

---

## S 5 AL 16/01

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht	Bundessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	7
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Arbeitslosengeld Erstattungspflicht des Arbeitgebers Konkurrenzklausel Neuregelung durch EinmalZNRG Übergangsregelung Verfassungsmäßigkeit
Leitsätze	Zur Verfassungsmäßigkeit der teilweisen Erstattung des Arbeitslosengeldes durch den Arbeitgeber bei Konkurrenzklausel.
Normenkette	<a href="#">AFG § 128a</a> F: 1991-06-21 <a href="#">AFG § 128a</a> F: 1995-12-15 SGB III <a href="#">§ 148</a> F: 2000-12-21 SGB III <a href="#">§ 434c Abs 7</a> F: 2000-12-21 <a href="#">GG Art 2 Abs 1</a> <a href="#">GG Art 3 Abs 1</a> <a href="#">GG Art 12 Abs 1</a> <a href="#">GG Art 20 Abs 3</a>

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 5 AL 16/01
Datum	26.04.2002

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 5 AL 1777/02
Datum	23.10.2002

#### 3. Instanz

Datum	10.02.2004
-------	------------

Auf die Revision der KlÄgerin wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-WÄrttemberg vom 23. Oktober 2002 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurÄckverwiesen.

GrÄnde:

---

I

Im Streit ist die Verpflichtung der KlÄgerin, der Beklagten Arbeitslosengeld (Alg) â einschlieÃlich der BeitrÄge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung â in HÄhe von 5.473,57 Å (30 % der Gesamtausgaben) fÄr den Zeitraum vom 18. April 1995 bis 30. MÄrz 1996 zu erstatten.

Die KlÄgerin ist weltweit auf dem Gebiet der Montage- und Befestigungstechnik tÄtig. Vom 1. April 1990 bis 31. MÄrz 1995 war bei ihr der Arbeitnehmer I. (I.) als Reisevertreter im AuÃendienst beschÄftigt. Das ArbeitsverhÄltnis endete am 31. MÄrz 1995 (KÄndigungsschreiben vom 9. Dezember 1994; so genannter "Abwicklungsvertrag" vom 15. Dezember 1994). Die KlÄgerin zahlte eine Abfindung in HÄhe von 4.000 DM. Zwischen den Vertragsparteien war am 9. April 1991 schriftlich ein Wettbewerbsverbot fÄr ein Jahr nach Beendigung des ArbeitsverhÄltnisses vereinbart worden, das sich auf alle Artikel bezieht, die sich bei Beendigung des VertragsverhÄltnisses im Verkaufsprogramm der KlÄgerin befinden, und alle abhÄngigen wie selbststÄndigen TÄtigkeiten bzw formelle oder personelle Beteiligungen betrifft. Die KlÄgerin hatte sich in dieser Vereinbarung verpflichtet, fÄr die Dauer des Wettbewerbsverbots eine EntschÄdigung in HÄhe von 50 % der zuletzt bezogenen Leistungen zu zahlen. Am 18. April 1995 meldete sich I. arbeitslos und erhielt ab diesem Zeitpunkt Alg (zunÄchst in HÄhe von 445,80 DM, ab 1. Januar 1996 in HÄhe von 472,20 DM wÄhrentlich).

Auf Anfrage der Beklagten erklÄrte die KlÄgerin, nicht auf das Wettbewerbsverbot verzichten zu wollen. Nach AnhÄrung der KlÄgerin stellte die Beklagte sodann fest, diese sei nach Å 128a ArbeitsfÄrderungsgesetz (AFG) verpflichtet, das Alg und die auf diese Leistung entfallenden SozialversicherungsbeitrÄge zu erstatten (Bescheid vom 21. September 1995; Widerspruchsbescheid vom 15. April 1996). Das anschlieÃende Klage- und Berufungsverfahren sowie die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision blieben ohne Erfolg. Zwischenzeitlich hatte die Beklagte unter Bezugnahme auf den Bescheid vom 21. September 1995 fÄr die Zeit vom 18. April 1995 bis 30. MÄrz 1996 die Erstattung von Alg in HÄhe von 22.558,90 DM sowie von BeitrÄgen zur Krankenversicherung in HÄhe von 5.328,18 DM, von BeitrÄgen zur Rentenversicherung in HÄhe von 7.402,82 DM und von BeitrÄgen zur Pflegeversicherung in HÄhe von 394,68 DM geltend gemacht (Bescheid vom 7. November 1996).

