

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 126/87

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat am 23. November 1988 ohne mündliche Verhandlung

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 23. Oktober 1987 aufgehoben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 8. Januar 1987 zurückgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin wendet sich gegen die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) wegen Eintritts einer Sperrzeit und die entsprechende Rückforderung in Höhe von 1.329,60 DM.

Sie meldete sich am 21. September mit Wirkung ab 24. September 1983 arbeitslos und beantragte Alg, nachdem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zum 23. September 1983 aufgelöst hatte. Am 3. Oktober 1983 nahm sie ohne Wissen des Arbeitsamtes eine Tätigkeit bei der Firma M. auf, die sie am Folgetag nicht fortsetzte. Die Firma M., die das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 4. Oktober 1983 beendete, zahlte ihr für den 3. und 4. Oktober 1983 ein Arbeitsentgelt in Höhe von insgesamt 68,-- DM. Am 17. Oktober 1983 gab die Klägerin beim Arbeitsamt den ausgefüllten Antrag auf Alg ab, ohne die zwischenzeitliche Arbeitsaufnahme zu erwähnen. Am 24. April 1984 trat sie eine neue Arbeitsstelle an.

Die Beklagte bewilligte der Klägerin ab 24. September 1983 Alg für 312 Wochentage (Bescheid vom 20. Oktober 1983). Die Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz teilte der Beklagten durch Schreiben vom 10. Juli 1984 mit, daß die Klägerin vom 3. bis 4. Oktober 1983 Arbeitsentgelt erhalten habe. Die Firma M. erklärte in ihrer Arbeitsbescheinigung vom 27. Juli 1984, die Klägerin sei am 4. Oktober 1983 nicht mehr am Arbeitsplatz erschienen, weshalb ihr gekündigt worden sei. Dazu erwiderte die Klägerin in einer am 20. September 1984 eingegangenen Stellungnahme, der Meister (Vorarbeiter) habe ihr gesagt, sie brauche nicht mehr zu kommen. Daraufhin hob die Beklagte wegen Eintritts einer achtwöchigen Sperrzeit die Alg-Bewilligung für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 auf und forderte die Erstattung der erbrachten Leistungen in Höhe von 1.329,60 DM. Zur Begründung führte sie aus: Die Klägerin habe den Eintritt der Arbeitslosigkeit zumindest grob fahrlässig herbeigeführt; sie habe für ihr Verhalten keinen wichtigen Grund gehabt; gesundheitliche Einschränkungen hätten, wie die arbeitsamtsärztliche Untersuchung ergeben habe, nicht vorgelegen (Bescheid vom 15. November 1984; Widerspruchsbescheid vom 14. Februar 1985).

Während des Klageverfahrens hat die Beklagte den Bescheid vom 15. November 1984 durch einen gleichlautenden neuen Bescheid vom 27. Oktober 1986 ersetzt, in dem zusätzlich Ausführungen zur Ausübung und Begründung pflichtgemäßen Ermessens gemacht werden. Das Sozialgericht (SG) hat den Widerspruchsbescheid vom 14. Februar 1985 und den Bescheid vom 27. Oktober 1986 aufgehoben und die Berufung zugelassen (Urteil vom 8. Januar 1987). Das Landessozialgericht (LSG) hat das Urteil des SG aufge-



hoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 23. Oktober 1987). In den Entscheidungsgründen heißt es:

Die Beklagte habe zu Recht die Bewilligung des Alg für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 aufgehoben und die für diesen Zeitraum erbrachten Leistungen zurückgefordert. Das ergebe sich aus § 45 Abs 2 Satz 3 Nrn 2 und 3 iVm § 50 Abs 1 Zehntes Buch des Sozialgesetzbuches (SGB 10). Die Voraussetzungen dieser Vorschriften seien verwirklicht.

