

## B 11 AL 70/00 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
11

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

-

Datum

15.06.2000

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 11 AL 70/00 R

Datum

22.03.2001

Kategorie

Urteil

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

Gründe:

I

Die Klägerin wendet sich gegen ihre Heranziehung zur Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) einschließlich hierauf entfallender Beiträge gemäß § 128 Arbeitsförderungsgesetz (AFG).

Der am 12. Dezember 1931 geborene H. S. (S.) war von 1957 an bei der Klägerin, die früher als "G. Organisations-Gesellschaft mit beschränkter Haftung" firmierte, beschäftigt. Seit 1974 war er stellvertretender Geschäftsführer, seit 1979 Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung. Durch Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) war S. mit Wirkung ab 1. Januar 1968 aufgrund einer abgeschlossenen befreienden Lebensversicherung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung gemäß Art 2 § 1 des Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetzes (AnVNG) idF des Finanzänderungsgesetzes vom 21. Dezember 1967 ([BGBl I 1259](#)) befreit worden.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 1992 widerrief die G. Vertriebs-Aktiengesellschaft (Vertriebs-AG) im eigenen Namen sowie namens und im Auftrag der Klägerin die Bestellung zum Geschäftsführer zum 31. Dezember 1992, kündigte den bestehenden Dienstvertrag fristgerecht zum 31. Dezember 1994 und entband S. ab 1. Januar 1993 von seinen Dienstpflichten. Am 22. Januar 1993 schlossen S. und die Vertriebs-AG (diese zugleich handelnd für die Klägerin) einen Aufhebungsvertrag, wonach das Dienstverhältnis zum 31. Dezember 1992 gegen Zahlung einer Abfindung von 550.000 DM brutto endete.

Dem am 30. März 1993 gestellten Antrag auf Alg entsprach die Beklagte ab 25. Juni 1993; für die Zeit davor lehnte sie den Antrag wegen der Abfindung ab. Die Beklagte zahlte an S. Alg ua für die Zeit vom 25. Juni 1993 bis 31. Dezember 1994. Für Januar 1995 erhielt S. von der BfA Altersrente für langjährig Versicherte; die BfA stellte die Rentenzahlung nach Zurücknahme des Rentenantrags durch S. mit Ablauf des Monats Januar 1995 ein. Danach zahlte die Beklagte S. wiederum das - mehr als doppelt so hohe - Alg bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 29. Dezember 1995. Im übrigen bezog S. ab Januar 1995 von der Versorgungskasse des G. eine Betriebsrente in Höhe von monatlich 9.450 DM.

Die Beklagte stellte gegenüber der Klägerin deren Erstattungspflicht gemäß § 128 AFG dem Grunde nach für längstens 624 Tage fest und forderte Erstattung des an S. für die Zeit vom 25. Juni 1993 bis 31. Dezember 1994 gezahlten Alg zuzüglich Beiträge in der Gesamthöhe von 76.131,12 DM (Bescheide vom 31. Juli 1995, Bescheid vom 11. Oktober 1995, Widerspruchsbescheid vom 26. Oktober 1995). Den Widerspruch legte die G. Versicherungs-Beteiligungs-Aktiengesellschaft (Beteiligungs-AG) - die angezeigt hatte, sie sei mit der Durchführung des Verfahrens betraut - im Namen der Klägerin ein. An die Beteiligungs-AG wurde auch der Widerspruchsbescheid adressiert. In der Folgezeit wurde die Erstattungsforderung von 76.131,12 DM in voller Höhe beglichen.

Nach Klageerhebung ersetzte die Beklagte die früheren Bescheide durch zwei an die Beteiligungs-AG gerichtete Bescheide vom 11. September 1997, mit denen sie nunmehr nur noch Erstattung des im Zeitraum 25. Juli 1993 bis 31. Dezember 1994 gezahlten Alg einschließlich der Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung in Höhe von insgesamt 71.971,67 DM forderte. Der überzahlte Betrag (76.131,12 - 71.971,67 = 4.159,45 DM) wurde von der Beklagten zurückerstattet. Das Sozialgericht (SG) hob die Bescheide vom 11.

