

## L 8 AL 418/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Landshut (FSB)

Aktenzeichen  
S 6 AL 226/99

Datum  
09.10.2002

2. Instanz  
Bayerisches LSG

Aktenzeichen  
L 8 AL 418/02

Datum  
28.05.2004

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 9. Oktober 2002 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des Arbeitslosengeldes (Alg) streitig.

Der 1966 geborene Kläger, türkischer Staatsangehöriger, meldete sich am 31.12.1998 erneut bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg.

Nach der Arbeitsbescheinigung des "Café M." - Inhaberin Frau L. B. - war der Kläger dort vom 01.08.1997 bis 31.12.1998 als Barkeeper beschäftigt gewesen. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden wurde von der Arbeitgeberin ab August 1998 bis Oktober 1998 ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von DM 1.300,00 und für November und Dezember 1998 ein solches von DM 1.800,00 angegeben. Das Arbeitsverhältnis endete durch fristlose Arbeitnehmerkündigung am 30.12.1998.

Der Kläger gab hierzu an, Frau B. habe von seinem Lohn monatlich DM 500,00 einbehalten wollen, womit er nicht einverstanden gewesen sei. Wegen untertariflicher Bezahlung wurde von der Beklagten keine Sperrzeit festgestellt.

Mit Bescheid vom 03.02.1999 bewilligte sie dem Kläger ab 01.01. 1999 Alg mit einer Anspruchsdauer von 240 Tagen in Höhe von wöchentlich DM 169,26 (Bemessungsentgelt DM 320,00 - 16.600,00: 52 nach der Leistungsgruppe C der Leistungsverordnung 1999 und dem erhöhten Leistungssatz).

Seinen Widerspruch begründete der Kläger damit, das im Bescheid zugrunde gelegte Bruttogehalt von DM 1.800,00 sei nicht zutreffend. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe er ein Nettoeinkommen in Höhe von DM 2.900,00 erzielt, welches mit seiner Arbeitgeberin vereinbart gewesen sei.

In der Zeit vom 01.11.1996 bis 28.02.1997 habe er auf DM 610,00-Basis gearbeitet. Tatsächlich sei zwischen ihm und seiner Arbeitgeberin ein Nettogehalt in Höhe von DM 2.000,00 vereinbart gewesen, was tatsächlich auch gezahlt worden sei. Vom 01.03. 1997 bis 31.08.1997 sei er als selbständiger Barkeeper mit einem vereinbarten Nettogehalt in Höhe von DM 2.400,00 zuzüglich Mehrwertsteuer tätig gewesen. Auch diese Zahlungen seien erfolgt. Als Zeugen für die Richtigkeit seiner Angaben würden Herr S. Ö. , seine Frau H. Ö. und S. U. als Zeugen benannt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 01.06.1999 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Nach [§ 132](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) sei das Bemessungsgeld, das im Zeitraum durchschnittlich auf die Woche entfallende Entgelt, das der Erhebung der Beiträge nach dem SGB III zugrunde gelegen habe. Für Zeiten einer Beschäftigung sei als Entgelt nur das beitragspflichtige Arbeitsentgelt zu berücksichtigen, das der Arbeitslose erzielt habe ([§ 134 Abs.1 SGB III](#)). Im maßgeblichen Bemessungszeitraum von Januar 1998 bis Dezember 1998 habe der Erhebung der Beiträge nur ein Entgelt von insgesamt DM 16.600,00 zugrunde gelegen. Bei der Bemessung sei daher nur dieses Entgelt zu berücksichtigen. Unter der Hand vereinbarte und zugeflossene weitere Entgelte, für die keine Beiträge entrichtet worden seien, könnten nicht berücksichtigt werden. Es errechne sich somit ein wöchentliches Bemessungsentgelt von gerundet DM 320,00, nach dem auch das Alg berechnet worden sei. Ergänzend wies die Beklagte darauf hin, dass der vorgetragene

Sachverhalt der zuständigen Einzugsstelle zur Kenntnis gegeben werde. Falls von dort nachträglich Beiträge nachgefordert würden, bestehe die Möglichkeit einer Überprüfung.

Zur Begründung seiner zum Sozialgericht (SG) Landshut erhobenen Klage hat der Kläger sein bisheriges Vorbringen wiederholt und im Übrigen darauf hingewiesen, dass die Beklagte zunächst die Ermittlungen der zuständigen Einzugsstelle hätte abwarten müssen.

