

## B 7 AL 12/02 R

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

Datum  
25.04.2001  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-

Datum  
11.12.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 12/02 R

Datum  
06.02.2003  
Kategorie  
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 11. Dezember 2001 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 Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für den Zeitraum vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 in Höhe von 47.639,93 DM.

Der am 29. Mai 1936 geborene E H (H.) war seit Mai 1970 bei der Klägerin als Staplerfahrer beschäftigt. Er ist bei der Betriebskrankenkasse der Klägerin krankenversichert. Am 18. April 1994 schloss H. mit der Klägerin einen Aufhebungsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 30. Juni 1994 gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 18.415,00 DM beendet wurde. Zu diesem Zeitpunkt konnte H. nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. H. meldete sich am 21. Juni 1994 arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg. In dem Antrag vom 24. Juni 1994 verneinte er die Fragen, ob er vom Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben sei und ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeiten oder Arbeitsstunden eingeschränkt sei. Die Klägerin gab in der Arbeitsbescheinigung vom 9. Juni 1994 an, dass in den letzten sieben Jahren des Beschäftigungsverhältnisses keine Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt von mehr als vier Wochen vorgelegen hätten; ebenso wurden keine Gründe für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses angegeben. Am 9. Juni 1994 gab H. die Erklärung nach § 105c Arbeitsförderungsgesetz (AFG) ab. Nach Ablehnung der Leistung wegen Eintritts einer Sperrzeit (vom 1. Juli bis 22. September 1994, Bescheid vom 12. August 1994) und wegen Ruhens auf Grund der Abfindung (vom 1. Juli bis 27. August 1994; weiterer Bescheid der Beklagten vom 12. August 1994) bewilligte die Beklagte mit Bescheid vom 19. August 1994 dem H. Alg für 832 Tage ab 23. September 1994 in Höhe von 346,20 DM wöchentlich (Bemessungsentgelt 730,00 DM, Leistungsgruppe C, Kindermerkmal 1). Ab 2. Januar 1995 erhielt H. Alg in Höhe von 352,80 DM wöchentlich (Bescheid vom 11. Januar 1995), ab 1. Juni 1995 Alg in Höhe von wöchentlich 356,40 DM und ab 1. Januar 1996 Alg in Höhe von 385,80 DM wöchentlich (nach einem Bemessungsentgelt von 750,00 DM). Seit 1. Juni 1996 bezieht H. von der Landesversicherungsanstalt Oberbayern Altersrente wegen Arbeitslosigkeit.

Die Beklagte unterrichtete die Klägerin erstmals durch Schreiben vom 4. Januar 1995 über eine mögliche Erstattungspflicht gemäß § 128 AFG und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Klägerin entgegnete mit Schreiben vom 26. Januar 1995, in dem sie insbesondere auf die Amtsermittlungspflicht der Beklagten im Hinblick auf den Bezug anderweitiger Sozialleistungen hinwies. Durch (Grundlagen-)Bescheid vom 27. März 1995 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin verpflichtet sei, das dem H. ab 23. September 1994 gezahlte Alg einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung für längstens 624 Tage zu erstatten. Mit Abrechnungsbescheid (ebenfalls) vom 27. März 1995 forderte die Beklagte für den Zeitraum vom 23. September 1994 bis 27. Dezember 1994 die Erstattung von 6.817,12 DM. Mit weiterem Abrechnungsbescheid vom 10. Mai 1995 forderte die Beklagte von der Klägerin für den Zeitraum vom 28. Dezember 1994 bis 14. April 1995 die Erstattung von 7.403,77 DM. Den Widerspruch hiergegen wies die Beklagte durch Bescheid vom 11. Juli 1995 zurück.

Nachdem die Klägerin im Juli 1995 Klage erhoben hatte, ergingen weitere Abrechnungsbescheide vom 18. Januar 1996, vom 15. Februar 1996, vom 13. Mai 1996 und vom 14. Juni 1996 für Zeiträume vom 15. April 1995 bis 31. Mai 1996.

Durch Beschluss vom 17. März 1997 ordnete das Sozialgericht (SG) das Ruhen des Verfahrens an.

