

L 8 AL 658/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 5 AL 1644/09
Datum
21.11.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 AL 658/12
Datum
17.05.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 21. November 2011 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 28.07.2008 bis 28.08.2008 und die Rückforderung zu viel gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.094,27 EUR sowie Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von 260,95 EUR und 33,04 EUR.

Der im Jahr 1980 geborene Kläger war vom 01.02.2008 bis 04.05.2008 arbeitslos und bezog Arbeitslosengeld von der Beklagten. Er meldete sich am 07.07.2008 zum 12.07.2008 erneut bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Arbeitslosengeld. Er bestätigte auf dem Antrag das Merkblatt 1 für Arbeitslose erhalten zu haben. Die Frage nach der Ausübung einer Nebenbeschäftigung verneinte er. Mit Bescheid vom 22.07.2008 bewilligte die Beklagte ihm vorläufig Arbeitslosengeld ab 12.07.2008 für die Dauer von 87 Tagen mit einem Leistungssatz von 34,21 EUR täglich.

Mit Bescheid vom 18.08.2008 bewilligte sie ihm abschließend denselben Betrag für denselben Zeitraum.

Am 29.08.2008 sprach der Kläger persönlich bei der Beklagten vor und beantragte Arbeitslosengeld II ab 08.10.2008 wegen Auslaufens des Arbeitslosengelds I.

Am 17.10.2008 leitet das Hauptzollamt H. gegen den Kläger ein Ermittlungsverfahren wegen Leistungsbetrugs ein. Aufgrund einer anonymen Anzeige erfuhr das Hauptzollamt im Jahr 2007, dass V. K. Bauleistungen unter 30% des Marktwertes anbot, aber keine Beschäftigten bei den Sozialversicherungsträgern angemeldet hatte. Aufgrund verschiedener Kontrollen und einer Durchsuchung bei V. K. tauchte im April 2008 auch der Name des Klägers auf, der bei einer Vernehmung am 10.04.2008 angab, arbeitslos zu sein und am 09.04.2008 einen Tag lang ca. 1,5 bis zwei Stunden zu einem Stundenlohn von 7 EUR auf einer Baustelle gearbeitet zu haben. Er dürfe bis zu 165 EUR zum Arbeitslosengeld dazu verdienen.

In der Folge kam es zu weiteren Ermittlungen gegen V. K. und zur Vernehmung der betroffenen Bauherren als Zeugen. E. F. gab im Rahmen seiner Vernehmungen am 16.10.2008 und 06.11.2008 an, der Kläger habe in der letzten Juli- und den ersten drei Augustwochen täglich auf der Baustelle zu seinem Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung gearbeitet. Er habe jede Woche montags bis freitags zwischen 8.00 und 8.30 Uhr bis 17.00 Uhr mit einer Stunde Mittagspause gearbeitet. An ca. zwei Tagen pro Woche habe er nur halbtags gearbeitet. Samstags sei nicht gearbeitet worden. Der Kläger habe mindestens 28 Stunden wöchentlich gearbeitet. Neben dem Kläger hätten Herr F. selbst und sein Schwiegervater sowie Herr K. auf dem Bau gearbeitet. Nach den Ermittlungen des Hauptzollamts zahle V. K. seinen Beschäftigten den Lohn bar aus und meldete nichts an die Sozialversicherungsträger und führte über die Auszahlungen oder die geleisteten Arbeitsstunden auch nicht Buch. Die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg ging bei ihren Berechnungen davon aus, dass der Kläger vom 22.07.2008 bis 22.08.2008, bei späteren Berechnungen vom 28.07.2008 bis 22.08.2008 für V. K. tätig war. Der Kläger gab gegenüber dem Hauptzollamt an, er könne nicht weiterhelfen, weil er nur einmal ca. vier Stunden für V. K. gearbeitet habe und das sei im April 2008 gewesen.

Mit Schreiben vom 17.02.2009 hörte die Beklagte den Kläger dahingehend an, dass er nach ihren Erkenntnissen 1.094,72 EUR zu viel

Arbeitslosengeld bezogen habe, weil er in der Zeit vom 22.07.2008 bis 22.08.2008 in einem Beschäftigungsverhältnis bei V. K. von mindestens 15 Stunden wöchentlich gestanden habe und deshalb nicht mehr arbeitslos gewesen sei. Da er sich erst am 29.08.2008 wieder persönlich gemeldet habe, bestehe bis dahin kein Anspruch auf Arbeitslosengeld. Der Kläger habe die Überzahlung verursacht, weil er wesentliche Änderungen in seinen Verhältnissen nicht mitgeteilt habe. Seine Pflicht zur Mitteilung sei ihm aus dem Merkblatt bekannt gewesen. Außerdem sei er verpflichtet, auch Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu erstatten, wenn die Bewilligung von Arbeitslosengeld zurückgenommen werde.

Der Kläger teilte dazu am 24.02.2009 mit, dass die Information nicht richtig sei, er sei in diesem Moment arbeitslos gewesen.

