

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluß in dem Rechtsstreit

Az: B 11 AL 107/99 B

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat am 21. Oktober 1999 durch den
Vorsitzenden Richter **S a t t l e r**, die Richter **L ü d t k e** und
Dr. **L e i t h e r e r**, den ehrenamtlichen Richter **Z ä h r i n g e r** und die
ehrenamtliche Richterin **P a k m o r** beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil
des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 11. März 1999 wird abgelehnt.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin wendet sich gegen die Inanspruchnahme gemäß § 128 Arbeitsförderungs-gesetz (AFG) durch die Beklagte.

Der 1937 geborene Arbeitnehmer K. war bei der Klägerin beschäftigt und schied nach Abschluß eines Aufhebungsvertrages zum 30. Juni 1994 aus dem Arbeitsverhältnis aus. Die Beklagte bewilligte K. Arbeitslosengeld (Alg) ab 1. Juli 1994. Gegenüber der Klägerin stellte die Beklagte die Pflicht zur Erstattung von Alg gemäß § 128 AFG fest (Bescheid vom 21. Juli 1994 idF des Widerspruchsbescheids vom 30. Juni 1995). Die Klage zum Sozialgericht (SG) blieb erfolglos (Urteil vom 23. Oktober 1996). Während des Berufungsverfahrens ergingen Erstattungsbescheide vom 11. Dezember 1996, 27. Januar 1997 und 21. Oktober 1997, die schließlich durch einen Bescheid vom 8. Juni 1998 ersetzt wurden.

Das Landessozialgericht (LSG) hat ohne mündliche Verhandlung entschieden und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG zurückgewiesen sowie die Klage gegen die nach Einlegung der Berufung ergangenen Bescheide abgewiesen (Urteil vom 11. März 1999). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ua ausgeführt: Es habe aufgrund des Einverständnisses der Beteiligten gemäß § 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung entscheiden können. Die Voraussetzungen des § 128 AFG seien gegeben. Die Beklagte habe ihrer Amtsermittlungspflicht hinsichtlich anderer Sozialleistungen des K. genügt. Eine Befreiung von der Erstattungspflicht sei auch nicht nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG gerechtfertigt, denn die Klägerin habe eine Berechtigung zur Kündigung nach Maßgabe dieser Vorschrift weder ausreichend dargelegt noch nachgewiesen. K. habe nur wenige Tage krankheitsbedingt gefehlt; im allgemeinen rechtfertige selbst eine lang andauernde oder häufige Erkrankung nicht eine außerordentliche Kündigung. Den Antrag der Klägerin, die Beklagte zur sofortigen Rückzahlung bereits entrichteter Erstattungsbeträge nebst Zinsen zu verurteilen, hat das LSG ebenfalls für unbegründet angesehen, da der Erstattungsbescheid vom 8. Juni 1998 auch hinsichtlich der Gesamtsumme rechtmäßig sei und für die Zeit bis zum Erlaß dieses Bescheides unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) Zinsen nicht gefordert werden könnten (BSGE 76, 233, 235 ff). Die Revision hat das LSG nicht zugelassen.

Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde trägt die Klägerin vor: Sie habe einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 124 Abs 2 SGG nicht zugestimmt; sie rüge deshalb die Verletzung des Verfassungsgebotes der Gewährung rechtlichen Gehörs. Soweit im Schriftsatz vom 15. Februar 1999 erklärt worden sei, daß im Hinblick auf ein am 8. Februar 1999 mit dem Berichterstatter geführtes Telefonat keine Bedenken bestünden,



"den vorliegenden Fall ohne mündliche Verhandlung einer Entscheidung zuzuführen", sei zu beachten, daß der Berichterstatter bei besagtem Telefonat mitgeteilt habe, der Senat erwäge die Einholung eines arbeitsmedizinischen Sachverständigengutachtens, weshalb angeregt werde, auf mündliche Verhandlung zu verzichten. Die Erklärung sei lediglich im Hinblick auf die weitere Aussage, es sei mit einer instanzabschließenden Entscheidung nicht zu rechnen, zustande gekommen. Weiter werde ein Verstoß gegen § 103 SGG gerügt. Das SG hätte sich gedrängt sehen müssen, im Rahmen des Ausschlußtatbestandes des § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG ein Sachverständigengutachten zum Gesundheitszustand des K. oder zumindest die Auskunft der behandelnden Ärzte einzuholen; in diesem Sinne sei mit "Schriftsatz vom 11. April 1997 (BI 1)" ein konkreter Beweisantrag formuliert worden. Das LSG sei von den Urteilen des BSG vom 17. Dezember 1997 - 11 RAr 103/96 und 11 RAr 61/97 - sowie vom 18. September 1997 - 11 RAr 7/96 - bzw des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 23. Januar 1990 - 1 BvL 44/86 und 48/87 - abgewichen; die angefochtene Entscheidung beruhe auf diesen Divergenzen. Schließlich habe das LSG hinsichtlich des Zinsersatzes den Rechtssatz aufgestellt, daß auch bei erfolgloser Durchführung des einstweiligen Rechtsschutzes der Ersatz des Verfrühungsschadens nicht zu erlangen sei. Diesen Ausführungen komme im Hinblick auf die Entscheidung des BSG vom 10. August 1995 - 11 RAr 91/94 - ebenso grundsätzliche Bedeutung zu wie den Ausführungen zu § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG, die mit der einschlägigen Verwaltungspraxis der Arbeitsverwaltung (DBI-Runderlaß 11/93) sowie mit arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu vereinbaren seien.