Mit Schreiben vom 1. September 1998 wandte sich die Beklagte an H. mit mehreren Fragen zu seinem Gesundheitszustand bezüglich des Erstattungszeitraums vom 1. Juli 1994 bis 31. Mai 1996. Im Antwortschreiben vom 16. Oktober 1998 verneinte H. die Frage, in den letzten beiden Jahren seines Beschäftigungsverhältnisses krankheitsbedingte Fehlzeiten gehabt zu haben. Gesundheitliche Gründe seien für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht maßgebend gewesen. Eine weitere Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz wäre möglich gewesen. Er verneinte auch, dass er nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses arbeitsunfähig krankgeschrieben gewesen sei oder dass sich sein Gesundheitszustand verändert habe. Am 30. April 1999 richtete die Beklagte ein Schreiben an die Klägerin zur Anhörung anlässlich der Entscheidung über die Erstattungspflicht für den ehemaligen Arbeitnehmer H. Für die Zeit vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 habe die Beklagte Leistungen in Höhe von insgesamt 47.639,93 DM erbracht. Die Beklagte führte aus, sie habe zu den Veränderungen des Gesundheitszustands den ehemaligen Arbeitnehmer bereits befragt. Die Befragung sei hinsichtlich etwaiger Veränderungen seines Gesundheitszustands seit der Arbeitslosmeldung und Antragstellung ergebnislos geblieben. Mit Bescheid vom 15. Juni 1999 ersetzte die Beklagte ihre vorangegangenen (Abrechnungs-)Bescheide und forderte die Klägerin zur Erstattung der Leistungen an H. für den gesamten Zeitraum vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 in Höhe von insgesamt 47.639,93 DM auf. Hierbei entfielen auf Alg 31.840,80 DM, auf Beiträge zur Krankenversicherung 6.460,87 DM, auf Beiträge zur Rentenversicherung 8.207,16 DM und auf Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung 131,00 DM. Dieser Bescheid enthielt den Hinweis, zum Gegenstand des sozialgerichtlichen Verfahrens geworden zu sein.

Im Juli 1999 wurde der Rechtsstreit vom SG wieder aufgenommen. Auf Anfrage des SG erklärte H. am 21. September 2000, dass er im Zeitraum vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 nicht "arbeitsbefreit" gewesen sei. Jedoch sei er bei Dr. H. (künftig Dr. H.) in ständiger Behandlung wegen Asthma bronchiale gewesen. Das SG ordnete die schriftliche Vernehmung von Dr. H. als sachverständigen Zeugen an, der angab, H. sei wegen Asthma bronchiale in regelmäßiger Behandlung gewesen, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien nicht ausgestellt worden, jedoch sei Herr H. als "für dauerhaft arbeitsunfähig" anzusehen gewesen; ferner schilderte er am 15. November 2000 sämtliche Behandlungstermine und Diagnosen bei dem Arbeitnehmer H. im Erstattungszeitraum und führte aus, es sei eine hoch dosierte Kombinationstherapie durchgeführt worden, die speziell durch das verabreichte Kortison eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit hervorgerufen habe. Als Allgemeinmediziner könne er gutachterlich zur Frage der medikamentösen Kombinationstherapie und der Arbeitsfähigkeit allerdings keine Stellung beziehen. Das SG holte daraufhin bei dem Facharzt für Lungen- und Bronchialheilkunde und Internisten Dr. M. (künftig Dr. M.) ein Gutachten nach Aktenlage ein, in dem Dr. M. am 18. Februar 2001 angab, Dr. H. habe ihm nach telefonischer Befragung eine am 7. März 1995 durchgeführte Lungenfunktionsprüfung zugesandt und ihm mitgeteilt, dass der Arbeitnehmer H. immer nur Rezepte abgeholt, er selbst aber den Arbeitnehmer kaum gesehen habe. Nach Auswertung der Angaben des Dr. H. über Art und Umfang der durchgeführten Therapie und Medikation sei eher von einer leichtgradigen Erkrankung auszugehen, da diese am ehesten mit der genannten Medikation zu vereinbaren sei, typische Verschlimmerungen in den Wintermonaten nicht festzustellen seien und der behandelnde Arzt seinen Patienten H. trotz häufiger Praxisbesuche kaum gesehen habe. Es spreche daher sehr viel mehr für als gegen eine leichtgradige Erkrankung, die keine Arbeitsunfähigkeit bedingt habe. H. sei in der Zeit vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 mit Wahrscheinlichkeit fähig gewesen, eine Tätigkeit als Staplerfahrer vollschichtig zu bewältigen. Vorübergehende Arbeitsunfähigkeitszeiten könnten vorgelegen haben, seien jedoch auf Grund der über Jahre in gleichen Zeiträumen durchgeführten Praxisbesuche eher nicht wahrscheinlich.

