
S 16 AL 6212/98

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Baden-Württemberg
Sozialgericht	Landessozialgericht Baden-Württemberg
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	8
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	Berechnung, Berechnungsmethode, Erstattung, Anhörung, Arbeitgeber, Krankheit
Leitsätze	<p>1. Die von der Bundesanstalt für Arbeit bis zum 31.12.1997 angewandte Berechnungsmethode zur Berechnung der vom jeweiligen Arbeitgeber im Rahmen eines Erstattungsverfahrens nach § 128 AFG zu erstattenden Beiträge zu den gesetzlichen Versicherungen ist rechtswidrig, wirkt sich aber nicht zu Lasten des jeweiligen Arbeitgebers aus.</p> <p>2. Es stellt einen Anhörungsfehler dar, wenn die Bundesanstalt für Arbeit im Erstattungsverfahren nach § 128 AFG eine vom Arbeitnehmer mitgeteilte neue Erkrankung im Anhörungsschreiben der Arbeitgeberin als Klägerin gegenüber nicht erwähnt, sondern lediglich mitteilt, die Befragung des Arbeitnehmers sei ergebnislos geblieben.</p>
Normenkette	AFG §§ 128, 155, 157, 166 ; SGB 11 § 54 ; SGB 6 § 166 ; SGB 10 § 24
1. Instanz	
Aktenzeichen	S 16 AL 6212/98
Datum	01.03.2001
2. Instanz	
Aktenzeichen	L 8 AL 1419/01
Datum	26.04.2002
3. Instanz	
Datum	-

Auf die Berufung der KlÄgerin wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 1. MÄrz 2001 abgeÄndert. Die Bescheide der Beklagten vom 11. MÄrz 1999, 22. Juli 1999 und 29. November 1999 werden aufgehoben. Im Äbrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung der KlÄgerin wird zurÄckgewiesen.

Die Beklagte hat der KlÄgerin drei Viertel der auÄergerichtlichen Kosten beider Instanzen zu erstatten.

Tatbestand:

Die KlÄgerin wendet sich gegen die Pflicht zur Erstattung des ihrem frÄheren Arbeitnehmer I. (AN) von der Beklagten gezahlten Arbeitslosengeldes sowie der BeitrÄge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung.

Der am 20.12.1939 geborene AN war vom 20.04.1954 bis 30.06.1997 (zuletzt) als Meister bei den Firmen â; bzw. â;, den RechtsvorgÄngerinnen der KlÄgerin, beschÄftigt. Nach Angaben der Firma â; in der von ihr vorgelegten Arbeitsbescheinigung wurde das ArbeitsverhÄltnis, dessen ordentliche KÄndigung tarifvertraglich (Frist: 7 Monate zum Monatschluss) nach den Angaben in der Arbeitsbescheinigung nicht ausgeschlossen war, am 30.05.1997 zum 30.06.1997 durch einen AuflÄungsvertrag beendet. AN erhielt aus Anlass der Beendigung des ArbeitsverhÄltnisses eine Abfindung in HÄhe von DM 65.102,-. Er erzielte in der Zeit vom 01.01. â; 30.06.1997 ein Arbeitsentgelt in HÄhe von DM 43.001,00.

AN meldete sich am 17.06.1997 beim Arbeitsamt (AA) arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Er hielt seine VermittlungsfÄhigkeit fÄr nicht eingeschrÄnkt. BezÄglich des Grundes fÄr sein Ausscheiden verwies AN auf den AuflÄungsvertrag. Gesundheitliche GrÄnde nannte AN nicht.

Mit Bescheid vom 26.06.1997 stellte das AA den Eintritt einer Sperrzeit vom 01.07.1997 bis 22.09.1997 (12 Wochen) mit einer Minderung der Anspruchsdauer um 72 Wochentage, das Ruhen des Anspruchs wegen der erhaltenen Abfindung nach [Ä§ 117 AFG](#) bis zum 20.09.1997 sowie das Ruhen des Anspruchs wegen der erhaltenen Abfindung nach [Ä§ 117a AFG](#) vom 23.09.1997 bis 11.10.1997 mit einer weiteren Minderung der Anspruchsdauer um 17 Tage fest.

Mit Bescheid vom 29.07.1997 bewilligte das AA Alg ab 13.10.1997 mit einer (Rest-) Anspruchsdauer von 607 Tagen in HÄhe von DM 100,00 tÄglich (Bemessungsentgelt DM 1.650,-, Leistungsgruppe C/0; Leistungstabelle 1997). Der tÄgliche Leistungssatz betrug ab 01.01.1998 DM 86,09, ab 01.07.1998 DM 86,95, ab 01.01.1999 DM 87,59 und ab 01.07.1999 DM 88,93. Ab 21.09.1999 war der Anspruch erschÄpft.

Nach AnhÄrung der RechtsvorgÄngerin der KlÄgerin stellte das AA mit Grundlagenbescheid vom 17.11.1997 die Verpflichtung der Firma zur Erstattung des dem AN gezahlten Arbeitslosengeldes fest. Gegen diesen Bescheid erhob die RechtsvorgÄngerin der KlÄgerin am 25.11.1997 Widerspruch.

Das AA befragte AN am 28.07.1998 zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in der Zeit vom 20.12.1997 bis 31.07.1998, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. &61472;Hierzu gab AN am 31.07.1998 an, eine Veränderungen seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Die restlichen Fragen wurden durch Streichungen der Antwortfelder beantwortet.

Das AA unterrichtete die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 28.07.1998 über die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 20.12.1997 bis 30.06.1998 in Höhe von DM 28.676,48 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 20.08.1998 zu äußern. Eine Antwort erfolgte nicht.

Mit Bescheid vom 02.09.1998 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 20.12.1997 bis 30.06.1998 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt: Alg (191 Leistungstage) DM 16.582,29 Beiträge zur Krankenversicherung DM 4.169,45 Beiträge zur Rentenversicherung DM 7.375,28 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 549,47 Insgesamt DM 28.676,48

&61472;Mit Widerspruchsbescheid vom 08.12.1998 hob die Widerspruchsstelle des AA den Bescheid vom 17.11.1997 auf und wies den Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 02.09.1998 zurück. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass AN während des Erstattungszeitraumes Anspruch auf eine andere Sozialleistung gehabt habe. Dies folge aus seinen Angaben bei der Antragstellung sowie bei seiner Befragung durch das AA.

Hiergegen erhob die Klägerin am 10.12.1998 beim Sozialgericht Stuttgart (SG) Klage.