Der Bewilligungsbescheid vom 20. Oktober 1983 sei im Zeitpunkt seines Erlasses insoweit teilweise rechtswidrig gewesen, als gemäß § 119 Abs 1 Satz 1 Nr 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) ab 5. Oktober 1983 eine achtwöchige Sperrzeit eingetreten sei. Die Klägerin habe am 3. Oktober 1983 ein Arbeitsverhältnis begründet, dieses jedoch am Folgetag nicht fortgeführt und dadurch Anlaß für die Kündigung gegeben. Sie könne sich nicht mit Erfolg auf einen wichtigen Grund berufen. Der Arbeitsamtsarzt habe keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen feststellen, die Augenärztin nicht bestätigen können, daß die Klägerin, wie angegeben, drei Wochen vor der Arbeitsaufnahme wegen Bindehautentzündung behandelt worden sei. Auch habe die Klägerin im September 1984 behauptet, der Meister (Vorarbeiter) habe ihr gesagt, sie brauche nicht mehr zu kommen. Eine Herabsetzung der Sperrzeit auf vier Wochen (§ 119 Abs 2 AFG) sei mangels besonderer Härte nicht geboten; die Klägerin habe alsbald wieder eine Arbeitsstelle gefunden; der vorübergehende Verlust des Alg treffe sie nicht in besonders harter Weise.

Vertrauensschutz stehe der Klägerin nicht zur Seite, weil die Bewilligung des Alg für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 auf Angaben beruhe, die die Klägerin grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht habe (§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 2 SGB 10). Die unrichtigen bzw unvollständigen Angaben lägen im Verschweigen der vorübergehenden Arbeitsaufnahme bei der Antragsabgabe am 17. Oktober 1983. Die Pflicht zur Mitteilung dieser Tatsache habe ihr gemäß § 60 Abs 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB 1) oblegen. Sie habe ferner das Merkblatt für Arbeitslose ausgehändigt erhalten. Zudem hätte ihr bekannt sein müssen, daß sie zumindest für den 3. und 4. Oktober 1983 von der Beklagten keine Leistungen habe beanspruchen können. Vertrauensschutz sei darüber hinaus zu verneinen, weil die Klägerin die teilweise Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt habe (§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB 10). Sie habe damit rechnen müssen, daß ihre zwischenzeitliche Arbeitsaufnahme Auswirkungen auf den Anspruch auf Alg haben werde.

Die Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 sei von der Beklagten nicht verletzt worden. Insoweit komme es nicht auf den Bescheid vom 27. Oktober 1986, sondern auf den vom 15. November 1984 an. Dieser sei rechtzeitig ergangen. Die Beklagte habe frühe-



stens am 20. September 1984, dem Tag des Einganges der Stellungnahme der Klägerin, Kenntnis von den Tatsachen erhalten, welche die Rücknahme der teilweise rechtswidrigen Bewilligung rechtfertigten. Der Bescheid vom 15. November 1984 habe, obschon durch den Bescheid vom 27. Oktober 1986 ersetzt, den Lauf der Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 in entsprechender Anwendung der §§ 202 ff Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unterbrochen. Auch die Fristen des § 45 Abs 3 SGB 10 seien von der Beklagten eingehalten worden; es habe, da die Voraussetzungen des § 45 Abs 2 Satz 3 Nrn 2 und 3 SGB 10 vorlägen, die Zehnjahresfrist des § 45 Abs 3 Satz 3 SGB 10 gegolten.

