# S 35 AL 115/01

## Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

| | |
|---|---|
| Land | Bundesrepublik Deutschland |
| Sozialgericht | Bundessozialgericht |
| Sachgebiet | Arbeitslosenversicherung |
| Abteilung | 11 |
| Kategorie | Urteil |
| Bemerkung | - |
| Rechtskraft | - |
| Deskriptoren | Bindung des BSG an die Entscheidung des LSG über das zutreffende Rechtsmittel |
| Leitsätze | Die Entscheidung des LSG durch Beschluss im Beschwerdeverfahren wegen Nichtzulassung der Berufung das zutreffende Rechtsmittel gegen das Urteil des SG sei die Berufung ist für das Revisionsgericht bindend. |
| Normenkette | SGG § 144 Abs 1 |

**1. Instanz**

| | |
|---|---|
| Aktenzeichen | S 35 AL 115/01 |
| Datum | 10.07.2002 |

**2. Instanz**

| | |
|---|---|
| Aktenzeichen | L 12 AL 220/02 |
| Datum | 08.10.2003 |

**3. Instanz**

| | |
|---|---|
| Datum | 03.06.2004 |

Die Revision der KlÃ¤gerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 8. Oktober 2003 wird zurÃ¼ckgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

GrÃ¼nde:

I

Die KlÃ¤gerin wendet sich gegen den Umfang der Anrechnung von Nebeneinkommen und begehrt die Weiterzahlung von Arbeitslosengeld (Alg) bis zum 10. Juli 1999.

Der 1947 geborenen KlÃ¤gerin war ab dem 1. April 1997 Alg fÃ¼r 676

Leistungstage bewilligt worden. Die Beklagte stellte die Leistungsdauer ab dem Inkrafttreten des Sozialgesetzbuches â□□ Drittes Buch â□□ (SGB III) zum 1. Januar 1998 auf 709 Leistungstage um. Der KlÃ¤gerin wurde zuletzt Alg in HÃ¶he von 205,66 DM wÃ¶chentlich gezahlt.

Ab MÃ¤rz 1999 Ã¼bte die KlÃ¤gerin eine NebenbeschÃ¤ftigung mit einer Arbeitszeit von unter 15 Stunden wÃ¶chentlich aus. Im Hinblick auf das aus der BeschÃ¤ftigung erzielte Nebeneinkommen in HÃ¶he von jeweils 620 DM monatlich erteilte die Beklagte fÃ¼r die Monate MÃ¤rz bis April 1999 Aufhebungs- und Erstattungsbescheide (Bescheide vom 20. April und 23. August 1999). Die Beklagte errechnete fÃ¼r MÃ¤rz einen zu erstattenden Anrechnungsbetrag in HÃ¶he von 293,90 DM und fÃ¼r die Monate April und Mai 1999 in HÃ¶he von jeweils 305 DM. Der Leistungsbezug endete infolge ErschÃ¶pfung des Anspruchs am 29. Mai 1999.

