine derartige Gelegenheit nicht geboten worden. Allerdings wÃ¤re eine Heilung des Verfahrensfehlers nach Â§ 41 Abs 1 und 2 SGB X denkbar. Unklar, weil vom LSG weder festgestellt noch sonst ersichtlich, ist vor allem, ob der dem KlÃ¤ger Ã¼bermittelte Bescheid die Anlagen zur Teilaufhebung und Berechnung des Erstattungsbetrags enthielt. Bei seiner Entscheidung wird das LSG zu berÃ¼cksichtigen haben, dass nach Â§Â§ 41 Abs 1 und 2, 42 SGB X iVm Â§ 114 Abs 2 Satz 2 SGG eine fehlende AnhÃ¶rung unter bestimmten Voraussetzungen bis zur letzten Tatsacheninstanz des gerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann (zu dieser Problematik: BSG SozR 3-1300 Â§ 24 Nr 22; SozR 3-2600 Â§ 243 Nr 9 S 37 f; SozR 3-8850 Â§ 5 Nr 5 S 79 ff).

DarÃ¼ber hinaus wird das LSG zu prÃ¼fen haben, ob der RÃ¼cknahmebescheid der Beklagten dem Bestimmtheitsgebot des Â§ 33 Abs 1 SGB X entspricht. Denn diesem wÃ¼rde nicht die Teilaufhebung fÃ¼r einen Gesamtzeitraum in HÃ¶he eines Gesamtbetrags ohne Konkretisierung dieses Betrags fÃ¼r die einzelnen Wochen genÃ¼gen (BSG SozR 3-1500 Â§ 128 Nr 15 S 32 f). Hierzu wird das LSG den Inhalt des RÃ¼cknahmebescheids unter BerÃ¼cksichtigung der dem Senat nicht bekannten Anlage und des Widerspruchsbescheids auszulegen haben (vgl zur Auslegung grundlegend BSGE 67, 104, 110 mwN = SozR 3-1300 Â§ 32 Nr 2).

Bei der Beurteilung der RechtmÃ¤Ã□igkeit des angefochtenen Bescheides ist nach den nicht mit VerfahrensrÃ¼gen angegriffenen tatsÃ¤chlichen Feststellungen des LSG in Ã□bereinstimmung mit diesem davon auszugehen, dass der KlÃ¤ger bei Dipl.-Ing. B. eine TÃ¤tigkeit ausgeÃ¼bt hat, die nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien (s: BSGE 72, 105, 107 = SozR 3-4100 Â§ 169b Nr 1; BSG SozR 3-2400 Â§ 7 Nr 4, 13 und 19; SozR 3-4100 Â§ 104 Nr 8; BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 â□□ B 12 KR 26/02 R; Schlegel in Hennig, SGB III, Â§ 25 RdNr 49 ff, Stand Dezember 2002) als abhÃ¤ngige BeschÃ¤ftigung anzusehen ist. FÃ¼r den Senat bindend hat das LSG auch festgestellt, dass die TÃ¤tigkeit des KlÃ¤gers eine sog KurzzeittÃ¤tigkeit iS des Â§ 102 AFG (hier idF, die die Vorschrift durch das Gesetz zur Ã□nderung des AFG und zur FÃ¶rderung eines gleitenden Ã□bergangs Ã¤lterer Arbeitnehmer in den Ruhestand vom 20. Dezember 1988 â□□ BGBl I 2343 â□□ erhalten hat) war, weil sie auf weniger als 18 Stunden wÃ¶chentlich beschrÃ¤nkt war, und dass sich die HÃ¶he der EinkÃ¼nfte auf 560,00 DM netto monatlich fÃ¼r das Jahr 1994 und 580,00 DM netto monatlich fÃ¼r das Jahr 1995 belief. Die