Die Beklagte habe durch den Bescheid vom 27. Oktober 1986 die bis dahin fehlende Ermessensentscheidung wirksam nachgeholt. Anerkannt sei zwar, daß eine unterlassene Ermessensentscheidung nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens nicht mehr nachgeholt werden könne. Etwas anderes gelte jedoch, wenn ein ermessensfehlerhafter Bescheid im Laufe des Klageverfahrens durch einen Zweitbescheid nach pflichtgemäßer Ermessensausübung ersetzt werde und dieser gemäß § 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Verfahrens werde. Ein solcher Bescheid umgehe nicht das Verbot des Nachschiebens von Gründen. Dieses greife nur insoweit ein, als der Verwaltungsakt in seinem Wesen geändert werde. Eine gebundene Entscheidung sei wesensmäßig etwas anderes als eine Ermessensentscheidung, weshalb die eine nicht in eine andere umgedeutet werden könne (§ 43 SGB 10). Gerade diesem Mangel könne eine Behörde dadurch begegnen, daß sie den früheren fehlerhaften Bescheid während des Klageverfahrens aufhebe und, gestützt auf teilweise neue Gründe, ex nunc einen neuen Verwaltungsakt an seine Stelle setze. Auch im allgemeinen Verwaltungsrecht werde es bei fehlenden oder fehlerhaften Ermessenserwägungen als zulässig angesehen, im Laufe des Klageverfahrens einen neuen Verwaltungsakt mit ausreichender Begründung zu erlassen. Allerdings habe das Bundessozialgericht (BSG) die Auffassung vertreten, daß eine im Verwaltungsverfahren unterbliebene Ermessensentscheidung im Rechtsstreit nicht nachgeholt werden könne. Doch habe es ausdrücklich offengelassen, ob dies auch für den Fall gelte, daß die Behörde den fehlerhaften Verwaltungsakt bis zum Ende der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht aufhebe und durch einen neuen Verwaltungsakt ersetze, der gemäß § 96 SGG Gegenstand der Klage werde.

Die Rechtsprechung des BSG, wonach die Behörde während des Berufungsverfahrens über die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes eine fehlende Anhörung nicht nachholen und einen denselben Regelungsgegenstand betreffenden weiteren Bescheid nicht erlassen dürfe, lasse sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Sie beruhe auf der Erwägung, daß die Anhörung das rechtliche Gehör des Betroffenen schon im Verwaltungsverfahren sichern solle, um allgemein das Vertrauen des Bürgers in die Sozialverwaltung zu stärken. Dieser Gedanke treffe auf die fehlerhafte oder fehlende Ermessensausübung gemäß § 45 SGB 10 nicht zu, weil sie ein Fehler in der Rechtsanwendung wie jeder an-



dere sei. Gründe, die Ermessensausübung zwingend in das Verwaltungsverfahren zu verlagern und von den Möglichkeiten auszuschließen, die § 96 SGG biete, bestünden nicht. Umgekehrt spreche für die Möglichkeit der Ermessensausübung auch nach Abschluß des Verwaltungsverfahrens der Umstand, daß die Behörde nach Abschluß des Gerichtsverfahrens allemal erneut einen Aufhebungsbescheid erlassen könne. Sie dürfe nicht schlechter dastehen, als wenn ein derartiger Bescheid nach Abschluß des Gerichtsverfahrens erginge.

Die Berücksichtigung der Ermessenserwägungen im Bescheid vom 27. Oktober 1986 scheitere nicht daran, daß durch ihn lediglich der Bescheid vom 15. November 1984, nicht aber der Widerspruchsbescheid vom 14. Februar 1985 aufgehoben worden sei. Die beiden letztgenannten Bescheide seien als Einheit anzusehen. Auch handele es sich bei dem Bescheid vom 27. Oktober 1986 um den zuletzt ergangenen Bescheid. Damit liege im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts eine Ermessensentscheidung nach § 45 SGB 10 vor.

Darüber hinaus werde der Bescheid vom 27. Oktober 1986 den Anforderungen an eine Ermessensentscheidung gerecht. Er enthalte keine Leerformeln und wiederhole nicht nur Gesichtspunkte, die bereits bei der Prüfung der übrigen Voraussetzungen des § 45 SGB 10 zu berücksichtigen gewesen seien. Die Beklagte habe sich vielmehr deswegen für eine Aufhebung entschieden, weil die Auswirkungen der Sperrzeit für die Klägerin keine außergewöhnlich schwerwiegende Belastung dargestellt hätten, da sie alsbald nach Feststellung der Sperrzeit wieder ein Arbeitsverhältnis aufgenommen habe.

