

L 13 AL 441/01

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
13
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 2 AL 2625/00
Datum
17.01.2001
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 13 AL 441/01
Datum
28.08.2001
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. Januar 2001 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob die Klägerin der Beklagten nach der früheren Bestimmung des § 128 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) für die Zeit vom 03. April 1997 bis 31. Dezember 1998 Arbeitslosengeld (Alg) und die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung zu erstatten hat (insgesamt 104.073,02 DM).

Der am 01. Januar 1939 geborene K. B. (B.) war seit 12. April 1955 bei der Klägerin als Kaufmann beschäftigt. Er ist bei der Betriebskrankenkasse B. (BKK) krankenversichert. Am 01. Juli 1996 schloss die Klägerin mit B. einen Aufhebungsvertrag, durch welchen das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 31. Dezember 1996 gegen Zahlung einer Abfindung von 52.406,- DM beendet wurde. Zu diesem Zeitpunkt konnte B. gemäß § 4.4 des Manteltarifvertrags für Arbeiter und Angestellte in der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Am 13. November 1996 meldete sich B., auf dessen Lohnsteuerkarte für 1997 die Steuerklasse III/O eingetragen war, beim Arbeitsamt St. (ArbA) mit Wirkung zum 01. Januar 1997 arbeitslos und beantragte Alg. Im Formantrag vom 08. Dezember 1996 verneinte er die unter den Ziffern 4b und 4c gestellten Fragen, ob er vom Arzt arbeitsunfähig krank geschrieben sei und ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeiten oder Arbeitsstunden eingeschränkt sei. Die Klägerin gab in der Arbeitsbescheinigung vom 03. Dezember 1996, in der für die letzten sieben Jahre des Beschäftigungsverhältnisses Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt von mehr als vier Wochen nicht angegeben sind, keine Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses an. B., dessen ordentliche Kündigung zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen gewesen sei, habe in den bereits abgerechneten Lohnabrechnungszeiträumen Juni bis November 1996 ein gleichbleibendes monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 8.196,- DM bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden erzielt. B., der am 20. März 1997 die Erklärung nach § 105c AFG abgab, nannte in seiner Erklärung vom 08. Dezember 1996 als Grund für den Aufhebungsvertrag Personalanpassungsmaßnahmen. Nach Ablehnung der Leistung wegen Eintritts einer Sperrzeit (vom 01. Januar bis 25. März 1997, Bescheid vom 06. Februar 1997) und wegen Ruhens aufgrund der Abfindung bis 02. April 1997 (wei-terer Bescheid vom 06. Februar 1997) bewilligte das ArbA mit Bescheid vom 21. Februar 1997 für 689 Tage Alg ab 03. April 1997 in Höhe von 673,80 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 1.890,- DM, Leistungsgruppe C, Kindermerkmal 0); dieser Leistungssatz wurde bis 31. Dezember 1997 gezahlt, dann unter Anwendung der AFG-Leistungsverordnung 1998 ab 01. Januar 1998 auf 676,69 DM wöchentlich geändert (Bescheid vom 12. Januar 1998) und so bis 30. November 1998 gezahlt; ab 01. Dezember 1998 wurde Alg in Höhe von monatlich 682,57 DM gewährt (Bemessungsentgelt 1.910,- DM). Seit 01. Januar 1999 bezieht B. von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte Altersrente wegen Arbeitslosigkeit (Bescheid vom 03. November 1998).

Mit formularmäßigem Schreiben des ArbA vom 06. Februar 1997 ("Anhörung anlässlich der Entscheidung über die Erstattungspflicht") wurde die Klägerin angehört. Mit Schreiben vom 17. September 1998 hat sich das ArbA mit mehreren Fragen zu seinem Gesundheitszustand in der Zeit vom 01. Januar 1997 bis 31. August 1998 an B. gewandt. Diese Fragen hat B. mit Schreiben vom 29. September 1998 beantwortet; eine Änderung seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Mit Schreiben vom 05. August 1999 ("Anhörung anlässlich der Entscheidung über die Erstattungspflicht") hat das ArbA der Klägerin Gelegenheit gegeben, bezüglich der Erstattungspflicht für die Zeit vom 03. April 1997 bis 31. Dezember 1998 in Höhe von insgesamt 104.073,02 DM Stellung zu nehmen; die Befragung des B. hinsichtlich etwaiger Änderungen seines Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben; ein Berechnungsbogen und die Äußerung von B. waren angeschlossen. Die Klägerin

