

## L 13 AL 1647/99

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 16 AL 1647/99  
Datum  
24.11.1995  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 AL 1647/99  
Datum  
28.08.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Auf einen nach seiner letzten Stellung im Betrieb nicht mehr zu den leitenden Angestellten gehörenden Arbeitnehmer finden tarifvertragliche Regelungen über eine Einschränkung der ordentlichen Kündbarkeit Anwendung, wenn der Arbeitgeber diese kraft betrieblicher Übung auch auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer anwendet; dass nach dem Arbeitsvertrag der damals noch zu den leitenden Angestellten zuzählende Arbeitnehmer als sog. außertariflicher Angestellter angesehen wurden, ändert daran nichts. 2. Wird dem ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmer ordentlich gekündigt und danach das Arbeitsverhältnis zum gleichen Zeitpunkt durch Aufhebungsvertrag beendet, ist der Aufhebungsvertrag für die Beendigung ursächlich, so dass § 128 Abs 1 S 2 Nr 4 AFG nicht eingreift. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24. November 1995 abgeändert. Der Bescheid der Beklagten vom 20. November 1998 wird aufgehoben, soweit in ihm ein Erstattungsbetrag von 19.324,83 DM für den Zeitraum 2. Januar bis 5. Mai 1995 enthalten ist. Im übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und die Klage wegen der Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 abgewiesen.

Die Beklagte hat der Klägerin ein Drittel der außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens und die außergerichtlichen Kosten des Klageverfahrens zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen, soweit die Klägerin unterlegen ist.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob die Klägerin der Beklagten nach der früheren Bestimmung des § 128 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) für die Zeit vom 2. Januar bis 30. Dezember 1995 Arbeitslosengeld (Alg) und die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung zu erstatten hat (insgesamt 56.110,08 DM). Der am 8. April 1935 geborene L. war bei der Klägerin seit 15. März 1979 zunächst als Leiter der Abteilung Organisation und Verwaltung beschäftigt. Ab 1. Juli 1981 übernahm er unter Beibehaltung der Aufgaben des Assistenten der Geschäftsführung Vertrieb die Leitung der Hauptabteilung Zentralfunktionen im Rahmen des Geschäftsbereichs Vertrieb. 1989 wurde L. als Revisor in die Stabsabteilung Interne Revision und ab 1. Juli 1992 nach Zerwürfnis mit dem Leiter der Abteilung Revision in seinem Einverständnis in die Anlagenbuchhaltung als Sachbearbeiter umgesetzt und mit Eingaben am Bildschirm betraut. Er ist bei der Deutschen Angestellten-Krankenkasse (DAK) krankenversichert. Am 10. Juni 1994 kündigte die Klägerin L. außerordentlich mit einer Auslauffrist zum 31. Dezember 1994 wegen krankheitsbedingten Fehlzeiten. Am 24. Juni 1994 sprach sie unter Aufrechterhaltung der früheren Kündigung die ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1994 aus. Beide Kündigungen fanden nicht die Zustimmung des Betriebsrates (Stellungnahmen vom 7. und 24. Juni 1994). Dieser führte aus, etwaige krankheitsbedingte Fehlzeiten seien - auch nach der Aussage der L. behandelnden Ärzte - durch die Personalpolitik der Klägerin und die daraus resultierende Unterforderung und Demotivation von L. verursacht. Gegen die außerordentliche Kündigung erhob L. beim Arbeitsgericht Stuttgart Klage am 23. Juni 1994. Am 27. Juni 1994 schloß die Klägerin mit L. einen Aufhebungsvertrag, in welchem unter anderem vereinbart wurde, dass L. aufgrund der außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung bzw. der nachfolgenden ordentlichen Kündigung mit Ablauf des 31. Dezember 1994 ausscheidet, er unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeit freigestellt wird, die Klägerin ihm für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Sozialabfindung von 110.000,00 DM bezahlt und L. sich zur Rücknahme der Kündigungsschutzklage verpflichtet. Mit Schreiben vom 5. Juli 1994 nahm L. die Kündigungsschutzklage zurück. Am 4. November 1994 meldete sich L., auf dessen Lohnsteuerkarte für 1995 die Steuerklasse III/0 eingetragen war, beim Arbeitsamt Stuttgart - Dienststelle Leonberg - (ArbA) arbeitslos und beantragte mit Wirkung zum 1. Januar 1995 Alg. Im Formantrag vom 7. November 1994 verneinte er die unter den Ziffern 4 b, 5 a sowie 8 a gestellten Fragen, ob er vom Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben sei, ob ihm die letzte Tätigkeit zu schwer gewesen sei und ob er eine solche Tätigkeit aus anderen (z. B. gesundheitlichen) Gründen nicht mehr verrichten wolle, ob er (im einzelnen aufgeführte) Leistungen beziehe