Der Anspruch auf Erstattung der zu Unrecht erbrachten Leistungen schließlich leite sich aus § 50 Abs 1 SGB 10 ab.

Die Klägerin macht mit der Revision geltend, eine Heilung des wegen fehlender Ermessensbetätigung rechtswidrigen Bescheides vom 15. November 1984 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Februar 1985 habe nicht mehr eintreten können. Die im Bescheid vom 27. Oktober 1986 vorgenommene Ermessensausübung sei zu spät erfolgt. Das ergebe sich aus § 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10, wonach die erforderliche Begründung nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens nachgeholt werden könne. Zwar sei nach der Rechtsprechung ein Nachschieben von Gründen im gerichtlichen Verfahren dann möglich, wenn dadurch keine Wesensänderung des Verwaltungsaktes eintrete. Jedoch habe die Beklagte durch den Bescheid vom 27. Oktober 1986 nicht lediglich Gründe nachgeschoben; sie habe vielmehr das ihr eingeräumte Ermessen erstmals ausgeübt, weshalb eine vergleichbare Situation nicht gegeben sei.

Hieran ändere sich nichts dadurch, daß die Beklagte den Bescheid vom 27. Oktober 1986 an die Stelle des fehlerhaften Bescheides vom 15. November 1984 gesetzt habe. Dieses



Vorgehen der Beklagten laufe auf eine unzulässige Umgehung des § 41 Abs 2 SGB 10 hinaus. Die Beklagte dürfe nicht mit einem neuen, das Ermessen nachholenden, ansonsten aber inhaltsgleichen Bescheid in die Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage gegen den Erstbescheid eingreifen. Eine solche Handlungsweise lasse sich entgegen der Ansicht des LSG auch nicht mit § 96 SGG rechtfertigen. Diese Vorschrift wolle eine schnelle und erschöpfende Entscheidung des gesamten Streitverhältnisses ermöglichen und beziehe daher Änderungen des Sachverhaltes mit ein. Im vorliegenden Fall habe sich der Sachverhalt indessen nicht verändert; die Beklagte habe lediglich versucht, einen rechtswidrigen Bescheid durch einen rechtmäßigen Bescheid zu ersetzen. Die Einbeziehung dieses Bescheides scheitere bereits daran, daß sich die Beschwer der Klägerin gegenüber dem ersten Bescheid nicht geändert habe. Dieses Ergebnis sei auch sinnvoll, da sonst ein Nachschieben von Gründen erlaubt werde, das durch § 41 Abs 2 SGB 10 ausdrücklich für unzulässig erklärt worden sei.

Die Auffassung der Klägerin scheitere nicht an § 42 Satz 1 SGB 10, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 40 SGB 10 nichtig sei, nicht allein wegen Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften verlangt werden könne. Diese Vorschrift komme dann nicht zum Tragen, wenn der Erlaß eines Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde stehe. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn sich das Ermessen auf Null reduziert habe. Davon könne im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Hier hätte eine ordnungsgemäße Abwägung der Gesamtumstände mehr als nur eine rechtmäßige Entscheidung möglich erscheinen lassen, weshalb die Aufhebung des Bescheides vom 27. Oktober 1986 rechtens sei.

Der Bescheid vom 27. Oktober 1986 sei selbst dann rechtswidrig, wenn man ihm mit dem LSG "heilende" Wirkung zuspräche. Dann nämlich habe die Beklagte mit ihm nicht die Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 eingehalten. Das LSG habe den 20. September 1985 zutreffend als das Ende der Einjahresfrist errechnet; der Bescheid vom 27. Oktober 1986 sei nach Ablauf der Einjahresfrist ergangen. Der Lauf der Einjahresfrist sei entgegen der Auffassung des LSG auch nicht durch den Bescheid vom 15. November 1984 unterbrochen worden. Dem stünden gesetzessystematische Hindernisse entgegen. Dort, wo der Gesetzgeber eine analoge Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften für sinnvoll erachtet habe, habe er es im SGB 10 besonders zum Ausdruck gebracht. In § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 fehle es an einem entsprechenden Hinweis. Das sei bewußt so geschehen, weshalb eine analoge Anwendung des Rechtsinstituts der Verjährung im Rahmen des § 45 Abs 4 SGB 10 ausscheide.

