

L 8 AL 1459/13

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 8 AL 580/01
Datum
12.08.2005
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 AL 1459/13
Datum
24.04.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 12.08.2005 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen eine Aufhebung und Erstattungsforderung von Arbeitslosengeld i H. v. 2.187,20 DM für den Zeitraum vom 30.10.2000 bis 30.11.2000.

Der Kläger meldete sich am 27.05.1999 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Im Antragsformular ist angegeben, der Kläger führe seit 17.04.1998 bis laufend selbständig eine Gaststätte in einem zeitlichen Umfang von zehn Stunden pro Monat (Bl. 1 der Verwaltungsakte). In einem Zusatzblatt "selbständige/mithelfende Tätigkeit" ist angegeben, der Kläger übe in der Gaststätte eine Bürotätigkeit in einem zeitlichen Umfang von wöchentlich zwei bis drei Stunden aus (Bl. 12 der Verwaltungsakte).

Die Beklagte bewilligte dem Kläger ab dem 27.05.1999 Arbeitslosengeld (Bl. 8 der Verwaltungsakte).

Die Beklagte beauftragte ihren Außendienst mit Ermittlungen. Am 29.09.1999 fand eine Überprüfung der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" in Mannheim statt. Im Bericht des Außendienstes der Beklagten vom 12.10.1999 ist ausgeführt, der Kläger sei Arbeitgeber von sieben Aushilfen und betreibe eine Gaststätte mit einer Gesamtöffnungszeit von 105 Stunden wöchentlich. Zusätzlich fielen laut den Angaben des Klägers zehn Stunden für Bürotätigkeiten an (Bl. 28 und 29 der Verwaltungsakte). Zudem befragte der Außendienst der Beklagten die Lieferanten der Gaststätte und observierte den Kläger.

Der Kläger meldete zum 14.10.1999 das Gewerbe "Schank- und Speisewirtschaft Römer-Pils-Theke" ab. Das Gewerbe wurde zum 15.10.1999 auf seine Ehefrau angemeldet (Bl. 25 der Verwaltungsakte).

Auf eine erneute Arbeitslosmeldung und Antrag auf Arbeitslosengeld vom 18.10.1999 bewilligte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld ab 18.10.1999 (Bl. 24/26 der Verwaltungsakte).

Mit Bescheid vom 05.10.1999 hob die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit vom 27.05.1999 bis 30.09.1999 wegen fehlender Anspruchsvoraussetzungen auf und forderte das Arbeitslosengeld zurück (Bl. 45 der Verwaltungsakte).

Dagegen legte der Kläger am 18.10.1999 Widerspruch ein, zu dessen Begründung er vortrug, er habe die Gaststätte seit April 1998. Zu diesem Zeitpunkt sei er noch bei seinem ehemaligen Arbeitgeber beschäftigt gewesen und habe in seinem Lokal maximal zehn Stunden im Monat gearbeitet. Ab dem 14.10.1999 habe er die selbständige Tätigkeit abgemeldet (Bl. 43 der Verwaltungsakte).

Mit Bescheid vom 25.11.1999 hob die Beklagte den Bescheid vom 05.10.1999 auf (Bl. 54 der Verwaltungsakte).

Mit weiterem Bescheid vom 25.11.1999 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab 01.10.1999 wieder Arbeitslosengeld (Bl. 55 der Verwaltungsakte).

In der Folgezeit reichte der Kläger bei der Beklagten Bescheinigungen über Nebeneinkommen von der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" und

von der Firma "Pizza und Pasta Express" für den Zeitraum von Februar bis August 2000 ein. Für die "Römer-Pils-Theke" sind folgende Arbeitsstunden pro Monat angegeben: Februar: 2000 12, März: 2000 10, April: 2000 10, Mai: 2000 9, Juni: 2000 10, Juli: 2000 6 und August 2000: 12. Für den "Pizza und Pasta Express" sind folgende monatliche Arbeitsstunden angegeben: Februar 2000: 18, März 2000: 14, April 2000: 14, Mai 2000: 14, Juni 2000: 14, Juli 2000: 5 und August 2000: 12. Das Einkommen ist jeweils monatlich gleichbleibend mit 120,00 DM bei der "Römer-Pils-Theke" und 180,00 DM beim "Pizza und Pasta Express" angegeben (Bl. 63 ff. der Verwaltungsakte).

Am 27.11.2000 ging bei der Beklagten eine Ordnungswidrigkeitsanzeige des Einsatzzuges des Polizeipräsidiums Mannheim vom 03.11.2000 ein, wonach der Kläger die Gaststätte "Römer-Pils-Theke" ohne gültige Stellvertretererlaubnis führe. Auf Befragen gab der Kläger an, seine Ehefrau sei am 30.10.2000 in den Urlaub gefahren und komme vermutlich in einer Woche wieder. Weiter gab er an, er arbeite eigentlich "nur bedingt" in der Gaststätte und sei arbeitslos (Bl. 79/81 der Verwaltungsakte).