Mit Urteil vom 26. April 2001 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Berufung zum Landessozialgericht (LSG) blieb erfolglos. Zur Begründung seines Urteils vom 11. Dezember 2001 hat das LSG ausgeführt, Streitgegenstand sei ausschließlich der Bescheid vom 15. Juni 1999. Ein Anhörungsmangel (§ 24 Abs 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X)) liege nicht vor. Entgegen der Auffassung der Klägerin beziehe sich die Anhörungspflicht nicht auf die Befragung des Arbeitslosen im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 20 SGB X), sie diene vielmehr der Vorbereitung der Entscheidung über die Erstattung. Mängel der Sachaufklärung seien nach § 42 Satz 1 SGB X nur erheblich, wenn sie zu einem anderen Verfahrensergebnis führen könnten. Auf die von der Klägerin gerügten Formulierungen in dem an H. gerichteten Schreiben komme es für die Frage einer ordnungsgemäßen Anhörung im Rahmen des § 24 SGB X nicht an. Die hinsichtlich des Bescheides vom 15. Juni 1999 mit Schreiben vom 30. April 1999 durchgeführte Anhörung der Klägerin sei ausreichend gewesen. Jedenfalls habe der Inhalt des genannten Anhörungsschreibens der Klägerin in Bezug auf Grund und Höhe der Erstattungsforderung - namentlich wegen deren dort berücksichtigten eigenen Angaben in der Arbeitsbescheinigung vom 9. Juni 1994 (vgl § 24 Abs 2 Nr 3 SGB X) - hinreichende Kenntnisse verschafft, um sich zur Ausschöpfung ihres Rechts auf rechtliches Gehör ggf weitere Tatsachenkenntnis zu verschaffen. Die Beklagte habe die Klägerin in dem 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 geführt hätten.

Die Grundvoraussetzungen für eine Erstattung nach § 128 Abs 1 Satz 1 und 2 Halbsatz 1 Alternative 1 AFG seien gegeben. Auch liege der Ausschließungsgrund des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG (anderweitige Sozialleistungsberechtigung) nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens in der gesamten streitbefangenen Zeit vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 nicht vor, sodass eine Beweislastentscheidung nicht in Betracht komme. Der Auflösungsvertrag vom 18. April 1994 sei auf Grund wirtschaftlich bedingten Personalabbaus erfolgt. H. habe in seinem Antrag vom 24. Juni 1994 die Fragen, ob er zurzeit vom Arzt arbeitsunfähig krankgeschrieben sei oder ob seine Vermittlungsfähigkeit nach Tätigkeit und Arbeitsstunden aus gesundheitlichen Gründen eingeschränkt sei, verneint. In der Arbeitsbescheinigung vom 9. Juni 1994 seien für die letzten sieben Jahre des Beschäftigungsverhältnisses Unterbrechungen der Zahlung von Arbeitsentgelt für mehr als vier Wochen nicht vermerkt gewesen. Die Klägerin habe im vorliegenden Fall lediglich über 30 Fehltage im Februar und März 1994 berichtet. Zwar habe der behandelnde Arzt Dr. H. auf Befragung durch das SG mitgeteilt, auf Grund der wegen des Asthma bronchiale des H. von ihm durchgeführten Kombinationstherapie - speziell durch das Kortison - sei eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit des H. hervorgerufen worden. Er - Dr. H. - gehe davon aus, dass H. während des gesamten Zeitraums arbeitsunfähig gewesen sei. Auf Grund des internistisch-pulmologischen Gutachtens des Internisten Dr. M. vom 18. Februar 2001 stehe für den Senat jedoch fest, dass H. während des Zeitraum vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 trotz des Asthma bronchiale und der erforderlichen medikamentösen Therapie in der Lage gewesen sei, als Staplerfahrer zu arbeiten und dass auch keine Arbeitsunfähigkeitszeiten vorgelegen hätten. Dr. H. beziehe sich zur Begründung für seine Annahme, H. sei während des gesamten Zeitraums arbeitsunfähig gewesen, auf die vom ihm durchgeführte medikamentöse Kombinationstherapie. Diese könne jedoch nicht als Grundlage für eine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit herangezogen werden. Dr. M. habe unter Verwertung der Angaben des Dr. H. überzeugend dargelegt, dass eher von einer leichtgradigen Erkrankung des H. auszugehen sei. Hierfür spreche die von Dr. H. angegebene Medikation, weiterhin, dass typische Verschlimmerungen des Asthma bronchiale in den Wintermonaten nicht festzustellen seien und dass Dr. H. trotz der häufigen Praxisbesuche seinen Patienten H. kaum gesehen habe. Nicht nachvollziehbar sei auch, dass - wenn von einer angeblichen Arbeitsunfähigkeit bedingenden Erkrankung der Atemwege auszugehen sei - H. nicht einmal einem Lungenfacharzt vorgestellt worden sei und dass eine von Dr. H. als