hat hierauf mit Schreiben vom 07. September 1999 geantwortet und insbesondere auf die Amtsermittlungspflicht der Beklagten im Hinblick auf die Voraussetzungen für den Bezug anderweitiger Sozialleistungen hingewiesen. Sodann erließ das ArbA den Abrechnungsbescheid vom 02. Dezember 1999 über die Erstattungsforderung von 104.073,02 DM für die Zeit vom 03. April 1997 bis 31. Dezember 1998 (61.588,69 DM Alg, 13.158,43 DM Krankenversicherungsbeiträge, 27.550,46 DM Rentenversicherungsbeiträge, 1.775,34 DM Pflegeversicherungsbeiträge). Hiergegen erhob die Klägerin am 15. Dezember 1999 Widerspruch mit ähnlicher Begründung wie in ihrem Schreiben vom 07. September 1999. Mit Schreiben vom 07. Februar 2000 hat sich das ArbA nochmals mit mehreren Fragen zu seinem Gesundheitszustand in der Zeit vom 01. September bis 31. Dezember 1998 an B. gewandt. Mit Schreiben vom 08. Februar 2000 hat B. geantwortet, eine Änderung seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Mit Widerspruchsbescheid vom 18. April 2000 wurde der Widerspruch zurückgewiesen; die Äußerung von B. war abgeschlossen.

Deswegen hat die Klägerin am 02. Mai 2000 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Sie hat sich insbesondere zur gesetzlichen Ausgestaltung der Befreiungstatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 2 AFG sowie dazu geäußert, dass das ArbA seiner Amtsermittlungspflicht in Bezug auf das Vorliegen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung nicht ausreichend nachgekommen sei, wodurch auch ihr Anhörungsrecht verletzt werde. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Mit Gerichtsbescheid vom 17. Januar 2001 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des den Bevollmächtigten der Klägerin gemäß Empfangsbekanntnis am 29. Januar 2001 zugestellten Gerichtsbescheides wird Bezug genommen.

Gegen den Gerichtsbescheid hat die Klägerin am 29. Januar 2001 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung ist sei bei ihrer Auffassung verblieben, dass die Neuregelung des § 128 AFG verfassungswidrig sei. Die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der Entscheidung vom 10. November 1998 - 1 BvR 2296/98 und [1 BvR 1081/97](#) - ([BVerfGE 99, 202](#) ff.) zur Verfassungswidrigkeit des § 128a AFG aufgestellten Grundsätze seien auch auf die hier in Rede stehende Aufhebungsvereinbarung zu übertragen. Der Befreiungstatbestand des § 128 Abs. 2 Nr. 2 AFG sei zu eng; den verfassungsrechtlichen Anforderungen habe allenfalls durch eine "Generalklausel der generellen Unzumutbarkeit" entsprochen werden können. Im Übrigen sei sie nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Befragung des B. sei schon vom Ansatz her unzureichend gewesen. Sie sei auch zu spät erfolgt, denn das ArbA sei ohne Weiteres in der Lage gewesen, B. zeitnah zur Abrechnungsentscheidung zu hören. Die Beklagte trage letztlich die Beweislast für die (negative) Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs auf andere Sozialleistungen. Aus dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 15. Dezember 1999 - [B 11 AL 33/99 R](#) - ergebe sich, dass dieses Gericht an der bis-herigen Spruchpraxis, derzufolge § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsverträge nicht erfasse, offenbar nicht mehr festhalten wolle. Ferner rügt die Klägerin, dass ihr Antrag auf Akteneinsicht vom SG nicht beachtet worden sei.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Stuttgart vom 17. Januar 2001 sowie den Bescheid vom 02. Dezember 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. April 2000 aufzuheben, hilfsweise das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, weiter hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil und den streitbefangenen Bescheid für zutreffend.