Im übrigen sei die Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 keiner ausdehnenden Auslegung zugänglich. Der Gesetzgeber billige der Verwaltung für rechtmäßiges Vorgehen eine einjährige Überlegungs- und Handlungsfrist zu. Wenn die Behörde diese Frist nicht nutze, dürfe das nicht zu Lasten des Bürgers gehen. Da bereits der Fristbeginn nicht



starr festgelegt sei, sondern an die Kenntniserlangung der Verwaltung anknüpfe, würde eine weitere Aufweichung der Einjahresfrist das Interesse der fehlerhaft handelnden Verwaltung gegenüber dem Schutz des Bürgers zu stark berücksichtigen. Grundsätzlich möge es richtig sein, daß das Vertrauen des Begünstigten bereits durch den fehlerhaften Erstbescheid zerstört werde. Das allein rechtfertige indessen nicht die Umgehung des Gesetzes.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 23. Oktober 1987 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen,
hilfsweise, die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Sie hält das zweitinstanzliche Urteil für zutreffend und entgegnet, das Vorgehen der Beklagten stelle nicht den Versuch der Heilung eines Verfahrens- oder Formfehlers dar. Es stehe vielmehr mit der Entscheidung des BSG in BSGE 56, 55, 61 in Einklang, wonach ein Aufhebungsbescheid, der wegen fehlender Ermessensausübung rechtswidrig sei, noch während des Berufungsverfahrens ersetzt werden könne mit der Folge, daß der neue Bescheid Gegenstand des Berufungsverfahrens werde; für das erstinstanzliche Verfahren könne nichts anderes gelten; eine unzulässige Umgehung des § 41 Abs 2 SGB 10 liege nicht vor. Auch rechtfertige das Fehlen einer "Verböserung" im Bescheid vom 27. Oktober 1986 sinnfällig die von der Beklagten vertretene Auffassung, daß die Wahrung der Ausschlußfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 durch den ersetzten Bescheid auch für den ersetzenden Bescheid wirke. Im übrigen habe das BSG in zwei Entscheidungen erklärt, daß die Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 durch einen rechtswidrigen Bescheid gewahrt werde, der erst nach Ablauf eines Jahres durch einen rechtmäßigen Bescheid ersetzt werde (BSG SozR 1300 Art 2 § 40 Nr 8; SozR 1300 § 48 Nr 39).

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 SGG).



II

Auf die Revision der Klägerin ist das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Streitgegenstand ist allein noch der Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986, der, wie vom LSG richtig gesehen, gemäß § 96 Abs 1 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist. Er ist an die Stelle des Bescheides vom 15. November 1984 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Februar 1985 getreten.

In der Sache hat das LSG zu Unrecht das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Allerdings sind die Voraussetzungen für die von der Beklagten durch den Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986 ausgesprochene teilweise Rücknahme des Bewilligungsbescheides vom 20. Oktober 1983 erfüllt. Einschlägige Vorschrift ist § 45 Abs 1 iVm Abs 2 Satz 3 Nr 2 SGB 10. Danach darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 45 Abs 1 SGB 10). Der Begünstigte kann sich nicht mit Erfolg auf Vertrauen in die Bestandskraft des rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die er vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat (§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 2 SGB 10). Der Bewilligungsbescheid der Beklagten vom 20. Oktober 1983, durch den der Klägerin ab 24. September 1983 Alg für 312 Wochentage zugebilligt wurde, war deswegen von Anfang an teilweise rechtswidrig, weil er der Klägerin Alg auch für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 zugesprochen hat, obwohl während dieses Zeitraumes eine Sperrzeit gemäß § 119 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG eingetreten war, die den Anspruch auf Alg in der genannten Zeit zum Ruhen brachte (§ 119 Abs 1 Satz 3 AFG) und die Dauer des Anspruchs auf Alg um die Tage der Sperrzeit minderte (§ 110 Abs 1 Nr 2 AFG).