genaue Anzahl der Wochenstunden ist indes nicht festgestellt. Ausgehend von seiner Rechtsansicht, die vom KlÃ¤ger geltend gemachten Werbungskosten seien bei der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung nicht einkommensmindernd zu berÃ¼cksichtigen, hat das LSG zu diesen Werbungskosten selbst ebenfalls keine Feststellungen getroffen. Feststellungen fehlen schlieÃlich, weil das LSG in der Sache davon ausging, dass ein Verlustausgleich zwischen selbststÃ¤ndiger TÃ¤tigkeit und abhÃ¤ngiger BeschÃ¤ftigung nicht mÃ¶glich sei, auch dazu, ob der KlÃ¤ger Ã¼berhaupt eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit ausgeÃ¼bt hat, bzw welchen zeitlichen Umfang diese selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit wÃ¶chentlich umfasste. Auf diese Feststellungen kommt es jedoch an, weil der Senat der Rechtsansicht des LSG zur BerÃ¼cksichtigung von Werbungskosten im Rahmen des Â§ 115 AFG und zum Ausschluss eines Verlustausgleichs nicht folgt.

Nach Â§ 115 AFG (hier idF, die die Vorschrift durch das BeschÃ¤ftigungsfÃ¶rderungsgesetz vom 26. Juli 1994 â BGBl I 1792 â erhalten hat) mindert sich das Alg wÃ¤hrend einer Zeit, in der der Arbeitslose eine kurzzeitige BeschÃ¤ftigung ausÃ¼bt, um die HÃ¤lfte des um die Steuern, die SozialversicherungsbeitrÃ¤ge und die Werbungskosten verminderten Arbeitsentgelts aus dieser BeschÃ¤ftigung (Nettoarbeitsentgelt), soweit dieses Nettoarbeitsentgelt 30,00 DM Ã¼bersteigt (Abs 1 Satz 1). Das Nettoarbeitsentgelt wird jedoch voll berÃ¼cksichtigt, soweit es zusammen mit dem nach Satz 1 verbleibenden Alg 80 vH des fÃ¼r das Alg maÃgebenden Arbeitsentgelts Ã¼bersteigt (Abs 1 Satz 2). Hat der Arbeitslose wÃ¤hrend des Bemessungszeitraums eine kurzzeitige BeschÃ¤ftigung stÃ¤ndig ausgeÃ¼bt, so bleiben abweichend davon Arbeitsentgelte auÃer Betracht, soweit sie auf Arbeitszeiten entfallen, die

1. die durchschnittliche wÃ¶chentliche Arbeitszeit der kurzzeitigen BeschÃ¤ftigung im Bemessungszeitraum und

2. zusammen mit der durchschnittlichen wÃ¶chentlichen Arbeitszeit der beitragspflichtigen BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnisse im Bemessungszeitraum die fÃ¼r diese BeschÃ¤ftigungsverhÃ¤ltnisse nach Â§ 112 Abs 3 und 4 Nr 1 und 2 maÃgebende tarifliche regelmÃ¤Ãige wÃ¶chentliche Arbeitszeit

nicht Ã¼bersteigen (Abs 2 Satz 1). FÃ¼r selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeiten gelten die Abs 1 und 2 entsprechend (Abs 3).

Ãbt der Arbeitslose mehrere TÃ¤tigkeiten iS des Â§ 115 AFG aus, so darf die Kurzzeitigkeitsgrenze insgesamt nicht Ã¼berschritten werden. Denn Â§ 115 AFG steht in engem Zusammenhang mit Â§ 101 AFG, bei dem eine Zusammenrechnung mehrerer TÃ¤tigkeiten vorzunehmen ist (Â§ 101 Abs 1 Satz 2 Nr 2 AFG). Hat mithin der KlÃ¤ger die Kurzzeitigkeitsgrenze Ã¼berschritten, wÃ¤re nicht nur eine Einkommensanrechnung vorzunehmen gewesen, sondern ihm stand dann mangels Arbeitslosigkeit Ã¼berhaupt kein Alg zu. Auch hierzu hat das LSG jedoch keine Feststellungen getroffen. Ohne Bedeutung wÃ¤re dies, wenn die von der Beklagten vorgenommene und vom LSG akzeptierte Berechnung als solche nicht zu beanstanden wÃ¤re. Der angefochtene Bescheid wÃ¤re dann jedenfalls nicht

rechtswidrig. Allerdings fehlen ausreichende Feststellungen des LSG zur richtigen HÃ¶he des Alg ohne Anrechnung von Nebenverdiensten, und die Berechnungsmethode der Beklagten im Rahmen des Â§ 115 AFG ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Zwar dÃ¼rften die Voraussetzungen des Â§ 115 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 AFG nicht vorliegen. Jedoch lassen die Feststellungen des LSG auch hierzu keine abschlieÃ□ende Entscheidung zu.