schwere Ventilationsstörung dokumentierte Lungenfunktion am 7. März 1995 von ihm selbst nicht ein einziges Mal kontrolliert worden sei, um etwaige therapeutische Konsequenzen zu ziehen. All dies mache deutlich, dass die Erkrankung von H. leichtgradig gewesen sei, sodass er eine Tätigkeit als Staplerfahrer hätte ausüben können. Der Senat gehe davon aus, dass im fraglichen Zeitraum keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe. Dafür spreche, dass H. über einen Zeitraum von ca zwei Jahren in regelmäßigen, gleichen Zeitabständen Arztbesuche bei Dr. H. unternommen habe. Bei einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Verschlimmerung seines Leidens wären häufigere Arztbesuche zu erwarten gewesen. Auch die für Februar 1995 angegebene akute Bronchitis habe zu keiner vermehrten Häufigkeit der Arztbesuche geführt. Im Übrigen schließe sich der Senat der Beurteilung von Dr. H. nicht an, da es sich bei diesem um keinen Facharzt handele. Ferner ergäben sich aus den Akten auch sonst - etwa durch eine Meldung der BKK im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung - keine Anzeichen für eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung in der streitbefangenen Zeit. Entgegen der Auffassung der Klägerin bestehe ohne konkrete Anhaltspunkte kein Anlass zu weiter gehenden Ermittlungen. Eine Anwendung des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 4 AFG komme nicht in Betracht, weil das Beschäftigungsverhältnis mit H. auf Grund eines Auflösungsvertrags vereinbarungsgemäß beendet worden sei. Die Klägerin vermöge ihrer Erstattungspflicht auch keinen sonstigen Befreiungstatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 1 bis 7 und Abs 2 AFG entgegenzuhalten. Verfassungsrechtliche Bedenken bestünden gegen die Regelung des § 128 AFG nicht. Die Erstattungsforderung von 47.639,93 DM sei auch von der Höhe her nicht zu beanstanden.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG, der [§§ 20, 24 SGB X](#) und des [§ 103](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Im Übrigen macht sie verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 128 AFG geltend. Sie sei im Verwaltungsverfahren nicht ausreichend angehört worden. Soweit ihr die Beklagte mitgeteilt habe, aus ihrer Sicht sei ein anderweitiger Sozialleistungsbezug nicht gegeben, trage dies mindestens inzidenter die Behauptung in sich, dass das Vorliegen entsprechender Tatbestände auch geprüft worden sei. Ohne Beteiligung des ehemals Beschäftigten könne die Beklagte sich jedoch über das Vorliegen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung überhaupt keine Gedanken machen. Demzufolge gehöre zur entsprechenden Anhörung der Klägerin einerseits, dass ehemals Beschäftigte überhaupt zuvor befragt würden. Andererseits sei auch erforderlich, dass das hierbei ermittelte Ergebnis sorgfältig und voll umfänglich mitgeteilt werde. Die Beklagte habe sich im vorliegenden Fall angesichts der Äußerungen von H. auf den Standpunkt gestellt, dass wegen des unveränderten Gesundheitszustands ein anderweitiger Sozialleistungsbezug nicht in Betracht komme. Dies sei eine denkgesetzlich nicht begründete Schlussfolgerung. Einen solchen Schluss hätte die Beklagte nur ziehen können, wenn ihr der frühere Gesundheitszustand des H. bekannt gewesen wäre. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Außerdem sei es "unstreitig", dass bei H. Zeiten der Arbeitsunfähigkeit im Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hätten. Auch deshalb hätte bei H. nachgefragt werden müssen, weil ein eklatanter Unterschied zwischen der Realität und den Angaben des H. bestanden habe. Auch sei ihr - der Klägerin - lediglich mitgeteilt worden, dass die Befragung von H. ergebnislos geblieben sei. Auf Grund dieser Informationslage sei nicht erkennbar gewesen, ob H. überhaupt nicht reagiert, ob er die Fragen inhaltlich nicht ausreichend beantwortet oder aber, ob er die Fragen beantwortet habe und die Beklagte hieraus keine Schlüsse ziehen wolle und könne. Die Beklagte hätte mithin auf Grund der Mitteilung von H. über einen unveränderten Gesundheitszustand zunächst die Ausgangslage erforschen müssen. Dies sei im vorliegenden Fall unterblieben. Es sei daher ein Verstoß gegen [§ 24 SGB X](#) gegeben, da die Bescheide formell rechtswidrig seien.