Der Widerspruch, mit dem die KlÃ¤gerin die Absetzung von Fahrkosten sowie die Gutschreibung des durch den erzielten Nebenverdienst nicht verbrauchten Anspruchs auf Alg geltend machte, wurde zurÃ¼ckgewiesen (Widerspruchsbescheid vom 12. April 2001). WÃ¤hrend des Berufungsverfahrens hat die Beklagte fÃ¼r die Monate April und Mai 1999 zusÃ¤tzlich Gewerkschaftsbeitrâge als Werbungskosten berÃ¼cksichtigt und den Erstattungsbetrag jeweils auf 293,90 DM reduziert (Ã□nderungsbescheid vom 11. Dezember 2002).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 10. Juli 2002). Das Urteil enthÃ¤lt die Rechtsmittelbelehrung, das Urteil kÃ¶nne nur dann mit der Berufung angefochten werden, wenn sie nachtrÃ¤glich zugelassen werde. Das Landessozialgericht (LSG) hat die Beschwerde der KlÃ¤gerin gegen die Nichtzulassung der Berufung durch Beschluss vom 4. November 2002 als unzulÃ¤ssig verworfen und festgestellt, dass das zutreffende Rechtsmittel gegen das Urteil des SG die Berufung sei. Daraufhin hat das LSG die Berufung der KlÃ¤gerin zurÃ¼ckgewiesen und die Klage gegen den Ã□nderungsbescheid vom 11. Dezember 2002 abgewiesen (Urteil vom 8. Oktober 2003): Die Beklagte habe den Freibetrag von 315 DM nach Â§ 141 Abs 1 SGB III sowie den Gewerkschaftsbeitrag von 11,10 DM in Abzug gebracht, was einen monatlichen Anrechnungsbetrag von jeweils 293,90 DM ergebe. Ein weiterer Betrag fÃ¼r Werbungskosten sei nicht in Abzug zu bringen. Zwar kÃ¶nne nach der Auskunft der Firma M. halbwegs gesichert davon ausgegangen werden, dass die KlÃ¤gerin in den streitigen drei Monaten jedenfalls an 26 Tagen in der 1,9 km von ihrer Wohnung entfernt gelegenen Filiale gearbeitet habe. Die KlÃ¤gerin sei jedoch nicht einmal in der Lage gewesen, ein GedÃ¤chtnisprotokoll Ã¼ber die ZurÃ¼cklegung des Weges anzufertigen. Damit fehle es fÃ¼r eine SchÃ¤tzung an einer gesicherten Grundlage dafÃ¼r, wann der Weg zur Arbeit mit dem PKW, dem Bus oder eben doch zu FuÃ□ zurÃ¼ckgelegt worden sei. Dies gehe zu Lasten der KlÃ¤gerin. Auch der Antrag, ihr auf Grund des erzielten Nebeneinkommens weitere Alg-Tage gutzuschreiben, sei unbegrÃ¼ndet. Etwas anderes kÃ¶nne nur gelten, wenn eine Regelung wie Â§ 110 Satz 1 Nr 2 Halbsatz 2 ArbeitsfÃ¶rderungsgesetz auch im SGB III enthalten wÃ¤re. Dies sei nicht der Fall.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rÃ¼gt die KlÃ¤gerin eine Verletzung der

Â§Â§ 141, 128 SGB III sowie der Artikel 3 und 14 Grundgesetz. Die Beklagte habe zu Unrecht einen weiteren Betrag fÃ¼r Werbungskosten und Fahrtkosten nicht in Abzug gebracht. Das LSG habe pauschal die PKW-Kosten fÃ¼r die Benutzung des PKW des Ehemanns als SchÃ¤tzungsgrundlage zu Grunde legen kÃ¶nnen und mÃ¼ssen. Insoweit habe das LSG auch gegen die Amtsermittlungspflicht verstoÃen. Die Beklagte habe entgegen der von ihr sonst geÃ¼bten Praxis die Nachweispflicht auch auf die Fahrten mit dem eigenen PKW ausgedehnt. Das LSG habe die Vorschrift des Â§ 128 SGB III unzutreffend angewandt. Sie habe nicht nur der HÃ¶he nach unzutreffend in das der KlÃ¤gerin gewÃ¤hrte Alg eingegriffen. Es sei gerade die erklÃ¤rte Absicht des Gesetzgebers gewesen, mit der Ãnderung der AnrechnungsmodalitÃ¤ten die AttraktivitÃ¤t zur Aufnahme von NebenbeschÃ¤ftigungen zu erhÃ¶hen. Dieses Ziel werde nicht erreicht, wenn der durch die Anrechnung erfÃ¼llte Anspruch ebenso zur Minderung der Anspruchsdauer fÃ¼hre, wie der tatsÃ¤chlich erfÃ¼llte Anspruch.

Die KlÃ¤gerin beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts NRW vom 08.10.2003, AZ: L 12 AL 220/02, und das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 10.07.2002, AZ: S 35 AL 115/01, sowie die Bescheide der Beklagten vom 20.04.1999 und 23.08.1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 12.04.2001 aufzuheben und dahingehend abzuÃ¤ndern, dass fÃ¼r die Monate MÃ¤rz, April, Mai 1999 jeweils DM 105,65 als Werbungskosten bei der Berechnung des anzurechnenden Nebenverdienstes berÃ¼cksichtigt werden sowie die Anspruchsdauer des Arbeitslosengeldes bis zum 10.07.1999 verlÃ¤ngert wird.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurÃ¼ckzuweisen.

Sie hÃ¤lt die angefochtene Entscheidung fÃ¼r zutreffend.

II

Die Revision der KlÃ¤gerin ist unbegrÃ¼ndet.