Der Eintritt der Sperrzeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 ergibt sich hier aus § 119 Abs 1 Satz 1 Nr 1 AFG idF des Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz -AFKG-) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497), in Kraft ab 1. Januar 1982 (Art 18). Nach dieser Bestimmung tritt eine Sperrzeit von acht Wochen u.a. ein, wenn der Arbeitslose durch ein vertragswidriges Verhalten Anlaß für die Kündigung des Arbeitgebers gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat, ohne für sein Verhalten einen wichtigen Grund zu haben. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift waren bereits am 20. Oktober



1983, dem Zeitpunkt des Bewilligungsbescheides, verwirklicht. Das LSG hat festgestellt, daß die Klägerin am 3. Oktober 1983 bei der Firma M. eine Tätigkeit aufgenommen, diese am Folgetag durch Fernbleiben von der Arbeit beendet und damit Anlaß für die Kündigung des Arbeitgebers gegeben hatte. Ein wichtiger Grund für dieses Verhalten stand ihr nicht zur Seite. Insbesondere lagen, wie von ärztlicher Seite bestätigt worden ist, keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen vor. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen des LSG hat die Klägerin keine zulässigen begründeten Revisionsgründe vorgebracht, so daß der Senat an sie gebunden ist (§ 163 SGG).

Die Frage, ob die Sperrzeit von acht Wochen nach den für den Eintritt der Sperrzeit maßgebenden Tatsachen eine besondere Härte bedeuten würde, so daß die Sperrzeit nicht acht, sondern vier Wochen umfaßt (§ 119 Abs 2 AFG), unterliegt der vollen gerichtlichen Nachprüfung; der Beklagten ist kein Ermessen eingeräumt (BSGE 44, 71, 81 = SozR 4100 § 119 Nr 3; BSGE 48, 109, 114 = SozR 4100 § 119 Nr 8). Anhaltspunkte dafür, daß eine solche Herabsetzung hier angebracht wäre, sind nicht erkennbar. Die Klägerin selbst hat dazu nichts vorgetragen. Die Schlußfolgerung des LSG, eine Herabsetzung der Sperrzeit auf vier Wochen sei hier deswegen nicht geboten, weil die Klägerin alsbald wieder eine Arbeitsstelle gefunden habe und durch den vorübergehenden Verlust des Alg nicht in besonders harter Weise getroffen worden sei, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz iS des § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 2 AFG berufen. Die Bewilligung des Alg für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 beruht auf Angaben, die sie grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig bzw unvollständig gemacht hat. Die unrichtigen bzw unvollständigen Angaben sind, wie vom LSG zutreffend dargelegt, im Verschweigen der vorübergehenden Arbeitsaufnahme (3. und 4. Oktober 1983) bei der Antragsabgabe am 17. Oktober 1983 zu erblicken. Die Pflicht zur Mitteilung dieser Tatsache ergab sich aus § 60 Abs 1 Nr 1 SGB 1, wonach, wer Sozialleistungen beantragt, ua alle Tatsachen anzugeben hat, die für die Leistung erheblich sind. Über die Relevanz der entsprechenden Angaben hätte die Klägerin sich im Merkblatt für Arbeitslose informieren können, dessen Erhalt sie durch ihre Unterschrift vom 21. September 1983 bestätigt hat. Zudem hätte ihr als selbstverständlich einleuchten müssen, daß sie für den 3. und 4. Oktober 1983 nicht sowohl Arbeitsentgelt wie Alg in Anspruch nehmen durfte. Ob Vertrauensschutz auch deswegen zu verneinen ist, weil die Klägerin - wie das LSG meint - die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides in bezug auf die Alg-Gewährung in der Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (§ 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB 10), da sie damit habe rechnen müssen, daß ihre zwischenzeitliche Arbeitsaufnahme Auswirkungen auf den Anspruch auf Alg haben werde, kann offenbleiben. Hierauf kommt es - selbst unter dem Gesichtspunkt der Zehnjahresfrist des § 45 Abs 3 Satz 3 Nr 1 SGB 10 - nicht an.



