

## L 13 AL 1098/98

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
13

1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 20/23 Ar 5216/96

Datum  
29.07.1998

2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 13 AL 1098/98

Datum  
21.03.2003

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 1998 wird zurückgewiesen. Die Klage gegen die Bescheide vom 12. Januar 1999 wird abgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Rechtmäßigkeit von Erstattungsbescheiden streitig, die die Beklagte auf der Grundlage des § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) erlassen hat.

Bei der Klägerin war seit dem 8. Dezember 1970 der am 22. Mai 1937 geborene O. S. beschäftigt, zuletzt als Werkzeugkonstrukteur in dem Betriebsbereich Hydraulik. Das Arbeitsverhältnis endete durch Auflösungsvertrag vom 4. November 1993 mit Ablauf des 30. September 1994. Für den Verlust des Arbeitsplatzes zahlte die Klägerin eine Abfindung in Höhe von 72.000,- DM.

Der Versicherte S. meldete sich am 24. August 1994 bei dem Arbeitsamt F. zum 1. Oktober 1994 arbeitslos und beantragte zugleich Arbeitslosengeld. Dabei gab er an, die letzte Tätigkeit sei ihm nicht zu schwer gewesen. Es gebe auch keine anderen Gründe, aus denen er eine solche Tätigkeit nicht mehr verrichten wolle. Die Beklagte gab dem Antrag statt und bewilligte Arbeitslosengeld ab dem 1. Oktober 1994.

Mit Schreiben vom 13. September 1994 hörte die Beklagte die Klägerin im Hinblick auf ein mögliches Erstattungsbegehren nach § 128 AFG an. Die Klägerin teilte daraufhin mit Schreiben vom 22. September 1994 mit, ein Erstattungsanspruch sei ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf eine andere Sozialleistung habe. Dies müsse seitens der Beklagten bei dem zuständigen Krankenversicherungs-, Unfallversicherungs- und Rentenversicherungsträger ermittelt werden.

Durch Bescheid vom 4. April 1995 teilte die Beklagte der Klägerin im Rahmen einer Teilentscheidung mit, sie habe im Interesse einer zeitnahen Entscheidung die Voraussetzungen der Erstattungspflicht nach § 128 AFG auch vor Vollendung des 58. Lebensjahres des Versicherten S. geprüft. Umstände, die nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1, 3, 4 u. 5 AFG den Nichteintritt der Erstattungspflicht rechtfertigten, seien nicht vorgetragen worden und nach der Aktenlage auch nicht erkennbar. Die Klägerin sei, sofern der ehemalige Arbeitnehmer nach Vollendung seines 58. Lebensjahres Arbeitslosengeld/Arbeitslosenhilfe beziehen werde, zur entsprechenden Erstattung verpflichtet. Hierüber ergehe dann ein gesonderter Bescheid.

Die Klägerin erhob am 24. April 1995 Widerspruch und machte geltend, die Vorschrift des § 128 AFG verstoße gegen das Grundrecht der freien Berufsausübung aus [Art. 12 Grundgesetz \(GG\)](#). Der Grundrechtsschutz schließe die Abwehr übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Eingriffe mit ein. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe in seiner Entscheidung vom 23. Januar 1990 ausdrücklich festgestellt, dass bei der Prüfung der Erstattungspflicht nicht nur eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers zu berücksichtigen sei, sondern im Rahmen einer Härteregelung auch anderen, nicht finanziellen Umständen Rechnung getragen werden müsse. Es sei daher unzumutbar, den Arbeitgeber zur Erstattung gezahlten Arbeitslosengeldes heranzuziehen, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein Arbeitsplatz gezielt frei gemacht werde, um die Arbeitsplätze jüngerer Arbeitnehmer im Betrieb zu erhalten. Darüber hinaus könnten Erstattungsansprüche nach § 128 AFG nicht getrennt in einer Entscheidung über die Erstattungspflicht einerseits und in

anschließenden Abrechnungsentscheidungen andererseits geltend gemacht werden. Ein solches zweistufiges Verfahren erfordere eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, die in § 128 AFG nicht gesehen werden könne. Im Übrigen sei die Erstattungspflicht untrennbar mit der Höhe des Erstattungsbetrages verbunden. Zur Höhe des Erstattungsbetrages habe die Beklagte während des Erstattungszeitraumes Amtsermittlungen im vierteljährlichen Abstand anzustellen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung über die Erstattung dem Grunde nach fehle es jedoch in aller Regel an solchen Ermittlungen, so dass das von der Beklagten praktizierte zweistufige Verfahren auch aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten unrechtmäßig sei.

Nach Anhörung mit Schreiben vom 17. Juli 1996, auf das die Klägerin mit Schreiben vom 17. September 1996 weiteren Vortrag zu dem Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG angekündigt hatte, teilte die Beklagte durch Bescheid vom 23. Oktober 1996 mit, die Klägerin sei verpflichtet, das dem ehemaligen Arbeitnehmer S. gezahlte Arbeitslosengeld/die Arbeitslosenhilfe sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur Pflegeversicherung ab dem 22. Mai 1995 für längstens 624 Tage zu erstatten. Die Beklagte verwies erneut darauf, es würden nach der Aktenlage bzw. nach dem Vorbringen im Rahmen der Anhörung keine Umstände vorliegen, die nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 bzw. Abs. 2 Nr. 2 AFG den Nichteintritt der Erstattungspflicht rechtfertigten. Insofern seien gesundheitliche Einschränkungen (des Arbeitnehmers S.) nicht ersichtlich. Mit Anhörungsschreiben vom selben Tag teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe dem ehemaligen Arbeitnehmer S. in der Zeit vom 22. Mai 1995 bis 21. August 1996 Arbeitslosengeld sowie Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung erbracht. Sie beabsichtige den Erlass eines entsprechenden Abrechnungsbescheides. Mit weiterem Schreiben vom 23. Oktober 1996 befragte die Beklagte den Versicherten S. nach seinem Gesundheitszustand bzw. nach dem etwaigen Eintritt von Arbeitsunfähigkeit und dem Bezug einer entsprechenden Sozialleistung bzw. Rente. Die Beklagte wies in dem Schreiben darauf hin, eine Antwort sei nicht erforderlich, sofern sich gegenüber den Angaben im Antrag auf Arbeitslosengeld keine Änderung ergeben habe. Sie gehe, wenn eine Antwort nicht innerhalb von zwei Wochen erfolge, davon aus, dass seit Beantragung des Arbeitslosengeldes keine Änderungen eingetreten seien. Eine Antwort auf das Schreiben ging bei der Beklagten nicht ein.

Die Klägerin erhob auch gegen den Bescheid vom 23. Oktober 1996 Widerspruch am 21. November 1996 und bezog sich auf ihr bisheriges Vorbringen. Im Hinblick auf das Anhörungsschreiben vom 23. Oktober 1996 führte die Klägerin aus, es sei unzumutbar, den Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Strukturkrise in der Automobilhersteller- und -zuliefererindustrie mit der Erstattung gezahlten Arbeitslosengeldes zu belasten. Personalrestrukturierungsmaßnahmen seien zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit erforderlich. Um der Erstattungspflicht zu entgehen, bliebe nur die Entlassung jüngerer Arbeitnehmer. Die hierdurch für die Arbeitslosenversicherung entstehenden Folgekosten würden die Entlastungsfunktion des § 128 AFG ins Gegenteil verkehren.