Mit Bescheid vom 16.03.2009 hob die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 28.07.2009 bis 28.08.2009 nach [§ 48](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) ganz auf, weil der Kläger in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden habe und nicht mehr arbeitslos gewesen sei. Er habe gewusst oder wissen müssen, dass sein Anspruch auf Arbeitslosengeld ganz oder teilweise weggefallen sei. Außerdem forderte die Beklagte die Erstattung von 1.094,72 EUR gezahlten Arbeitslosengelds, 260,95 EUR Kranken- und 33,04 EUR Pflegeversicherungsbeiträge (Gesamtforderung: 1.388,71 EUR). Mit weiterem Bescheid vom 16.03.2009 änderte die Beklagte die Arbeitslosengeldbewilligung und bewilligte nunmehr vom 28.07.2008 bis 28.08.2008 0,00 EUR täglich wegen Arbeitsaufnahme und ab 29.08.2008 erneut 34,21 EUR. Mit einem dritten Bescheid vom 12.03.2009 forderte die Beklagte die gezahlten Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung in gleicher Höhe.

Dagegen erhob der Kläger am 07.04.2009 Widerspruch, zu dessen Begründung er vortrug, er habe keine Ahnung woher die Beklagte das alles nehme, aber sie habe falsche Informationen. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.04.2009 wies die Beklagte den Widerspruch gegen die Bescheide vom 12. und 16.03.2009 zurück.

Dagegen erhob der Kläger am 13.05.2009 Klage zum Sozialgericht Heilbronn, zu deren Begründung er ausführte, er habe nicht mehr als 15 Stunden die Woche gearbeitet. Er habe immer nur für einige Stunden ausgeholfen, nie den ganzen Tag und habe nie mehr als 160 EUR im Monat erhalten. Er habe in der Zeit vom 28.07.2008 bis 22.08.2008 beim Aufräumen der Baustelle geholfen, nachdem Herr K. ihn darauf angesprochen habe. Er habe in der 31. Kalenderwoche zweimal je drei Stunden auf der Baustelle ausgeholfen und habe dafür 50 EUR bar erhalten. In der Kalenderwoche 32 habe er zweimal zwei Stunden auf der Baustelle ohne Bezahlung geholfen. In der 33. Kalenderwoche habe er einmal drei Stunden und zweimal zwei Stunden geholfen. Er habe eine Barzahlung von 70 EUR erhalten. In der 34. Kalenderwoche habe er zweimal drei Stunden geholfen und dafür 50 EUR erhalten. Das Bargeld habe er seiner Frau als Haushaltsgeld gegeben. Seine Frau könne bestätigen, dass er nicht regelmäßig jeden Tag die Wohnung verlassen habe. Herr K. habe sich vielmehr stets gemeldet, wenn er habe helfen sollen.

Das SG hörte den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 16.09.2011 persönlich. Er gab an, wegen Betrugs einen Strafbefehl über 800 EUR erhalten zu haben, die er auch in Raten bezahlt habe. Er räumte ein, für Herrn K. gearbeitet zu haben. Er bleibe aber dabei, dass er nicht in dem hier angenommenen Umfang gearbeitet habe. Er habe ihm auch mal gesagt, dass es sich für ihn nicht rentiere, immer nur für ein paar Stunden hinzufahren. Deshalb habe Herr K. ihm auch mal Geld für Benzin gegeben. Wie viele Stunden er gearbeitet habe, wisse er nicht mehr, aber es seien auf keinen Fall 32 Stunden wöchentlich gewesen wie das Hauptzollamt behaupte.

Das SG hörte in der mündlichen Verhandlung vom 21.11.2011 E. F. als Zeugen. Er erkannte den Kläger als denjenigen, der auf der Baustelle seines Eigenheims gearbeitet hatte. Er wisse nicht mehr, ob er schon Ende Juli gearbeitet habe. Jedenfalls sei er im August täglich dort gewesen. Er, der Zeuge, habe im August jeden Tag auf der Baustelle gearbeitet. Der Kläger sei mit Herrn K. so gegen 8.00 Uhr gekommen und bei einer Stunde Mittagspause gegen 16.00 Uhr wieder gegangen. Er sei an einigen Tagen auch mit dem eigenen Auto gekommen und dann früher wieder gegangen. Das sei aber eher die Ausnahme gewesen. Die Aussagen seien beim Hauptzollamt noch frisch gewesen, heute könne er nicht mehr bestätigen, ob es wirklich 28 Stunden pro Woche waren. Das Hauptzollamt habe die 28 Stunden geschätzt aufgrund seiner Angaben und er habe diese Schätzung bestätigt. Der Kläger habe Helfertätigkeiten ausgeführt.

Das SG hörte auch V. K. als Zeugen. Er gab an, dass der Kläger auf jeden Fall ab und zu zum Aufräumen auf der Baustelle gewesen sei. Zum Teil sei er morgens mit ihm gegen 7.00 Uhr bzw. 7.30 Uhr auf die Baustelle gefahren. Häufiger sei er auch mit dem eigenen Auto auf die Baustelle gefahren. Dann sei er nur zwei bis drei Stunden geblieben. Gegen Ende der Baustellenzeit sei er häufiger länger da gewesen. Da sei er dann mit ihm hin- und auch gegen 17.00 Uhr wieder zurück gefahren. Das sei bei den Aufräumarbeiten ganz am Ende gewesen, die drei bis vier Tage gedauert hätten. Nach seiner Erinnerung müsse das Ende August / Anfang September gewesen sein. Wie oft in der Woche der Kläger mit ihm zusammen gefahren sei, wisse er nicht mehr. Er sei ja nicht so oft da gewesen. Wie viel er gezahlt habe, wisse er nicht mehr, es seien vielleicht zwischen 6,00 EUR und 8,00 EUR gewesen. Der Kläger habe ihm gesagt, dass er Arbeitslosengeld beziehe und nur einen gewissen Betrag dazuverdienen dürfe, damit es legal sei.