Die Beklagte hob mit Bescheid vom 05.12.2000 die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 30.10.2000 wegen Aufnahme einer Beschäftigung auf. Mit weiterem Bescheid vom 15.12.2000 machte die Beklagte die Erstattung des gewährten Arbeitslosengeldes nebst Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung für den Zeitraum vom 30.10.2000 bis 30.11.2000 i. H. v. insgesamt 2.187,20 DM geltend (Bl. 84 der Verwaltungsakte).

Dagegen legte der Kläger am 08.12.2000 Widerspruch ein, zu dessen Begründung er vortrug, er habe keine Arbeit aufgenommen und verstehe nicht, warum das Arbeitslosengeld eingestellt werde. Er übe lediglich eine Nebentätigkeit mit unterschiedlicher wöchentlicher Arbeitszeit aus. Die genaue Anzahl der wöchentlichen Arbeitsstunden könne er nicht angeben. Am Tag der Kontrolle habe seine Frau Urlaub gehabt, weswegen er sich als Gast zusammen mit anderen Gästen im Restaurant aufgehalten habe. Mit Schreiben seines damaligen Prozessbevollmächtigten vom 13.12.2000 legte der Kläger nochmals Widerspruch gegen den Bescheid vom 05.12.2000 ein und ließ zur Begründung weiter vortragen, er sei nicht im Lokal seiner Ehefrau tätig. Diese sei am Tag der Kontrolle lediglich im Urlaub gewesen. Für ihre Vertretung sei durch mehrere Bedienungen im Lokal gesorgt gewesen. Der Kläger sei lediglich zum Abschließen des Lokals abends gekommen und habe an der Theke gesessen und dort etwas getrunken (Bl. 87/90 der Verwaltungsakte).

Die Beklagte wies den Widerspruch des Klägers gegen die Bescheide vom 05.12.2000 und 15.12.2000 mit Widerspruchsbescheid vom 08.02.2001 als unbegründet zurück. Nach den vorgelegten Ermittlungsberichten der Polizei und des Außendienstes müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger die Gaststätte "Römer-Pils-Theke" verantwortlich leite und mehr als 15 Stunden in der Woche beschäftigt sei. Der Kläger trete regelmäßig als Vertreter des Betriebes nach außen hin auf, schließe Verträge mit Lieferanten ab, gehe zum Gewerbeamte und gebe sich bei Polizeieinsätzen als Verantwortlicher zu erkennen. Weiter führe er die Geschäftsunterlagen und öffne und schließe die Gaststätte und tätige Einkäufe. Nach Angabe des Klägers kenne sich seine Ehefrau mit der Führung einer Gaststätte nicht aus. Daneben arbeite der Kläger noch zusätzlich im "Pizza und Pasta Express" als Pizzaausfahrer. Auch eine Beobachtung des Tagesablaufs des Klägers habe eindeutig ergeben, dass er länger als 15 Stunden in der Woche beschäftigt sei, weshalb er nicht arbeitslos sei. Damit sei die Bewilligungsentscheidung gemäß [§ 48 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 SGB X](#) i. V. m. [§ 330 Abs. 3 SGB III](#) aufzuheben. Die erbrachten Leistungen seien gemäß [§ 50 SGB X](#) zu erstatten (Bl. 92 der Verwaltungsakte).

Dagegen erhob der Kläger am 08.03.2001 Klage zum Sozialgericht Mannheim (SG) unter dem Aktenzeichen [S 8 AL 580/01](#). Zur Begründung trug er vor, er sei weder Inhaber noch Besitzer der Gaststätte "Römer-Pils-Theke". Die Gaststätte werde von seiner Ehefrau geführt. Er arbeite dort nur circa zwei bis drei Stunden pro Woche im Büro, da er sich mit Büroarbeiten besser auskenne als seine Ehefrau. Darüber hinaus sei er beim "Pizza Pasta Express" geringfügig beschäftigt, was er der Beklagten jedoch von Anfang an angezeigt habe. Er arbeite insgesamt lediglich zwölf Stunden im Monat bei seiner Ehefrau und circa 18 Stunden beim "Pizza Pasta Express". Damit sei er lediglich maximal zehn Stunden pro Woche beschäftigt.

Die Beklagte erstattete bei der Staatsanwaltschaft Mannheim Strafanzeige gegen den Kläger. Das Amtsgericht Mannheim verurteilte den Kläger mit Urteil vom 01.07.2003 (Aktenzeichen 24 Ds 406Js 5408/01 - AK 99/03) wegen Betrugs in Tateinheit mit Beleidigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Monaten und zwei Wochen, welche zur Bewährung ausgesetzt wurde. Dagegen legte der Kläger Berufung zum Landgericht Mannheim ein.

Mit weiterem Bescheid vom 10.07.2001 und Widerspruchsbescheid vom 18.07.2001 hob die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 27.05.1999 bis 29.10.2000 auf und machte eine Erstattungsforderung i. H. v. 42.904,64 DM geltend. Hiergegen erhob der Kläger am 30.07.2001 Klage zum SG, welches die Klage mit Urteil vom 12.08.2005 abwies (S 8 AL 1884/01); dieses Urteil ist rechtskräftig, denn hiergegen wurde kein Rechtsmittel eingelegt.

