

## B 7 AL 8/01 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
11.07.2000  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-

Datum  
15.12.2000  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 8/01 R

Datum  
20.06.2002  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. Dezember 2000 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

Das klagende Unternehmen wendet sich gegen die Forderung der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) auf Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und der darauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sowie zur Rentenversicherung für den Zeitraum vom 20. März 1997 bis 17. März 1999 in Höhe von 118.557,78 DM.

Der am 14. März 1939 geborene P. war seit 1960 bei der D. AG, später bei der M. AG und zuletzt seit 1995 bei der Klägerin, einer Tochter der C. AG (Rechtsnachfolgerin der M. AG) beschäftigt. Am 12. Dezember 1996 schloss P. mit der Klägerin eine Ausscheidensvereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1996 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 69.164,00 DM im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst wurde. P. meldete sich am 16. Dezember 1996 arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg. In dem von ihm unterzeichneten Antragsvordruck verneinte er die Fragen, ob er vom Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben sei und ob er andere Leistungen beziehe oder einen Antrag auf andere Leistungen gestellt habe. P. gab an, die letzte Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr verrichten zu können. Er sei am 22. April 1995 durch den Notarzt wegen Verwirrheitszuständen in ein Krankenhaus eingeliefert worden. Der wahre Grund hierfür habe nicht diagnostiziert werden können. Seitdem müsse er blutverdünnende Medikamente gegen zu hohen Blutdruck einnehmen. Außerdem leide er seit Anfang 1995 an einem ständigen Pfeifton im rechten Ohr. Er sei als Kundendienstbeauftragter für Autobusse dauernd sehr starken psychischen und physischen Belastungen ausgesetzt gewesen. Auf Veranlassung der Beklagten wurde P. durch den Arbeitsamtsarzt Dr. A. untersucht. Dieser hielt P. in seinem Gutachten vom 23. Januar 1997 für in der Lage, vollschichtig leichte Arbeiten ohne Zeitdruck verrichten zu können. Für die Beendigung des letzten Beschäftigungsverhältnisses hätten wichtige medizinische Gründe vorgelegen. Der Eintritt einer Sperrzeit wurde von der Beklagten nicht festgestellt. Nach Ruhen des Anspruchs auf Alg wegen Erhalts der Abfindung bis zum 19. März 1997 bewilligte die Beklagte dem P. sodann Alg ab 20. März 1997 mit einer Anspruchsdauer von 832 Tagen in Höhe von zunächst 658,20 DM wöchentlich (nach einem Bemessungsentgelt von 1.840,00 DM; Leistungsgruppe C; Kindermerkmal 0; Bescheid vom 25. Februar 1997). P. bezog in der Folgezeit Alg bis zum 31. Oktober 1999. Der wöchentliche Leistungssatz betrug ab 1. Januar 1998 670,39 DM und ab 1. Januar 1999 680,54 DM wöchentlich. Seit dem 1. November 1999 bezieht P. eine Altersrente von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA).

Die Beklagte unterrichtete die Klägerin erstmals durch Schreiben vom 26. Februar 1997 über eine mögliche Erstattungspflicht gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Mit Bescheid vom 8. Juli 1997 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin verpflichtet sei, das dem P. ab 20. März 1997 gezahlte Alg einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung längstens für 624 Tage zu erstatten. Mit weiterem Bescheid vom 8. Juli 1997 setzte die Beklagte für den Zeitraum vom 20. März 1997 bis 30. Juni 1997 einen Erstattungsbetrag in Höhe von 16.511,21 DM fest. Mit ihrem Widerspruch beantragte die Klägerin unter Hinweis auf eine Vereinbarung mit dem Landesarbeitsamt Baden-Württemberg, die Verfahren ruhend zu stellen. Die Beklagte erließ sodann am 31. Oktober 1997 einen Erstattungsbescheid über 14.798,25 DM für den Abrechnungszeitraum vom 1. Juli 1997 bis 30. September 1997 und am 5. Februar 1998 einen Erstattungsbescheid über 14.822,66 DM für den Abrechnungszeitraum vom 1. Oktober 1997 bis 31. Dezember 1997.

