

**B 7 AL 102/00 R**

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

Datum  
10.06.1997  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-

Datum  
14.06.2000  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 102/00 R

Datum  
07.02.2002  
Kategorie  
Urteil

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 14. Juni 2000 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Das klagende Unternehmen wendet sich gegen die Forderung der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) auf Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und der darauf entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken- (KV) und Pflegeversicherung (PV) sowie zur Rentenversicherung (RV) für den Zeitraum vom 9. April 1994 bis zum 26. Februar 1996 in Höhe von DM 66.442,83.

Der am 9. April 1936 geborene (A.) war seit 1973 bei der (M. AG) (Rechtsvorgängerin der Klägerin) beschäftigt. Er erlitt Ende August 1988 einen Hinterwandinfarkt, auf Grund dessen er bis Ende September 1989 krankgeschrieben war. Der Herzinfarkt hatte Zeiten der Arbeitsunfähigkeit (AU) auch im November/Dezember 1989, im Mai/Juni 1990 sowie im April/Mai 1991 zur Folge. Weitere AU-Zeiten bestanden in den Jahren 1991/1992 wegen Lendenwirbelsäulenbeschwerden, wegen Kreislaufstörungen bei Hypotonie sowie wegen Sinubronchitis. Das Versorgungsamt Kassel erkannte bei A. zunächst (wegen Herzleistungsminderung bei koronarer Herzkrankheit mit Infarkt im Stadium der Heilungsbewährung) einen Grad der Behinderung von 50 an, der nach Heilungsbewährung mit Neufeststellungsbescheid vom 20. Juli 1990 auf 30 herabgesetzt wurde. Nach seinem Herzinfarkt war A. von seiner ursprünglich verrichteten Tätigkeit als Achsbauer im Akkord am Fließband auf eine Tätigkeit als Packer umgesetzt worden. Am 18. Mai 1993 schloss er mit der M. AG eine Ausscheidungsvereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von zunächst DM 42.620,62 im gegenseitigen Einvernehmen zum 30. Juni 1993 aufgelöst wurde. Die Abfindungszahlung belief sich auf Grund von Nachzahlungen schließlich auf DM 45.126,03. Nach der Ausscheidungsvereinbarung war A. verpflichtet, einen Antrag auf Altersrente zu stellen und seinen Arbeitgeber unverzüglich über Umstände zu unterrichten, die auf eine Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit hindeuteten. Am 15. Juni 1993 meldete sich A. zum 1. Juli 1993 arbeitslos und beantragte Alg. Nach Ruhen des Anspruchs auf Alg wegen einer Sperrzeit bewilligte das Arbeitsamt (ArbA) dem A. mit Bescheid vom 17. Dezember 1993 Alg ab dem 23. September 1993 (nach einem Bemessungsentgelt von DM 1.000,-, Leistungsgruppe C, Kindermerkmal 0). Am 8. Dezember 1993 wurde A. durch den Arbeitsamtsarzt (Dr. R.) untersucht; in seinem Gutachten vom selben Tage hielt ihn Dr. R. gesundheitlich für nach wie vor in der Lage, seine letzte Tätigkeit als Packer auszuführen; dieser Arbeitsplatz habe seinem eingeschränkten Leistungsvermögen entsprochen. Am 3. Mai 1994 gab A. eine Erklärung über die Inanspruchnahme von Alg unter der erleichterten Voraussetzung des § 105c Arbeitsförderungsgesetz (AFG) ab. Nach dem Auslaufen des Anspruchs auf Alg mit dem 26. Februar 1996 hat er keinen Antrag auf Arbeitslosenhilfe gestellt; seit dem 1. Mai 1996 bezog er von der Landesversicherungsanstalt Hessen (LVA) Altersrente wegen Arbeitslosigkeit (Bescheid vom 28. Februar 1996).

Mit Bescheid vom 8. Mai 1995 stellte das ArbA fest, dass die M. AG verpflichtet sei, das ab 9. April 1994 an A. gezahlte Alg einschließlich der hierauf entfallenden Beiträge zur KV und RV für längstens 624 Tage zu erstatten. Mit Bescheid vom 24. Mai 1995 setzte die Beklagte für den Zeitraum vom 9. April 1994 bis zum 11. März 1995 einen Erstattungsbetrag in Höhe von DM 31.148,51 fest. Mit weiterem Bescheid vom 9. August 1995 machte die Beklagte gegenüber der M. AG für den Zeitraum vom 13. März bis zum 17. Juni 1995 einen Erstattungsbetrag in Höhe von DM 9.635,02 geltend. Mit Widerspruchsbescheid vom 6. Dezember 1995 wies die Beklagte die Widersprüche der M. AG gegen die genannten Bescheide zurück.

Während des Klageverfahrens hat die Beklagte, nachdem sie sich mit Schreiben vom 11. Januar 1996 bei A. erneut nach seinem Gesundheitszustand erkundigt hatte, und dieser am 12. Januar 1996 mitgeteilt hatte, dass keine Veränderungen eingetreten seien, mit

Bescheiden vom 12. und 31. Januar 1996 für den Zeitraum vom 19. bis 23. September 1995 und vom 25. September bis 31. Dezember 1995 in Höhe von jeweils DM 9.824,08 die Erstattung von weiteren Leistungen geltend gemacht.

Das Sozialgericht Stuttgart (SG) hat die Klage mit Urteil vom 10. Juni 1997 (in dem als Klägerin die (D. AG) genannt ist) abgewiesen.

Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte gegenüber der M. AG mit Bescheid vom 27. August 1997 für den Zeitraum vom 1. Januar bis 26. Februar 1996 einen weiteren Erstattungsbetrag in Höhe von DM 6.011,14 geltend gemacht. Mit drei Schreiben vom 27. Mai 1998 hat die Beklagte A. zu seinem Gesundheitszustand und zum Bezug etwaiger Sozialleistungen für die Zeiträume vom 9. April bis 31. Dezember 1994, vom 1. bis 31. Dezember 1995 und vom 1. Januar bis zum 26. Februar 1996 befragt. Diese Anfragen hat A. nicht beantwortet. Ebenfalls mit Schreiben vom 27. Mai 1998 hat die Beklagte der M. AG Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich der Erstattungspflicht für die zuvor genannten Zeiträume eingeräumt. Mit gleichfalls an die M. AG gerichteten Bescheiden vom 30. Juli 1998 hat die Beklagte ihre zuvor ergangenen Erstattungsbescheide ersetzt und die Erstattungsbeträge wie folgt festgesetzt:

a) für den Zeitraum vom 9. April bis zum 31. Dezember 1994 DM 24.295,71

b) für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 1995 DM 36.135,98

c) für den Zeitraum vom 1. Januar bis 26. Februar 1996 DM 6.011,14.

Das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg hat zur Überprüfung des Gesundheitszustandes von A. bei seiner Krankenkasse Auskünfte eingeholt, den werksärztlichen Dienst befragt, die Akten der LVA und des Versorgungsamtes beigezogen sowie den behandelnden Arzt um Überlassung der vorhandenen Arztbriefe und Berichte gebeten. Schließlich hat das LSG bei dem Internisten und Kardiologen (Prof. Dr. H.) ein Gutachten nach Aktenlage eingeholt.