Ebenfalls mit Urteil vom 12.08.2005 wies das SG die Klage im Verfahren [S 8 AL 580/01](#) ab. Zur Begründung führte das SG aus, Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld sei [§ 45 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 Nr. 2](#) und 3 SGB X i. V. m. [§ 330 Abs. 2 SGB III](#). Die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 30.10.2000 sei von Anfang an rechtswidrig gewesen, da der Kläger nicht arbeitslos gewesen sei. Die Kammer habe sich nicht davon überzeugen können, dass der Kläger einer Tätigkeit nachgegangen sei, die von vornherein der Natur der Sache nach auf weniger als 15 Stunden wöchentlich beschränkt gewesen sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass er ohne Rücksicht auf den zeitlichen Umfang seiner Tätigkeit je nach Geschäftsanfall in der Gaststätte und als Pizzaausfahrer in erheblichem Maße tätig geworden sei. Der Kläger habe vorsätzlich, zumindest grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht, da er im Antrag auf Arbeitslosengeld angegeben habe, dass er Bürotätigkeiten in der Gaststätte zwei bis drei Stunden wöchentlich ausübe, was jedoch nach den Ermittlungsergebnissen unzutreffend sei. Der Kläger sei verpflichtet, die gewährten Leistungen von Arbeitslosengeld und Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung gemäß [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) und [§ 335 SGB III](#) zu erstatten.

Gegen das dem Kläger gegen Übergabeeinschreiben mit Rückschein am 20.08.2005 zugestellte Urteil hat der Kläger am 13.09.2005 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegt. Zur Begründung der Berufung trägt die ehemalige Prozessbevollmächtigte des Klägers vor, er habe bereits vor dem SG ausgeführt, dass der Umfang seiner Beschäftigung in der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" und für die Firma "Pizza und Pasta Express" zehn Stunden wöchentlich nicht überschreite. Er habe die Gaststätte seit circa April 1998 bis zum 14.10.1999 als Inhaber geführt. Er sei bis 27.05.1999 gleichzeitig in Vollzeit bei der Firma WFM-Werkzeugbau Fuchslocher GmbH beschäftigt gewesen. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Insolvenz des Arbeitgebers sei die Betreuung der Gaststätte bereits schon so konzipiert gewesen, dass er diese neben seiner eigentlichen unselbstständigen Beschäftigung habe leisten

können. Daher habe er seinem Arbeitgeber auch bestätigt, dass er für die Tätigkeit in der Gaststätte maximal zehn Stunden pro Monat aufwenden müsse (Bl. 54 der Verwaltungsakte). Dies sei nur deshalb möglich gewesen, da das Bewirten der Gaststätte durch seine Frau und Stieftochter sowie geringfügig beschäftigte Bedienungen erledigt worden sei. Der bei ihm selbst verbleibende Verwaltungsaufwand sei denkbar gering gewesen. Er habe täglich einmal eine Bestellung der benötigten Getränke und Tabakwaren aufgeschrieben, was circa fünf Minuten gedauert habe. Die Bestellung sei dann telefonisch von der jeweils anwesenden Bedienung durchgegeben worden. Die Lieferungen seien auch von den Bedienungen angenommen worden. Der Kläger habe circa einmal monatlich mit seinem PKW Einkäufe erledigt. Es seien vor allem Putzmittel benötigt worden. Die Küche der Gaststätte sei unterverpachtet gewesen. Damit habe er nichts zu tun gehabt. Die Buchhaltung sei durch ein Steuerberatungsbüro geführt worden. Das tägliche Aufschließen der Gaststätte sei durch die Putzfrau erfolgt. Der Kläger habe bereits bei Übernahme der Gaststätte 1998 beabsichtigt, diese in absehbarer Zeit an seine Stieftochter zu übergeben. Diese habe jedoch wegen noch nicht ausreichender Deutschkenntnisse noch keine Konzession bekommen können, weshalb er und seine Ehefrau dafür eingesprungen seien. Die Beschäftigung für die Firma "Pizza und Pasta Express" betrage nach wie vor 18 Arbeitsstunden im Monat. Zwar sei richtig, dass er sich, nachdem er arbeitslos geworden sei, häufig in der Gaststätte aufgehalten habe, welche bereits seine Stammkneipe gewesen sei. Dies stehe jedoch in keinem Zusammenhang mit dem anfallenden Arbeitsaufwand. Das SG habe verkannt, dass die in der Gaststätte für den Kläger tatsächlich anfallenden Arbeiten durchaus in zehn Stunden monatlich erledigt werden können und auch erledigt worden seien. Schließlich sei das strafrechtliche Berufungsverfahren beim Landgericht Mannheim noch anhängig, weshalb das Ruhen des vorliegenden Berufungsverfahrens beantragt werde.