Am 27. Januar 1999 richtete die Beklagte ein Schreiben an den Arbeitnehmer P. und übersandte diesem einen Fragebogen über die Gründe

für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und über Veränderungen in seinem Gesundheitszustand betreffend den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 1998. Die Antwort des P. ging am 16. Februar 1999 bei der Beklagten ein. P. teilte mit, dass er im April/Mai 1995 wegen einer Verwirrtheit krankheitsbedingte Fehlzeiten gehabt habe. Die Frage nach weiteren, späteren Krankheiten oder Sozialleistungen verneinte er. Die Beklagte richtete am 24. Februar 1999 ein Anhörungsschreiben an die Klägerin, in dem sie dieser mitteilte, dass für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1998 Leistungen in Höhe von 59.805,25 DM an P. erbracht worden seien. Mit Bescheid vom 15. Juli 1999 forderte die Beklagte sodann die Klägerin zur Erstattung der Leistungen an P. für den Zeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 1998 in Höhe von insgesamt 59.805,25 DM auf. Hierbei entfielen auf Alg (365 Leistungstage) 34.956,05 DM, auf Beiträge zur Krankenversicherung 7.971,60 DM, auf Beiträge zur Pflegeversicherung 1.042,44 DM und auf Beiträge zur Rentenversicherung 15.835,15 DM. Hiergegen legte die Klägerin am 22. Juli 1999 Widerspruch ein.

Am 24. Februar 1999 richtete die Beklagte ein weiteres Schreiben an den Arbeitnehmer P. und übersandte einen Fragebogen über die Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und über Veränderungen in dessen Gesundheitszustand betreffend den Zeitraum vom 20. März bis 31. Dezember 1997. Die Antwort des P. ging am 2. März 1999 bei der Beklagten ein. P. wies wiederum auf eine Verwirrtheit im Jahre 1995 hin und verneinte die Frage nach weiteren, späteren Krankheiten und Sozialleistungen. Die Beklagte richtete am 12. Juli 1999 ein Anhörungsschreiben an die Klägerin, in dem sie mitteilte, sie beabsichtige die für den Erstattungszeitraum vom 20. März bis 31. Dezember 1997 bislang ergangenen Bescheide vom 8. Juli 1997, 31. Oktober 1997 und 5. Februar 1998 aufzuheben. Das Verwaltungsverfahren werde wieder aufgenommen. Durch Bescheid vom 11. Oktober 1999 ersetzte die Beklagte die für den Zeitraum vom 20. März 1997 bis 31. Dezember 1997 bereits ergangenen Bescheide vom 8. Juli 1997, 31. Oktober 1997 und 5. Februar 1998 und forderte für diesen Zeitraum von der Klägerin die Erstattung der an den P. erbrachten Leistungen in Höhe von 46.111,12 DM (Alg für 246 Leistungstage: 26.986,20 DM; Beiträge zur Krankenversicherung: 6.076,20 DM; Beiträge zur Rentenversicherung 12.251,39 DM; Beiträge zur Pflegeversicherung: 797,33 DM).

Durch Bescheid vom 15. Oktober 1999 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin vom 22. Juli 1999 gegen den Erstattungsbescheid vom 15. Juli 1999 (betreffend das Jahr 1998) zurück. Durch weiteren Widerspruchsbescheid vom 15. Oktober 1999 wies die Beklagte auch den Widerspruch gegen den Ersetzungsbescheid vom 11. Oktober 1999 über den Zeitraum vom 20. März 1997 bis 31. Dezember 1997 und den Gesamterstattungsbetrag von 46.111,12 DM zurück; dieser Bescheid werde gemäß [§ 86 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) von dem im Juli 1997 eingelegten Widerspruch gegen die ersetzten Bescheide vom 8. Juli 1997, 31. Oktober 1997 und 5. Februar 1998 (betreffend den Erstattungszeitraum vom 20. März 1997 bis 31. Dezember 1997) mit erfasst.

Hiergegen hat die Klägerin am 29. Oktober 1999 Klage zum Sozialgericht (SG) Stuttgart erhoben.

Während des Klageverfahrens vor dem SG richtete die Beklagte am 8. November 1999 ein weiteres Schreiben an den Arbeitnehmer P. mit einem Fragebogen über Veränderungen des Gesundheitszustandes und ärztliche Behandlungen betreffend den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Oktober 1999. P. gab in seinem am 10. November 1999 bei der Beklagten eingegangenen Antwortschreiben an, er beziehe seit 1. November 1999 Altersrente. Die Beklagte richtete am 12. Januar 2000 ein Anhörungsschreiben an die Klägerin, in dem sie mitteilte, dass für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 17. März 1999 Leistungen in Höhe von 12.620,41 DM erbracht worden seien. Durch Bescheid vom 27. Juni 2000 forderte die Beklagte sodann von der Klägerin die Erstattung der Leistungen an P. für den Zeitraum vom 1. Januar 1999 bis 17. März 1999 in Höhe von insgesamt 12.620,41 DM (Alg für 76 Leistungstage: 7.388,72 DM; Beiträge zur Krankenversicherung: 1.679,60 DM; Beiträge zur Pflegeversicherung: 219,64 DM; Beiträge zur Rentenversicherung: 3.332,45 DM). Hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein, den die Beklagte durch Bescheid vom 15. September 2000 zurückwies.