Zur weiteren Darstellung wird auf die Leistungsakte des ArbA (Stammnr. xxxx), die Klageakte des SG (S 2 AL 2625/00) sowie die Berufungsakte des Senats ([L 13 AL 441/01](#)) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin konnte keinen Erfolg haben.

Gegenstand der Entscheidung im Berufungsverfahren ist der im Wege der isolierten Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 Satz 1](#) 1. Alternative des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -) angegriffene Abrechnungsbescheid vom 02. Dezember 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. April 2000.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie ist gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegt worden sowie statthaft ([§ 143 SGG](#)), weil die Berufungsbeschränkungen des [§ 144 Abs. 1 SGG](#) nicht eingreifen.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Der Beklagten steht, wie von ihr durch Bescheid festgestellt, ein Erstattungsanspruch in der streitigen Höhe zu.

Rechtsgrundlage der Heranziehung der Klägerin zur Erstattung ist § 128 AFG (Fassung durch Gesetz zur Änderung der Fördervoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992 [[BGBl. I S. 2044](#)]; zum Übergangsrecht vgl. § 242x Abs. 6 AFG, [§ 431](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch [beide in der Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 - [BGBl. I S. 594](#) -]). Gemäß § 128 Abs. 1 Satz 1 AFG erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen auf Alg (§ 104 Abs. 2 AFG) mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Bundesanstalt für Arbeit vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage. Die Erstattungspflicht tritt u.a. dann nicht ein, wenn der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 bis 4 AFG genannten Lohnersatzleistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt (§ 128 Abs. 1 Satz 2 2. Alternative AFG). Einen weiteren hier geltend gemachten Befreiungstatbestand bildet § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG. Hiernach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß 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. Soweit Alg zu erstatten ist,

schließt dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung mit ein (§ 128 Abs. 4 AFG [Fassung durch Gesetz vom 15. Dezember 1995 - [BGBl. I S. 1824](#)]).

Der streitbefangene Bescheid vom 02. Dezember 1999 ist nicht schon aus formellen Gründen rechtswidrig; insbesondere liegen keine Anhörungsmängel vor. Zwar steht die hier umstrittene Heranziehung der Klägerin unter dem grundsätzlichen Gebot deren vorheriger Anhörung ([§ 24 Abs. 1](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch [SGB X]); hierzu gehört, daß den Beteiligten die aus Sicht der Behörde für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen mitgeteilt werden oder ihnen jedenfalls Gelegenheit gegeben wird, diese Tatsachen in Erfahrung zu bringen (ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. BSG [SozR 1300 § 24 Nr. 2](#); [BSGE 69, 247](#), 252 f. = [SozR 3-1300 § 24 Nr. 4](#)). Entgegen der Auffassung der Klägerin bezieht sich die Anhörungspflicht nach der genannten Bestimmung indes nicht auf ihren früheren Arbeitnehmer B.; denn dieser ist - wengleich ihm im Rahmen des § 128 Abs. 8 AFG im einzelnen geregelte Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten zukommen - anders als die Klägerin (vgl. [§ 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X](#)) nicht Beteiligter des Verwaltungsverfahrens über die Erstattung (vgl. Wissing, NZA 1993, 385, 397; Weber, NZS 1994, 150, 157). Die Befragung der Arbeitslosen im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes ([§ 20 SGB X](#)) dient vielmehr der Vorbereitung der Entscheidung über die Erstattung; Mängel der Sachaufklärung wären nach [§ 42 Satz 1 SGB X](#) nur erheblich, wenn sie zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnten (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 263; BSG, Urteil vom 19. März 1998 - [B 7 AL 20/97 R](#) -, DB1R 4451, AFG/§ 128; Beschluss vom 08. September 1999 - B 7 AL 92/99 B - [nicht zur Veröffentlichung bestimmt]; ferner schon Senatsurteil vom 08. Oktober 1996 - [L 13 Ar 2751/95](#) - Breithaupt 1997, 633, 640 f.). Auf die von der Klä-gerin gerügten Formulierungen in dem an B. gerichteten Schreiben des ArbA vom 17. September 1998 kommt es jedenfalls für die Frage einer ordnungsgemäßen Anhörung im Rahmen des [§ 24 SGB X](#) nicht an. Die hinsichtlich des Bescheids vom 02. Dezember 1999 mit Schreiben vom 05. August 1999 durchgeführte Anhörung der Klägerin war ausreichend. Jedenfalls vermittelte der Inhalt des genannten Anhörungsschreibens der Klägerin in Bezug auf Grund und Höhe der Erstattungsforderung - namentlich wegen deren dort berücksichtigten eigenen Angaben in der Arbeitsbescheinigung vom 03. Dezember 1996 (vgl. [§ 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X](#)) sowie aufgrund des als Anlage beigefügten Berechnungsbogens und der Antwort von K. vom 29. September 1998 - hinreichende Kenntnisse, um sich zur Ausschöpfung ihres Rechts auf rechtliches Gehör gegebenenfalls weitere Tatsachenkenntnis zu verschaffen, ohne daß das Rechen-werk im einzelnen noch genauer hätte aufgeschlüsselt werden müssen (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 261 f.; BSG DB1R 4451, AFG/§ 128; Urteil vom 07. Mai 1998 - [B 11 AL 81/97 R](#) -, [SGB 1998, 364](#)). Das ArbA hat die Klägerin in diesem Anhörungsschreiben außerdem darüber unterrichtet, daß die Ermittlungen zum Gesundheitszustand nicht zum Tatbestand einer der in § 128 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative AFG genannten anderwei-tigen Sozialleistungen führten.