Dem LSG könne in materieller Hinsicht nicht gefolgt werden, wenn es zu dem Ergebnis komme, die Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG hätten nicht vorgelegen. Die Revisionsführerin weise ausdrücklich darauf hin, dass hierbei keine Rüge der Beweiswürdigung durch das LSG erhoben werde. Vielmehr habe das LSG in nicht zulässiger Weise Grundsätze für die Beweiswürdigung aufgestellt, um zu dem gefundenen Ergebnis zu gelangen. Das Gericht gehe stets davon aus, dass den Ausführungen des Dr. M. der Vorzug zu geben sei. Hierbei führe das LSG etwa aus, dass die Daten der Lungenfunktionsprüfung zur Beurteilung der Schwere des Asthma bronchiale nichts beitragen würden, da sie falsch ermittelt worden seien. Insoweit gehe das LSG davon aus, dass sich aus einer fehlerhaften Wertermittlung ergebe, dass die Erkrankung nicht so schwer wiegend wie behauptet sei. Eine Berechtigung für einen derartigen Maßstab sei nicht zu erkennen. Schließlich könnten fehlerhaft ermittelte Werte auch bedeuten, dass eine schwerere als die angenommene Erkrankung vorliege. Im Übrigen begründe Dr. M. seine Ansicht über die Lungenfunktionsprüfung mit keinem einzigen Wort. Zum Weiteren stelle das LSG den Grundsatz auf, wonach bei einer Verschlimmerung des Leidens häufige Arztbesuche zu erwarten seien. Auch hierfür gebe es keinen nachvollziehbaren gedanklichen Ansatz. Die erwiesenen 39 Arztbesuche in 21 Monaten seien bei Vorliegen einer bekannten Erkrankung bereits als häufig anzusehen. Dass in einem solchen Fall noch eine Steigerung eintreten solle, auch wenn aus Sicht des behandelnden Arztes die richtige Medikation bereits Anwendung finde, sei nicht nachvollziehbar. Insoweit sei auch der vom LSG aufgestellte Grundsatz, wonach sich aus nicht gesteigerten Arztbesuchen ergebe, dass eine Arbeitsunfähigkeit nicht vorgelegen haben könne, nicht nachvollziehbar. Insgesamt hätte das Gericht ohne die Aufstellung unzulässiger Grundsätze zum Ergebnis kommen müssen, dass die Beklagte das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG nicht dargetan oder mindestens nicht bewiesen habe. Die Beweislast hierfür trage jedoch die Beklagte. Schließlich habe das LSG auch die Grenzen der freien Beweiswürdigung in unzulässiger Weise überschritten. Den Äußerungen des Dr. M. könne schon deshalb kein größeres Gewicht beigelegt werden, weil dieser im Gegensatz zu Dr. H. den Arbeitnehmer H. nicht ein einziges Mal gesehen habe. Auch das Gutachten des Dr. M. gehe im Gegensatz zur Behauptung des LSG davon aus, dass gelegentliche Zeiten von Arbeitsunfähigkeit bei H. prinzipiell möglich gewesen seien. Das LSG nehme eine leichtgradige Erkrankung nur deswegen an, weil ua eine typische Verschlimmerung in den Wintermonaten nicht eingetreten sei. Typische Abläufe könnten allerdings für die Bewertung eines konkreten Falls nicht herangezogen werden. Dies werde der Klägerin selbst vor den Gerichten immer wieder entgegengehalten. Zum anderen bedürfe es der Feststellung einer Verschlimmerung nicht, wenn man bereits mit Dr. H. die Erkrankung als schwer wiegend bezeichne. Insbesondere das Vorliegen von 30 Arbeitsunfähigkeitstagen "am Stück" würde nicht gerade für einen leichten Krankheitsverlauf sprechen. Dr. H. habe zudem keinesfalls gesagt, dass er als Allgemeinmediziner zur Arbeitsunfähigkeit keine Stellung beziehen könne. Schließlich seien die Ausführungen des LSG zu der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 128 AFG nicht überzeugend. Diese Norm verstoße gegen [Art 12](#) Grundgesetz. Hierbei dürfe nicht unerwähnt bleiben, dass die Beklagte gerade im Falle einer Anwendung des § 105c AFG im Allgemeinen sämtliche Vermittlungsbemühungen einstelle. Die Wahrscheinlichkeit einer Vermittlung sei daher praktisch gleich Null, wenn ehemals Beschäftigte ohne Gefährdung des Anspruchs zumutbare Tätigkeiten ablehnen könnten und zusätzlich die Beklagte solche zumutbaren Tätigkeiten nur in Ausnahmefällen ermittle. Die gesamte Norm des § 128 AFG dürfe nicht nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip zu Lasten der Arbeitgeberseite ausgelegt oder angewendet werden.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 11. Dezember 2001 und das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 26. April 2001 sowie den Bescheid der Beklagten vom 15. Juni 1999 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Das LSG habe im Rahmen der Feststellung des Nichtvorliegens einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung seine Amtsermittlungspflicht ([§ 103 SGG](#)) nicht verletzt. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 128 AFG bestünden nicht.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Gerichts ohne mündliche Verhandlung durch Urteil ([§ 124 Abs 2 SGG](#)) erklärt.