September 1997 mit der Begründung auf, eine Erstattungspflicht der Klägerin entfalle in entsprechender Anwendung von § 128 Abs 1 Satz 2 AFG, weil S. für den streitigen Zeitraum Anspruch auf Leistungen aus der befreienden Lebensversicherung gehabt habe, die er mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende habe kündigen können (Urteil vom 23. Juli 1998). Während des Berufungsverfahrens ergingen weitere Erstattungsbescheide der Beklagten, nämlich der Bescheid vom 17. Dezember 1998 - gerichtet an die Beteiligungs-AG -, der Bescheid vom 15. April 1999 - gerichtet an G., F., B. - und schließlich nach Anhörung ein an die Klägerin adressierter Bescheid vom 5. August 1999, mit dem die Beklagte einen Erstattungsbetrag von insgesamt 71.971,67 DM für den Zeitraum 25. Juli 1993 bis 31. Dezember 1994 forderte.

Das Landessozialgericht (LSG) hat das Urteil des SG geändert und die Klage abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG im wesentlichen ausgeführt: Gegenstand des Berufungsverfahrens sei nur der nach Anhörung der Klägerin erteilte Bescheid vom 5. August 1999, der sämtliche vorangegangenen Erstattungsbescheide ersetzt habe. Dieser Bescheid sei nicht bereits aus formellen Gründen aufzuheben. Die Beteiligungs-AG sei in derselben Weise angehört worden wie die Klägerin; die anfangs unterlassene Anhörung sei wirksam nachgeholt worden. Der Erstattungsbescheid sei auch materiell nicht zu beanstanden. Die Klägerin sei Arbeitgeberin iS des § 128 Abs 1 Satz 1 AFG; diese Rechtsstellung berühre ihre Namensänderung nicht. S. sei seit 1957 ununterbrochen beitragspflichtig beschäftigt gewesen; dem stehe nicht entgegen, daß er zeitweise alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH gewesen sei, denn er sei in den Betrieb seines Arbeitgebers eingegliedert und dessen Weisungsrecht unterworfen gewesen. Ihm habe Alg für den streitigen Zeitraum in der gezahlten Höhe zugestanden. Die Höhe des für den Erstattungszeitraum gezahlten Alg sei zutreffend ermittelt und von der Klägerin auch nicht beanstandet. Der Nichteintritt der Erstattungspflicht folge nicht aus § 128 Abs 1 Satz 2 AFG; eine im Wege erweiternder Auslegung der §§ 128, 118 AFG vorzunehmende Gleichstellung der Leistung aus einer befreienden Lebensversicherung mit der Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung sei nicht gerechtfertigt. Zwar sei eine teilweise vorhandene "funktionale Identität" nicht in Abrede zu stellen; auch habe der Arbeitgeber Zuschüsse in Höhe des Beitragsanteils zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet. Gleichwohl entfalle die vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geforderte besondere Verantwortungsbeziehung nur, wenn der Arbeitnehmer die Voraussetzung für eine Leistung erfülle, bei deren Zuerkennung kein Anspruch auf Alg bestehe. Bei Leistungen, die neben Alg bezogen werden könnten, habe der Arbeitnehmer keinen Einfluß, die Zahlungspflicht der Bundesanstalt für Arbeit (BA) wegen Vorrangs einer anderen Sozialleistung zu beseitigen. Deshalb sei auch unerheblich, ob es S. zuzumuten gewesen sei, den Anspruch aus der Lebensversicherung - möglicherweise mit finanziellen Nachteilen - vorzeitig geltend zu machen. Zugunsten der Klägerin greife auch nicht der Befreiungstatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG ein, da sie das Arbeitsverhältnis nicht durch Kündigung, sondern durch Aufhebungsvertrag beendet habe. Entgegen der erhobenen Verjährungseinrede sei der Erstattungsanspruch nicht verjährt, da die Verjährungsfrist durch die Abrechnungs- und Erstattungsbescheide und das anschließende Erstattungsstreitverfahren unterbrochen worden sei.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung der §§ 128 Abs 1 Satz 2, 118 Abs 1 AFG sowie der [Art 12](#) und [3](#) Grundgesetz (GG): Nach dem Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 treffe die Erstattungspflicht nur Arbeitgeber mit besonderer Verantwortungsbeziehung zu den ausscheidenden Arbeitnehmern und ihrem Ausscheiden. Es mache weder für Arbeitgeber noch für Arbeitnehmer inhaltlich einen Unterschied, ob der Lebensunterhalt mit Hilfe einer Altersrente oder einer Leistung aus einer befreienden Lebensversicherung bestritten werde. Dies zeigten schon die Ausführungen des BVerfG, wonach mit dem Vorruhestandsgesetz (VRG) erstmals ein Gesamtkonzept zur Frührentierung älterer Arbeitnehmer im Rahmen einer Strategie zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit jüngerer Arbeitnehmer geschaffen worden sei. Dementsprechend habe der Gesetzgeber auch im Altersteilzeitgesetz (AltTZG) das Ruhen von Leistungen angeordnet, wenn der Arbeitnehmer Leistungen aus einer befreienden Lebensversicherung in Anspruch nehmen könne. Die Lebensversicherung sei nichts anderes als ein Surrogat, das ebenfalls der Sicherung des Lebensunterhalts im Alter diene, bzw ein vollwertiges Äquivalent zur gesetzlichen Rentenversicherung. Dies folge bereits aus dem Wortlaut des Art 2 § 1 AnVNG und aus der Gleichwertigkeit der Aufwendungen des Arbeitgebers für die Alterssicherung des Beschäftigten. Sie habe keinen Einfluß auf die Befreiung des S. von der Rentenversicherungspflicht gehabt und habe S. finanziell so behandelt, wie wenn er rentenversicherungspflichtig gewesen wäre. Es gebe keinen sachlich einleuchtenden Grund, weshalb die Leistung bei einem rentenversicherungspflichtigen Arbeitnehmer anders behandelt werden dürfe als bei einem Zuschuß für eine befreiende Lebensversicherung. Wenn es der Gesetzgeber versäumt habe, eine den §§ 2 VRG und 4 AltTZG gleiche Regelung in § 128 AFG aufzunehmen, so könne dies nicht zu ihrem Nachteil sein; die Lücke beruhe nicht auf gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit, sondern sei offensichtlich vom Gesetzgeber nicht erkannt worden. Daß S. eine hohe Abfindung kassiert und anschließend gemeint habe, sich auch noch zu Lasten der Solidargemeinschaft "bedienen" zu müssen, beruhe auf einer für sie völlig unerwarteten Entscheidung des S.; sie habe davon ausgehen dürfen, daß S. keinen Antrag auf Alg stelle. Sie könne nicht verpflichtet werden, für ein treuwidriges Verhalten des S. besondere Verantwortung zu tragen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des LSG und den Bescheid der Beklagten vom 5. August 1999 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