Durch Widerspruchsbescheid vom 6. Dezember 1996 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Zur Begründung führte sie u.a. aus, hier habe die Klägerin mit dem Versicherten S. einen Aufhebungsvertrag geschlossen. Zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe der Versicherte das 56. Lebensjahr bereits vollendet gehabt. Weder aus den Angaben des Versicherten bzw. der Aktenlage noch aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich, dass der Versicherte möglicherweise eine anderweitige Sozialleistung beziehe. Erstattungs ausschließungsgründe nach § 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 und Abs. 2 oder Abs. 3 AFG habe die Klägerin weder im Anhörungsnach noch im Widerspruchsverfahren vorgetragen und auch nicht unter Beweis gestellt. Die Klägerin könne sich insbesondere nicht auf § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG berufen, weil sie entgegen ihrer Ankündigung das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nicht dargelegt und nachgewiesen habe. Weiterhin könne nicht davon ausgegangen werden, dass hier die Voraussetzungen des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG (unzumutbare Belastung) gegeben seien. Zum Nachweis hierfür sei die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich. An einem solchen Nachweis fehle es hier. Die Beklagte führte weiter aus, die Vorschrift des § 128 AFG sei in der Neufassung auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal durch sie, die Beklagte, eine verfassungskonforme Anwendung und Auslegung gewährleistet sei. Die Neufassung des § 128 AFG regle insbesondere in Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2, 4, 6 und 7 sowie Abs. 2 Nr. 2, dass auch andere als finanzielle Umstände im Rahmen der Härtefallprüfung zu berücksichtigen seien. Hier habe die Klägerin geltend gemacht, sie habe den Aufhebungsvertrag mit dem Versicherten S. geschlossen, um gezielt einen Arbeitsplatz freizumachen, damit die Arbeitsplätze jüngerer Arbeitnehmer erhalten werden könnten. Daraus sei zu schließen, dass es sich nicht um einen Einzelfall handle, sondern die Klägerin einen geplanten Personalabbau zur Verjüngung der gesamten Personalstruktur betreibe. Für eine solche Fallgestaltung habe das BVerfG mit der Entscheidung vom 23. Januar 1990 festgestellt, dass es mit dem Grundgesetz vereinbar sei, die sozialen Folgekosten dem Arbeitgeber aufzubürden, wenn dieser an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines langjährig bei ihm beschäftigten älteren Arbeitnehmers verantwortlich mitwirke. Frühverrentungen seien langfristig weder sozial- noch arbeitsmarktpolitisch erwünscht. § 128 AFG sei mithin gemeinwohlorientiert und trage dem Schutzbedürfnis der älteren und betriebstreuen Arbeitnehmer Rechnung. Auch der weitere Einwand der Klägerin, eine Trennung des Verwaltungsverfahrens in eine Entscheidung über die Erstattungspflicht und in anschließende Abrechnungsentscheidungen sei unzulässig und zeige, dass der erforderlichen Amtsermittlungspflicht nicht in genügender Weise nachgekommen worden sei, greife nicht durch. Das Vorliegen bzw. der Eintritt von Befreiungsgründen werde vor Erlass jeder einzelnen Abrechnungsentscheidung überprüft.

Am 23. Dezember 1996 erhob die Klägerin Klage bei dem Sozialgericht Frankfurt am Main. Sie trug vor, die Neuregelung der Erstattungspflicht des § 128 AFG könne nur Bestand haben, soweit eine verfassungskonforme Auslegung möglich sei. Die Auslegung der Befreiungstatbestände des § 128 AFG würde vorliegend die Befreiung von der Erstattungspflicht gebieten. Von der entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundforderung ausgehend bestünden Zweifel, ob die Lenkungs- und ersatzweise Entlastungsfunktion, welche der Gesetzgeber auch mit dem neuen § 128 AFG verfolge, ein Ziel darstelle, das durch Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sei, wie es das Verfassungsrecht fordere. Die Klägerin beruft sich dabei auf die Entscheidung des BVerfG vom 23. Januar 1990 (Az.: [1 BvL 44/86](#) und [1 BvL 48/87](#), C II 1). Sie trägt weiter vor, unter demselben Aspekt dürfe auch gefragt werden, ob die Wiedereinführung der Erstattungspflicht parallel zu den Einschränkungen des Arbeitslosengeldbezuges durch die §§ 110, 117, 117a, 119 AFG erforderlich gewesen sei. Grundvoraussetzung der Erstattungspflicht sei jedenfalls auch unter der Geltung des neuen § 128 AFG eine von Verfassungen wegen geforderte besondere Verantwortungsbeziehung, die nur dann bestehe, wenn der Arbeitgeber die Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers in einer Weise herbeiführe, welche es rechtfertige, ihm die sozialen Folgekosten aufzubürden. Der im Rahmen des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbiete es, den Arbeitgeber in den Fällen zur Erstattung zu verpflichten, in denen es an der geforderten besonderen Verantwortungsbeziehung fehle. Im vorliegenden Entscheidungsfall sei eine besondere Verantwortungsbeziehung in diesem Sinne nicht gegeben. Wenn ältere Arbeitnehmer aufgrund freiwilliger Ausscheidungsvereinbarungen freigesetzt würden, um die Entlassung jüngerer Arbeitnehmer zu vermeiden, so entspreche diese Maßnahme in ihrem materiellen Gehalt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung. So wie es im Arbeitsrecht nicht auf die Form, sondern auf Grund und

Anlass der Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses ankomme, müsse auch vorliegend zur Feststellung einer Erstattungspflicht nach § 128 AFG unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten die vertragliche Auflösung am Auflösungsgrund gemessen werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebiete hier die Gleichstellung dieses Ausscheidenstatbestandes mit dem Ausscheiden aufgrund betriebsbedingter ordentlicher Kündigung. Das Arbeitsverhältnis des ehemaligen Arbeitnehmers S. sei betriebsbedingt beendet worden. Sie, die Klägerin, habe insbesondere im Jahr 1993 einen erheblichen Auftrags- und Umsatzrückgang hinnehmen müssen, der sie zur Personalreduzierung gezwungen habe, weil quer durch alle Bereiche des Unternehmens von den Arbeitnehmern verrichtete Aufgaben weggefallen seien. Der Personalabbau sei zur Sicherung des Fortbestandes des Unternehmens erforderlich gewesen und dieser sei in Abstimmung mit dem Betriebsrat auf der Grundlage eines Sozialplanes umgesetzt worden. Von dem Personalabbau sei auch der Arbeitnehmer S. betroffen gewesen, weil sein Arbeitsplatz ersatzlos weggefallen sei. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit habe nicht bestanden. Insgesamt dürften deshalb Kündigung und Aufhebungsvertrag, auch im Hinblick auf [Artikel 3 GG](#), nicht unterschiedlich behandelt werden. Die mit dem ehemaligen Arbeitnehmer S. getroffene Aufhebungsvereinbarung sei einer betriebsbedingten ordentlichen Kündigung gleichzustellen. Schließlich sei die Vorgehensweise der Beklagten auch hinsichtlich ihrer Ermittlungspflicht zu beanstanden, denn sie sei dieser Pflicht nicht hinreichend nachgekommen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG müsse ein Erstattungsabschluss wegen eines möglichen anderweitigen Sozialleistungsbezuges von Amts wegen vor der Erhebung von Erstattungsforderungen überprüft werden. Die Beklagte dürfe einen Erstattungsbescheid erst dann erlassen, wenn sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Voraussetzungen alternativer Sozialleistungen ausschließen könne. Ob die Beklagte hier eine entsprechende Prüfung vorgenommen habe, sei ihr nicht bekannt und werde bestritten. Die erforderliche Amtsermittlung erstrecke sich auf alle vernünftigerweise zu Gebote stehenden und rechtlich zulässigen Möglichkeiten, insbesondere auf Anfragen bei den Kranken-, Renten- und Unfallversicherungsträgern sowie auf Anfragen bei dem ehemaligen Arbeitnehmer bzw. auf dessen ärztliche Untersuchung. Letztlich sei auch die Unterscheidung zwischen Grund- und Folgebescheid rechtswidrig. Eine entsprechende Vorgehensweise unterliege nicht der verwaltungstechnischen Gestaltungsfreiheit der Beklagten.

Mit Schreiben vom 27. Dezember 1996 hat die Beklagte den Versicherten S. erneut nach seinem Gesundheitszustand bzw. nach einer anderweitigen Sozialleistung befragt. Auch hierauf ging eine Antwort des Herrn S. nicht ein.

Nach Anhörung mit Schreiben vom 27. Dezember 1996 setzte die Beklagte durch drei Abrechnungsbescheide vom 20. Januar 1997 folgende Erstattungsbeträge gegen die Klägerin fest:

22. Mai 1995 bis 21. August 1995 - 10.208,69 DM,  
22. August 1995 bis 31. Dezember 1995 - 14.797,00 DM,  
1. Januar 1996 bis 31. März 1996 - 10.523,76 DM,  
1. April 1996 bis 30. Juni 1996 - 10.523,76 DM,  
1. Juli 1996 bis 30. September 1996 - 10.758,22 DM

gesamt: 56.811,43 DM.

Auch hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch am 19. Februar 1997. Darüber hinaus wandte sich die Klägerin am 24. Februar 1997 auch im Wege der Klageerweiterung gegen die während des Streitverfahrens erteilten Bescheide. Sie verwies auf ihr bisheriges Vorbringen und trug ergänzend vor, die Beklagte habe vor Erlass der Abrechnungsentscheidungen nicht erneut das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erstattungspflicht geprüft. Insbesondere habe sie nicht ermittelt, ob der Versicherte S. zwischenzeitlich eine anderweitige Sozialleistung bezogen habe. Bereits der Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht begründe die Unwirksamkeit der Abrechnungsbescheide. Im weiteren Verlauf des Streitverfahrens berief sich die Klägerin auch auf den Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG mit der Begründung, durch die Schließung des Betriebsbereichs Hydraulik sei ein drastischer Personalabbau erfolgt.

Die Beklagte trug vor, die Bescheide vom 20. Januar 1997 seien gemäß [§ 96](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Verfahrens. Im Übrigen verwies sie auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid und führte ergänzend aus, die Klägerin habe bislang keinen auf § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG gestützten Befreiungsantrag gestellt. Für das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen treffe die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast. Es stehe der Klägerin frei, einen solchen Antrag unter Vorlage entsprechender Nachweise zu stellen.

