

## L 8 AL 2677/05

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Ulm (BWB)  
Aktenzeichen  
S 6 AL 1957/03  
Datum  
08.06.2005  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 8 AL 2677/05  
Datum  
16.03.2007  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 8. Juni 2005 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Der Streitwert wird endgültig auf 2.449,77 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Pflicht zur Erstattung des ihrer früheren Arbeitnehmerin B. S. (AN) von der Beklagten gezahlten Arbeitslosengeldes sowie der Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung.

Die am 1942 geborene AN war vom 01.07.1984 bis 30.09.2002 als Verkäuferin / KassiererIn bei der Klägerin in N. (Weser) beschäftigt. Zu ihren Aufgaben gehörte es, bei Warenannahme die Ware zu prüfen und in die Regale einzuräumen, die Kunden an der Kasse mit Scannerkasse abzukassieren, dem Kunden für Fragen zur Verfügung zu stehen, die Verkaufsstellenverwalterin, der sie direkt unterstellt war, teilweise zu vertreten, die Kasse täglich abzurechnen, Ware nachzufüllen, abgelaufene Ware auszusortieren sowie den Arbeitsplatz aufzuräumen und zu reinigen. Nach Angaben der Klägerin betrug die letzte wöchentliche Arbeitszeit 20 Stunden/Woche. In der Zeit vom 26.03.2002 bis 20.04.2002 bezog AN Krankengeld in Höhe von kalendertäglich 47,46 EUR. Das Arbeitsverhältnis, dessen ordentliche Kündigungsfrist 6 Monate zum Monatsende betrug, wurde am 20.03.2002 zum 30.09.2002 durch die Klägerin "ordentlich aus krankheitsbedingten Gründen" wegen hoher Fehlzeiten gekündigt. Im Abrechnungszeitraum der letzten 12 Monate erzielte AN Einkommen in Höhe von 16.495,13 EUR.

AN meldete sich am 16.09.2002 beim Arbeitsamt Nienburg (AA) arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Sie hielt ihre Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeit und Arbeitsstunden für nicht eingeschränkt.

Mit Bescheid vom 16.10.2002 bewilligte das AA Alg ab 01.10.2002 mit einer Anspruchsdauer von 960 Tagen in Höhe von täglich 13,92 EUR (Bemessungsentgelt 315 EUR, Leistungsgruppe D/0; Leistungstabelle 2002). Der tägliche Leistungssatz betrug ab 01.01.2003 13,82 EUR.

Das AA befragte AN mit Schreiben vom 06.01.2003 zu den gesundheitlichen Verhältnissen in den letzten zwei Beschäftigungsjahren sowie in der Zeit vom 01.10.2002 bis 31.12.2002, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. Hierzu gab AN an, sie habe in den letzten zwei Jahren ihres Beschäftigungsverhältnisses wegen einer Kur aufgrund von Asthma und Allergien (13.02.2001 bis 13.03.2001) sowie einer Operation am linken Fuß (12.02.2002 bis 23.02.2002) krankheitsbedingte Fehlzeiten gehabt und habe vom 26.03. bis 20.04.2002 Krankengeld bezogen. Sie sei nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses wegen des Asthma und der Allergien in ärztlicher Behandlung gewesen. Die Frage, ob gesundheitliche Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses maßgebliche gewesen seien, bejahte AN und gab als Gründe an: Fehlzeiten - Asthma und Allergien, Krankheit. Eine Weiterbeschäftigung auf ihrem Arbeitsplatz wäre noch möglich gewesen. Nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sei sie nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Sie habe auch keine Sozialleistungen der fragten Art beantragt.

Außerdem holte das AA von der Klägerin eine Arbeitsplatzbeschreibung zur Tätigkeit von AN ein. Ferner legte die Klägerin eine Auflistung krankheitsbedingter Fehlzeiten von AN im Zeitraum vom 21.01.1992 bis 06.07.2002 vor.

Auch holte das AA das Gutachten der Arbeitsamtsärztin Dr. H. vom 31.03.2003 ein. Diese gelangte zu der Bewertung, dass die

medizinischen Voraussetzungen einer Arbeitsunfähigkeit von AN für mehr als 6 Monate zum Zeitpunkt der Arbeitsbeendigung nicht vorgelegen hätten und sich aus den Unterlagen ergebe, dass das Leistungsvermögen im Zeitpunkt der Arbeitsbeendigung den vertraglich geschuldeten Tätigkeiten am letzten Arbeitsplatz entsprochen habe.

