

## B 7 AL 142/02 B

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
7  
1. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
23.04.2002  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 142/02 B  
Datum  
25.09.2002  
Kategorie  
Beschluss

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Beschluss des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 23. April 2002 wird als unzulässig verworfen. Außergerichtliche Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Nach den Angaben in der Beschwerdebegründung wendet sich das klagende Unternehmen gegen die Forderung der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) auf Erstattung von Arbeitslosengeld (Alg) und Arbeitslosenhilfe (Alhi) sowie der darauf entfallenen Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung sowie zur sozialen Pflegeversicherung für den Zeitraum von März 1995 bis März 1997 (mit Unterbrechungen).

Im Einzelnen trägt die Klägerin vor, der am 16. März 1937 geborene Arbeitnehmer C. D. (D.) sei seit 1974 bei einer Rechtsvorgängerin beschäftigt gewesen. Er habe am 17. Mai 1993 einen Aufhebungsvertrag über die einverständliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Mai 1993 abgeschlossen; im Anschluss daran habe er bis zum 8. Mai 1996 Alg und in der Folge Alhi bezogen. Gegenstand des Gerichtsverfahrens seien nur noch die nach Erlass des Urteils des Sozialgerichts (SG) ergangenen Erstattungsbescheide vom 30. Juni 1997, 19. Mai 1998 und 4. März 1999; die entsprechenden Klagen habe das Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) in dem angefochtenen Beschluss mit folgender Begründung abgewiesen: Anhörungsmängel lägen nicht vor. Die Erstattungspflicht sei gegeben; der Ausschlussgrund der anderweitigen Sozialleistungsberechtigung liege für die noch streitige Zeit nicht vor, eine Beweislastentscheidung komme nicht in Betracht. Anlass für weitere Ermittlungen habe nicht bestanden. Die Vorschrift des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) sei nicht anwendbar; eine unzumutbare Härte (§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG) sei nicht gegeben.

Die Klägerin macht mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde in mehrfacher Hinsicht eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nach [§ 160 Abs 2 Nr 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) geltend sowie eine Divergenz der Berufungsentscheidung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), die im Rahmen der Ausnahmetatbestände § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 und Nr 5 AFG erheblich werde. Zur grundsätzlichen Bedeutung stellt sie folgende sechs Rechtsfragen:

1. Ist § 128 AFG idF vom 18. Dezember 1992 ([BGBl I S 2044](#)) verfassungsgemäß, obwohl die Vorschrift nicht die vom BVerfG in seiner Entscheidung vom 23. Januar 1990 vorausgesetzte Lenkungsfunktion hat?
2. Ist § 128 AFG verfassungsgemäß, obwohl die Vorschrift keine ausreichenden Vorkehrungen gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme des Arbeitgebers trifft?
3. Ist § 128 Abs 1 Satz 2 Ziff 4 AFG verfassungswidrig, weil die Erstattungspflicht beim Abschluss von Aufhebungsverträgen in den Fällen, in denen eine Kündigung zulässig gewesen wäre, außer im Falle der fristlosen Kündigung, nicht entfällt?
4. Ist § 128 Abs 1 Satz 2 AFG verfassungswidrig, weil der Arbeitgeber in Anspruch genommen werden kann, obwohl der Arbeitslose von der Möglichkeit des § 105c AFG Gebrauch macht und Alg sowie Alhi erhält, obwohl er nicht mehr nachweisen muss, dass er sich um zumutbare Tätigkeiten bemüht hat?
5. Gebietet [Art 12 Abs 1](#) Grundgesetz eine Auslegung des § 128 AFG dahingehend, dass angesichts des langen Zeitablaufs zwischen dem

Ausscheiden der Arbeitnehmer und der Geltendmachung der Erstattungsansprüche erhöhte Anforderungen an den der BA obliegenden Nachweis zu stellen sind, dass keine anderweitigen Sozialleistungsbezugsberechtigungen vorlagen?

6. Ist bei der Handhabung der Härtefallklausel (§ 128 Abs 2 Nr 2 AFG) bei bilanzierungspflichtigen Unternehmen auf die Bildung von Rückstellungen oder auf den Mittelabfluss abzustellen?