Gleichwohl ist der Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986 rechtswidrig. Die Beklagte hat nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Form der Ermessensausübung genügt.

Mit Recht geht das LSG davon aus, daß es sich bei der Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes gemäß § 45 SGB 10 um eine Ermessensentscheidung handelt. Das leitet sich aus dem Wortlaut des § 45 Abs 1 SGB 10 ab, wonach ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden "darf". Das BSG hat dies mehrfach entschieden (BSGE 59, 157, 159 = SozR 1300 § 45 Nr 19; BSG vom 29. September 1987 - 7 RAr 22/86 -, 24. August 1988 - 7 RAr 53/86 - und 25. Oktober 1988 - 7 RAr 120/87 -; vgl auch etwa BSGE 55, 250, 251 = SozR 1300 § 50 Nr 3; BSGE 60, 147, 150 = SozR 1300 § 45 Nr 24; SozR 1300 § 45 Nrn 12 und 34; SozR 1300 § 48 Nr 11).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte weder im Bescheid vom 15. November 1984 noch im Widerspruchsbescheid vom 14. Februar 1985 von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht. Dadurch hat sie gegen die Bestimmung des § 35 Abs 1 Satz 3 SGB 10 verstoßen, wonach ein schriftlicher Verwaltungsakt, sofern er eine Ermessensentscheidung enthält, auch die Gesichtspunkte erkennen lassen muß, von dem die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Ist die Begründung unterblieben, darf sie mit heilender Wirkung nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens oder, falls ein solches nicht stattfindet, bis zur Erhebung der Klage nachgeholt werden (§ 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10). Hier ist bis zum Abschluß des Vorverfahrens keine entsprechende Begründung abgegeben worden. Die Beklagte hat erst während des Klageverfahrens durch den Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986 Ermessen ausgeübt. Auch hierdurch hat sie dem gesetzlich vorgeschriebenen Begründungszwang im Rahmen der Ermessensausübung indessen nicht Genüge getan. Sie hat vielmehr § 35 Abs 1 Satz 3 iVm § 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10 umgangen. Das war ihr verwehrt, weil sie in ihrem Bescheid vom 27. Oktober 1986, sieht man von den Ermessenserwägungen ab, inhaltlich das wiederholt hat, was sie bereits in ihrem Bescheid vom 15. November 1984 entschieden hatte. Die Verfügungssätze beider Bescheide lauten, daß die Entscheidung über die Bewilligung des Alg für die Zeit vom 5. Oktober bis 29. November 1983 gemäß § 45 SGB 10 aufgehoben werde und die auf diesen Zeitraum entfallende Leistung in Höhe von 1.329,60 DM nach § 50 SGB 10 zu erstatten sei. Begründet wird dies jeweils damit, daß in der genannten Zeit eine Sperrzeit gemäß § 119 AFG eingetreten sei. Der Regelungsgegenstand beider Bescheide ist somit derselbe. Wegen dieses identischen Regelungsinhalts hat die Beklagte sich so verhalten, als ob ihr ungeachtet des § 35 Abs 1 Satz 3 iVm § 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10 die Befugnis zustände, die erforderlichen Ermessenserwägungen im anhängigen gerichtlichen Verfahren nachzuholen. Dazu war sie nicht berechtigt. Der Senat hat dies in seiner oa Entscheidung vom 24. August 1988 des näheren begründet und zwischenzeitlich noch einmal bestätigt (BSG vom 25. Oktober 1988 - 7 RAr 120/87 -). Auf diese Entscheidungen wird Bezug genommen. Aus ihnen geht auch