Anschließend unterrichtete das AA die Klägerin mit Schreiben vom 03.04.2003 über die Erstattungspflicht nach [§ 147 a SGB III](#) für die Zeit vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 in Höhe von 2.449,77 EUR und mit Schreiben vom 06.05.2003 für die Zeit vom 01.01.2003 bis 30.04.2003 in Höhe von 3.230,88 EUR und gab ihr jeweils Gelegenheit, sich zu äußern. Die Klägerin wurde jeweils (u.a.) darauf hingewiesen, eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes habe ergeben, dass aufgrund der gesundheitlichen Einschränkungen laut Entscheidung der Arbeitsamtsarztes eine Befreiung von der Erstattungspflicht aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich sei. Die ermittelten gesundheitlichen Beschwerden erfüllten nicht den Tatbestand für anderweitige Sozialleistungen. Die Antwort der AN war dem Anhörungsschreiben vom 03.04.2003 beigefügt.

Die Klägerin teilte am 05.05.2003 die Fehlzeiten von AN im Zeitraum von 1992 bis 2002 mit und führte aus, AN habe weit über dem Durchschnitt liegende krankheitsbedingte Fehlzeiten gehabt. Deshalb und aufgrund der negativen Zukunftsprognose sei das Arbeitsverhältnis fristgerecht beendet worden. Es werde deshalb davon ausgegangen, dass eine Erstattungspflicht nicht eingetreten sei.

Mit Bescheid vom 28.05.2003 stellte das AA - nach erneuter Überprüfung - die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt: Alg (92 Leistungstage) EUR 1.280,64 Beiträge zur Krankenversicherung EUR 480,24 Beiträge zur Rentenversicherung EUR 632,59 Beiträge zur Pflegeversicherung EUR 56,30 Insgesamt EUR 2.449,77

Am 23.06.2003 legte die Klägerin gegen den Bescheid vom 28.05.2003 Widerspruch ein. Sie trug unter Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen vor, das Arbeitsverhältnis sei aus personenbezogenen Gründen aufgrund der erheblichen krankheitsbedingten Fehlzeiten durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet worden. Eine Erstattungspflicht bestehe daher nicht.

Mit weiterem Bescheid vom Juni 2003 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.01.2003 bis 30.04.2003 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt: Alg (120 Leistungstage) EUR 1.658,40 Beiträge zur Krankenversicherung EUR 656,64 Beiträge zur Rentenversicherung EUR 842,40 Beiträge zur Pflegeversicherung EUR 73,44 Insgesamt EUR 3.230,88

Am 27.06.2003 legte die Klägerin auch gegen den Bescheid vom Juni 2003 Widerspruch ein. Sie wiederholte zur Begründung ihr bisheriges Vorbringen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 10.07.2003 wies die Widerspruchsstelle des AA den Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 28.05.2003 als unbegründet zurück. Die generellen Voraussetzungen des [§ 147a SGB III](#) für eine Erstattungspflicht seien erfüllt. AN erfülle nach ihren Angaben im Erstattungszeitraum nicht die Voraussetzungen für einen anderweitigen Sozialleistungsbezug. Weiterer Ermittlungen bedürfe es nicht. Der Befreiungstatbestand der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung sei nicht erfüllt. Zum Vorliegen der Voraussetzungen sonstiger Befreiungstatbestände sei weder vorgetragen worden noch seien sie nachgewiesen.

Mit weiterem Widerspruchsbescheid vom 10.07.2003 wurde der Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 12.06.2003 als unzulässig verworfen. Der Bescheid vom 12.06.2003 wiederhole die Verfügungssätze des Bescheides vom 28.05.2003, gegen den die Klägerin Widerspruch eingelegt habe. Insoweit erübrige sich der vorliegende Widerspruch. Andere Gründe für das Nichtvorliegen der Erstattungspflicht habe die Klägerin nicht vorgetragen. Der vorliegende Widerspruch sei deshalb unzulässig.