&61472;Das AA befragte AN am 09.12.1998 zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in der Zeit vom 01.07.1998 bis 31.12.1998, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. &61472;Hierzu gab AN am 30.12.1998 an, es sei ein Diabetes II aufgetreten. Ansonsten seien keine Änderungen eingetreten. Die weiteren Fragen wurden durch Streichungen beantwortet.

Anschließend unterrichtete das AA die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 15.01.1999 über die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 01.07.1998 bis 31.12.1998 in Höhe von DM 27.640,90 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 28.02.1999 zu äußern. Eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben.

Mit Bescheid vom 11.03.1999 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.07.1998 bis 31.12.1998 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt: Alg (184

Leistungstage) DM 15.998,80 Beiträge zur Krankenversicherung DM 3.987,65 Beiträge zur Rentenversicherung DM 7.128,95 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 525,50 Insgesamt DM 27.640,90 &61472;Der Bescheid sei Gegenstand des Klageverfahrens.

&61472;Das AA befragte AN am 20.04.1999 zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in der Zeit vom 01.01.1999 bis 31.03.1999, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. &61472;Hierzu gab AN am 07.05.1999 an, eine Veränderung seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten. Die Frage nach Arbeitsunfähigkeitszeiten beantwortete er mit einer Streichung des Antwortfeldes.

Anschließend unterrichtete das AA die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Schreiben vom 11.05.1999 über die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 01.01.1999 bis 31.03.1999 in Höhe von DM 13.607,62 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 05.06.1999 zu äußern. Eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben.

&61472;Die Klägerin führte am 30.06.1999 aus, zum Gesundheitszustand des AN seit dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis könne sie keine Angaben machen. Es werde um Mitteilung der gestellten Fragen und der Antworten gebeten. Erst dann könne sie sich zur Anhörung äußern.

Daraufhin unterrichtete das AA die Klägerin mit Schreiben vom 06.07.1999 erneut über die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 01.01.1999 bis 31.03.1999 in Höhe von DM 13.603,83, ferner bezüglich der Zeit vom 01.04.1999 bis 30.06.1999 in Höhe von DM 13.616,07 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 30.07.1999 zu äußern. Eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes habe ergeben, dass eine Veränderung des Gesundheitszustandes nicht eingetreten sei. Eine Kopie der Anfrage liege bei.

Hierzu teilte die Klägerin am 09.07.1999 mit, der ihr mitgeteilte Fragebogen für AN enthalte juristische Wertungen; derartige Ermittlungen entsprächen nicht dem Amtsermittlungsgrundsatz. Dem entsprechend habe AN fast alle gestellten Fragen verneint.

Mit Bescheid vom 22.07.1999 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.01.1999 bis 31.03.1999 sowie vom 01.04.1999 bis 30.06.1999 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt: Zeitraum vom 01.10.1999 bis 31.03.1999:

Alg (90 Leistungstage) DM 7.883,10 Beiträge zur Krankenversicherung DM 1.973,70 Beiträge zur Rentenversicherung DM 3.486,93 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 260,10 Insgesamt DM 13.603,83

Zeitraum vom 01.04.1999 bis 30.06.1999: Alg (91 Leistungstage) DM 7.970,69
Beiträge zur Krankenversicherung DM 1.995,63 Beiträge zur Rentenversicherung
DM 3.386,76 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 262,99 Insgesamt DM 13.616,07

&61472;Der Bescheid sei Gegenstand des Klageverfahrens.

&61472;Das AA befragte AN am 29.09.1999 zur Entwicklung der gesundheitlichen Verhältnisse in der Zeit vom 01.07.1999 bis 30.09.1999, zu Arbeitsunfähigkeitszeiten und zu Anträgen auf andere Sozialleistungen. Hierzu gab AN am 10.10.1999 an&61472;;, eine Veränderungen seines Gesundheitszustandes sei nicht eingetreten.

Anschließend unterrichtete das AA die Klägerin mit Schreiben vom 18.10.1999 über die Erstattungspflicht nach [Â§ 128 AFG](#) für die Zeit vom 01.07.1999 bis 20.09.1999 in Höhe von DM 12.434,05 und gab ihr Gelegenheit, sich bis zum 20.11.1999 zu äußern. Eine Befragung von AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes sei ergebnislos geblieben.

Mit Bescheid vom 29.11.1999 stellte das AA die Verpflichtung der Klägerin fest, das AN gezahlte Alg sowie die hierauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01.07.1999 bis 20.09.1999 zu erstatten. Den Erstattungsbetrag errechnete es wie folgt:

Alg (82 Leistungstage) DM 7.292,26 Beiträge zur Krankenversicherung DM 1.798,26 Beiträge zur Rentenversicherung DM 3.106,55 Beiträge zur Pflegeversicherung DM 236,98 Insgesamt DM 12.434,05 &61472;Der Bescheid sei Gegenstand des Klageverfahrens.

Im Klageverfahren machte die Klägerin geltend, [Â§ 128 AFG](#) sei verfassungswidrig. Insoweit nahm sie insbesondere auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.1998 ([1 BvR 2296/96](#) und [1 BvR 1081/97](#)) zur Verfassungswidrigkeit des [Â§ 128a AFG](#) Bezug. Die Beklagte sei im übrigen ihren Verpflichtungen zur Ermittlung nicht bzw. nicht in ausreichendem Umfang und nicht zeitnah nachgekommen. AN sei 1996 an 27 und 1997 an 21 Tagen arbeitsunfähig krank geschrieben gewesen.

Das SG befragte AN nach Erkrankungen und dem Bezug von Sozialleistungen im Zeitraum vom 20.12.1997 bis 30.06.1999. AN teilte mit, er habe keine Krankheitszeiten gehabt. Wegen der Zuckerkrankheit habe er vierteljährlich einen Blut- und Zuckertest machen lassen.

Das SG hörte Dr. L. schriftlich als sachverständigen Zeugen. Dieser teilte am 16.08.2000 mit, AN habe in der Zeit vom 20.12.1997 bis 30.06.1999 keine krankheitsbedingten Ausfälle gehabt. Eine Behandlung sei in dieser Zeit wegen Hypertonie und Diabetes erfolgt.

