

## L 8 AL 4336/05

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
8

1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 4 AL 3339/99

Datum  
20.06.2001  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 8 AL 4336/05

Datum  
23.06.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 20. Juni 2001 wird zurückgewiesen. Die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 20. April 2002 wird abgewiesen.

Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin beider Instanzen zu 1/6 zu erstatten ...

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Pflicht zur Erstattung des ihrem früheren Arbeitnehmer Lothar Benecke (AN) von der Beklagten gezahlten Arbeitslosengeldes sowie der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung.

Der am 1935 geborene AN war vom 11.11.1968 bis 31.12.1993 als Kfz-Schlosser bei der Firma M.-B. AG, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis, dessen ordentliche Kündigung zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen war, wurde durch einen am 16.08.1993 geschlossenen Aufhebungsvertrag zum 31.12.1993 beendet. AN erhielt aus Anlass der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung in Höhe von DM 28.304,-. Im Abrechnungszeitraum vom 01.10.1993 bis 31.12.1993 erhielt AN ein Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von insgesamt DM 14.400 DM (mtl. jeweils 4.800,- DM).

AN meldete sich am 25.11.1993 beim Arbeitsamt Stuttgart (AA) arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Er hielt seine Vermittlungsfähigkeit für nicht eingeschränkt. Die letzte Tätigkeit könne er weiter ausüben. Zum Grund des Ausscheidens gab AN am 29.12.1993 an, es handele sich um Personalabbau aufgrund von Beschäftigungsmangel. Andere Gründe (gesundheitliche) für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses lägen nicht vor.

Mit Bescheid ohne Datum stellte das AA den Eintritt einer Sperrzeit vom 01.01.1994 bis 25.03.1994 (12 Wochen) mit einer Minderung der Anspruchsdauer um 72 Wochentage sowie das Ruhen des Anspruchs wegen der erhaltenen Abfindung nach § 117 AFG bis zum 22.02.1994 fest.

Mit Bescheid vom 07.03.1994 bewilligte das AA Alg ab 26.03.1994 in Höhe von DM 74,30 täglich (Bemessungsentgelt DM 1.110,-, Leistungsgruppe C/0; Leistungstabelle 1994, Anspruchsdauer 760 Tage). Der tägliche Leistungssatz betrug ab 02.01.1995 DM 74,60. Ab 01.01.1996 bezog AN Altersrente wegen Arbeitslosigkeit.

Nach Anhörung der Rechtsvorgängerin der Klägerin stellte das AA mit Grundlagenbescheid vom 07.07.1995 die Verpflichtung der Firma zur Erstattung des AN gezahlten Arbeitslosengeldes fest.

Mit weiterem Bescheid vom 07.07.1995 stellte das AA die Verpflichtung der Rechtsvorgängerin der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für die Zeit vom 26.03.1994 bis 31.03.1995 in Höhe von insgesamt DM 36.526,71, mit Bescheid vom 06.10.1995 für die Zeit vom 01.04.1995 bis 30.06.1995 in Höhe von insgesamt DM 9.553,44, mit Bescheid vom 17.11.1995 für die Zeit vom 01.07.1995 bis 30.09.1995 in Höhe von insgesamt DM 9.675,92 und mit Bescheid vom 10.01.1996 für die Zeit vom 01.10.1995 bis 31.12.1995 in Höhe von insgesamt DM 9.612,72 zu erstatten.

Hiergegen erhob die Rechtsvorgängerin der Klägerin Widerspruch. Sie machte verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorschrift des § 128 AFG geltend. Eine Erstattungspflicht sei gemäß § 128 Abs. 1 Nr. 4 AFG nicht gegeben. Wegen fehlender Ermittlungen des AA hinsichtlich des Anspruches auf anderweitige Sozialleistungen sei der Erstattungsbescheid rechtswidrig. Die lückenhaften Ermittlungen des AA verletze

sie in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör. AN sei im Jahr 1990 an 11 Tagen, im Jahr 1991 an 12 Tagen und im Jahr 1992 an 34 Tagen arbeitsunfähig erkrankt gewesen.