Auf die Verfassungsbeschwerde der KlÄgerin hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der vorliegenden Sache entschieden, dass [Å 128a Abs 1 und 2 AFG](#) mit [Art 12 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#) unvereinbar sei, und den Gesetzgeber verpflichtet, die verfassungswidrige Regelung, die eine Erstattung in vollem Umfang vorsah, spÄtestens bis 1. Januar 2001 durch eine verfassungsgemÄÃe Regelung zu ersetzen. Gleichzeitig hat das BVerfG die Entscheidungen des Landessozialgerichts (LSG) und des Sozialgerichts (SG) aufgehoben und die Sache an das SG zurÄckverwiesen.

---

Nachdem der Gesetzgeber mit dem Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz vom 21. Dezember 2000 zum 1. Januar 2001 durch [Â§ 434c Abs 7 Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung \(SGB III\)](#) eine Neuregelung für die Zeit ab 1. Januar 1982 dergestalt getroffen hatte, dass nur noch 30 % des Alg einschließlich der darauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und sozialen Pflegeversicherung zu erstatten sind, hat die Beklagte den früheren Erstattungsbescheid aufgehoben und nur noch 30 % der Gesamtaufwendungen als Erstattungsbetrag geltend gemacht (10.705,37 DM = 5.473,57 €) (Bescheid vom 14. Januar 2002).

Die gegen den Bescheid vom 14. Januar 2002 aufrechterhaltene Klage blieb erst- und zweitinstanzlich erfolglos (Urteil des SG vom 26. April 2002; Urteil des LSG vom 23. Oktober 2002). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, Gegenstand des Rechtsstreits sei ausschließlich der Bescheid vom 14. Januar 2002, die Erstattungsforderung der Beklagten entspreche der Regelung des [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#); die Voraussetzungen für die Erstattung von Alg samt Sozialversicherungsbeiträgen gemäß [Â§ 128a AFG](#) seien erfüllt. Zwischen dem Arbeitnehmer und der Klägerin sei ein Wettbewerbsverbot vereinbart, das auf zwölf Monate, mithin bis 31. März 1996, abgeschlossen sei. Bis zum 31. März 1996 habe die Beklagte Alg samt Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung in Höhe von insgesamt 35.684,58 DM geleistet. Diesen Betrag habe die Beklagte zutreffend errechnet; die Klägerin erhebe insoweit keine Einwände. 30 % dieses Betrages entsprächen dem nunmehr noch geltend gemachten Erstattungsbetrag. Die Neuregelung des [Â§ 128a AFG](#) iVm [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#) sei auch nicht verfassungswidrig; insbesondere verstoße sie nicht gegen [Art 12 Abs 1 GG](#). Das BVerfG habe einen Verfassungsverstoß des [Â§ 128a AFG](#) nur darin gesehen, dass die Vorschrift nicht verhältnismäßig im engeren Sinne sei, weil der durch sie bewilligte Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nicht in angemessenem Verhältnis zu dem mit der Regelung verfolgten Zweck stehe. Diesem Einwand sei der Gesetzgeber mit der Neuregelung gerecht geworden. Er habe sich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung berechtigterweise für eine Pauschalierung (30 %) entschieden.

Die Klägerin rügt eine Verletzung des [Art 12 GG](#). Sie ist der Ansicht, dass eine Erstattungspflicht bei Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots nur dann verfassungsrechtlich zulässig sei, wenn diese Erstattungspflicht von einem Kausalzusammenhang zwischen Wettbewerbsverbot und Arbeitslosigkeit abhängig gemacht werde. Der Gesetzgeber habe bei der Neufassung des [Â§ 128a AFG](#) die Frage der Kausalität nicht aufgegriffen, sondern nur die Belastung des Arbeitgebers summenmäßig begrenzt. Damit sei er jedoch den Bedenken des BVerfG nicht in vollem Umfang nachgekommen. Das BVerfG habe seiner Entscheidung drei Gesichtspunkte für einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zugrunde gelegt: die Belastung des Arbeitgebers mit allen Vermittlungsrisiken des Arbeitsmarktes, die Belastung des Arbeitgebers trotz häufiger Finanzierung der Arbeitslosenversicherung und die mögliche Gesamtbelastung des Arbeitgebers bis zu 138 % des früheren Arbeitsentgelts unter Berücksichtigung der [Â§§ 74 ff Handelsgesetzbuch \(HGB\)](#). Die Kausalität müsse im Wege der verfassungskonformen Auslegung in die Norm hineingelesen

---

werden. Das Wettbewerbsverbot beträgt nur 2 bis 3 % der Arbeitsplätze im Reisegewerbe, beeinträchtigt somit die Vermittelbarkeit nur unwesentlich.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,  
die Urteile des LSG und des SG sowie den Bescheid vom 14. Januar 2002 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

Sie verweist auf die ihres Erachtens zutreffenden Gründe der Entscheidung des LSG.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt ([§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)).