Der Senat hat eine dienstliche Äußerung des Berichterstatters des LSG eingeholt. Dieser hat mitgeteilt, er habe anlässlich des dem Schriftsatz vom 15. Februar 1999 vorausgehenden Telefonats den Bevollmächtigten der Klägerin lediglich befragt, ob diese zur Erteilung des Einverständnisses gemäß § 124 Abs 2 SGG bereit sei, da die Sache für entscheidungsreif gehalten werde; keinesfalls habe er erklärt, es sei die Einholung eines Sachverständigengutachtens beabsichtigt bzw es sei nicht mit einem Urteil zu rechnen. Hierzu hat der Bevollmächtigte der Klägerin Stellung genommen und vorgetragen, er bleibe dabei, daß das Telefonat nicht im Sinne der Herbeiführung einer Erklärung gemäß § 124 Abs 2 SGG zu verstehen gewesen sei.

II

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Zulässig ist die Beschwerde, soweit die Klägerin einen Verstoß gegen § 124 Abs 2 SGG bzw die Verletzung des Grundsatzes der Gewährung rechtlichen Gehörs rügt. Die Klägerin hat eine Verletzung des § 124 SGG bezeichnet, auf der die angefochtene Entscheidung beruhen kann (vgl BSGE 53, 83, 84 = SozR 1500 § 124 Nr 7).



Die Beschwerde ist insoweit jedoch unbegründet. Der behauptete Verfahrensmangel liegt tatsächlich nicht vor. Auf Grund der dienstlichen Äußerung des Berichterstatters des LSG ist erwiesen, daß dieser im Berufungsverfahren dem Bevollmächtigten der Klägerin bei einem Telefonat die Frage gestellt hat, ob die Klägerin mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung gemäß § 124 Abs 2 SGG einverstanden sei, und daß der Bevollmächtigte hierzu erklärt hat, er müsse die Zustimmung seiner Mandantin einholen. Wenn unter diesen Umständen die Klägerin mit Schriftsatz vom 19. Februar 1999 erklärt hat, es bestünden "im Hinblick auf das ... mit dem Herrn Berichterstatter geführte Telefonat" keine Bedenken, "den vorliegenden Fall ohne mündliche Verhandlung einer Entscheidung zuzuführen", so ist davon auszugehen, daß das Einverständnis iS des § 124 Abs 2 SGG erteilt worden ist. Nicht erwiesen ist dagegen die Behauptung der Klägerin, der Berichterstatter habe gegenüber ihrem Bevollmächtigten zum Ausdruck gebracht, das LSG erwäge zunächst die Einholung eines Sachverständigengutachtens bzw es sei vorerst nicht mit einer instanzabschließenden Entscheidung zu rechnen. Gegen die Richtigkeit dieser Behauptung spricht neben der entgegenstehenden Äußerung des Berichterstatters des LSG insbesondere die Überlegung, daß das LSG im Falle der Beweiserhebung überhaupt keinen Anlaß gehabt hätte, eine zustimmende Erklärung der Klägerin einzuholen. Daß mit dem Schriftsatz vom 15. Februar 1999 das Einverständnis iS des § 124 Abs 2 SGG erklärt worden ist, bestätigt schließlich der Umstand, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin auf die mit der Übersendung der Erklärung der Beklagten, auch sie sei mit einer Entscheidung gemäß § 124 Abs 2 SGG einverstanden, verbundene Mitteilung des LSG, der Senat werde am 11. März 1999 ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nicht darauf hingewiesen hat, daß die Klägerin sich mit einer Entscheidung gemäß § 124 Abs 2 SGG nicht einverstanden erklärt habe. Das LSG hat somit verfahrensfehlerfrei ohne mündliche Verhandlung durch Urteil entschieden.