Das AA befragte AN am 03.11.1998 zu wesentlichen Änderungen seines Leistungsvermögens (Veränderungen des Gesundheitszustandes mit der Folge anderweitigen Anspruchsberechtigung z.B. auf Krankengeld) seit der Arbeitslosmeldung im Beurteilungszeitraum vom 01.01.1994 bis 31.12.1995. AN antwortete nicht.

Anschließend unterrichtete das AA die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 17.12.1998 über die Erstattungspflicht nach § 128 AFG für die Zeit vom 26.03.1994 bis 31.12.1995 in Höhe von DM 65.039,69 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 16.01.1999 zu äußern. Eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben. Ein Berechnungsbogen war beigelegt.

Mit Änderungsbescheid vom 25.01.1999 (zu den Bescheiden vom 07.07.1995, 06.10.1995, 17.11.1995 und 10.01.1996) stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für die Zeit vom 26.03.1994 bis 31.12.1995 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt:

Alg (553 Leistungstage) DM 41.181,50 Beiträge zur Krankenversicherung DM 11.696,25 Beiträge zur Rentenversicherung DM 12.161,94 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 0,- Insgesamt DM 65.039,69 Der Bescheid werde Gegenstand des Widerspruchsverfahrens.

Mit Widerspruchsbescheid vom 02.06.1999 wies die Widerspruchsstelle des AA den Widerspruch der Klägerin gegen die Bescheide vom 07.07.1995, 06.10.1995, 17.11.1995, 10.01.1996 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 25.01.1999 zurück. Die Voraussetzungen des § 128 AFG für eine Erstattungspflicht seien erfüllt. Ein Ausnahmetatbestand liege nicht vor. Der Ermittlungspflicht sei ausreichend Rechnung getragen worden. § 128 AFG unterliege nach der ständigen Rechtsprechung des BSG keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Am 18.06.1999 erhob die Klägerin Klage ( S 4 AL 3339/99) beim Sozialgericht Stuttgart (SG). Sie machte geltend, § 128 AFG sei verfassungswidrig. Insoweit nahm sie insbesondere auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.1998 ([1 BvR 2296/96](#) und [1 BvR 1081/97](#)) zur Verfassungswidrigkeit des § 128a AFG Bezug. Die Beklagte, die die Beweislast trage, sei im Übrigen ihren Verpflichtungen zur Ermittlung nicht bzw. nicht in ausreichendem Umfang und nicht zeitnah nachgekommen. Die Beklagte habe es unterlassen, weiterführende Ermittlungen vorzunehmen. Das Gebot der zeitnahen Entscheidung sei nicht beachtet worden. Ihre Anhörung sei nicht wirksam erfolgt. Die Klägerin benannte Fehltag des AN wegen Arbeitsunfähigkeit für die Jahre 1990, 1991 und 1992.

Die Beklagte trat den Ausführungen der Klägerin entgegen. Im Änderungsbescheid vom 25.01.1999 seien aufgrund der Hinweise des BSG im Urteil vom 19.03.1998 - [B 7 AL 20/97 R](#) - zur Beitragsberechnung die zu erstattenden Beträge für die Kranken- und Rentenversicherung ermäßigt worden.

Das SG befragte AN insbesondere nach Erkrankungen während der letzten 3 Jahre des Beschäftigungsverhältnisses und vom 01.01.1994 bis 31.12.1995. AN teilte hierzu am 09.05.2000 mit, er könne keine genauen Angaben machen und bitte bei seinem Arzt zurück zu fragen.

Das SG hörte den Arzt für Allgemeinmedizin Dr. K. schriftlich als sachverständigen Zeugen für den Zeitraum vom 01.01.1994 bis 31.12.1995 und für das Jahr 1992. Dieser teilte am 02.06.2000 die von ihm erhobenen Befunde mit. AN habe sich seinen Unterlagen zufolge 1992 und in der Zeit vom 07.04.1995 bis 10.11.1995 an verschiedenen Tagen (07.04.1995, 10.04.1995, 12.04.1995, 24.04.1995, 25.04.1995, 26.04.1995, 28.04.1995, 08.08.1995 und 11.08.1995 - während seines Urlaubs -, 07.11.1995, 08.11.1995 und 10.11.1995) in seiner Behandlung befunden. 1994 sei AN nicht in seiner Behandlung gewesen. Zwischen dem 01.01. und 31.12.1995 habe er AN nicht arbeitsunfähig geschrieben. Warum eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht notwendig gewesen sei, könne er heute nicht mehr nachvollziehen.