Mit Urteil vom 14. Juni 2000 hat das LSG die Berufung der Klägerin (als solche wird die (D.C. AG) genannt) zurückgewiesen, die Klage gegen die Bescheide vom 30. Juli 1998 abgewiesen und der Beklagten die außergerichtlichen Kosten des Klageverfahrens sowie ein Drittel der außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt. Streitgegenstand seien nur die im Wege der isolierten Anfechtungsklage angefochtenen Bescheide vom 30. Juli 1998. Die Beklagte verlange von der Klägerin zu Recht nach § 128 AFG die Erstattung des an A. in der Zeit vom 9. April 1994 bis zum 26. Februar 1996 gezahlten Alg sowie der KV-, PV- und RV-Beiträge. Die Bescheide seien nicht wegen fehlender Anhörung rechtswidrig. Sie seien auch materiell-rechtlich nicht zu beanstanden. Die Voraussetzungen für eine Erstattung gemäß § 128 Abs 1 Sätze 1 und 2 Alternative 1 AFG lägen vor. Die Erstattungspflicht entfalle nicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 1b AFG. Ebenso wenig liege der Ausschlussgrund des § 128 Abs 1 Satz 2 Alternative 2 AFG vor. A. habe während des streitbefangenen Zeitraums nicht die Voraussetzungen für eine anderweitige Sozialleistung iS des § 118 AFG erfüllt. Eine Beweislastentscheidung komme daher nicht in Betracht. Nach der Gesamtwürdigung aller Umstände sei der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass A. die Tätigkeit als Packer weiter hätte verrichten können, sodass ein Anspruch auf Gewährung einer Rente wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit oder eine andere der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2, 4 AFG genannten Sozialleistungen für den streitbefangenen Zeitraum nicht in Betracht komme. Ohne das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte habe auch keine Veranlassung zur Durchführung weiterer Ermittlungen bestanden. Befreiungstatbestände nach § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 und Abs 2 AFG lägen nicht vor. § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG sei auf Fälle einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Die Klägerin könne sich ferner nicht auf die Bestimmungen des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG berufen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Härtefalls sei nicht, wie die Klägerin meine, der Zeitpunkt des Ausscheidens des A., sondern der Zeitpunkt des Erstattungsfallens. Im vorliegenden Fall sei der Erstattungsfall frühestens nach der Vollendung des 58. Lebensjahres des A. im Jahre 1994 eingetreten. Für das Jahr 1994 und die Folgejahre habe die Klägerin indessen die Voraussetzungen einer unzumutbaren Belastung weder substantiiert dargetan noch nachgewiesen. Weder die Tatsache, dass zwei der drei streitigen Bescheide vom 30. Juli 1998 einen Zeitraum von mehr als drei Monaten umfassten, noch, dass A. Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c AFG in Anspruch genommen habe, ständen der Erstattungspflicht entgegen. Die Regelung des § 128 AFG unterliege nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), der sich das LSG nach eigener Prüfung anschließe, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Der von der Beklagten geforderte Erstattungsbetrag in Höhe von DM 66.442,83 sei im Ergebnis nicht zu beanstanden. Das zu erstattende Alg sei jedenfalls nicht zu Ungunsten der Klägerin berechnet worden. Zwar habe die Beklagte nicht beachtet, dass das in den Monaten März bis Mai 1993 gewährte Kurzarbeitergeld der Leistungsbemessung nicht zugrundegelegt werden dürfen. Bei zutreffender Berechnungsweise hätten sich für den streitbefangenen Zeitraum höhere Alg-Zahlungen ergeben. Die tatsächlichen Alg-Zahlungen begünstigten die Klägerin. Da das Alg nach der Bestimmung des § 114 AFG jeweils nur für sechs Wochentage gezahlt werde, habe die Beklagte das Bemessungsentgelt zur Ermittlung des beitragsrechtlich relevanten täglichen Arbeitsentgelts zu Recht durch sechs geteilt, statt, wie in § 157 Abs 3 Satz 1 AFG formuliert, durch sieben.

Mit der vom BSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung von Verfahrensrecht (§ 103, § 128 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sowie des rechtlichen Gehörs) und von materiellem Recht. Die angegriffenen Bescheide vom 30. Juli 1998 seien bereits wegen Verletzung der Anhörungspflicht formell rechtswidrig und daher aufzuheben. Auch wenn A. auf die Anfrage der Beklagten nach seinem Gesundheitszustand geschwiegen habe, so hätten die Ergebnisse der Anhörung der Klägerin mitgeteilt werden müssen. Im Verwaltungsverfahren sei von Amts wegen (§ 20 SGB X) zu ermitteln, ob der Arbeitslose Anspruch auf eine der in § 128 Abs 1 Satz 2 Alternative 2 AFG genannten anderweitigen Sozialleistungen habe. Hieraus folge eine Pflicht der Arbeitsverwaltung zu zeitnahen, turnusgemäß zu wiederholenden Grundermittlungen; es seien nicht nur - konkret - der ehemalige Arbeitnehmer, sondern auch die Sozialversicherungsträger sowie der Arbeitgeber zu befragen. Die Verletzung der Amtsermittlungspflicht führe zur Aufhebung der rechtswidrigen Bescheide vom 30. Juli 1998. § 42 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) sei nicht anwendbar. Eine Heilung könne nicht erfolgen; die unterlassenen zeitnahen Ermittlungen könnten als solche nicht nachgeholt werden. Auch SG und LSG hätten ihrer Amtsermittlungspflicht nicht genügt. Sie hätten weder A. schriftlich oder persönlich befragt noch bei der zuständigen Berufsgenossenschaft (BG) angefragt. Aus dem von Prof. Dr. H. erstatteten Gutachten hätten sich zahlreiche Anhaltspunkte für einen Anspruch des A. auf eine andere Sozialleistung ergeben. Die Tatsacheninstanzen hätten zudem bei der Anwendung des Ausschlussstatbestandes des § 128 Abs 1 Satz 2 Alternative 2 AFG die Verteilung der Beweislast verkannt. Denn das LSG sei zu der Auffassung gelangt, mangels konkreter Anhaltspunkte bestehe kein Raum für weitere Ermittlungen. Die Beweislastverteilung könne nicht davon abhängen, ob und in welchem Umfang Ermittlungen geboten seien. Die Ermittlungen der Tatsacheninstanzen hätten nicht den sicheren Schluss zugelassen, ein Anspruch des A. auf eine andere Sozialleistung während des Erstattungszeitraums habe nicht bestanden. Das Berufungsurteil sei auch deshalb aufzuheben,