II

Die Revision ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidung des LSG und der Zurückverweisung begründet ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)). Zwar hat das LSG zu Recht entschieden, dass die vorliegend einschlägige gesetzliche Regelung über die Erstattung von 30 % des an I. gezahlten Alg bis einschließlich der Sozialversicherungsbeiträge die Klägerin nicht in ihren Grundrechten verletzt; jedoch kann nicht beurteilt werden, ob die Erstattungsforderung der Beklagten in der Höhe den gesetzlichen Vorgaben entspricht, weil es insoweit an tatsächlichen Feststellungen ([§ 163 SGG](#)) fehlt.

Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits und damit auch der Revision ist nur noch der Bescheid vom 14. Januar 2002, der nach der Zurückverweisung der Sache durch das BVerfG an das SG Gegenstand des beim SG anhängigen Klageverfahrens geworden ist ([§ 96 Abs 1 SGG](#)). Der Bescheid vom 7. November 1996, also der frühere Erstattungsbescheid ("Abrechnungsbescheid"), ist durch die im Bescheid vom 14. Januar 2002 erfolgte Aufhebung erledigt ([§ 39 Abs 2 Sozialgesetzbuch bis Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz \(SGB X\)](#)). Erledigt hat sich auch, und zwar bereits durch den Bescheid vom 7. November 1996, der so genannte Grundlagenbescheid vom 21. September 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14. April 1996 (vgl nur [BSGE 81, 259](#), 260 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#), stRspr), gegen den sich ursprünglich die Klage gerichtet hatte.

Der Bescheid vom 14. Januar 2002 ist nicht bereits gemäß [§ 24 SGB X](#) wegen fehlender Anführung rechtswidrig. Zwar hat der 4. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) entschieden, dass trotz der seit 1. Januar 2001 bestehenden Heilungsmöglichkeit einer Verletzung der Anführungspflicht noch im Gerichtsverfahren ([§ 41 Abs 2 SGB X](#)) eine Nachholung der Anführung (nur bei den Instanzgerichten) ua bei einer bewussten Verletzung nicht in Frage kommt (BSG, Urteil vom 31. Oktober 2002 bis [B 4 RA 15/01 R](#)). [§ 24 Abs 1 SGB X](#) setzt jedoch für eine notwendige Anführung einen Eingriff in Rechte der Klägerin

---

voraus. Vorliegend hat die Beklagte indes die Rechtsposition der Klägerin mit dem Bescheid vom 14. Januar 2002, der den früheren Bescheid vom 7. November 1996 aufgehoben hat, lediglich verbessert. Die Entscheidung des BVerfG vom 10. November 1998 über die Unvereinbarkeit des [Â§ 128a AFG](#) mit dem GG hatte der Klägerin noch kein entsprechendes Recht zugebilligt. Denn mit ihr war erst ein Schwebezustand eingetreten (vgl dazu: BSG, Urteil vom 25. März 2003 â€‹ [B 7 AL 106/01 R](#) und [B 7 AL 114/01 R](#); Urteil vom 10. April 2003 â€‹ [B 4 RA 56/02 R](#); Eicher in Hennig, SGB III [Â§ 330](#) RdNr 20 mwN, Stand 8/2003). Durch [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#), auf dem der Bescheid der Beklagten vom 14. Januar 2002 beruht, hat der Gesetzgeber erst â€‹ entsprechend dem Rechtsfolgenmanagement des BVerfG (vgl dazu BSG, Urteil vom 25. März 2003 â€‹ [B 7 AL 106/01 R](#) und [B 7 AL 114/01 R](#)) â€‹ den Schwebezustand durch Konkretisierung dessen, was rechtswidrig war, einfachgesetzlich beendet (BSG, Urteil vom 10. April 2003 â€‹ [B 4 RA 56/02 R](#)).