II

Die Revision der Klägerin ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Ob die Klägerin, wie in dem gemäß §§ 153, 96 Sozialgesetzgesetz (SGG) kraft Klage in das Verfahren vor dem LSG einbezogenen Bescheid vom 5. August 1999 (vgl. [BSGE 59, 137](#), 139 = SozR 2200 § 368 Nr 14 mwN) geregelt worden ist, 71.971,67 DM an Alg und Beiträgen für die Zeit vom 25. Juli 1993 bis 31. Dezember 1994 zu erstatten hat, kann aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entschieden werden.

Rechtsgrundlage des Erstattungsanspruchs der Beklagten ist § 128 AFG (eingefügt durch das Gesetz zur Änderung der

Förderungsvoraussetzungen im AFG und in anderen Gesetzen vom 18. Dezember 1992, [BGBl I 2044](#)). Diese Vorschrift ist zwar durch Art 11 Nr 27 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#)) aufgehoben worden. Auf Erstattungsansprüche für Zeiten bis zum 31. März 1997, um die es hier ausschließlich geht, wirken sich die Aufhebung der Vorschrift und die mit ihr erlassenen Übergangsvorschriften (§ 242x Abs 6 AFG und [§ 431](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung) aber nicht aus; denn die Aufhebungsvorschrift ist erst am 1. April 1997 in Kraft getreten (Art 83 Abs 3 AFRG).