weil das LSG die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten habe; es liege ein Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 Satz 1 SGG](#) vor. Das LSG sei von eindeutigen Feststellungen des Sachverständigen Prof. Dr. H. abgewichen. Auch habe es das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend und umfassend berücksichtigt. Das Berufungsurteil verletze zudem den Anspruch auf rechtliches Gehör. Das LSG habe die Auffassung vertreten, sie, die Klägerin, könne wegen ihres Vortrags zu § 128 Abs 2 Nr 2 AFG nicht mehr gehört werden, sofern sie hierzu erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen habe. Dies verstoße gegen den in [§ 103 SGG](#) verankerten Amtsermittlungsgrundsatz als Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Weiterhin könne sich der Arbeitgeber auf den Befreiungstatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG berufen, wenn er materiell-rechtlich zur ordentlichen Kündigung berechtigt gewesen wäre. Der Ansicht des LSG, wonach eine entsprechende Anwendung des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG auf Aufhebungsverträge abzulehnen sei, könne im Hinblick auf die Entscheidung des BSG vom 15. Dezember 1999 (Az [B 11 AL 33/99 R](#)) zu befristeten Arbeitsverhältnissen nicht gefolgt werden. Das LSG habe ferner zu Unrecht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG abgelehnt. Sie, die Klägerin, habe konkrete Tatsachen dafür vorgetragen, dass sie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre, dieses aus wichtigem Grund unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zu kündigen. A. sei auf Grund seiner erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr in der Lage gewesen, seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Packer zu erbringen. Die Auffassung des LSG, wonach erst mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Erstattungspflicht zu überprüfen sei, ob eine unzumutbare Belastung iS von § 128 Abs 2 Nr 2 AFG vorliege, sei ebenfalls unzutreffend. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen einer unzumutbaren Belastung sei der des Ausscheidens des Mitarbeiters. Schließlich sei § 128 AFG zumindest insoweit verfassungswidrig, als zum einen Aufhebungsverträge mit älteren Mitarbeitern ohne Berücksichtigung anderer Umstände für die Arbeitslosigkeit unter die Erstattungspflicht fielen und zum anderen die Regelung dem Arbeitgeber auch dann die Kostenlast aufbürde, wenn der ältere Arbeitslose, der Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c AFG in Anspruch nehme, eine zumutbare Tätigkeit ablehne.

Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 14. Juni 2000 und die Bescheide der Beklagten vom 30. Juli 1998 aufzuheben.

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

II

Die Revision ist unbegründet.

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind lediglich die Bescheide vom 30. Juli 1998, mit denen die Beklagte ihre früheren Erstattungsbescheide ersetzt hat; bereits durch diese war der Grundlagenbescheid vom 8. Mai 1995 überholt (BSG vom 17. Dezember 1997, [BSGE 81, 259](#), 260 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#)). Das SG-Urteil ist damit gegenstandslos geworden. Das die genannten Bescheide bestätigende LSG-Urteil verletzt kein Bundesrecht.

Zutreffend hat das LSG für den früheren Arbeitnehmer A. der Rechtsvorgängerin der Klägerin die Erstattungsvoraussetzungen des § 128 AFG auf der Grundlage des Leistungsbezugs vom 9. April 1994 bis zum 26. Februar 1996 (590 Leistungstage) bejaht. Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes zur Änderung der Förderungsvoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992 ([BGBl I 2044](#)) erstattete der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 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 9. April 1936 geborene A. war seit 1973 bis zum 30. Juni 1993 durchgehend bei der Rechtsvorgängerin der Klägerin beitragspflichtig beschäftigt. Er hatte mithin zu Beginn des Erstattungszeitraums am 9. April 1994 das 58. Lebensjahr vollendet und auch die geforderte Beschäftigungszeit bei der Klägerin zurückgelegt.

1. Auch die negativen Erstattungsvoraussetzungen des § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 AFG schließen die Erstattung nicht aus. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn (Alternative 1:) das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres des Arbeitslosen beendet worden ist oder (Alternative 2:) der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit (BU) erfüllt. Der 1936 geborene A. ist am 1. Juli 1993, mithin erst nach Vollendung seines 56. Lebensjahres, arbeitslos geworden. Die tatsächliche Feststellung des LSG, ihm habe im Erstattungszeitraum vom 9. April 1994 bis zum 26. Februar 1996 keine der in § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG erwähnten anderweitigen Sozialleistungen zugestanden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das LSG ist auf Grund der ihm vorliegenden Ermittlungsergebnisse zu der Überzeugung gelangt, dass A. die ihm auch sozial zumutbare Tätigkeit als Packer weiterhin hätte vollschichtig verrichten können. Damit aber ist ausgeschlossen, dass A. die Voraussetzungen für eine jener anderweitigen Sozialleistungen (insbesondere Krankengeld oder Rente wegen Erwerbs- oder Berufsunfähigkeit) erfüllte. Ob er die vorgenannte Tätigkeit auch noch nach der - angeblich geplanten - Einführung von Leistungslohn hätte verrichten können, ist hier ohne Bedeutung; sowohl einer AU als auch einer BU oder erst recht einer Erwerbsunfähigkeit (EU) steht entgegen, dass der Versicherte seine letzte (bisherige) Tätigkeit noch verrichten kann.

Die angefochtenen Bescheide sind weder deswegen rechtswidrig, weil der Beklagten im Verwaltungsverfahren insoweit erhebliche Verfahrensfehler unterlaufen wären (a), noch ist dem LSG bei Feststellung der tatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidung ein von der Klägerin gerügter Verfahrensfehler zur Last zu legen (b).

a) aa) Ein Anhörungsfehler, der gemäß [§ 24 Abs 1 iVm § 42 Satz 2 SGB X](#) zur Aufhebung der angefochtenen Bescheide führt, liegt nicht vor.

Die Klägerin rügt insoweit, dass sie vor Erlass der nach [§ 96 SGG](#) zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gewordenen Bescheide vom 30. Juli 1998 zwar - formularmäßig - unter dem 27. Mai 1998 angehört worden sei, ihr jedoch das Ergebnis der - unter dem selben Datum abgesandten - Anfragen an A. zu seinem Gesundheitszustand und den bezogenen Sozialleistungen für die Zeiträume a) 9.4. bis 31.12.1994, b) 1.1. bis 31.12.1995 sowie c) 1.1. bis 26.2.1996 nicht von Amts wegen mitgeteilt worden sei. Diese Anfragen enthielten jeweils den Schlusssatz: "Sofern Sie meine o.a. Fragen nicht innerhalb von zwei Wochen beantworten, gehe ich davon aus, dass seit Beantragung des Alg keine Änderungen eingetreten sind."; eine Antwort des A. ist bei der Beklagten nicht eingegangen.

Nach [§ 24 Abs 1 SGB X](#) war 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 Alternative 2 AFG begründen könnten, erfüllt. Die Anhörungsschreiben der Beklagten an die Klägerin vom 27. Mai 1998 führen aus, dass die Erstattungspflicht nicht eingetreten ist, wenn der ehemalige Arbeitnehmer wegen Krankheit, verminderter Erwerbsfähigkeit oder Alters auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 2 bis 4 AFG genannten Sozialleistungen oder für eine Rente wegen BU erfüllt, und ferner, dass nach den der Beklagten vorliegenden Unterlagen ein Anspruch auf eine andere Sozialleistung nicht bestehen dürfte. Insoweit einschlägige Tatsachen aber hat die Beklagte durch ihre Anfragen an A. vom 27. Mai 1998 nicht erfahren; auch aus dem oa Schlusssatz der Schreiben an A. folgt nichts anderes. Demgemäß konnten weder die Anfragen noch der Umstand, dass hierauf keine Antwort eingegangen ist, is des [§ 24 Abs 1 SGB X](#) "erheblich" (dh nach Auffassung der Beklagten für ihre Entscheidung relevant) werden.

Die Beklagte war auch nicht aus [§ 24 Abs 1 SGB X](#) verpflichtet, ihren Ermittlungsversuch bereits als solchen von Amts wegen der Klägerin mitzuteilen. Die Anhörungspflicht nach [§ 24 Abs 1 SGB X](#) zieht nicht zugleich Informationspflichten nach sich, wie sie für die Gerichte auf Grund des Verfahrensgrundsatzes des rechtlichen Gehörs ([Art 103 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#)); konkretisiert in [§ 62](#), [§ 107](#), [§ 128 Abs 2 SGG](#)) gelten. Dieser Grundsatz gilt im Verwaltungsverfahren nicht im gleichen Maße. So haben die Behörden nicht die Pflicht, den Beteiligten jeden einzelnen Ermittlungsschritt und dessen Ergebnis mitzuteilen (vgl auch von Wulffen, SGB X, 4. Aufl 2001, § 21 RdNr 4), sondern lediglich das Gesamtergebnis der Ermittlungen.