Der angefochtene Bescheid der Beklagten beruht auf [Â§ 128a AFG](#) idF des Gesetzes zur Änderung arbeitsförderungsrechtlicher und anderer sozialrechtlicher Vorschriften (AFGÄndG) vom 26. Juni 1991 ([BGBl I 1306](#)), der mit Wirkung ab 1. Januar 1996 durch das Gesetz zur Änderung des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 15. Dezember 1995 ([BGBl I 1824](#)) in Abs 2 um die Erstattungspflicht der Beiträge zur sozialen Pflegeversicherung ergänzt worden ist. [Â§ 128a AFG](#) wird jedoch überlagert von [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#), der durch das Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz vom 21. Dezember 2000 ([BGBl I 1971](#)) eingeführt worden ist. Nach [Â§ 434c Abs 7](#) ist [Â§ 128a AFG](#) in der jeweils geltenden Fassung für die Zeit vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1997, also auch für den vorliegenden Rechtsstreit, mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Arbeitgeber vierteljährlich der Bundesagentur, nicht wie noch in der Regelung des [Â§ 128a AFG](#) (Grundnorm) vorgesehen, das gesamte Alg einschließlich der anteilig darauf entfallenden Beiträge zu erstatten hat, sondern nur 30 %.

Nach der Grundnorm erstattet der bisherige Arbeitgeber, wenn der Arbeitslose durch eine Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt ist, der Bundesagentur vierteljährlich das Alg, das dem Arbeitslosen für die Zeit gezahlt worden ist, in der diese Beschränkung besteht. Nach [Â§ 128a Abs 2 AFG](#) schließt dies die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie â€‹ ab 1. Januar 1996 â€‹ zur sozialen Pflegeversicherung ein.

Die Voraussetzungen für die Erstattungspflicht nach dieser Vorschrift sind erfüllt. Soweit das Gesetz eine vierteljährliche Erstattung vorschreibt, handelt es sich lediglich um eine Fälligkeitsregelung, sodass die Forderung der Beklagten auf Erstattung für den gesamten Zeitraum nicht zu beanstanden ist (vgl nur [BSGE 81, 259, 269 = SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 5](#)). Der Arbeitslose I. war durch eine wirksame schriftliche Wettbewerbsvereinbarung (zur Erstattungsmöglichkeit bei unwirksamer Abrede: [BSGE 65, 72, 75 = SozR 4100 Â§ 128a Nr 2](#); [BSGE 67, 183, 187 = SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 4](#)) mit einer entsprechenden Entschädigungsregelung gemäß [Â§ 74 ff HGB](#), die nicht nur für die Handlungsgehilfen, sondern für alle Arbeitnehmer galten und gelten

---

(Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl 2000, Â§ 74 RdNr 3 mwN; vgl auch [BVerfGE 99, 202](#), 205 = [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 9](#)), in der vom angefochtenen Bescheid erfassten Zeit in seiner beruflichen Tätigkeit beschränkt. Von dieser Wettbewerbsklausel hat sich die Klägerin weder gelöst ([Â§ 75 HGB](#)), noch hat sie arbeitsförderungsrechtlich auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichtet (vgl zur Rspr des BSG nur BSG [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 3](#) S 21 f); die Klägerin war von der Beklagten auch über das Recht auf Verzicht belehrt worden (s dazu: [BSGE 65, 72](#), 75 = [SozR 4100 Â§ 128a Nr 2](#); [BSGE 66, 250](#), 257 = [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 2](#); [BSGE 69, 280](#), 282 = [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 5](#)).

Die Regelung des [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#) unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, soweit sie im Sinne einer echten Rückwirkung die frühere Rechtslage verändert hat. Dabei ist es unerheblich, ob sich dies unmittelbar an [Art 12 GG](#) oder an [Art 2 Abs 1 GG](#) iVm [Art 20 Abs 3 GG](#) misst. [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#) hat nämlich die frühere verfassungswidrige Norm nur durch eine die Klägerin nicht verfassungswidrig belastende Norm ersetzt (dazu: [BVerfGE 13, 261](#), 272; [19, 187](#), 197; Sachs, GG 3. Aufl 2003, Art 20 RdNr 134 mwN; Spellbrink im Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, Â§ 39 RdNr 106).