Mit Urteil vom 20.06.2001 wies das SG die Klage ab. Es hielt § 128 AFG, dessen Voraussetzungen für eine Erstattungspflicht vorlägen, für verfassungsgemäß. Die Klägerin sei ordnungsgemäß angehört worden. AN habe nach dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen keinen Anspruch auf andere Sozialleistungen gehabt. Das Vorliegen anderer Befreiungstatbestände sei von der Klägerin nicht geltend gemacht worden und auch für die Kammer nicht ersichtlich.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 30.08.2001 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 11.09.2001 Berufung eingelegt (L 8 AL 3747/01). Sie hat zunächst auf ihr Vorbringen im Verwaltungsverfahren und beim SG Bezug genommen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Beklagte verstoße gegen die Anhörungspflicht, weshalb die angegriffenen Verwaltungsakte formell rechtswidrig seien. Die Beklagte verkenne weiter die Voraussetzungen und den Umfang des Amtsermittlungsgrundsatzes bei der Feststellung anderweitiger Sozialleistungen einschließlich fehlerhafter Subsumtion, was zum Erfordernis der Aufhebung der Bescheide führe. Die Bewertung des Aufhebungsvertrages als nicht dem Tatbestand des § 128 Absatz 1 Satz 2 Nr. 4 AFG unterfallend sei fehlerhaft. Im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.1998 zur Verfassungswidrigkeit des § 128a AFG sei sie der Ansicht, § 128 AFG sei insgesamt verfassungswidrig. Die Ansicht des SG, ein Anhörungsfehler liege nicht vor, sei unrichtig, weil bei unrichtiger Mitteilung der für die Entscheidung erheblichen Tatsachen ein Anhörungsfehler vorliege. Auch die Ansicht des SG, dass die Voraussetzungen für anderweitige Sozialleistungen bei AN nicht gegeben seien, sei unrichtig. Es sei nicht so, dass das Nichtvorliegen von Krankheitszeiten im Erstattungszeitraum festgestellt worden sei. Die vielen Arztbesuche sprächen eher für das Vorliegen von Erkrankungen. Auf den Ausnahmetatbestand des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG gehe das SG nicht ein.

Der Senat hat Dr. K und den Orthopäden Dr. S schriftlich als sachverständigen Zeugen gehört.

Dr. K hat in seiner Stellungnahme vom 23.11.2001 mitgeteilt, im Behandlungszeitraum vom 08.08.1995 bis 11.08.1995 und vom 07.11.1995 bis 10.11.1995 sei AN sicher arbeitsunfähig gewesen. Vom 07.04.1995 bis 28.04.1995 sei AN wegen einer Empysembronchitis bei Nikotinabusus und wegen linksseitiger Zervikobrachialgie mit Parästhesien der linken Hand mit neurologischer Untersuchung durch Dr. S. bei ihm in Behandlung gewesen. Dr. S. habe im Befundbericht vom 02.05.1995 mitgeteilt, dass AN seit 6 Wochen unter anhaltenden Schmerzen im linken Arm mit Ausstrahlung bis in den HWS-Bereich leide. Eine orthopädische Mitbehandlung sei veranlasst worden. Es sei davon

auszugehen, dass zumindest für diesen Zeitraum Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Für die Zeit nach dem 28.04.1995 könne er sich über eine weitere Arbeitsunfähigkeit definitiv nicht äußern.

Dr. S. hat in seiner Stellungnahme vom 18.12.2001 unter Vorlage der Befundberichte von Dr. S. vom 02.05.1995 und des Radiologen Dr. R. vom 03.05.1995 sowie seines Arztbriefes an Dr. K. vom 20.04.1995 mitgeteilt, AN habe sich in der Zeit vom 19.04.1995 bis 07.06.1995 wegen eines Cervical-Syndroms, Kyphoskoliose, und einer Omarthrose bds. in seiner Behandlung befunden. Eine Krankschreibung sei im fraglichen Zeitraum nicht erfolgt. Ob AN arbeitsunfähig gewesen sei, lasse sich nicht sicher beantworten. Der Schultergelenkbefund und die eingeleiteten Maßnahmen sprächen eher dafür, dass Arbeitsunfähigkeit anzunehmen sei.