oder einen Antrag auf solche Leistungen gestellt habe. Die Klägerin gab in der Arbeitsbescheinigung vom 21. Dezember 1994, in der Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt für zusammenhängend mehr als 4 Wochen nicht vermerkt sind, keine Gründe zur Aufhebung des Beschäftigungsverhältnisses an. L. habe in den bereits abgerechneten Lohnabrechnungszeiträumen Juni bis November 1994 ein gleichbleibendes monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 9.300,00 DM bei einer tariflichen wöchentlichen Arbeitszeit von 36 Stunden erzielt. L. nannte als Grund für die Aufhebung des Beschäftigungsverhältnisses die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 24. Juni 1994. Mit Bescheid vom 3. Januar 1995 bewilligte das ArbA Alg ab 2. Januar 1995 in Höhe von 665,40 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 1.820,- DM, Leistungsgruppe C, Kindermerkmal 0); dieser Leistungssatz wurde bis 31. Dezember 1995 gezahlt, dann unter Anwendung der AFG-Leistungsverordnung 1996 ab 1. Januar 1996 auf 679,80 DM wöchentlich geändert (Bescheid vom 15. Januar 1996) und so bis 31. Dezember 1996 gewährt. Seit 1. Januar 1997 bezieht L. von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) Altersrente wegen Arbeitslosigkeit (Bescheid vom 12. Februar 1997). Auf das formularmäßige Schreiben des ArbA vom 30. Dezember 1994 ("Anhörung anlässlich der Entscheidung über die Erstattungspflicht") ging eine Äußerung der Klägerin nicht ein. Durch Bescheid vom 21. April 1995 stellte das ArbA fest, dass die Klägerin verpflichtet sei, das ab 1. Januar 1995 bezahlte Alg einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für längstens 624 Tage zu erstatten. Mit ihrem Widerspruch äußerte die Klägerin insbesondere zur gesetzlichen Ausgestaltung der Befreiungstatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 2 AFG verfassungsrechtliche Bedenken; sie rügte ferner, dass die Beklagte zum Erlass von Grundlagenbescheiden nicht befugt sei und das ArbA seiner Amtsermittlungspflicht in Bezug auf das Vorliegen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung nicht ausreichend nachgekommen sei, wodurch auch ihr Anhörungsrecht verletzt werde. Mit Widerspruchsbescheid vom 30. Juni 1995 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Deswegen hat die Klägerin am 7. Juli 1995 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Die Klägerin hat auf ihr Vorbringen im Widerspruchsverfahren Bezug genommen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Mit Urteil vom 24. November 1995 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des den Bevollmächtigten der Klägerin gemäß Empfangsbekanntnis am 29. November 1995 zugestellten Urteils wird Bezug genommen. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 1. Dezember 1995 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat das ArbA den Abrechnungsbescheid vom 18. Dezember 1995 über die Erstattungsforderung von 42.261,95 DM für die Zeit vom 2. Januar bis 30. September 1995 erlassen (25.950,60 DM Alg, 5.749,38 DM Krankenversicherungsbeiträge, 10.561,97 DM Rentenversicherungsbeiträge). Das ursprünglich unter dem Aktenzeichen L 13 Ar 3260/95 geführte Verfahren hat im Hinblick auf mehrere beim Bundessozialgericht (BSG) anhängige Revisionsverfahren geruht (Beschluss vom 19. Dezember 1996). Unterdessen hat sich das ArbA an L. mit mehreren Fragen zu dessen Gesundheitszustand in der Zeit vom 1. Januar 1995 bis 31. Dezember 1996 gewandt (Schreiben vom 10. August 1998). Dieser hat in seiner Antwort vom 24. August 1998 ausgeführt, er habe in den letzten zwei Jahren seines Beschäftigungsverhältnisses, für dessen Beendigung gesundheitliche Gründe maßgeblich gewesen seien, krankheitsbedingte Fehlzeiten gehabt. Eine Weiterbeschäftigung auf dem letzten Arbeitsplatz wegen dieser Gründe wäre aber möglich gewesen. Sein behandelnder Arzt habe aus diesem Grund die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses nicht empfohlen. Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sei er wegen Erkrankung/Beschwerden nicht wieder in ärztlicher Behandlung und nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Mit zwei Schreiben vom 9. Oktober 1998 ("Anhörung anlässlich der Entscheidung über die Erstattungspflicht") hat das ArbA unter Beifügung des Schreibens des L. vom 24. August 1998 der Klägerin Gelegenheit gegeben, bezüglich der Erstattungspflicht für die Zeit vom 2. Januar bis 30. September 1995 und 1. Oktober 1995 bis 29. Dezember 1996 in Höhe von insgesamt 115.199,78 DM Stellung zu nehmen; die Befragung des L. hinsichtlich etwaiger Änderungen seines Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben. Die Klägerin hat sich hierauf nicht geäußert. Mit dem den früheren Bescheid vom 18. Dezember 1995 ersetzenden Bescheid vom 20. November 1998 hat das ArbA für den Zeitraum 2. Januar bis 30. September 