Das Sozialgericht hat Beweis erhoben durch schriftliche Befragung des Versicherten S. ... Dieser hat mit Schreiben vom 25. Januar 1998 mitgeteilt, er habe in der Zeit vom 22. Mai 1995 bis 31. Mai 1997 kein Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld erhalten. Er sei während dieser Zeit auch nicht krank gewesen. Am 17. April 1997 habe er Antrag auf Altersrente wegen Arbeitslosigkeit gestellt (aus einem Schreiben vom 7. Juli 1997 der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) an die Beklagte geht hervor, dass der Versicherte S. die beantragte Rente seit dem 1. Juni 1997 bezieht).

Das Sozialgericht hörte daraufhin die Beteiligten mit Schreiben vom 21. Januar 1998 im Hinblick auf eine beabsichtigte Entscheidung durch Gerichtsbescheid unter Fristsetzung von zwei Wochen an.

Die Klägerin kündigte (nach weiterem Schriftsatzwechsel) mit Schreiben vom 14. Juli 1998 für die 30. Kalenderwoche eine weitere Stellungnahme an und teilte mit, infolge der Belastungssituation des alleinigen Sachbearbeiters sei ihr eine frühere Stellungnahme nicht möglich.

Aus einem Aktenvermerk vom 22. Juli 1998 (Bl. 98 R der Gerichtsakte) ergibt sich, dass der Kammervorsitzende des Sozialgerichts in einem Telefongespräch mit dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Äußerungsfrist bis zum 10. August 1998 verlängert hat.

Durch Gerichtsbescheid vom 29. Juli 1998 hat das Sozialgericht die Bescheide vom 4. April 1995 und 23. Oktober 1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. Dezember 1996 aufgehoben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die aufgehobenen Bescheide seien rechtswidrig, weil es für derartige feststellende Verwaltungsakte keine Rechtsgrundlage gebe. Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes. Im Übrigen sei die Klage jedoch nicht begründet. Die von der Beklagten erteilten Erstattungsbescheide seien nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe ihre Amtsermittlungspflicht im Hinblick auf anderweitige Sozialleistungen bzw. den Gesundheitszustand des ehemaligen Arbeitnehmers S. nicht verletzt. Insofern habe sich kein

Anlass für weitere Ermittlungen ergeben. Die angefochtenen Erstattungsbescheide seien auch nicht wegen fehlender Anhörung zu beanstanden. Vielmehr habe die Beklagte mit dem Anhörungsschreiben vom 27. Dezember 1996 ihrer Anhörungspflicht genügt. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beklagte den Beginn des Erstattungszeitraumes unzutreffend angegeben habe. Für die Anhörung komme es maßgeblich auf die Höhe des Erstattungsbetrages an. Diesen habe die Beklagte korrekt genannt. Die angefochtenen Erstattungsbescheide seien auch materiell-rechtlich nicht fehlerhaft. Es liege keiner der Ausnahmetatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 AFG vor. Das Arbeitsverhältnis sei nicht durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet worden. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt und nachgewiesen, dass sie berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Weiter habe kein kurzfristiger und drastischer Personalabbau von mindestens 20 % stattgefunden, der für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung sei. Auf einen solchen drastischen Personalabbau habe sich die Klägerin zwar berufen. Es fehle jedoch an einem substantiierten Vortrag hierzu. Die Erstattungspflicht ent falle auch nicht, weil sie für die Klägerin eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Anzeichen hierfür seien nicht ersichtlich. Es bestünden weiter im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift des § 128 AFG. Letztlich seien Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Berechnung des an den ehemaligen Arbeitnehmer S. gezahlten Arbeitslosengeldes nicht ersichtlich. Insbesondere sei nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Beitragsberechnung den Wochenbetrag des Bemessungsentgelts durch sechs geteilt und dann mit der Zahl der Tage, für die Arbeitslosengeld gezahlt worden sei, multipliziert habe. Diese Rechtspraxis entspreche den Gesetzesmaterialien.

Gegen diesen der Klägerin gegen Empfangsbekanntnis am 31. Juli 1998 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich ihre am 6. August 1998 bei dem Hessischen Landessozialgericht eingelegte Berufung, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgt. Sie trägt vor, die Entscheidung des Sozialgerichts leide bereits an einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Das Sozialgericht habe im Hinblick auf den vorgetragenen drastischen Personalabbau eine Äußerungsfrist von drei Wochen eingeräumt. Diese Frist sei auf ihren Antrag bis zum 10. August 1998 verlängert worden. Dies habe der Kammervorsitzende telefonisch mitgeteilt und in der Gerichtsakte handschriftlich vermerkt. Gleichwohl habe das Sozialgericht vor Ablauf dieser Frist durch Gerichtsbescheid entschieden, ohne ihre Stellungnahme abzuwarten. Das Vorgehen des Kammervorsitzenden verstoße gegen §§ 62 und 105 Abs. 1 Satz 2 SGG sowie gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Die Entscheidung des Sozialgerichts beruhe auch auf dem Verfahrensmangel. Insoweit habe das Sozialgericht darauf abgestellt, ein drastischer Personalabbau sei nicht substantiiert vorgetragen worden. Die Fristverlängerung sei eingeräumt worden, um genau zu diesem Punkt noch vortragen zu können. Im Hinblick auf den Verfahrensmangel begehrt die Klägerin die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Sozialgericht. Hilfsweise trägt sie weiter vor, sie halte an ihren verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Vorschrift des § 128 AFG fest. Insoweit sei fraglich, ob die Vorschrift den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht werde bzw. mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 GG im Einklang stehe. Die Beklagte sei ihrer Amtsermittlungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. So sei die Beklagte zum Ausschluss alternativer Sozialleistungen verpflichtet gewesen, Anfragen an die anderen Sozialversicherungsträger zu richten und den ärztlichen Dienst einzuschalten. Die Beurteilung nach Aktenlage und die Befragung des ehemaligen Arbeitnehmers reichten insoweit nicht aus. Die Klägerin trägt weiter vor, soweit hier das Arbeitsverhältnis mit dem ehemaligen Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag beendet worden sei, stehe dieser einer sozial gerechtfertigten Kündigung gleich. Es komme hierbei nicht auf die gewählte Form, sondern auf Grund und Anlass für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. Danach entspreche das Ausscheiden des Arbeitnehmers einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund betriebsbedingter ordentlicher Kündigung, so dass die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG erfüllt seien. Darüber hinaus beruft sich die Klägerin auf den Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG (kurzfristiger drastischer Personalabbau mit erheblicher Bedeutung für den örtlichen Arbeitsmarkt). Der ehemalige Arbeitnehmer S. sei in der Betriebsstätte Hydraulik beschäftigt gewesen. Die Mitarbeiterzahl für diese Betriebsstätte sei von 1991 bis 1993 von 242,5 auf zuletzt 40,5 Mitarbeiter gesunken. Am 31. Dezember 1993 sei die Betriebsstätte stillgelegt worden. Für die Frage des drastischen Personalabbaus komme es auf das Ende der Beschäftigung des Arbeitnehmers und nicht auf das Ende des Arbeitsverhältnisses an. Das Arbeitsverhältnis des ehemaligen Arbeitnehmers S. habe wegen zu beachtender Kündigungsfristen nicht zeitgleich mit der Stilllegung des Betriebsbereichs Hydraulik gekündigt werden können. Dementsprechend sei Herr S. mit Ablauf des 31. Dezember 1993 unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt und das Arbeitsverhältnis formell bis zum 30. September 1994 aufrechterhalten worden. In Ansehung des drastischen Personalabbaus sei aber auf die tatsächliche Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, mithin auf den 31. Dezember 1993 abzustellen. Der geschilderte drastische Personalabbau sei auch für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung gewesen. Letztlich beruft sich die Klägerin darauf, verfassungsrechtliche Bedenken bestünden auch gegenüber der Härtefallregelung des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG. Die Neuregelung dieser Vorschrift stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung scheide hier eine Erstattungspflicht aus, weil sie eine unzumutbare Belastung darstellen würde. Sie, die Klägerin, befinde sich in einer Kosten- und Strukturkrise. Die wirtschaftliche Situation des Unternehmens erfordere eine Reduzierung des Personalaufwandes. Zur Sicherung des Fortbestandes des Unternehmens sei ein Personalabbau unerlässlich. Auf Nachfrage des Gerichts trägt die Klägerin weiter vor, sie firmiere seit Ende 1998 als A. AG & Co. oHG. Das gesamte Geschäftsfeld der I. A. GmbH sei von der A. AG H. übernommen und die Umfirmierung durchgeführt worden. Rechtsvorgängerin der I. A. GmbH sei die A. T. GmbH gewesen. Zur A. T. GmbH habe die Betriebsstätte Hydraulik in der R-Strasse in F. gehört. Dabei habe es sich um einen eigenständigen Betrieb und nicht lediglich um einen Betriebsteil der A. T. GmbH gehandelt. So sei in dem Bereich Hydraulik eine eigene Produktpalette entwickelt, gefertigt und vertrieben worden. Es seien folgende Betriebskomponenten eigenständig vorhanden gewesen: Produktion, Ein- und Verkaufsabteilung, Finanzbereich, Kundendienst, Qualitätsbereich und Kantine. Dem Betrieb habe ein Werkleiter vorgestanden. Dieser habe im Rahmen einer eigenen Leitung den Einsatz der Arbeitnehmer auf der betrieblichen Ebene bestimmt. Lediglich die Verwaltung des im Betrieb in der R-Strasse eingesetzten Personals sei in der Hauptverwaltung in der G-Strasse als Dienstleistung erfolgt. Dies stehe jedoch der Annahme eines selbständigen Betriebs ebenso wenig entgegen wie die räumliche Nähe und die organisatorischen Verbindungen zwischen dem Betrieb in der R-Strasse und dem Betrieb in der G-Strasse. Im Übrigen sei das Arbeitsamt F. bereits Mitte 1992 im Rahmen von Sperrzeitverfahren nach § 119 AFG davon ausgegangen, dass ein drastischer Personalabbau vorliege. Dabei habe das Arbeitsamt den Betriebsbereich in der R-Strasse als eigenständigen Betrieb angesehen. Ergänzend legt die Klägerin diverse Organigramme und Organisationspläne vor.

Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat die Beklagte mit Schreiben vom 7. Oktober 1998 den Versicherten S. für den Beurteilungszeitraum vom 1. Oktober 1996 bis 18. Mai 1997 nochmals nach seinem Gesundheitszustand bzw. nach einer anderweitigen Sozialleistung befragt. Herr S. hat daraufhin mit Schreiben vom 29. Oktober 1998 mitgeteilt, eine Veränderung seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Ergänzend hat er erneut auf den Bezug von Altersrente seit dem 1. Juni 1997 verwiesen.

Sodann hat die Beklagte nach Anhörung mit Schreiben vom 16. November 1998 durch drei weitere Abrechnungsbescheide vom 12. Januar

1999 folgende Erstattungsbeträge gegen die Klägerin festgesetzt:

1. Oktober 1996 bis 31. Dezember 1996 - 11.093,29 DM,
1. Januar 1997 bis 31. März 1997 - 10.797,33 DM,
1. April 1997 bis 18. Mai 1997 - 5.749,17 DM.

gesamt: 27.639,79 DM.

Hierzu hat sich die Klägerin nicht weiter geäußert.

Die Klägerin beantragt,  
den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 1998 sowie die Bescheide der Beklagten vom 20. Januar 1997 und 12. Januar 1999 aufzuheben,  
hilfsweise,  
den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 1998 aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sozialgericht Frankfurt am Main zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen und die Klage gegen die Bescheide vom 12. Januar 1999 abzuweisen.

Die Beklagte verweist auf die nach ihrer Auffassung zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Gerichtsbescheid. Sie trägt auf Nachfrage des Gerichts ergänzend vor, für den drastischen Personalabbau im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG komme es auf die Verhältnisse des örtlichen Arbeitsmarkts bezogen auf einen dreimonatigen Zeitraum an, in dem das Ende der Beschäftigung liegen müsse. Hier sei fraglich, ob für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses auf das tatsächliche Ende mit Ablauf des 31. Dezember 1993 oder unter Einbeziehung des folgenden Zeitraumes der Freistellung von der Arbeitsleistung auf den 30. September 1994 abzustellen sei. Ungeachtet dessen könne jedoch gesagt werden, dass die generellen Kriterien für die erhebliche Bedeutung für den regionalen Arbeitsmarkt des Arbeitsamtsbezirkes F. nicht gegeben seien. So befinde sich der Betrieb nicht in einem anerkannten Fördergebiet der regionalen Strukturpolitik. Zudem liege in dem Bezirk, in dem der Betrieb seinen Sitz habe, die Arbeitslosenquote oder die Dauer der Arbeitslosigkeit nicht über dem Bundesdurchschnitt (West). Die Beklagte trägt weiter vor, die Betriebsstätte Hydraulik könne nicht als eigenständiger Betrieb angesehen werden. Insofern sei vor allem zu berücksichtigen, dass die Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich nicht vor Ort geregelt worden seien. Es sei deshalb nicht von einer eigenständigen, sondern von einer einheitlichen Organisation auszugehen. Was die Höhe der in die Erstattungsforderungen eingeflossenen Krankenversicherungsbeiträge anbelange, komme es auf die entsprechenden Beitragssätze der AOK an, weil die Anmeldung pflichtgemäß zur AOK Hessen erfolgt sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakten der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 1998 sowie die Klage gegen die Bescheide vom 12. Januar 1999 sind zulässig, sachlich jedoch nicht begründet.

Der angefochtene Gerichtsbescheid ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Klägerin ist verpflichtet, das dem Versicherten S. in der Zeit vom 22. Mai 1995 bis 18. Mai 1997 von der Beklagten gezahlte Arbeitslosengeld zu erstatten.

Soweit die Klägerin zunächst einen Verfahrensfehler des Sozialgerichts gerügt hat, gilt folgendes: Dem Sozialgericht ist zwar ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen, indem es den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt hat. Gleichwohl hält der Senat die von der Klägerin beantragte Zurückverweisung des Rechtsstreits nach [§ 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) nicht für geboten. Ein wesentlicher Verfahrensfehler ist darin zu sehen, dass das Sozialgericht auf den Antrag der Klägerin vom 14. Juli 1998 auf Verlängerung der Frist zur Äußerung Fristverlängerung bis zum 10. August 1998 gewährt und noch vor Ablauf der verlängerten Frist durch Gerichtsbescheid vom 29. Juli 1998 entschieden hat. Die Fristverlängerung bis zum 10. August 1998 ist dokumentiert durch einen entsprechenden Telefonvermerk des Kammervorsitzenden vom 22. Juli 1998 (Bl. 98 R der Gerichtsakte). Hierdurch war es dem Sozialgericht verwehrt, noch vor Ablauf des 10. August 1998 eine die Klägerin belastende Entscheidung zu treffen. Gegenstand des angekündigten weiteren Vortrages der Klägerin war u.a. auch die Frage eines drastischen Personalabbaus im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG. Im Gerichtsbescheid hat das Sozialgericht hierzu ausgeführt, es fehle an einem entsprechenden substantiierten Vortrag der Klägerin. Diese durfte jedoch die bis zum 10. August 1998 verlängerte Äußerungsfrist ausschöpfen und musste nicht damit rechnen, dass das Sozialgericht vorher entscheidet. Dies alles begründet die Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör, der sich allgemein für alle Gerichtsverfahren aus [Art. 103 Abs. 1 GG](#) und besonders für das sozialgerichtliche Verfahren aus [§ 62 SGG](#) ergibt. Darüber hinaus regelt [§ 105 Abs. 1 Satz 2 SGG](#) für den Fall der Entscheidung durch Gerichtsbescheid die Pflicht zur Anhörung. Auf die Verletzung dieser Vorschriften hat die Klägerin zutreffend hingewiesen. Gleichwohl war der Rechtsstreit nicht zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung steht im Ermessen des Senates. Eine Verpflichtung zur Zurückverweisung besteht nicht, wobei dies selbst bei Verfahrensfehlern von erheblichem Gewicht gilt (BSG, Beschluss vom 9. September 1998, Az. [B 6 KA 34/98 B](#)). Abzuwägen sind die Interessen der Beteiligten an einer baldigen Sachentscheidung und der Grundsatz der Prozessökonomie einerseits und der Verlust einer Instanz andererseits (Meyer-Ladewig, SGG, § 159 Rdnr. 5). Dabei ist unter weiterer Berücksichtigung des Ausnahmeharakters der Zurückverweisung diese dann nicht angemessen, wenn der Rechtsstreit entscheidungsreif ist und dem Verfahrensmangel keine Bedeutung mehr zukommt. So liegt der Fall hier. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren eingehend zu der Frage eines drastischen Personalabbaus vorgetragen, so dass sie sich zu diesem Punkt Gehör verschafft hat. Der Rechtsstreit ist auch entscheidungsreif. Nach alledem würde es einen Formalismus bedeuten, wenn der Senat gleichwohl zurückverweisen würde. Dies hätte lediglich eine erheblich längere Verfahrensdauer zur Folge, ohne dass der Gewinn einer Instanz der Klägerin einen spürbaren Vorteil bringen würde.