Mit Änderungsbescheid vom 20.04.2002 reduzierte die Beklagte die Erstattungspflicht der Klägerin für die Monate April 1995 bis Juni 1995 unter Einbeziehung der Tage der Arbeitsunfähigkeit im August 1995 und November 1995 und stellte die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für die Zeit vom 26.03.1994 bis 31.12.1995 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es nunmehr wie folgt: Für die Zeit vom 26.03.1994 bis 31.12.1994: Alg (241 Tage) DM 17.906,30 Beiträge zur Krankenversicherung DM 5.645,78 Beiträge zur Rentenversicherung DM 3.438,01 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 0,- Für die Zeit vom 01.01.1995 bis 31.03.1995: Alg (77 Tage) DM 5.744,20 Beiträge zur Krankenversicherung DM 1.512,62 Beiträge zur Rentenversicherung DM 2.180,98 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 0,-

Für die Zeit vom 01.07.1995 bis 31.12.1995: Alg (157 Tage) DM 11.712,20 Beiträge zur Krankenversicherung DM 3.092,46 Beiträge zur Rentenversicherung DM 4.458,89 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 0,- Insgesamt DM 55.691,44 Der Bescheid werde Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Die Klägerin nahm das Teilanerkennnis der Beklagten an (Schriftsatz vom 07.06.2002).

Nach Anhörung der Beteiligten hat der Senat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 11.03.2003 in analoger Anwendung des [§ 114 SGG](#) bis zur Entscheidung über die beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfassungsbeschwerde ([1 BvR 846/02](#)) ausgesetzt.

Am 20.10.2005 hat die Beklagte die Fortführung des Verfahrens beantragt.

Die Klägerin hat ergänzend vorgetragen, es sei in erster Line nochmals darauf hinzuweisen, dass derart umfangreiche Krankheitszeiten während des Arbeitsverhältnisses und nach seiner Beendigung vorgelegen hätten, dass ein Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für AN nicht bestanden habe. Die Beklagte habe selbst eingeräumt, dass sich die tatsächlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten wohl nicht mehr feststellen ließen. Angesichts der Darlegungs- und Beweislast gehe dies zulasten der Beklagten.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 20. Juni 2001 und den Bescheid der Beklagten vom 25. Januar 1999 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 2. Juni 1999 sowie den Bescheid vom 20. April 2002 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.&61472;

Die Beklagte hat ergänzend ausgeführt, sie habe dem Ermittlungsergebnis zu Arbeitsunfähigkeitszeiten Rechnung getragen. Für eine Beweislastentscheidung bleibe kein Raum. Die Klägerin habe vor der Aussetzung des Rechtsstreites keinen nun geäußerten Ermittlungsbedarf geltend gemacht.

Der Rechtsstreit ist am 24.02.2006 in nichtöffentlicher Sitzung durch den Berichterstatter mit den Beteiligten erörtert worden. Der Klägervertreter hat erklärt, er werte die Angaben von Dr. S. in seiner Stellungnahme vom 18.12.1001 dahin, dass sich seine Aussage zur Arbeitsunfähigkeit des AN auf den gesamten Zeitraum vom 26.03.1994 bis 31.12.1995 beziehe. Die Beklagte trage hierfür die Beweislast.

Der Senat hat im Hinblick auf die Erklärung des Klägervertreters im Termin am 24.02.2006 Dr. S. zur Klarstellung angeschrieben (Schreiben vom 24.02.2006). Hierzu hat Dr. G. mit Schreiben vom 14.03.2006 mitgeteilt, Dr. S. befinde sich seit dem Jahr 2003 im Ruhestand. Anhand der vorliegenden Krankenakte könne er eine genauere Aussage zur Arbeitsfähigkeit nicht treffen.

Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, der Sachverhalt sei nach wie vor nicht geklärt. Dr. S. sei persönlich zu befragen. Die Beklagte ist der Ansicht der Klägerin entgegen getreten. Die Auskunft des Dr. S. zur Arbeitsunfähigkeit könne sich nur auf den Behandlungszeitraum beziehen. Ihr Teilanerkennnis gehe darüber hinaus.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Senatsakte, die Akten des SG sowie die AN betreffende Leistungsakte des AA Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist insgesamt zulässig ([§§ 143, 144, 151 SGG](#)). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid vom 25.01.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02.06.1999 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 20.04.2002, die die Bescheide vom 07.07.1995, 06.10.1995, 17.11.1995 und 10.01.1996 ersetzen. Der Bescheid vom 20.04.2002 ist gemäß den [§§ 153 Abs. 1, 96 SGG](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Der Senat entscheidet über diesen Bescheid auf Klage hin. Über die Rechtmäßigkeit des Grundlagenbescheids vom 07.07.1995 ist nicht mehr zu befinden, da sich dieser durch die nachfolgenden Entscheidungen erledigt hat. Für den Erstattungszeitraum vom 01.04.1995 bis 30.06.1995 hat sich der Rechtsstreit durch

das von der Klägerin angenommene Teilanerkenntnis der Beklagten erledigt.

Die Berufung ist nicht begründet. Die angefochtenen Entscheidungen der Beklagten sind im noch streitigen Zeitraum vom 26.03.1994 bis 31.03.1995 und 01.07.1995 bis 31.12.1995 rechtmäßig; der Beklagten stehen die in diesem Zeitraum geltend gemachten Erstattungsansprüche zu.

Die angefochtenen Entscheidungen der Beklagten sind formell rechtmäßig. Die Beklagte hat die Klägerin vor Erlass des Bescheides vom 25.01.1999 angehört. Die Anhörung ist auch ordnungsgemäß gewesen. Im Rahmen der Anhörung muss das AA der Klägerin nur die Gelegenheit einräumen, sich zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen zu äußern. Im Anhörungsschreiben vom 17.12.1998 sind der Erstattungszeitraum, die AN erbrachten Leistungen sowie die Voraussetzungen, unter denen die Erstattungspflicht nicht eintritt, jeweils genannt. Soweit das AA angehört hatte, ohne die erbetene Antwort des AN einzufordern, macht dies die Anhörung nicht fehlerhaft, da nicht behauptet worden ist, AN sei befragt worden und habe bestimmte Angaben gemacht. Zwar hat die Beklagte ausgeführt, die Befragung sei ergebnislos geblieben. Damit wusste aber die Klägerin, dass die Beklagte davon ausgeht, Krankheitszeiten und ein Bezug von Sozialleistungen hätten nicht vorgelegen. Sie kannte also alle Tatsachen, auf die sich die Beklagte bei ihrer Entscheidung stützen wollte. Mehr ist nicht erforderlich. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör lag somit auch nicht vor. Die Anhörung ist auch nicht deshalb fehlerhaft, weil sie erst nach dem Ende des Leistungszeitraumes erfolgt ist. Für die Durchführung notwendiger Anhörungen gibt es keine Fristen. Anhörungen können auch nachträglich erfolgen (z.B. im Widerspruchsverfahren). Zwar mag im Einzelfall die Beurteilungen des Gesundheitszustandes in länger zurückliegenden Zeiträumen schwierig sind. Gleichwohl lässt sich in vielen Fällen der Gesundheitszustand auch noch für lange zurückliegende Zeiträume beurteilen. Die Würdigung lang zurückliegender Gesundheitszustände bzw. deren Änderung ist in anderen Bereichen des Sozialrechts, etwa im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung, der Rentenversicherung oder der Kriegsopferversorgung, häufig notwendig und auch möglich. Ungewissheiten, die sich aus dem Zeitablauf ergeben, stellen ein Problem der Beweiswürdigung ([§ 128 SGG](#)) und nicht ein Problem der Anhörung nach [§ 24 SGB X](#) dar.

Die Entscheidungen der Beklagten sind auch materiell rechtmäßig.