Das SG selbst befragte in dem erstinstanzlichen Gerichtsverfahren den Arbeitnehmer P. am 31. Januar 2000 schriftlich zu den Veränderungen in seinem Gesundheitszustand nach Eintritt der Arbeitslosigkeit. P. wurde aufgefordert, anzugeben, ob er im Zeitraum vom 20. März 1997 bis 31. Dezember 1998 erkrankt gewesen sei und in ärztlicher Behandlung gestanden habe. Hierauf antwortete P. dem SG, er sei im fraglichen Zeitraum nicht erkrankt gewesen und habe nach seiner Erinnerung lediglich für allgemeine Vorsorgeuntersuchungen in ärztlicher Behandlung gestanden.

Das SG hat durch Gerichtsbescheid vom 11. Juli 2000 die Klage abgewiesen, wobei die Klägerin zuvor auf die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung vor dem SG hingewiesen hatte.

Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 15. Dezember 2000 die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des SG vom 11. Juli 2000 zurückgewiesen und die Klage gegen den Bescheid vom 27. Juni 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. September 2000 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, im Interesse der Prozessökonomie seien auch die beiden letztgenannten Bescheide entsprechend [§ 96 SGG](#) zum Gegenstand des Rechtsstreits geworden. Über diese Bescheide entscheide der Senat auf Klage. Eine Zurückverweisung an das SG scheidet aus, weil das SG durch Gerichtsbescheid habe entscheiden dürfen. Die gerügten Anhörungsmängel gemäß [§ 24 Abs 1 SGB X](#) lägen ebenfalls nicht vor. Die Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 24. Februar 1999, 12. Juli 1999 und 12. Januar 2000 seien für eine Anhörung ausreichend gewesen. Die Voraussetzungen einer Erstattungspflicht gemäß [§ 128 Abs 1 Satz 1 AFG](#) hätten insgesamt vorgelegen. Die Norm sei verfassungsgemäß. Auch liege der Ausschlussgrund des [§ 128 Abs 1 Satz 2](#). Alternative AFG (anderweitige Sozialleistungsberechtigung) nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vor, sodass hier eine Beweislastentscheidung nicht in Betracht komme. P. habe zwar bei seiner Arbeitslosmeldung auf gesundheitliche Beeinträchtigungen am letzten Arbeitsplatz verwiesen und es seien auch die Fehlzeiten des P. von insgesamt 59 Tagen in den zwei letzten Beschäftigungsjahren bekannt gewesen. Dennoch könne deswegen nicht davon ausgegangen werden, dass P. im Erstattungszeitraum Anspruch auf eine anderweitige Sozialleistung gehabt habe. Hiergegen sprächen auch die Angaben von P. gegenüber der Beklagten und dem Gericht. Die Fehlzeiten des P. hätten offenbar auf Verwirrheitszuständen beruht, die durch blutverdünnende Medikamente gegen Bluthochdruck insoweit hätten behandelt werden können, dass im Erstattungszeitraum das Vorliegen weiterer Erkrankungen verneint worden sei. Für das Bestehen eines Krankengeldanspruchs müsse zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit auf sämtliche Tätigkeiten abgestellt werden, für die eine Vermittlung in Betracht komme. Übereinstimmend mit dem SG sei der Senat daher der Auffassung, dass P. in der Lage gewesen wäre, eine andere sachbearbeitende Tätigkeit mit einer geringeren psychischen oder physischen Belastung zu verrichten, was auch aus dem Gutachten des Arbeitsamtsarztes hervorgehe. Der Senat sehe sich auch nicht gedrängt, weitere Ermittlungen anzustellen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) erfordere die amtliche Sachaufklärungspflicht nicht, nach Tatsachen zu forschen, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalls keine Anhaltspunkte böten. Allgemeine statistische Angaben als Erfahrungssätze über

Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit älterer Menschen seien für die Sachaufklärung im Einzelfall unergiebig. Deshalb sei auch dem hilfsweise gestellten Beweisantrag der Klägerin nicht nachzugehen. Schließlich seien die Befreiungstatbestände des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1 bis 7 AFG im vorliegenden Fall nicht zu prüfen. Denn die Beklagte habe im vorliegenden Fall nicht dargelegt und nachgewiesen, dass die Voraussetzungen auch nur eines der Befreiungstatbestände vorlägen. Der Erstattungsbetrag sei von der Beklagten zutreffend berechnet worden.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung von Verfahrensrecht und von materiellem Recht. Sie geht davon aus, dass sie vor dem Erlass der Erstattungsbescheide vom 15. Juli 1999 und 11. Oktober 1999 nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. Die Rechtsansicht des LSG, die Anhörungserfordernisse des [§ 24 SGB X](#) seien durch die Schreiben der Beklagten vom 24. Februar 1999 und 12. Juli 1999 erfüllt worden, treffe nicht zu. Ihr - der Klägerin - seien in diesen Schreiben gerade nicht die erheblichen Tatsachen über den Gesundheitszustand des P. mitgeteilt worden. Die Schreiben enthielten bloße Hinweise auf die maßgeblichen Rechtsvorschriften. Auch der schlechte Hinweis, P. sei über seinen Gesundheitszustand befragt worden und die Befragung sei ohne Ergebnis geblieben, sei für sich nicht aussagekräftig. Die Beklagte hätte die Antwort des P. inhaltlich wiedergeben bzw zusammenfassen müssen. Das LSG und die Beklagte hätten zudem verkannt, dass die Beklagte in den Schreiben die strikt zu trennenden Verfahrensschritte der Sachverhaltsaufklärung ([§ 20 SGB X](#)) und der Anhörung ([§ 24 SGB X](#)) in unzulässiger Weise vermischt habe. Die versäumte Anhörung könne gemäß [§ 41 Abs 2 SGB X](#) auch nicht mehr nachgeholt werden. Die Beklagte habe zudem gegen den Amtsermittlungsgrundsatz ([§ 20 SGB X](#)) verstoßen. Im Rahmen des § 128 Abs 1 Satz 2 2. Alternative AFG sei von Amts wegen zu ermitteln, ob bei P. die Voraussetzungen für einen anderweitigen Sozialleistungsbezug vorgelegen hätten. Für solche Ermittlungen hätten konkrete Anhaltspunkte vorgelegen, weil P. bei der Arbeitslosmeldung andere Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht habe als bei den späteren Befragungen. Auf Grund der schwer wiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen in letzten Jahren des Beschäftigungsverhältnisses (Bluthochdruck, Tinnitus etc) sei auch der Arbeitsamtsarzt zu dem Ergebnis gekommen, dass P. seine bisherige Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr habe ausüben können und es sei auch keine Sperrzeit eingetreten. Dies zeige, dass P. später - bewusst oder unbewusst - falsche Angaben zu seinem Gesundheitszustand gemacht habe. § 128 Abs 1 Satz 2 2. Alternative AFG gebiete darüber hinaus auch aus verfassungsrechtlichen Gründen eine weit gehende Ermittlungstätigkeit. Verfassungsrechtlich geboten seien in jedem Falle so genannte Grundermittlungen, wobei die Beklagte den Arbeitslosen, den Arbeitgeber und den Sozialversicherungsträger zu befragen habe. Diese Befragungen hätten auch regelmäßig (Dreimonatszyklus) und zeitnah zu erfolgen. Die Beklagte sei diesen Pflichten nicht nachgekommen. Insbesondere sei P. erstmals nach zwei Jahren zu seinem Gesundheitszustand befragt worden. Unaufklärbarkeiten auf Grund des Zeitablaufs müssten dann in jedem Falle zu Lasten der Beklagten gehen. Eine Heilung des Verfahrensfehlers unterbliebener Sachverhaltsaufklärung ([§ 20 SGB X](#)) gemäß [§ 42 Satz 1 SGB X](#) sei vorliegend nicht möglich, weil die Einhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes hier zur Grundrechtssicherung und Grundrechtsverwirklichung der Klägerin zwingend geboten gewesen sei. Auch das SG und das LSG hätten ihrer Amtsermittlungspflicht bzw gerichtlichen Aufklärungspflicht gemäß [§ 103 SGG](#) nicht genügt. Das LSG habe keinerlei eigene Ermittlungen angestellt, vielmehr darauf hingewiesen, dass die Verwirrheitszustände des Klägers durch blutverdünnende Medikamente gegen hohen Blutdruck erfolgreich hätten behandelt werden können. Wie es zu dieser Aussage gekommen sei, habe das LSG nicht begründet. Auch habe es insofern der Klägerin zuvor kein rechtliches Gehör gewährt. Darüber hinaus hätten SG und LSG die Beweislastverteilung im Rahmen des § 128 Abs 1 Satz 2 2. Alternative AFG verkannt. Die Beweislast für eine alternative Sozialleistungsberechtigung liege nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 128 Abs 1 Satz 2 2. Alternative AFG bei der Beklagten, was auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten sei. Zwar habe das LSG keine Beweislastentscheidung getroffen, es habe jedoch mit seiner Ansicht, dass bei der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls auch nicht andeutungsweise Zeichen für eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung des P. vorhanden gewesen seien, den grundrechtlich gebotenen Umfang der Amtsermittlungspflicht verkannt und damit in unzulässiger Weise Fragen der Sachaufklärungspflicht und Fragen der Beweislast vermischt. Weiterhin sei das Urteil des LSG fehlerhaft, weil im vorliegenden Fall konkrete Tatsachen dafür vorgetragen worden seien, dass die Klägerin bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zu kündigen (Verstoß gegen § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG). Schließlich habe das SG auch nicht durch Gerichtsbescheid entscheiden dürfen, was das LSG verkannt habe. Eine Entscheidung durch Gerichtsbescheid sei nur möglich, wenn die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art aufweise und der Sachverhalt geklärt sei. Zwar habe das erkennende Gericht hierbei einen Ermessensspielraum. Allerdings liege hier ein Verfahrensfehler vor, da der Beurteilung des SG grobe Fehleinschätzungen zu Grunde lägen. Schließlich sei § 128 AFG insoweit verfassungswidrig, als zum einen Aufhebungsverträge mit älteren Mitarbeitern ohne Berücksichtigung anderer Umstände für die Arbeitslosigkeit unter die Erstattungspflicht fielen und zum anderen die Regelung dem Arbeitgeber auch dann die Kostenlast aufbürde, wenn der ältere Arbeitslose, der Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c AFG in Anspruch nehme, eine zumutbare Tätigkeit ablehne. Auch sei die in § 128 Abs 8 AFG vorgesehene Mitwirkungspflicht des Arbeitslosen unzureichend, weil sie ins Leere gehe.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. Dezember 2000 und den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Stuttgart vom 11. Juli 2000 sowie die Bescheide der Beklagten vom 15. Juli 1999 und 11. Oktober 1999 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 15. Oktober 1999 und den Bescheid der Beklagten vom 27. Juni 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. September 2000 aufzuheben.