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind, nachdem das Sozialgericht die Grundlagenbescheide vom 4. April 1995 und 23. Oktober 1996 in

der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. Dezember 1996 aufgehoben und die Beklagte hiergegen keine Berufung eingelegt hat, die Bescheide vom 20. Januar 1997, die im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens erteilt und damit nach [§ 96 Abs. 1 SGG](#) Gegenstand des Verfahrens geworden sind. Darüber hinaus sind Gegenstand des Verfahrens die weiteren Bescheide vom 12. Januar 1999, die die Beklagte während des Berufungsverfahrens erteilt hat. Insoweit findet [§ 96 SGG](#) aufgrund [§ 153 Abs. 1 SGG](#) auch im Berufungsverfahren Anwendung (BSG, Beschluss vom 30. April 1991, Az. [2 BU 34/91](#); Urteil vom 30. Januar 1963, Az. [2 RU 35/60](#) = [BSGE 18, 231](#), 232; Meyer-Ladewig, § 96, Rdnr. 7). Dies hat zwar zur Folge, dass im Hinblick auf die neuen Bescheide sowohl das Widerspruchsverfahren als auch die erste Gerichtsstanz verloren gehen. Nach (dem insoweit vorrangigen) Sinn und Zweck der Regelung des [§ 96 SGG](#) soll jedoch eine schnelle und erschöpfende Entscheidung über das gesamte Streitverhältnis ermöglicht werden.

Die drei Bescheide vom 20. Januar 1997 und die drei weiteren Bescheide vom 12. Januar 1999 sind nicht zu beanstanden.

Zunächst leiden die Bescheide nicht unter formell-rechtlichen Mängeln. Soweit die Beklagte zunächst eine Trennung zwischen Grundlagenbescheiden und Abrechnungsbescheiden vorgenommen hat, sind die Grundlagenbescheide vom 4. April 1995 und 23. Oktober 1996 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. Dezember 1996 bereits von dem Sozialgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 17. Dezember 1997, Az. [11 RAr 103/96](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr. 4](#)) aufgehoben worden. Danach fehlt es für feststellende Verwaltungsakte dieser Art an der für Eingriffsakte erforderlichen Rechtsgrundlage. Dieser Rechtsprechung hat sich der Senat angeschlossen. Die verbleibenden (Abrechnungs-) Bescheide stellen eigenständige Bescheide dar, in denen nicht nur die Höhe der Erstattungsforderung, sondern auch die Erstattungspflicht dem Grunde nach für die jeweils genannten Zeiträume geregelt ist. Dies gilt für die Bescheide vom 12. Januar 1999, in denen die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen hat, sie habe die Erstattungspflicht nochmals geprüft. Dies gilt aber auch für die früheren Bescheide vom 20. Januar 1997. Hier hat die Beklagte zwar auf die (nunmehr aufgehobenen) Bescheide Bezug genommen. Gleichwohl beinhalten diese Bescheide auch (zumindest konkludent) eine Entscheidung über die Erstattungspflicht dem Grunde nach. Weiter liegt auch kein Anhörungsmangel (§ 24 Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch, Verwaltungsverfahren - SGB X -) vor. Die Beklagte hat vor Erteilung der Bescheide vom 20. Januar 1997 die Klägerin mit Schreiben vom 27. Dezember 1996 angehört. Dabei hat die Beklagte zwar unzutreffend den Beginn des Erstattungszeitraumes mit dem 22. August 1995 anstelle des zutreffenden 22. Mai 1995 angegeben. Das Anhörungsschreiben enthält jedoch die weitere Angabe der Summe der Erstattungsbeträge von 56.811,43 DM. Zudem ergibt sich aus dem früheren Bescheid vom 23. Oktober 1996 als Beginn des Erstattungszeitraumes das korrekte Datum des 22. Mai 1995. Insgesamt ist deshalb von einer ausreichenden Anhörung auszugehen. Dies gilt erst recht für die weiteren Bescheide vom 12. Januar 1999. Vor Erlass dieser Bescheide hat die Beklagte die Klägerin mit drei Schreiben vom 16. November 1998 angehört und dabei die Erstattungszeiträume wie auch die Erstattungsbeträge zutreffend angegeben. Im Ergebnis sind die angefochtenen Bescheide vom 20. Januar 1997 und 12. Januar 1999 nicht formell rechtswidrig.

Die Bescheide sind aber auch nicht materiell rechtswidrig.

Die von der Beklagten ausgesprochene Erstattungspflicht beruht auf der in der Zeit vom 1. Januar 1993 bis 31. März 1997 geltenden Neufassung des § 128 AFG aufgrund des Gesetzes zur Änderung von Förderungsvoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992 ([BGBl. I, 2044](#)). Die Vorschrift ist aufgrund § 242x Abs. 6 AFG auf die Fälle weiter anzuwenden, auf die nach § 242x Abs. 3 AFG die §§ 117 Abs. 2 bis 3a und 117a AFG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind. Dies sind u.a. Fälle, in denen Personen innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 1. April 1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden haben (§ 242x Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AFG). Die dreijährige Rahmenfrist (§ 104 Abs. 2 und 3 AFG) währte hier vom 1. Oktober 1991 bis 30. September 1994. In dieser Zeit stand der Versicherte S. ununterbrochen in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin. Darüber hinaus sind auch die Voraussetzungen der weiteren Alternative des § 242x Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a) AFG erfüllt, wonach Personen erfasst werden, die bis zum 14. Februar 1941 geboren sind und am 14. Februar 1996 arbeitslos waren. Beides trifft auf den Versicherten S. zu. Im Übrigen ergibt sich die Fortgeltung des § 242x Abs. 6 AFG über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Dritten Buchs - Arbeitsförderung - des Sozialgesetzbuchs (SGB III) am 1. Januar 1998 hinaus aus [§ 431 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#). Danach ist § 242x Abs. 6 AFG auf die dort genannten Fälle weiter anzuwenden.

Die Neufassung des § 128 AFG entspricht den Vorgaben des BVerfG in seiner Entscheidung vom 23. Januar 1990 (Az.: [1 BvL 44/86](#) und 48/87 = [BVerfGE 81, 156](#) - 207), so dass sich Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Bescheide nicht aus einer etwaigen Verfassungswidrigkeit der Norm ergeben. Dies gilt insbesondere für die von der Klägerin gerügte Verletzung des [Art. 12 Abs. 1 GG](#). Das Bundessozialgericht hat hierzu ausgeführt, dass dem Gesetzgeber für seine arbeits- oder sozialpolitischen sowie wirtschaftspolitischen Ziele ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht, wobei dieser Spielraum noch größer ist, wenn - wie hier - die Regelung nicht unmittelbar berufsregelnden Charakter hat (BSG, Urteil vom 17. Dezember 1997, Az.: [11 RAr 61/97](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr. 5](#) und [BSGE 81, 259-268](#)). Soweit das Bundessozialgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, dass eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zur Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung führt, schließt sich der Senat dem an und sieht ebenfalls keinen Anhalt für eine Verfassungswidrigkeit des § 128 AFG in der hier anzuwendenden Fassung.

§ 128 Abs. 1 Satz 1 AFG ordnet an, dass der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage zu erstatten hat. Nach § 128 Abs. 1 Satz 2 AFG tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist, der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Nrn. 2 - 4 genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt oder der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass

1. a) bei Arbeitslosen, deren Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 57. Lebensjahres beendet worden ist: der Arbeitslose innerhalb der letzten 18 Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, insgesamt weniger als 15 Jahre
- b) bei den übrigen Arbeitslosen: der Arbeitslose innerhalb der letzten zwölf Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 die Rahmenfrist bestimmt wird, insgesamt weniger als zehn Jahre zu ihm in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat,
2. er in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt ...,

3. der Arbeitslose das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet und weder eine Abfindung noch eine Entschädigung oder ähnliche Leistung wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten oder zu beanspruchen hat,
4. er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat; § 7 des Kündigungsschutzgesetzes findet keine Anwendung, das Arbeitsamt ist an eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung gebunden,
5. er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufrist zu kündigen,
6. sich die Zahl der Arbeitnehmer in dem Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, um mehr als drei vom Hundert innerhalb eines Jahres vermindert und unter den in diesem Zeitraum ausscheidenden Arbeitnehmern der Anteil der Arbeitnehmer, die das 56. Lebensjahr vollendet haben, nicht höher ist als es ihrem Anteil an der Gesamtzahl der im Betrieb Beschäftigten zu Beginn des Jahreszeitraums entspricht. Vermindert sich die Zahl der Beschäftigten im gleichen Zeitraum um mindestens 10 vom Hundert, verdoppelt sich der Anteil der älteren Arbeitnehmer, der bei der Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer nicht überschritten werden darf  
....
7. der Arbeitnehmer im Rahmen eines kurzfristigen drastischen Personalabbaus von mindestens 20 vom Hundert aus dem Betrieb, in dem er zuletzt mindestens zwei Jahre beschäftigt war, ausgeschieden ist und dieser Personalabbau für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung ist. Die Erstattungspflicht entfällt nach § 128 Abs. 2 AFG, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass  
1 ..., 2. die Erstattung für ihn eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet wären. Insoweit ist zum Nachweis die Vorlage einer Stellungnahme einer fachkundigen Stelle erforderlich. Nach § 128 Abs. 4 AFG sind, soweit Arbeitslosengeld zu erstatten ist, auch die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung zu erstatten.