1995 eine Erstattungsforderung von 42.082,56 DM (25.950,60 DM Alg, 5.686,20 DM Krankenversicherungsbeiträge, 10.445,76 DM Rentenversicherungsbeiträge) und mit weiterem Bescheid vom 20. November 1998 für den Zeitraum 1. Oktober 1995 bis 29. Dezember 1996 eine Erstattungsforderung von 73.117,22 DM (44.479,80 DM Alg, 9.640,80 DM Krankenversicherungsbeiträge, 18.212,74 DM Rentenversicherungsbeiträge, 774,88 DM Pflegeversicherungsbeiträge) festgesetzt. Beide Bescheide enthalten den Hinweis, dass sie Gegenstand des Verfahrens vor dem Landessozialgericht würden. Nachdem die BfA mit Schreiben vom 24. Februar 1999 mitgeteilt hatte, Anspruch auf Altersrente wegen Arbeitslosigkeit hätte bereits ab 1. Januar 1996 bestanden, hat die Beklagte mit den früheren Bescheid vom 20. November 1998 ersetzendem Bescheid vom 29. März 1999 für den Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1995 eine Erstattungsforderung von 14.027,52 DM (8.650,72 DM Alg, 1.895,40 DM Krankenversicherungsbeiträge, 3.481,92 DM Rentenversicherungsbeiträge) festgesetzt; dieser Bescheid enthält den Hinweis, dass er Gegenstand des Verfahrens beim Landessozialgericht werde. Mit Schriftsatz vom 19. April 1999 hat die Beklagte das Verfahren wieder angerufen. Zur Begründung ihres weiter aufrecht erhaltenen Begehrens ist die Klägerin bei ihrer Auffassung geblieben, dass die Neuregelung des § 128 AFG verfassungswidrig sei. Die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der Entscheidung vom 10. November 1998 [1 BvR 2296/96](#) und [1 BvR 1081/97 \(BVerfGE 99, 202 ff.\)](#) zur Verfassungswidrigkeit des § 128 a AFG aufgestellten Grundsätze seien auch auf die 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 L. sei schon vom Ansatz her unzureichend gewesen. Sie sei auch zu spät erfolgt, denn das ArbA sei durchaus in der Lage gewesen, L. zeitnah zur Abrechnungsentscheidung zu hören. Es müsse, wofür sie verschiedene Unterlagen vorgelegt hat, berücksichtigt werden, dass L. 1989 an 18, 1999 an 16, 1991 an 76, 1992 an 9, 1993 an 119 und bis 10. Juni 1994 an 48 Tagen krankheitsbedingte gefehlt habe. Die Fehlzeiten seien erst ab 1989 aufgetreten, als L. im Zuge einer innerbetrieblichen Umstrukturierung in die interne Revision versetzt worden sei. Er habe alsbald keinerlei Engagement mehr gezeigt; die Zusammenarbeit mit ihm habe sich außerordentlich schwierig gestaltet. L. habe angegeben, die Ursache seiner Fehlzeiten sei psychosomatisch. Die Beklagte trage letztlich die Beweislast für die (negative) Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs auf andere Sozialleistungen. Im übrigen fehle es im Hinblick auf die streitbefangenen Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 am erforderlichen Vorverfahren. Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24. November 1995 sowie die Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 aufzuheben, hilfsweise, das Verfahren auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, weiter hilfsweise, die Revision zuzulassen. Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen und die Klage wegen der Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 abzuweisen. Sie hält das angefochtene Urteil und die streitbefangenen Bescheide für zutreffend. Der Senat hat L. schriftlich befragt. Dieser hat am 31. Mai 1999 und 20. Juni 2000 erklärt, die Behandlung bei dem seit 30. September 1994 nicht mehr praktizierenden Arzt Dr. Biersack wegen psychosomatischer Beschwerden, hervorgerufen durch das Mobbing beim früheren Arbeitgeber, sei mit seiner Freistellung am 30. Juni 1993 beendet worden. Der Internist Dr. Leuchs, Praxisnachfolger von Dr. Biersack, hat auf die Befragung durch den Senat vom 28. Juni 2000 und 2. Mai 2001 als sachverständiger Zeuge erklärt, er habe L. in dem Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 1995 nicht behandelt; eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung habe er nicht ausgestellt. Die Klägerin hat zwei Anstellungsverträge mit L. vom 1. März 1979 und 30. Mai 1981 sowie die mit Februar 1989 vorgenommene Abänderung von § 1 des Anstellungsvertrags vorgelegt. In den beiden Verträgen ist in § 1 Nr. 4 geregelt, daß das Arbeitsverhältnis nicht in den Geltungsbereich der tariflichen Bestimmungen fällt. Weiter hat die Klägerin angegeben, es bestehe die betriebliche Übung, auf nicht tarifgebundene und

nicht außertarifliche Angestellte die gesamten Tarifverträge anzuwenden, soweit die Arbeitsverträge keine entsprechenden Klauseln enthalten. Zur weiteren Darstellung wird auf die Leistungsakte des ArbA (Stammnummer 426164), die Klageakte des SG (S 16 Ar 2550/95) und die Berufungsakten des Senats (L 13 Ar 3260/95 und [L 13 AL 1647/99](#)) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Berufung und Klage haben zum Teil Erfolg.