Bei den näheren Ausführungen stellt die Beschwerde die Argumentation anhand von Entscheidungen des BVerfG, Äußerungen der Literatur und eigenen Überlegungen in den Vordergrund; an Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG) erwähnt sie lediglich - zustimmend - das Urteil vom 17. Dezember 1997 ([11 RAR 103/96](#)), wonach die Arbeitsverwaltung zwingend im Rhythmus von drei Monaten den Erstattungsanspruch geltend zu machen und zu prüfen habe, ob und in welchem Umfang die Erstattungspflicht des Arbeitgebers eingetreten sei. Des Weiteren macht die Klägerin eine Abweichung der LSG-Entscheidung vom Urteil des BVerfG vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#)) geltend. Das LSG gehe davon aus, dass allein die Anknüpfung an die Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausreiche, um eine besondere Verantwortung des Arbeitgebers zu begründen. Es nehme ferner an, dass Gründe für eine außerordentliche Kündigung nicht vorlägen und damit die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG nicht gegeben seien. Das Gericht gehe ersichtlich davon aus, dass das Vorliegen außerordentlicher Kündigungsgründe wie im Kündigungsschutzrecht zu beurteilen sei. Damit verkenne es, dass das BVerfG für § 128 AFG nach anderen Kriterien entscheide. In beiden Punkten weiche das Gericht von der (im Einzelnen dargestellten) Rechtsprechung des BVerfG ab. Auf diesen Abweichungen beruhe auch die Entscheidung des LSG.

II

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig. Die geltend gemachten Zulassungsgründe der grundsätzlichen Bedeutung ([§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG](#)) und der Divergenz ([§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG](#)) sind nicht in der erforderlichen Weise dargelegt ([§ 160a Abs 2 Satz 3 SGG](#)).

1. Grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache nur dann, wenn sie eine Rechtsfrage aufwirft, die - über den Einzelfall hinaus - aus Gründen der Rechtseinheit oder der Fortbildung des Rechts einer Klärung durch das Revisionsgericht bedürftig und fähig ist. Der Beschwerdeführer muss daher anhand des anwendbaren Rechts und unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ggf sogar des Schrifttums, angeben, welche Fragen sich stellen, dass diese Rechtsfragen noch nicht geklärt sind, weshalb eine Klärung dieser Rechtsfragen aus Gründen der Rechtseinheit oder der Fortbildung des Rechts erforderlich ist und dass das angestrebte Revisionsverfahren eine Klärung erwarten lässt (BSG [SozR 1500 § 160 Nr 17](#) und § 160a Nr 7, 11, 13, 31, 39, 59 und 65). Um seiner Darlegungspflicht zu genügen, muss ein Beschwerdeführer mithin eine Rechtsfrage, ihre (abstrakte) Klärungsbedürftigkeit, ihre (konkrete) Klärungsfähigkeit (= Entscheidungserheblichkeit) sowie die über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung der von ihm angestrebten Entscheidung (so genannte Breitenwirkung) darlegen, letzteres jedoch nur, soweit sich nicht bereits aus der Darlegung der Klärungsbedürftigkeit die behauptete Breitenwirkung ergibt.

Diesen Anforderungen wird die vorliegende Beschwerdebegründung nicht gerecht. Sie formuliert zwar sechs unterschiedliche Rechtsfragen, denen angeblich grundsätzliche Bedeutung zukomme, und macht auch Ausführungen dazu, wie sie aus ihrer Sicht zu beantworten seien. Es fehlt jedoch jeweils die erforderliche Darlegung, ob und, wenn ja, in welcher Weise, die Rechtsprechung des angegangenen Revisionsgerichts, nämlich des BSG, die gestellten Rechtsfragen beantwortet hat. Bietet bereits die Rechtsprechung des BSG eine Antwort auf die Rechtsfragen, so folgt hieraus zwar nicht ohne weitere Prüfung die Unzulässigkeit der Beschwerde; vielmehr kann dennoch eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfragen (fort-)bestehen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine bisherige Rechtsprechung erheblicher Kritik ausgesetzt worden ist oder wenn unabhängig davon neue erhebliche Gesichtspunkte vorgetragen werden. Aber eben dies hat auf der Grundlage der Rechtsprechung des Revisionsgerichts (hier: des BSG) zu geschehen, dh, es ist darzulegen, ob und in welcher Hinsicht die vom Revisionsgericht entschiedenen Rechtsfragen gleichwohl klärungsbedürftig geblieben oder wieder geworden sind.

Dass Rechtsprechung des BSG zu den von der Beschwerdebegründung angesprochenen Themenkreisen besteht, hätte sich für die Beschwerdeführerin bereits aus dem angefochtenen Urteil ergeben: Das LSG nimmt in seinen Entscheidungsgründen umfangreich und mehrfach auf die einschlägigen Entscheidungen des BSG Bezug. Zumindest hiermit hätte sich die Klägerin auseinander setzen müssen.