II

Die Revision ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Die Klägerin rügt zu Recht, dass das LSG bei der Würdigung der gutachterlichen Stellungnahme des Dr. M. die Grenzen der richterlichen Beweiswürdigung ([§ 128 Abs 1 SGG](#)) verfahrensfehlerhaft überschritten hat.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur der Bescheid der Beklagten vom 15. Juni 1999, mit dem diese ihre bisherigen Abrechnungsbescheide ersetzt hat.

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 § 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 H. innerhalb der Rahmenfrist (hier: die Zeit vom 1. Juli 1991 bis 30. Juni 1994) 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 29. Mai 1936 geborene H. war bis zum 30. Juni 1994 bei der Klägerin beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde nicht vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet (§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 1 AFG).

Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 15. Juni 1999 ist nicht bereits deswegen rechtswidrig, weil der Beklagten im Verwaltungsverfahren insoweit erhebliche Verfahrensfehler unterlaufen wären. Zunächst liegt kein Anhörungsfehler vor, der gemäß [§ 24 Abs 1 iVm § 42 Satz 2 SGB X](#) zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide führen könnte. Nach [§ 24 Abs 1 SGB X](#) ist der Klägerin Gelegenheit zu geben, "sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern". Diese Forderung ist hinsichtlich der - hier allein in Streit stehenden - Tatsachen, die eine Ausnahme von der Erstattungspflicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG begründen könnten, erfüllt. Hierbei ist der Klägerin allerdings einzuräumen, dass das ihr am 30. April 1999 übersandte Anhörungsschreiben der Beklagten unpräzise gefasst war, soweit es lediglich den Hinweis enthielt, die Befragung des H. hinsichtlich etwaiger Veränderungen seines Gesundheitszustands "sei ergebnislos geblieben". Wenn die Klägerin, deren Prozessbevollmächtigte über vertiefte rechtliche Kenntnisse und Erfahrungen in Erstattungsverfahren nach § 128 AFG verfügen, im Revisionsverfahren vorträgt, diese Auskunft habe nicht erkennen lassen, ob H. überhaupt nicht geantwortet habe, ob er die gestellten Fragen verneint habe oder ob die Beklagte eine (evtl positive) Antwort des H. über gesundheitliche Veränderungen bereits inhaltlich interpretiere, so räumt sie selbst ein, sie habe die Mehrdeutigkeit der Auskunft erkannt. Dann aber war es ihr zumutbar, bei der Beklagten Rückfrage zu halten und diese zu bitten, die Antwort des H. im Original-Wortlaut zu übersenden bzw näher zu präzisieren (vgl auch BSG SozR 1300 § 24 Nr 4; BSG Urteil vom 30. März 1982 - [2 RU 15/82](#) -, USK 8238). Die Klägerin hatte entsprechend bereits auf die Anhörung durch die Beklagte zu Beginn des Jahres 1995 reagiert. Dass sie dies nach der erneuten Anhörung nicht getan hat, kann den Bescheid vom 15. Juni 1999 nicht rechtswidrig machen. Die Beklagte hat jedenfalls ihre Entscheidung in diesem Bescheid auf keinerlei Tatsachen gestützt, die insofern für die Klägerin "neu" bzw "objektiv unrichtig" (hierzu BSG SozR 1300 § 24 Nr 6) waren.