Ferner sind die Grundvoraussetzungen für eine Erstattung (§ 128 Abs. 1 Sätze 1 und 2 1. Alternative AFG) hier gegeben. Die Erstattungspflicht entfällt nicht nach Satz 2 Nr. 1 Buchst. b der Vorschrift. Der am 01. Januar 1939 geborene B. war vor der mit Wirkung ab 01. Januar 1997 erfolgten Arbeitslosmeldung vom 12. April 1955 bis 31. Dezember 1996 bei der Klägerin lückenlos beitragspflichtig beschäftigt; er hatte zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis bereits das 56. Lebensjahr und im streitbefangenen Zeitraum das 58. Lebensjahr vollendet. Die einen Erstattungsanspruch ausschließende Übergangsregelung des § 242m Abs. 10 AFG (Fassung durch Gesetz vom 18. Dezember 1992 a.a.O.) greift nicht ein.

Der Ausschließungsgrund des § 128 Abs. 1 Satz 2 2. Alternative AFG (anderweitige Sozialleistungsberechtigung) liegt nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens in der gesamten streitbefangenen Zeit vom 03. April 1997 bis 31. Dezember 1998 nicht vor, so dass eine Beweislastentscheidung (vgl. hierzu BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 2](#); ferner Senatsurteil vom 08. Oktober 1996 Breithaupt 1997, 633, 642; Gagel, AFG, Stand: Januar 1998 § 128 Rdnr. 15 f., 350; Wissing, a.a.O. S. 387, 398) nicht in Betracht kommt. Der Auflösungsvertrag vom 01. Juli 1996 erfolgte aufgrund wirtschaftlich bedingten Personalabbaus. B. hat die im Formantrag vom 08. Dezember 1996 gestellten Fragen, ob er zur Zeit vom Arzt arbeitsunfähig krank geschrieben sei oder ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeiten und Arbeitsstunden aus gesundheitlichen Gründen eingeschränkt sei, verneint. In der Arbeitsbescheinigung vom 03. Dezember 1996 waren für die letzten sieben Jahre des Beschäftigungsverhältnisses Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt für mehr als vier Wochen nicht vermerkt. Die Klägerin hat im vorliegenden Fall zwar über einen Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit vom 08. August bis 10. September 1995 berichtet. Dabei spricht die Einmaligkeit dieses nur einen unwesent-lich mehr als einen Monat dauernden Krankheitsgeschehens und die Tatsache, daß B. ausschließlich noch bis Ende 1996 ohne weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten gearbeitet hat, dafür, daß diese Erkrankung den Gesundheitszustand von B. nicht dauerhaft beeinträchtigt hat. Ausweislich seiner Schreiben vom 29. September 1998 und 08. Februar 2000 war B. in der Zeit ab 03. April 1997 weder arbeitsunfähig krank geschrieben noch hat sich seit seiner Arbeitslosmeldung sein Gesundheitszustand verändert. Ferner ergeben sich aus den Akten auch sonst - durch eine Meldung der BKK im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenerfüllung - keine Anzeichen für eine anderweitige Sozialleistungsbe-rechtigung in der streitbefangenen Zeit. Nach alledem hatte B. in der umstrittenen Zeit weder einen Anspruch auf eine der in § 128 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen noch auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit. Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht ohne konkrete Anhaltspunkte kein Anlass zu weitergehenden Ermittlungen (vgl. [BSGE 81, 259](#), 262 f.; BSG SGB 1998, 964). Mangels Vorhandenseins konkreter Umstände findet der Amtsermittlungsgrundsatz vielmehr seine Grenze an der Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten (vgl. [BSGE a.a.O.](#); BSG, Urteil vom 21. September 2000 - [B 11 AL 7/00 R](#) -, Urteile vom 02. November 2000 - [B 11 AL 11/00 R](#), [B 11 AL 13/00 R](#), [B 11 AL 17/00 R](#) -); denn andernfalls sind weitere Bemühungen im Verhältnis zum Erfolg nicht mehr vertretbar und das Gesetz in praktikabler Weise nicht mehr zu verwirklichen (so schon Senatsurteil vom 08. Oktober 1996 Breithaupt 1997, 633, 642 m.w.N.). Zu den Voraussetzungen und Grenzen der Sachaufklärungspflicht tritt der Senat insbesondere auch den von der Klägerin ebenfalls beharrlich nicht zur Kenntnis genommenen Ausführungen des 11. Senats des BSG in den Urteilen vom 21. September 2000 - [B 11 AL 7/00 R](#) - und vom 08. Februar 2001 - [B 11 AL 10/00 R](#) - bei, in denen ausgeführt ist, dass auch das Verfassungs-recht kein anderes Verständnis der Anforderungen an die Sachaufklärungspflicht gebietet.

Die Klägerin vermag ihrer Erstattungspflicht auch keinen der Befreiungstatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 3. Alternative und Abs. 2 AFG entgegenzuhalten, wobei offenbleiben kann, wie weit ihre diesbezügliche Darlegungs- und Nachweispflicht reicht (vgl. BSG DB1R 4451, AFG/§ 128). Eine unmittelbare Anwendung des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG, auf den sich die Klägerin ausdrücklich beruft, kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil das Beschäftigungsverhältnis mit B. nicht durch Kündigungsaus-spruch, sondern aufgrund des Auflösungsvertrags vom 01. Juli 1996 vereinbarungsgemäß beendet wurde. Die von der Klägerin herangezogene Bestimmung ist nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung auf Fälle der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht entsprechend anwendbar (vgl. [BSGE 81, 259](#), 264 f.; BSG DB1R 4451, AFG/§ 128; BSG, Urteile vom 16. September 1998 - [B 11 AL 59/97 R](#) - und vom 03. Dezember 1998 - [B 7 AL 110/97 R](#) -, zuletzt vom 14. Dezember 2000 - [B 11 AL 19/00 R](#) -; auch ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. schon Senatsbeschuß vom 22. Juli 1996 - L 13 Ar 2883/95 eA-B - Breithaupt 1997, 376, 378 ff.; Senatsurteil vom 08. Oktober