Auch im Übrigen liegt kein Anhörungsfehler vor. Der Umfang der Anhörungspflicht nach [§ 24 Abs 1 SGB X](#) hängt jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl BSG vom 30. März 1982, SozR 1300 § 24 Nr 4 S 6; vom 25. März 1999, [SozR 3-1300 § 24 Nr 14](#) S 38). Ihr war im vorliegenden Fall durch die Schreiben vom 27. Mai 1998 Genüge getan, weil die angefochtenen Bescheide während des Berufungsverfahrens über den in den Bescheiden geregelten Streitgegenstand mit der hiermit verbundenen umfangreichen Information der Klägerin ergangen sind. Dem Betroffenen auch in ihrer Relevanz für die Verwaltungsentscheidung bekannte Tatsachen brauchen im Rahmen der Anhörung nicht gesondert aufgeführt zu werden (vgl BSG vom 24. März 1994 - [5 RJ 22/93](#), HVBG-Info 1994, 1829).

So weit sich die Klägerin weiterhin auf einen Rechtssatz beruft, wonach ein Anhörungsfehler bereits in der Gleichzeitigkeit der "Anhörung" einerseits des A., andererseits der Klägerin liege, da Sachverhaltsermittlung und Anhörung nicht zusammenfallen dürften, ist dem entgegenzuhalten, dass ein entsprechender Rechtssatz nicht existiert. Im Gegenteil kann die zu Beweis Zwecken erfolgende Anhörung des Beteiligten nach [§ 21 Abs 1 Satz 2 Nr 2 SGB X](#) mit der Anhörung nach [§ 24 SGB X](#) in einem Akt zusammen fallen (von Wulffen, SGB X, 4. Aufl 2001, § 21 RdNr 7); ebenso geht die Rechtsprechung des BSG im Rahmen des [§ 45 SGB X](#) davon aus, dass sich die Behörde gerade durch die Anhörung des Begünstigten Kenntnis von den Umständen zur Ermessensausübung beschafft, also den Sachverhalt ermittelt (BSG vom 8. Februar 1996, [BSGE 77, 295](#), 301 = [SozR 3-1300 § 45 Nr 27](#); ebenso Senatsurteil vom 6. März 1997 - [7 RAr 40/96](#) -, DBIR 4372 SGB X/§ 45).

bb) Ebenso wenig zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide führt die Rüge der Klägerin, die Beklagte habe gegen ihre Amtsermittlungspflicht gemäß [§ 20 SGB X](#) verstoßen. Hinsichtlich der Folgen eines solchen Verstoßes schließt sich der erkennende Senat der - von der Klägerin angegriffenen - Rechtsprechung des 11. Senats des BSG (BSG vom 17. Dezember 1997, [BSGE 81, 259](#), 262 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 5](#); zuletzt Urteil vom 21. September 2000, [BSGE 87, 132](#), 138 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)) an: Mängel der Sachaufklärung im Verwaltungsverfahren sind nach [§ 42 Satz 1 SGB X](#) von den Tatsacheninstanzen zu beheben. Die Neufassung dieser - zuvor seit dem SGB X vom 18. August 1980 ([BGBl I 1469](#)) unveränderten - Vorschrift durch das 4. Euro-Einführungsgesetz vom 21. Dezember 2000 ([BGBl I 1983](#)) hat hieran nichts geändert, denn hiermit hat der Gesetzgeber eine Erweiterung der Heilungsmöglichkeiten bezweckt ([BT-Drucks 14/4375 S 59](#) iVm [BT-Drucks 13/3995 S 8](#)) und nicht etwa bereits bestehende Heilungsmöglichkeiten eingeschränkt; für den Bereich der gebundenen Verwaltung gelten die bisherigen Grundsätze fort (so auch zu der gleich lautenden Vorschrift des [§ 46](#) Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Komm, 6. Aufl 2001, § 46 RdNr 50 ff, 65; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl 2000, § 46 RdNr 20 ff, 30 ff). Bei der Entscheidung über die Erstattungspflicht nach § 128 AFG handelt es sich um einen solchen gebundenen Verwaltungsakt; Ermessen oder ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum steht der Beklagten nicht zu. Dann aber kann die Anfechtungsklage nur Erfolg haben, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des überprüften Verwaltungsakts nicht erfüllt sind. Hierzu aber gehören - entgegen der Ansicht der Klägerin - die Vorschriften über die Amtsermittlungspflicht der Behörde nicht.

Nichts anderes folgt aus der Grundrechtsrelevanz der Erstattungsbescheide nach § 128 AFG, mit der die Klägerin zusätzlich begründen will, dass ein Ermittlungsfehler der Verwaltung zur Aufhebung des Bescheides führen müsse. Die von der Klägerin insoweit angeführte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Münster vom 13. Oktober 1988 ([11 A 2734/86](#), [NVwZ-RR 1989, 614](#), 617) kann für die hier vorliegende Fallkonstellation nicht weiterhelfen. Das OVG Münster hat bei einer zwar gebundenen Entscheidung wegen der Besonderheiten des nordrhein-westfälischen Denkmalschutzrechts durchaus die Möglichkeit von Entscheidungsalternativen erblickt und hat lediglich ergänzend auf den Gesichtspunkt hingewiesen, dass die - damals angefochtene - denkmalrechtliche Unterschutzstellung auch Grundrechtsrelevanz aufweise. Der Senat kann daher unentschieden lassen, ob er der Rechtsauffassung des OVG Münster folgt.

Schließlich ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Entgegen dem Vortrag der Revision können Ermittlungsfehler der Verwaltung im vorliegenden Zusammenhang von vornherein nicht zu einer Verschlechterung der Beweissituation des erstattungspflichtigen Arbeitgebers führen, der möglicherweise durch Beweiserleichterungen Rechnung getragen werden müsste (zu einem durch den Leistungsträger verursachten Beweisnotstand: BSG vom 27. Mai 1997, [SozR 3-1500 § 128 Nr 11](#) mwN). Lässt sich nämlich - trotz insoweit im Einzelfall vorhandener Anhaltspunkte (hierzu BSG 11. Senat vom 21. September 2000, [BSGE 87, 132](#), 137 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#) mwN) - nicht (mehr) ermitteln, ob ein Anspruch auf eine anderweitige Sozialleistung bestand oder nicht, so geht dieses "non liquet" zu Lasten der Beklagten. Dies wurde vom BSG zwar bisher nicht entschieden; der Wortlaut des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG lässt jedoch eine andere Verteilung der Beweislast (Feststellungslast) nicht zu: Eine Darlegungs- und Nachweispflicht des Arbeitgebers ist erst im Anschluss an die hier einschlägige 2. Alternative des Halbsatzes 1 für die Fälle des Halbsatzes 2 Nr 1 bis 7 geregelt; auch die Ermittlungsmöglichkeiten der Beklagten nach § 128 Abs 8 AFG, die dem Arbeitgeber nicht zur Verfügung stehen, stützen dieses Ergebnis (wie hier: Voelzke in: Hauck/Noftz, SGB III, K § 147a RdNr 258 unter Hinweis auf Wolff in: Gemeinschaftskomm zum KSchG, 5. Aufl 1998, § 128 AFG RdNr 34; ferner Wissing in: Knigge/Ketelsen/Marschall/Wissing, AFG, § 128 RdNr 79, Stand: 1993; Brand in: Niesel, AFG, 2. Aufl 1997, § 128 RdNr 18; Gagel in: Gagel, SGB III, § 147a RdNr 101, Stand: 2001).