2. Im übrigen ist die Beschwerde unzulässig, weil in der Begründung entgegen § 160a Abs 2 Satz 3 SGG weder ein weiterer Verfahrensmangel (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG) oder die Entscheidung des BSG bzw des BVerfG, von der das Urteil des LSG abweicht, bezeichnet (§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG) noch die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG) dargelegt ist.

a) Auf eine Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 103 SGG kann die Nichtzulassungsbeschwerde nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG nur gestützt werden, wenn er sich auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Insoweit verweist die Klägerin auf einen "mit Schriftsatz vom 11. April 1997 (Bl 1)" formulierten Antrag, wonach behandelnde Ärzte zu hören seien oder ein arbeitsmedizinisches Sachverständigengutachten einzuholen sei. Ein derartiger Antrag kann - abgesehen davon, daß ein Beweisthema nicht konkret benannt wird und daß in den LSG-Akten ein Schriftsatz vom 11. April 1997 überhaupt nicht vorhanden ist - schon deshalb nicht als noch gestellt angesehen werden, weil die Klägerin



mit dem Schriftsatz vom 15. Februar 1999 ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch Urteil erklärt hat. Damit hat die Klägerin dem LSG gegenüber sinngemäß zum Ausdruck gebracht, daß sich etwa zuvor gestellte Beweisanträge erledigt haben und daß das Gericht ohne weitere Sachaufklärung entscheiden kann (vgl. Beschluß des BSG vom 1. September 1999 - B 9 V 42/99 B - zur Veröffentlichung vorgesehen). Sinn und Zweck des § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG ist es nämlich, die Revisionsinstanz bei Übergehung von Beweisanträgen nur dann zu eröffnen, wenn das Tatsachengericht vor einer Entscheidung durch den Beweis Antrag ausdrücklich darauf hingewiesen worden ist, daß der Beteiligte die Sachaufklärungspflicht gemäß § 103 SGG nicht als erfüllt ansieht ("Warnfunktion", vgl. BSG SozR 3-1500 § 160 Nrn 9, 20).

b) Eine Entscheidung des BSG oder des BVerfG, von der das LSG abgewichen ist (§ 160 Abs 2 Nr 2 SGG), ist iS des § 160a Abs 2 Satz 3 SGG nicht schon dann bezeichnet, wenn eine solche Entscheidung nach Datum, Aktenzeichen und Fundstelle genannt wird. Es muß vielmehr auch aufgezeigt werden, mit welchem genau bestimmten entscheidungserheblichen Rechtssatz das angegriffene Urteil des LSG von welcher genau bestimmten rechtlichen Aussage des BSG oder des BVerfG abweicht (BSG SozR 1500 § 160a Nrn 29, 54). Dazu genügt es nicht, die Unrichtigkeit der Entscheidung betreffend den Einzelfall darzutun. Denn eine Abweichung liegt nicht schon dann vor, wenn das Urteil des LSG nicht den Kriterien entspricht, die das BSG bzw das BVerfG seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, sondern erst, wenn das LSG diesen Kriterien widersprochen, also andere Maßstäbe entwickelt hat. Entscheidend ist demnach die Darlegung der Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen, in der abstrakten Aussage (vgl. ua BSG SozR 1500 § 160a Nr 67; Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 2. Aufl, IX RdNr 196 mwN). Die Klägerin hat indes weder in bezug auf die von ihr vor Erlass der vom LSG nicht beanstandeten Erstattungsbescheide vom 11. Dezember 1996, 27. Januar und 21. Oktober 1997 vermißten Anhörungen noch in bezug auf die Ermittlungspflicht der Beklagten bzw der Gerichte, ob der Arbeitslose die Voraussetzungen für eine andere, den Anspruch auf Alg verdrängende Sozialleistung erfüllt, aufgezeigt, inwiefern das LSG andere Maßstäbe als der erkennende Senat in den Urteilen vom 17. Dezember 1997 (BSGE 81, 259, 261 f = SozR 3-4100 § 128 Nr 5; SozR 3-4100 § 128 Nr 4) und vom 18. September 1997 (SozR 3-4100 § 128 Nr 2) entwickelt haben könnte. Das wäre im übrigen auch kaum möglich gewesen, weil das LSG die Frage der Anhörung im Urteil nicht angesprochen hat und hinsichtlich der Ermittlungspflicht offensichtlich der Rechtsprechung des BSG gefolgt ist, auf die es sich ausdrücklich bezogen hat.