1996 Breithaupt 1997, 433, 444 f.). Eine materiell-rechtliche Prüfung sozial gerechtfertigter Gründe für die vertraglich getroffene Regelung, zu denen die Klägerin im übrigen - bezogen auf den vorliegenden Einzelfall - nichts vorgetragen hat, ist deshalb hier nicht durchzuführen. Das BVerfG hat im Urteil vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#), 197) gerade in der Wahl bestimmter Formen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen älterer Arbeitnehmer ein Indiz dafür gesehen, daß die Arbeitslosigkeit in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fällt. Bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses setzt sich der Arbeitgeber nicht dem Risiko einer etwaigen Sozialwidrigkeit der Kündigung aus. Anhaltspunkte für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund (§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG) sind gleichfalls nicht gegeben; auch hierzu hat die Klägerin nichts dargetan. Weitere Befreiungstatbestände sind nicht ersichtlich. Daß der Bescheid vom 11. Dezember 1998 die (fällige) Erstattungsforderung für einen Zeitraum von mehr als einem Vierteljahr umfaßt, beschwert die Klägerin nicht (vgl. [BSGE 81, 259](#), 262; BSG DB1R 4451, AFG/§ 128).

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 128 AFG als solche bestehen nach gefestigter Rechtsprechung nicht (vgl. [BSGE 81, 259](#), 266 f.; BSG DB1R 4451 AFG/§ 128; BSG, Urteil vom 07. Mai 1998 - [B 11 AL 81/97 R](#) - [SGB 1998, 364](#); BSG, Urteile vom 25. Juni 1998 - [B 7 AL 80/97 R](#) -, [SGB 1998, 472](#), und [B 7 AL 82/97 R](#) -); dieser höchstgerichtlichen Rechtsprechung schließt sich der Senat nach eigener Prüfung an. Soweit die Klägerin nach wie vor einen Verfassungsverstoß u.a. darin zu erkennen glaubt, daß der Gesetzgeber den Aufhebungsvertrag der sozial gerechtfertigten Kündigung nicht gleichgestellt hat, hat das BVerfG im Urteil vom 23. Januar 1990 selbst beispielhaft die in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers fallenden Sachverhalte, darunter auch den Aufhebungsvertrag aufgeführt, welche - vom hier nicht eingreifenden Ausnahmefall des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung abgesehen - dessen Erstattungspflicht rechtfertigen (vgl. [BVerfGE 81, 156](#), 197, 201); der Beschluss des BVerfG vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) ff.) vermag deshalb die Argumentationslinie der Klägerin nicht zu unterstützen (vgl. schon Senatsurteil vom 18. Mai 1999 - [L 13 AL 3224/98](#) -); das BVerfG hat lediglich ent-schieden, die Belastung des Arbeitgebers mit den vollen Kosten der Arbeitslosigkeit zusätzlich zur Karenzentschädigung beim Wettbewerbsverbot sei unverhältnismäßig. Im übrigen sind abstrakte verfassungsrechtliche Erwägungen ohne konkreten Bezug zur Streit-sache nicht angezeigt (vgl. Senatsurteil vom 08. Oktober 1996 Breithaupt 1997, 633, 642 m.w.N.). Nach alledem besteht keine Veranlassung, das Verfahren gemäß [Art. 100 Abs. 1 Satz 1](#) des Grundgesetzes auszusetzen, um eine verfassungsgerichtliche Entscheidung herbeizuführen.

Da mithin die Voraussetzungen des § 128 AFG erfüllt sind, ist die Klägerin grundsätzlich zur Erstattung des Alg einschließlich der Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung (§ 128 Abs. 4 AFG) verpflichtet. Der geforderte Erstattungsbetrag von insgesamt 104.073,02 DM ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Erstattung bemisst sich grundsätzlich nicht nach den tatsächlichen Aufwendungen der Beklagten, sondern danach, was sie aufgrund von Rechtsvorschriften zu erbringen hatte (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 3](#) Bl. 32; [BSGE 81, 259](#), 267). Gründe, die einem Alg-Anspruch des B. in der streitbefangenen Zeit entgegen gestanden hätten, sind nicht gegeben. Die Ablehnung der Leistungsbewilligung für die Zeit vom 01. Januar bis 25. März 1997 wegen Eintritts einer Sperrzeit von 12 Wochen (Bescheid vom 06. Februar 1997) hat B. nicht angefochten und damit bestandskräftig werden lassen. Das Ruhen des Alg-Anspruchs wegen der Abfindung nach § 117 Abs. 2 und 3 AFG (Fassung durch das Erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms - 1. SKWPG - vom 21. Dezember 1993 (BGB1. I S. 2353)), das in Anbetracht des in den Monaten Juni bis November 1996 (also an 180 Kalendertagen) erzielten und abgerechneten Arbeitsentgelts von insgesamt 49.976,- DM der Zahlung für insgesamt (lediglich) 57 Kalendertage bis 26. Februar 1997 entgegen gestanden hätte, wirkt sich vorliegend nicht aus; die Bestimmung des § 117a AFG führt hier i.V.m. § 242x Abs. 3 AFG und [§ 427 Abs. 6 SGB III](#) zu einem weiteren Ruhen des Alg-Anspruchs bis zum 02. April 1997 (Bescheid vom 06. Februar 1997). Sonstige Umstände, die einen Alg-Anspruch des B. in der streitbefangenen Zeit gehindert hätten, sind nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens auszuschließen.