Mit Urteil vom 21.11.2011 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Voraussetzungen des [§ 48 SGB X](#) vorlägen. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld sei durch Aufnahme einer mehr als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Arbeit erloschen. Das stehe aufgrund der Angaben des Zeugen F. gegenüber dem Hauptzollamt und gegenüber der Kammer fest. Selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgehe, dass er nur einen von fünf Tagen die Woche mit Herrn K. auf die Baustelle gefahren und ganztags gearbeitet habe und an den übrigen Tagen mit dem eigenen Auto und dann nur halbtags gearbeitet habe, sei die Grenze von 15 Stunden wöchentlich überschritten. Es stehe auch trotz der Unsicherheiten des Zeugen F. in seiner jetzigen Vernehmung fest, dass der Kläger mindestens ab 28.07.2008 in diesem Umfang tätig gewesen sei, denn der Zeuge habe sich nachvollziehbar nach mehr als drei Jahren nicht mehr an die Einzelheiten erinnert, aber bestätigt, dass seine Angaben gegenüber dem Hauptzollamt korrekt gewesen seien. Ein Eingehen auf die Bezahlung des Klägers erübrige sich, weil allein die Grenze von 15 Stunden pro Woche maßgeblich sei. Für die übrigen Zeiten bestehe - abgesehen davon, dass die Kammer auch für diese Zeiträume von einer Tätigkeit von mehr als 15 Stunden pro Woche überzeugt sei - kein Arbeitslosengeldanspruch, weil die Wirkung der persönlichen Arbeitslosmeldung erloschen sei. Der Kläger habe auch eine Änderung in seinen Verhältnissen, nämlich die Arbeitsaufnahme nicht mitgeteilt. Er sei über seine Mitteilungspflichten unmissverständlich belehrt worden, so dass er insofern auch zumindest grob fahrlässig gehandelt habe. Die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Erstattung des Arbeitslosengelds nach [§ 50 SGB X](#) seien ebenso erfüllt wie diejenigen zur Erstattung der Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung nach [§ 335 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III).

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 23.01.2012 zugestellte Urteil richtet sich die am 15.02.2012 eingelegte Berufung des Klägers.

Zur Begründung seiner Berufung nimmt der Kläger Bezug auf seinen Vortrag vor dem SG und trägt vor, die Beklagte, die beweibelastet sei, habe den Nachweis nicht geführt, dass er ab dem 28.07.2008 über 15 Stunden wöchentlich gearbeitet habe. Es sei nicht einmal bewiesen, dass er in der letzten Juliwoche überhaupt auf der Baustelle gewesen sei. Der Zeuge F. habe ausweislich der eigenen handschriftlichen Aufzeichnungen seines Prozessbevollmächtigten angegeben, dass er Ende Juli nicht öfters auf der Baustelle gewesen sei, sondern ab August. Er habe in dieser Zeit rund 300 Überstunden abgebaut. Erst ab Ende August habe er so richtig auf der Baustelle gearbeitet, am 23.09.2008 sei der Einzug gewesen. Den Innenausbau habe er allein gemacht. Auch habe er deutlich zu verstehen gegeben, dass er ohnehin nicht wisse, ob der Kläger ganztags da gewesen sei, weil er nicht immer dabei gewesen sei. Über den Juli wisse er nicht, ob der Kläger dort gewesen sei. Weiterhin habe er sein Missfallen darüber zum Ausdruck gebracht, dass ihm vom Hauptzollamt Dinge in den Mund gelegt worden seien. Die Zeiten seien geschätzt worden. Er habe sie dann bestätigen sollen, das aber nicht können. Er habe einfach ja gesagt. Das sei im Protokoll nirgends mehr zu finden. Die Beweisaufnahme habe nichts ergeben, was die Tatsachen zur Begründung der Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung beweise. Er, der Kläger, habe eingeräumt, geringfügig auf der Baustelle tätig gewesen zu sein. Das sei aber nicht arbeitslosengeldschädlich.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 21.11.2011 sowie die Bescheide der Beklagten vom 12. und 16.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.04.2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung schließt sie sich dem angefochtenen Urteil an.

Die Beklagte hat den Kläger in Reaktion auf einen Hinweis der Berichterstatterin, dass hier eine Anwendung des [§ 45 SGB X](#) anstelle des bisher angenommenen [§ 48 SGB X](#) in Betracht komme, mit Schreiben vom 27.09.2012 dahingehend angehört, dass er in seinem Antrag vom 12.07.2012 zumindest grob fahrlässig unvollständige Angaben gemacht habe. Die Angaben im Antrag hätten unverzüglich berichtigt werden müssen. Außerdem gehe sie davon aus, dass dem Kläger bekannt gewesen sein müsse, dass die Bewilligung von Arbeitslosengeld fehlerhaft gewesen sei, weil der Kläger eine Beschäftigung aufgenommen habe.

Sie hat darauf hingewiesen, dass das Datum 28.07.2012 im Anhörungsschreiben vom 27.09.2012 ein offensichtlicher Schreibfehler sei. Sie hat auf Nachfrage der Berichterstatterin einen Abdruck einer Eingliederungsvereinbarung vom 01.08.2008 vorgelegt, in dem der Kläger sich zur Mitteilung jeder Arbeitsaufnahme verpflichtete. Eine Unterschrift des Klägers trägt die Abschrift der Eingliederungsvereinbarung nicht. Das Original sei vernichtet worden.