Hier liegt keiner der genannten Befreiungstatbestände vor.

Zunächst ist festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Versicherten S. nicht vor Vollendung seines 56. Lebensjahres aufgelöst worden ist. Erstattungsbeträge werden zudem von der Beklagten nur für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres geltend gemacht. Zudem bestand ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mindestens 720 Kalendertage in den letzten vier Jahren vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (der Versicherte S. war in der Zeit vom 8. Dezember 1970 bis 30. September 1994 bei der Klägerin beschäftigt). Darüber hinaus liegen Anhaltspunkte dafür, dass Herr S. die Voraussetzungen für eine Sozialleistung nach § 118 Abs. 1 Nrn. 2 bis 4 AFG oder die Voraussetzungen von Berufsunfähigkeit während der hier in Betracht kommenden Erstattungszeiträume erfüllte, nicht vor. Dementsprechend musste die Beklagte keine weitergehenden Ermittlungen tätigen. Ohnehin ist zunächst davon auszugehen, dass nach § 42 Satz 1 SGB X eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren nur erheblich wäre, wenn diese zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnte. Gegebenenfalls haben die Tatsacheninstanzen nach § 103 SGG für weitere Sachaufklärung zu sorgen und damit Mängel der Sachaufklärung im Verwaltungsverfahren zu beheben (BSG, Urteil vom 17. Dezember 1997, Az. 11 RAr 61/97 aaO; Urteil vom 7. Februar 2002, Az. B 7 AL 102/00 R). Dies vorausgeschickt gilt nach § 20 Abs. 1 SGB X grundsätzlich, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Das Ausmaß der Ermittlungen liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde und findet seine Grenze an der Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit. So muss die Behörde nicht nach Tatsachen forschen, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalles keine Anhaltspunkte bieten (vgl. BSG, Urteil vom 7. Mai 1998, Az. B 11 AL 81/97 R). Hier hat die Beklagte den Versicherten S. bereits bei der Antragstellung im August 1994 nach dem Bezug von anderweitigen Sozialleistungen befragt, was dieser verneinte. Zudem hat die Beklagte mit Schreiben vom 23. Oktober 1996 und 27. Dezember 1996 den Versicherten nach etwaiger Arbeitsunfähigkeit bzw. Veränderungen in seinem Gesundheitszustand und nach anderweitigen Sozialleistungen um Auskunft gebeten. Die Beklagte hat in den Schreiben darauf hingewiesen, eine Antwort sei nicht erforderlich, sofern gegenüber den Angaben im Antrag auf Arbeitslosengeld eine Änderung nicht eingetreten sei. Herr S. hat sich auf die beiden Schreiben nicht geäußert. Insgesamt hat die Beklagte damit ihre Ermittlungspflicht erfüllt. Sie war nicht verpflichtet, weitere Ermittlungen anzustellen, weil es an entsprechenden Anhaltspunkten fehlte. Im Übrigen hat auch das Sozialgericht den ehemaligen Arbeitnehmer S. nochmals schriftlich befragt. Dieser hat mit Schreiben vom 25. Januar 1998 den Bezug von Krankengeld, Versorgungskrankengeld, Verletztengeld oder Übergangsgeld für die Zeit vom 22. Mai 1995 bis 31. Mai 1997 verneint. Er hat weiter mitgeteilt, dass er während dieser Zeit auch nicht krank gewesen ist. Damit liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass Herr S. vor Beginn seiner Altersrente am 1. Juni 1997 eine anderweitige Sozialleistung bezogen hat. Ebenso kann nicht angenommen werden, dass er berufsunfähig (oder gar erwerbsunfähig) gewesen ist. Der Annahme von Berufsunfähigkeit steht entgegen, dass der Versicherte seine letzte (bisherige) Tätigkeit während des relevanten Zeitraumes vom 22. Mai 1995 bis 18. Mai 1997 noch verrichten konnte. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass Herr S. bei der Arbeitslosmeldung am 24. August 1994 angegeben hat, die letzte Tätigkeit sei ihm nicht zu schwer gewesen. Weiter hat er in dem genannten Schreiben an das Sozialgericht mitgeteilt, er sei nicht krank gewesen. Dies reicht aus, um davon auszugehen zu können, dass der Versicherte noch in der Lage war, seinen bisherigen Beruf als Werkzeugkonstrukteur auszuüben. Berufsunfähigkeit (und erst recht Erwerbsunfähigkeit) hat deshalb während der Zeit vom 22. Mai 1995 bis 18. Mai 1997 nicht vorgelegen.

Die Klägerin hat weiter nicht ausreichend darlegen und beweisen können, dass einer der Fälle des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 AFG gegeben ist. In Ansehung der einzelnen Befreiungstatbestände gilt:

§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AFG greift nicht ein, weil der Versicherte S. länger als 15 bzw. 10 Jahre bei der Beklagten beschäftigt gewesen ist.

§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AFG setzt u.a. voraus, dass der Arbeitgeber nicht mehr als 20 Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt. Die Vorschrift gilt mithin für Kleinbetriebe und nicht auch für die Klägerin.

Weiter greift auch nicht der Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AFG ein, weil das Arbeitsverhältnis nicht durch eine Eigenkündigung beendet worden ist. Zudem hat der Versicherte hier eine Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes erhalten.

Ebenso greift der Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG nicht ein. Dieser setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet worden ist. Die Klägerin hat jedoch das mit dem Arbeitnehmer S. bestehende Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag beendet. Damit scheidet die Anwendung der vorgenannten Vorschrift aus, ohne dass es noch darauf ankommt, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen wäre, wenn der Aufhebungsvertrag nicht zustande gekommen wäre. Insoweit kommt eine Gleichstellung des Aufhebungsvertrages mit einer sozial gerechtfertigten Kündigung nicht in Betracht. Hierbei ist zu beachten, dass das BVerfG in der Wahl bestimmter Formen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen älterer, langjährig beschäftigter Arbeitnehmer ein Indiz dafür gesehen hat, dass die Arbeitslosigkeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fällt (vgl. [BVerfGE 81, 156, 197](#)). Dem hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 128 Rechnung getragen. Dies hat zur Folge, dass der Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG auf eine sozial gerechtfertigte Kündigung beschränkt bleibt und die geltend gemachte Gleichstellung nicht in Betracht kommt (so auch BSG, Urteil vom 17. Dezember 1997, Az. [11 RAr 61/97](#) aaO; Urteil vom 19. März 1998, Az. [B 7 AL 20/97 R](#); Urteil vom 4. September 2001, Az. [B 7 AL 64/00 R](#); Urteil vom 20. September 2001, Az. [B 11 AL 30/01 R](#)).

Es sind auch nicht die Voraussetzungen des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG erfüllt. Der darin geregelte Befreiungstatbestand setzt voraus, dass der Arbeitgeber bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist zu kündigen. Ein solcher wichtiger Grund ist weder vorgetragen noch erkennbar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Versicherte S. seine Arbeitsleistung krankheitsbedingt oder wegen altersbedingten Leistungsabbaus über längere Zeiträume nicht erbracht hätte. Auch der Vortrag der Klägerin, sie befinde sich in einer Kosten- und Strukturkrise und die Betriebsstätte Hydraulik sei zum 31. Dezember 1993 stillgelegt worden, stellt keinen wichtigen Grund dar. Eine Betriebseinstellung und -umstellung ist grundsätzlich kein wichtiger Grund, weil das Betriebsrisiko der Arbeitgeber trägt. Betriebliche Erfordernisse rechtfertigen in der Regel lediglich die ordentliche Kündigung (BSG, Urteil vom 14. Dezember 2000, Az. [B 11 AL 19/00 R = SozR 3-4100 § 128 Nr. 11](#)). Die von der Klägerin vorgetragene wirtschaftliche Situation des Unternehmens kann allenfalls bei der Prüfung einer unzumutbaren Belastung im Sinne des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG Berücksichtigung finden.