Nach Erschöpfung des Alg-Anspruchs hat die Beklagte mit Bescheiden vom 07.09.1999 und 04.01.2000, die gemäß [§ 96](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum Gegenstand des Klageverfahrens wurden, dem Kläger ab 29.08.1999 bzw. ab 01.01.2000 Arbeitslosenhilfe (Alhi) bewilligt.

Nach umfangreichen Ermittlungen ist der Prüfdienst der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte zum Ergebnis gelangt, dass in der Zeit von November 1996 bis Februar 1997 eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Klägers im "Café M." nachgewiesen sei. Nachdem auch Beiträge nachgefordert und entrichtet worden waren, hat die Beklagte mitgeteilt, dass sich unter Berücksichtigung dieser Beschäftigungszeit der Anspruch auf Alg von ursprünglich 240 Tagen auf 300 Tage Anspruchsdauer verlängere. Sie hat mit Bescheid vom 29.07.2002 anstelle der ab 29.08.1999 gezahlten Anschluss-Alhi für die Zeit vom 29.08.1999 bis 27.10.1999 Alg bewilligt. Der Berechnung hat sie das ursprüngliche Bemessungsentgelt in Höhe von gerundet DM 320,00 zugrunde gelegt.

Das gegen die Arbeitgeberin eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen Betrugs in Tateinheit mit dem Vorenthalten und Veruntreuung von Arbeitsgeld hat mit einer Einstellung des Verfahrens nach [§ 153a Abs.1](#) Strafprozessordnung (StPO) gegen Zahlung einer Geldauflage von DM 1.000,00 geendet. Die Staatsanwaltschaft hat als Tatvorwurf "lediglich" die nicht ordnungsgemäß abgeführten Beiträge für den Kläger in den Monaten Dezember 1996 bis Februar 1997 zugrunde gelegt. Für die übrigen Zeiträume hat die Staatsanwaltschaft nach Vernehmung der vom Kläger genannten Zeugen und nach Prüfung der Geschäftsunterlagen eine Zahlung von höherem Arbeitsentgelt an den Kläger nicht als erwiesen angesehen. Bezüglich der Bekundungen der Zeugen wird auf die Niederschriften in den Akten der Staatsanwaltschaft D. - 8 Js 2762/01 - verwiesen. Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren hatte die Arbeitgeberin eingewandt, der Kläger habe wegen entsprechend hoher Pfändungen kein höheres Arbeitsentgelt als bescheinigt verdienen dürfen. Im Übrigen sei ihm aus privaten Gründen ein Darlehen in bestimmter monatlicher Höhe gewährt worden. Auch diesbezüglich wird auf den Inhalt der staatsanwaltlichen Akte verwiesen.

Mit Urteil vom 09.10.2002 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Kammer lasse es dahingestellt, ob der Kläger tatsächlich höheres Arbeitsentgelt erhalten habe. Auf eine Beweisaufnahme habe insoweit verzichtet werden können. Denn selbst wenn der Kläger nämlich höheres Entgelt erzielt hätte, könnte er der Beklagten gegenüber keinen höheren Anspruch auf Alg geltend machen. Es gehe nicht an, dass der Kläger im bewussten und gewollten Zusammenwirken - seinen Vortrag als zutreffend unterstellt - mit seiner Arbeitgeberin und der Beklagten die entsprechenden Beiträge vorenthalte und dann im Leistungsfall aus tatsächlichen Zahlungen, für die keine Beiträge abgeführt worden seien, Leistungen begehre. Dieses "venire contra factum proprium" verschließe dem Kläger nach [§ 242](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) den Anspruch auf höhere Leistungen. [§ 242 BGB](#) als allgemein tragender Rechtssatz sei insoweit auch im Sozialversicherungsrecht anzuwenden.

Zur Begründung seiner Berufung führt der Kläger aus, dass eventuelle Ansprüche nicht verwirkt seien. Darauf, dass aufgrund der Vorgehensweise keine Beiträge abgeführt worden seien und dies auch so gewollt gewesen sei, komme es nicht an. Entscheidend sei, ob aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts Beiträge zu bezahlen gewesen wären. In diesem Fall wären die entsprechenden Beiträge nachzuerheben, so dass er einen höheren Anspruch auf Alg hätte. Es müssten deshalb die von ihm benannten Zeugen zur Höhe der erfolgten Zahlungen im Rahmen seines Beschäftigungsverhältnisses einvernommen werden.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Landshut vom 09.10.2002 aufzuheben und die Beklagte unter Abänderung des Bescheides vom 03.02.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.06.1999 sowie des Bescheides vom 29.08.1999 und des Bescheides vom 29.07.2002 sowie der entsprechenden Folgebescheide zu verurteilen, Arbeitslosengeld nach einem höheren wöchentlichen Bemessungsentgelt als gerundet DM 320,00 zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist insbesondere auf das Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft, welche lediglich für die Zeit vom 01.11.1996 bis 28.02.1997 eine Straftat als nachweisbar angesehen habe. Dementsprechend sei auch nach Erfüllung der Auflagen das Verfahren gemäß [§ 153a StPO](#) eingestellt worden. Entsprechend sei auch die Anspruchsdauer erhöht worden.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf den Inhalt der Verwaltungsunterlagen der Beklagten, der Verfahrensakten beider Rechtszüge und die staatsanwaltschaftliche Akte (in Kopie) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig ([§§ 143, 151 SGG](#)), ein Ausschließungsgrund ([§ 144 Abs.1 SGG](#)) liegt nicht vor.