Mit Urteil vom 01.03.2001 wies das SG die Klage ab. Es hielt [Â§ 128 AFG](#), dessen Voraussetzungen für eine Erstattungspflicht vorliegen, für

verfassungsgemäß. AN habe nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens keinen Anspruch auf andere Sozialleistungen gehabt. Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen hätten sich nicht ergeben. Die Klägerin sei ordnungsgemäß angehört worden.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 27.03.2001 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 29.03.2001 Berufung eingelegt. Unter Verweis auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.1998 zur Verfassungswidrigkeit des [Â§ 128a AFG](#) ist sie weiterhin der Ansicht, [Â§ 128 AFG](#) sei insgesamt verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht habe das vom Gesetzgeber gewählte Mittel der vollen Kostenerstattung in Bezug auf Wettbewerbsvereinbarungen deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil eine ggfs. eintretende Arbeitslosigkeit u.a. auch auf die allgemeine Arbeitsmarktlage oder auf persönliche Eigenschaften von Arbeitslosen zurückzuführen sein könne. Dies gelte für Fälle einer Aufhebungsvereinbarung ebenfalls. Hinzu komme, dass die Belastung des Arbeitgebers auch deshalb unverhältnismäßig sei, weil dieser sich zur Hälfte an der Finanzierung der Versicherung von Beschäftigten gegen Arbeitslosigkeit beteiligt habe. Eine Unterscheidung rechtfertige sich auch nicht dadurch, dass in [Â§ 128 AFG](#) Ausnahmetatbestände geschaffen worden seien, die [Â§ 128a AFG](#) nicht kenne. Der Gesetzgeber habe bei der Neuregelung des [Â§ 128 AFG](#) die vom Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen vom 23.01.1990 (E 81, 156 ff) und 10.11.1998 aufgestellten Grundsätze nicht beachtet. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit seien gegenüber den Vorgaben in erheblichem und nicht hinnehmbarem Maße verschärft worden. Dies werde durch die Schaffung weiterer neuer Befreiungstatbestände nicht kompensiert. Dem Gesetzgeber sei es auch nicht gelungen, das Erfordernis der besonderen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die entstandene Arbeitslosigkeit betroffener Beschäftigter in [Â§ 128 AFG](#) einfließen zu lassen. Derzeit sei eine Verfassungsbeschwerden zur Frage der Rechtmäßigkeit des [Â§ 128 AFG](#) beim Bundesverfassungsgericht anhängig.

Die Ansicht, der Aufhebungsvertrag unterfalle nicht dem Tatbestand des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#), könne nicht mehr aufrecht erhalten werden, nachdem das BSG im Urteil vom 15.12.1999 festgestellt habe, dass bei befristeten Arbeitsverhältnissen die Erstattungspflicht nicht eintrete, wenn der Arbeitgeber darlege und nachweise, dass er zum Zeitpunkt des Endes des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung zu beenden, wenn es nicht befristet gewesen wäre. Einen sachlichen Grund, befristete Arbeitsverträge und Aufhebungsverträge unterschiedlich zu behandeln, gebe es nicht. Es sei in allen Fällen zu prüfen, ob im Falle eines Aufhebungsvertrages die Voraussetzungen einer sozial gerechtfertigten Kündigung gem. [Â§ 1 Abs. 2 KSchG](#) vorlägen.

Die Beklagte sei auch in Verkennung der Voraussetzungen und des Umfangs des Amtsermittlungsgrundsatzes ihrer Ermittlungspflicht hinsichtlich eines möglichen Anspruches des AN auf eine andere Sozialleistung, was in ihre Beweislast falle, sowie den Anhörungspflichten nicht ausreichend nachgekommen. Es sei zu

berücksichtigen, dass die Krankheitsquote mit dem Alter steige, wie dies statistische Werte belegten. Tatsache sei, dass Aufhebungsverträge bevorzugt mit Beschäftigten geschlossen würden, die erhöhte Fehlzeiten aufwiesen. Die Beklagte habe auch die Pflicht zu einer regelmäßigen und zeitnahen Befragung der ehemals Beschäftigten. Ihren Ermittlungspflichten sei die Beklagte üblicherweise nicht oder nicht vollständig bzw. ordnungsgemäß nachgekommen. Da sich ein Arbeitsloser kaum nach langer Zeit an einzelne Krankheitstage erinnern könne, sei generell der Hausarzt zu befragen. Zur Mitteilung der entscheidungserheblichen Tatsachen im Anhörungsverfahren gehöre in erster Linie das Ergebnis der Anhörung des AN.

Zu Unrecht habe das SG eine Verpflichtung der Beklagten zur genauen Ermittlung des Sachverhalts und einen Anhörungsfehler verneint. Es lägen Anhaltspunkte vor, wonach ein störungsfreier Verlauf des Erstattungszeitraums nicht gegeben sei, weshalb weitere Ermittlungen erforderlich gewesen seien. So sei auf die hohen Arbeitsunfähigkeitszeiten in den letzten 2 Jahren des Beschäftigungsverhältnisses hinzuweisen. Die Aussage des Hausarztes sei nicht klar und sei falsch ausgewertet worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 1. März 2001 und den Bescheid der Beklagten vom 2. September 1998 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 8. Dezember 1998 sowie die Bescheide der Beklagten vom 11. März 1999, 22. Juli 1999 und 29. November 1999 aufzuheben, hilfsweise, das Verfahren gemäß [Art. 100](#) des Grundgesetzes auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des [Â§ 128 AFG](#) vorzulegen, hilfsweise, den ehemals bei der Klägerin beschäftigten Herrn I. zur Entwicklung seines Gesundheitszustandes im Erstattungszeitraum persönlich zu befragen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend; [Â§ 128 AFG](#) sei verfassungsgemäß. Die Voraussetzungen des [Â§ 128 AFG](#) für eine Erstattungspflicht seien erfüllt. Ein Ausnahmetatbestand liege nicht vor.

Der Senat hat Dr. L. schriftlich als sachverständigen Zeugen gehört. Dieser hat am 29.10.2001 mitgeteilt, er habe AN in der Zeit vom 20.12.1997 bis 30.06.1999 9 Mal behandelt. Spezielle Befunde von höhergradigem Krankheitswert habe er nicht festgestellt. Die Einstellung des Diabetes habe mit der Konsequenz, mit der AN die Diät eingehalten habe, geschwankt. Der Blutdruck sei stabil gewesen. Er habe und hätte AN nicht krankgeschrieben. AN sei immer in der Lage gewesen, seinen Beruf auszuüben. Er lege bei ihm eingegangene Arztbriefe bei.

Beide Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

zugestimmt.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Leistungsakten der Beklagten und die Prozessakten beider Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist insgesamt zulässig ([§ 143, 144 Abs. 1, 151](#) Sozialgerichtsgesetz).

Über den Grundlagenbescheid vom 17.11.1998 ist nicht zu entscheiden, da dieser durch den nachfolgenden Widerspruchsbescheid aufgehoben worden ist.

Die Berufung ist teilweise begründet. Die Bescheide vom 11.03.1999, 22.07.1999 und 29.11.199 erweisen sich als rechtswidrig, da die vorausgegangene Anhörung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist. Ansonsten hat das SG die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 02.09.1998 ist (im Ergebnis) rechtmäßig.