Mit Beschluss des vormals zuständigen Berichterstatters vom 05.12.2005 (L 8 AL 3796/05) ist das Ruhen des Verfahrens im Hinblick auf das beim Landgericht Mannheim anhängige strafrechtliche Berufungsverfahren angeordnet worden.

Nachdem die Beklagte das Verfahren mit Schriftsatz vom 30.11.2006 wieder angerufen hatte, hat der vormals zuständige Berichterstatter mit den Beteiligten am 21.08.2007 einen Erörterungstermin durchgeführt. Dabei der Kläger erklärt, weder er noch seine Ehefrau hätten Aufzeichnungen über die Arbeitsstunden in der Gaststätte im Monat November 2000 gemacht. Die Gaststätte sei jeden Tag in der Woche geöffnet gewesen von 11:00 Uhr morgens bis 01:00 Uhr nachts und am Wochenende (Freitag und Samstag) von 11:00 Uhr morgens bis 02:00 Uhr nachts. Er wisse nicht mehr, an welchen Tagen und zu welchen Stunden er sich im November 2000 in der Gaststätte aufgehalten habe. Im Hinblick auf das immer noch anhängige strafrechtliche Berufungsverfahren ist im Erörterungstermin erneut das Ruhen des Verfahrens angeordnet worden (Bl. 13/14 der Senats-Akte L 8 AL 6101/06).

Nachdem das Landgericht Mannheim das Strafverfahren mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten nach [§ 153 Abs. 2 StPO](#) wegen geringer Schuld durch Beschluss vom 22.03.2011 eingestellt hatte, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 28.03.2013 das Verfahren wieder angerufen. Die Berichterstatterin hat mit den Beteiligten am 27.11.2014 einen Erörterungstermin durchgeführt, bei welchem der Kläger erklärt hat, er habe nie in der Kneipe gearbeitet. Weiter haben die Beteiligten in diesem Termin ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt (Bl. 50/51 der Senats-Akte).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 12.08.2005 sowie die Bescheide der Beklagten vom 05.12.2000 und 15.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08.02.2001 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die festgestellten Tatsachen belegten, dass der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum mehr als nur kurzzeitig beschäftigt gewesen sei. Hierbei sei zu beachten, dass er nicht nur im fraglichen Lokal tätig gewesen sei, sondern zusätzlich für einen Pizza-Service stundenweise gearbeitet habe. Der Sachverhalt sei auf Grund der zeitnah gemachten Zeugenaussagen und der Feststellung des Außendienstes sowie der Polizeibehörden hinreichend geklärt. Der Kläger habe lediglich im Jahr 2004 gegenüber der Strafschutz Zeugen benannt. Im vorliegenden Sozialrechtsverfahren seien keine Zeugen benannt worden. Die Nichterweislichkeit der Darstellung des Klägers gehe zu dessen Lasten, da er mehrfach dem Ruhen des Verfahrens zugestimmt und somit dazu beigetragen habe, dass der Sachverhalt durch Zeitablauf nicht mehr weiter aufklärbar sei. Zwar treffe im Falle der rückwirkenden Aufhebung der Leistungsbewilligung grundsätzlich die Beklagte die Beweislast für die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Bewilligung. Ergäben sich jedoch nach Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten, dass der Sphäre des Arbeitslosen zuzuordnende Vorgänge nicht aufklärbar seien, so ginge dies zu dessen Lasten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte, die Akten des Sozialgerichts Mannheims in den Verfahren [S 8 AL 580/01](#) und [S 8 AL 1884/01](#), die Prozessakten des Senats in Sachen [L 8 AL 3796/05](#), [L 8 AL 6101/06](#) sowie [L 8 AL 1459/13](#) und die beigezogenen Akten des Landgerichts Mannheim in der Strafsache 12 Ns 406Js 4508/01 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung, über die der Senat gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheiden konnte, ist zulässig aber unbegründet. Das SG hat die Klage mit Urteil vom 12.08.2005 zu Recht als unbegründet abgewiesen. Die Bescheide der Beklagten vom 05.12.2000 und vom 15.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 08.02.2001 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten.

Rechtsgrundlage für den Bescheid vom 05.12.2000, mit dem die Beklagte die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 30.10.2000 verfügt hat, ist [§ 45 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3 Nr. 2](#) und 3 SGB X i. V. m. [§ 330 Abs. 2 SGB III](#). Rechtsgrundlage für den Bescheid vom 15.12.2000, mit welchem die Beklagte das für die Zeit vom 30.10.2000 bis 30.11.2000 gewährte Arbeitslosengeld nebst Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung erstattet verlangt sind [§ 50 SGB X](#) und [§ 335 SGB III](#).

Zwar hat die Beklagte ihre Aufhebung auf [§ 48 SGB X](#) gestützt, jedoch bedarf es auf Grund von [§ 330 Abs. 2](#) und 3 SGB III weder bei einer Aufhebung nach [§ 48 SGB X](#) noch bei einer Aufhebung nach [§ 45 SGB X](#) einer Ermessensausübung durch die Beklagte, weshalb es insoweit keiner Umdeutung der Rechtsgrundlage bedarf (vgl. Steinwedel, in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 48 SGB X](#) Rdnr. 8 m. w. N.).

Nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) darf ein begünstigender Verwaltungsakt, soweit er rechtswidrig ist, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Abs. 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 2](#) ist das Vertrauen in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nach [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2](#) und 3 nicht berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat (Nr. 2) oder die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat (Nr. 3). Gemäß [§ 330 Abs. 2 SGB III](#) ist ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, wenn die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) vorliegen.

Nach [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt aufgehoben worden ist.

Nach [§ 335 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 5 SGB III](#) sind Beträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu ersetzen, soweit die Entscheidung über die Leistung rückwirkend aufgehoben und die Leistung zurückgefordert worden ist.

Zwar hat die Beklagte vor Erlass der Bescheide vom 05.12.2000 und 15.12.2000 die gemäß [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) erforderliche Anhörung des Klägers unterlassen. Dieser Formfehler ist jedoch gemäß [§ 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X](#) geheilt, da der Kläger am 08.12.2000 Widerspruch eingelegt und begründet hat und die Beklagte sich mit dem Vorbringen des Klägers im Widerspruchsbescheid vom 08.02.2001 auseinandergesetzt hat.

Die Bewilligung von Arbeitslosengeld für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 30.10.2000 bis 30.11.2000 erfolgte von Anfang an zu Unrecht, da der Kläger mangels Arbeitslosigkeit keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hatte.

Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt gemäß [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) in der hier gültigen Fassung vom 24.03.1997 neben der Erfüllung der Anwartschaftszeit und einer persönlichen Arbeitslosmeldung das Vorliegen von Arbeitslosigkeit voraus. Arbeitslos ist gemäß [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) in der Fassung vom 16.12.1997 ein Arbeitnehmer, der

1. vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht und

2. eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht. Nach [§ 118 Abs. 2 SGB III](#) a. F. schließt die Ausübung einer weniger als 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung die Beschäftigungslosigkeit nicht aus. Nach [§ 118 Abs. 3 SGB III](#) a. F. stehen eine selbständige Tätigkeit und eine Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger einer Beschäftigung gleich. Weiter schließt die Fortführung einer mindestens 15 Stunden wöchentlich, aber weniger als 18 Stunden wöchentlich umfassenden selbständigen Tätigkeit oder Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger, die unmittelbar vor dem Tag der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld innerhalb der letzten zwölf Monate mindestens zehn Monate neben der Beschäftigung, die den Anspruch begründet, ausgeübt worden ist, Beschäftigungslosigkeit nicht aus.

Vorliegend steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum bedingt durch seine Tätigkeiten für die Gaststätte "Römer-Pils-Theke" und für die Firma "Pizza und Pasta Express" in einem zeitlichen Umfang tätig gewesen ist, welcher eine Beschäftigungslosigkeit und damit eine Arbeitslosigkeit im Sinne von [§§ 117, 118](#) a. F. SGB III ausschließt. Der Senat stützt sich hierbei auf die Ermittlungsergebnisse im Verwaltungsverfahren und im strafrechtlichen Verfahren.

Zunächst haben die Ermittlungen des Außendienstes der Beklagten ergeben, dass der Kläger regelmäßig als Vertreter der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" nach außen auftritt, da die polnische Ehefrau des Klägers nach eigenen Angaben des Klägers sehr schlecht Deutsch spricht und über keine Kenntnisse über die Führung einer Gaststätte verfügt. So schließt der Kläger selbst Verträge mit Lieferanten der Gaststätte ab, tritt bei Kontrollen regelmäßig als Verantwortlicher auf und nimmt auch Behördengänge als Vertreter der Gaststätte wahr. Er führt die Geschäftsunterlagen, öffnet und schließt die Gaststätte. Ferner erledigt der Kläger Einkäufe, da seine Ehefrau nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis ist (vgl. Bericht des Außendienstes der Beklagten vom 07.02.2001 über die Durchführung einer Observation und Zeugenbefragung; Bl. 96 der Beklagtenakte). Die im Zeitraum vom 04.01.2001 bis 25.01.2001 vom Außendienst der Beklagten durchgeführte Observation ergab folgenden Tagesablauf des Klägers: 09:30 Uhr bis 09:34 Uhr Aufschließen der Gaststätte und bis 11:00 Uhr Vorbereitung zur Öffnung. Anschließend 11:30 Uhr bis 11:40 Uhr Fahrt zum "Pizza und Pasta Express" und circa 11:40 Uhr erster Lieferauftrag. Bis circa 14:00 Uhr Arbeit als Pizzaausfahrer. Nach 14:00 Uhr Aufenthalt in der "Römer-Pils-Theke" bis circa 17:00 Uhr, dann Beginn des Abenddienstes im Pizza Service bis circa 23:30 Uhr. Circa 1:00 Uhr bis 1:30 Uhr Fertigung der Abrechnungen und Schließen der Gaststätte. Der Senat hat keine Zweifel, dass die im Januar 2001 beobachteten Arbeitszeiten des Klägers nicht wesentlich von seinem Tätigkeitsaufwand im Oktober und November 2000 wegen der gleichen Aufgaben abweichen. Dies wird auch durch die nachfolgenden Ermittlungsergebnisse bestätigt. Weiter ergab eine Befragung der Lieferanten der Gaststätte durch die Außendienstmitarbeiter der Beklagten, dass der Kläger selbst die Liefervereinbarungen abgeschlossen hat und auch als Verantwortlicher für die Gaststätte auftritt (Berichte vom 30.01.2000 Bl. 55/57 der Akten des Amtsgerichts Mannheim Band I). Insbesondere gab der Verkaufsleiter der Fa. B., Herr Sch., an, der Kläger sei gegenüber der Binding-Brauerei Bürge für die Gaststätte "Römer-Pils-Theke". Zudem habe der Kläger ihm gegenüber erklärt, er habe den Pachtvertrag für die Gaststätte am 15.10.1999 auf seine Ehefrau übertragen, da er "Ärger mit Ämtern" habe. Der Verkaufsleiter Gastronomie der Fa. G. E. in H. gab an, der Kläger habe mündlich eine Liefervereinbarung bezüglich der Lieferung alkoholfreier Getränke mit ihm abgeschlossen. Der Niederlassungsleiter der Fa. H. T. gab gegenüber dem Mitarbeiter der Beklagten an, der Kläger sei Ansprechpartner bei der "Römer-Pils-Theke" (Blatt 55 bis 57 der Akten des Amtsgerichts Mannheim).