An den Darlegungserfordernissen ändert nichts, dass das BVerfG im Beschluss vom 14. Juni 1994 ([BVerfGE 91, 93, 106 = SozR 3-5870 § 10 Nr 5](#)) ausgeführt hat, die Frage, ob eine der Entscheidung zu Grunde liegende Gesetzesnorm verfassungswidrig sei, habe regelmäßig grundsätzliche Bedeutung: "Auch wenn in der Entscheidung eines obersten Fachgerichts bereits alle wesentlichen Aspekte einer Rechtsfrage gewürdigt worden sind, muss es einem Beschwerdeführer - schon im Hinblick auf den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde - unbenommen bleiben, in seinem (verfassungsgerichtlichen) Verfahren eine Überprüfung dieser Würdigung zu begehren, wenn er dafür vernünftige und gewichtige Gründe anführen kann. Das gilt besonders, wenn es sich um eine verfassungsrechtliche Frage handelt, die umstritten geblieben ist und über die auch das BVerfG noch nicht abschließend entschieden hat."

Mit diesen Ausführungen hat das BVerfG begründet, warum es im damaligen Fall von seiner Regel abgewichen ist, dass der Rechtsweg (iS des [§ 90 Abs 2 Satz 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz \(BVerfGG\)](#)) nicht erschöpft ist, wenn der Beschwerdeführer von einem zulässigen Rechtsmittel zwar Gebrauch gemacht hat, dieses aber aus formellen Gründen zurückgewiesen worden ist (vgl BVerfG vom 12. Oktober 1951, [BVerfGE 1, 13](#)), wobei dies auch dann gilt, wenn ein Verfassungsverstoß im Instanzenzug deshalb nicht geprüft werden konnte, weil er nicht oder nicht in ordentlicher Form gerügt worden war (vgl BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 19. Februar 1992, [SozR 3-1500 § 160 Nr 6 S 14 mwN](#)). Diese Regel hat das BVerfG im Beschluss vom 14. Juli 1994 dahingehend eingeschränkt, dass - verfassungsprozessrechtlich - auch bei einer Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig der Rechtsweg erschöpft und somit die Verfassungsbeschwerde zulässig sein kann. Dem entspricht auch die Praxis des BVerfG. Selbst dann, wenn dieses eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annehmen will, beruft es sich nicht bereits auf die Nichterschöpfung des Rechtswegs, wenn das BSG die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen hatte; es prüft vielmehr unabhängig davon die Annahmegründe nach [§ 93a Abs 2 BVerfGG](#) (in diesem Sinne zB BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15. Dezember 1997, [NJW 1998, 1775](#), nach dem Beschluss des BSG vom 9. September 1997 - [1 BK 8/97](#)).

Auf die Darlegungserfordernisse im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde zum BSG hat die geschilderte Rechtsprechung des BVerfG keinen Einfluss. Denn es kommt für die Revisionszulassung nicht auf einen Bedarf nach Klärung durch das BVerfG an, sondern entscheidend

ist die Frage der Klärungsbedürftigkeit innerhalb eines Revisionsverfahrens (so zB bereits BSG vom 27. Juni 2001 - [B 6 KA 6/01 B](#)); für diese aber lässt sich der Beschwerdebeurteilung nichts entnehmen.

Dies gilt auch insoweit, als sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf das BSG-Urteil vom 17. Dezember 1997 ([11 RAr 103/96](#), [SozR 3-4100 § 128 Nr 4](#)) bezieht. Denn diesbezüglich behauptet die Beschwerdebeurteilung gerade keinen zusätzlichen Klärungsbedarf, sondern verwertet die von ihr zitierten Aussagen des BSG im Sinne ihrer Antwort auf eine der sechs von ihr formulierten und als grundsätzlich bezeichneten Rechtsfragen.