Am 11.08.2003 erhob die Klägerin gegen den Bescheid vom 28.05.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10.07.2003 Klage beim Sozialgericht Ulm (SG). Sie machte zur Begründung geltend, das Arbeitsverhältnis mit AN sei durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung im Sinne des [§ 1 KSchG](#) beendet worden. Die Kündigung sei aus personenbedingten Gründen erfolgt und aufgrund der bereits mitgeteilten krankheitsbedingten Fehlzeiten durchaus gerechtfertigt gewesen. Aufgrund dessen sei das Arbeitsverhältnis mit AN fristgerecht und ordentlich aus krankheitsbedingten Gründen beendet worden. Es liege damit ein Befreiungstatbestand vor. AN leide an einer Fußkrankheit in Knochenbereich, die regelmäßige Operationen nötig machten. Es sei nicht erkennbar, dass weitere Fehlzeiten ausbleiben sollten. Im Hinblick auf das Asthma seien keinerlei Anhaltspunkte erkennbar, wonach sich diese Erkrankung bessern sollte. AN habe in den vergangenen Jahren hohe krankheitsbedingte Fehlzeiten aufgewiesen, die mit erheblichen Lohnfortzahlungskosten verbunden gewesen seien. Darüber hinaus sei AN nicht mehr in der Lage gewesen, ihre Tätigkeit voll umfänglich auszuüben. Bereits das Laufen und Gehen sei AN aufgrund der Knochenschädigung schwergefallen. Sie habe im Hinblick auf Kundenbetreuung, Ware verräumen und Ware aus dem Lager holen nicht mehr vollumfänglich die Leistung erbringen können. Aufgrund des Asthmas sei es ihr teilweise nicht mehr möglich gewesen, Waren aus dem Lager zu holen, obwohl dies auch das Aufgabenspektrum einer Verkäuferin/Kassiererin umfasse. Bei einem Personalgespräch vor Ausspruch der Kündigung habe AN der Verkaufsleiterin Frau T. (Zeugin T) mitgeteilt, dass sie sich selbst nicht mehr in der Lage sehe, ihre Tätigkeit als Verkäuferin/Kassiererin durchzuführen. Dies habe sie auch bereits im Vorfeld gegenüber anderen Personen in der Verkaufsstelle geäußert gehabt. Auf Nachfrage des SG führte die Klägerin ergänzend aus, für die Zeit vom 22.03.1999 bis 21.03.2002 seien von ihr Lohnfortzahlungskosten für AN in Höhe von insgesamt 4.559,23 EUR aufgebracht worden. Ausfallzeiten seien überwiegend durch Mehr-/Überstunden anderer Mitarbeiter kompensiert worden. Im Rahmen der Interessenabwägung seien neben der Betriebszugehörigkeit, das Krankheitsbild, der organisatorische Aufwand durch Kompensation des personellen Aufwands und die entstandenen Kosten zu berücksichtigen gewesen sowie dass AN nur noch eingeschränkt einsetzbar gewesen sei. Der Arbeitsort habe sich auf drei Stockwerke verteilt. Ebenfalls zu berücksichtigen sei gewesen, dass AN gegenüber T mitgeteilt habe, dass sie sich nicht mehr in der Lage sehe, ihre Tätigkeit als Verkäuferin/Kassiererin durchzuführen. Insoweit liege ein Fall der Leistungsunfähigkeit vor. Aufgrund des Krankheitsbildes sei auch damit zu rechnen, dass eine Besserung nicht eintrete und AN auf Dauer außer Stande sei, ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Dies werde auch durch den vom SG gehörten behandelnden Arzt der AN Dr. Sch. bestätigt. Nach dessen Angaben sei auch mit einer Zunahme der Arbeitsunfähigkeitszeiten zu rechnen. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei demnach unzumutbar gewesen. Eine Versetzung in eine andere nahegelegene Verkaufsstelle sei kostenmäßig nicht möglich gewesen. Im Übrigen sei die Möglichkeit einer Versetzung nicht entscheidungserheblich. Die Klägerin legte eine Stellungnahme der Frau S. in Kopie vor.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Die Voraussetzungen für einen Befreiungstatbestand, insbesondere den einer sozial gerechtfertigten Kündigung, seien nicht nachgewiesen. Eine Dauererkrankung der AN liege nicht vor. Die Klägerin müsse den noch fehlenden Nachweis der unzumutbaren Belastung führen.