Die Beklagte verteidigt das Berufungsurteil und beantragt, die Revision zurückzuweisen.

II

Die Revision ist is der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Den tatsächlichen Feststellungen des LSG kann nicht entnommen werden, ob der ehemalige Arbeitnehmer der Klägerin P. im Erstattungszeitraum die Voraussetzungen für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit (BU) erfüllt hat.

1. Gegenstand des Rechtsstreits sind die Bescheide der Beklagten vom 15. Juli 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Oktober 1999 (betreffend den Erstattungszeitraum vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 1998) und vom 11. Oktober 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. Oktober 1999 (betreffend den Erstattungszeitraum vom 20. März 1997 bis 31. Dezember 1997) sowie der Bescheid vom 27. Juni 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15. September 2000 (betreffend den Erstattungszeitraum vom 1. Januar 1999 bis 17. März 1999), den das LSG zu Recht entsprechend [§§ 96, 153 Abs 1 SGG](#) in den Rechtsstreit einbezogen hat.

Soweit die Klägerin rügt, das SG habe im vorliegenden Fall nicht durch Gerichtsbescheid gemäß [§ 105 Abs 1 SGG](#) entscheiden dürfen, kann dahinstehen, ob ein Verfahrensfehler des SG vorliegt. Das LSG durfte jedenfalls selbst durch Urteil in der Sache entscheiden, weil es gemäß [§ 159 Abs 1 Nr 2 SGG](#) zwar befugt, nicht aber zwingend verpflichtet war, den Gerichtsbescheid des SG aufzuheben und die Sache an das SG zurückzuverweisen (hierzu zuletzt grundlegend BSG, Urteil vom 30. August 2001 - [B 4 RA 87/00 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen).

2. Rechtsgrundlage des Erstattungsanspruchs ist § 128 AFG (idF des Gesetzes zur Änderung der Förderungsvoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, [BGBl I 2044](#)), der gemäß [§ 431 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) iVm § 242x Abs 6 und Abs 3 Satz 1 Nr 1 AFG (jeweils idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997, [BGBl I 594](#)) hier anzuwenden ist, weil P. innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 1. April 1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat.

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 BA vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres, längstens für 624 Tage. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn der am 14. März 1939 geborene P. war ausweislich der Arbeitsbescheinigung seit dem 1. Februar 1960 bis 31. Dezember 1996 bei der Klägerin, einem Tochterunternehmen der C. AG bzw deren Rechtsvorgängerin beitragspflichtig beschäftigt. Dabei mag das LSG auch zu überprüfen haben, ob es sich jedenfalls im Vier-Jahres-Zeitraum gem § 128 Abs 1 Satz 1 AFG um denselben Arbeitgeber iS des § 128 Abs 1 Satz 1 AFG (ggf auch gemäß § 128 Abs 5 AFG) gehandelt hat (s BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 3](#); BSG vom 3. Mai 2001 - [B 11 AL 85/00 R](#), DBIR Nr 4703a zu § 128 AFG). Bedenken dagegen wurden allerdings von der Klägerin nicht erhoben und sind bislang auch nicht ersichtlich. Das Arbeitsverhältnis wurde auch nicht vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet (§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 1. Alternative AFG).