Der Senat hat zur Aufklärung des Sachverhalts E. F. erneut schriftlich befragt. Er hat angegeben, dass er sich nach nunmehr vier Jahren nicht mehr ganz genau erinnern könne, an welchen Tagen und wie viele Stunden der Kläger bei ihm auf der Baustelle gewesen sei. Er könne auch nicht genau sagen, wer auf seiner Baustelle was gemacht habe (Schreiben vom 03.09.2012).

Der Senat hat die Akten aus dem Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Heilbronn (52 Js 4520/09) gegen den Kläger beigezogen. Auf deren Inhalt wird Bezug genommen. Der Kläger wurde mit Strafbefehl vom 05.05.2009 und Urteil vom 20.04.2010 wegen Betrugs zu Lasten der Beklagten zu einer Geldstrafe von 70 Tagessätzen verurteilt. Der Kläger erhob Einspruch, später beschränkt auf die Rechtsfolgenentscheidung und gab in der Hauptverhandlung vom 20.04.2010 an, dass er 1,5 Tage pro Woche gearbeitet habe, gegen Ende drei Tage pro Woche zu einem Stundenlohn von 7 EUR. Er sei nicht als Bauarbeiter tätig gewesen, sondern habe die Baustelle aufgeräumt. Er habe extra nur so viel gearbeitet, dass er auf nicht mehr als 160 EUR pro Monat gekommen sei. Er kenne Herrn F. von der Baustelle. Er habe Schichten gearbeitet und sei deshalb häufiger zur Baustelle gekommen. Er habe das Geld wöchentlich, nicht jeden Tag nach Beendigung der Arbeit bekommen. Er gab zu, dass er schuld sei. Er habe schwarz unangemeldet Geld bekommen aber nicht so viel wie im Strafbefehl stehe.

Der Senat hat weiterhin die Akten aus dem Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Heilbronn gegen V. K. und D. V. (52 Js 7857/08) wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt und bandenmäßigen Betrugs beigezogen. V. K. und D. V. legten in der Hauptverhandlung ein Geständnis ab. V. K. wurde unter anderem wegen des Veruntreuens und Vorenthaltens von Arbeitsentgelt wegen der Beschäftigung des Klägers bis 27.08.2008 mit Urteil des Amtsgerichts Heilbronn vom 13.10.2009 zu einer Freiheitsstrafe verurteilt.

Die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg hat auf Nachfrage mitgeteilt, dass für den Kläger von V. K. Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 28.07.2008 bis 22.08.2008 nachgefordert worden seien (Bescheid vom 10.11.2011, Widerspruchsbescheid vom 02.05.2012, Klage anhängig beim SG S 15 R 1791/12).

Der Senat hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 17.05.2013 persönlich angehört.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf einen Band Verwaltungsakten der Beklagten, einen Band Akten des Sozialgerichts Heilbronn, die beim Senat angefallene Akte und die beigezogenen Akten der Staatsanwaltschaft Heilbronn.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist gemäß [§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Sie ist aber unbegründet. Die Beklagte hat zu Recht die Bescheide vom 22.07.2008 und 18.08.2008 aufgehoben und Arbeitslosengeld sowie Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zurückgefordert.

Nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) darf ein Verwaltungsakt unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 auch nachdem er unanfechtbar geworden ist mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden, soweit er rechtswidrig ist und ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat. Er darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf seinen Bestand vertraut hat und sein Vertrauen

unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist, [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#). Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Richtung unvollständig oder unrichtig gemacht hat oder er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist die Bewilligung von Arbeitslosengeld auch für die Vergangenheit zurückzunehmen, [§ 330 Abs. 2 SGB III](#). Nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Er ist mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben, soweit der Betroffene einer Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist, [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 330 Abs. 3 SGB III](#).

Die Abgrenzung der Anwendung von [§ 48 SGB X](#) gegenüber [§ 45 SGB X](#) erfolgt bei Dauerverwaltungsakten wie der Bewilligung von Arbeitslosengeld nach den Verhältnissen bei Erlass des Bescheids. Das bedeutet, dass die Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#) erfüllt sein müssen, wenn der eine Leistung bewilligende Verwaltungsakt von Anfang an rechtswidrig war, während [§ 48 SGB X](#) Anwendung findet, wenn der die Leistung bewilligende Verwaltungsakt nach Erlass durch eine Änderung der ihm zugrunde liegenden Verhältnisse rechtswidrig wird (BSG, Urteil vom 02.04.2009 – [B 2 U 25/07 R](#), [SozR 4-1300 § 45 Nr. 8](#) Rn. 17, v. 21.06.2011 – [B 4 AS 21/10 R](#), [BSGE 108, 258](#) Rn. 16).

Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob der Bescheid vom 22.07.2008, mit dem die Beklagte dem Kläger vorläufig Leistungen bewilligte, oder der Bescheid vom 18.08.2008, mit dem die vorläufige Bewilligung als endgültige Leistung bestätigt wurde, zugrunde zu legen ist, denn betreffend den Bescheid vom 22.07.2008 liegen die Voraussetzungen des [§ 48 SGB X](#) ebenso vor wie betreffend den Bescheid vom 18.08.2008 die Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#).