Das SG zog von der DAK Nienburg einen Auszug aus der Leistungskartei der AN für die Zeit ab 1999 bei. Es hörte außerdem den behandelnden Arzt von AN Dr. Sch. schriftlich als sachverständigen Zeugen. Dieser teilte am 13.10.2003 unter Vorlage von medizinischen Unterlagen (insbesondere Reha-Entlassungsbericht der E.-Klinik B. D. vom 13.03.2001/16.03.2001) mit, bei AN lägen als Gesundheitsstörungen von länger als sechsmonatiger Dauer ein Asthma bronchiale, Allergien, Hypercholesterinämie, Adipositas, einen LWS-Syndrom sowie eine venöse Insuffizienz vor. Im September 1999 sei eine Operation wegen eines Hallux valgus links erfolgt. Es bestünden Beschwerden im Bereich eines Hallux valgus rechts mit Op.-Indikation. Im Bereich des Schultergelenkes bestünde eine schmerzhafte Einengung der Beweglichkeit durch Verspannung sowie Reibegeräusche in beiden Kniegelenken. Das Asthma bronchiale werde unter Infekten immer wieder auftreten. Die allergische Redaktionsbereitschaft werde saisonal bemerkbar sein. Die venöse Insuffizienz werde sich unter Arbeitsbelastung immer wieder erkennen lassen. Mit einer Zunahme der Arbeitsunfähigkeitszeiten werde zu rechnen sein. Die genannten Veränderungen würden sich bei der Tätigkeit als Verkäuferin oder Kassiererin teilweise nachteilig auswirken. Längeres Sitzen als Kassiererin sei ungünstig für die venöse Insuffizienz. Schweres Tragen und Heben sei ungünstig für die skelettbedingten Beschwerden.

Anschließend befragte das SG AN. Dieser teilte am 26.04.2004 mit, sie hätte die Tätigkeit von 20 Stunden pro Woche auch über den 30.09.2002 hinaus wieder aufnehmen können.

In der vertagten öffentlichen Sitzung des SG vom 23.02.2005 erklärte der Bevollmächtigte der Beklagten zur Niederschrift, die Beklagte ändere den Bescheid vom Juni 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2003 insoweit ab, als der Erstattungszeitraum auf die Zeit vom 1.1. bis 15.03.2003 und vom 29.03.2003 bis 30.04. 2003 begrenzt und die Erstattungsforderung um 350,02 EUR reduziert wird.

Auf einen Hinweis des SG und der Mitteilung des Rentenversicherungsträgers, dass AN die Voraussetzungen für eine Altersrente ab 01.01.2003 dem Grunde nach erfüllt hatte, nahm die AA mit Bescheid vom 11.05.2005 den Bescheid vom Juni 2003 ganz zurück, da eine Erstattungspflicht für die Zeit vom 1.1.2003 bis 30.04.2003 nicht eingetreten sei.

Mit Urteil vom 08.06.2005 wies das SG die Klage ab. Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird verwiesen.

Gegen das der Klägerin am 13.06.2005 zugestellte Urteil hat sie am 30.06.2005 Berufung eingelegt. Sie hat zur Begründung an ihrer Ansicht, dass das Arbeitsverhältnis mit AN durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung aus personenbedingten (krankheitsbedingten) Gründen wirksam beendet worden sei, festgehalten und ihrer bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Die Klägerin hat die eidesstattliche Versicherung der T vom 23.01.2006 vorgelegt, in der bestätigt wird, dass von ihr vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein telefonisches Personalgespräch mit AN geführt worden sei, in dem ihr von AN mitgeteilt worden sei, dass sich AN selbst nicht mehr in der Lage sehe, ihrer Tätigkeit als Verkäuferin/Kassiererin nachzukommen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 8. Juni 2005 sowie den Bescheid der Beklagten vom 28. Mai 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10. Juli 2003 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil des SG für zutreffend. Es bestehe keinerlei Anlass an dem Wahrheitsgehalt der Angaben von AN zu zweifeln.

Der Senat hat Dr. Sch. zum Gesundheitszustand der Klägerin im Zeitraum vom 1.10. bis 31.12.2002 ergänzend schriftlich als sachverständigen Zeugen angehört. Dieser hat am 15.12.2005 schriftlich mitgeteilt, AN habe sich im genannten Zeitraum in seiner Behandlung befunden. Sie habe Rezepte und Medikamente zur Behandlung der Grundkrankheiten geholt. Am 14.10.2002 sei über Schulterschmerzen nach einem Sturz geklagt worden. Der Befund habe keine Hinweise auf knöcherne Verletzungen ergeben. AN sei im erfragten Zeitraum nicht als arbeitsunfähig anzusehen gewesen.

Weiter hat AN auf Anhörung des Senates schriftlich mitgeteilt, vor der Kündigung sei kein Gespräch mit T geführt worden.