Nichts anderes gilt, soweit die Klägerin geltend macht, die Ausführungen des LSG, es sei allein die Form der Auflösung des Arbeitsverhältnisses dafür maßgebend, ob die Erstattungspflicht eintrete, stehe zu Ausführungen auf Bl 61 des Urteils des BVerfG vom 23. Januar 1990 - 1 BvL 44/86 und 48/97 (BVerfGE 81, 156, 198 = SozR 3-4100 § 128 Nr 1 S 13) im Widerspruch, nach denen die Form der Beendigung des Arbeitsverhältnis-



ses, an der der Arbeitgeber beteiligt sei, keinen hinreichenden Grund für die ihn treffende Verpflichtung zur Erstattung des Alg bilde. Ein Widerspruch läge zwar vor, wenn beide Äußerungen die gleiche Fragestellung beträfen. Das wird indes nicht aufgezeigt und hätte auch nicht aufgezeigt werden können; denn während das LSG damit begründet, weshalb ein Aufhebungsvertrag einer sozial gerechtfertigten Kündigung nach § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 4 AFG nicht unterfällt, bezieht sich die Aussage des BVerfG nur auf den Fall, daß der Arbeitslose nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis Anspruch auf soziale Sicherung aus einem anderen Sozialleistungssystem hat oder jedenfalls bei entsprechender Antragstellung hätte. "Hier" - dieses Wort hat die Klägerin nicht mitzitiert - bildet die Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen hinreichenden Grund für eine Erstattungspflicht des Arbeitgebers. Diese Aussage des BVerfG macht im übrigen deutlich, daß die Erstattungspflicht des Arbeitgebers grundsätzlich an die Form der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, an der der Arbeitgeber beteiligt ist, geknüpft werden kann.

c) Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG) ist in der Weise darzutun, daß die angestrebte Entscheidung des BSG geeignet sei, die Rechtseinheit zu erhalten oder die Rechtsfortbildung zu fördern. In diesem Sinne ist die Klärungsbedürftigkeit der Rechtsfrage über den entschiedenen Einzelfall hinaus nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre und ihre Klärungsfähigkeit nach den Gegebenheiten des zu beurteilenden Falles darzulegen (vgl BSG SozR 1500 § 160a Nrn 7, 13 und 65; BVerwG NJW 1993, 2825 f).

Soweit die Klägerin geltend macht, die Revision sei wegen der Ausführungen des LSG zu § 128 Abs 1 Satz 2 Nr 5 AFG zuzulassen, ist nicht ersichtlich, welche Rechtsfrage zum Recht der Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grunde wegen gesundheitlicher Einschränkungen der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers über den Einzelfall hinaus klärungsbedürftig ist und im gegebenen Falle geklärt werden kann. Die Klägerin führt selbst aus, daß in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung anerkannt sei, daß die dauernde krankheitsbedingte Unmöglichkeit, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ein wichtiger Kündigungsgrund iS des § 626 BGB sein könne und dies auch von der Beklagten in ihren Weisungen anerkannt werde.

Schließlich ist nicht dargetan, weshalb der Rechtssache nach dem in BSGE 76, 233 = SozR 3-1750 § 945 Nr 1 veröffentlichten Urteil des Senats grundsätzliche Bedeutung wegen der Frage zukommt, ob Anspruch auf Zinsen besteht, wenn ein - rechtswidriger - Erstattungsbescheid vollzogen ist. Weshalb es gegenüber dieser Entscheidung einen Unterschied machen soll, daß nach dem Grundlagenbescheid, aber vor den Erstattungsbescheiden vom 11. Dezember 1996, 27. Januar und 21. Oktober 1997 in Ermangelung eines Anordnungsgrundes der Erlaß einer einstweiligen Anordnung abgelehnt worden ist (vgl Beschluß des LSG vom 13. September 1996 - L 9 SAr 41/96 -), ist nicht ersichtlich; daß die Klägerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die



Erstattungsbescheide vom 11. Dezember 1996, 27. Januar und 21. Oktober 1997 vergeblich betrieben hätte (vgl § 128c Abs 2 AFG), wird nicht behauptet. Im übrigen verkennt die Klägerin, daß die Pflicht des Arbeitgebers, der Beklagten Alg und die auf diese Leistung entfallenden Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung zu erstatten, aus dem Gesetz folgt und nicht erst durch einen Erstattungsbescheid begründet wird. Liegen, wie das LSG entschieden hat, die Erstattungsvoraussetzungen vor, hat die Klägerin der Beklagten 1997 nichts gezahlt, was sie der Beklagten nicht schuldete, auch wenn die Erstattungsbescheide vom 11. Dezember 1996, 27. Januar und 21. Oktober 1997 mangels Anhörung rechtswidrig gewesen sein sollten. Ein "Verführungsschaden" und ein darauf gestützter Zinsanspruch dürften daher von vornherein nicht in Betracht kommen.

Die Kostenentscheidung beruht auf entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)