

## L 13 AL 915/03

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
13  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 17 AL 06378/00  
Datum  
27.11.2002  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 AL 915/03  
Datum  
09.10.2007  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 27. November 2002 wird zurückgewiesen. Die Klage wegen des Bescheids vom 8. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. April 2003 wird abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob die Klägerin der Beklagten nach den früheren Bestimmungen des § 128 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) für die Zeit vom 18. April 1999 bis 28. Mai 2000 Arbeitslosengeld (Alg) und die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung zu erstatten hat (insgesamt 44.227,84 DM).

Der am 1941 geborene N. B. (B.) war seit 14. April 1980 (zuletzt) als Spritzlackierer bei der Klägerin beschäftigt. Er war bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse S. (AOK) krankenversichert. Am 9. Mai 1997 schloss die Klägerin mit B. einen Rahmenvertrag, durch welchen das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 30. Dezember 1997 aufgelöst wurde. Mit Ausscheidensvereinbarung zur Frühpensionierung 1997 vom 10. Dezember 1997 verpflichtete sich die Klägerin, B. als Ausgleich für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine einmalige Abfindung in Höhe von 75.520,84 DM zu zahlen. B. war nach dem maßgebenden Tarifvertrag nicht mehr ordentlich kündbar.

Am 6. November 1997 meldete sich B., auf dessen Lohnsteuerkarte für 1997 die Steuerklasse I/0 eingetragen war, beim Arbeitsamt R. - Dienststelle T. - (ArbA) mit Wirkung zum 31. Dezember 1997 arbeitslos und beantragte Alg. Im Formantrag vom 12. Dezember 1997 verneinte er die unter den Ziffern 3, 4b und 4c gestellten Fragen, ob er vom Arzt arbeitsunfähig krank geschrieben sei, ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeit oder Arbeitsstunden eingeschränkt sei und er die Tätigkeit aus seiner letzten Beschäftigung (z. B. aus gesundheitlichen Gründen) nicht mehr ausüben könne, ob er andere Leistungen beziehe oder einen Antrag auf solche Leistungen gestellt habe. Die Klägerin gab in der (berichtigten) Arbeitsbescheinigung vom 4. März 1998 an, B. habe in der Zeit vom 3. Januar bis 3. März 1996 kein Arbeitsentgelt erhalten. Weitere Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt für die Dauer von mehr als vier Wochen hat die Klägerin für die letzten sieben Jahre des Beschäftigungsverhältnisses verneint. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber sei gesetzlich oder (tarif-)vertraglich ausgeschlossen. Ein zeitlich unbegrenzter Ausschluss der ordentlichen Kündigung habe allerdings nicht vorgelegen; auch sei ordentliche Kündigung (tarif-)vertraglich nicht nur bei Zahlung einer Abfindung, Entschädigung oder ähnlichen Leistung zulässig gewesen. Nach Ablehnung der Leistung wegen Eintritts einer Sperrzeit (31. Dezember 1997 bis 24. März 1998) und wegen Ruhens aufgrund der Abfindung (bis 5. Juli 1998; Bescheid vom 12. März 1998) bewilligte das ArbA mit Bescheid vom 25. Mai 1998 Alg ab 6. Juli 1998 in Höhe von 406,56 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 1.240,00 DM, Leistungsgruppe A, Kindermerkmal 0). Dieser Leistungssatz wurde ab 1. Dezember 1998 auf 408,80 DM (Bemessungsentgelt 1.250,00 DM, Leistungsgruppe C, Kindermerkmal 0; Bescheid vom 23. Dezember 1998), unter Anwendung der SGB III-Leistungsverordnung 1999 vom 18. Dezember 1998 ([BGBl. I S. 3864](#)) ab 1. Januar 1999 auf 409,99 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 1.250,00 DM, Leistungsgruppe A, Kindermerkmal 0; Bescheid vom 13. Januar 1999), ab 1. Dezember 1999 auf wöchentlich 414,68 DM (Bemessungsentgelt 1.270,00 DM, Leistungsgruppe A, Kindermerkmal 0; Bescheid vom 27. Dezember 1999), dann unter Anwendung der SGB III-Leistungsverordnung 2000 vom 17. Dezember 1999 ([BGBl. I S. 2810](#)) ab 1. Januar 2000 auf 423,08 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 1.270,00 DM, Leistungsgruppe A, Kindermerkmal 0; Bescheid vom 12. Januar 2000) geändert und so bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 28. Mai 2000 gewährt. Den Antrag des B. auf Bewilligung von Arbeitslosenhilfe ab 29. Mai 2000 lehnte das ArbA mit Bescheid vom 20. April 2000 wegen fehlender Bedürftigkeit ab. Ab 1. Mai 2001 bezog der zwischenzeitlich nach T. d. S., Italien, verzogene B. von der Landesversicherungsanstalt S. Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeit.