Der Senat hat in der öffentlichen Sitzung am 16.03.2007 T als Zeugin vernommen. Hierzu wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16.03.2007 verwiesen.

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). Sie ist jedoch nicht begründet. Der allein noch streitgegenständliche Bescheid der Beklagten vom 28.05.2003 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Der Beklagten steht der für den Zeitraum vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 geltend gemachte Erstattungsanspruch zu.

Nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreites ist der Bescheid vom Juni 2003, den die Beklagte mit Bescheid vom 11.05.2005 ganz zurückgenommen hat. Es bedarf deshalb auch keiner Erörterung, ob dieser Bescheid auch deswegen nicht Gegenstand des Rechtsstreites

war, weil die Klägerin nach der Formulierung ihres Antrages nur gegen den Bescheid vom 28.05.2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.07.2003 Klage erhoben hat.

Die angefochtene Entscheidung der Beklagten ist formell rechtmäßig. Die Beklagte hat die Klägerin vor Erlass des angefochtenen Bescheides angehört. Die Anhörung ist auch ordnungsgemäß gewesen. Im Anhörungsschreiben sind die Voraussetzungen, unter denen die Erstattungspflicht nicht eintritt, genannt. Der Klägerin ist die Antwort der AN auf ihre Befragung durch das AA übersandt und ihr ist auch das Ergebnis der arbeitsamtsärztlichen Begutachtung mitgeteilt worden. Sie hatte also alle Tatsachen, auf die sich das AA stützen wollte.

Die Beklagte hat zu Recht [§ 147 a SGB III](#) angewandt. Die Regelung in § 128 AFG ist durch Art 11 Nr. 27 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24.03.1997 ([BGBl. I S. 594](#)) mit Wirkung ab 01.04.1997 aufgehoben worden (Art 83 Abs. 3 AFRG). Diese Vorschrift ist hier auch über die Übergangsregelung des [§ 431 SGB III](#) nicht mehr anwendbar. Nach [§ 431 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) i.d.F. des am 01.04.1999 in Kraft getretenen Gesetzes vom 24.03.1999 ([BGBl. I S. 396](#)) ist zwar § 241x Abs. 6 AFG auf die dort genannten Fälle weiterhin anzuwenden. Die Anwendung des mit dem genannten Gesetz eingefügten [§ 147 a SGB III](#) ist jedoch nach [§ 431 Abs. 2 Satz 2 SGB III](#) nur dann ausgeschlossen, wenn der Anspruch auf Arbeitslosengeld vor dem 1. April 1999 entstanden ist oder das Arbeitsverhältnis vor dem 10. Februar 1999 gekündigt oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor diesem Tag vereinbart worden ist. Dies trifft vorliegend nicht zu. Der Anspruch der AN auf Alg ist nämlich am 01.10.2002 entstanden und ihr Arbeitsverhältnis wurde am 20.03.2002 gekündigt.

Nach [§ 147 a Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 124 Abs. 1 die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 24 Monate in einem Versicherungsverhältnis gestanden hat, der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 24 Monate.

Die Voraussetzungen des [§ 147 a Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) sind erfüllt. AN hat ununterbrochen von 01.07.1984 an und damit innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Eintritt der Arbeitslosigkeit am 01.10.2002 mindestens 24 Monate bei der Klägerin in einem Pflichtversicherungsverhältnis gestanden. Das 58. Lebensjahr hat die am 25.12.1942 geborene AN bereits mit Ablauf des 24.12.2000 und damit vor Beginn des Erstattungszeitraumes am 01.10.2002 vollendet, ebenso wie das 56. Lebensjahr (vgl. [§ 147 a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#)) vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30.09.2002 vollendet gewesen ist. Der Erstattungszeitraum von längstens 24 Monaten ist nicht überschritten. Die Beklagte macht Leistungen für einen Zeitraum von 92 Leistungstagen geltend.