Die Beklagte hat die Klägerin vor Erlass der Bescheide angehört. Die Anhörungen sind jedoch mit Ausnahme derjenigen zum Bescheid vom 02.09.1998 nicht ordnungsgemäß gewesen.

Nach [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern.

Diese Vorschrift dient sowohl der Wahrung der Rechte und Belange des Betroffenen als auch der Vermeidung von Fehlern der Verwaltung bei der Tatsachenermittlung. Einerseits soll durch die Vorschrift sichergestellt werden, dass der Betroffene aktiv auf das Verfahren der Sozialverwaltung und deren Entscheidung Einfluss nehmen kann; der Bürger/Betroffene soll vor Überraschungsentscheidungen und vor vorschnellen und vermeidbaren Eingriffen geschützt werden. Darüber hinaus soll durch diese Verfahrensweise das Vertrauensverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger/Betroffenem gestärkt werden. Andererseits soll die Verwaltung vor Erlass des Verwaltungsaktes anhand der Stellungnahme des Betroffenen prüfen können, ob diese Veranlassung gibt, von dem Verwaltungsakt abzusehen oder ihn erst nach weiteren Ermittlungen in anderer Form oder zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen. Eine derartige rechtserhebliche Äußerung des Betroffenen setzt jedoch voraus, dass ihm die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen in einer Weise unterbreitet werden, dass er sie als solche erkennen und sich zu ihnen sachgerecht äußern kann (BSG [SozR 3-1300 § 24 Nr. 15](#) m.w.N.).

Was unter einer erheblichen Tatsache im Sinne von [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) zu verstehen ist, richtet sich nach Art und Inhalt des Verwaltungsaktes, dessen Erlass beabsichtigt ist sowie nach den Umständen des Einzelfalles und den jeweils anzuwendenden Vorschriften (BSG aaO).

Der Regelungsgehalt eines Erstattungsbescheides nach [Â§ 128 AFG](#) enthÃ¤lt im VerÃ¼gungssatz die zu erstattenden BetrÃ¤ge, daneben in den GrÃ¼nden des Bescheides aber auch die Darlegung der Berechnung derselben und ferner die Feststellung und BegrÃ¼ndung dafÃ¼r, dass und weshalb Ausnahmen von der Erstattungspflicht nicht vorliegen. Damit ist gleichzeitig beschrieben, was die Verwaltung zum Erlass des Verwaltungsaktes veranlasst hat. Durch diesen Rahmen sind â vorbehaltlich von Besonderheiten des Einzelfalles â die erheblichen Tatsachen im Sinne des [Â§ 24 Abs. 1 SGB X](#) bei einem Erstattungsbescheid eingegrenzt und beschrieben als alle Tatsachen, die hierbei eine wesentliche Entscheidungsgrundlage darstellen. Dazu gehÃ¶rt grundsÃ¤tzlich auch das Ergebnis der zur Frage der Berechtigung zu einem anderweitigen Sozialleistungsbezug durchgefÃ¼hrten Ermittlungen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es denkbar erscheint, dass der Betroffene gegen genau dieses Ergebnis der Ermittlungen bzw. gegen dieses Beweismittel hÃ¤tte Einwendungen erheben kÃ¶nnen (vgl. Urteil des BSG vom 25.03.1999 â [B 9 SB 12/97 R](#) -).

BezÃ¼glich des Erstattungszeitraumes vom 20.12.1997 bis 30.06.1998 liegt auch nach diesen MaÃstÃ¤ben kein AnhÃ¶rfehler vor, obwohl die Beklagte der KlÃ¤gerin die Tatsache, dass sie AN befragt hatte, und auch die Antwort von AN nicht mitgeteilt hatte. Es handelte sich hier um eine Konstellation, die ein Abweichen von obiger Regel erfordert und rechtfertigt.

Die eingeholte Antwort des AN war hier fÃ¼r die beabsichtigte Entscheidung auch unter BerÃ¼cksichtigung des Zwecks der AnhÃ¶rung ausnahmsweise nicht rechtserheblich. Sie hatte die Beklagte nicht zu dem Erlass des Verwaltungsaktes veranlasst und bildete auch insofern keine wesentliche Entscheidungsgrundlage, als die Beklagte diese in keiner Weise ausgewertet hat. Vor allem aber konnte sie nicht Gegenstand von Einwendungen der KlÃ¤gerin sein, die nur durch sie und nicht schon gegen die ihr tatsÃ¤chlich mitgeteilten Tatsachen erhoben werden konnten. Die Auskunft enthielt keinerlei Mitteilung irgendwelcher KrankheitszustÃ¤nde oder sonstiger konkreter Tatsachen, sondern ausschlieÃlich eine Negierung der gestellten Fragen in dem Sinne, dass weder ArbeitsunfÃ¤higkeit noch ein Sozialleistungsbezug noch eine Ãnderung der GesundheitsverhÃ¤ltnisse eingetreten war. Sie brachte also keinerlei Neuigkeiten zu Tage. Sie stand auch zu keiner aktenkundigen Tatsache in irgendeinem Widerspruch. Sie gab ferner keinen Anlass zu einer Bewertung des Aussagegehalts oder zu einer Gewichtung gegenÃ¼ber anderen Erkenntnissen. FÃ¼r die KlÃ¤gerin konnte auch bei Mitteilung dieser Auskunft nicht mehr und auch kein anderer Anlass zu EinwÃ¤nden bestehen als bei unterbliebener Mitteilung. Auch ohne diese Mitteilung musste die KlÃ¤gerin auf Grund der tatsÃ¤chlich erfolgten AnhÃ¶rung erkennen, dass die Beklagte von einem &8222;leeren&8220; Sachverhalt ausgeht bezÃ¼glich BefreiungstatbestÃ¤nden. Sie hatte so nicht mehr oder weniger Anlass zu EinwÃ¤nden in der Richtung, dass â z.B. wegen ArbeitsunfÃ¤higkeitszeiten wegen der letzten BeschÃ¤ftigungsjahre â Grund zu der Annahme bestehe, dass ArbeitsunfÃ¤higkeitszeiten bestanden haben, als wenn ihr die Auskunft des AN mitgeteilt worden wÃ¤re. Da AN hierbei nicht nach ArbeitsunfÃ¤higkeitszeiten in den letzten beiden BeschÃ¤ftigungsjahren gefragt worden war, war auch nicht der Einwand mÃ¶glich, diese Frage sei falsch beantwortet worden und die Aussage

deshalb unglaubhaft oder AN unglaubwürdig. Von daher scheidet auch die Möglichkeit aus, dass auf Grund denkbarer Einwände gegen diese Aussage das Verwaltungsverfahren einen anderen Gang hätte nehmen können. Damit ist aber bei dieser besonderen Konstellation der Sinn der Anhörung nicht zu verwirklichen und deshalb eine Mitteilungspflicht nicht gegeben. Dabei ist es auch unerheblich, ob dann im Erstattungsbescheid oder – wie hier – im Widerspruchsbescheid diese Aussage verwertet wird. Der Gehalt des Verwaltungsaktes wird dadurch nicht geprägt und auch seine Begründung nicht auf eine neue Grundlage gestellt; dieser Umstand macht also die Entscheidung nicht zu einer Überraschungsentscheidung.