Gegenstand der Entscheidung im Berufungsverfahren sind nur noch die im Wege der isolierten Anfechtungsklage ([§ 154 Abs. 1 Satz 1](#) erste Alternative des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -) angegriffenen Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 über eine Erstattungsforderung von insgesamt 56.110,08 DM für den Erstattungszeitraum 2. Januar bis 31. Dezember 1995. Diese Bescheide haben nicht nur die ursprünglich erlassenen Abrechnungsbescheide im Sinne von [§ 153 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) ersetzt, sondern auch den Grundlagenbescheid vom 21. April 1995 gegenstandslos werden lassen. Dem Grundlagenbescheid kommt angesichts der den Erstattungszeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 1995 vollständig erfassenden Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 keine eigenständige Bedeutung mehr zu (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 260, ff. = SozR-4100 § 128 Nr. 5). Über die streitbefangenen Bescheide vom 23. November 1998 und 29. März 1999 war kraft Klage zu entscheiden (ständige Rechtsprechung seit [BSGE 18, 231](#), 234, f.), ohne dass es eines Vorverfahrens bedurfte (vgl. [BSGE 18, 93](#), 94; BSG, Urteil vom 15. November 1995 - [7 RA 12/95](#) -, Umdruck S. 5 DBIR 4281 AFG/§ 112). 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 und die Klage sind in der Sache jedoch nur begründet, soweit im streitbefangenen Bescheid vom 20. November 1998 für den Zeitraum 2. Januar bis 5. Mai 1995 eine Erstattungsforderung in Höhe von 19.324,83 DM festgesetzt wurde. Im übrigen ist die Berufung jedoch unbegründet; der Beklagten steht eine Erstattungsforderung in Höhe von 36.785,25 DM für den Zeitraum 6. Mai bis 31. Dezember 1995 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 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 unter anderem dann nicht ein, wenn der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 2 Nr. 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. Einen weiteren Befreiungstatbestand enthält § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG. Hiernach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufzeit zu kündigen. Soweit Alg zu erstatten ist, schließt dies die auf diese Leistungen entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung mit ein (§ 128 Abs. 4 AFG). Die streitbefangenen Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 sind 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 L.; 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 des 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](#) -, DBIR 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 Klägerin gerügten Formulierungen in dem an L. gerichteten Schreiben des ArbA vom 10. August 1998 kommt es jedenfalls für die Frage einer ordnungsgemäßen Anhörung im Rahmen des [§ 24 SGB X](#) nicht an. Die hinsichtlich der Bescheide vom 20. November 1998 mit Schreiben vom 09. Oktober 1998 durchgeführte Anhörung der Klägerin war ausreichend. Die Anhörung durfte noch im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 4](#) Bl. 34 f. unter Hinweis auf BSG - Großer Senat - [BSGE 75, 159](#) ff. = [SozR 3-1300 § 41 Nr. 7](#)). 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 21. Dezember 1994 (vgl. [§ 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X](#)) - hinreichende Kenntnisse, um sich zur Ausschöpfung ihres Rechts auf rechtliches Gehör gegebenenfalls weitere Tatsachenkenntnis zu verschaffen, ohne daß das Rechenwerk im einzelnen genauer hätte aufgeschlüsselt werden müssen (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 261 f.; BSG DBIR 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 anderweitigen Sozialleistungen führe; die Antwort von L. war beigefügt. 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 08. April 1935 geborene L. war vor der mit Wirkung ab 01. Januar 1995 erfolgten Arbeitslosmeldung vom 07. März 1979 bis 31. Dezember 1994 bei der Klägerin lückenlos beitragspflichtig beschäftigt; er hatte zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis bereits das 59. 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 02. Januar bis 31. Dezember 1995 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. Zwar läßt sich dem Auflösungsvertrag vom 27. Juni 1994 entnehmen, daß Grund für die Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses krankheitsbedingte Fehlzeiten des L. waren, und die Klägerin hatte dem L. zuvor sowohl aus wichtigem Grund als auch ordentlich wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten gekündigt. L. hat jedoch die im Formantrag vom 04. November 1994 gestellten