b) Die tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil zu § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG (anderweitige Sozialleistungen)

beruhen nicht auf Verfahrensfehlern, die von der Klägerin gerügt sind. Das LSG hat insoweit weder seine Amtsermittlungspflicht ([§ 103 SGG](#)) verletzt (aa) noch die Grenzen der freien Beweiswürdigung überschritten (bb).

aa) Das Tatsachengericht bestimmt im Rahmen seines Ermessens die Ermittlungen und Maßnahmen, die nach seiner materiell-rechtlichen Auffassung zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind. Sein Ermessen ist dabei durch die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts in dem für die Entscheidung erforderlichen Umfang begrenzt. Ein Verstoß gegen [§ 103 SGG](#) liegt nur dann vor, wenn das Berufungsgericht sich zu einer weiteren Sachaufklärung hätte gedrängt fühlen müssen (zB BSG vom 7. Juni 1956, SozR Nr 7 zu [§ 103 SGG](#)). So aber liegt der Fall hier nicht.

Das LSG ist auf Grund eingehender und sorgfältiger Würdigung der ihm vorliegenden Ermittlungsergebnisse zur Überzeugung gelangt, die Voraussetzungen für eine anderweitige Sozialleistungsberechtigung (als negative Tatbestandsvoraussetzung nach § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG) lägen nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens während der gesamten streitbefangenen Zeit vom 9. April 1994 bis 26. Februar 1996 nicht vor; damit kam eine Beweislastentscheidung nicht in Betracht. Entgegen der Ansicht der Revision beruht diese Feststellung des LSG nicht auf einem fehlerhaften Verständnis des Ermittlungsgrundsatzes ([§ 103 SGG](#)). Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

Die Klägerin meint, das LSG hätte die (nach ihrer Ansicht) von der Beklagten versäumten "Grundermittlungen" nachholen und A. (durch einen Sachverständigen) untersuchen oder zumindest persönlich befragen müssen. Ein entsprechender Verfahrensfehler des LSG kann jedoch nicht festgestellt werden: Das LSG hätte sich nach der Sach- und Beweislage nicht gedrängt fühlen müssen, den von der Klägerin vermissten Beweis zu erheben. Der vom LSG gehörte Sachverständige Prof. Dr. H. hat in seinem Gutachten nach Aktenlage vom 28. März 1999 herausgearbeitet, dass zwar objektive Daten und Untersuchungsbefunde hinsichtlich der Herzerkrankung des A. seit November 1988 fehlen; insbesondere ist danach niemals ein Belastungs-EKG erstellt worden oder A. in kardiologischer Behandlung gewesen. Prof. Dr. H. hat jedoch gleichzeitig deutlich gemacht, dass eine neue Untersuchung des A. nicht zur Klärung der Frage beitragen könnte, ob angesichts der offensichtlichen Beschwerdefreiheit im Beurteilungszeitraum (laut Beweisanordnung: Juni 1993 bis April 1996) die Arbeit nur noch auf Kosten der Gesundheit habe ausgeübt werden können. Es ist auch nicht ersichtlich, was eine Vernehmung des A. durch das LSG als Zeugen an zusätzlichen Erkenntnissen gegenüber der - schriftlichen und telefonischen - Befragung des A. durch Prof. Dr. H. hätte bringen können. Ebenso wenig ist ersichtlich, warum, wie von der Klägerin vorgebracht, die BG hätte eingeschaltet werden müssen; hierzu wird auch nichts vorgetragen.

bb) Es fehlt auch an zulässigen, mindestens begründeten Rügen, dass das LSG die Grenzen der freien Beweiswürdigung ([§ 128 Abs 1 SGG](#)) verfahrensfehlerhaft überschritten habe.

Die revisionsrechtlich relevanten Grenzen der freien Beweiswürdigung sind erst dann überschritten, wenn die Beweiswürdigung gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen die Denkgesetze, Naturgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder wenn das Gericht das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend berücksichtigt (stRSpr, vgl zB BSG vom 7. April 1987, [SozR 1500 § 164 Nr 31](#); BSG vom 15. August 1960, SozR Nr 56 zu [§ 128 SGG](#); BSG vom 1. März 1956, BSGE 2, 236, 237; zusammenfassend Meyer-Ladewig, SGG, 6. Aufl 1998, § 128 RdNr 10ff mwN).

Insoweit ist der Vorwurf der Revision, das LSG habe das Gesamtergebnis des Verfahrens nicht ausreichend und umfassend berücksichtigt, indem es Vorbringen der Klägerin (A. sei nicht mehr in der Lage gewesen, seine Tätigkeit als Packer zu verrichten und in der Abteilung des A. hätte Leistungslohn eingeführt werden sollen, was für A. nicht zumutbar gewesen sei) nicht gewürdigt und nicht zur Kenntnis genommen habe, bereits tatsächlich unzutreffend: Diesen Vortrag verwertet das LSG in beiderlei Hinsicht ausdrücklich.

So weit die Revision ferner rügt, das LSG habe eine Reihe von Tatsachen nicht zutreffend wiedergegeben und weitere Tatsachen in einer Weise relativiert, dass diesen ein völlig anderer Sinngehalt zukomme, schließlich falsche Schlüsse gezogen und im Sinne einer "Rosinentheorie" nur die für die Beklagte sprechenden Argumente verwendet, lässt sich mit einem derartigen Vortrag eine im Revisionsverfahren relevante Verletzung des [§ 128 Abs 1 SGG](#) nicht begründen. Vielmehr rügt die Klägerin im Kern lediglich eine insoweit von vornherein unerhebliche Fehlerhaftigkeit der Beweiswürdigung; denn wenn Tatsachen "nicht zutreffend wiedergegeben" oder "relativiert" werden, so sind sie jedenfalls berücksichtigt.

Ein Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 SGG](#) in Form der Anwendung eines nicht existierenden allgemeinen Erfahrungssatzes liegt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht darin, dass das LSG davon ausgeht, A. sei mit der Klägerin "laufend in Verbindung" gestanden, "wie etwa die ... Anfang 1994 erfolgte Nachzahlung auf die Abfindung belegt". Der - schlichte - Schluss des LSG von der (einmaligen) Nachzahlung auf eine "laufende Verbindung" mag voreilig oder gar falsch sein; er wird jedoch nicht dadurch im Revisionsverfahren erheblich, dass man - mit der Klägerin - dem LSG die Anwendung eines (unzutreffenden) allgemeinen Erfahrungssatzes unterstellt, "dass Arbeitgeber und ehemalige Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses laufend in Kontakt stehen würden". Eine entsprechende Rüge scheidet bereits daran, dass das LSG einen solchen Erfahrungssatz weder ausdrücklich noch konkludent angewandt hat.