Auf das formularmäßige Schreiben des ArbA vom 2. November 1998 ("Anhörung zu den im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stehenden Tatbeständen (Anhörung zur Teilentscheidung)") äußerte sich die Klägerin mit Schreiben vom 9. Dezember 1998. Sie wies insbesondere auf die Amtsermittlungspflicht der Beklagten im Hinblick auf eine Berechtigung zum Bezug anderweitiger Sozialleistungen hin und teilte mit, ihr ehemaliger Mitarbeiter sei in den letzten zwei Jahren des Arbeitsverhältnisses an insgesamt 125 Tagen arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Mit Schreiben vom 19. Juli 1999 wandte sich das ArbA an B. mit mehreren Fragen zu dessen Gesundheitszustand in der Zeit vom 18. April bis 30. Juni 1999. B. verneinte gesundheitliche Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses sowie Zeiten der Arbeitsunfähigkeit seit Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Auch in den letzten zwei Jahren des Beschäftigungsverhältnisses hätte er keine krankheitsbedingten Fehlzeiten gehabt. Nach Anhörung der Klägerin am 28. Juli 1999 - die Antwort des B. war beigelegt - zu einer Erstattung vom 18. April bis 30. Juni 1999 in Höhe von 7.949,61 DM (4.334,18 DM Alg, 1.374,29 DM Krankenversicherungs-, 2.061,43 DM Rentenversicherungs- und 179,71 DM Pflegeversicherungsbeiträge) erging der diesen Zeitraum (74 Leistungstage) und diesen Erstattungsbetrag feststellende Abrechnungsbescheid vom 6. September 1999. Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 22. September 1999 Widerspruch. Auf die den Zeitraum 1. Juli bis 30. September 1999 betreffende Anfrage des ArbA vom 14. Oktober 1999 teilte B. mit Formschriften vom 26. Oktober 1999 mit, eine Veränderung seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Nach Anhörung der Klägerin am 9. November 1999 - die Antwort des B. war wiederum beigelegt - forderte das ArbA mit Abrechnungsbescheid vom 14. Januar 2000 für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1999 die Erstattung von 9.883,30 DM (5.388,44 DM Alg, 1.708,57 DM Krankenversicherungs-, 2.562,86 DM Rentenversicherungs- und 223,43 DM Pflegeversicherungsbeiträge). Nachdem B. auch betreffend den Zeitraum 1. Oktober bis 31. Dezember 1999 Fragen zu krankheitsbedingten Fehlzeiten verneint hatte, erging nach Anhörung der Klägerin am 3. Februar 2000 unter Mitteilung der Antwort des B. der für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1999 eine Erstattung in Höhe von 9.928,30 DM (5.409,21 DM Alg, 1.717,78 DM Krankenversicherungs-, 2.576,67 DM Rentenversicherungs- und 224,63 DM Pflegeversicherungsbeiträge) feststellende Abrechnungsbescheid vom 4. März 2000. Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 28. März 2000 Widerspruch. Mit weiterem Abrechnungsbescheid 26. Mai 2000 forderte das ArbA für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 2000 die Erstattung von 10.056,80 DM (5.500,04 DM Alg, 1.783,08 DM Krankenversicherungs-, 2.549,14 DM Rentenversicherungs- und 224,54 DM Pflegeversicherungsbeiträge). Zuvor war wiederum B. mit inhaltsgleichem Fragebogen zu krankheitsbedingten Fehlzeiten befragt und nach (erneuter) verneinender Rückantwort des B. (Schreiben vom 21. März 2000) die Klägerin zur beabsichtigten Abrechnungsentscheidung angehört worden (Anhörungsmitteilung vom 4. April 2000). Nachdem B. zuletzt auch betreffend den Zeitraum 1. April bis 28. Mai 2000 die Fragen zu krankheitsbedingten Fehlzeiten und einer Veränderung seines Gesundheitszustandes verneint hatte (Schreiben vom 2. Oktober 2000), hörte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 12. Oktober 2000 unter Mitteilung der Antwort des B. auch zu einer für die Zeit vom 1. April bis 28. Mai 2000 beabsichtigten Erstattungsentscheidung an. Ein diesen Zeitraum betreffender Abrechnungsbescheid erging zunächst allerdings nicht. Mit Widerspruchsbescheid vom 26. Oktober 2000 wies die Widerspruchsstelle des ArbA die Widersprüche gegen die Abrechnungsbescheide betreffend die Zeit vom 18. April 1999 bis 31. März 2000 zurück.