Weiter haben die Polizeibeamtin K. sowie ihre Kollegen Sch. und St. in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Mannheim am 01.07.2003 ausgesagt, dass der Kläger immer der verantwortliche Ansprechpartner im Lokal gewesen sei. Dies hätten Kontrollen am 03.02.2000, 09.05.2000, 10.05.2000, 19.09.2000, 28.09.2000 und 31.10.2000 ergeben. So gab sich beispielsweise der Kläger am 03.02.2000 bei einer Polizeikontrolle um 01:55 Uhr im Rahmen einer Sperrzeitüberschreitung als Verantwortlicher der Gaststätte gegenüber den Polizeibeamten zu erkennen. Seine Ehefrau als Konzessionsinhaberin war hingegen nicht anwesend (vgl. Anzeige einer Ordnungswidrigkeit und Vermerk des Polizeireviers Mannheim Neckarstadt vom 06.02.2000, Bl. 86 u. 87 sowie 304 bis 306 der Akten des Amtsgerichts Mannheim). Eine weitere Kontrolle der "Römer-Pils-Theke" am 09.05.2000 ergab, dass die Ehefrau des Klägers wiederum nicht anwesend war. Nach ihrem Eintreffen konnte sie keinerlei Auskünfte zur Betriebsführung machen. Alle Fragen wurden vom Kläger selbst beantwortet (Bericht über Sonderkontrollen vom 09.05.2000 Bl. 89/91 der Akte des Amtsgerichts Mannheim). Weiter wurde der Kläger im Rahmen von zwei Präsenz-Radstreifen am 19.09.2000 und am 28.09.2000 jeweils hinter der Theke stehend angetroffen (Bl. 93 u. 94 der Akte des Amtsgerichts Mannheim). Zudem wurde der Kläger durch eine ehemalige Bedienung, die im Strafverfahren vernommene Zeugin R., am 31.10.2000 in die Gaststätte gerufen, als sich dort eine Schlägerei ereignete. Der Kläger kam in die Gaststätte, kümmerte sich dann um die Aufräumarbeiten und schloss das Lokal (Bericht des Polizeireviers Mannheim Neckarstadt - Streifendienst - über das Vorkommnis vom 31.10.2000, Bl. 95/97 der Akte des Amtsgerichts Mannheim). Im Rahmen einer weiteren Kontrolle am 03.11.2000 gegen 01:35 Uhr wurde der Kläger im Nebenraum angetroffen, wo er Münz- und Scheingeld zählte. Er gab den Polizeibeamten gegenüber an, für seine Frau die Vertretung übernommen zu haben, welche sich für circa eine Woche im Urlaub befinde (vgl. Ordnungswidrigkeitsanzeige vom 03.11.2000 sowie Nachtragsvermerk vom 24.01.2001, Bl. 98/100 der Akte des Amtsgerichts Mannheims). Ferner übernahm der Kläger die Korrespondenz mit Behörden. So unterzeichnete er beispielsweise Sperrzeitverkürzungsanträge und behördliche Formulare (Bl. 85, 88 und 92 der Akte des Amtsgerichts Mannheim).

Die Zeugin Fuchs, welche von Januar 1999 bis Mai 2000 als Bedienung in der "Römer-Pils-Theke" beschäftigt gewesen war, sagte sowohl bei ihrer Vernehmung durch den Außendienstmitarbeiter der Beklagten am 06.02.2001 als auch bei ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Mannheim am 01.07.2003 aus, der Kläger habe alle gaststättenüblichen Tätigkeiten wie Getränkeeinkauf, Getränke Auffüllen, Bürotätigkeiten und abends Abschließen verrichtet. Die Ehefrau des Klägers fahre kein Auto (Bl. 60 und 307 der Akte des Amtsgerichts Mannheim).