In der Sache erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet. Vom Ergebnis her hat das SG Landshut mit Urteil vom 09.10.2002 die Klage zu Recht abgewiesen. Denn die zugrunde liegenden Bescheide der Beklagte sind nicht zu beanstanden. Dem Kläger steht höheres Alg nicht zu, da das von der Beklagten nach der Arbeitsbescheinigung zugrunde gelegte Bemessungsentgelt rechtens ist.

Nach [§ 132 Abs.1 SGB III](#) ist das Bemessungsentgelt das im Bemessungszeitraum ([§ 130 SGB III](#)) durchschnittlich auf die Woche entfallende Entgelt, das der Erhebung der Beiträge nach den [§§ 341](#) ff. SGB III zugrunde lag. Für Zeiten einer Beschäftigung ist als Entgelt nur das beitragspflichtige Arbeitsentgelt zu berücksichtigen, das der Arbeitslose erzielt hat ([§ 134 Abs.1 SGB III](#)).

Im hier maßgeblichen Bemessungszeitraum von Januar 1998 bis Dezember 1998 lag der Erhebung der Beiträge nur ein Entgelt von insgesamt DM 16.600,00 mit der Folge zugrunde, dass auch nur dieses Entgelt berücksichtigt werden kann. Daraus folgt, dass unter der Hand vereinbarte und geflossene weitere Entgelte nicht berücksichtigt werden können.

Die Ermittlungen durch den Prüfdienst der BfA haben schließlich auch "lediglich" für den Zeitraum vom 01.11.1996 bis 28.02.1997 zu einer Nachrichtigung von Beiträgen durch die ehemalige Arbeitgeberin geführt, nicht aber zu einer Nachrichtung für den hier maßgeblichen Bemessungszeitraum 01.01.1998 bis 31.12. 1998. Insoweit hatte auch bereits die BfA im Rahmen des von ihr gegen die ehemalige Arbeitgeberin gestellten Strafantrags darauf hingewiesen, dass nur Sachverhalte in dem Beitragsbescheid wirksam werden sollten, die von der Staatsanwaltschaft mittels Strafbefehl bzw. bei Gericht mittels Urteils rechtskräftig festgestellt würden. Über den Zeitraum 01.11.1996 bis 28.02. 1997 hinaus haben sich aber die Angaben des Klägers bezüglich eines höheren Arbeitsentgelts nicht beweisen lassen. Leistungsrechtlich hat sich die Beklagte auch dem Ergebnis der Ermittlungen angeschlossen, als sie die Anspruchsdauer entsprechend verlängert hat (01.11.1996 bis 28.02.1997).

Dem Antrag des Klägers, erneut die von ihm benannten Zeugen einzuvernehmen, musste der Senat nicht folgen. Diese sind zum einen bereits im Rahmen des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens einvernommen worden. Sie konnten entweder gar nichts aussagen oder nur vom Hörensagen berichten, dass weitere Gelder geflossen seien, ohne dass eine Zweckbestimmung erkennbar gewesen sei. Ein Beweis dafür, dass die geleisteten Bargeldzahlungen tatsächlich kein Darlehen, wie von der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers vorgetragen, sondern "schwarz ausgezahltes Arbeitsentgelt" dargestellt haben, stellen die Angaben der Zeugen nicht dar. Sie sind insbesondere kein Beweis dafür, dass hier eine entsprechende "arbeitsvertragliche" Regelung getroffen worden war, bei der sie anwesend waren.

Somit war die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG Landshut vom 09.10.2002 zurückzuweisen.

Die Entscheidung konnte gemäß [§ 124 Abs.2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung ergehen, da die Beteiligten ihr Einverständnis hiermit erklärt haben.

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

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs.2 Nrn.1](#) und [2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2004-08-25