§ 128 AFG ist zum für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides vom 02.06.1999 weiterhin anwendbar. Mit dem Außerkrafttreten des AFG zum 31.12.1997 ist zwar auch § 128 AFG außer Kraft getreten. Er ist im vorliegenden Fall jedoch weiterhin anwendbar. Nach [§ 431](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) ist § 242x Abs. 6 AFG auf die dort genannten Fälle weiterhin anzuwenden. Nach § 242x Abs. 6 AFG ist u.a. § 128 AFG auf die Fälle weiter anzuwenden, auf die nach Abs. 3 die §§ 117 Abs. 2 bis 3a und 117a AFG in der bis zum 31.03.1997 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind. Diese Vorschriften sind gemäß § 242x Abs. 3 Nr. 1 AFG für Ansprüche auf Alg weiterhin anzuwenden für Personen, die innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 01.04.1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden haben. Dies trifft für AN zu. Die Rahmenfrist von drei Jahren begann hier bereits im Jahr 1991. Bis zum 31.03.1997 waren längst 360 Kalendertage einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung verstrichen. Umgekehrt ist gemäß [§ 431 Abs. 2 SGB III](#) hier die Nachfolgevorschrift [§ 147a SGB III](#) nicht anwendbar, weil sowohl der Anspruch auf Alg vor dem 01.04.1999 entstanden wie auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor dem 10.02.1999 vereinbart worden ist.

§ 128 AFG ist verfassungsgemäß. Dies hat das BSG in ständiger Rechtsprechung (vgl. z.B. BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 5](#), S. 49 f) und das Bundesverfassungsgericht entschieden (Beschluss vom 09.09.2005 - [1 BvR 620/01](#) -). Da der Senat § 128 AFG für verfassungsgemäß hält, scheidet eine Aussetzung und Vorlage des Verfahrens nach [Art. 100](#) des Grundgesetzes an das Bundesverfassungsgericht aus.

Nach § 128 Abs. 1 Satz 1 AFG erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs. 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage.

Diese Voraussetzungen sind gegeben. AN ist ununterbrochen von 1968 an und damit innerhalb der letzten vier Jahre vor Eintritt seiner Arbeitslosigkeit am 01.01.1994 mindestens 720 Kalendertage beitragspflichtig bei der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerinnen beschäftigt gewesen. Die Beschäftigungszeiten bei den Rechtsvorgängerinnen der Klägerin sind ihr zuzurechnen (BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 3](#)). Das 58. Lebensjahr hat der am 06.12.1935 geborene AN bereits am 05.12.1993 und damit vor Beginn des Erstattungszeitraumes am 26.03.1994 vollendet, ebenso wie das 56. Lebensjahr bei Eintritt der Arbeitslosigkeit vollendet gewesen ist. Der Erstattungszeitraum von 624 Tagen ist nicht überschritten. Die Beklagte macht Leistungen für einen Zeitraum von insgesamt 553 Leistungstagen geltend. Auf die Anwendbarkeit des mit Gesetz vom 24.03.1999 ([BGBl. I S. 396](#)) mit Wirkung zum 01.01.1998 eingefügten [§ 431 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) n.F. kommt es somit nicht an.

Die Erstattungspflicht entfällt nicht aufgrund § 128 Abs. 1 Satz 2 AFG. Nach § 128 Abs.1 Satz 2 1. und 2. Alternative AFG tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist oder der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Dies liegt nicht vor. Das Arbeitsverhältnis mit AN hat nach Vollendung des 56. Lebensjahres des AN geendet. Anspruch auf eine der in § 118 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen oder eine Rente wegen Berufsunfähigkeit hat AN im noch streitigen Erstattungszeitraum nicht gehabt.

Zwar ist nach dem Ergebnis der vom SG und vom Senat durchgeführten Ermittlungen davon auszugehen, dass AN in der Zeit vom 08.08.1995 bis 11.08.1995 wegen Atemnot bei spastischer Bronchitis und in der Zeit vom 07.11.1995 bis 10.11.1995 wegen einer Lumbalgie arbeitsunfähig erkrankt war, wie sich aus der schriftlichen sachverständigen Zeugenaussage von Dr. K. vom 23.11.2001 an den Senat ergibt. Weiter ist von einer Arbeitsunfähigkeit des AN von April bis in den Juni 1995 wegen Schultergelenkbeschwerden auszugehen, wie sich aus der schriftlichen sachverständigen Zeugenaussage des Dr. S. vom 18.12.2001 und den von ihm vorgelegten Befundberichten an den Senat ergibt. Dem hat die Beklagte durch den Änderungsbescheid vom 20.04.2002 Rechnung getragen und die Zeit vom 01.04.1995 bis 30.06.1995 aus der Erstattungspflicht der Klägerin ausgenommen. Zwar hat die Beklagte in diesen Zeitraum auch die Arbeitsunfähigkeitszeiten im August 1995 und November 1995 mit einbezogen, ohne die Erstattungsforderung für diese Zeiten im August 1995 und November 1995 zu reduzieren. Nachdem die Klägerin, ohne dies zu rügen, das Teilanerkenntnis der Beklagten durch den Bescheid