Fragen, ob er vom Arzt krankgeschrieben sei, ob ihm die letzte Tätigkeit zu schwer gewesen sei oder eine solche aus anderen (z.B. gesundheitlichen) Gründen nicht mehr verrichten wolle, ob er Sozialleistungen beziehe oder eine solche Leistung beantragt habe, jeweils verneint. In der Arbeitsbescheinigung vom 21. Dezember 1994 waren Unterbrechung der Zahlung von Arbeitsentgelt nicht vermerkt. Diesen Angaben, die gegen eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung sprechen, stehen auch die erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers insbesondere 1993 (119 Tage) und 1994 (bis 10. Juli 1994 48 Tage) nicht entgegen. Denn die diesen Fehlzeiten zugrundeliegenden Beschwerden waren ausschließlich psychosomatischer Natur und resultierten aus der "Unzufriedenheit" des L. mit der von ihm verrichteten Tätigkeit. L. fühlte sich im Betrieb gemobbt. Demzufolge hat L. die Behandlung bei Dr. Biersack nach der Freistellung von der Arbeit mit Ablauf des 30. Juni 1994 nicht mehr fortgesetzt. Mit Wegfall der Beschäftigung waren die gesundheitlichen Beeinträchtigungen verschwunden. L. hätte die zuletzt verrichtete Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber ohne weiteres verrichten können; er wäre nach seiner eigenen Einschätzung ohne das von ihm beklagte Mobbing auch zur Fortsetzung der Beschäftigung bei der Klägerin in der Lage gewesen. Nach alledem hatte L. in der umstrittenen Zeit weder einen Anspruch auf eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen noch auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit. Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht ohne konkreten Anhaltspunkt kein Anlaß zu noch weitergehenden Ermittlungen (vgl. [BSGE 81, 259](#), 263 f.; BSG [SGB 1998 364](#)). 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 71/00 R](#) -, Urteile vom 2. November 2000 - [B 11 AL 11/00 R](#), [B 11 AL 13/00 R](#), [B 11 AL 17/00 R](#) -, Urteil vom 8. Februar 2001 - [B 11 AL 10/00 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.). Der von der Klägerin ins Feld geführte Verstoß gegen das Gebot zeitnaher Ermittlungen ist somit nicht erkennbar, ganz abgesehen davon, daß Fehler im Verwaltungsverfahren - wie bereits ausgeführt - regelmäßig nach [§ 42 Abs. 1 SGB X](#) nicht durchschlagen, wenn eine andere Entscheidung in der Sache nicht zu treffen ist (vgl. nochmals [BSGE 81, 259](#), 263; BSG DBIR 4451, AFG/§ 128; ferner Senatsurteil vom 08. Oktober 1996 Breithaupt 1997, 633, 640 f.; Senatsurteil vom 18. Mai 1999 - [L 13 AL 3224/98](#) - [unveröffentlicht]). 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 DBIR 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 L. nicht durch Kündigungsausspruch, sondern durch die Ausscheidensvereinbarung vom 27. Juni 1994 beendet wurde. Das Beschäftigungsverhältnis ist weder durch die außerordentliche Kündigung vom 10. Juni 1994 noch durch die ordentliche Kündigung vom 24. Juni 1994 beendet worden. Für eine außerordentliche Kündigung (vgl. [§ 626](#) des Bürgerlichen Gesetzbuchs) lagen, wie an anderer Stelle auszuführen sein wird, die Voraussetzungen nicht vor. Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin war ausgeschlossen. Nach Nr. 4.4 des Manteltarifvertrags für Arbeiter und Angestellte in der Metallindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden vom 5. Mai 1990 (MTV) kann einem Beschäftigten, der das 53., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Diese Klausel war auf L. anwendbar. Die Klägerin hat dargelegt, daß sie im Rahmen einer betrieblichen Übung die gesamten Tarifverträge auf nicht tarifgebundene und nicht außertarifliche Angestellte angewendet hat, soweit - wie hier - die Arbeitsverträge keine entsprechenden Klauseln über die Anwendung der Tarifverträge enthielten. Der Anwendung von Nr. 4.4 MTV auf das Arbeitsverhältnis von L. steht nicht Nr. 1.1.3.2 MTV entgegen. Hiernach sind nicht Angestellte im Sinne des MTV Vorstandsmitglieder und gesetzliche Vertreter von juristischen Personen und von Personengesamtheiten des privaten Rechts, ferner die Geschäftsführer und deren Stellvertreter, alle Prokuristen und die leitenden Angestellten im Sinne des [§ 5 Betriebsverfassungsgesetz \(BetrVG\)](#). L. war zum Zeitpunkt des Ausspruchs der ordentlichen Kündigung kein - was nur in Betracht kam - leitender Angestellter im Sinne von [§ 5 BetrVG](#). Leitender Angestellter gemäß [§ 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG](#) ist, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder Betrieb zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist (Nr. 1), Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist (Nr. 2) oder regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst (Nr. 3). Hiervon ausgehend war L. zwar spätestens ab 1. Juli 1981 mit Übernahme der Leitung der Hauptabteilung Zentralfunktionen unter Beibehaltung seiner Aufgaben als Assistent der Geschäftsführung Vertrieb nach Arbeitsvertrag und Stellung im Betrieb leitender Angestellter. Diesen "Status" verlor L. jedenfalls ab 1. Juli 1992 mit Übernahme einer Tätigkeit als Sachbearbeiter in der Anlagenbuchhaltung mit der Eingabe von Daten an Bildschirmen. Als solcher gehörte er, was ganz offensichtlich ist, nach seiner Stellung im Betrieb nicht mehr zur Gruppe der leitenden Angestellten im Sinne des [§ 5 BetrVG](#) und der Nr. 1.1.3.2 MTV. Über die in Nr. 1.1.3.2 MTV aufgezählten und vom Geltungsbereich des MTV ausgenommenen Personen kennt der MTV keine weiteren außertariflichen Angestellten (zu den außertariflichen Angestellten vgl. Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht/Senne 4.1 Rz 47 ff.; zuletzt Bundesarbeitsgericht [NZA 2001, 336](#), 338) sodass nach Fortfall der Stellung als leitender Angestellter unerheblich ist, ob die in § 1 Nr. 4 der Arbeitsverträge vereinbarte Nichtgeltung der tariflichen Bestimmungen fortgegolten hat oder nicht. Selbst bei Fortgeltung hätte die Klägerin nämlich auf den Arbeitsvertrag wegen dessen fehlender Zugehörigkeit zur Gruppe der außertariflichen Angestellten kraft betrieblicher Übung die Regelungen des MTV anwenden müssen, sodass in jedem Fall L. dem Schutz des MTV unterstellt war. Somit war die ordentliche Kündigung von L. ausgeschlossen und deshalb der Aufhebungsvertrag ursächlich für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die von der Klägerin herangezogene Bestimmung des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG ist nach inzwischen gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung auf Fälle der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aber nicht entsprechend anwendbar (vgl. [BSGE 81, 259](#), 264, ff; BSG DBIR 4451, AFG/§ 128; BSG, Urteile vom 16. September 1998 - [B 11 AL 59/97 R](#) - und vom 3. Dezember 1998 - [B 7 AL 110/97 R](#) [beide unveröffentlicht]; auch ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. schon Senatsbeschluss vom 22. Juli 1996 - L 13 Ar 2883/95 eA - B Breithaupt 1997, 376, 378 ff.; Senatsurteil vom 8. Oktober 1996, Breithaupt 1997, 633, 644 ff.). Eine materiell-rechtliche Prüfung sozial gerechtfertigter Gründe für die vertragliche 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. Die Klägerin hat auch nicht dargelegt und nachgewiesen, dass sie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit L. berechtigt war, dass Arbeitsverhältnis mit L. aus wichtigem Grund zu kündigen. Zwar hat die Klägerin L. am 10. Juni 1994 wegen krankheitsbedingten Fehlzeiten außerordentlich mit sozialer Auslaufrfrist gekündigt. Dafür, dass L. im Sinne von § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen wäre, seine Arbeit fortzusetzen (vgl. hierzu [BVerfGE 81, 156](#), 202 ff.; BSG [SozR 3-4100 § 117 Nr. 20](#)), fehlt jedoch jeglicher Anhalt. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten des L. traten erst nach seiner Umsetzung in die Anlagenbuchhaltung verbunden mit bloßer Sachbearbeiterfunktion auf und beruhten allein auf der dadurch verursachten Unterforderung und Demotivation. Die Klägerin hat nicht