Anders verhält es sich nach diesen Grundsätzen mit der Anhörung zum Erstattungszeitraum vom 01.07.1998 bis 31.12.1998. Hier hatte die Beklagte zwar bei der Anhörung mitgeteilt, dass eine Befragung des AN hinsichtlich etwaiger Veränderungen des Gesundheitszustandes ergebnislos geblieben sei, nicht aber, dass AN mitgeteilt hatte, dass ein Diabetes II aufgetreten sei. Darin liegt ein Anhörungsfehler. Unabhängig von der Frage, ob diese Auskunft des AN hier den Erstattungsbescheid der Beklagten mitveranlasst oder wesentlich zu seinem Erlass beigetragen hat, hätte deren Mitteilung an die Klägerin dieser Einwendungen gegen den beabsichtigten Verwaltungsakt ermöglicht, die ohne Mitteilung dieser Aussage nicht möglich waren, die aber andererseits den Verfahrensablauf beeinflussen konnten. So wäre der Einwand denkbar, bei bestehendem Diabetes II müsse die Angabe, Arbeitsunfähigkeit habe nicht vorgelegen, durch eine Nachfrage beim behandelnden Arzt überprüft werden. Die bloße Mitteilung, die Befragung des AN sei ergebnislos geblieben, war jedenfalls nicht zutreffend, sondern war bereits das Ergebnis einer Beweiswürdigung, wonach in der Mitteilung der Erkrankung kein bedeutsamer Widerspruch gegen die weiteren Aussagen des AN gesehen werde. Genau dagegen wären aber (nur) bei Mitteilung dieser Tatsachen an die Klägerin Einwendungen durch diese möglich gewesen. Dem entsprechend beruhte der ergangene Erstattungsbescheid auch auf einer Beweiswürdigung, zu der sich die Klägerin im Anhörungsverfahren nicht hatte äußern können.

Dieser Anhörungsfehler ist auch nicht durch das Widerspruchsverfahren geheilt worden. Im Erstattungsbescheid selbst ist nämlich die Diabeteserkrankung des AN auch nicht mitgeteilt worden, so dass sich die Klägerin auch im Widerspruch nicht dazu äußern konnte. Ebenso ist die Anhörung während des Widerspruchsverfahrens nicht nachgeholt worden.

Eine Nachholung während des Klageverfahrens scheidet trotz [Â§ 41 Abs. 2 SGB X](#) n.F. aus. Das Verfahren ist auch nicht gemäß [Â§ 114 Abs. 2 Satz 2 SGG](#) n.F. auszusetzen. Diese Vorschriften finden vorliegend jedenfalls noch keine Anwendung, obwohl von einer Änderung des Prozessrechts grundsätzlich alle im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens anhängigen Verfahren erfasst werden, sofern Übergangsvorschriften nicht etwas anderes vorschreiben. Denn das Vertrauen in den Fortbestand verfahrensrechtlicher Regelungen ist im allgemeinen weniger geschützt als das Vertrauen in die Aufrechterhaltung materiell-rechtlicher Rechtspositionen. Enthält das Verfahrensrecht jedoch nicht nur bloße

ordnungsrechtliche technische Prozessführungsregeln, sondern wirkt es auf eine bislang gegebene verfahrensrechtliche Lage ein, in der sich ein Prozessbeteiligter befindet, so sind die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes Prüfungsmaßstab. In diesem Fall haben Änderungen von Verfahrensvorschriften, die keine ausdrückliche Übergangsregelung enthalten, keine rückwirkende Wirkung, wenn sie eine Partei belasten. Um eine derartige Änderung einer verfahrensrechtlichen Rechtsposition würde es sich vorliegend handeln, wenn die zusammenwirkenden Regelungen des [Â§ 114 Abs. 2 Satz 2 SGG](#) und des [Â§ 41 Abs. 2 SGB X](#) jeweils in der Neufassung hier zur Anwendung gelangten. Denn dann würde rückwirkend in die Rechtsposition der Klägerin eingegriffen, die wegen des genannten Verfahrensfehlers nach dem bis zum 31. Dezember 2000 geltenden Recht im Gerichtsverfahren einen Anspruch auf Aufhebung dieses Verwaltungsaktes gehabt hätte. Denn die verwaltungsverfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von belastenden Verwaltungsakten beurteilt sich im Gerichtsverfahren bei dem hier obligatorischen Vorverfahren nach der Rechtslage zur Zeit der Beendigung des Verwaltungsverfahrens, also nach der Rechtslage, wie sie zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bescheides vom 11.03.1999 bestanden hat, nachdem ein Widerspruchsverfahren vorliegend nicht durchgeführt worden ist. Zu diesem Zeitpunkt war eine Heilung von Verfahrens- und Formfehlern nach Beendigung des Verwaltungsverfahrens gemäß [Â§ 41 Abs. 2 SGB X](#) a.F. noch ausgeschlossen (vgl. zum Vorstehenden BSG, Urteil vom 12.06.2001 [B 4 RA 37/00 R](#) -, m.w.N.). Infolgedessen stellt der im Verwaltungsverfahren unterlaufene Verfahrensfehler (jedenfalls bis zum 31. Dezember 2000) einen Aufhebungsgrund dar.

Bezüglich der späteren Erstattungszeitraume war die Anhörung ebenfalls nicht ordnungsgemäß.

In den Anhörungsschreiben vom 11.05.1999 und 18.10.1999 sind der jeweilige Erstattungszeitraum, die an AN erbrachten Leistungen sowie die Voraussetzungen, unter denen die Erstattungspflicht nicht eintritt, jeweils genannt. Dennoch war die Anhörung nicht ordnungsgemäß.