Die Klägerin hat am 15. November 2000 Klage beim Sozialgericht S. (SG) erhoben. Zur Begründung hat sie vorgetragen, die Beklagte habe im Hinblick auf die Feststellung der anderweitigen Sozialleistungsberechtigung die Voraussetzungen und den Umfang ihrer Amtsermittlungspflicht verkannt und fehlerhaft subsumiert. Insbesondere die Befragung der ausgeschiedenen Beschäftigten sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Über die Ergebnisse durchgeführter Ermittlungen habe das ArbA sie nicht im erforderlichen Umfang informiert. Letztlich halte man daran fest, dass die Vorschrift des § 128 AFG insgesamt verfassungswidrig sei. Auf Anfrage des SG hat die Klägerin eine Aufstellung über krankheitsbedingte Fehlzeiten des B. in der Zeit vom 24. Juli 1995 bis 14. Mai 1997 vorgelegt. Wegen des Inhalts dieser Aufstellung wird auf Bl. 30 und 32f. der Klageakten des SG Bezug genommen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Eine an B. gerichtete Anfrage des SG blieb unbeantwortet; eine Schwägerin des B. wies telefonisch auf dessen zwischenzeitlich erfolgten Umzug nach Italien hin und teilt mit, dass B. mittlerweile an Leukämie leide. Mit Urteil vom 27. November 2002, das gemäß [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung ergangen ist, hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des den Bevollmächtigten der Klägerin gemäß Empfangsbekanntnis am 5. März 2003 zugestellten Urteils wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin am 10. März 2003 schriftlich beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung ist sie bei ihrer Auffassung verblieben, dass die Neuregelung des § 128 AFG verfassungswidrig sei. Die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der Entscheidung vom 10. November 1998 - 1 BvR 2296/98 und [1 BvR 1081/97](#) - [BVerfGE 99, 202](#) ff.) zur Verfassungswidrigkeit des § 128 a AFG aufgestellten Grundsätze seien auch auf die hier in Rede stehende Aufhebungsvereinbarung zu übertragen. Außerdem ergebe sich aus dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 15. Dezember 1999 - [B 11 AL 33/99 R](#) -, dass dieses Gericht an der bisherigen Spruchpraxis, derzufolge § 128 Abs. 1 Satz 2 3. Alt. Nr. 4 AFG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsverträge nicht erfasse, offenbar nicht mehr festhalten wolle. Im übrigen habe das SG verkannt, dass die Beklagte die Beweislast für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. AFG trage. Weitere Ermittlungen halte zwar auch sie nicht für erfolgversprechend, es müsse aber berücksichtigt werden, dass B. in den letzten zwei Jahren vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses häufig arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. Dies habe B. gegenüber der Beklagten wahrheitswidrig nicht angegeben; deshalb könne auf dessen Angaben eine entsprechende Feststellung nicht gestützt werden. Letztlich spreche auch die spätere Erkrankung an Leukämie für das Vorliegen relevanter Arbeitsunfähigkeitszeiten im Erstattungszeitraum.

Mit Abrechnungsbescheid vom 8. April 2003 hat das ArbA für die Zeit vom 1. April 2000 bis 28. Mai 2000 von der Beklagten nach [§ 147a](#) Drittes Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) die Erstattung von 6.409,83 DM (3.505,52 DM Alg, 1.136,47 DM Krankenversicherungs-, 1.624,73 DM Rentenversicherungs- und 143,11 DM Pflegeversicherungsbeiträge) gefordert. Den gegen diesen Bescheid seitens der Klägerin am 17. April 2003 erhobenen Widerspruch wies die Widerspruchsstelle des ArbA mit Widerspruchsbescheid vom 30. April 2003 zurück; die Erstattungsforderung stütze sie nunmehr aber auf [§ 431 SGB III](#) in Verbindung mit § 128 AFG.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgericht S. vom 27. November 2002 sowie die Bescheide vom 6. September 1999, 14. Januar 2000, 4. März 2000 und 26. Mai 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. Oktober 2000 und den Bescheid vom 8. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. April 2003 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Klage wegen des Bescheids vom 8. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. April

2003 abzuweisen.