Die Erstattungspflicht entfällt nicht aufgrund [§ 147 a Abs. 1 Satz 2 SGB III](#). Nach [§ 147 a Abs. 1 Satz 2](#) 1. und 2. Alternative SGB III tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist und der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in [§ 142 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 SGB III](#) genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Keiner der genannten Tatbestände liegt hier vor. Das Arbeitsverhältnis mit AN hat nach der Vollendung des 56. Lebensjahres geendet. Anspruch auf eine der in [§ 142 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bis 4 SGB III](#) genannten Sozialleistungen oder eine Rente wegen Berufsunfähigkeit hat AN im Erstattungszeitraum vom 01.10.2002 bis 31.12.2002 nicht gehabt. Wie AN in ihrer schriftlichen Antwort auf die vom AA gestellten Fragen angegeben hat, war sie nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht arbeitsunfähig erkrankt. Dies entspricht in vollem Umfang dem, was sich bereits aus dem sonstigen Inhalt der Leistungsakte des AA ergibt. Auch im Antrag auf Alg hat AN angegeben, ihre Vermittlungsfähigkeit sei nicht eingeschränkt und trotz ihrer gesundheitlichen Beschwerden, die sie im Wesentlichen in Übereinstimmung mit der Klägerin genannt hat, wäre eine Weiterbeschäftigung auf ihrem letzten Arbeitsplatz noch möglich gewesen. Zwar hat AN auch angegeben, dass gesundheitliche Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses maßgeblich gewesen seien. Hieraus kann jedoch nicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen für einen anderweitigen Sozialleistungsbezug geschlossen werden. Vielmehr hat auch Dr. Sch. bei seiner schriftlichen Anhörung als sachverständiger Zeuge durch den Senat eine Arbeitsunfähigkeit der AN im Erstattungszeitraum ausdrücklich verneint. Bei dieser Sachlage besteht kein Anlass zu weiteren Ermittlungen.

Die Befreiungstatbestände des [§ 147 a Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 bis 7 SGB III](#) - mit Ausnahme der Nr. 4 - 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. Im vorliegenden Fall hat die Klägerin keinen der Befreiungstatbestände - außer Nr. 4 - geltend gemacht.

Der Befreiungstatbestand des [§ 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III](#) liegt - entgegen der Ansicht der Klägerin - ebenfalls nicht vor. Nach dieser Vorschrift tritt eine Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er das Arbeitsverhältnis durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat, wobei [§ 7](#) des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung findet. Diese Voraussetzungen hat die Klägerin nicht nachgewiesen. Der Senat gelangt vielmehr zu der Überzeugung, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der AN durch die Klägerin aus krankheitsbedingten Gründen wegen hoher Fehlzeiten sozial nicht gerechtfertigt war.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) ist bei einer Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen, worauf die Klägerin die Kündigung gestützt hat, zunächst eine negative Gesundheitsprognose erforderlich (erste Stufe). Es müssen, abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt, objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können dabei indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sprechen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (zweite Stufe). Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Liegt eine solche erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, so ist in einem dritten Prüfungsschritt im Rahmen der nach [§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG](#) gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen. Dabei ist u.a. zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, ob und wie lange das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zunächst ungestört verlaufen ist, ob der Arbeitgeber eine Personalreserve vorhält und etwa neben Betriebsablaufstörungen auch noch hohe Entgeltfortzahlungskosten aufzuwenden hatte. Ferner sind das Alter, der Familienstand und die Unterhaltspflichten sowie ggf. eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (vgl. BAG, Urteil vom 10.11.2005 - [2 AZR 44/05](#) - mW.N.). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Senat aufgrund des im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes von Amts wegen zu

ermitteln. Nach [§ 147a Abs. Satz 2 Nr. 4](#) letzter Halbsatz SGB III besteht eine Bindungswirkung nur, wenn eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichtes über die soziale Rechtfertigung einer Kündigung vorliegt. Eine solche Entscheidung liegt jedoch nicht vor.

Von diesen Grundsätzen ausgehend gelangt der Senat zu der Überzeugung, dass die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit AN nicht sozial gerechtfertigt war. Zwar traten bei AN nach dem Vorbringen der Klägerin seit 1992 Arbeitsunfähigkeitszeiten in unterschiedlichen Intervallen und Zeitdauer auf, die für die Zeit ab 1997 auch durch den vom SG von der AOK eingeholten Auszug aus der Leistungskartei der AN belegt sind (vgl. Blatt 26 der Verwaltungsakte der Beklagten und Blätter 46 bis 51 der SG-Akte, auf die Bezug genommen wird). Diese Krankheitszeiten rechtfertigen nach den oben dargestellten Grundsätzen des BAG die Kündigung jedoch nicht.