Die Grundvoraussetzungen für eine Erstattungspflicht der Klägerin liegen vor. Nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG erstattet der Arbeitgeber, bei dem der Arbeitslose innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag der Arbeitslosigkeit, durch den nach § 104 Abs 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, der BA vierteljährlich das Alg für die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des Arbeitslosen, längstens für 624 Tage. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG stand S. innerhalb der letzten vier Jahre vor dem Tag, durch den nach § 104 Abs 2 AFG die Rahmenfrist bestimmt wird, hier also dem 30. März 1993, mindestens 720 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung bei der Klägerin; daß die Klägerin während der Beschäftigung eine andere Bezeichnung führte, ist unerheblich. Zur Beschäftigung des S. hat das LSG unangegriffen festgestellt, S. sei als Geschäftsführer in den Betrieb der Klägerin eingegliedert und deren Weisungen unterworfen gewesen. S. war danach auch als Geschäftsführer beitragspflichtig beschäftigt (§§ 168, 169 AFG; vgl Niesel, AFG, 2. Aufl 1998, § 168 RdNr 15 ff). Dem steht nicht entgegen, daß S. in der Rentenversicherung von der Versicherungspflicht befreit war, zumal eine Befreiung notwendigerweise voraussetzt, daß dem Grunde nach Versicherungspflicht besteht; denn maßgebend ist nach § 128 Abs 1 Satz 1 AFG eine die Beitragspflicht zur BA begründende Beschäftigung, von der es eine Befreiung nicht gibt. Die Erstattungsforderung bezieht sich schließlich nur auf die Zeit nach Vollendung des 58. Lebensjahres des 1931 geborenen S. Die Höchstdauer von 624 Tagen ist nicht überschritten.

Nach § 128 Abs 1 Satz 2 AFG tritt die Erstattungspflicht allerdings in bestimmten Fällen nicht ein. Soweit kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, daß das Arbeitsverhältnis vor Vollendung des 56. Lebensjahres beendet worden sei, denn S. war Ende 1992 61 Jahre alt, noch daß sie dargelegt und nachgewiesen habe, daß ein Fall der Nrn 1 bis 7 vorläge. Zu Recht hat das LSG den Ausnahmetatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG verneint. Danach tritt die Erstattungspflicht nicht ein, wenn der Arbeitgeber darlegt und nachweist, daß er das Arbeitsverhältnis durch sozial gerechtfertigte Kündigung beendet hat. Das Arbeitsverhältnis des S. ist indes nicht durch die zum 31. Dezember 1994 ausgesprochene Kündigung, sondern durch Aufhebungsvertrag zum 31. Dezember 1992 beendet worden. Ein Aufhebungsvertrag erfüllt den Tatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG jedoch nicht (seit [BSGE 81, 259](#), 264f = SozR 4100 § 128 Nr 5 ständige Rechtsprechung, vgl zuletzt das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats vom 14. Dezember 2000 - [B 11 AL 19/00 R - mwN](#)).