FÃ¼r die Anrechnung von zugeflossenem (zu dieser Voraussetzung: Henke in Hennig, SGB III, Â§ 141 RdNr 51, Stand Juni 2004; Voelzke im Kasseler Handbuch des ArbeitsfÃ¶rderungsrechts, 2003, Â§ 12 RdNr 11 f) Arbeitsentgelt (aus abhÃ¤ngiger BeschÃ¤ftigung) und zugeflossenem Arbeitseinkommen (aus selbststÃ¤ndiger TÃ¤tigkeit) im Rahmen des Â§ 115 AFG ist entscheidend, wann das Einkommen erarbeitet (BR-Drucks 445/85 S 83 zu Nr 22; BSGE 82, 198, 209 = SozR 3-4100 Â§ 242v Nr 1; BSG SozR 3-4100 Â§ 44 Nr 3 S 9 f), nicht, wann es zugeflossen ist (so noch BSG SozR 4100 Â§ 115 Nr 1 zu einer frÃ¼heren Fassung des Â§ 115 Abs 1 AFG). Da die Minderung des Alg wochenweise vorzunehmen ist, muss aus einem monatlichen jeweils ein wÃ¶chentliches Arbeitsentgelt/Arbeitseinkommen errechnet werden (BSGE 82, 198, 209 = SozR 3-4100 Â§ 242v Nr 1; BSG SozR 4100 Â§ 115 Nr 2). Das Gesetz selbst gibt hierzu in Â§ 115 AFG keine Berechnungsmethode vor. Auch ein RÃ¼ckgriff auf Â§ 112 Abs 3 Satz 2 AFG (Formel: Monatseinkommen x 3: 13), ist insoweit nicht mÃ¶glich, weil auf diese Weise ein Durchschnittswert des wÃ¶chentlich erzielten Arbeitsentgelts/Arbeitseinkommens entsprechend der ausdrÃ¼cklichen Formulierung in Â§ 112 Abs 3 Satz 1 AFG ermittelt wÃ¼rde, wÃ¤hrend Â§ 115 AFG nicht die Ermittlung eines solchen Durchschnittswerts, sondern eines konkreten wochenweisen Verdienstes verlangt. Selbst wenn dies unpraktikabel erscheint, kann der ausdrÃ¼cklichen gesetzlichen Anordnung nur dadurch entsprochen werden, dass das Monatseinkommen durch die Zahl der Tage des jeweiligen Monats dividiert und das Ergebnis mit sieben multipliziert wird, um den Wochenanrechnungsbetrag zu erhalten (so auch: RadÃ¼ge in Gagel, AFG, Â§ 115 RdNr 89 f; anders Â§ 141 SGB III seit 1. Januar 1998: monatsweise Anrechnung). Dies gilt nicht nur fÃ¼r Arbeitsentgelte aus einer abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung, sondern in gleicher Weise fÃ¼r Arbeitseinkommen aus selbststÃ¤ndiger TÃ¤tigkeit. Auch Steuern, SozialversicherungsbeitrÃ¤ge und Werbungskosten sind wochenweise zu ermitteln (BSG SozR 4100 Â§ 115 Nr 2 S 13). Â§ 339 SGB III mit seiner Berechnungsregel (Monat mit 30 Tagen, Woche mit sieben Tagen), kommt vorliegend nicht zur Anwendung, weil die Vorschrift fÃ¼r die ZeitrÃ¤ume, fÃ¼r die eine Anrechnung vorzunehmen gewesen wÃ¤re, noch nicht galt. Auf den Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids kommt es dabei nicht an.