hervor, daß sich die Rechtswidrigkeit des während des Klageverfahrens (Berufungsverfahrens) ergangenen Ersetzungsbescheides allein aus § 35 Abs 1 Satz 3 iVm § 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10 ableitet und es insoweit eines Rückgriffes auf die in § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 enthaltene Einjahresfrist nicht bedarf. Schließlich hat der Senat in den erwähnten Entscheidungen betont, daß er, soweit der 10. Senat des BSG in einem ähnlich gelagerten Fall die Möglichkeit bejaht hat, während eines gerichtlichen Verfahrens behördliches Ermessen in einem neuen Bescheid auszuüben, der Gegenstand des Berufungsverfahrens werde (BSGE 56, 55, 61), keine Veranlassung sehe, von seiner vorstehend aufgezeigten Rechtsauffassung abzuweichen. Es handele sich um einen beiläufig gegebenen Hinweis, der nicht zu den tragenden Gründen der Entscheidung gehöre. Eine Abweichung iS von § 42 SGG, die eine Anrufung des Großen Senats gebiete, liege nicht vor. Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu.

Ein anderes Ergebnis rechtfertigt sich nicht aus der Überlegung, daß angesichts der besonderen Umstände dieses Falles nur eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei, dh der Ermessensspielraum der Beklagten auf "Null" reduziert sein könnte (vgl dazu etwa BSG SozR 1300 § 45 Nr 34; Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl, § 114 RdNr 6). Die vom LSG festgestellten und für den Senat bindenden Tatsachen lassen mehrere rechtmäßige Ermessensentscheidungen möglich erscheinen, zB die einer Aufhebung der Alg-Bewilligung lediglich für einen begrenzten Abschnitt innerhalb des Zeitraumes vom 5. Oktober bis 29. November 1983, etwa weil die Klägerin nach der Arbeitsaufnahme vom 24. April 1984 wieder arbeitslos geworden ist und über entsprechend geringe Einkünfte verfügte. Dem steht nicht entgegen, daß das LSG hervorgehoben hat, die im Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986 nachgeholte Ermessensentscheidung enthalte keine Leerformeln und wiederhole nicht nur Gesichtspunkte, die bereits bei der Prüfung der übrigen Voraussetzungen des § 45 SGB 10 beachtet worden seien oder hätten berücksichtigt werden müssen; die Beklagte habe sich vielmehr deswegen für eine (teilweise) Aufhebung der Alg-Bewilligung entschieden, weil die Auswirkungen der Sperrzeit keine außergewöhnlich schwerwiegende Belastung beinhalte, da die Klägerin alsbald nach Feststellung der Sperrzeit wieder ein Arbeitsverhältnis aufgenommen habe. Mit diesen Ausführungen hat das LSG lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagte weder die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten noch von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht habe (§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG). Die Nichtfeststellung eines Ermessensfehlers durch das Gericht ist nicht gleichbedeutend mit Ermessensreduzierung auf Null auf seiten der Beklagten. Dies folgt bereits daraus, daß die Beklagte im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes nachzuprüfen hat (§ 78 Abs 1 Satz 1 SGG).

Der Ersetzungsbescheid vom 27. Oktober 1986 ist somit wegen Verstoßes gegen § 35 Abs 1 Satz 3 iVm § 41 Abs 1 Nr 2, Abs 2 SGB 10 rechtswidrig. Demzufolge kommt es



- anders als vom LSG angenommen - weder auf die Einjahresfrist des § 45 Abs 4 Satz 2 SGB 10 noch auf die Zehnjahresfrist des § 45 Abs 3 Satz 3 Nr 1 SGB 10 an.

Die Kostenentscheidung der nach alledem begründeten Revision folgt aus § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)