Die Neuregelung des [Â§ 434c Abs 7 SGB III](#) mit ihrer nur noch 30-prozentigen Erstattungspflicht verletzt die Klägerin nicht in ihrem Grundrecht aus [Art 12 GG](#). Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) ff = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 9](#)) eine Verletzung dieser Norm nur deshalb angenommen, weil die volle Erstattungspflicht die Klägerin unter drei Gesichtspunkten unverhältnismäßig (im engen Sinne) belastete, zum einen, weil die Klägerin bereits an der Absicherung der Arbeitslosigkeit zur Hälfte durch die Zahlung von Beiträgen beteiligt gewesen sei, und zum anderen, weil die frühere Erstattungsregelung im Zusammenwirken mit den [Â§§ 74 ff HGB](#) im Einzelfall bis zu einer Belastung von 138 % des letzten Arbeitsentgelts führen könne und die Arbeitgeberin trotz Auswirkungen des Wettbewerbsverbots nur in Teilbereichen des Arbeitsmarktes mit dem vollen Risiko der Arbeitslosigkeit belastet werde. Gerade der letztere Gesichtspunkt ist für die Klägerin Anlass, auch die jetzige Regelung für verfassungswidrig zu halten, bzw eine verfassungskonforme Auslegung dahin zu verlangen, dass die Erstattungspflicht nur dann eingreife, wenn die Arbeitslosigkeit bei konkreter Betrachtung wesentlich durch das Wettbewerbsverbot verursacht sei. Eine solche Forderung hat jedoch das BVerfG in seiner Entscheidung nicht aufgestellt. Im Gegenteil: Es hat in der Sache die bisherige Rechtsprechung des BSG zur abstrakten Kausalität ([BSGE 66, 250](#), 256 = [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 2](#); BSG [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 7](#)) akzeptiert und dies zum Anlass genommen, eine geringere Belastung der Arbeitgeberin zu fordern ([BVerfGE 99, 202](#), 213 = [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 9](#)). Wie das BSG in der vom BVerfG selbst zitierten Entscheidung zu Recht ausgeführt hat, würde eine konkrete Kausalität keinen praktikablen Maßstab darstellen. Denn es käme nicht nur auf die Frage der gemeldeten offenen Stellen an, sondern auch darauf, wo der Arbeitnehmer auf Grund seiner Fertigkeiten und Fähigkeiten besser vermittelbar ist. Außerdem ist der Fortbestand von Arbeitslosigkeit auch von Eigenbemühungen des Arbeitslosen, ggf sogar solchen, sich selbstständig zu machen, abhängig. Dem Arbeitslosen ist es jedoch auf Grund des Wettbewerbsverbots nicht erlaubt, überhaupt in

---

bestimmten Marktbereichen tätig zu werden. Zu Recht ist deshalb auch zur Begründung der Neuregelung in der [BT-Drucks 14/4743](#) (S 19 f) ausgeführt, mit der anteiligen Erstattungspflicht werde das erhöhte Vermittlungsrisiko dem Arbeitgeber (nur) teilweise zugerechnet. Die Solidargemeinschaft trage in pauschalierter Form das allgemeine Vermittlungsrisiko. Die Pauschalierung der Erstattungspflicht trage dem Grundsatz der Verwaltungsvereinfachung Rechnung. Eine individuelle Betrachtung zur Ermittlung des angemessenen Erstattungsbetrages müsse in jedem Einzelfall den Umfang der verminderten Arbeitsmöglichkeiten in allen Bereichen des Erwerbslebens verwerten, der sich aus der getroffenen Wettbewerbsabrede ergebe. Der hierfür erforderliche Zeit- und Personalaufwand wäre nicht angemessen. Dies hat auch das BVerfG gesehen. Es hat bei der Neuregelung keine konkrete Betrachtung der Kausalität gefordert, sondern lediglich eine Reduzierung der Belastung des jeweiligen Arbeitgebers.

Dem ist der Gesetzgeber mit der Neuregelung in ausreichender Weise nachgekommen (so auch die Literatur: Schlegel in Hennig, SGB III, Â§ 434c RdNr 56 ff, Stand März 2001; Gagel, SGB III, Â§ 148 RdNr 13, Stand März 2001; Brand in Niesel, SGB III, 2. Aufl 2002, Â§ 148 RdNr 16; ders im Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts 2003, Â§ 14 RdNr 148; im Ergebnis auch Rufz in Hauck/Noftz, SGB III, Â§ 148 RdNr 16, Stand Juli 2001). Die Klägerin ist jedenfalls im vorliegenden Einzelfall nicht mehr in ihrem Grundrecht aus [Art 12 GG](#) verletzt (vgl zu dieser Voraussetzung der subjektiven Betroffenheit BSG SozR 4100 Â§ 85 Nr 1 S 10 f). Zwar ermöglicht die Neuregelung immer noch die Belastung eines Arbeitgebers mit über 100 bzw 110 % (vgl [Â§ 74 ff HGB](#)) des letzten gezahlten Arbeitsentgelts, wenn die vom Arbeitgeber gezahlte Wettbewerbsentschädigung entsprechend hoch ist; die Klägerin war jedoch nur verpflichtet, eine 50-prozentige Wettbewerbsentschädigung zu zahlen, sodass ihre Gesamtbelastung unter Berücksichtigung der Erstattungspflicht nach [Â§ 128a AFG](#), [434c Abs 7 SGB III](#) bei unter 80 % liegt. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob nicht gesetzlich eine absolute Belastungsgrenze von 110 % oder von nur 100 % hätte vorgesehen werden müssen.