Auch anderweit kann im vorliegenden Zusammenhang kein Verstoß gegen [§ 128 Abs 1 SGG](#) festgestellt werden. Ob die vom LSG aus verschiedenen Tatsachen gezogenen Schlüsse als solche zwingend sind oder andere Schlussfolgerungen näher gelegen hätten, ist ohne Bedeutung (vgl BSG vom 15. August 1960, SozR Nr 56 § 128 Bl Da 23 Rs). Gerade weil, wie die Revisionsbegründung betont und das Gutachten Prof. Dr. H. herausgearbeitet hat, für den Erstattungszeitraum keine objektiven kardiologischen Untersuchungsbefunde vorliegen, kann von vornherein weder eine Entscheidung im Sinne der Beklagten (keine anderweitigen Sozialleistungsansprüche) noch eine solche im Sinne der Klägerin (Bestehen anderweitiger Sozialleistungsansprüche) ausgeschlossen werden. Dann aber kann eine Überschreitung der Grenzen des [§ 128 Abs 1 SGG](#) nicht daraus hergeleitet werden, dass einzelne, vom LSG zur Begründung seiner Entscheidung verwertete Umstände auch anders hätten gewertet werden können. Dies vermag im Revisionsverfahren nicht die vom LSG vertretene Überzeugung zu Fall zu bringen, dass nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens das negative Tatbestandsmerkmal gemäß § 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 1 Alternative 2 AFG in der gesamten streitbefangenen Zeit vom 9. April 1994 bis 26. Februar 1996 nicht vorgelegen hat.

Nichts anderes gilt für die Rüge, das LSG hätte eine Beweislastentscheidung treffen müssen, da es angesichts der seit dem hier maßgebenden Zeitraum verstrichenen Zeit und der ungenügenden Sachaufklärung durch die Beklagte (sowie im sozialgerichtlichen

Verfahren) unmöglich sei, einen Nachweis im Sinne der Klägerin zu führen (nämlich, dass A. im streitigen Zeitraum einen Anspruch auf anderweitige Sozialleistungen - Krankengeld, Rente wegen Erwerbsunfähigkeit - gehabt hätte). Dies ist angesichts der vom LSG aus voller richterlicher Überzeugung getroffenen Feststellungen ohne Bedeutung.

Ein hiervon abweichendes Ergebnis folgt auch nicht aus der Rüge der Revision, das LSG habe sich in mehrfacher Hinsicht über das von ihm beigezogene Gutachten Prof. Dr. H. hinweggesetzt: ZB habe Prof. Dr. H. das Leiden des A. als Dauerleiden mit Tendenz zur Verschlechterung beschrieben und ausgeführt, die Beschwerden des A. seien seit dem Infarkt im Jahre 1988 gleich geblieben; demgegenüber habe das LSG, ohne Rückhalt in einem medizinischen Gutachten und ohne Darlegung eigener medizinischer Kenntnisse, festgestellt, dass "in Anbetracht der seit 1990 deutlich zurückgegangenen und seit 1993 überhaupt nicht mehr dokumentierten Arbeitsunfähigkeitszeiten sogar eine Tendenz zur Besserung bestehen dürfte". Ferner habe Prof. Dr. H. das arbeitsamtsärztliche Gutachten Dr. R. mangels objektiver Untersuchungsbefunde für nicht verwertbar gehalten; demgegenüber stütze sich das LSG urkundenbeweislich auf dieses arbeitsamtsärztliche Gutachten. Insgesamt picke es sich aus dem Gutachten Prof. Dr. H. die wenigen Stellen heraus, die das Gutachten Dr. R. stützen könnten, lasse aber das von Prof. Dr. H. gefundene Ergebnis unberücksichtigt.

Diese Vorwürfe stimmen bereits nur teilweise mit den Tatsachen überein: Unzutreffend ist der Vorwurf, das LSG habe die von Prof. Dr. H. hervorgehobene Gefahr eines jederzeitigen Reinfarktes übersehen; insoweit führt das LSG aus, dieses Risiko habe unabhängig von der Packer-Tätigkeit bestanden und führe für sich allein noch nicht zur BU/EU. Im Übrigen beschreibt die Revision Verhaltensweisen, die im Revisionsverfahren nicht als Verletzung des [§ 128 Abs 1 SGG](#) gewertet werden können:

Prof. Dr. H. hat auf die Beweisfrage, ob es sich bei den erhobenen Befunden um solche mit Dauercharakter handele oder um einen besserungsfähigen Zustand, geantwortet, es bestehe "ein Dauerzustand eher mit Tendenz zur Verschlechterung"; dass hiermit vor allem die Frage nach einer Besserungsmöglichkeit verneint und nicht festgestellt werden sollte, es habe eine tatsächliche Verschlimmerung stattgefunden, ergibt sich aus den weiteren Ausführungen des Sachverständigen, der ebenso hervorhebt, dass eine wesentliche subjektive Progredienz nicht bestand, und auch aus der eher abnehmenden Häufigkeit von Krankmeldungen abgeleitet hat, man könne "keine wesentliche Progredienz des Herzleidens" annehmen. Wenn das LSG im Anschluss an die Wiedergabe dieser Äußerung von Prof. Dr. H. den Halbsatz anschließt: "... in Anbetracht der seit 1990 deutlich zurückgegangenen und seit 1993 überhaupt nicht mehr dokumentierten Arbeitsunfähigkeitszeiten dürfte sogar eine Tendenz zur Besserung bestanden haben", so dient diese - vorsichtig formulierte - Aussage wiederum eher zur Begründung, warum das LSG das Gegenteil - eine Verschlimmerung des Leidens - jedenfalls ausgeschlossen hat. Hierin liegt weder ein unberechtigtes Anmaßen eigener Sachkunde noch ein Abweichen vom Gutachten Prof. Dr. H. ...

Weiterhin verbietet [§ 128 Abs 1 SGG](#) dem Tatsachengericht nicht, die Ergebnisse früherer medizinischer Begutachtungen - auch dann, wenn (wie im vorliegenden Fall im Gutachten des Arbeitsamtsarztes Dr. R. vom 8. Dezember 1993) die ihnen zu Grunde liegenden Befunde nicht dokumentiert sind - im Sinne eines Beweisanzeichens zu würdigen und - auch einzelne - Aussagen späterer Gutachten als Verstärkung jener Indizien zu werten, um schließlich die eigene Überzeugung von einem bestimmten Geschehensablauf zu begründen. Eine - wie auch immer geartete - Bindung des Gerichts an Ausführungen eines Sachverständigen besteht nicht. Im vorliegenden Zusammenhang gilt wiederum, dass mangels objektiver kardiologischer Befunde für den streitigen Zeitraum von vornherein weder das vom LSG gefundene Ergebnis (keine Ansprüche auf anderweitige Sozialleistungen) noch das Gegenteil ausgeschlossen werden kann. Dann aber laufen die Angriffe der Revision dagegen ins Leere, dass sich das LSG für eine der beiden Alternativen entschieden hat.