Das Alg ist vom ArbA unter Anwendung der §§ 111, 112, 112a AFG (alle in den hier anzuwendenden Regelungen in der Fassung des 1. SKWPG) und des § 113 AFG sowie der Leistungsverordnung 1997 und 1998 bei einem in den Monaten Juni bis November 1996 erzielten bereits abgerechneten Bruttoarbeitsentgelt von insgesamt 49.176,- DM (umgerechnet auf den Monat 8.196,- DM) rechnerisch richtig mit 673,80 DM wöchentlich für das Jahr 1997 und mit 676,69 DM wöchentlich vom 01. Januar bis 30. November 1998 sowie mit 682,57 DM wöchentlich für Dezember 1998 ermittelt und gezahlt worden (Bemessungsentgelt 1.890,- DM bzw. 1.910,- DM ab 01. Dezember 1998, Leistungsgruppe C, Nettolohnersatzquote von 60 v.H.); dies ergibt bei 599 Leistungstagen einen Betrag von 61.588,79 DM. Hinzu kommen zunächst die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung. Der Umfang der Beitragspflicht (§§ 155, 157 Abs. 1 AFG) richtet sich nach dem Bemessungsentgelt, von dem 80 v.H. die beitragspflichtigen Einnahmen bilden, soweit es ein Dreihundertsechzigstel der Jahresarbeitsentgeltgrenze der Versicherten in der Krankenversicherung nicht über-steigt (§ 157 Abs. 3 Satz 1 AFG in der hier anzuwendenden Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung des SGB vom 13. Juni 1994 (BGB1. I S. 1229)), d.h. vorliegend 1.148,- DM 1997 (80 v.H. von 1.435,- DM) und 1.376,- DM 1998 (80 v.H. von 1.470,- DM). Da das Alg nach der hier maßgeblichen Bestimmung des § 114 AFG 1997 jeweils nur für sechs Wochentage gezahlt wurde, ist das wöchentliche Be-messungsentgelt zur Vermeidung eines zu niedrigen Beitrags 1997 durch 6 (statt 7) wie in § 157 Abs. 3 Satz 1 AFG formuliert zu teilen; dies war nach den Gesetzesmaterialien so gewollt (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeits- und Sozialordnung - [BT-Drucks. 8/4020 S. 91](#) zu § 157) und wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur gebilligt (z.B. Senatsurteil vom 19. August 1997 - L 13 Ar 23/97 -, bestätigt durch Urteil des BSG vom 03. Dezember 1998 - B 7 AL 1010/97 R -; Theuerkauf in Hennig u.a., AFG, Stand Juli 1998, § 157 Rdnr. 20; Düé in Niesel, AFG, 2. Aufl. § 157 Rdnr. 6). Aus dem auf diese Weise ermittelten täglichen Arbeitsentgelt von 191,33 DM errechnen sich vervielfacht mit 234 Leistungstagen (03. April bis 31. Dezember 1997) beitragspflichtige Einnahmen von 44.771,99 DM; beim Beitragssatz der BKK von 12,6 v.H. ergeben sich sonach Beträge von 5.641,27 DM. Da das Alg nach der für 1998 maßgeblichen Bestimmung des [§ 139 SGB III](#) jeweils für sieben Kalendertage gezahlt wurde, ist das wöchentliche Bemessungsentgelt durch 7 zu teilen. Aus dem auf diese Weise ermittelten täglichen Arbeitsentgelt von 168,- DM errechnen sich vervielfacht mit 365 Leistungstagen (01. Januar bis 31. Dezember 1998) beitragspflichtige Einnahmen von 61.320,- DM; beim Beitragssatz der BKK von 12,6 v.H. 1998 ergeben sich sonach Beträge von 7.726,31 DM, insgesamt also 13.367,58 DM. Soweit die Beklagte lediglich Beiträge zur Krankenversicherung in Höhe von 13.158,43 DM geltend gemacht hat, weil sie für die Berechnung der Beiträge im Jahr 1997 im Bescheid vom 02. Dezember 1999 das wöchentliche Bemessungsentgelt durch 7 geteilt hat, wirkt sich der niedrigere Erstattungsbetrag nicht zuungunsten der Klägerin aus. Entsprechend zu ermitteln sind die Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung (§ 166c AFG (Fassung durch Gesetz vom 15. Dezember 1995 a.a.O.) i.V.m. [§§ 29 Abs. 1 Nr. 2](#), [57 Abs. 1](#) und [2, 59 Abs. 1](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI); bei dem Beitragssatz von 1,7 v.H. 1997 und 1998 errechnen sich insgesamt Beträge von 1.803,56 DM. Auch hier wirkt sich der zu niedrige Erstattungsbetrag von nur 1.775,34 DM nicht zuungun- sten der Klägerin aus. Die Höhe der Beiträge zur Rentenversicherung bemisst sich nach 80 v.H. des dem Alg zugrunde liegenden Bemessungsentgelts ([§§ 3 Satz 1 Nr. 3](#), [166 Abs. 1 Nr. 2](#), [170 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch), das sind 1.512,- DM bis 30. November 1998 und 1.528,- DM für Dezember 1998. Aus den gleichfalls mit dem Divisor 6 auf die Woche umgerechneten