Ob zu Gunsten des KlÃ¤gers bei dem Nebenverdienst aus der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung Werbungskosten einkommensmindernd zu berÃ¼cksichtigen sind, kann auf der Grundlage der Feststellungen des LSG vom Senat nicht entschieden werden. Der Begriff der Werbungskosten wird in Â§ 115 AFG nicht nÃ¤her erlÃ¤utert. Er ist nach der Rechtsprechung des BSG unter BerÃ¼cksichtigung der Zwecke des Â§ 115 AFG anhand der Regelungen des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu bestimmen (BSG SozR 3-4100 Â§ 115 Nr 7 S 23 f). Dabei ist die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu beachten, wonach zu den Werbungskosten (Â§ 9 EStG) alle Aufwendungen zÃ¤hlen, die durch die Erwerbung,

Sicherung und Erzielung von steuerpflichtigen Einnahmen â□□ wenn auch nur mittelbar â□□ veranlasst sind (BSG aaO). GegenÃ¼ber dem Steuerrecht ist allerdings die EinschrÃ¤nkung vorzunehmen, dass es nicht genÃ¼gt, wenn ein objektiver Zusammenhang der Aufwendungen mit dem Beruf des Arbeitslosen besteht; vielmehr ist ein objektiver Zusammenhang zu der NebentÃ¤tigkeit erforderlich, in der das Einkommen erzielt wird (BSG SozR 3-4100 Â§ 115 Nr 7 S 24 f). Das LSG wird die vom KlÃ¤ger geltend gemachten Positionen unter diesen Gesichtspunkten im Einzelnen zu Ã¼berprÃ¼fen haben. Einige von ihnen kÃ¶nnten durchaus als Werbungskosten anzusehen sein.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob bzw inwieweit im Hinblick auf eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit zwischen verschiedenen Einkommensarten ein (horizontaler) Verlustausgleich (Â§ 2 Abs 3 EStG) im Rahmen des Â§ 115 AFG zulÃ¤ssig ist; dies ist nicht ausdrÃ¼cklich im Gesetz geregelt. Hierzu macht der KlÃ¤ger geltend, im Jahre 1994 einen Verlust in HÃ¶he von 21.053,02 DM und im Jahre 1995 einen solchen von 16.724,59 DM im Rahmen seiner selbststÃ¤ndigen TÃ¤tigkeit erlitten zu haben. Vorliegend fehlt es aber bereits an Feststellungen des LSG dazu, ob der KlÃ¤ger Ã¼berhaupt neben seiner abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung bei Dipl.-Ing. B. eine selbststÃ¤ndige TÃ¤tigkeit ausgeÃ¼bt hat; die Anmeldung eines Gewerbebetriebs oder aus Liebhaberei verrichtete TÃ¤tigkeiten genÃ¼gen dafÃ¼r nicht. Das LSG wird deshalb zu ermitteln haben, ob der KlÃ¤ger irgendeine auf Erwerb ausgerichtete TÃ¤tigkeit neben seiner abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung bei Dipl.-Ing. B. verrichtet hat (vgl zu Â§ 141 SGB III: Henke in Hennig, SGB III, Â§ 141 RdNr 57 und 92 ff, Stand Juni 2004; Voelzke im Kasseler Handbuch des ArbeitsfÃ¶rderungsrechts, 2003, Â§ 12 RdNr 13). War dies der Fall und war zusammen mit der abhÃ¤ngigen BeschÃ¤ftigung die Kurzzeitigkeitsgrenze des Â§ 102 AFG nicht Ã¼berschritten, ist ein Verlustausgleich zwischen diesen beiden TÃ¤tigkeiten grundsÃ¤tzlich zulÃ¤ssig.