Sie hält die streitbefangenen Bescheide für rechtmäßig und das angefochtene Urteil des SG für zutreffend.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Berufungsakten des Senats ([L 13 AL 915/03](#)), die Klageakten des SG (S 17 AL 6378/00) und die Leistungsakten des ArbA Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin und die Klage wegen des Bescheids vom 8. April 2003 hat keinen Erfolg.

Die gemäß [§§ 143, 144 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung ist zulässig, sie ist unter Beachtung der maßgeblichen Form- und Fristvorschriften ([§ 151 Abs. 1 SGG](#)) eingelegt worden. Die Berufung ist jedoch unbegründet; das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Gegenstand der (isolierten) Anfechtungsklage (vgl. [§ 54 Abs. 1 Satz 1](#) 1. Alternative SGG) sind zunächst die Abrechnungsbescheide der Beklagten vom 6. September 1999, 14. Januar 2000, 4. März 2000 und 26. Mai 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. Oktober 2000. Diese erweisen sich als rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in subjektiven Rechten. Der Beklagten steht, wie von ihr durch diese Bescheide festgestellt, für die Zeit vom 18. April 1999 bis 31. März 2000 ein Erstattungsanspruch in Höhe von 37.668,01 DM zu. Analog [§ 96 Abs. 1 SGG](#) ist darüber hinaus der von der Klägerin für den Zeitraum 1. April 2000 bis 28. Mai 2000 die Erstattung von insgesamt 6.409,83 DM (3.277,29 EUR) fordernde Abrechnungsbescheid vom 8. April 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. April 2003 Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Auch dieser Bescheid, über den der Senat auf Klage zu entscheiden hat, ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in subjektiven Rechten.