Die Neuregelung verstößt auch nicht gegen [Art 3 Abs 1 GG](#). Ein solcher Verstoß könnte ohnedies nur in einer Systemwidrigkeit zu sehen sein ([BSGE 67, 183](#), 188 = [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 4](#)), wenn der Arbeitgeber bei Arbeitslosigkeit seines früheren Arbeitnehmers stärker belastet ist als während der Beschäftigung. Abgesehen davon, dass das BSG hierfür bereits früher sachliche Gründe angeführt hat (BSG aaO), kann sich jedenfalls die Klägerin hierauf nicht berufen. Denn ihre Belastung liegt, wie bereits ausgeführt, bei weniger als 80 %.

Ist mithin die Erstattungspflicht der Klägerin grundsätzlich nicht zu beanstanden, so ist jedoch die Höhe der Erstattungsforderung näher zu überprüfen. Hierfür fehlen ausreichende tatsächliche Feststellungen des LSG. Erforderlich ist nicht nur die rein rechnerische Kontrolle des Betrags, sondern auch eine Untersuchung auf materielle Richtigkeit der von der Beklagten erbrachten Leistungen und gezahlten Beiträge (vgl nur BSG [SozR 3-4100 Â§ 128a Nr 7 S 45](#)). Vorliegend ist eine genauere Überprüfung unter mehreren Gesichtspunkten erforderlich. Das LSG wird die Frage zu beantworten haben, ob der Arbeitnehmer

---

nicht sein Beschäftigungsverhältnis durch eine Vereinbarung mit der Klägerin gelöst hat und dadurch eine Sperrzeit gemäß [Â§ 119, 119a AFG](#) eingetreten ist (vgl zu der Konstellation einer Kündigung mit "Abwicklungsvertrag" [BSGE 77, 48, 50 f = SozR 3-4100 Â§ 119 Nr 9](#)). Es wird auch zu entscheiden haben, ob das Zahlen einer Abfindung zu einem Ruhen nach [Â§ 117a AFG](#) geführt hat; jedenfalls fehlen Feststellungen im Urteil des LSG dazu, ob bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses die für die Arbeitgeberin geltende Kündigungsfrist eingehalten ist. Die Höhe der Erstattungspflicht der Klägerin ist außerdem davon abhängig, in welcher Höhe die Beklagte Alg zu zahlen hatte ([Â§ 111, 112 AFG](#)); es fehlen insbesondere Feststellungen, die eine Überprüfung des Bemessungsentgelts ermöglichten. Die Höhe des Bemessungsentgelts hat im Übrigen auch Auswirkungen auf die Höhe der zu zahlenden Beiträge ([Â§ 157 AFG, 57 SGB XI aF, 166 SGB VI](#)). Hinsichtlich der Pflegeversicherung wird das LSG zu beachten haben, dass eine Erstattungspflicht erst mit Wirkung ab 1. Januar 1996 eingeführt worden ist. Schließlich wird das LSG die Höhe des geltenden Krankenversicherungs-Beitragsatzes festzustellen und die Berechnungsmodalitäten der Krankenversicherungsbeiträge und der Pflegeversicherungsbeiträge (Tagesprinzip) zu überprüfen haben (vgl zu letzterem BSG [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr 15](#) S 143 f). Mit seiner Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben. Insoweit weist der Senat lediglich darauf hin, dass er der Entscheidung des 6. Senats zum Kostenrecht (BSG [SozR 3-2500 Â§ 116 Nr 24](#)) in stRspr folgt, dass also vorliegend, weil die Klage vor dem 2. Januar 2002 erhoben ist, [Â§ 197a SGG](#) nF keine Anwendung findet.

Erstellt am: 17.05.2004

Zuletzt verändert am: 20.12.2024