vom 20.04.2002 angenommen hat, kann sie sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass diese Arbeitsunfähigkeitszeiten zusätzlich zu berücksichtigen seien, da ein solches Verhalten gegen [§ 242 BGB](#) verstoßen würde. Darauf, dass die Arbeitsunfähigkeitszeiten im August 1995 und November 1995 zusätzlich zu berücksichtigen seien, hat sich die Klägerin - dementsprechend - auch nicht berufen. Mit der Reduzierung der Erstattungspflicht um drei Monate hat die Beklagte den anzunehmenden Arbeitsunfähigkeitszeiten des AN hinreichend Rechnung getragen.

Weitere Arbeitsunfähigkeitszeiten lagen entgegen der Ansicht der Klägerin bei AN im streitigen Erstattungszeitraum nicht vor. AN befand sich im Jahre 1994 nicht in ärztlicher Behandlung, wie Dr. K. in seiner schriftlichen sachverständigen Zeugenaussage an das SG vom 02.06.2000 mitgeteilt hat. Die Angabe von Dr. S. in seiner Stellungnahme an den Senat vom 18.12.2001, eine Krankschreibung sei im fraglichen Zeitraum (erfragt war vom Senat der Zeitraum vom 26.03.1994 bis 31.12.1995) durch ihn nicht erfolgt, beschränkt sich auf die Ausstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im erfragten Zeitraum. Sie kann nicht dahin gewertet werden, dass sich seine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit des AN auf den gesamten Erstattungszeitraum beziehen, wie die Klägerin meint. Dem stehen die weiteren Ausführungen des Dr. S. entgegen, der Arbeitsunfähigkeit des AN aufgrund des Schultergelenkbefundes und der eingeleiteten Maßnahmen angenommen hat ("sprechen dafür"). Daraus ergibt sich ohne Zweifel, dass sich seine Ausführungen zur Arbeitsunfähigkeit des AN nur auf die vom ihm in der Zeit vom 19.04.1995 bis 07.06.1995 behandelten Beschwerden des AN für den Behandlungszeitraum bezogen hat ("anzunehmen war").

Im Übrigen bezog sich bereits die Frage des Senats nicht allgemein auf den Zeitraum vom 26.03.1994 bis 31.12.1995, sondern auf die in diesem Zeitraum von Dr. S. festgestellten Erkrankungen ("wegen der unter Nr. 2/3 genannten Erkrankungen"). Da Dr. S. nur im Behandlungszeitraum vom 19.04.1995 bis 07.06.1995 Erkrankungen (Befunde und Diagnosen) feststellen können, bezieht sich seine Aussage in Bezug auf die sich aus diesen Erkrankungen ergebende (mögliche) Arbeitsunfähigkeit auch nur auf den Zeitraum, in dem die Behandlung stattgefunden hat. Anlass zu weiteren Ermittlungen sieht der Senat nicht. Die auf den Einwand der Klägerin im Termin am 24.02.2005 erfolgte Anfrage bei Dr. S. wurde von Dr. G. dahin beantwortet, dass Dr. S. sich seit dem Jahr 2003 im Ruhestand befinde und dass anhand der vorliegenden Krankenakte eine genauere Aussage nicht getroffen werden könne. Damit macht eine Anfrage bei Dr. S. keinen Sinn. Maßgeblich bleiben vielmehr seine nicht zweifelhaften Angaben in seiner Stellungnahme vom 18.12.2001. Der Senat gelangt deshalb zu der Überzeugung, dass bei AN im streitigen Erstattungszeitraum kein Anspruch auf eine andere Sozialleistung, insbesondere wegen Arbeitsunfähigkeit oder Berufsunfähigkeit, bestanden hat. Allein der Umstand, dass bei AN in den letzten Jahren des Beschäftigungsverhältnisses krankheitsbedingte Fehltag aufgetreten sind, wie die Klägerin berichtet hat, rechtfertigt keine andere Bewertung. Für eine Beweislastentscheidung zugunsten der Beklagten bleibt damit kein Raum.