beitragspflichtigen Einnahmen für 1997 vervielfacht mit dem maßgeblichen Beitragssatz von 20,3 v.H. ergeben sich bei 234 Leistungstagen 11.970,50 DM; der tatsächlich beanspruchte Erstattungsbetrag von 11.751,26 DM ist nicht zuungunsten der Klägerin falsch berechnet. Aus 80 v.H. des dem Alg zugrunde liegenden Bemessungsentgelts für 1998 errechnen sich bei mit dem Divisor 7 auf die Woche umgerechneten beitragspflichtigen Einnahmen vervielfacht mit dem maßgeblichen Beitragssatz von 20,3 v.H. bei 365 Leistungstagen 16.018,90 DM; der tatsächlich beanspruchte Erstattungsbetrag von 15.799,20 DM ist wiederum nicht zuungunsten der Klägerin falsch ermittelt. Mithin steht der Beklagten jedenfalls der - zu niedrig berechnete - Erstattungsbetrag von insgesamt 104.073,02 DM zu, den sie geltend gemacht hat.

Eine Aufhebung des Gerichtsbescheids des SG und Zurückverweisung gemäß [§ 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#) wegen des vom SG überangenen Antrags der Klägerin auf Akten-einsicht kam vorliegend nicht in Betracht. Die Berufung war entscheidungsreif und im Berufungsverfahren wurde der Klägerin Akteneinsicht gewährt. Die Klägerin hat im übrigen nichts dazu dargelegt, inwiefern es ihr unmöglich gemacht oder rechtswidrig erschwert worden sei, ihre prozessualen Rechte geltend zu machen.

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

Der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)). Denn gegen das einen vergleichbaren Sachverhalt betreffende Urteil des Senats vom 14. Juli 2000 - [L 13 AL 2621/97](#) - ist vom Bundessozialgericht die dort unter B 7 AL 126/00 R geführte Revision zugelassen worden.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-12-20