3. Der Senat vermag jedoch auf Grund der Feststellungen des LSG nicht darüber zu entscheiden, ob die Erstattungspflicht der Klägerin für ihren Arbeitnehmer P. deshalb nicht eingetreten ist, weil dieser die Voraussetzungen für eine Rente wegen BU erfüllte. Nach § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 2. Alternative AFG tritt die Erstattung für die Zeit nicht ein, für die der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen BU erfüllt. Diese setzte gemäß [§ 43](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch ((SGB VI) in der hier maßgeblichen Fassung des Rentenreformgesetzes vom 18. Dezember 1989, [BGBl I 2261](#), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 1995, [BGBl I 1824](#)) neben den versicherungsrechtlichen Voraussetzungen des [§ 43 Abs 1 SGB VI](#) voraus, dass P. berufsunfähig war. Berufsunfähig waren nach [§ 43 Abs 2 SGB VI](#) aF Versicherte, deren Erwerbsfähigkeit wegen Krankheit oder Behinderung auf weniger als die Hälfte derjenigen von körperlich, geistig und seelisch gesunden Versicherten mit ähnlicher Ausbildung und gleichwertigen Kenntnissen und Fähigkeiten gesunken war. Der Kreis der Tätigkeiten nach denen die Erwerbsfähigkeit von Versicherten zu beurteilen war, umfasste alle Tätigkeiten, die ihren Kräften und Fähigkeiten entsprachen und ihnen unter Berücksichtigung der Dauer und des Umfangs ihrer Ausbildung sowie ihres bisherigen Berufs und der besonderen Anforderungen ihrer bisherigen Berufstätigkeit zugemutet werden konnten. Zumutbar war dabei stets eine Tätigkeit, für die Versicherte durch Leistungen zur beruflichen Rehabilitation mit Erfolg ausgebildet oder umgeschult worden waren. Berufsunfähig war nicht, wer eine zumutbare Tätigkeit vollschichtig ausüben konnte. Dabei war die jeweilige Arbeitsmarktlage nicht zu berücksichtigen.

Das LSG hat nicht erwogen und nicht geprüft, ob P. im Erstattungszeitraum eine Rente wegen BU beanspruchen konnte. Ob P. diese Voraussetzungen erfüllt hatte, kann auch auf Grund der einzelnen tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht beurteilt werden. Nach den Angaben des P. anlässlich der Arbeitslosmeldung und nach dem im Januar 1997 erstellten arbeitsamtsärztlichen Gutachten durch Dr. A. ist jedoch auch das LSG davon ausgegangen, dass P. seinen bisherigen Beruf als Kundendienstbeauftragter für Omnibusse nicht mehr ausüben konnte und lediglich über ein (vollschichtiges) Restleistungsvermögen für Fähigkeiten mit einer geringen physischen und psychischen Belastung verfügte. Bereits diese Tatsachen legen die Möglichkeit nahe, dass die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch des P. auf Berufsunfähigkeitsrente vorlagen. Nach Zurückverweisung wird zu prüfen sein, wie die bisherige berufliche Tätigkeit des P. in das von der Rechtsprechung des BSG entwickelte Mehrstufenschema einzuordnen ist. Hierbei dürfte das Mehrstufenschema für Angestelltenberufe (hierzu [BSGE 78, 207, 218 ff = SozR 3-2600 § 43 Nr 13](#)) in Betracht kommen, da P. inzwischen Altersrente der BfA bezieht. Soweit ersichtlich, spricht vieles dafür, dass P. einer hohen Stufe des Sechs-Stufen-Schemas für Angestellte zuzuordnen gewesen wäre. P. war Industriemeister und musste nach eigenen Angaben völlig selbstständig im Außendienst unter Zeitdruck Schäden an Omnibussen aufdecken und beheben. Auch sein erzieltetes Bruttoarbeitsentgelt von zuletzt 1996 monatlich 7.969 DM (Beitragsbemessungsgrenze 1996: 8.000,00 DM monatlich; zur Indizwirkung der arbeitsvertraglichen Einstufung in Tarifgruppen vgl BSG [SozR 3-2200 § 1246 Nr 41](#)) könnte dafür sprechen, dass P. der Gruppe der Angestellten mit einer längeren Ausbildung (hierzu BSG [SozR 3-2200 § 1246 Nr 41](#), S 170 mwN; vgl auch [BSGE 66, 226, 228 f = SozR 3-2200 § 1246 Nr 1](#) zur Einstufung eines Angestellten mit einem Arbeitsentgelt knapp unterhalb der Beitragsbemessungsgrenze) bzw der fünften oder sechsten Stufe des Sechs-Stufen-Schemas zuzuordnen war. Nach genauer Bestimmung seines Restleistungsvermögens - unter dem rechtlichen Ansatzpunkt der BU, nicht des Krankengeldbezugs - könnte sich ergeben, dass P. eine Verweisung auf die ihm noch möglichen beruflichen Tätigkeiten iS des [§ 43 Abs 2 SGB VI](#) aF nicht zumutbar war. Hierzu wird das LSG im Einzelnen Feststellungen zu treffen haben.