Eine dauernde oder lang andauernde Leistungsunfähigkeit der AN zur Erbringung ihrer geschuldeten Arbeitsleistungen liegt nicht vor, wie das SG im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt hat. Der Senat gelangt nach eigener Überprüfung zum gleichen Ergebnis und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf die diesbezüglichen Ausführungen des SG in seinem Urteil (S.10/11) zur Begründung seiner eigenen Entscheidung Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Die Klägerin hat sich zur Berechtigung ihrer Kündigung maßgeblich auf Fehlzeiten wegen eines Hallux valgus und einer Asthmaerkrankung der AN berufen. Die übrigen Fehlzeiten wegen anderer Erkrankungen der AN überstiegen in den letzten Jahren des Arbeitsverhältnisses (seit 1997) den für das Alter der AN typischen Rahmen nicht (15 Tage 1997, 15 Tage 1998, 5 Tage 2001 und 10 Tage 2002).

Die Klägerin durfte angesichts der Fehlzeiten der AN wegen des Hallux valgus zum maßgeblichen Zeitpunkt der Kündigung prognostisch nicht davon ausgehen, bei AN träten auch zukünftig jährlich in erheblichem Umfang weitere krankheitsbedingte Fehlzeiten auf. Diese Erkrankung kann operativ behandelt werden. Eine solche Behandlung hat bei AN ausweislich des Auszuges aus der Leistungskartei der AOK in der Zeit vom 28.09.1999 bis 25.01.2000 (Hallux valgus Operation links) zu einer Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von 120 Tagen geführt. Eine weitere Fehlzeit der AN trat wegen dieser Erkrankung erst vom 12.02.2002 bis 20.04.2002 (68 Tage) ein, die die Klägerin zum Anlass ihrer Kündigung nahm. Anhaltspunkte dafür, dass nach dem Abschluss dieser Behandlung noch weitere Operationen notwendig sein werden, hatte die Klägerin nicht. Soweit die Zeugin T in ihrer dem Senat vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 23.01.2006 angegeben hat, eine weitere Operation habe im März 2003 stattgefunden und sei für das Jahr 2004 vorgesehen gewesen, ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher objektiver Tatsachen sie hiervon zum Zeitpunkt der Kündigung Kenntnis hatte. Vielmehr hat Dr. Sch. in seiner schriftlichen sachverständigen Zeugenauskunft an das SG vom 02.10.2003 Leistungseinschränkungen der AN wegen des Hallux valgus links nicht genannt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Erkrankung (Hallux valgus links) der AN - weitgehend - ausgeheilt ist. Dr. Sch. hat zwar weiter als wesentliche Verschlimmerung Beschwerden der AN im Bereich des Hallux valgus rechts mit OP-Indikation genannt. Dass diese Beschwerden zum Zeitpunkt der Kündigung bereits hinreichend absehbar waren, ist nicht ersichtlich. Die Zeugin T hat bei ihrer Vernehmung vielmehr lediglich davon berichtet, dass AN angegeben habe, dass ihr die Arbeit immer schwerer falle und dass es nicht mehr so gehe. Aus diesen Angaben kann die Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt der Kündigung prognostisch nicht darauf schließen, dass wegen der Hallux valgus Erkrankung auch zukünftig mit erheblichen krankheitsbedingten Ausfallzeiten der AN zu rechnen ist.

Entsprechendes gilt auch für die Asthmaerkrankung der AN die seit 1997 ausweislich des Auszuges aus der Leistungskartei in der Zeit vom 14.01.1997 bis 18.02.1997 (36 Tage), 26.01.1999 bis 23.02.1999 (29 Tage) und 13.02.2001 bis 13.03.2001 (29 Tage) zu einer Arbeitsunfähigkeit der AN führte. Im Hinblick auf den zeitlichen Abstand kann nicht angenommen werden, wegen der Asthmaerkrankung liege eine besondere Krankheitsanfälligkeit vor, die jährlich in erheblichem Umfang krankheitsbedingte Fehlzeiten erwarten ließen.