Zwar hat die Beklagte auf Grund der Nachfrage der Klägerin nach dem Ergebnis der Befragung des AN zum Erstattungszeitraum ab 01.01.1999 die Klägerin bezüglich des Erstattungszeitraumes erneut angehört und ihr den Fragebogen übermittelt und zusätzlich mitgeteilt, dass die Befragung ergeben habe, dass eine Veränderung des Gesundheitszustandes nicht eingetreten sei, wobei aus der Antwort der Klägerin, wonach AN fast alle gestellten Fragen verneint habe, folgt, dass sie nicht nur den leeren Fragebogen, sondern den von AN ausgefüllten Fragebogen erhalten hatte. Auch war es letztlich unschädlich, dass die Beklagte bezüglich des Erstattungszeitraumes vom 01.04.1999 bis 30.06.1999 den AN nicht befragt hatte, weil es dem Anhörungsschreiben eine Kopie der Anfrage beigelegt hatte, so dass die Klägerin wusste, dass AN nicht, wie das Anhörungsschreiben ansonsten den Eindruck erweckte, auch für diesen Zeitraum befragt worden war. Bei dieser Fallgestaltung erfährt der Angehörte jedenfalls, dass das AA ohne Befragung von einem leeren Sachverhalt ausgeht. Mehr ist insoweit nicht erforderlich, da er in die Lage versetzt wird, dies zu

beanstanden. Die Anträge waren jedoch fehlerhaft, weil aus diesen (wieder) nicht hervor ging, dass AN neuerdings an Diabetes II litt. Wenn AN jeweils mitgeteilt hatte, eine Änderung habe sich nicht ergeben, so baute dies auf seiner letzten Auskunft auf, also auch auf derjenigen, in der er den Diabetes II als Neuigkeit / Änderung angegeben hatte. Deshalb war die Klägerin wiederum nicht in der Lage, im Rahmen der Anträge hierzu etwas zu sagen. Auch hier ist der Antragsfehler im weiteren Verlauf nicht geheilt worden.

Damit sind die Bescheide vom 11.03., 22.07. und 29.11.1999 bereits wegen fehlerhafter Anträge aufzuheben.

Die Anträge zum Bescheid vom 02.09.1998 war nicht deshalb fehlerhaft, weil sie erst nach dem Ende des Leistungszeitraumes erfolgt ist. Für die Durchführung notwendiger Anträge gibt es keine Fristen. Anträge können auch nachträglich erfolgen (z.B. im Widerspruchsverfahren). Soweit die Klägerin darauf verweist, dass Beurteilungen des Gesundheitszustandes in längeren zurückliegenden Zeiträumen schwierig sind, mag dies im Einzelfall zutreffend sein. Gleichwohl lässt sich in vielen Fällen der Gesundheitszustand auch noch für lange zurückliegende Zeiträume beurteilen. Die Würdigung lang zurückliegender Gesundheitszustände bzw. deren Änderung ist in anderen Bereichen des Sozialrechts, etwa im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung, der Rentenversicherung oder der Kriegsopferversorgung, häufig notwendig und auch möglich. Ungewissheiten, die sich aus dem Zeitablauf ergeben, stellen ein Problem der Beweiswürdigung ([§ 128 SGG](#)) und nicht ein Problem der Anträge nach [§ 24 SGB X](#) dar.

Der Bescheid der Beklagten vom 02.09.1998 ist auch materiell mit der bereits oben gemachten Einschränkung bezüglich der Höhe der Erstattungsbeträge rechtmäßig.

Mit dem Außerkräfttreten des AFG zum 31.12.1997 ist auch [§ 128 AFG](#) außer Kraft getreten. Er ist im vorliegenden Fall jedoch weiterhin anwendbar. Nach [§ 431](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) ist [§ 242 Abs. 6 AFG](#) auf die dort genannten Fälle weiterhin anzuwenden. Nach [§ 242 Abs. 6 AFG](#) ist u.a. [§ 128 AFG](#) auf die Fälle weiter anzuwenden, auf die nach Abs. 3 die [§§ 117 Abs. 2 bis 3a](#) und [117a AFG](#) in der bis zum 31.03.1997 geltenden Fassung weiter anzuwenden sind. Diese Vorschriften sind gemäß [§ 242 Abs. 3 Nr. 1 AFG](#) für Ansprüche auf Alg weiterhin anzuwenden für Personen, die innerhalb der Rahmenfrist mindestens 360 Kalendertage vor dem 01.04.1997 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden haben. Dies trifft für AN zu. Die Rahmenfrist von drei Jahren begann hier bereits im Jahr 1994. Bis zum 31.03.1997 waren längst 360 Kalendertage einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung verstrichen.

[§ 128 AFG](#) ist verfassungsgemäß. Dies hat das BSG in ständiger Rechtsprechung (vgl. z.B. BSG [SozR 3-4100 § 128 Nr. 5](#), S. 49 f) entschieden. Dieser Rechtsprechung des BSG folgt auch der Senat, ebenso wie der 5. und der 13. Senat des Gerichts. Die Ausführungen der Klägerin im Hinblick auf die

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.1998 ([SozR 3-4100 Â§ 128a Nr. 9](#), S. 48 ff) erfordern keine andere Beurteilung. Das Bundesverfassungsgericht hat die Erstattungsregelung des [Â§ 128a AFG](#) für geeignet und erforderlich gehalten, sie lediglich als nicht verhältnismäßig im engeren Sinne angesehen, weil der Arbeitgeber mit dem vollständigen Vermittlungsrisiko belastet werde. [Â§ 128 AFG](#) hat keinerlei Regelungen enthalten, in denen die Erstattungspflicht entfällt. Im Unterschied dazu enthält [Â§ 128 AFG](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 18.12.1992 ([BGBl. I, S. 2044](#)) eine differenzierte Regelung, wann eine Erstattungspflicht des früheren Arbeitgebers entfällt. Damit wird dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen.

Da der Senat [Â§ 128 AFG](#) für verfassungsgemäß hält, scheidet eine Aussetzung und Vorlage des Verfahrens nach [Art. 100](#) des Grundgesetzes an das Bundesverfassungsgericht aus. Aus den gleichen Gründen sieht der Senat auch keinen Anlass, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in dem von der Klägerin benannten Verfahren abzuwarten. Ebenso besteht kein Anlass zur Aussetzung wegen Voreiligkeit, da es sich hier nicht um das gleiche Rechtsverhältnis handelt wie im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Erst recht besteht keine rechtliche Handhabe zur Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des BSG in den von der Klägerin genannten Revisionsverfahren. Auch die Anordnung des Ruhens des Verfahrens scheidet aus, nachdem die Beklagte dem Ruhens des Verfahrens nicht zugestimmt hat.

Nach [Â§ 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 [Â§ 104 Abs. 2 AFG](#) die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der Beklagten vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage.