4. Da der Rechtsstreit ohnehin an das LSG zurückzuverweisen ist, kann dahinstehen, ob die Verfahrensrüge der Klägerin durchgreift, das LSG habe insgesamt seine Aufklärungspflicht gemäß [§ 103 SGG](#) verletzt, wobei sich die Rüge ersichtlich lediglich auf fehlende Ermittlungen bzgl eines möglichen Krankengeldanspruchs des P. bezieht.

5. Ebenso kann offen bleiben, ob ein Anhörungsfehler, der gemäß [§ 24 Abs 1](#) iVm [§ 42 Satz 2 SGB X](#) zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide führt, vorliegt (zur Prüfungsreihenfolge bei Rüge eines Anhörungsfehlers vgl [BSGE 70, 133, 137 = SozR 3-1300 § 24 Nr 6](#)). Die Klägerin rügt insofern, ihr sei vor Erlass der jeweiligen Erstattungsbescheide lediglich mitgeteilt worden, dass der Arbeitnehmer jeweils zu den Veränderungen des Gesundheitszustandes befragt worden und diese Befragung "ergebnislos geblieben" sei. Diese Mitteilungen seien für sich nicht aussagekräftig, erforderlich wäre vielmehr die genaue Wiedergabe der jeweiligen Antwort des P. gewesen. Der Senat hat sich bereits in seinem Urteil vom 7. Februar 2002 ([B 7 AL 102/00 R](#) - zur Veröffentlichung vorgesehen) eingehend mit der Rüge nicht ausreichender Anhörung im Verfahren gemäß § 128 AFG befasst. Falls es nach Abschluss der Ermittlungen des LSG zur möglichen BU des P. noch auf die Frage der ordnungsgemäßen Anhörung der Klägerin ankommen sollte, wird das LSG allerdings zu überprüfen haben, inwieweit die Mitteilungspflichten der Beklagten im vorliegenden Fall nicht deshalb höher waren als in dem vom Senat am 7. Februar 2002 ([aaO](#)) zu beurteilenden Sachverhalt, weil die Klägerin - soweit ersichtlich - konkret nach den Ergebnissen der Befragung des P. gefragt hat und

bislang nicht festgestellt ist, inwieweit die Beklagte dem entsprochen hat.

Soweit sich die Klägerin allerdings darauf beruft, dass Sachverhaltsermittlung und Anhörung nicht zusammenfallen bzw. vermischt werden dürften, ist dem vom Senat bereits entgegengehalten worden (Urteil vom 7. Februar 2002, [aaO](#), Bl 9 des Umdrucks), dass ein entsprechender Rechtssatz nicht existiert.

6. Zwar trifft der "Vorwurf" der Klägerin, die Beklagte habe ihrer Amtsermittlungspflicht gemäß [§ 20 SGB X](#) nicht genügt, insofern zu, als auch für die Beklagte auf der Hand hätte liegen können, dass bei P. die Möglichkeit eines Anspruchs auf BU-Rente bestand, der die Erstattungspflicht gemäß [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 2. Alternative AFG](#) ausgeschlossen hätte. Dennoch kann die Rüge der Klägerin, die Beklagte habe gegen ihre Amtsermittlungspflicht gemäß [§ 20 SGB X](#) verstoßen, nicht isoliert zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide führen. Der Senat schließt sich (wie bereits am 7. Februar 2002, [aaO](#), Bl 9 f des Umdrucks entschieden) insoweit der Rechtsprechung des 11. Senats des BSG an ([BSGE 81, 259](#), 262 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#); [BSGE 87, 132](#), 138 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)), der entschieden hat, dass nach [§ 42 Satz 1 SGB X](#) Mängel der Sachaufklärung im Verwaltungsverfahren von den Tatsacheninstanzen zu beheben sind. Auch die Neufassung des [§ 42 Satz 1 SGB X](#) durch das 4. Euro-Einführungsgesetz vom 21. Dezember 2000 ([BGBl I 1983](#)) hat hieran nichts geändert.