Ebenso wenig führt die Rüge der Klägerin, die Beklagte habe gegen ihre Amtsermittlungspflicht gemäß [§ 20 SGB X](#) verstoßen, zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide. Hinsichtlich der Folgen eines solchen Verstoßes hat sich der erkennende Senat (vgl BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 15](#) S 135) der Rechtsprechung des 11. Senats des Bundessozialgerichts (vgl nur [BSGE 81, 259](#), 262 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#); [BSGE 87, 132](#), 138 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)) angeschlossen. Mängel der Sachaufklärung im Verwaltungsverfahren sind grundsätzlich nach [§ 42 Satz 1 SGB X](#) von den Tatsacheninstanzen zu beheben (vgl hierzu auch die Urteile vom heutigen Tage - [B 7 AL 104/01 R](#) und [B 7 AL 14/02 R](#)).

Hingegen beruhen die tatsächlichen Feststellungen des LSG zum Nichtvorliegen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung des H. im Erstattungszeitraum auf einem Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#), den die Klägerin zu Recht gerügt hat. Dafür reicht es allerdings nicht aus, dass die Revision rügt, das LSG habe bei seiner Beweiswürdigung eigene Grundsätze aufgestellt, die unzulässig seien - es habe stets dem Gutachten des Dr. M. den Vorzug gegeben, obwohl Dr. M. den H., anders als Dr. H., niemals gesehen habe; ferner habe das LSG aus nicht gesteigerten Arztbesuchen fehlende Arbeitsunfähigkeit hergeleitet und aus dem Fehlen einer typischen Verschlimmerung in den Wintermonaten auf eine nur leichtgradige Erkrankung geschlossen. Damit rügt die Revision im Ergebnis nur fehlerhafte Beweiswürdigung durch das LSG - das sich im Übrigen auch bezüglich dieser Schlussfolgerungen auf das Gutachten des Dr. M. gestützt hat -, ohne dass ersichtlich wäre, inwieweit das LSG damit gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hätte oder sonst die Grenzen richterlicher Beweiswürdigung überschritten hätte. Hingegen liegt ein Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#) darin, dass das LSG auf der Grundlage des Gutachtens des Dr. M. zu der - vollen - Überzeugung gelangt ist, bei H. habe während des gesamten Erstattungszeitraums keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen. Denn Dr. M. hat in seinem Gutachten (nur) erklärt, es spreche "sehr viel mehr für als gegen eine leichtgradige Erkrankung" des H., der in der Zeit vom 23. September 1994 bis 31. Mai 1996 "mit Wahrscheinlichkeit" fähig gewesen sei, eine Tätigkeit als Staplerfahrer vollschichtig zu bewältigen. Dabei hat das LSG entweder übersehen oder sich bewusst darüber hinweggesetzt, dass die "Wahrscheinlichkeit" im vorliegenden Zusammenhang kein ausreichender Maßstab ist, weil das Fehlen von Arbeitsunfähigkeit bzw das Fehlen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung des Arbeitslosen zur vollen Überzeugung des Gerichts - dh mit an Gewissheit