Die Anwendung des Befreiungstatbestandes des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG scheidet daran, dass sich die Zahl der bei der Klägerin beschäftigten Arbeitnehmer nicht innerhalb eines Jahres um mehr als 3 % vermindert hat. Nach Sinn und Zweck dieses Befreiungstatbestandes soll ein unter betrieblichen und wirtschaftlichen Druck geratener Arbeitgeber pauschal von der Erstattungspflicht befreit werden, wenn er zu einem Beschäftigtenabbau gezwungen ist, der nicht mehr im Rahmen der normalen Fluktuation bewältigt werden kann. Als Grenzwert für eine normale Fluktuation hat der Gesetzgeber 3 % innerhalb eines Jahres festgelegt. Hier kann nicht begründet angenommen werden, dass die Klägerin im Jahr 1993 einen Beschäftigtenabbau von mehr als 3 % vorgenommen hat. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich lediglich, dass die Arbeitnehmer im Betriebsbereich Hydraulik im Jahr 1993 von 104 (Dezember 1992) auf 40,5 (November 1993) vermindert worden sind. Hierbei handelt es sich zwar um eine Verminderung von mehr als 3 %. Auf die genannten Zahlen kann jedoch nicht abgestellt werden, denn bei der Prüfung eines dreiprozentigen Abbaus der Arbeitnehmer ist auf die Arbeitnehmer des "Betriebs" abzustellen. Der Ende 1993 geschlossene Betriebsbereich Hydraulik der Klägerin stellte indes keinen eigenständigen Betrieb dar. Dem gegenteiligen Vortrag der Klägerin vermag der Senat nicht zu folgen. Maßgebliches Kriterium für die Frage, ob es sich um einen eigenständigen Betrieb oder aber einen unselbständigen Betriebsteil handelt, ist eine einheitliche Organisation, die durch eine Einheit des Betriebsinhabers und des Betriebszwecks, die Einheitlichkeit der Leitung und der Personalverwaltung sowie die betriebsorganisatorische Verflechtung zum Ausdruck kommt (BSG, Urteil vom 14. Dezember 2000, Az. [B 11 AL 19/00 R](#) aaO; Gagel, SGB III, § 147a, Rdnr. 166). Davon ausgehend hat die Klägerin nicht schlüssig dargelegt, dass der Betriebsbereich Hydraulik gegenüber der A. T. GmbH eigenständig gewesen ist. Die Klägerin hat zunächst selbst lediglich von einer "Betriebsstätte" gesprochen. Bereits diese Wortwahl legt den Schluss nahe, dass es sich bei dem Betriebsbereich Hydraulik um einen unselbständigen Teil des Betriebes der A. T. GmbH gehandelt hat. Aber auch der ergänzende Vortrag der Klägerin hierzu auf Nachfrage des Gerichts lässt einen anderen Schluss nicht zu. Die Klägerin hat insoweit geltend gemacht, dass in dem Betriebsbereich Hydraulik, dem ein eigener Werkleiter vorgestanden habe, mit eigenständigen Abteilungen eine eigene Produktpalette entwickelt, gefertigt und vertrieben worden sei. Dies reicht für die Annahme eines selbständigen Betriebes nicht aus. Vielmehr steht nach näherer Betrachtung zur Überzeugung des Senates fest, dass die Betriebsstätte Hydraulik lediglich ein unselbständiger Betriebsteil der A. T. GmbH gewesen ist. Dem steht nicht entgegen, dass eine eigene Produktpalette mit eigener Produktion gefertigt worden ist. Insofern mag es zwar zutreffen, dass sich die arbeitstechnische Zwecksetzung des Betriebsteils Hydraulik von dem Betrieb der Klägerin in der G-Strasse in der F. unterschieden hat (wobei die beiden Produktpaletten aber nicht völlig verschieden gewesen sind: Motoren, Pumpen, Zylinder, Ventile, Aggregate einerseits, Bremssysteme für Fahrzeuge andererseits). Die Einheit der arbeitstechnischen Zwecksetzung ist jedoch nicht das alleinige zu berücksichtigende Kriterium. Weitere (nach Auffassung des Senates gewichtigere) Merkmale sind die Einheit des Betriebsinhabers, eine einheitliche Organisation und eine einheitliche Leitung. All dies trifft auf den Hauptbetrieb der Klägerin in der G-Strasse und den Betriebsteil in der R-Strasse zu. Betriebsinhaber beider Betriebsbereiche war die A. T. GmbH. Weiter hat die Klägerin eingeräumt, dass es eine einheitliche Personalverwaltung gegeben hat. Auch sind beide Betriebsbereiche von der GmbH-Geschäftsführung geleitet worden. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, dem Betriebsbereich in der R-Strasse habe ein eigener Werkleiter vorgestanden, steht dieser der geschäftsführenden Leitung nicht gleich. Vielmehr ist der Werkleiter einer untergeordneten Ebene zuzuordnen. So hat die Klägerin selbst vorgetragen, dass der Werkleiter den Einsatz der Arbeitnehmer (lediglich) auf der betrieblichen Ebene bestimmt hat. Eine Befugnis zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern stand ihm nicht zu. Etwas anderes hat die Klägerin zumindest nicht vorgetragen. Auch ist nicht vorgetragen, dass der Werkleiter sonstige unternehmerische Entscheidungen von gewisser Tragweite (bspw. Erweiterung oder Reduzierung der Produktpalette, Investitionen in Produktionsmittel von erheblichem Gewicht) eigenverantwortlich getroffen hat. Soweit die Klägerin Vereinbarungen der A. T. GmbH mit dem Betriebsrat vom 20. Dezember 1991 vorgelegt hat, kann auch daraus nicht abgeleitet werden, dass der Werkleiter einen eigenständigen Betrieb geleitet hat. Vielmehr ergibt sich aus den Vereinbarungen, dass der Werkleiter in diesem Einzelfall als Vertreter der Geschäftsführung der A. T. GmbH tätig geworden ist. Eine weitergehende Vertretungsbefugnis ist damit nicht belegt. Insgesamt ist davon auszugehen, dass der Werkleiter gerade nicht die Befugnis hatte, unternehmerische Entscheidungen eigenverantwortlich zu treffen. Dies entspricht auch der üblichen Position eines Werkleiters, der lediglich die unternehmerischen Entscheidungen der Geschäftsführung bzw. des Betriebsinhabers arbeitstechnisch umsetzt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass in den von der Klägerin vorgelegten Vereinbarungen die Betriebsstätte Hydraulik als "Standort EH 6" bzw. "Produktionsstandort" der A. T. GmbH bezeichnet worden ist. Die Formulierung "Betrieb" ist gerade nicht gewählt worden. Auch dies spricht gegen den Vortrag der Klägerin. Im Übrigen kann den beiden Vereinbarungen entnommen werden, dass die Betriebsstätte Hydraulik über keinen eigenen Betriebsrat verfügte. Vielmehr ist Partei der Vereinbarungen der "Betriebsrat der A. T. GmbH". Die Klägerin hat auch im Termin zur mündlichen Verhandlung bestätigt, dass die Betriebsstätte Hydraulik über keinen eigenen Betriebsrat verfügte. Mithin bestanden auch auf dieser Ebene organisatorische Verflechtungen. Letztlich kann die Klägerin nicht ins Feld führen, das Arbeitsamt Frankfurt am Main sei bereits 1992 im Rahmen von Sperrzeitverfahren davon ausgegangen, dass ein drastischer Personalabbau vorliege und bei dem

Betriebsbereich Hydraulik von einem eigenständigen Betrieb auszugehen sei. Diese Einschätzung ist nach dem Vortrag der Klägerin im Rahmen von Sperrzeitverfahren nach § 119 AFG erfolgt und bindet weder die Beklagte noch das Gericht. Insofern kann eine unzutreffende Äußerung (und auch außerhalb eines einschlägigen Verfahrens) für die Entscheidung nicht maßgeblich sein. In der Gesamtschau hat es dabei zu verbleiben, dass die Betriebsstätte Hydraulik nicht als eigenständiger Betrieb anzusehen ist. Mithin ist für die Frage des dreiprozentigen Personalabbaus auf die Arbeitnehmerzahlen bezogen auf die A. T. GmbH bzw. die I. A. GmbH abzustellen. Die Klägerin hat hierzu trotz ausdrücklicher Nachfrage des Gerichts keine entsprechenden Zahlen vorgetragen, so dass dies zu ihren Lasten geht. Aber auch die weitere Voraussetzung, nämlich dass der Anteil der 56-jährigen und älteren Arbeitnehmer an den ausgeschiedenen Arbeitnehmern nicht höher ist als es dem Anteil an der Gesamtzahl der Beschäftigten zu Beginn der Jahresfrist entspricht, kann nicht als erfüllt angesehen werden. Auch hierzu hat die Klägerin trotz entsprechender gerichtlicher Nachfrage nichts vorgetragen. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die genannte Quote gerade nicht eingehalten worden ist. Im Ergebnis greift der Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AFG nicht ein.