Ob die Beklagte den Sachverhalt von Amts wegen vollständig und richtig aufgeklärt hat, ist letztlich rechtlich nicht erheblich. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, die Beklagte habe ihre Pflicht zur Amtsermittlung nach [§ 20 SGB X](#) verletzt, würde dies für sich allein nicht zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide führen. Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes wäre zwar ein Verfahrensfehler. Dieser würde jedoch nur dann zu einer Aufhebung der Entscheidung führen können, wenn in der Sache eine andere Entscheidung hätte getroffen werden können ([§ 42 Satz 1 SGB X](#)). Bei einer gebundenen Entscheidung, wie es die Entscheidung nach [§ 128 AFG](#) ist, kann dies aber nur der Fall sein, wenn der Bescheid materiell-rechtlich falsch ist.

Die Befreiungstatbestände des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 AFG](#) sind im vorliegenden Fall nicht zu prüfen. Die Befreiung von der Erstattungspflicht tritt nur dann ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass die Voraussetzungen des jeweiligen Befreiungstatbestandes vorliegen. Dies hat die Klägerin zu keinem der dortigen Befreiungstatbestände getan, insbesondere auch nicht in Bezug auf [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4](#) (sozial gerechtfertigte Kündigung). Die bloße Äußerung der Rechtsmeinung, dass dieser Befreiungstatbestand auch auf Fälle einer Aufhebungsvereinbarung bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen anzuwenden sei, entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes im Sinne der Darlegungs- und Beweislast. Im Übrigen besteht kein Ansatzpunkt dafür, die Rechtsprechung des 11. Senats des BSG zur erweiternden Auslegung des Befreiungstatbestandes bei befristeten Arbeitsverhältnissen auch auf unbefristete Arbeitsverhältnisse zu übertragen. Dem entspricht auch die ständige Rechtsprechung des BSG, wonach die Anwendbarkeit des [§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) nicht auf die Fälle einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag, wie dies vorliegend der Fall war, oder ähnliche Beendigungstatbestände erstreckt werden kann (vgl. BSG, Urteil vom 21.09.2000 - [B 11 AL 5/00 R](#) -, m.w.N.).

Die Erstattungsbeträge hat die Beklagte in den Streitgegenständlichen Bescheiden zutreffend berechnet. Die an AN gezahlten Leistungen sind nicht zu hoch gewesen. Ausgehend von den Angaben der Klägerin zum Arbeitsentgelt in der Arbeitsbescheinigung in Höhe von monatlich gleichbleibend DM 4.800,- ist insbesondere zutreffend von einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von DM 1.110,- bei der Erstbewilligung des Alg ausgegangen und Alg nach einem zutreffenden wöchentlichen Leistungssatz von DM 445,80 (täglich DM 74,30) gezahlt worden. Auch die sonstigen Berechnungsmodalitäten (Leistungsgruppe, Kindermerkmal, Leistungstabelle, Anspruchsdauer usw.) hat die Beklagte korrekt berücksichtigt. Die Erstattungsbeträge sind ausweislich der Berechnungen in den Berechnungsbögen nach der zutreffenden Anzahl der Leistungstage und des an AN gezahlten täglichen Leistungssatzes errechnet worden. Auch die zur Erstattung gestellten Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung hat die Beklagte korrekt nach dem auf 80% gekürzten Bemessungsentgelt berechnet. Hinsichtlich der Höhe der Erstattungsforderung werden von der Klägerin auch keine Einwände erhoben.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist die Berufung zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Sie berücksichtigt das teilweise Obsiegen der Klägerin durch das Teilerkenntnis der Beklagten.

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass mehr.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2006-08-02