Der Klägerin kommt ferner nicht zugute, daß nach § 128 Abs 1 Satz 2 AFG die Erstattungspflicht für die Zeit nicht eintritt, für die der Arbeitslose auch die Voraussetzungen für eine der in § 118 Abs 1 Satz 1 Nrn 2 bis 4 AFG genannten Leistungen oder für eine Rente wegen Berufsunfähigkeit erfüllt. Anhaltspunkte für gesundheitliche Beeinträchtigungen des S., die einen Anspruch auf Leistungen wie Krankengeld oder eine Rente wegen Erwerbsminderung hätten begründen können, hat das LSG nicht festgestellt; die Klägerin hat im Revisionsverfahren die Feststellungen des LSG nicht beanstandet und auch vor den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht, daß die Erstattungspflicht deshalb nicht eingetreten sei. Einen Anspruch auf eine Altersrente aus einer der gesetzlichen Rentenversicherungen hatte S. in der Zeit vom 25. Juli 1993 bis 31. Dezember 1994, für die die Beklagte die Erstattung des Alg verlangt, nicht. Eine Altersrente für langjährig Versicherte nach [§ 36](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), eingeführt durch das Rentenreformgesetz 1992 vom 18. Dezember 1989 ([BGBl I 2261](#)), konnte S., da er erst am 12. Dezember 1994 das 63. Lebensjahr vollendete, erst ab Januar 1995 in Anspruch nehmen. Für eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit nach [§ 38 SGB VI](#) fehlte es zumindest bis Dezember 1993 am Erfordernis der Arbeitslosigkeit von 52 Wochen (Nr 2) und danach jedenfalls an den erforderlichen Pflichtbeitragszeiten von acht Jahren in den letzten zehn Jahren vor Rentenbeginn (Nr 3). Leistungen aus einer privaten Lebensversicherung, auch einer befreienden, stammen schließlich nicht aus öffentlichen Mitteln und zählen daher, wie der Senat schon entschieden hat, nicht zu den das Ruhen des Alg begründenden Altersbezügen der gesetzlichen Rentenversicherung "ähnlichen Leistungen öffentlich-rechtlicher Art" iS des § 118 Abs 1 Satz 1 Nr 4 AFG ([SozR 3-4100 § 137 Nr 9](#)).

Dennoch ist der Umstand, daß S. von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung aufgrund des Art 2 § 1 AnVNG befreit und aufgrund seiner befreienden Lebensversicherung gegebenenfalls auf den Bezug von Alg nicht angewiesen war, für den Eintritt der Erstattungspflicht des Arbeitgebers nicht ohne Bedeutung, wie die Revision zutreffend geltend macht. Nach dem Wortlaut des § 128 Abs 1 Satz 2 AFG führt zwar die Möglichkeit des Arbeitslosen, anstelle von Alg von seiner befreienden Lebensversicherung zu leben, anders als bei Rentenansprüchen aus den gesetzlichen Rentenversicherungen nicht dazu, daß die Erstattungspflicht des Arbeitgebers nicht eintritt. Es liegt insoweit jedoch eine planwidrige Gesetzeslücke vor, die dem Normgehalt der Vorschrift entsprechend zu füllen ist, um den Arbeitgeber, dessen früherer Arbeitnehmer von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreit war, im Hinblick auf die Erstattung von Alg nicht anders zu behandeln, als wenn der Arbeitnehmer nicht von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung befreit gewesen wäre.

Der Nichteintritt der Erstattungspflicht wegen eines Anspruchs auf eine sogenannte alternative Sozialleistung hat die Bundesregierung bei der Wiedereinführung des § 128 AFG 1992 unter Berufung auf das BVerfG damit begründet, daß es an der besonderen Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers für die Folgekosten der Freisetzung eines älteren Arbeitnehmers fehle, wenn dieser Anspruch auf soziale Sicherung aus einem anderen Sozialleistungssystem als dem der Arbeitslosenversicherung habe ([BT-Drucks 12/3211 S 24](#)). Das BVerfG hatte in seinem Urteil vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#) = [SozR 3-4100 § 128 Nr 1](#)) für die frühere Fassung des § 128 AFG insoweit einen Verstoß gegen [Art 12 Abs 1 GG](#) bejaht, als die Erstattungspflicht ohne Rücksicht darauf bestand, ob der aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidende Arbeitnehmer eine andere Sozialleistung beanspruchen könnte, die einen Anspruch auf Alg oder Arbeitslosenhilfe ruhen oder entfallen ließe. Es sei geboten, die Erstattungspflicht nur dann eintreten zu lassen, wenn den Arbeitgeber eine besondere Verantwortung für den Eintritt der Arbeitslosigkeit des älteren Arbeitnehmers und damit für die Gewährung der zu erstattenden Leistung treffe; eine solche Verantwortung bestehe dann nicht, wenn ein ausscheidender Arbeitnehmer Anspruch auf soziale Sicherung aus einem anderen Sozialleistungssystem als dem der Arbeitslosenversicherung jedenfalls bei entsprechender Antragstellung habe; in einem solchen Fall trete nicht eigentlich Arbeitslosigkeit ein, sondern es realisiere sich ein vorrangig von anderen Systemen (wie Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung) abzudeckendes Risiko. Hierbei dürfe nicht außer Betracht bleiben, daß der Arbeitgeber durch die Aufbringung der Mittel für die gesetzliche Unfallversicherung und die Beitragsanteile für die Kranken- und Rentenversicherung in erheblichem Maße zur sozialen Sicherung in diesen Systemen beigetragen habe. Werde in solchen Fällen gleichwohl Alg gezahlt, so habe der Arbeitgeber diese Art Arbeitslosigkeit nicht wesentlich verursacht, sondern nur formal an ihrem Eintritt mitgewirkt ([BVerfGE 81, 156](#), 197 f = [SozR 3-4100 § 128 Nr](#)