grenzender Wahrscheinlichkeit - feststehen muss, um die Erstattungspflicht der Klägerin bejahen zu können. Eine Tatsache ist erst bewiesen, wenn sie in so hohem Maße wahrscheinlich ist, dass alle Umstände des Falles nach vernünftiger Abwägung des Gesamtergebnisses des Verfahrens und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, die volle richterliche Überzeugung zu begründen (grundlegend: [BSGE 45, 285](#), 287; [BSGE 45, 1](#), 9). Dies erfordert einen der Gewissheit nahe kommenden Grad der Wahrscheinlichkeit (BSG aaO). Hat das LSG bei der gewonnenen vollen Überzeugung vom Fehlen der Arbeitsunfähigkeit übersehen, dass Dr. M. nur von Wahrscheinlichkeit gesprochen hat, so liegt darin ein Verstoß gegen Denkgesetze, denn "Wahrscheinlichkeit" ist nicht identisch mit "an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit". Ist das LSG hingegen bewusst über das Gutachten des Dr. M. hinausgegangen, indem es von einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der fehlenden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen ist, dann liegt der Verstoß des LSG gegen [§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#) darin, dass das Gericht nicht dargelegt hat, woher es seine medizinische Sachkunde für eine derart gesteigerte Überzeugungsbildung bezieht. Damit sind die Grenzen freier richterlicher Beweiswürdigung überschritten. Vor einer abschließenden Beweiswürdigung hätte das LSG weitere Aufklärungsmöglichkeiten ausschöpfen müssen (ggf durch Einholung eines weiteren Gutachtens oder durch Rückfrage bei Dr. M., ob der angegebene Maßstab der "Wahrscheinlichkeit" auch im Sinne einer "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" verstanden werden kann). Das LSG wird daher im Einzelnen noch zu ermitteln haben, inwieweit das Fehlen einer anderweitigen Sozialleistungsberechtigung des H. - insbesondere wegen Arbeitsfähigkeit im Erstattungszeitraum - tatsächlich zur vollen richterlichen Überzeugung festgestellt werden kann. Dabei wird das LSG auch zu entscheiden haben, ob sich der Begriff der Arbeitsunfähigkeit hier nach der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Staplerfahrer richtet (vgl im Einzelnen zur Arbeitsunfähigkeit im Rahmen des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG Pawlak in Hennig, SGB III, § 147a RdNr 172](#)).

Da nicht erkennbar ist, ob es auf die nachstehende Frage ankommen wird, kann der Senat im vorliegenden Zusammenhang offen lassen, ob die Voraussetzungen des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 iVm § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG](#) (Nichteintreten der Erstattungspflicht bei Erfüllung der Voraussetzungen für Krankengeld) bereits dann erfüllt sind, wenn der Arbeitnehmer während des Erstattungszeitraums für kürzere Zeiträume, uU sogar nur für einen Tag, arbeitsunfähig erkrankt oder erst dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit die Sechs-Wochen-Frist des [§ 105b Abs 1 Satz 1 AFG](#) überschreitet (vgl hierzu auch Urteil des Senats vom heutigen Tage - [B 7 AL 102/01 R](#)). Bei wörtlicher Auslegung des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG](#) sind die Voraussetzungen für die "Leistung" Krankengeld in den ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit während der Arbeitslosigkeit nicht gegeben, weil nach [§ 49 Abs 1 Nr 3](#) bzw Nr 3a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) (Nr 3 in der bis zum 31. Dezember 1996 geltenden Fassung, die [§ 49 SGB V](#) durch das Gesetz vom 15. Dezember 1995, [BGBl I 1809](#), erhalten hatte; Nr 3a in der ab 1. Januar 1997 geltenden Fassung, die diese Vorschrift durch das Gesetz vom 7. August 1996, [BGBl I 1254](#), erhalten hat) der Anspruch auf Krankengeld ruht (bis 31. Dezember 1996: soweit und), solange Versicherte Alg beziehen. In der Kommentarliteratur zu [§ 128 AFG](#) bzw [§ 147a](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) wird teilweise die Erstattungspflicht des Arbeitgebers auch auf die Fälle eines Anspruchs auf Leistungsfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit durch das Arbeitsamt ausgedehnt, also auch auf Kurz-Arbeitsunfähigkeitszeiten (vgl Gagel in Gagel, AFG, [§ 128 RdNr 104 f](#); Gagel in Gagel, SGB III, [§ 147a RdNr 93](#); anders Pawlak in Hennig, SGB III, Stand April 2002, RdNr 173 f zu [§ 147a SGB III](#)).

Im Falle des Bejahens einer Erstattungspflicht der Klägerin wird das LSG im Übrigen auch die Höhe der Erstattungsforderung bzw des zu leistenden Alg zu überprüfen haben. Hinsichtlich der Berechnung der auf das Alg entfallenden Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung wird es die Ausführungen des Senats im Urteil vom 7. Februar 2002 (BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr 15](#)) zu berücksichtigen haben.

Das LSG wird abschließend auch über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des Ausgangs des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-29