Rechtsgrundlage der Heranziehung der Klägerin zur Erstattung ist § 128 AFG (Fassung durch Gesetz zur Änderung der Fördervoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992 ([BGBl. I S. 2044](#)); zum Übergangsrecht vgl. § 242x Abs. 6 AFG, [§ 431 SGB III](#) (beide in der Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 - [BGBl. I S. 594](#) )); insbesondere kommt [§ 147 a SGB III](#) in der ab dem 1. April 1999 geltenden Fassung nicht zur Anwendung, weil der Anspruch von B. auf Alg vor dem 1. April 1999 entstanden ist und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vor dem 10. Februar 1999 vereinbart worden ist (vgl. [§ 431 Abs. 2 SGB III](#)). Dies gilt, wie die Beklagte im Widerspruchsbescheid vom 30. April 2003 zutreffend klargestellt hat, auch für den Gegenstand des Berufungsverfahrens gewordenen Bescheid vom 8. April 2003. 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. Soweit in den vom Übergangsrecht erfassten Fällen eine Erstattungspflicht für Zeiten nach dem 31. Dezember 1997 besteht, verlängert sich nach [§ 431 Abs. 1 Satz 2 SGB III](#) der Erstattungszeitraum für jeweils sechs Tage um einen Tag. Die Erstattungspflicht tritt u.a. 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. Soweit Alg zu erstatten ist, schließt dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung mit ein (§ 128 Abs. 4 AFG (Fassung durch Gesetz vom 15. Dezember 1995 - [BGBl. I S. 1824](#))). Die streitbefangenen Bescheide vom 6. September 1999, 14. Januar 2000, 4. März 2000, 26. Mai 2000 und 8. April 2003 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. Bundessozialgericht (BSG) [SozR 1300 § 24 Nr. 2](#); [BSGE 69, 247](#), 252 f. = [SozR 3-1300 § 24 Nr. 4](#)). Entgegen der Auffassung der Klägerin bezieht sich die Anhörungspflicht nach der genannten Bestimmung indes nicht auf ihren früheren Arbeitnehmer B.; denn dieser ist -wenngleich ihm im Rahmen des § 128 Abs. 8 AFG im einzelnen geregelte Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten zukommen - anders als die Klägerin (vgl. [§ 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X](#)) nicht Beteiligter des Verwaltungsverfahrens über die Erstattung (vgl. [Wissing, NZA 1993, 385, 397](#); [Weber, NZS 1994, 150, 157](#)). Die Befragung der Arbeitslosen im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes ([§ 20 SGB X](#)) dient vielmehr der Vorbereitung der Entscheidung über die Erstattung; Mängel der Sachaufklärung wären nach [§ 42 Satz 1 SGB X](#) nur erheblich, wenn sie zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnten (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 263; BSG, Urteil vom 19. März 1998 - [B 7 AL 20/97 R](#) - DBIR 4451, AFG/§ 128; Beschluss vom 8. September 1999 - [B 7 AL 92/99 B](#) - nicht zur Veröffentlichung bestimmt; ferner schon Senatsurteil vom 8. Oktober 1996 - [L 13 Ar 2751/95](#) - Breithaupt 1997, 633, 640f.). Auf die von der Klägerin gerügten Formulierungen in den an B. gerichteten Schreiben des ArbA kommt es jedenfalls für die Frage einer ordnungsgemäßen Anhörung im Rahmen des [§ 24 SGB X](#) nicht an. Die hinsichtlich aller streitgegenständlichen Bescheide durchgeführten Anhörungen der Klägerin (Schreiben des ArbA vom 2. November 1998, 28. Juli 1999, 9. November 1999, 3. Februar 2000, 4. April 2000 und 12. Oktober 2000) waren ausreichend. Jedenfalls vermittelte der Inhalt der genannten Anhörungsschreiben der Klägerin in Bezug auf Grund und Höhe der Erstattungsforderung - namentlich wegen deren dort berücksichtigten eigenen Angaben in der (korrigierten) Arbeitsbescheinigung vom 4. März 1998 (vgl. [§ 24 Abs. 2 Nr. 3 SGB X](#)) sowie aufgrund der jeweils als Anlage beigefügten Antworten des B. - hinreichende Kenntnisse, um sich zur Ausschöpfung ihres Rechts auf rechtliches Gehör gegebenenfalls weitere Tatsachenkenntnis zu verschaffen, ohne dass das Rechenwerk im einzelnen noch genauer hätte aufgeschlüsselt werden müssen (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 261 f.; BSG DBIR 4451, AFG/§ 128; Urteil vom 7. Mai 1998 - [B 11 AL 81/97 R](#) -, [SGB 1998, 364](#)). Das ArbA hat die Klägerin in diesen 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 führten. Ferner sind die Grundvoraussetzungen für eine Erstattung (§ 128 Abs. 1 Sätze 1 und 2 1. Alternative AFG) hier gegeben. Die Erstattungspflicht entfällt nicht nach Satz 2 Nr. 1 a der Vorschrift. Der am 18. April 1941 geborene B. war vor der mit Wirkung ab 31. Dezember 1997 erfolgten Arbeitslosmeldung vom 14. April 1980 bis 30. Dezember 1997 bei der Klägerin lückenlos und damit nicht insgesamt weniger als 15 Jahre beitragspflichtig beschäftigt; die einen Erstattungsanspruch ausschließende Übergangsregelung des § 242 m 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 Sozial-leistungsberechtigung) liegt nach dem