Die formelle Rechtmäßigkeit der Bescheide vom 12. und 16.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.04.2009 scheidet nicht schon an der fehlenden Anhörung des Klägers, [§ 24 Abs. 1 SGB X](#). Sofern [§ 48 SGB X](#) einschlägig ist, hat die Beklagte den Kläger vor Erlass der Bescheide mit Schreiben vom 17.02.2009 hinreichend angehört. Sofern die subjektiven Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#) in Bezug auf den abschließenden Bewilligungsbescheid vom 18.08.2008 in dieser Anhörung und auch in den angefochtenen Bescheiden nicht thematisiert wurden, hat die Beklagte die eventuell fehlende Anhörung jedenfalls im Berufungsverfahren mit Schreiben vom 27.09.2012 wirksam nachgeholt, [§ 41 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 SGB X](#).

Die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 28.07.2008 bis 28.08.2008 war rechtswidrig. Dem Kläger stand in dieser Zeit mangels Arbeitslosigkeit kein Anspruch auf Arbeitslosengeld zu, wie das SG zutreffend begründet hat. Nach [§ 117 Abs. 1, 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) in der Fassung vor Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buchs Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (a.F.) setzt der Anspruch auf Arbeitslosengeld u.a. Arbeitslosigkeit voraus. Arbeitslosigkeit setzt nach [§ 119 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) u.a. die Beschäftigungslosigkeit voraus. Die Ausübung einer Beschäftigung schließt die Beschäftigungslosigkeit nicht aus, wenn die Arbeits- oder Tätigkeitszeit weniger als 15 Stunden wöchentlich umfasst, [§ 119 Abs. 3 SGB III](#) a.F.

Nach diesen Kriterien war der Kläger in der Zeit vom 28.07.2008 bis 22.08.2008 nicht arbeitslos. Der Senat ist ebenso wie die Beklagte und das SG nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass der Kläger in der Zeit vom 28.07.2008 bis 22.08.2008 einer Beschäftigung von mehr als 15 Stunden wöchentlich bei V. K. nachgegangen ist. Der Senat nimmt zur weiteren Begründung seiner Entscheidung auf die zutreffenden Ausführungen des SG in seinem Urteil vom 21.11.2011 Bezug, die er nach erneuter Überprüfung zum Gegenstand seiner Entscheidung macht, [§ 153 Abs. 2 SGG](#).

Sofern der Kläger in seiner Berufungsbegründung ausführt, dass nicht bewiesen sei, dass er überhaupt am 28.07.2008 und nicht erst in der ersten Augustwoche die Tätigkeit auf der Baustelle F. aufgenommen hat, steht diesem Vorbringen sein eigenes Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor dem SG entgegen, in dem er zugestanden hat, dass er ab 28.07.2008 bei V. K. tätig gewesen sei und die eigene Mitteilung, dass er in dieser Woche zweimal auf der Baustelle gewesen sei. Darüber hinaus hat auch der Zeuge F. noch vor dem Hauptzollamt angegeben, dass ab 28.07.2008 der Kläger auf seiner Baustelle tätig gewesen sei. Es ist - wie das SG zutreffend ausgeführt hat - nachvollziehbar, dass der Zeuge F. sich in der mündlichen Verhandlung, die immerhin drei Jahre nach den Ereignissen stattgefunden hat, und auch auf erneute schriftliche Nachfrage des Senats an genaue Daten nicht mehr erinnern konnte. Der Senat ist aber nach Auswertung der Angaben des Zeugen F. gegenüber dem Hauptzollamt und der Protokolle über die Hauptverhandlungen in den Strafverfahren gegen V. K. und den Kläger vor dem Amtsgericht Heilbronn davon überzeugt, dass der Kläger bereits ab 28.07.2008 für V. K. auf der Baustelle F. tätig war. Dieses Datum ist in den Vernehmungen immer wieder genannt worden. Der Zeuge F. hat darüber hinaus für August 2008 die Anwesenheit des Klägers auf der Baustelle bestätigt und damit auch in der am 28.07.2008 beginnenden Woche. Betreffend die vier Julitage dieser Woche war er zwar in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht und auch auf erneute schriftliche Nachfrage des Senats nicht mehr sicher, hat aber auf seine zeitnahen Angaben gegenüber dem Hauptzollamt verwiesen. Dem entspricht auch der von ihm geschilderte weitere zeitlich Ablauf, nach dem er am 23.09.2008 mit seiner Familie in das Haus eingezogen ist und zuvor noch - allein - den Innenausbau des Hauses durchgeführt hat.

Sofern der Kläger beanstandet, dass gar nicht erwiesen sei, dass er überhaupt auf dieser Baustelle tätig gewesen sei, stehen diesem Vortrag seine eigenen Einlassung vor dem Sozialgericht und auch die Tatsache entgegen, dass der Zeuge F. den Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem SG eindeutig als diejenige Person erkannt hat, die auf seiner Baustelle tätig war. Der Kläger hat nichts vorgetragen, das die Glaubhaftigkeit dieser Angaben in Zweifel zu ziehen geeignet ist. Der Senat hat auch sonst keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge F. den Kläger falsch erkannt oder ihm sonst Schaden zufügen wollte. Vielmehr spricht für die Glaubhaftigkeit seiner Angaben, dass er gerade nicht mehr angeben konnte, wann genau die Tätigkeit gewesen ist und auch sonst offenbar um Schadensbegrenzung zugunsten des Klägers bemüht war, indem er sich als unfähig bekundete, den exakten Umfang der Tätigkeit des Klägers oder Anzahl der Tage, an denen er mit dem eigenen PKW gekommen war, anzugeben. Sofern der Kläger nunmehr beanstandet, dass der Zeuge F. in der mündlichen Verhandlung seine Angaben gegenüber dem Hauptzollamt nicht mehr bestätigen konnte und aus dem Protokoll nicht ersichtlich sei, dass er gemeint habe, das Hauptzollamt habe ihm Dinge in den Mund gelegt, ist dem entgegenzuhalten, dass ausweislich des Protokolls des SG der Zeuge angegeben hat, dass die Angaben gegenüber dem Hauptzollamt nicht von ihm stammten, sondern von dort aufgrund seiner Angaben geschätzt worden seien und er diese Schätzung bestätigt habe. Daraus ergibt sich eindeutig, dass der Zeuge F. die Angaben nicht als eigene Aussage, sondern als Schätzung des Hauptzollamts bezeichnet hat. Es kommt für den Inhalt der Aussage nicht darauf an, ob er mit