Diese Voraussetzungen sind gegeben. AN ist ununterbrochen von 1954 an und damit innerhalb der letzten vier Jahre vor Eintritt seiner Arbeitslosigkeit am 01.07.1997 mindestens 720 Kalendertage beitragspflichtig bei der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerinnen beschäftigt gewesen. Die Beschäftigungszeiten bei den Rechtsvorgängerinnen der Klägerin sind ihr zuzurechnen (BSG [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr. 3](#)). Das 58. Lebensjahr hat der am 20.12.1939 geborene AN bereits am 20.12.1997 und damit zu Beginn des Erstattungszeitraumes vollendet, ebenso wie das 56. Lebensjahr bei Eintritt der Arbeitslosigkeit am 01.07.1997 vollendet gewesen ist.

Der zulässige Erstattungszeitraum ist nicht überschritten. Die Beklagte macht mit dem einzigen nicht aufgehobenen Bescheid, nämlich demjenigen vom 02.09.1998, einen Erstattungsanspruch lediglich für 191 Tage geltend.

Die Erstattungspflicht entfällt nicht aufgrund [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 AFG](#). Nach [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2](#) 1. und 2. Alternative AFG tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen

beendet worden ist und der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in [Â§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 AFG](#) genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Dies liegt nicht vor. Das Arbeitsverhältnis mit AN hat nach Vollendung des 56. Lebensjahres des AN geendet. Anspruch auf eine der in [Â§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 AFG](#) genannten Sozialleistungen oder eine Rente wegen Berufsunfähigkeit hat AN im verbliebenen Erstattungszeitraum vom 20.12.1997 bis 30.06.1998 nicht gehabt.

AN hat im verbliebenen Erstattungszeitraum auf Grund gesundheitlicher Einschränkungen keinen Anspruch auf eine Sozialleistung gehabt. Wie er in seiner schriftlichen Antwort vom 31.07.1998 auf die vom AA gestellten Fragen angegeben hat, war während des verbliebenen Erstattungszeitraums keine Änderung seines Gesundheitszustandes eingetreten und er nicht arbeitsunfähig geschrieben gewesen. Letzteres ergibt sich aus den Streichungen der Antwortfelder. Dies entspricht in vollem Umfang dem, was sich bereits aus dem sonstigen Inhalt der Leistungsakte des AA ergibt. Auch im Antrag auf Alg hat AN nicht angegeben, das Beschäftigungsverhältnis sei aus gesundheitlichen Gründen beendet worden. Vielmehr hat er angegeben, seine Vermittlungsfähigkeit sei nicht eingeschränkt.

Auch die Klägerin selbst hat zu keinem Zeitpunkt behauptet, AN habe die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen können. In der Arbeitsbescheinigung fehlen Angaben zu Arbeitsunfähigkeitszeiten während des Beschäftigungsverhältnisses. Die für die letzten beiden Beschäftigungsjahre mitgeteilten Arbeitsunfähigkeitstage liegen unter dem von der Klägerin vorgetragene Durchschnittszahlen der Altersgruppe und liefern keinen Anhaltspunkt dafür, dass auch nach Aufgabe der belastenden Berufstätigkeit noch Arbeitsunfähigkeitszeiten hätten auftreten müssen.

Die Ermittlungen des SG und des Senats haben den dargestellten Sachverhalt voll bestätigt. AN hat in seiner schriftlichen Zeugenaussage in Übereinstimmung mit seinen früher gemachten Angaben mitgeteilt, in der Zeit vom 20.12.1997 bis 30.06.1998 nicht erkrankt gewesen zu sein. Anlass, an der Richtigkeit der Angaben des AN zu zweifeln, besteht nicht. Dies wurde durch die Aussagen des behandelnden Arztes voll bestätigt. Soweit die Klägerin zu der Aussage vor dem SG ausgeführt hatte, die Aussage sei nicht klar, hat sich dieser Einwand durch die Aussage des sachverständigen Zeugen gegenüber dem Senat erledigt.

Bei dieser Sachlage besteht kein Anlass zu weiteren Ermittlungen. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, der der Senat folgt, erfordert die amtliche Sachaufklärungspflicht nicht, nach Tatsachen zu forschen, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalles keine Anhaltspunkte bieten (BSG [SozR 3-4100 Â§ 128 Nr. 5](#), S. 45). Allgemeine statistische Angaben als Erfahrungssätze über Einschränkungen der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit älterer Menschen sind für die Sachaufklärung im Einzelfall unergiebig (a.a.O., S. 46). Sie sind hier, wie dargestellt, ohnehin widerlegt. Aus diesen Gründen ist dem hilfsweise gestellten Beweisantrag der Klägerin nicht nachzugehen. Auch der Hinweis auf die

Erforderlichkeit der Anhängung des Hausarztes geht hier fehl, nachdem dieser sowohl vom SG als auch vom Senat schriftlich als Zeuge gehört worden ist.

Ob die Beklagte den Sachverhalt von Amts wegen vollständig und richtig aufgeklärt hat, ist letztlich rechtlich nicht erheblich. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, die Beklagte habe ihre Pflicht zur Amtsermittlung nach [Â§ 20 SGB X](#) verletzt, würde dies für sich allein nicht zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide führen. Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes wäre zwar ein Verfahrensfehler. Dieser würde jedoch nur dann zu einer Aufhebung der Entscheidung führen können, wenn in der Sache eine andere Entscheidung hätte getroffen werden können ([Â§ 42 Satz 1 SGB X](#)). Bei einer gebundenen Entscheidung, wie es die Entscheidung nach [Â§ 128 AFG](#) ist, kann dies aber nur der Fall sein, wenn der Bescheid materiell-rechtlich falsch ist.

Die Befreiungstatbestände des [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 7 AFG](#) sind im vorliegenden Fall nicht zu prüfen. Die Befreiung von der Erstattungspflicht tritt nur dann ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, dass die Voraussetzungen des jeweiligen Befreiungstatbestandes vorliegen. Dies hat die Klägerin zu keinem der dortigen Befreiungstatbestände getan, insbesondere auch nicht in Bezug auf [Â§ 128 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AFG](#) (sozial gerechtfertigte Kündigung). Die bloße Äußerung der Rechtsmeinung, dass dieser Befreiungstatbestand auch auf Fälle einer Aufhebungsvereinbarung bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen anzuwenden sei, entspricht nicht den Anforderungen des Gesetzes im Sinne der Darlegungs- und Beweislast. Im Übrigen sieht der Senat keinerlei Ansatzpunkt dafür, die Rechtsprechung des 11. Senats des BSG zur erweiternden Auslegung des Befreiungstatbestandes bei befristeten Arbeitsverhältnissen auch auf unbefristete Arbeitsverhältnisse zu übertragen. Beim befristeten Arbeitsverhältnis macht eine erweiternde Auslegung noch insoweit Sinn, als möglicherweise eine Kündigung nicht mehr ausgesprochen wird, wenn das Arbeitsverhältnis ohnehin durch Zeitablauf endet. Bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen, die durch Aufhebungsvertrag beendet werden, kann aber gerade nicht davon ausgegangen werden, dass dieser Vertrag einer Kündigung des Arbeitgebers, die für den Arbeitgeber im Unterschied zum Aufhebungsvertrag &8222;kostenlos&8220; gewesen wäre, zuvorgekommen sei.