Gesamtergebnis des Verfahrens in der gesamten streitbefangenen Zeit vom 18. April 1999 bis 28. Mai 2000 nicht vor, so dass eine Beweislastentscheidung (vgl. hierzu BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 2](#); ferner Senatsurteil vom 8. Oktober 1996 Breithaupt 1997, 633, 642; Gagel, AFG, Stand: Januar 1998, § 128 RdNr 15 f., 350; Wissing, a.a.O. Seite 387, 398) nicht in Betracht kommt. Der Auflösungsvertrag vom 16. Juli 1998 erfolgte aufgrund wirtschaftlich bedingten Personalabbaus. B. hat die im Formantrag vom 12. Dezember 1998 gestellten Fragen, ob er zur Zeit vom Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben sei oder ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeiten und Arbeitsstunden aus gesundheitlichen Gründen eingeschränkt sei, verneint. In der Arbeitsbescheinigung vom 4. März 1998 war zwar für die letzten sieben Jahre des Beschäftigungsverhältnisses eine Unterbrechung der Zahlung von Arbeitsentgelt für mehr als vier Wochen vom 3. Januar bis 3. März 1996 vermerkt. Darüber hinaus hat die Klägerin im vorliegenden Fall zwar Zeiträume der Arbeitsunfähigkeit von 27 Kalendertagen im Jahr 1995, 177 Kalendertagen im Jahr 1996 und 41 Kalendertagen im Jahr 1997 behauptet; dieser Umstand allein vermag jedoch, nachdem der Schwerpunkt der Krankheitszeiten in den Jahren 1995 und 1996 gelegen hat, nicht die Annahme zu begründen, B. müsse auch in der Zeit ab 18. April 1999, also fast zwei Jahre nach Ende der letzten von der Klägerin mitgeteilten Arbeitsunfähigkeitszeit (bis 14. Mai 1997), arbeitsunfähig gewesen sein. Dass solche Arbeitsunfähigkeitszeiten in der Zeit vom 18. April 1999 bis 28. Mai 2000 gerade nicht (mehr) vorgelegen haben, belegen neben den Angaben des B. im Antrag auf Alg vor allem dessen zeitnahe Angaben auf die jeweiligen Anfragen des ArbA zu den einzelnen Erstattungszeiträumen. B. hat jeweils angegeben, nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen zu sein. Der Umstand, dass B. zu den Arbeitsunfähigkeitszeiten während des Arbeitsverhältnisses möglicherweise unrichtige Angaben gemacht hat, soweit er Arbeitsunfähigkeitszeiten auch für die letzten zwei Jahre des Beschäftigungsverhältnisses verneint hat, lässt sich durch den zwischenzeitlichen Zeitablauf ohne weiteres erklären und vermag deshalb für sich genommen die Richtigkeit seiner Aussage betreffend die zeitnahen Erstattungszeiträume nicht in Zweifel zu ziehen. Darüber hinaus steht zur vollen Überzeugung des Senats auch fest, dass B. in der leistungslosen Zeit vom 29. Mai 2000 bis 30. April 2001 und damit erst recht im streitbefangenen Zeitraum noch nicht an Leukämie oder einer anderen schwerwiegenden Krankheit erkrankt war; andernfalls hätte es nahe gelegen, für diese Zeit Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit zu beantragen. Auch im Versicherungsverlauf sind für die leistungslose Zeit keine Arbeitsunfähigkeitszeiten vermerkt. Der Senat ist deshalb auch davon überzeugt, dass der Kläger - sofern die beim SG eingegangene telefonische Mitteilung den Tatsachen entspricht - eine bei ihm vorliegende Erkrankung an Leukämie dem ArbA mitgeteilt hätte, wenn ihm diese Diagnose bereits zum Zeitpunkt seiner letzten Erklärung gegenüber dem ArbA am 2. Oktober 2000 bekannt gewesen wäre. Damit steht fest, dass B. in der Zeit vom 18. April 1999 bis 28. Mai 2000 nicht arbeitsunfähig krank gewesen ist und damit weder einen Anspruch auf eine der in § 128 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen noch auf eine Rente wegen Berufsunfähigkeit hatte. Für weitergehende Ermittlungen bestand kein Anlass. Soweit die Klägerin Mängel der Sachaufklärung durch die Beklagte rügt, vermag der Senat solche Mängel nicht zu erkennen, abgesehen davon, dass, was die Klägerin übersieht, solche Mängel nach [§ 42 Abs. 1 SGB X](#) nur erheblich sind, wenn sie zu einem anderen Verfahrensergebnis führen können (vgl. hierzu [BSGE 81, 259](#), 263). Zu den Voraussetzungen und Grenzen der Sachaufklärungspflicht tritt der Senat insbesondere den von der Klägerin ebenfalls nicht zur Kenntnis genommenen Ausführungen des 11. Senats des BSG in den Urteilen vom 21. September 2000 - [B 11 AL 7/00 R \(BSGE 87, 132, 139\)](#) - und vom 8. Februar 2001 - [B 11 AL 10/00 R](#) - bei, in denen ausgeführt ist, dass auch das Verfassungsrecht kein anderes Verständnis der Anforderungen an die Sachaufklärungspflicht gebietet.