diesem Vorgehen des Hauptzollamts glücklich war oder nicht. Dem Vortrag stehen außerdem die Angaben des Zeugen K. vor dem Sozialgericht entgegen, der ebenfalls die Tätigkeit des Klägers auf der Baustelle F. bestätigt hat, obwohl er – im Hinblick auf das noch anhängige Verfahren um die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen auch für das Beschäftigungsverhältnis des Klägers – keinerlei Interesse hatte, die Tätigkeit des Klägers auf der von ihm verantworteten Baustelle zu dessen Lasten darzustellen. Das entspricht im Übrigen auch seinem Geständnis im gegen ihn geführten Strafverfahren vor dem Amtsgericht Heilbronn und dem eigenen Geständnis des Klägers vor dem Amtsgericht Heilbronn in dem gegen ihn geführten Strafverfahren.

Ebenso wie das SG ist der Senat auch davon überzeugt, dass die Tätigkeit des Klägers von Anfang an auf eine mehr als 15 Wochenstunden umfassende Beschäftigung angelegt war, da sich dies aus den Angaben des Zeugen F. zur Tätigkeitsaufnahme des Klägers im Juli 2008 bei seiner Vernehmung vor dem SG ergibt. Darauf hat das SG im angefochtenen Urteil überzeugend hingewiesen, was der Senat nach urkundenbeweislicher Verwertung der Vernehmungsniederschriften vom 16.10.2008 und 06.11.2008 des Hauptzollamts und der Sitzungsniederschrift des SG nach eigener Beweiswürdigung zum gleichen Ergebnis hat gelangen lassen. Auf die Ausführungen im Urteil des SG wird daher – nochmals – verwiesen ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Ist aber die Vereinbarung der Arbeitszeit von vornherein auf eine Überschreitung der wöchentlichen Zeitgrenze von unter 15 Stunden angelegt, wovon nach dem festgestellten Sachverhalt vorliegend auszugehen ist, ist auch dann keine kurzzeitige Beschäftigung aufgenommen, wenn die Wochenarbeitszeit bezogen auf die – nachgewiesene – Gesamtdauer der Beschäftigung im Durchschnitt unterhalb der Kurzzeitigkeitsgrenze liegt oder liegen würde (vgl. BSG, Urteil vom 29.10.2008, [SozR 4-4300 § 118 Nr. 3](#), juris; Urteil vom 15.12.1999 – [B 11 AL 53/99 R](#), juris).

Sofern der Kläger vorträgt, dass unrechtmäßiger Druck auf die Zeugen im Vorverfahren ausgeübt worden sei und das im Protokoll nicht zum Ausdruck gebracht sei, ergibt sich daraus nicht, dass die Angaben der Zeugen gegenüber dem Hauptzollamt nicht verwertbar sind. Zunächst handelt es sich bei dem Vortrag des Klägers, dass beim Hauptzollamt oder im Vorverfahren unrechtmäßiger Druck ausgeübt worden sei, um eine subjektive Einschätzung des Klägers zur Würdigung der vorliegenden Zeugenaussagen. Die Würdigung der vorliegenden Zeugenaussagen obliegt dem Gericht im Rahmen der Beratung und anschließend in den Gründen des in der geheimen Beratung gefundenen Urteils, ist aber keine Tatsache, die im Protokoll über eine mündliche Verhandlung Eingang finden kann. Darüber hinaus – soweit der Kläger damit meint, dass das Gericht möglicherweise einzelne vom Zeugen geäußerte Worte oder Sätze nicht oder nicht ausreichend in das Protokoll aufgenommen habe – genießt das Protokoll über die mündliche Verhandlung öffentlichen Glauben, [§ 165 ZPO](#), den der Vortrag des Klägers nicht zu erschüttern geeignet ist. Einen Antrag auf Protokollberichtigung hat der Kläger nicht gestellt. Zudem hat der Zeuge nach lautem Diktat seine protokollierte Aussage genehmigt. Berichtigungen oder Klarstellungen des Zeugen während oder nach seiner Vernehmung sind der Niederschrift nicht zu entnehmen.

Der Senat sah sich im Hinblick auf diesen Vortrag auch nicht gehalten, den Zeugen F. erneut mündlich zu hören, nachdem er auf Nachfrage des Senats bereits schriftlich mitgeteilt hat, dass er sich nicht an Details und genaue Daten erinnern könne und die Erinnerung auch nicht mithilfe von eigenen oder Aufzeichnungen seines Arbeitgebers auffrischen könne. Darüber hinaus werden die Angaben des Zeugen F. durch die Angaben des Zeugen K., der im Ermittlungsverfahren durch das Hauptzollamt entsprechende Angaben noch nicht gemacht hatte, sondern – ohne dass bei dem durch einen Pflichtverteidiger vertretenen Herrn K. insofern ein Hinweis auf einen unzulässigen Druck besteht – erst in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht den Tatvorwurf – dann in vollem Umfang also auch hinsichtlich die Beschäftigung des Klägers und hinsichtlich der Höhe des dabei gegenüber der Sozialversicherung entstandenen Schadens – eingeräumt hatte.