2. Divergenz iS von [§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG](#) liegt vor, wenn die tragenden abstrakten Rechtssätze, die zwei Entscheidungen zu Grunde gelegt worden sind, nicht übereinstimmen. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn das LSG einen tragenden abstrakten Rechtssatz in Abweichung von einem vorhandenen abstrakten Rechtssatz des BSG, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des BVerfG aufgestellt hat (vgl Kummer, Die Nichtzulassungsbeschwerde, 1990, RdNr 163 ff; Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl 2002, § 160 RdNr 13 ff). Eine Abweichung liegt folglich nicht schon dann vor, wenn der Beschluss des LSG nicht den Kriterien entspricht, die das BSG aufgestellt hat, sondern erst, wenn das LSG diesen Kriterien widersprochen, also andere rechtliche Maßstäbe entwickelt hat. Nicht die Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen begründet die Zulassung der Revision wegen Abweichung. Darüber hinaus verlangt der Zulassungsgrund der Divergenz, dass der angefochtene Beschluss auf der Abweichung beruht ([§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG](#)). Bezogen auf die Darlegungspflicht bedeutet das vorstehend Gesagte: Die Beschwerdebeurteilung muss erkennen lassen, welcher abstrakte Rechtssatz in der angezogenen Entscheidung enthalten ist und welcher im Beschluss des LSG enthaltene Rechtssatz dazu im Widerspruch steht; ferner muss aufgezeigt werden, dass auch das Revisionsgericht die oberstgerichtliche Rechtsprechung in einem künftigen Revisionsverfahren seiner Entscheidung zu Grunde zu legen haben wird (BSG [SozR 1500 § 160a Nr 14](#), 21, 29, 54 und 67; Kummer, aaO, RdNr 168).

Auch diese Darlegungserfordernisse sind nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin trägt hinsichtlich des als Zulassungsgrund vorgetragenen ersten Falls einer Divergenz ("Abweichung von der Rechtsprechung des BVerfG zum Ausnahmetatbestand bei fristloser Kündigung") vor, das LSG meine, seine Auffassung ergebe sich aus den Ausführungen des BVerfG im Urteil vom 23. Januar 1990 ([BVerfGE 81, 156](#)). Damit interpretiere das LSG das BVerfG jedoch falsch, was die Beschwerdebeurteilung im Einzelnen zu belegen versucht. Mit diesem Vortrag aber ist eine Divergenz iS des [§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG](#) nicht dargetan. Denn wenn das Berufungsgericht einen höchstrichterlichen Rechtssatz missversteht, dem es zu folgen gewillt ist, und deshalb den Sachverhalt fehlerhaft subsumiert, kann daraus nicht geschlossen werden, es habe einen divergierenden Rechtssatz aufgestellt (BSG vom 27. Januar 1999, [SozR 3-1500 § 167 Nr 26 mwN](#)). Vielmehr setzt die Darlegung einer Abweichung voraus, dass das Berufungsurteil die höchstrichterliche Rechtsprechung im angefochtenen Urteil in Frage stellt, was nicht der Fall ist, wenn eine höchstrichterliche Entscheidung in ihrer Tragweite für den entschiedenen Fall vom LSG verkannt sein sollte (vgl Senatsbeschluss vom 29. November 1989, [SozR 1500 § 160a Nr 67](#) mwN).

Den Darlegungserfordernissen hinsichtlich einer Abweichung genügt die Beschwerdebeurteilung auch insoweit nicht, als sie abschließend die "Divergenz zur Rechtsprechung des BVerfG zum Wegfall der Erstattungspflicht bei fristloser Kündigung" rügt. Die Beschwerdeführerin argumentiert insoweit, das LSG sei ohne nähere Prüfung davon ausgegangen, dass eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers der Klägerin im Jahre 1993 nicht möglich gewesen sei, sodass der Ausnahmetatbestand des [§ 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG](#) nicht greife. Aus diesen Ausführungen des LSG leitet die Beschwerdeführerin ab, dass das LSG "ganz offensichtlich" auf eine arbeitsrechtliche Beurteilung des Vorliegens einer Kündigung aus wichtigem Grund abstelle, was jedoch nicht der Entscheidung des BVerfG entspreche. Sie legt im weiteren dar, dass aus der zitierten Entscheidung des BVerfG nach ihrer Meinung unter Berücksichtigung des [Art 12 Abs 1 Grundgesetz \(GG\)](#) eine abstrahierende Betrachtungsweise folge; dies habe das LSG ersichtlich nicht berücksichtigt. Wird aber dem LSG nur eine Nichtberücksichtigung des vom BVerfG aufgestellten Rechtssatzes vorgeworfen, so beinhaltet dies aber gerade nicht den Vorwurf, das LSG sei bewusst von der Rechtsprechung des BVerfG abgewichen und habe einen widersprechenden Rechtssatz aufstellen wollen.

Die Beschwerde ist deshalb entsprechend [§ 169 SGG](#) als unzulässig zu verwerfen ([§ 160a Abs 4 Satz 2 SGG](#)).

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf der entsprechenden Anwendung des [§ 193 SGG](#), [§ 197a SGG](#) idF des Sechsten SGG-Änderungsgesetzes vom 17. August 2001 ([BGBl I 2144](#)) findet noch keine Anwendung (BSG, Urteil vom 30. Januar 2002 - [B 6 KA 12/01 R](#) -, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-08-28