2. Der Klägerin stehen auch nicht die Befreiungstatbestände der [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 4 und Nr 5 AFG](#) (Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch sozial gerechtfertigte Kündigung/Kündigung aus wichtigem Grund mit sozialer Auslauffrist) zur Seite.

a) Entgegen dem Vortrag der Revision kommt es im Rahmen des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 4 AFG](#) entscheidend auf die äußere Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. Das BSG hat seine diesbezügliche Rechtsprechung auch nicht durch Urteil vom 15. Dezember 1999 ([B 11 AL 33/99 R](#), [BSGE 85, 224 = SozR 3-4100 § 128 Nr 7](#)) aufgegeben. Dieses Urteil befasst sich vielmehr lediglich mit dem Sonderproblem der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Auslaufen infolge einer wirksamen Befristung (so auch klarstellend der 11. Senat im Urteil vom 21. September 2000 - [B 11 AL 5/00 R](#) = Beiträge Beilage 2001, 294, 298). Nach wie vor stellt auch der erkennende Senat (vgl zuletzt Senatsurteil vom 4. September 2001 - [B 7 AL 64/00 R](#), Umdruck S 11) darauf ab, ob das Arbeitsverhältnis in der Tat durch eine sozial gerechtfertigte Kündigung oder - wie im vorliegenden Fall - durch Aufhebungsvertrag beendet wurde. Im Übrigen liegt nahe, dass dem langjährig bei der Klägerin (bzw ihren Rechtsvorgängerinnen) beschäftigten A. im Jahre 1993 nicht ordentlich hätte gekündigt werden können.

b) So weit die Klägerin behauptet, sie sei iS des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 Nr 5 AFG](#) bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses des A. berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder mit sozialer Auslauffrist zu kündigen, da A. auf Grund seiner erheblichen gesundheitlichen Einschränkungen nicht mehr in der Lage gewesen sei, seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Packer zu erbringen, wird diesem Einwand gerade dadurch der Boden entzogen, dass das LSG in tatsächlicher Hinsicht festgestellt hat, dass A. die ihm auch sozial zumutbare Tätigkeit als Packer weiterhin hätte vollschichtig verrichten können; die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind, wie dargestellt, nicht begründet. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass der zurzeit inne gehabte Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausgeführt werden kann, nicht zwingend auf die Berechtigung des Arbeitgebers geschlossen werden, eine außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist auszusprechen; im Gegenteil setzt ein derartiges Vorgehen voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch nicht anderweitig einsetzen kann (vgl Fischermeier in: GemeinschaftsKomm zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl 2002, [§ 626](#) Bürgerliches Gesetzbuch, RdNr 132, 304 ff, 425). Hierfür aber fehlen jegliche Hinweise; angesichts der Größe des Unternehmens der Klägerin liegt eine fehlende Umsetzungsmöglichkeit auch nicht nahe.

3. Die Erstattungspflicht entfällt nicht nach [§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG](#).

a) Insoweit ist zunächst dem LSG nicht vorzuwerfen, es habe entgegen [§ 62 SGG](#) das rechtliche Gehör der Klägerin nicht gewahrt. Die Klägerin trägt vor, das LSG habe ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zum gesamten entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern, weil es ihren Sachvortrag nicht oder nicht hinreichend beachtet habe; sie bezieht sich auf eine - missverständliche - Passage im Berufungsurteil: "So weit sich die Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 29. Februar 2000 auf das Vorliegen der

Voraussetzungen der Auffangklausel des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG berufen hat, kann sie damit nicht mehr gehört werden." Hiermit kann jedoch in keiner Weise belegt werden, dass ein Vortrag der Klägerin vor dem LSG - unberechtigterweise - als verspätet zurückgewiesen worden sei. Im Gegenteil setzt sich das LSG-Urteil im Anschluss an den zitierten Passus im Einzelnen mit dem Vortrag auseinander und überprüft ihn in der Sache.

b) Auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG sind nicht erfüllt. Die Klägerin hat nicht dargelegt und nachgewiesen, dass die Erstattung für sie eine unzumutbare Belastung bedeutet, weil durch diese der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung des Personalabbaus verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet seien.

Insoweit beruft sich die Klägerin zu Unrecht auf ein (vom LSG als "Bescheid" bezeichnetes) Schreiben des ArbA Stuttgart vom 2. Mai 1994. Dieses beschränkt sich jedoch ausdrücklich darauf, der Klägerin zu bestätigen, sie sei von der Erstattungspflicht für diejenigen Arbeitnehmer befreit, deren Arbeitsverhältnis in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1993 beendet wurde, die in dieser Zeit ferner bereits das 58. Lebensjahr vollendet hatten und deren Anspruch auf Alg im Jahre 1993 entstanden ist. Eine entsprechende Ausdehnung der Befreiung auf den - für A. einschlägigen - Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 1994 wurde in jenem Schreiben ausdrücklich "noch nicht ausgesprochen" (und ist, da sich die Klägerin hierauf nicht beruft, offensichtlich auch nicht erfolgt). Zu Recht geht bereits das Schreiben davon aus, dass es im Rahmen des § 128 Abs 2 Nr 2 AFG - entgegen der Meinung der Klägerin - auf den Zeitpunkt ankommt, in dem der jeweilige Erstattungsbetrag fällig wird (s BSG vom 21. September 2000, [BSGE 87, 132](#), 141 = [SozR 3-4100 § 128 Nr 10](#)), hier also auf die Zeit ab April 1994. An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch angesichts der Argumente der Revision fest; er geht in einem anderen Zusammenhang gleichfalls davon aus, dass im Jahr vor Beginn der - potenziellen - Erstattungspflicht noch keine Anhaltspunkte für den Umfang eines hieraus folgenden wirtschaftlichen Nachteils vorliegen (Urteil vom 4. September 2001 - [B 7 AL 6/01 R](#) - zum Gegenstandswert bei einer Klage gegen einen "Grundlagenbescheid" nach § 128 AFG). Hinsichtlich der Zeit ab April 1994 aber hat die Klägerin eine unzumutbare Belastung nicht dargelegt und nachgewiesen.

4. Mit dem 11. Senat des BSG ist auch der erkennende Senat nach wie vor der Auffassung, dass die Erstattungspflicht des Arbeitgebers als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufwirft. Im Gegenteil steht die erörterte Rechtslage mit der Verfassung, insbesondere auch dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)) im Einklang. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass A. von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, Alg unter den erleichterten Voraussetzungen des § 105c AFG in Anspruch zu nehmen (Senatsurteil vom 3. Dezember 1998 - [B 7 AL 110/97 R](#) = [NZA-RR 1999, 330](#) mwN).

Nichts anderes ergibt sich schließlich aus dem Beschluss des BVerfG vom 10. November 1998 ([BVerfGE 99, 202](#) = [SozR 3-4100 § 128a Nr 9](#)), auf den sich die Klägerin insbesondere beruft. Mit dieser Entscheidung hat sich bereits der 11. Senat des BSG in seinem Urteil vom 22. März 2001 ([BSGE 88, 31](#), 41, zur Veröffentlichung auch in [SozR](#) vorgesehen) im Einzelnen auseinander gesetzt. Seinen Ausführungen schließt sich der erkennende Senat an; er sieht daher ebenso wenig wie der 11. Senat eine Veranlassung, das Verfahren nach [Art 100 Abs 1 GG](#) auszusetzen und die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

5. Der Höhe nach ist die Erstattungsforderung nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des LSG nicht zu beanstanden.

Dies gilt insbesondere auch für die mit der Erstattungsforderung geltend gemachten Beiträge zur KV, RV und PV, die auf das dem A. gezahlte Alg entfallen. Zwar stimmt die Berechnungsweise der Beklagten nicht voll mit dem Gesetz überein. Dies führt aber lediglich in einem Randbereich zu Differenzen, die sich im vorliegenden Fall nicht zu Lasten der Klägerin auswirken, weil die Beklagte im Ergebnis einen zu geringen Beitrag gezahlt hat.