Der Kläger trägt weiterhin vor, dass der Zeuge F. vor dem Sozialgericht bekundet habe, dass er nicht mehr wisse, ob der Kläger wirklich 28 Stunden tätig gewesen sei. Das ist zutreffend, aber nicht geeignet, die Überzeugung des Senats von einer Tätigkeit von wenigstens 15 Stunden wöchentlich zu erschüttern. Wie das SG zutreffend ausgeführt hat, kommt es nämlich für die Beurteilung des Sachverhalts nicht darauf an, ob der Kläger 15 oder mehr Stunden auf der Baustelle tätig war. Der Senat ist jedenfalls davon überzeugt, dass der Kläger wenigstens 15 Stunden wöchentlich auf der Baustelle tätig war. Zunächst hat er schließlich (d.h. beim Sozialgericht und auch beim Amtsgericht) selbst eingeräumt, überhaupt auf der Baustelle tätig gewesen zu sein. Weiterhin hat er beim Amtsgericht selbst eingeräumt, von Herrn K. schwarzes, d.h. nicht der Sozialversicherung und den Steuerbehörden gemeldetes Entgelt erhalten zu haben. Er hat weiterhin eingeräumt, von Herrn K. Benzinsgeld erhalten zu haben, um die Wege zur Baustelle mit dem eigenen PKW zu bewältigen. Weiterhin haben sowohl der Zeuge F. als auch der Zeuge K. ausgesagt, dass der Kläger regelmäßig auf der Baustelle tätig gewesen sei. Dabei differieren die Angaben der Zeugen dazu, wie oft der Kläger den ganzen Tag und wie häufig er – weil er mit dem eigenen Auto gekommen war – nur den halben Tag arbeitete. Selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass er nur einen Tag die Woche mit Herrn K. auf die Baustelle gekommen und dann auch den ganzen Tag geblieben war, war er – bei vier halben und einem ganzen Tag Arbeitstätigkeit mehr als 15 Stunden wöchentlich auf der Baustelle tätig und deshalb nicht mehr arbeitslos. Eine von Anfang an auf eine die Kurzzeitigkeitsgrenze überschreitende Tätigkeit angelegte Beschäftigung ist mit diesem Vorbringen nicht zu widerlegen.

Soweit der Kläger in seiner Klagebegründung noch behauptet hat, nicht jeden Tag seine Wohnung verlassen zu haben und diesen Vortrag durch Vernehmung seiner Ehefrau als Zeugin unter Beweis gestellt hat, hat er diesen Vortrag im Berufungsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten. Der Senat sah sich insofern auch nicht zu weiteren Ermittlungen durch Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin veranlasst, denn selbst wenn er diesen Vortrag als wahr unterstellt, ändert das nichts an der Einschätzung einer auf mehr als Kurzzeitigkeit angelegten Beschäftigung, woran einzelne Wochen mit geringeren Beschäftigungsumfang im Ergebnis nichts ändern. Außerdem folgt aus der unter Beweis gestellten Behauptung nicht zwingend, dass der Kläger im genannten Zeitraum nur unter 15 Stunden wöchentlich auf der Baustelle F. tätig war, denn auch bei Abwesenheit an einem oder zwei Tagen pro Woche und voller Arbeitstätigkeit an mindestens einem Tag, von der der Senat nach den Angaben der Zeugen K. und F. überzeugt ist, ergibt sich eine Arbeitstätigkeit von mindestens 15 Stunden wöchentlich (2 x 4 + 8 Stunden = 16 Stunden).

Die Angaben des Zeugen K. hat der Kläger darüber hinaus in seiner Berufungsbegründung im Ergebnis bestätigt, indem er lediglich dessen Angaben zu den Hinzuverdienstgrenzen, nicht aber dessen Angaben zum Transport zur und zur Tätigkeit des Klägers auf der Baustelle in Zweifel gezogen bzw. als vage bezeichnet hat. Zutreffend ist zwar, dass der Zeuge K. – vor dem Hintergrund des eigenen noch anhängigen Rechtsstreits um die Höhe der nachzuzahlenden Sozialversicherungsbeiträge nachvollziehbar – zum Umfang der Tätigkeit des Klägers ebenfalls vage geblieben ist. Der Umfang der Tätigkeit des Klägers steht aber zur Überzeugung des Gerichts aufgrund der Angaben des Zeugen F. und den im Strafverfahren abgegebenen Berechnung des Sachverständigen Oberinnungsmeister H. zum üblichen Personalbedarf bei den Baustellen sowie fehlenden Hinweisen auf weitere Helfer auf der Baustelle F. fest.

Es kommt auch nicht darauf an, wie viel Geld der Kläger bei seiner Tätigkeit für V. K. verdient hat und was er danach mit diesem Geld angefangen hat, denn bei einer Beschäftigung von mehr als 15 Stunden wöchentlich kommt es nach dem insofern eindeutigen Wortlaut des [§ 119 Abs. 3 SGB III](#) a.F. – anders als bei Hinzuverdiensten aus geringfügigen Beschäftigungen nach [§ 141 SGB III](#) a.F. oder im Rahmen des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II – nicht an, denn das Gesetz stellt zur Bewertung der Arbeitslosigkeit allein auf den Umfang der wöchentlichen Arbeit und nicht auf die Höhe des damit erzielten Entgelts ab.