1. Der Senat hatte nicht darÃ¼ber zu befinden, ob die Berufung nach Â§ 144 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) der Zulassung bedurfte oder ob sie auch ohne Zulassung statthaft war. Nach Â§ 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 und Satz 2 SGG bedarf die Berufung der Zulassung, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes bei einer Klage, die eine Geld- oder Sachleistung oder einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt betrifft, 1.000 DM (ab 1. Januar 2002: 500 EUR) nicht Ã¼bersteigt, es sei denn, dass die Berufung wiederkehrende oder laufende Leistungen fÃ¼r mehr als ein Jahr betrifft. Es kann dahinstehen, ob die KlÃ¤gerin durch das erstinstanzliche Urteil in dem von Â§ 144 Abs 1 SGG vorausgesetzten MaÃe beschwert wird, denn die Entscheidung des LSG im Beschwerdeverfahren, die von der KlÃ¤gerin erhobene Nichtzulassungsbeschwerde sei unzulÃ¤ssig und die Berufung statthaft, ist als Entscheidung Ã¼ber die ErÃ¶ffnung des Berufungsrechtszuges bindend und durch das Revisionsgericht nicht zu Ã¼berprÃ¼fen. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), wonach das

Revisionsgericht an die Zulassung der Berufung durch Beschluss des LSG gebunden ist (BSG SozR 3-2500 Â§ 106 Nr 42; BSGE 86, 86, 87 = SozR 3-6855 Art 10d Nr 1), ist auf die vorliegende Gestaltung zu erstrecken, in der das Berufungsgericht Ã¼ber die Frage entschieden hat, ob die Berufung zulassungsbedÃ¼rftig oder ohne Zulassung statthaft ist. Wegen der notwendigen Rechtsmittelklarheit und des gebotenen Vertrauensschutzes fÃ¼r die KlÃ¤gerin, der durch die Entscheidung die Beschwerde und damit die PrÃ¼fung vom Vorliegen der ZulassungsgrÃ¼nde des Â§ 144 Abs 2 SGG genommen worden ist, kommt auch der gesonderten Entscheidung Ã¼ber die Statthaftigkeit der Berufung ohne Zulassung Bindungswirkung zu.

2. Das LSG hat zutreffend entschieden, dass die Voraussetzungen des Â§ 48 Abs 1 Sozialgesetzbuch â□□ Zehntes Buch â□□ fÃ¼r eine Aufhebung der Alg-Bewilligung in HÃ¶he von jeweils 293,90 DM fÃ¼r die Monate MÃ¤rz, April und Mai 1999 (insgesamt 881,70 DM) vorgelegen haben. Eine wesentliche Ã□nderung der VerhÃ¤ltnisse im Sinne dieser Vorschrift ist durch die Aufnahme der NebentÃ¤tigkeit und des hieraus erzielten Nebeneinkommens eingetreten.

Auf der Grundlage der vom LSG getroffenen Feststellungen, die von der Revision nicht mit zulÃ¤ssigen und begrÃ¼ndeten VerfahrensrÃ¼gen angegriffen worden sind, ergibt sich, dass die Beklagte den sich aus Â§ 141 SGB III ergebenen Anrechnungsbetrag zutreffend errechnet hat. Nach Â§ 141 Abs 1 Satz 1 SGB III (in der hier maÃ□gebenden Fassung durch das 1. SGB III-Ã□nderungsgesetz vom 16. Dezember 1997, BGBl I 2970) ist, wenn der Arbeitslose wÃ¤hrend einer Zeit, fÃ¼r die ihm Alg zusteht, eine weniger als 15 Stunden wÃ¶chentlich umfassende TÃ¤tigkeit ausÃ¼bt, das Arbeitsentgelt aus der BeschÃ¤ftigung nach Abzug der Steuern, der SozialversicherungsbeitrÃ¤ge und der Werbungskosten sowie eines Freibetrages in HÃ¶he von 20 % des monatlichen Arbeitslosengeldes, mindestens aber von 1/14 der monatlichen BezugsgrÃ¶Ã□e auf das Arbeitslosengeld fÃ¼r den Kalendermonat, in dem die BeschÃ¤ftigung ausgeÃ¼bt wird, anzurechnen. Hinsichtlich der Berechnung des "Anrechnungsbetrages" streiten die Beteiligten zu Recht nur noch darÃ¼ber, ob zusÃ¤tzlich ein weiterer Betrag fÃ¼r als Werbungskosten zu berÃ¼cksichtigende Fahrtkosten in Ansatz zu bringen ist.