Die Erstattungsbeträge (Alg) hat die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden zutreffend berechnet. Die an AN gezahlten Leistungen sind nicht zu hoch gewesen. Ausgehend von den Angaben der Rechtsvorgängerin der Klägerin zum Arbeitsentgelt in der Arbeitsbescheinigung (monatlich DM 7.180,50) ist insbesondere zutreffend von einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von DM 1.650,- bei der Erstbewilligung des Alg ausgegangen worden. Auch die sonstigen Berechnungsmodalitäten (Leistungsgruppe, Kindermerkmal, Leistungstabelle, Anspruchsdauer usw.) hat die Beklagte zutreffend berücksichtigt.

Die zur Erstattung gestellten Beiträge zur Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung für den im Jahr 1997 liegenden Erstattungszeitraum hat die Beklagte zwar falsch berechnet, jedoch wirkt sich dies nicht zu Lasten der Klägerin aus.

Ausweislich der Berechnungen im Berechnungsbogen (Anlage zum Antragsbescheid) hat die Beklagte insoweit das auf 80% gekürzte wöchentliche Bemessungsentgelt zugrundegelegt, dieses durch 6 Wochentage geteilt und mit 10 Leistungstagen multipliziert und an Hand des jeweiligen Beitragssatzes die zu erstattende Summe errechnet. Diese Berechnungsart widerspricht dem Gesetz und führt jedenfalls dann, wenn der Leistungszeitraum nicht nur ganze Kalenderwochen umfasst, zu falschen Ergebnissen.

Bei den Krankenversicherungsbeiträgen ergibt sich die zutreffende Berechnungsmethode aus [§ 157 Abs. 3 Nr. 1 AFG](#), wonach als beitragspflichtige Einnahmen ([§ 223](#) des fünften Buches Sozialgesetzbuch - SGB V -) 80 vom Hundert des durch sieben geteilten wöchentlichen Arbeitsentgelts, das der Bemessung des Arbeitslosengeldes zugrunde liegt, gelten. Damit steht fest, dass das wöchentliche Bemessungsentgelt durch sieben geteilt werden muss. Aus [§ 223 Abs. 1 SGB V](#), wonach die Beiträge für jeden Kalendertag der Mitgliedschaft zu zahlen sind, ergibt sich, dass das gewonnene Ergebnis nicht mit der Zahl der Leistungstage (Alg), sondern mit der Zahl der (beitragspflichtigen) Kalendertage zu multiplizieren ist (vgl. BSG-Urteil vom 04.09.2001 - [B 7 AL 64/00 R](#) m.w.N.). Soweit der Erstattungszeitraum nur ganze Kalenderwochen umfasst, ist es mathematisch irrelevant, ob das wöchentliche Bemessungsentgelt durch sechs (Werktage) geteilt und mit sechs (Leistungstagen) multipliziert wird, oder ob das Gleiche jeweils mit sieben Kalendertagen bzw. Beitragspflichttagen geschieht, weil der Divisor/Multiplikand sich jeweils aufhebt. Bleiben am Ende des Erstattungszeitraumes aber Teile einer Kalenderwoche übrig, dann vermindert sich nach der gesetzlichen Berechnungsmethode pro beitragspflichtigem Tag (Kalendertag im Alg-Leistungszeitraum) die Beitragssumme um ein Siebtel des Wochenbeitrags, nach der Berechnungsmethode der Beklagten, die auf sechs Leistungstage pro Woche abstellt, um ein Sechstel, also um einen größeren Betrag als bei der gesetzlichen Berechnungsmethode. Dies bedeutet, dass in solchen Fällen zu wenig Beiträge zur Erstattung gestellt werden, wodurch die Klägerin nicht beschwert wird.

So ist es auch hier, weil die Beklagte sich auf den im Jahr 1997 liegenden Erstattungszeitraum für 10 Leistungstage Beiträge haben will, also für 1,66 Wochen. Es lagen hier also am Ende 4 Leistungstage über den Wochenrhythmus hinaus vor mit der Folge, dass sich die Beitragsforderung nach der Berechnung der Beklagten um zwei Sechstel der Wochen verringert hat, obwohl sie an sich nur um zwei Siebtel zu mindern gewesen wäre.

Entsprechendes gilt für die Beiträge zur Pflegeversicherung, was sich aus [§ 166 c AFG](#) i.V.m. [§ 54 Abs. 2 SGB XI](#) ergibt, wonach die Beiträge für jeden Kalendertag der Mitgliedschaft zu zahlen (und demnach auch zu erstatten) sind. Für die Rentenversicherungsbeiträge gelten die [§§ 157, 166 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI](#), wonach die Beiträge nach einem Hundert-Satz (Beitragssatz) von der Beitragsbemessungsgrundlage (beitragspflichtige Einnahmen - [§ 161 SGB VI](#)) erhoben werden, also bei Beziehern von Alg aus 80 vom Hundert des der Leistung zugrundeliegenden Arbeitsentgelts. Dieses Arbeitsentgelt ist aber nicht auf die Tage des Alg-Leistungsbezuges, sondern auf den Beschäftigungszeitraum, der die

Versicherungspflicht begründet, bezogen, bei Arbeitslosen also auf den Zeitraum des Bestehens des Versicherungsverhältnisses, nicht nur auf die Leistungsbezugstage.

Insgesamt bedeutet dies, dass hier die Beklagte von der Klägerin jedenfalls nicht zu viel Beiträge verlangt hat.

Die von der Beklagten festgestellte Restanspruchsdauer von 607 Tagen (Stand 1997) bzw. 709 Tagen (Stand 01.01.1998) war jedenfalls nicht zu Lasten der Klägerin falsch berechnet und war erst mit dem Ende des Erstattungszeitraumes verbraucht.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist wie geschehen zu entscheiden.

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

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Die entschiedenen Rechtsfragen stehen in Einklang mit der Rechtsprechung des BSG.

Erstellt am: 17.05.2005

Zuletzt verändert am: 21.12.2024