Die Klägerin vermag ihrer Erstattungspflicht auch keinen der Befreiungstatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 3. Alternative und Abs. 2 AFG entgegenzuhalten, wobei offenbleiben kann, wie weit ihre diesbezügliche Darlegungs- und Nachweispflicht reicht (vgl. BSG 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 B. nicht durch Kündigungsausspruch, sondern aufgrund des Rahmenvertrags vom 9. Mai 1997 (konkretisiert durch die Ausscheidensvereinbarung vom 10. Dezember 1997) einvernehmlich beendet wurde. Die von der Klägerin herangezogene Bestimmung ist nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung auf Fälle der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht entsprechend anwendbar (vgl. [BSGE 81, 259](#), 264 f.; BSG DBIR 4451, AFG/§ 128; BSG, Urteile vom 16. September 1998 - [B 11 AL 59/97 R](#), DBIR 4492, AFG/§ 128 - und vom 03. Dezember 1998 - [B 7 AL 110/97 R](#), DBIR 4508 a, AFG/§ 128, zuletzt vom 14. Dezember 2000 - [B 11 AL 19/00 R](#) -; [SozR 3 - 4100 § 128 Nr. 11](#), 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, 433, 444 f.). Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt anderes auch nicht aus dem Urteil des BSG vom 15. Dezember 1999 ([B 11 AL 33/99 R](#), [BSGE 85, 224](#)). Gegenstand dieser Entscheidung war die Anwendung der Befreiungstatbestände des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 AFG auf befristete Arbeitsverhältnisse; nicht nachvollziehbar ist die Meinung der Klägerin, mit dieser Entscheidung rücke das BSG von der vom 7. und 11. Senat übereinstimmend und ohne Anklängen irgend welcher Zweifel verneinten Anwendbarkeit des § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG auf Aufhebungsverträge ab. Eine materiell-rechtliche Prüfung sozial gerechtfertigter Gründe für die vertraglich getroffene Regelung, zu denen die Klägerin im übrigen - bezogen auf den vorliegenden Einzelfall - nichts vorgetragen hat, ist deshalb hier nicht durchzuführen. Anhaltspunkte für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund (§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 AFG) sind gleichfalls nicht gegeben; auch hierzu hat die Klägerin nichts dargetan.

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); der Beschluss des BVerfG vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) ff.) vermag deshalb die Argumentationslinie der Klägerin nicht zu unterstützen (vgl. BSG vom 22. März 2001 - [R 11 AL 50/00 R](#) -; Senatsurteil vom 18. Mai 1999 - [L 13 AL 3224/98](#) -); das BVerfG hat lediglich entschieden, die Belastung des Arbeitgebers mit den vollen Kosten der Arbeitslosigkeit zusätzlich zur Karenzentschädigung beim Wettbewerbsverbot sei unverhältnismäßig. Im übrigen sind abstrakte verfassungsrechtliche Erwägungen ohne konkreten Bezug zur Streitsache nicht angezeigt (vgl. Senatsurteil vom 8. 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. Das BVerfG selbst sieht im Übrigen keinen Verstoß gegen Grundrechte, wenn § 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG nicht auf Aufhebungsverträge angewandt wird (vgl. Beschluss vom 9. September 2005 - [1 BvR 846/02](#) - in dem von der Klägerin angestrebten erfolglosen Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen Urteile des Bundessozialgerichts und des erkennenden Senats).