1).

Das BVerfG behandelte indes 1990 angesichts der Vorlagen, über die es zu entscheiden hatte, nur den Regelfall sozialversicherter Arbeitnehmer. Die Gesetzesbegründung, die sich auf das BVerfG beruft, und entsprechend das 1992 beschlossene Gesetz befassen sich daher nicht mit dem Ausnahmefall des an sich versicherungspflichtigen Angestellten, der sich von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung hat befreien lassen und die Vorsorge für den Fall des Todes und des Alters in eigener Verantwortung durch private Lebensversicherung getroffen hat. Nach den Grundgedanken des BVerfG gilt aber auch für den Arbeitgeber eines solchen freigesetzten Arbeitnehmers, daß die Verantwortungsbeziehung des Arbeitgebers für Folgekosten der Arbeitslosigkeit fehlt, wenn der Arbeitnehmer für die Zeit der Arbeitslosigkeit die Sicherung seines Unterhalts aus dem Sicherungssystem entnehmen kann, dem er sich anstelle der Angestelltenversicherung angeschlossen hat. Denn die Sozialordnung sieht dieses System als der Rentenversicherung gleichwertig an, wie sich aus dem Befreiungsrecht ergibt und durch die Verpflichtung der Beklagten bestätigt wird, anstelle von Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung für Empfänger von Alg (und anderen Leistungen) Beiträge zu solchen privaten Lebensversicherungen zu tragen (vgl § 166b Abs 1 AFG), die der Arbeitgeber gegebenenfalls nach § 128 Abs 4 AFG zu erstatten hat. Hinzu kommt, daß der Arbeitgeber auch in diesen Fällen regelmäßig zum Alterssicherungssystem seines Angestellten beigetragen hat, allerdings nicht aufgrund gesetzlicher Verpflichtung, wie auch im vorliegenden Fall festgestellt.

Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß zwischen Arbeitgebern, die einen rentenversicherungspflichtigen Arbeitnehmer über Jahre hinweg beschäftigt haben und Arbeitgebern wie die Klägerin, die für die Lebensversicherung eines von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreiten Arbeitnehmers Aufwendungen in Höhe des Arbeitgeberanteils am Beitrag zur Rentenversicherung erbracht haben, keine Unterschiede von solchem Gewicht bestehen, daß eine gänzliche Außerachtlassung der Möglichkeiten des ausgeschiedenen Arbeitnehmers aus seiner befreienden Lebensversicherung bei der Erstattungsregelung nach § 128 AFG gerechtfertigt wäre. Zwar bestehen zwischen der öffentlich-rechtlich ausgestalteten Versorgung der gesetzlichen Rentenversicherung und der privat-rechtlich organisierten Versorgung in Form der Lebensversicherung Unterschiede, die es dem privat Versicherten im Gegensatz zum gesetzlich Versicherten ermöglichen, gleichzeitig die private Altersvorsorge und Alg in Anspruch zu nehmen (BSG [SozR 3-4100 § 137 Nr 9](#)). Für die Erstattungspflicht des Arbeitgebers kommt diesen Unterschieden jedoch kein entscheidendes Gewicht zu; denn sie beruht auf der besonderen Verantwortung des Arbeitgebers für den Eintritt der Arbeitslosigkeit des älteren Arbeitnehmers. Wie bei der gesetzlichen Altersrente hängt es auch bei einer befreienden Lebensversicherung weitgehend von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er die Versicherung in Anspruch nimmt oder nicht. Hinzu kommt, daß der Arbeitgeber keine realistische Möglichkeit hatte, den Arbeitnehmer anzuhalten, vom Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung abzusehen.