In der Zeit vom 23.08.2008 bis 28.08.2008 stand dem Kläger kein Anspruch auf Arbeitslosengeld zu, weil es an der weiteren Voraussetzung des [§ 118 Abs. 1 Nr. 2, 122 SGB III](#) a.F., der Arbeitslosmeldung fehlte. Die Wirkung seiner Arbeitslosmeldung vom 07.07.2008 war gemäß [§ 122 Abs. 2 Nr. 2 SGB III](#) mit Aufnahme der Beschäftigung bei V. K. erloschen, nachdem der Kläger die Aufnahme der Tätigkeit der Beklagten nicht (unverzüglich) mitgeteilt hatte.

Die subjektiven Voraussetzungen sowohl des [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB X](#) als auch diejenigen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) liegen vor. Der Kläger hat es zumindest grob fahrlässig unterlassen, die ihm vom Gesetz auferlegte Verpflichtung zu erfüllen, der Beklagten die Aufnahme einer Beschäftigung mitzuteilen. Der Senat macht die zutreffenden Ausführungen des SG auf S. 8 des angefochtenen Urteils nach eigener Überprüfung zum Gegenstand der Entscheidungsgründe, [§ 153 Abs. 2 SGG](#). Auch der Senat sieht nach dem persönlichen Eindruck, den der Kläger in der mündlichen Verhandlung hinterlassen hat, keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger aus individuellen Gründen nicht in der Lage war zu erkennen, dass seine Tätigkeit bei V. K. seine Arbeitslosigkeit beendete und seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld entfallen ließ.

Auch die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) liegen zur Überzeugung des Senats vor. Der Kläger war mindestens grob fahrlässig in Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der abschließenden Leistungsbewilligung im Bescheid vom 18.08.2008. Wie schon das SG zutreffend ausgeführt hat, ist jedem Arbeitslosengeldempfänger bekannt, dass er Arbeitslosengeld nur so lange beziehen kann wie er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Nachdem der Kläger vor dem Hauptzollamt schon im April 2008 bei den ersten Ermittlungen gegen V. K. angegeben hatte, dass er 165 EUR hinzuverdienen könne, war ihm auch bewusst, dass ein Hinzuverdienst Relevanz für den Bezug von Arbeitslosengeld hatte. Der Kläger war nach den Akten auch bisher nicht im Bezug von Arbeitslosengeld II, so dass sich auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er dem Irrtum aufgesessen war, dass Entgelt aus einer Beschäftigung lediglich angerechnet werden würde und nicht den Bezug von Arbeitslosengeld ganz ausschließen werde. Darüber hinaus war der Kläger durch das Merkblatt 1 für Arbeitslose, dessen Erhalt er mit seiner Unterschrift unter den Antrag auf Arbeitslosengeld bestätigt hat, über die Relevanz der Aufnahme einer Beschäftigung für den Arbeitslosengeldbezug informiert, so dass er zumindest Anlass gehabt hätte, bei der Beklagten diesbezüglich nachzufragen. Schließlich ist der Senat – unabhängig von der Unterschrift des Klägers unter dieselbe – davon überzeugt, dass dem Kläger im Rahmen eines Gesprächs mit dem für ihn verantwortlichen Vermittler am 01.08.2008 zumindest der Entwurf einer Eingliederungsvereinbarung vorgelegt wurde, in dem er erneut auf seine Pflicht zur Meldung der Aufnahme jeglicher Beschäftigung hingewiesen wurde. Ausweislich der in der Akte der Staatsanwaltschaft niedergelegten Vermerke des Arbeitsvermittlers der Beklagten sprach der Kläger sowohl am 18.07.2008 als auch am 01.08.2008 persönlich bei der Beklagten vor. Am 01.08.2008 wurde ausweislich eines weiteren Vermerks eine Eingliederungsvereinbarung erstellt. Bei dieser Gelegenheit wurde ausführlich über die beruflichen Pläne gesprochen und der Kläger auf seine Meldepflichten hingewiesen. Auch dadurch wusste der Kläger von seiner Pflicht zur Anzeige jeglicher Tätigkeit – auch wenn er dadurch nur ein geringes Entgelt erzielte. Auch insofern hat der Senat aufgrund des persönlichen Eindrucks, den der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 17.05.2013 hinterlassen hat, keinen Anlass zu zweifeln, dass der Kläger aufgrund seiner individuellen Erkenntnismöglichkeiten in der Lage war, seine fehlende Arbeitslosigkeit und damit die Rechtswidrigkeit der endgültigen Leistungsbewilligung im Bescheid vom 18.08.2008 zu erkennen.

Die Fristen der [§§ 45 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 2, 48 Abs. 4 SGB X](#) sind eingehalten.

Der Erstattungsanspruch der Beklagte beruht auf [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) für das Arbeitslosengeld und [§ 335 Abs. 1](#) und 5 SGB III für die Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung. Der Erstattungsanspruch ist auch zutreffend errechnet. Der Senat hat keine Rechtsfehler bei der Ermittlung der Höhe des Erstattungsanspruchs zu erkennen vermocht. Gegen die Höhe des Erstattungsanspruchs sind auch keine Einwendungen erhoben worden.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-06-06