Da mithin die Voraussetzungen des § 128 AFG erfüllt sind, ist die Klägerin grundsätzlich zur Erstattung des Alg einschließlich der Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung (§ 128 Abs. 4 AFG) für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des B., also ab 18. April 1999 verpflichtet. Der für die Zeit vom 18. April 1999 bis 28. Mai 2000 geforderte Erstattungsbetrag von insgesamt 44.077,74 DM (22.536,59 EUR) ist nicht zu beanstanden. Die Erstattung bemisst sich grundsätzlich nicht nach den tatsächlichen Aufwendungen der Beklagten, sondern danach, was sie auf Grund von Rechtsvorschriften zu erbringen hatte (vgl. BSG SozR 3 - 4100, § 128 Nr. 3 Bl. 33; [BSGE 81, 259](#), 267). Gründe, die einem Alg-Anspruch des B. in der streitbefangenen Zeit entgegengestanden hätten sind nicht gegeben. Die Ablehnung der Leistungsbewilligung vom 30. Dezember 1997 bis 24. März 1998 wegen Eintritts einer Sperrzeit von 12 Wochen (Bescheid vom 12. März 1998) hat B. nicht angefochten und damit bestandskräftig werden lassen. Das Ruhen des Alg-Anspruchs wegen Abfindung nach §§ 117 Abs. 2 und 3, 117 a AFG (Fassung durch das erste Gesetz zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms - 1. SKWPG - vom 21. Dezember 1993 ([BGBl. I S. 2353](#))) bis 5. Juli 1998 (auch insoweit gemäß bestandskräftigem Bescheid vom 12. März 1998) wirkt sich vorliegend nicht aus. Sonstige Umstände, die einen Alg-Anspruch des D. in der streitbefangenen Zeit gehindert hätten, sind nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens auszuschließen. Das Alg ist vom ArbA unter Anwendung der [§ 129 ff.](#) SGB III sowie der Leistungsentgeltverordnungen 1999 und 2000 bei einem in den Monaten Juni bis November 1997 erzielten und bereits abgerechneten Arbeitsentgelt von insgesamt 32.226,04 DM rechnerisch richtig mit 409,99 DM wöchentlich (58,57 DM täglich) ab 1. Januar 1999 ermittelt und gezahlt worden (Bemessungsentgelt 1.250,00 DM, Leistungsgruppe A, Nettolohnersatzquote von 60 v. H.); ab 1. Dezember 1999 war das Bemessungsentgelt auf 1.270,00 DM anzuheben, wodurch sich - bei im übrigen unveränderten Berechnungsgrundlagen - eine Erhöhung des wöchentlichen Leistungssatzes auf 414,68 DM (59,24 DM täglich) ergab. Ab 1. Januar 2000 hat das ArbA (in Anwendung der Leistungsentgeltverordnung 2000 bei im übrigen unveränderten Berechnungsgrundlagen) zutreffend Alg in Höhe von 423,08 DM (60,44 täglich) gezahlt. Bei insgesamt 407 Leistungstagen im Erstattungszeitraum ergibt sich der von der Beklagten geforderte Gesamtbetrag von 24.137,39 DM (227 Leistungstage (18. April bis 30. November 1999) x 58,57 DM = 13.295,39; 31 Leistungstage (1. bis 31. Dezember 1999) x 59,24 DM = 1.836,44 DM; 149 Leistungstage (1. Januar bis 28. Mai 2000) x 60,44 = 9.005,59 DM). Hinzu kommen zunächst die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung. Der Umfang der Beitragspflicht richtet sich nach dem Bemessungsentgelt, von dem 80 v. H. die beitragspflichtigen Einnahmen bilden, d. h. 1.000,00 DM (80 v. H. von 1.250,00 DM) für den Zeitraum 18. April bis 30. November 1999 und 1.016,00 DM (80 v. H. von 1.270,00 DM) für die Zeit vom 1. Dezember 1999 bis 28. Mai 2000. Da das Alg nach der hier maßgeblichen Bestimmung des [§ 139 SGB III](#) jeweils für sieben Wochentage gezahlt wurde, ist das wöchentliche Bemessungsentgelt durch sieben zu teilen. Aus dem auf diese Weise ermittelten täglichen Arbeitsentgelt von 142,85714 DM (für die Zeit bis 30. November 1999) bzw. 145,14 DM (für die Zeit ab 1. Dezember 1999) errechnen sich bei einem Beitragsatz der AOK von 13,0 v. H. für das Jahr 1999 und 13,5 v. H. für das Jahr 2000 bei 227 Leistungstagen bis 30. November 1999 (13,0 v. H. von 142,85714 DM), 31 Leistungstagen im Dezember 1999 (13,0 v. H. von 145,14286 DM) und 149 Leistungstagen ab 1. Januar 2000 (13,5 v. H. von 145,14286 DM) die von der Beklagten geforderte Beitrag zur Krankenversicherung in Höhe von 7.720,19 DM. Unter Zugrundelegung des (gleichbleibenden) Beitragsatzes zur sozialen Pflegeversicherung von 1,7 v. H. errechnen sich für den Erstattungszeitraum insgesamt Beiträge von 995,42 DM. In gleicher Weise berechnet sich die Höhe der Beiträge zur Rentenversicherung. Auch diese bemessen sich nach 80 v. H. des dem Alg zugrundeliegenden Bemessungsentgelts (vgl. [§§ 3 Satz 1 Nr. 3, 166 Abs. 1 Nr. 2, 170 Abs. 1 Nr. 3](#) b des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches). Aus den mit dem Divisor sieben auf die Woche umgerechneten beitragspflichtigen Einnahmen vervielfacht mit dem maßgeblichen Beitragssatz von 19,5 v. H. bis 31. März 2000 bzw. 19,3 v. H. ab 1. Januar 2000, ergeben sich Beiträge in Höhe von insgesamt 11.374,83 DM (227 Leistungstage (18. April bis 30. November 1999) x 19,5 v. H. von 142,85714 DM = 6.323,57; 31 Leistungstage (1. bis 31. Dezember 1999) x 19,5 v. H. von 145,14286 DM = 877,39 DM; 149 Leistungstage (1. Januar bis 28. Mai 2000) x 19,3 v. H. von 145,14286 DM = 4.173,87 DM). Daraus errechnet sich der Gesamterstattungsbetrag von 44.227,84 DM, den die Beklagten mit den fünf angefochtenen Abrechnungsbescheiden insgesamt geltend gemacht hat.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-11-20