7. Der Klägerin stand auch nicht der - offensichtlich erstmals in der Revisionsinstanz geltend gemachte - Befreiungstatbestand des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 5 AFG](#) zur Seite. Hiernach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt war, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslaufrfrist zu kündigen. Der Senat kann dabei offen lassen, in welchem Umfang der Amtsermittlungsgrundsatz des SGG und des SGB X durch die "prozesstechnischen Begriffe" in [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 AFG](#) ("darlegt und nachweist") durchbrochen wird (so der 11. Senat des BSG, Urteile vom 21. September 2000 - [B 11 AL 7/00 R](#) = [BSGE 87, 132](#), 140 = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#) und vom 14. Dezember 2000 - [B 11 AL 19/00 R](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr 11](#)). Jedenfalls hat die Klägerin bislang keinerlei Angaben und Hinweise zu den Voraussetzungen oder dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG](#) gemacht, so dass sie nunmehr mit diesen erstmaligen tatsächlichen Hinweisen in der Revisionsinstanz nicht mehr gehört werden kann. Etwas anderes mag nach Zurückverweisung im Rahmen der erneuten Sachverhaltsermittlungen durch das LSG gelten, wenn die Klägerin noch entsprechend konkrete Darlegungen zum Vorliegen der Voraussetzungen des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG](#) machen sollte.

8. Beide mit dem Arbeitsförderungsrecht befassten Senate des BSG sind nach wie vor der Auffassung, dass die Erstattungspflicht des Arbeitgebers gemäß [§ 128 AFG](#) bzw. [§ 147a SGB III](#) als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufwirft. Im Gegenteil steht die erörterte Rechtslage mit der Verfassung, insbesondere auch dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)) im Einklang. Dies gilt auch dann, wenn der jeweilige Arbeitnehmer von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des [§ 105c AFG](#) in Anspruch zu nehmen, was im vorliegenden Fall nicht festgestellt ist (Senatsurteil vom 3. Dezember 1998 - [B 7 AL 110/97 R](#) = [NZA-RR 1999, 330](#) mwN). Wie der Senat am 7. Februar 2002 ([aaO](#), S 17 f) ebenfalls entschieden hat, ergibt sich aus dem Beschluss des BVerfG vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) = [SozR 3-4100 § 128a Nr 9](#)) nichts anderes. Mit dieser Entscheidung hat sich bereits der 11. Senat des BSG in seinem Urteil vom 22. März 2001 ([BSGE 88, 31](#), 41 = [SozR 3-4100 § 128 Nr 12](#)) im Einzelnen auseinander gesetzt. Seinen Ausführungen schließt sich der erkennende Senat an. Er sieht, abgesehen von der fehlenden Entscheidungsreife des Rechtsstreits auf Grund der noch erforderlichen Tatsachenermittlungen, keine Veranlassung, das Verfahren nach [Art 100 Abs 1](#) Grundgesetz auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

9. Auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des LSG wäre es dem Senat nicht möglich gewesen, zu überprüfen, ob die Beklagte den Zeitpunkt des Beginns der Erstattungsforderung (Ruhenszeitraum zu Lasten des P.) und die Höhe der Erstattungsforderung richtig festgesetzt hat. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der mit der Erstattungsforderung geltend gemachten Beiträge zur Krankenversicherung, Rentenversicherung und Pflegeversicherung, die auf das dem P. gezahlte Alg entfallen. Für den Fall, dass sich auch nach Durchführung weiterer Ermittlungen die angefochtenen Bescheide der Beklagten dem Grunde nach als rechtmäßig erweisen sollten, wird das LSG daher im Einzelnen zu ermitteln haben, inwieweit der geforderte Erstattungsbetrag von der Beklagten richtig berechnet worden ist. Hierbei kann auf die ausführliche Darstellung des Senats in seinem Urteil vom 7. Februar 2002 ([aaO](#), Bl 18 ff des Umdrucks) verwiesen werden.

10. Das LSG wird auch abschließend über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des Ausgangs des Revisionsverfahrens zu befinden haben. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des [§ 197a SGG](#) idF des 6. SGG-Änderungsgesetzes vom 7. August 2001 ([BGBl I 2144](#)) ist auf das Urteil des BSG vom 30. Januar 2002 ([B 6 KA 12/01 R](#)) hinzuweisen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-29