Allerdings sind nach Â§ 9 Abs 1 Satz 3 Nr 4 Einkommensteuergesetz (EStG) Werbungskosten auch Aufwendungen des Arbeitnehmers fÃ¼r die Wege zwischen Wohnung und ArbeitsstÃ¤tte. Eine Entfernungspauschale bei Benutzung eines eigenen PKW oder die Kosten Ã¶ffentlicher Verkehrsmittel kann jedoch nur in Abzug gebracht werden, wenn festgestellt werden kÃ¶nnte, dass der KlÃ¤gerin fÃ¼r die ZurÃ¼cklegung des Weges zwischen Wohnung und ArbeitsstÃ¤tte tatsÃ¤chlich Aufwendungen entstanden sind. Diese Feststellung hat das LSG nicht treffen kÃ¶nnen und hierfÃ¼r zur BegrÃ¼ndung angegeben, dass die KlÃ¤gerin keinerlei Nachweise Ã¼ber die behaupteten Kosten zur Arbeit vorgelegt habe. Sie sei nicht einmal in der Lage gewesen, ein GedÃ¤chtnisprotokoll Ã¼ber die ZurÃ¼cklegung der Wege anzufertigen. Damit fehlt es an den tatsÃ¤chlichen Grundlagen fÃ¼r den Abzug etwaiger Aufwendungen. Eine vom tatsÃ¤chlichen Aufwand unabhÃ¤ngige Entfernungspauschale ist erst ab 1. Januar 2001 eingefÃ¼hrt worden (vgl Â§ 9 Abs 1 Satz 3 Nr 4 EStG idF des Art 1 Nr 2 Buchst a DBuchst aa des Gesetzes zur EinfÃ¼hrung einer Entfernungspauschale vom 21. Dezember 2000, BGBl I 1918).

Mit seinen Feststellungen hat das LSG seine Verpflichtung zur Amtsermittlung nicht verletzt. UnabhÃ¤ngig von den Anforderungen an eine zulÃ¤ssige VerfahrensrÃ¼ge nach Â§ 103 SGG (vgl zu den Anforderungen etwa BSG Urteil vom 24. November 1987 â 3 RK 7/87 = USK 87136) ist eine derartige RÃ¼ge jedenfalls nicht begrÃ¼ndet. Denn nach Â§ 103 Satz 1 Halbsatz 2 SGG sind die Beteiligten zur Mitwirkung bei der Erforschung des Sachverhalts verpflichtet. Die Mitwirkungspflicht besteht immer dann, wenn das Gericht den Sachverhalt ohne Mitwirkung der Beteiligten nicht oder nicht selbststÃ¤ndig erforschen kann. Hier hat das LSG sogar im Hinblick auf die unzureichenden Angaben der KlÃ¤gerin die Zahl der Arbeitstage und die Entfernung zur hÃ¤uslichen Wohnung beim ehemaligen Arbeitgeber ermittelt. Angaben zur Art der ZurÃ¼cklegung der 1,9 km weiten Wegstrecke sowie entsprechende Nachweise zu Fahrten mit Ã¶ffentlichen Verkehrsmitteln konnten nur durch die KlÃ¤gerin erfolgen. Da entsprechende Angaben unterblieben sind, hat das LSG zu Recht angenommen, die KlÃ¤gerin trage die Folge der Nichtfeststellbarkeit dieser Tatsache. Dies entspricht Ã¼brigens auch der Verteilung der Beweislast beim Abzug von Werbungskosten im Einkommensteuerrecht (Drenseck in Schmidt, EStG, 23. Aufl, Â§ 9 Rz 190).

3. Die Beklagte hat es auch zu Recht abgelehnt, mit RÃ¼cksicht auf die Minderung der LeistungshÃ¶he durch Anrechnung von Nebeneinkommen gemÃ¤Ã Â§ 141 SGB III von einer eingeschrÃ¤nkten Minderung der Anspruchsdauer durch ErfÃ¼llung des Alg-Anspruches nach Â§ 128 Abs 1 Nr 1 SGB III auszugehen. Die KlÃ¤gerin hat dementsprechend keinen Anspruch auf Alg Ã¼ber den 29. Mai 1999 hinaus. Wegen der Einzelheiten wird auf das Urteil des Senats vom 5. Februar 2004 â B 11 AL 39/03 R â (zur VerÃ¶ffentlichung vorgesehen) verwiesen. In dieser Entscheidung hat der Senat auch bereits zu den von der KlÃ¤gerin aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen Stellung genommen.

Die Kostenentscheidung beruht auf Â§ 193 SGG.

Erstellt am: 06.09.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024