Nach § 157 Abs 3 Satz 1 AFG (in der bis 31. Dezember 1994 geltenden Fassung durch das Gesundheitsreformgesetz vom 20. Dezember 1988, [BGBl I 2477](#)) galt als beitragspflichtige Einnahme ([§ 223](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V)) das durch sieben geteilte wöchentliche Arbeitsentgelt, das der Bemessung des Alg zu Grunde lag, so weit es ein Dreihundertsechzigstel der Jahresarbeitsentgeltgrenze der gesetzlichen KV nicht überstieg. Da nach [§ 223 Abs 1 SGB V](#) der KV-Beitrag bezogen auf den Tag zu berechnen ist und nach [§ 223 Abs 2 SGB V](#) die Woche mit sieben Tagen gerechnet wird, sieht auch § 157 Abs 3 Satz 1 AFG vor, dass das wöchentliche Bemessungsentgelt durch sieben geteilt wird. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen (Urteil vom 19. März 1998 - [B 7 AL 20/97 R](#) = [EzS 5/26 S 294](#)), dass die Beklagte bei der Berechnung der KV-Beiträge entgegen dem Wortlaut des § 157 Abs 3 AFG das Bemessungsentgelt nicht durch sieben, sondern durch sechs teilt und dann mit der Zahl der Tage multipliziert, für die Alg gezahlt worden ist (vgl [Theuerkauf in Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, Stand Juli 1997, § 157 RdNr 20](#)). Diese Berechnungsweise, die dem § 114 AFG Rechnung trägt, wird entgegen dem Wortlaut der Norm bereits in den Gesetzesmaterialien zur Entwurfsfassung nahe gelegt ([BT-Drucks 8/4022, S 91](#), zu § 2 Nr 10 (§ 157 AFG)) und ist in dieser Form auch zwischen den beteiligten Trägern vereinbart (im Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen und der BA vom 20. November 1980, DOK 1981, 92, 94). Die unterschiedlichen Berechnungsweisen führen bei vollen Wochen nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen: Es ist einerlei, ob durch 6 geteilt und mit 6 multipliziert oder durch 7 geteilt und mit 7 multipliziert wird.

Ein abweichender Beitrag und Erstattungsbetrag ergibt sich jedoch dann, wenn für bei der Beitragsberechnung zu berücksichtigende Teilwochen (jeweils am Anfang und am Ende der jeweiligen Zahlungszeiträume) die Zahl der tatsächlichen Leistungstage durch sechs statt durch sieben geteilt wird:

Der Erstattungszeitraum begann im vorliegenden Fall am Samstag, dem 9. April 1994. Die Berechnungsweise der Beklagten führt nun dazu, dass für die 14. Kalenderwoche 1994 (vom 4. bis 10. April) das auf Samstag entfallende Sechstel des wöchentlichen Arbeitsentgelts (DM 1.000,- : 6 = DM 166,67; hiervon 12,4 % - Beitragssatz zur KV -: DM 20,67) der Beitragsberechnung zu Grunde lag und nicht, wie richtigerweise, die auf Samstag und Sonntag entfallenden zwei Siebtel (DM 1.000,- x 2 : 7 = DM 285,71; hiervon 12,4 %: DM 35,43); insoweit ergab sich (zu Gunsten der Klägerin) eine Differenz von DM 14,76 an eigentlich zu wenig gezahltem KV-Beitrag.

Die Rechnung für das Ende des Erstattungszeitraums (Montag, 26. Februar 1996) führt zum entgegengesetzten Ergebnis: Die Berechnungsweise der Beklagten hat zur Folge, dass zur Berechnung der KV-, RV- und PV-Beiträge (zur KV vgl § 157 Abs 3 Satz 1 AFG in der ab 1. Januar 1995 geltenden Fassung durch das Rentenreformgesetz 1992 vom 18. Dezember 1989, [BGBl I 2261](#); zur RV vgl [§ 166 Abs 1 Nr](#)

[2 SGB VI](#) idF durch das Pflege-Versicherungsgesetz (PflegeVG) vom 26. Mai 1994, [BGBl I 1014](#); zur PV [§ 57 Abs 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch idF durch das PflegeVG, aaO, iVm § 157 Abs 3 AFG) für die 9. Kalenderwoche 1996 (vom 26. Februar bis 3. März) ein Sechstel von 80 % des wöchentlichen Arbeitsentgelts (DM 1.090,- x 80 %: 6 = DM 145,33; hiervon 12,4 % (KV) + 1 % (PV) + 19,2 % (RV), also insgesamt 32,6 %: DM 47,38) der Beitragsberechnung zu Grunde lag und nicht, wie richtigerweise, ein Siebtel (DM 1.090,- x 80 %: 7 = DM 124,57; hiervon 32,6 %: DM 40,61); insoweit ergab sich (hier zu Ungunsten der Klägerin) eine Differenz von DM 6,77 an eigentlich zu viel gezahltem Beitrag.

Insgesamt hat die Beklagte durch ihre Berechnungsweise damit DM 7,99 an nach dem Gesetz zu entrichtenden und von der Klägerin zu erstattenden Beiträgen aus dem Alg erspart; sie wirkt sich damit nicht zu Lasten der Klägerin aus.

Der hiervon abweichenden Berechnungsweise des Hessischen LSG (zB Urteil vom 11. August 1999 - [L 6 AL 309/98](#) = [NZZ 2000, 204](#), 205) kann nicht gefolgt werden.

Das LSG geht davon aus, dass der Beitragsbemessung für jeden vollen Kalendermonat dreißig Siebtel des wöchentlichen Arbeitsentgelts - nicht mehr und nicht weniger - zu Grunde zu legen sind. Dabei greift es auf den in § 157 Abs 3 Satz 1 AFG in Bezug genommenen [§ 223 SGB V](#) zurück, nach dessen Abs 1 die Beiträge für jeden Kalendertag der Mitgliedschaft zu zahlen sind und in dessen Abs 2 Satz 2 es heißt, dass für die Berechnung (der beitragspflichtigen Einnahmen des Mitglieds) die Woche zu sieben, der Monat zu 30 und das Jahr zu 360 Tagen anzusetzen ist. Der hieraus abgeleiteten Annahme, dass bei der Beitragsberechnung nach [§ 223 SGB V](#) für jeden vollen Kalendermonat 30 Tage - also für Alg-Bezieher: dreißig Siebtel des wöchentlichen Arbeitsentgelts - anzusetzen sind, was in der Tat zu niedrigeren Beiträgen führt (vgl Halbach/Hinz, Beiträge 1970, 171 ff), ist jedoch bereits das Reichsversicherungsamt (RVA) zu den Vorgängervorschriften (§ 180 und § 385 Reichsversicherungsordnung, deren Regelungen in [§ 223 SGB V](#) übernommen worden sind: [BT-Drucks 11/2237](#) zu § 232 des Entwurfs) entgegengetreten: Gesetzgeberisches Ziel der Monats-Umrechnungsvorschrift war nämlich, bei gleich bleibendem Monatslohn - unabhängig von der Monatslänge - zu gleich bleibenden Tagesbeitrags- (oder -leistungs-)sätzen zu gelangen (sonst wäre zB insoweit im Februar ein höherer Beitrag angefallen als im März). Diese Problematik stellt sich bei gleich bleibendem Wochenlohn jedoch nicht. Die Monatsumrechnung gilt vielmehr nur, wenn das Arbeitsentgelt nach Monaten bemessen ist (RVA vom 13. November 1936, AN 1937, 71, 72 f). Dieser Rechtsprechung hat sich das BSG angeschlossen ([BSGE 25, 4](#), 5 = SozR Nr 7 zu § 180 RVO). Auch für [§ 223 SGB V](#) ist weiterhin von dieser Rechtslage auszugehen.

Die Entscheidung der Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-28