einmal behauptet, dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, L. an einem anderen seinen Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz zu beschäftigen bzw. ihm verantwortungsvollere Aufgaben zuzuweisen, und so seiner Unterforderung und Demotivation zu begegnen. Angesichts dessen kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund als "ultima ratio" nicht in Betracht. Ebenso wenig sind sonstige zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigende Umstände vorgetragen oder ersichtlich. Weitere Befreiungstatbestände sind ebenfalls nicht gegeben. Daß der Bescheid vom 20. November 1998 die (fälligen) Erstattungsfordernungen für einen Zeitraum von mehr als einem Vierteljahr umfaßt, beschwert die Klägerin nicht (vgl. [BSGE 81, 259](#), 262; BSG DBIR 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 DBIR 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 höchstrichterlichen 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). Auch der Beschluss des BVerfG vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) ff.) vermag die Argumentationslinie der Klägerin nicht zu unterstützen (vgl. BSG Urteil vom 22. März 2001 - [B 11 AL 50/00 R -](#) zur Veröffentlichung bestimmt; schon Senatsurteil vom 18. Mai 1999 - L 13 ALV3224/98 -), weil das BVerfG darin lediglich entschieden hat, die Belastung des Arbeitgebers mit den vollen Kosten der Arbeitslosigkeit zusätzlich zur Karenzentschädigung sei unverhältnismäßig. Im übrigen sind abstrakte verfassungsrechtliche Erwägungen ohne konkreten Bezug zur Streitsache 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 verpflichtet. Der geforderte Erstattungsbetrag von insgesamt 56.110,08 DM ist um 19.324,83 DM zu mindern. Die Erstattung bemisst sich grundsätzlich nicht nach den tatsächlichen Aufwendungen der Beklagten, sondern danach, was sie aufgrund von Rechtsvorschriften zu erbringen hat (vgl. BSG [SozR 3 - 4100 § 128 Nr. 3](#) Bl. 32; [BSGE 81, 259](#), 197). Vorliegend ruhte der Anspruch von L. auf Alg gem. § 117 Abs. 2, 3 AFG wegen der Abfindung in Höhe von 110.000,00 DM, die er wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten hat. Voraussetzung dafür ist, dass das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet wurde (§ 117 Abs. 2 Satz 1 AFG). Dabei gilt bei zeitlich unbegrenztem Ausschluß der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber eine Kündigungsfrist von 18 Monaten (§ 117 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 AFG). Von dieser war auszugehen; die ordentliche Kündigung durch die Klägerin war ausgeschlossen. Da das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von sechs Monaten aufgelöst wurde, war die Frist von 18 Monaten nicht gewahrt. Somit führt die Berücksichtigung der Abfindung von 110.000,00 DM gem. § 117 Abs. 3 AFG zu einem Ruhen des Alg-Anspruchs für 126 Kalendertage. Gemäß § 117 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 AFG waren von der Abfindung in Höhe von 110.000,- DM 35 v.H., also 38.500,- DM zu berücksichtigen. L. bezog ein kalendertägliches Arbeitsentgelt von 303,26 DM (Arbeitsentgelt von 55.800,- DM erzielt an 184 Kalendertagen). Demnach hätte L. an 126 Kalendertagen den zu berücksichtigenden Anteil der Abfindung verdient gehabt; für diesen Zeitraum ruhte sein Anspruch auf Alg. Schließlich hat L. durch seine Mitwirkung am Auflösungsvertrag auch den Sperrzeitatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 AFG verwirklicht; die Folge wäre ein Ruhen des Alg-Anspruchs für 12 Wochen gewesen, was jedoch hinter dem Ruhezeitraum wegen der Abfindung zurückbleibt und sich nicht auswirkt. Die Beklagte durfte somit L. erst ab 6. Mai 1995 Alg gewähren. Dies führte zu einer Minderung des Erstattungsbetrages um 19.324,83 DM. Im Hinblick auf den dann noch verbleibenden Erstattungsbetrag von 36.785,25 DM ist das Alg vom ArbA unter Anwendung der §§ 111, 112, 112 a AFG (alle in den hier anzuwendenden Regelungen in der Fassung des 1. Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms - 1. SKWPG - vom 21. Dezember 1993 (BGBl I S. 2353)) und des § 113 AFG sowie der Leistungsverordnung 1995 vom 19. Dezember 1994 ([BGBl. I S. 3852](#)) bei einem in den Monaten Juni bis November 1994 erzielten und bereits abgerechneten Bruttoarbeitsentgelt von insgesamt 55.800,00 DM (umgerechnet auf den Monat 9.300,00 DM) rechnerisch richtig mit 665,40 DM wöchentlich für die Zeit vom 6. Mai bis 31. Dezember 1995 ermittelt und gezahlt worden (Bemessungsentgelt 1.820,00 DM, Leistungsgruppe C, Nettolohnersatzquote von 60 v.H.); dies ergibt bei 205 Leistungstagen einen Betrag von 22.734,50 DM. Hinzu kommen zunächst die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung. Der Umfang der Beitragspflicht nach §§ 155, 157 Abs. 1 AFG richtet sich nach dem Bemessungsentgelt, von dem 80 v.H. die beitragspflichtigen Einnahmen bilden, soweit es ein 360tel der Jahresarbeitsentgeltgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung nicht übersteigt (§ 157 Abs. 3 Satz 1 AFG in der hier anzuwendenden Fassung des 2. Gesetzes zur Änderung des SGB vom 13. Juni 1994, [BGBl. I S. 1229](#)), das heißt vorliegend 1.092,00 DM (80 v.H. von 1.365,00 DM, Jahresarbeitsverdienstgrenze 1995 bei 5.850 DM). Da das Alg nach der hier maßgeblichen Bestimmung des § 114 AFG jeweils nur für 6 Wochentage gezahlt wurde, ist das wöchentliche Bemessungsentgelt zur Vermeidung eines zu niedrigen Beitrags durch sechs (statt sieben, 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-Drucksache - 8/4020 S. 91 zu § 157) und wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur gebilligt (z. B. Senatsurteil vom 19. August 1997 - [L 13 Ar 326/97](#) - bestätigt durch Urteil des BSG vom 3. Dezember 1998 - [B 7 AL 1010/97 R -](#); Theuerkauf in Hennig und andere, AFG, Stand Juli 1998, § 157 Rdnr. 20; Düe in Niesel, AFG, 2. Auflage, § 157 Rdnr. 6). Aus dem auf diese Weise ermittelten täglichen Arbeitsentgelt von 182 DM errechnen sich vervielfacht mit 205 Leistungstagen beitragspflichtige Einnahmen von 37.310,00 DM; bei den Beitragssätzen der DAK 1995 von 13,5 v.H. ergeben sich sonach Beiträge von 5.036,85 DM. Soweit die Beklagte lediglich Beiträge zur Krankenversicherung in Höhe von 4.317,30 DM geltend gemacht hat, weil sie für die Berechnung der Beiträge in den Bescheiden vom 20. November 1998 und 29. März 1999 das wöchentliche Bemessungsentgelt durch sieben geteilt hat, wirkt sich der niedrigere Erstattungsbetrag nicht zu Ungunsten der Klägerin aus. Die Höhe der Beiträge zur Rentenversicherung bemisst sich nach 80 v.H. des dem Alg zugrunde liegenden Bemessungsentgelts (vgl. § 3 Satz 1 Nr. 3, 166 Abs. 1 Nr. 2, 170 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b des 6. Buches Sozialgesetzbuch); das sind 1.456,00 DM; aus den gleichfalls mit dem Divisor sechs auf die Woche umgerechneten beitragspflichtigen Einnahmen vervielfacht mit dem maßgeblichen Beitragssatz (für 1995 18,6 v.H.) ergeben sich bei 205 Leistungstagen 9.252,88 DM; der tatsächlich beanspruchte Erstattungsbetrag ist wiederum mit 7.931,04 DM nicht zu Ungunsten der Klägerin falsch berechnet. Mithin steht der Beklagten jedenfalls der - zu niedrig berechnete - Erstattungsbetrag von noch 36.785,25 DM zu, den sie geltend gemacht hat. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#); hierbei hat der Senat dem Umstand, dass der Grundlagenbescheid erst durch die während des Berufungsverfahrens ergangenen Bescheide vom 20. November 1998 und 29. März 1999 vollen Umfangs hinfällig geworden und ferner der wegen der fehlenden Anhörung von der Beklagten für rechtswidrig erachtete

Abrechnungsbescheid vom 18. Dezember 1995 erst während des Berufungsverfahrens durch den Bescheid vom 20. November 1998 ersetzt worden ist, sowie der teilweisen Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 20. November 1998 angemessen Rechnung getragen. Der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache für die Klägerin zugelassen ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)). Denn gegen das einen vergleichbaren Sachverhalt betreffende Urteil des Senats vom 14. Juni 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

NRW

Saved

2006-07-14