Die Zeugin Agnes Ramm, welche in der Zeit vom 15.09.2000 bis 20.08.2001 als Aushilfe in der "Römer-Pils-Theke" beschäftigt war, sagte anlässlich ihrer Vernehmung im Polizeirevier Mannheim Neckarstadt am 19.04.2002 aus, es sei während ihrer Tätigkeit im Lokal immer so gewesen, dass der Kläger morgens um 11:00 Uhr zum Lokal gekommen sei, das Lokal geöffnet habe und bis circa 12:00 Uhr dort geblieben sei. In dieser Zeit habe er das Lokal sauber gemacht, Flaschen aufgefüllt, ggf. Bierfässer angeschlossen und sich "etwas um das Lokal gekümmert". Gegen 12:00 Uhr sei er dann mit seinem PKW zum "Pizza und Pasta Express" gefahren, wo er bis circa 14:00 Uhr gearbeitet habe. Anschließend sei er wieder zum Lokal gefahren und dort bis circa 15:00 Uhr geblieben. Während dieser Zeit habe er auch etwas im Lokal gearbeitet oder sei in sein Büro gegangen. Um 15:00 Uhr sei er dann wieder zum "Pizza und Pasta Express" gefahren und habe dort bis circa 0:00 Uhr gearbeitet. Anschließend sei er wieder zum Lokal zurückgekommen, bis Feierabend geblieben und habe hierbei die Abrechnung für den Tag gemacht, d. h. die Aushilfen seien am gleichen Abend ausbezahlt worden. Die Ehefrau des Klägers sei nur sehr selten im Lokal gewesen, meistens nur einmal pro Woche, wobei sie meistens betrunken gewesen sei und bei den Gästen gesessen habe. Die Ehefrau des Klägers spreche sehr schlecht Deutsch und könne daher keine Gäste bedienen (Bl. 198 u. 199 der Akte des Amtsgerichts Mannheim). Diese Aussage wiederholte die Zeugin Ramm im Wesentlichen in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht Mannheim am 01.07.2003. Zudem sagte sie aus, sie sei vom Kläger selbst eingestellt worden (Bl. 308 der Akte des Amtsgerichts Mannheim).

Den von der Zeugin R. und dem Außendienstmitarbeiter M. der Beklagten geschilderten Tagesablauf des Klägers konnte der Polizeibeamte Steinle als Zeuge vor dem Amtsgericht Mannheim am 01.07.2003 im Wesentlichen bestätigen (vgl. Bl. 306 der Akte des Amtsgerichts Mannheim).

Nach alledem geht der Senat davon aus, dass der Kläger in einem zeitlichen Umfang in der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" tätig war, welcher einer Beschäftigungslosigkeit und somit eine Arbeitslosigkeit ausschließt. Dies ergibt sich zwanglos aus dem mehrfach geschilderten Tagesablauf des Klägers bei Öffnungszeiten der Gaststätte an sieben Tagen pro Woche. Hinzu kommt die Tätigkeit des Klägers bei der Firma "Pizza und Pasta Express".

Den Vortrag des Klägers, er habe in der Gaststätte lediglich zwei bis drei Stunden pro Woche Bürotätigkeiten ausgeübt, hält der Senat für unglaublich. Zunächst zeigt der zeitliche Ablauf des Konzessionswechsels vom Kläger auf seine Ehefrau zum 15.10.1999, dass hier ein sogenanntes Strohmangengeschäft vorgenommen werden sollte. Bereits am 29.09.1999 fand eine Überprüfung der Gaststätte "Römer-Pils-Theke" durch den Außendienstmitarbeiter der Beklagten Herrn M. statt, anlässlich dessen der Kläger nach seinen Arbeitszeiten befragt wurde (vgl. Bericht des Außendienstes der Beklagten vom 12.10.1999, Bl. 29 der Verwaltungsakte). Kurz darauf erfolgte die Gewerbeabmeldung durch den Kläger zum 14.10.1999 und die Ummeldung des Gewerbes auf seine Ehefrau zum 15.10.1999 (vgl. Bl. 25 der Verwaltungsakte). In seinem Erstantrag auf Arbeitslosengeld vom 27.05.1999 gab der Kläger noch an, er übe eine selbstständige Tätigkeit von circa zehn Stunden pro Monat in der Gaststätte aus. Im Folgeantrag vom 18.10.1999 gab er dann an, keine selbstständige Tätigkeit mehr auszuüben, obwohl sich in den tatsächlichen Verhältnissen nichts geändert hatte. Der Kläger machte auch mehrfach widersprüchliche Angaben. So behauptete er in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Mannheim am 01.07.2003, er habe in der Gaststätte nichts gearbeitet außer Bürotätigkeiten erledigt. Es seien auch immer andere Einkäufe gegangen (Bl. 297 der Akte des Amtsgerichts Mannheim). Dagegen ließ der Kläger zur Begründung seiner Berufung durch seine ehemalige Prozessbevollmächtigte vortragen, er sei bei Bedarf mit seinem PKW Einkäufe erledigen gefahren. So habe er etwa einmal monatlich Putzmittel gekauft (Bl. 27 der Senats-Akte L 8 AL 3796/05). Demgegenüber hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht Mannheim am 12.08.2005 erklärt, es sei alles bestellt und geliefert worden, er habe selbst nichts einkaufen müssen (Bl. 91 der Akte des Sozialgerichts Mannheim [S 8 AL 580/01](#)).