Dies entspricht Sinn und Zweck der Regelung des Â§ 115 AFG. Durch die Zulassung von NebenbeschÃ¤ftigungen soll dem Arbeitslosen der Zugang zum Arbeitsmarkt offen gehalten und ihm der weitere Kontakt zur Arbeitswelt ermÃ¶glicht werden; dabei soll die Freistellung eines Teilbetrags des Netto-Nebeneinkommens einen Anreiz bieten, die Arbeitskraft neben dem Bezug von Leistungen einzusetzen, um auf diese Weise die Wiedereingliederung zu erleichtern (BSG SozR 3-4100 Â§ 115 Nr 7 S 24; BSG, Urteil vom 21. Januar 1999 â□□ B 11 AL 55/98 R; vgl auch Voelzke, aaO RdNr 7 f). Ein solcher Anreiz ergibt sich aber nur, wenn und soweit der Arbeitslose auch tatsÃ¤chlich Ã¼ber Einkommen aus der Verwertung seiner Arbeitskraft verfÃ¼gen kann. Ein Verlustausgleich zwischen verschiedenen Nebeneinkommen aus TÃ¤tigkeiten, die zusammen die Kurzzeitigkeitsgrenze nicht Ã¼berschreiten, ist deshalb grundsÃ¤tzlich zulÃ¤ssig (vgl zum gleichen Problem beim ab 1. Januar 1998 geltenden Â§ 141 SGB III: Keller im Praxis-Kommentar SGB III, 2004, Â§ 141 RdNr 16; HÃ¼necke in Gagel, SGB III, Â§ 141 RdNr 67 f, Stand Juni 2003; Brand in Niesel, SGB III, 2. Aufl 2002, Â§ 141 RdNr 16). Dem entspricht auch, dass der Senat vor einer gesetzlichen Ã□nderung des Â§ 138 AFG, mit der sich der Gesetzgeber ausdrÃ¼cklich von den Regelungen des Steuerrechts lÃ¶sen wollte, im Rahmen der BerÃ¼cksichtigung von Einkommen bei der GewÃ¤hrung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) einen Verlustausgleich zugelassen hat (BSGE 45, 60 ff = SozR 4100 Â§ 138 Nr 2;

BSG SozR 4100 Â§ 138 Nr 15 und 26; SozR 3-4100 Â§ 138 Nr 7 und 10). Allerdings erlaubt Â§ 115 AFG nur einen Verlustausgleich zwischen den von der Vorschrift selbst privilegierten TÃ¤tigkeiten, also keinen solchen unter Einbeziehung von KapitalvermÃ¶gen, Vermietung und Verpachtung (sog "mÃ¼heloses Einkommen") auÃerhalb der privilegierten TÃ¤tigkeiten. Ebenso wenig ist ein Verlustausgleich unter BerÃ¼cksichtigung von Ehegatteneinkommen mÃ¶glich (so auch die DurchfÃ¼hrungsanweisungen der Beklagten im Sammelerlass Alg/Alhi, Â§ 115 RdNr 16, Stand MÃ¤rz 1997). Das LSG wird hierzu die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben.

Ggf wird es die sonstigen Voraussetzungen fÃ¼r die GewÃ¤hrung von Alg im streitigen Zeitraum zu Ã¼berprÃ¼fen haben (Â§ 100 AFG): Arbeitslosigkeit, Arbeitslosmeldung, VerfÃ¼gbarkeit und Antragstellung. Der KlÃ¤ger war, wie bereits angedeutet, im streitigen Zeitraum mÃ¶glicherweise von Anfang an wegen Ãberschreitung der Kurzzeitigkeitsgrenze im Rahmen zweier NebentÃ¤tigkeiten nicht arbeitslos (vgl zu der insoweit erforderlichen vorausschauenden Bewertung, abgestellt auf den Zeitpunkt des Beginns der TÃ¤tigkeit bzw eine maÃgebliche Ãnderung, nur BSG, Urteil vom 15. Dezember 1999 â B 11 AL 53/99 R â mwN, DBlR Nr 4591a zu Â§ 102 AFG), oder im Verlaufe des Bewilligungszeitraums sind die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit entfallen (vgl dazu: BSGE 77, 175, 179 = SozR 3-4100 Â§ 105 Nr 2; BSGE 79, 66, 68 = SozR 3-4100 Â§ 105 Nr 4); es kÃ¶nnte insoweit auch an einer Arbeitslosmeldung (BSG aaO) oder an einer Antragstellung (dazu BSGE 77, 175, 181 = SozR 3-4100 Â§ 105 Nr 2; BSGE 79, 66, 68 = SozR 3-4100 Â§ 105 Nr 4) fehlen. Die VerfÃ¼gbarkeit (Â§ 103 AFG) des KlÃ¤gers kÃ¶nnte zweifelhaft sein, soweit der KlÃ¤ger sich als Pilot oder Co-Pilot nicht an seinem Wohnort aufgehalten hat (vgl nur BSG SozR 3-4100 Â§ 103 Nr 9; SozR 4-4300 Â§ 119 Nr 1) oder wegen des Besuchs von LehrgÃ¤ngen nicht erreichbar war (dazu nur BSG, Urteil vom 25. MÃ¤rz 1999 â B 7 AL 14/98 R â mwN, DBlR Nr 4521 zu Â§ 103 AFG).