Daß die Inanspruchnahme einer befreienden Lebensversicherung nicht zum Ruhen des Anspruchs auf Alg führt, steht einer entsprechenden Anwendung nicht entgegen; denn die Erstattungspflicht tritt nach § 128 Abs 1 Satz 2 AFG auch nicht ein, solange der Arbeitslose Anspruch auf Rente wegen Berufsunfähigkeit hat, deren Zuerkennung das Ruhen des Anspruchs auf Alg nicht begründet. Nicht die Ruhensfolge, sondern die Zuständigkeit eines anderen Sicherungssystems, zu dem der Arbeitgeber beigetragen hat, ist die Rechtfertigung dafür, daß der Arbeitgeber Alg nicht zu erstatten hat (aA [Wissing NZA 1993, 385, 387](#); [Niesel, AFG, 2. Aufl 1998, § 128 RdNr 26](#); [Wissing/Eicher/Bartz/Schmidt-De Caluwe, SGB III, § 147a RdNr 50](#)). Eine entsprechende Anwendung ist daher nicht ausgeschlossen, sondern geboten (vgl [Buchner ZIP 1993, 717, 730 f](#) und [NZA 1993, 481, 484](#); [Joswig VersR 1996, 823](#); [Hennig/Kühl/Heuer/Henke, AFG, § 128 RdNr 16](#)).

Allerdings kann die Erstattungspflicht des Arbeitgebers eines von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung befreiten Arbeitnehmers nicht ungeachtet der Zugangsvoraussetzungen zu den Renten der gesetzlichen Rentenversicherung schon deshalb verneint werden, weil der Arbeitslose aufgrund rechtzeitiger Kündigung für den streitbefangenen Zeitraum Leistungen aus der befreienden Lebensversicherung hätte in Anspruch nehmen könne, wie das SG gemeint hat. Denn es besteht auch kein Grund, Arbeitgeber von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung befreiter Arbeitnehmern gegenüber anderen Arbeitgebern gegebenenfalls besser zu stellen, jedenfalls nicht in Fällen wie dem vorliegenden, in dem der Arbeitslose seine befreiende Lebensversicherung in der Zeit, für die er das Alg erhalten hat, das der Arbeitgeber erstatten soll, nicht in Anspruch genommen hat. Hat der Arbeitslose weder Versicherungsleistungen aufgrund eines vertraglich vorgesehenen Versicherungsfalles noch den sogenannten Rückkaufwert bzw die Rückvergütung der befreienden Lebensversicherung (vgl dazu BSG [SozR 3-7825 § 5 Nr 2](#)) bezogen, obwohl dies möglich gewesen wäre, kann der Arbeitgeber zur Gleichstellung nur geltend machen, so behandelt zu werden, wie wenn die Befreiung von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung unterblieben wäre. Hätte der Arbeitnehmer dann eine die Erstattungspflicht des Arbeitgebers ausschließende Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung zu beanspruchen, entsteht auch die Erstattungspflicht des Arbeitgebers nicht. Unterstellt, S. habe die befreiende Lebensversicherung wegen eines Versicherungsfalles oder durch Rückkauf in Anspruch nehmen können, hat dies zur Folge, daß die Erstattungspflicht der Klägerin entfällt, sobald S., wäre er von der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung nicht befreit gewesen, die Altersrente wegen Arbeitslosigkeit nach [§ 38 SGB VI](#) hätte in Anspruch nehmen können.