Weiter erklärte der Kläger bei der Beantragung von Arbeitslosengeld am 27.05.1999 noch, er habe für die Gaststätte circa zwei bis drei Stunden pro Woche Bürotätigkeiten verrichtet. Demgegenüber behauptete er im Erörterungstermin vom 27.11.2014, er habe nie in der Gaststätte gearbeitet (Bl. 50 der Senats-Akte [L 8 AL 1459/13](#)). In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht Mannheim am 12.08.2005 erklärte der Kläger, er habe keine Verhandlungen mit Lieferanten geführt. Diese Aussage ist widerlegt durch die Angabe des Verkaufsleiters Gastronomie der Fa. G. E. in H. vom 30.01.2011, wonach der Kläger mündlich eine Liefervereinbarung bezüglich der Lieferung alkoholfreier Getränke abgeschlossen hat (Bl. 55 der Akte des Amtsgerichts Mannheim).

Nach alledem erachtet der Senat die Angaben des Klägers für nicht glaubhaft. Die Angaben des Klägers widersprechen im Übrigen auch der allgemeinen Lebenserfahrung. So ist nicht nachvollziehbar, wie die Ehefrau des Klägers, welche weder ausreichend Deutsch spricht, noch im Besitz einer Fahrerlaubnis ist, die entsprechenden Verhandlungen, Einkäufe, Behördengänge oder auch nur die Bedienung der Gäste tätigen kann. Die Angaben des Klägers sind im Übrigen durch die Einlassungen der ehemaligen Beschäftigten Ramm und Fuchs sowie die Aussagen des Außendienstmitarbeiters der Beklagten und der Polizeibeamten Steinle und Klinger widerlegt.

Damit war der Kläger zur Überzeugung des Senats in einem zeitlichen Umfang in der "Römer-Pils-Theke" und beim "Pizza und Pasta Express" tätig, welche eine Beschäftigungslosigkeit und damit Arbeitslosigkeit ausschließt.

Folglich war die Bewilligung von Arbeitslosengeld von Anfang an rechtswidrig.

Weiter liegen auch die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2](#) und 3 SGB X vor. Die Bewilligung von Arbeitslosengeld beruhte auf Angaben, die der Kläger vorsätzlich bzw. grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig gemacht hat. Der Kläger hat in seinem ersten Antrag auf Arbeitslosengeld vom 27.05.1999 angegeben, dass er lediglich Bürotätigkeiten in einer Gaststätte zwei bis drei Stunden wöchentlich verrichte. Diese Angabe ist jedoch wie oben ausgeführt unzutreffend. Bei der erstmaligen Antragstellung hat der Kläger auch das Merkblatt für Arbeitslose erhalten und von dessen Inhalt nach seiner Unterschrift auf dem Antragsformular auch Kenntnis genommen. Trotzdem hat er bei der erneuten Antragstellung am 18.10.1999 wahrheitswidrig erklärt, keine Nebentätigkeit auszuüben. Damit hat er vorsätzlich, zumindest aber grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht. Weiter hätte er auf Grund der Angaben im Merkblatt zum zulässigen Umfang einer der Arbeitslosigkeit nicht ausschließenden Beschäftigung die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides erkennen müssen.

Damit musste die Beklagte nach [§ 330 Abs. 2 SGB III](#) die Bewilligung von Arbeitslosengeld aufheben; Ermessen stand ihr dabei nicht zu.

Der Kläger ist gemäß [§ 50 Abs. 1 SGB X](#) und [§ 335 SGB III](#) verpflichtet, die in der Zeit vom 30.10.2000 bis 30.11.2000 zu Unrecht bezogenen Arbeitslosengeldleistungen nebst Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung zu erstatten.

Nach allem konnte die Berufung des Klägers keinen Erfolg haben.

Der Sachverhalt ist vollständig aufgeklärt; die vorhandenen Zeugenaussagen und Ermittlungsberichte bilden eine ausreichende Grundlage für die Entscheidung des Senats. Der Kläger hat dagegen keine substantiierten Einwendungen erhoben, sondern lediglich behauptet, in geringerem Umfang bzw. gar nicht in der Gaststätte tätig gewesen zu sein. Zeugen hat der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht benannt. Der Senat hält deshalb weitere Ermittlungen "ins Blaue hinein" nicht mehr für erforderlich.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-06-26