Falls das LSG bei seiner erneuten Entscheidung den angefochtenen Bescheid der Beklagten auf eine andere Rechtsgrundlage (Â§ 48 SGB X statt Â§ 45 SGB X) stÃ¼tzen bzw die BegrÃ¼ndung auswechseln muss (etwa fehlende Arbeitslosigkeit â Â§ 102 AFG â statt Â§ 115 AFG), dÃ¼rften dem keine HinderungsgrÃ¼nde entgegenstehen, wenn die Entscheidung auf denselben Lebenssachverhalt gestÃ¼tzt ist (vgl nur BSG, Urteil vom 25. April 2002 â B 11 AL 69/01 R -, mwN auch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; Eicher im Kasseler Handbuch des ArbeitsfÃ¶rderungsrechts, 2003, Â§ 40 RdNr 13 mwN). Sollten die Alg-Bewilligungen rechtswidrig gewesen oder geworden sein, wird das LSG die weiteren Voraussetzungen des Â§ 45 SGB X bzw des Â§ 48 SGB X, insbesondere die Einhaltung von Fristen und ggf die "BÃ¶sglÃ¤ubigkeit" des KlÃ¤gers bezogen auf den maÃgeblichen Fehler bei der Bewilligung der Leistung zu prÃ¼fen haben (Verletzung von Mitteilungspflichten, Kenntnis, grobe FahrlÃ¤ssigkeit). Dabei wird es uU darÃ¼ber Beweis zu erheben haben, ob der KlÃ¤ger, wie er behauptet, die Beklagte bereits vor und im Zusammenhang mit der Alg-Antragstellung Ã¼ber seine TÃ¤tigkeit bei Dipl.-Ing. B. informiert hat. Dass die AusfÃ¼hrungen des LSG, der KlÃ¤ger habe grob fahrlÃ¤ssig die Beklagte hierÃ¼ber nicht informiert, fÃ¼r den Senat mÃ¶glicherweise bindend sind (vgl zur eingeschrÃ¤nkten

Ãberprüfungsbefugnis der groben Fahrlässigkeit in der Revisionsinstanz: BSGE 47, 180, 181 f mwN = SozR 2200 § 1301 Nr 8; BGHZ 14, 17; BAGE 7, 290, 231), ist dabei ohne Bedeutung, weil die Sache ohnedies an das LSG zurückverwiesen ist. Soweit der Kläger allerdings unterstellt, er habe die Beklagte ausreichend informiert rügt, diese hätte ihn beraten müssen, dass er die Tätigkeit bei Dipl.-Ing. B. nicht als abhängige, sondern als selbstständige hätte gestalten müssen, kann sich hieraus kein sozialrechtlicher Herstellungsanspruch ergeben, so gestellt zu werden, als wenn er ordnungsgemäß beraten worden wäre. Wie bereits ausgeführt, ist ohnedies grundsätzlich ein Verlustausgleich zwischen der selbstständigen und der abhängigen Beschäftigung möglich. Bereits hieran scheitert dieses Begehren des Klägers.

Das LSG wird außerdem über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Erstellt am: 21.09.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024