Ob und ab wann dies in Betracht kommt, kann aufgrund der vom LSG getroffenen Feststellungen nicht entschieden werden. Abgesehen davon, daß das LSG nicht festgestellt hat, von wann ab S. die befreiende Lebensversicherung hätte in Anspruch nehmen können, läßt sich den Feststellungen des LSG nicht entnehmen, von welchem Zeitpunkt an eine Altersrente wegen Arbeitslosigkeit in Betracht gekommen wäre. Sie setzt nach [§ 38 SGB VI](#) ua eine Arbeitslosigkeit von 52 Wochen innerhalb der letzten eineinhalb Jahre vor Rentenbeginn voraus. Wann S. die 52 Wochen zurückgelegt hatte, hat das LSG nicht festgestellt. Dies läßt sich auch nicht aus dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses und dem Zeitablauf schließen; denn der in [§ 38 SGB VI](#) verwandte Begriff der Arbeitslosigkeit deckt sich nicht mit dem der Beschäftigungslosigkeit, sondern setzt voraus, daß der Rentenbewerber vorübergehend unfreiwillig ohne Arbeit, arbeitswillig und arbeitsfähig und darüber hinaus subjektiv ernstlich bereit gewesen ist, jede zumutbare Tätigkeit zum nächstmöglichen Termin aufzunehmen.

Da die Klägerin hiernach möglicherweise nur für das bis Anfang 1994 gezahlte Alg erstattungspflichtig ist, muß ihre Revision zur Zurückverweisung der Sache an das LSG führen; eine abschließende Entscheidung aus anderen Gründen ist dem Senat nicht möglich.

Von einer Verjährung des Erstattungsanspruchs der Beklagten kann entgegen dem Vortrag der Klägerin vor dem LSG keine Rede sein. Denn eine entsprechend [§ 25](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch laufende Verjährungsfrist ist gemäß [§ 52 Abs 1 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) bereits durch die ersten Bescheide von 1995 und 1997 unterbrochen worden; die Ersetzung der Bescheide durch

spätere Bescheide hat die Unterbrechungswirkung nicht beseitigt ([§ 52 Abs 1 Satz 2 SGB X](#), [§ 212](#) Bürgerliches Gesetzbuch entsprechend). Wäre hinsichtlich der Verjährung von der entsprechenden Anwendung des [§ 50 Abs 4 SGB X](#) auszugehen (Gagel, AFG, Stand 1998, § 128 RdNr 285), käme Verjährung ohnehin nicht in Betracht.

Zutreffend hat das LSG ferner erkannt, daß die von der Klägerin geäußerten formalen Bedenken gegen die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch den Bescheid vom 5. August 1999 nicht durchgreifen. Die Ersetzung von wegen Verletzung der Anhörungspflicht gemäß [§ 24 SGB X](#) fehlerhaften Bescheiden durch einen [§ 24 SGB X](#) beachtenden Bescheid während des gerichtlichen Verfahrens ist rechtmäßig (vgl. [BSGE 75, 159](#), 164 = [SozR 3-1300 § 41 Nr 7](#)). Unabhängig davon hatte die Klägerin schon im Widerspruchsverfahren, das mit Erlaß des Widerspruchsbescheids vom 26. Oktober 1995 beendet worden ist, und auch bei Erlaß späterer Bescheide ausreichend Gelegenheit, sich zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Denn da die Beteiligungs-AG im gesamten Verfahren im Einverständnis der Klägerin für diese aufgetreten ist, war diese als Bevollmächtigte nach [§ 13 SGB X](#) befugt, für die Klägerin Erklärungen abzugeben und anzunehmen und Verfahrenshandlungen vorzunehmen.

Die Sache ist deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das LSG zurückzuverweisen ([§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG](#)).

Für die erneute Verhandlung und Entscheidung besteht Anlaß für den Hinweis, daß der während des Berufungsverfahrens ergangene Bescheid vom 5. August 1999 sinngemäß alle vorhergehenden Bescheide mit der Folge beseitigt hat, daß gegen frühere Bescheide gerichtete Anfechtungsklagen mangels eines Anfechtungsgegenstandes unzulässig geworden sind.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-19