Gleichermaßen scheidet die Anwendung des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG. Auch diese Vorschrift bezweckt, den unter wirtschaftlichen Druck geratenen Arbeitgeber von einer Erstattungspflicht freizustellen, wobei es sich um eine Ausnahmeregelung für eine Krisensituation handelt, in der der Arbeitgeber gezwungen ist, seinen Personalbestand innerhalb kürzester Zeit (drei bis sechs Monate) um mindestens 20 % zu vermindern. Ein solcher drastischer Personalabbau hat bei der Klägerin ausgehend von ihrem Vortrag und der Aktenlage nicht stattgefunden bzw. das Gegenteil ist nicht dargelegt und bewiesen. Hierbei ist wiederum davon auszugehen, dass die Betriebsstätte Hydraulik nicht als eigenständiger Betrieb angesehen werden kann und damit nicht auf die von der Klägerin vorgetragene Arbeitnehmerzahlen bezogen auf die Betriebsstätte Hydraulik, sondern auf die Anzahl der Beschäftigten der A. T. GmbH bzw. der I. A. GmbH abzustellen ist. Entsprechende Zahlen hat die Klägerin, wie ausgeführt, nicht vorgelegt. Von dem geforderten drastischen Personalabbau kann deshalb nicht ausgegangen werden. Darüber hinaus ist weiter höchst fraglich, ob die von der Klägerin vorgetragene Verminderung der Zahl der Arbeitnehmer überhaupt für den örtlichen Arbeitsmarkt von erheblicher Bedeutung gewesen ist. Die Beklagte hat auf Nachfrage hierzu mitgeteilt, dass die generellen Kriterien für die erhebliche Bedeutung für den regionalen Arbeitsmarkt des Arbeitsamtsbezirkes Frankfurt am Main nicht gegeben seien, weil sich der Betrieb nicht in einem anerkannten Fördergebiet der regionalen Strukturpolitik befinde. Zudem liege in dem Bezirk, in dem der Betrieb seinen Sitz habe, die Arbeitslosenquote oder die Dauer der Arbeitslosigkeit nicht über dem Bundesdurchschnitt (West). Auch wenn die Beklagte keine abschließende Beurteilung abgegeben hat, so ist die erforderliche erhebliche Bedeutung für den örtlichen Arbeitsmarkt zumindest nicht positiv feststellbar. Einer weiteren Vertiefung bedarf es jedoch nicht, weil es an einem drastischen Personalabbau von 20 % fehlt, so dass bereits aus diesem Grund die Anwendung des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 AFG scheidet und die Frage der erheblichen Bedeutung für den örtlichen Arbeitsmarkt letztlich dahingestellt bleiben kann.

Weiter sind auch nicht die Voraussetzungen des § 128 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AFG erfüllt. Insofern ist nicht dargelegt bzw. nachgewiesen, dass die Erstattung für die Klägerin eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, weil durch die Erstattung der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet wären. Die Anwendung des Befreiungstatbestandes scheidet bereits daran, dass die Klägerin entgegen der gesetzlichen Vorgabe keine Stellungnahme einer fachkundigen Stelle vorgelegt hat. Als fachkundige Stellen im Sinne der gesetzlichen Regelung kommen Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Kammern in Betracht. Wird die Stellungnahme nicht vorgelegt, so findet § 128 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AFG keine Anwendung, ohne dass es einer weiteren Prüfung bedarf. Auf das Fehlen der Stellungnahme ist die Klägerin im Übrigen hingewiesen worden.

Soweit die Klägerin weitere relevante Umstände nicht vorgetragen haben sollte, muss sie sich dies zurechnen lassen. § 128 Abs. 1 Satz 2 AFG enthält eine Durchbrechung des Amtsermittlungsgrundsatzes zugunsten des Beibringungsgrundsatzes, was der Formulierung "wenn ... der Arbeitgeber darlegt und nachweist" entnommen werden kann. Die Durchbrechung des Amtsermittlungsgrundsatzes hat der Gesetzgeber mit dieser Formulierung deutlich zum Ausdruck gebracht. Sie ist aber auch sachgerecht, weil es bei der Prüfung der Befreiungstatbestände des § 128 AFG auf betriebsinterne Vorgänge ankommt, zu denen der Arbeitgeber allein Zugang hat. Der Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des 11. Senates des BSG (Urteile vom 21. September 2000, Az. [B 11 AL 7/00 R](#) = [SozR 3-4300 § 147a Nr. 3](#) und vom 14. Dezember 2000, Az. [B 11 AL 19/00 R](#) aaO; abw. aber offen gelassen: BSG, 7. Senat, Urteil vom 15. Juni 2000, Az. [B 7 AL 78/99 R](#)).

Letztlich bestehen auch keine Bedenken im Hinblick auf die Höhe der von der Beklagten geltend gemachten Erstattungsbeträge. Zunächst ergeben sich keine Hinweise auf eine fehlerhafte Berechnung der Erstattungsbeträge. Die von der Beklagten vorgenommenen Berechnungen (Bl. 26, 28 und 29 Verwaltungsakte hinterer Teil sowie Bl. 9, 12 und 15 der nachgereichten Teilakte) entsprechen den für den Erstattungszeitraum vom 22. Mai 1995 bis 18. Mai 1997 vorliegenden Zahlungsnachweisen (Verwaltungsakte vorderer Teil). Die Berechnungen sind nachvollziehbar und fußen auf zutreffenden Berechnungsfaktoren. Der Senat hat deshalb keine Zweifel an der Richtigkeit der von der Beklagten errechneten Beträge, wobei auch die Klägerin Einwendungen gegen die Berechnungen nicht erhoben hat. Die Verpflichtung der Klägerin zur Erstattung der auf das gewährte Arbeitslosengeld entfallenden Beiträge zur Rentenversicherung und zur Krankenversicherung sowie der ab dem 1. Januar 1996 auf das Arbeitslosengeld entfallenden Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung folgt aus § 128 Abs. 4 AFG. Die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Rentenversicherungsbeiträge ergibt sich aus §§ 166 Abs. 1 Nr. 2 und 170 Abs. 1 Nr. 2 b) Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch, Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI). Die Pflicht der Beklagten zur Entrichtung der Krankenversicherungsbeiträge beruht auf §§ 155 und 157 Abs. 1 AFG. Schließlich folgt die Verpflichtung der Beklagten, die Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung zu tragen, für die Zeit ab dem 1. Januar 1996 bis zum 31. Dezember 1997 aus § 166c AFG (für die Zeit ab dem 1. Januar 1998 sind §§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 59 Abs. 1 Sozialgesetzbuch, Elftes Buch, Soziale Pflegeversicherung - SGB XI - in Verbindung mit § 251 Abs. 4a Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch, Gesetzliche Krankenversicherung - SGB V - maßgeblich). Die Beklagte hat auch die Höhe der von ihr entrichteten und von der Klägerin zu erstattenden Krankenversicherungsbeiträge zutreffend ermittelt. Soweit das Hessische Landessozialgericht in früheren Entscheidungen durchgreifende Bedenken gegenüber der von der Beklagten angewandten Berechnungsformel mit der Begründung hatte, diese bewirke, dass während des Arbeitslosengeldbezuges Woche Beiträge fortlaufend gezahlt würden (§ 114 AFG), ohne eine Begrenzung auf 30 Beitragstage im Monat bzw. 360 Beitragstage im Jahr entsprechend der für die Krankenversicherung maßgeblichen Rechtslage (§ 223 Abs. 2 Satz 2 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch, Gesetzliche Krankenversicherung - SGB V -) vorzunehmen (vgl. HLSG, Urteile vom 17. November 1999, Az. [L 6 AL 320/98](#) und 11. August 1999, Az. [L 6 AL 309/98](#)), ist das Bundessozialgericht dem nicht gefolgt (Urteil vom 7. Februar 2002, Az. [B 7 AL 102/00 R](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr. 15](#)). Zur Begründung hat das Bundessozialgericht auf die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes zu den Vorgängervorschriften des [§ 223 SGB V](#) (§§ 180 und 385 Reichsversicherungsordnung - RVO -) verwiesen, wonach für eine Übertragung der Monatsumrechnung auf Leistungsbezieher der Arbeitslosenversicherung keine Notwendigkeit bestehe, und hat weiter ausgeführt, das Bundessozialgericht habe sich

dieser Rechtsprechung bereits in einer früheren Entscheidung angeschlossen. Auch für [§ 223 SGB V](#), der inhaltlich den genannten Vorschriften der RVO entspreche, sei weiterhin von dieser Rechtslage auszugehen. Der Senat folgt der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, so dass die von der Beklagten errechnete Höhe der Krankenversicherungsbeiträge im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Dies gilt im Übrigen auch in Ansehung der von der Beklagten zugrunde gelegten Beitragssätze. Die Beklagte hat zutreffend darauf verwiesen, dass es auf die betreffenden Beitragssätze der AOK Hessen ankommt, die in den Jahren 1993 bis 1997 bei 13,8 % bzw. 14,2 % gelegen haben. Diese Sätze hat die Beklagte ihren Berechnungen für die einzelnen Erstattungszeiträume beanstandungsfrei zugrunde gelegt.

Nach alledem war die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 29. Juli 1998 als unbegründet zurückzuweisen und die Klage gegen die Bescheide vom 12. Januar 1999 abzuweisen.

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

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil es an den Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) fehlt.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2009-05-27