Die schriftliche sachverständige Zeugenauskunft von Dr. Sch. vom 02.10.2003 an das SG steht dieser Bewertung nicht entgegen. Zwar hat Dr. Sch. angegeben, mit der Zunahme der Arbeitsunfähigkeitszeiten der AN werde zu rechnen sein. Er stützt seine Ansicht darauf, dass das Asthma unter Infekten immer wieder auftreten werde und eine allergische Reaktionsbereitschaft sich saisonal bemerkbar machen werde, sowie auf eine venöse Insuffizienz der AN. Dass seit dem Jahr 2002 eine wesentliche Verschlimmerung im Gesundheitszustand der AN eingetreten ist, hat Dr. Sch. - insbesondere hinsichtlich der Asthmaerkrankung - nicht genannt, weshalb seine Ansicht nicht plausibel ist, mit einer Zunahme der Arbeitsunfähigkeitszeiten werde zu rechnen sein. Aus diesen Gründen vermag den Senat auch die weitere Einschätzung von Dr. Sch. in seiner Stellungnahme vom 02.10.2003, AN sei nicht mehr in der Lage ihre Tätigkeit als Verkäuferin/Kassiererin zu verrichten, nicht zu überzeugen. Der Bewertungen von Dr. Sch. stehen auch die Angaben der AN bei ihrer schriftlichen Anhörung durch das SG vom 24.04.2004 entgegen, sie hätte die Tätigkeit (über den 30.09.2002 hinaus) wieder aufnehmen können.

Das Vorbringen der Klägerin, AN habe vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei einem telefonischen Personalgespräch mitgeteilt, dass sie sich nicht mehr in der Lage sehe, ihrer Tätigkeit als Kassiererin/Verkäuferin nachzukommen, trifft nicht zu. AN hat dieses Vorbringen bei ihren schriftlichen Anhörungen als Zeugin nicht bestätigt. Auch T hat bei ihrer Vernehmung vor dem Senat lediglich angegeben, AN habe in einem vor der Kündigung geführten Telefongespräch berichtet, dass ihr die Arbeit immer schwerer falle und auf Hinweis, sie habe mit der Kündigung zu rechnen, gesagt, gut, dann müsse T das eben tun. Diese Angaben der AN rechtfertigen nicht den Schluss, AN habe sich nicht mehr in der Lage gesehen, ihrer Tätigkeit als Kassiererin/Verkäuferin nachzukommen. Ob AN hinsichtlich ihrer Fähigkeit zur Erbringung ihrer Arbeitsleistungen anderen Mitarbeitern der Klägerin gegenüber Angaben gemacht hat, ist unerheblich. Maßgeblich sind vielmehr allein die von AN gegenüber der Zeugin T gemachten Angaben. Es besteht deshalb auch keine Veranlassung, den Sachverhalt insoweit weiter aufzuklären.

Unabhängig davon ist der Senat nicht davon überzeugt, dass die Klägerin durch Fehlzeiten der AN eine erhebliche Beeinträchtigung ihrer betrieblichen Interessen zu erwarten gehabt hätte. Dass es durch die Fehlzeiten der AN zu relevanten Betriebsablaufstörungen gekommen ist, ist nicht ersichtlich. Nach den Angaben von T bei ihrer Vernehmung vor dem Senat war es der Klägerin (bei größeren Umsätzen) vielmehr möglich, weitere Personen in der Verkaufsstelle einzusetzen. Außerdem hat nach den Angaben von T bei Ausfall einer Teilzeitkraft, wie dies bei AN zutraf, die andere Teilzeitkraft deren Aufgabe übernommen. Entsprechend hat sich die Klägerin im Schreiben an das SG vom 10.10.2003 geäußert. Auch eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen durch wirtschaftliche Belastungen ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hat hierzu auf Nachfrage des SG mitgeteilt, für den Zeitraum vom 22.03.1999 bis 21.03.2002 Lohnfortzahlungskosten für AN in Höhe von insgesamt 4.559,23 EUR aufgebracht zu haben. Der Senat hält es für ausgeschlossen, dass diese Kosten eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen der Klägerin bewirkt haben.

Die Klägerin trägt damit eine besondere Verantwortung für die Arbeitslosigkeit der AN, die ihre Erstattungspflicht für die von der Beklagten an AN erbrachten Leistungen im streitigen Zeitraum rechtfertigt.

Den Erstattungsbetrag hat die Beklagte im angefochtenen Bescheiden vom 28.05.2005 zutreffend berechnet. Die an AN gezahlten Leistungen sind nicht zu hoch gewesen. Ausgehend von den Angaben der Klägerin zum Arbeitsentgelt in der Arbeitsbescheinigung ist insbesondere zutreffend von einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 315,00 EUR bei der Bewilligung des Alg ausgegangen worden. Auch die sonstigen Berechnungsmodalitäten (Leistungsgruppe, Kindermerkmal, Leistungstabelle, Anspruchsdauer) hat die Beklagte zutreffend berücksichtigt. Hinsichtlich der Höhe der Erstattungsforderung werden von der Klägerin auch keine Einwände erhoben.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-04-12